



**Deutsch-Russische Juristenvereinigung e.V.**

Германо-Российская ассоциация юристов

# Сборник статей о праве Германии

выпуск № 4 | Декабрь 2020 г.



Foto: © TeamDaf #57992436 (stock.adobe.com)

Ein Sammelband zum deutschen Recht in russischer Sprache  
Ausgabe Nr. 4 (Dezember 2020)

[www.drjv.org](http://www.drjv.org)

## Вступление

Уважаемые коллеги,  
уважаемые дамы и господа!

Многое в 2020 году сложилось не так, как мы ожидали, встречая его. Пандемия коронавируса оказала огромное влияние на нашу жизнь, на нашу работу, на наши привычки. Слово «контакт» обрело другую коннотацию, радикально изменились способы нашей коммуникации.

Что на наш взгляд не изменилось, это значение Германно-Российского правового диалога. Быть может, его значимость сегодня даже выше, чем в предыдущие годы, так как именно сейчас законодательства обеих стран вынуждены преодолеть один и тот же кризис. Обмен опытом и мнениями, а также открытый научный дискурс являются важными составными этого процесса.

Именно поэтому мы в этом году особо рады представить Вашему вниманию наш вклад в поддержку и развитие правового диалога: уже четвертый выпуск «Сборника статей о праве Германии», после премьеры в 2015 г. и последующих изданий в 2017 г. и 2018 г. Все три выпуска «Сборника статей о праве Германии» доступны в свободном режиме на сайте нашей ассоциации: [www.drjv.org](http://www.drjv.org) (>Publikationen).

Насколько велик интерес русскоговорящих коллег к германскому праву, показывают не только многочисленные отзывы на публикации нашей ассоциации, но и подтверждает количество участников виртуальной осенней школы, которую мы в этом году провели на тему „Введение в немецкое право“ – мы были рады приветствовать более 1000 участников!

С целью максимального распространения сборника мы выбрали формат бесплатной электронной публикации (e-book). Мы будем признательны, если Вы направите этот сборник своим коллегам и друзьям, которых могут заинтересовать содержащиеся в нем материалы.

Этот сборник статей составлен с максимально возможной тщательностью и аккуратностью. Тем не менее ни ассоциация, ни составители, ни авторы не несут ответственности за полноту и правильность изложенной в сборнике информации. Данные материалы носят справочный характер и не могут заменить консультации у специализированного юриста/адвоката в конкретном случае. Для этого Вы можете обратиться к авторам статей сборника или другим специалистам Вашего доверия.

С уважением и наилучшими пожеланиями,

Ответственные редакторы



Мария Дерра  
maria.derra@gmail.com



Ольга Хартунг-Афифи  
hartung@afify.de



Феликс Прозоров-Бастиянс  
f.prozorov-bastians@gvw.com

## Оглавление

Вступление	<a href="#">III</a>
Оглавление	<a href="#">V</a>
Inhaltsverzeichnis (Оглавление на немецком языке)	<a href="#">VII</a>
Список авторов (Autorenverzeichnis)	<a href="#">IX</a>
О Германо-Российской ассоциации юристов (Deutsch-Russische Juristenvereinigung e.V., DRJV)	<a href="#">XII</a>
Основы гражданского процесса в Германии и его особенности при участии иностраных сторон ( <i>Д-р Александр Щавелев, LL.M.</i> )	<a href="#">с. 1</a>
Основные аспекты создания общества с ограниченной ответственностью в Германии ( <i>Татьяна Воротницкая, канд. ист. наук</i> )	<a href="#">с. 40</a>
Новый Закон о миграции квалифицированных специалистов ( <i>Д-р Христина Майер, д-р Александр Горский, LL.M.</i> )	<a href="#">с. 51</a>
Введение в антимонопольное право Германии: запрет недобросовестной конкуренции и последствия его несоблюдения ( <i>Ольга Вальнер</i> )	<a href="#">с. 74</a>
Предотвращение отмывания денег и регистр прозрачности ( <i>Арне Энгельс</i> )	<a href="#">с. 87</a>
Инвалидность в Германии – введение в законодательную базу и общий экскурс ( <i>Александра Кун</i> )	<a href="#">с. 97</a>
Первый опыт применения в Германии Общих европейских правил о защите персональных данных (GDPR) и предложения по их совершенствованию ( <i>Кирилл Нам</i> )	<a href="#">с. 118</a>

Ст. 27 Общего регламента по защите персональных данных (GDPR):  
Особенности правового статуса и осуществления деятельности  
представителей в ЕС (*Роман Пусен*) [с. 132](#)

Административное производство в Германии: Общий обзор  
(*Д-р Павел Усватов*) [с. 140](#)

Процедура самоуправления по законодательству Германии о  
несостоятельности – Основные аспекты введения и применения  
(*Д-р Мария Боженова, LL.M.*) [с. 172](#)

Утверждение арбитражного управляющего по немецкому праву  
(*Проф. д-р Райнер Ведде*) [с. 186](#)

О значении истории права в сегодняшней Германии  
(*Д-р Макс Гутброд*) [с. 204](#)

**ВЫХОДНЫЕ ДАННЫЕ (IMPRESSUM)** [с. 214](#)

## Inhaltsverzeichnis (Оглавление на немецком языке)

Grundlagen des deutschen Zivilprozesses, insbesondere mit Beteiligung ausländischer Parteien ( <i>Dr. Alexander Shchhavelev, LL.M.</i> )	<a href="#">S. 1</a>
Grundsätzliche Aspekte der Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung in Deutschland ( <i>Tatiana Vorotnitskaya</i> )	<a href="#">S. 40</a>
Das neue Fachkräfteeinwanderungsgesetz ( <i>Dr. Christina Maier, Dr. Alexander Gorskiy, LL.M.</i> )	<a href="#">S. 51</a>
Einführung in das deutsche Kartellrecht: Kartellverstoß und seine rechtlichen Folgen ( <i>Olga Wallner</i> )	<a href="#">S. 74</a>
Geldwäscheprävention und Transparenzregister (Arne Engels)	<a href="#">S. 87</a>
Schwerbehindertenrecht in Deutschland – gesetzliche Grundlagen und Auswirkungen im Alltagsleben ( <i>Aleksandra Kuhn</i> )	<a href="#">S. 97</a>
Erste Erfahrungen mit der Anwendung der DRPR und Vorschläge zur Optimierung ( <i>Kirill Nam</i> )	<a href="#">S. 118</a>
DS-GVO: EU-Repräsentant nach Art. 27 DS-GVO – Rechtliche Stellung und Aufgabenbereich ( <i>Roman Pusep</i> )	<a href="#">S. 132</a>
Verwaltungsverfahren in Deutschland: Ein Überblick ( <i>Dr. Pavel Usvatov</i> )	<a href="#">S. 140</a>
Die Eigenverwaltung nach der deutschen Insolvenzordnung – Hauptaspekte der Einleitung und Abwicklung ( <i>Dr. Maria Bozhenova, LL.M.</i> )	<a href="#">S. 172</a>

Bestellung des Insolvenzverwalters im deutschen Recht

*(Prof. Dr. Rainer Wedde)*

[S. 186](#)

Zur Bedeutung der Rechtsgeschichte in Deutschland

*(Dr. Max Gutbrod)*

[S. 204](#)

**IMPRESSUM**

[S. 214](#)

## Список авторов (Autorenverzeichnis)



Д-р Мария **БОЖЕНОВА** LL.M  
(Dr. Maria Bozhenova LL.M.)



Ольга **ВАЛЛЬНЕР**  
(Olga Wallner)



Проф. д-р Райнер **ВЕДДЕ**  
(Prof. Dr. Rainer Wedde)



Татьяна **ВОРОТНИЦКАЯ**  
(Tatiana Vorotnitskaya)





Д-р Александр **ГОРСКИЙ**, LL.M  
(Dr. Alexander Gorskiy, LL.M)



Д-р Макс **ГУТБРОД**  
(Dr. Max Gutbrod)



Мария **ДЕРРА**  
(Maria Derra)



Александра **КУН**  
(Aleksandra Kuhn)



Д-р Христина **МАЙЕР**  
(Dr. Christina Maier)



к.ю.н. Кирилл **НАМ**, LL.M  
(Dr. Kirill Nam, LL.M.)



Роман **ПУСЕП**  
(Roman Pusep)



Д-р Павел **УСВАТОВ**  
(Dr. Pavel Usvatov)



Д-р Александр **ЩАВЕЛЕВ**, LL.M.  
(Dr. Alexander Shchhavelev, LL.M)



Арне **ЭНГЕЛЬС**  
(Arne Engels)

## О Германно-Российской ассоциации юристов (Deutsch-Russische Juristenvereinigung e.V., DRJV)



Германно-Российская ассоциация юристов (Deutsch-Russische Juristenvereinigung e.V., DRJV) является некоммерческим объединением и способствует обмену правовой информацией и профессиональным опытом между юристами России и Германии, а также установлению новых контактов в этих странах. Мы также сотрудничаем и поддерживаем тесные профессиональные контакты с представителями юридических профессий из Австрии, Швейцарии и стран СНГ.

Германно-Российская ассоциация юристов проводит ежегодные конференции («Jahrestagung»), посвященные актуальным вопросам российского права и правовым вопросам германно-российского бизнеса, а также множество докладов и семинаров. Кроме того, мы регулярно проводим тематические конференции и семинары, например, о праве интеллектуальной собственности или разрешении коммерческих споров.

С апреля 2016 г. ассоциация издает Германно-Российский юридический журнал ([Deutsch-Russische Rechtszeitschrift – DRRZ](#); German-Russian Law Review). В этом издании публикуются статьи, рецензии, судебная практика и т.д. на русском, немецком и английском языках. Иные публикации и материалы ассоциации, в особенности три выпуска «Сборника статей о праве Германии», Вы найдете по ссылке <https://www.drjv.org/index.php/literatur.html>.

Ассоциация также с 2011 г. принимает активное участие в проведении ежегодного конкурса на присуждение германно-российской юридической премии («Deutsch-Russischer Juristenpreis»), учрежденной российско-германским юридическим институтом (РГЮИ/DRJI) при поддержке Российско-Германской Внешнеторговой Палаты (АНК). Премия вручается за выдающиеся работы правосравнительного характера. Принимать участие в конкурсе могут научные работы (диссертации, монографии, дипломные работы, научные статьи и т.д.) на немецком и русском языках.

У нашей ассоциации есть свои группы в социальных сетях LinkedIn и XING (поиск по «Deutsch-Russische Juristenvereinigung»). Вы также можете подписаться на наши новости в сети Facebook.

Приглашаем Вас стать членом Германно-Российской ассоциации юристов, а также принять участие в наших мероприятиях!

# ОСНОВЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССА В ГЕРМАНИИ И ЕГО ОСОБЕННОСТИ ПРИ УЧАСТИИ ИНОСТРАННЫХ СТОРОН

**(Grundlagen des deutschen Zivilprozesses,  
insbesondere mit Beteiligung ausländischer Parteien)**

*Д-р Александр Щавелев (Dr. Alexander Shchavelev, LL.M.)*

## **Введение**

В этой статье дается обзор того, как проходит разрешение коммерческих (торговых<sup>1</sup>) и гражданских споров в государственных судах Германии, в особенности с участием иностранных сторон. Основное внимание уделяется практическим вопросам, имеющим непосредственное отношение к иностранным сторонам, а также наиболее заметным особенностям немецкой судебной системы.

Различия между разбирательствами в государственных судах в разных странах более существенны, чем в коммерческом арбитраже. Коммерческое арбитражное разбирательство, проходящее в Германии, по большей части не отличается от разбирательства, проходящего в любой другой развитой юрисдикции.<sup>2</sup> Кроме того, чаще всего необходимость разрешения трансграничного спора в иностранном государственном суде является не результатом осознанного

---

<sup>1</sup> В данной статье термины «коммерческий» и «торговый» используются как синонимы и подразумевают споры, вытекающие из предпринимательской и иной экономической деятельности.

<sup>2</sup> Подробно о новом арбитражном регламенте Немецкого Арбитражного Института (ДИС) см. *Александр Щавелев*, «Новый Регламент Коммерческого Арбитража 2018 Немецкого Арбитражного Института (ДИС)», Сборник статей о праве Германии на русском языке, выпуск № 3, июнь 2018, с. 255. Детально об арбитражном праве Германии см. *Рихард Ханн* и *Анна Башкова*, «Германия как место третейского разбирательства», Сборник статей о праве Германии на русском языке, выпуск № 1, август 2015, с. 381. (<http://www.drjv.org/index.php/literatur.html>).

решения причастных сторон, а скорее фактической ситуацией, требующей урегулирования. В данной статье читатель познакомится с основами гражданского судопроизводства в Германии (общие принципы, юрисдикция, основные стадии разбирательства, подход судов к доказательствам, стремление к мирному урегулированию спора и судебные издержки), а также с наиболее важными особыми судебными процедурами, возможностями принятия обеспечительных мер и процессом принудительного исполнения судебных решений.

Альтернативные методы разрешения споров, такие как медиация, пока еще не получили широкого применения в сфере коммерческих споров в Германии. В Германии также не существует обязательного досудебного порядка разрешения конфликтов перед передачей спора в суд.

## **I. Система государственного судопроизводства в Германии**

Судебная система Германии состоит из судов общей и особой юрисдикции (*ordentliche Gerichtsbarkeit* и *besondere Gerichtsbarkeit*). Суды особой юрисдикции делятся на финансовые суды (*Finanzgerichte*), суды по трудовым делам (*Arbeitsgerichte*), социальные суды (*Sozialgerichte*) и административные суды (*Verwaltungsgerichte*), и принимают решения по делам, конкретно касающимся налогового, трудового права, социального обеспечения или административного права.<sup>3</sup>

Гражданские и коммерческие дела рассматриваются судами общей юрисдикции. В отличие от России, в Германии нет специальных судов, рассматривающих споры, вытекающие из предпринимательской и иной экономической деятельности. Судом первой инстанции является либо участковый (районный) суд (*Amtsgericht*), либо земельный суд (*Landgericht*), в зависимости от (в большинстве случаев) цены спора. В зависимости от суда первой инстанции апелляционными судами являются либо земельный суд, либо высший земельный суд

---

<sup>3</sup> Подробно о судебной системе Германии см. *Дмитрий Маренков*, «Судебная система Германии. Краткий обзор», Сборник статей о праве Германии на русском языке, выпуск № 1, август 2015, с. 351. (<http://www.drjv.org/index.php/literatur.html>).

(*Oberlandesgericht*). Единственным кассационным судом является федеральный верховный суд (*Bundesgerichtshof*).

Германия - это гражданско-правовая юрисдикция с кодифицированной системой права. Наиболее важными законодательными актами для разрешения коммерческих споров являются Гражданское процессуальное уложение (*Zivilprozessordnung* или *ZPO*), Гражданский кодекс (*Bürgerliches Gesetzbuch* или *BGB*) и Коммерческий кодекс (*Handelsgesetzbuch* или *HGB*). Официальные переводы этих и многих других важных законов на английский язык можно найти в интернете.<sup>4</sup>

Правовое понятие прецедента в процессуальном праве Германии отсутствует. Поэтому, в принципе, решения судов вышестоящих инстанций не имеют обязательной силы. Тем не менее, судебная практика играет важную роль в правовой системе Германии, поскольку суды низшей инстанции, как правило, следуют существующим решениям вышестоящих инстанций. В частности, весьма маловероятно, чтобы суд отклонился от решения федерального верховного суда по конкретному вопросу в аналогичном деле.

В участковых судах дела всегда рассматриваются одним судьей. Земельные суды состоят из палат в составе трех судей. При этом на практике большинство дел также рассматривается одним судьей, за исключением некоторых областей права и/или в случае особой правовой или фактической сложности. Дела из определенных областей права распределяются между специализированными палатами, члены которых обладают особым опытом в этой области (например, строительство, банковское дело и финансы, страхование и некоторые области торгового права).

В судах Германии нет судов присяжных. Судебное разбирательство ведется исключительно профессиональными судьями. Некоторые дела из области коммерческого и торгового права могут, по ходатайству одной из сторон, быть

---

<sup>4</sup> [https://www.gesetze-im-internet.de/Teilliste\\_translations.html](https://www.gesetze-im-internet.de/Teilliste_translations.html). Перевод некоторых законов на русский язык доступен по адресу <https://www.drjv.org/dgesetze.html>.

рассмотрены так называемыми торговыми палатами (*Kammer für Handelssachen*), состоящими из профессионального судьи- председателя и двух представителей деловых кругов (*Handelsrichter*), чьи функции можно сравнить с арбитражными заседателями. В Германии не существует никаких требований к возрасту или стажу судей. В частности, судьи судов первой инстанции часто находятся в начале своей юридической карьеры и могут быть в возрасте от 25 до 30 лет.

## **II. Общие принципы**

### **1. Обязательное представление сторон адвокатами**

В участковых судах и большинстве судов первой инстанции особой юрисдикции стороны могут представлять себя сами и не обязаны нанимать адвоката. Во всех других судах общей юрисдикции и в большинстве судов высшей инстанции особой юрисдикции стороны должны быть представлены адвокатом, допущенным к практике в Германии, и заявления самих сторон не принимаются судом во внимание. На практике большинство сторон представлены адвокатами независимо от суда, в котором проходит разбирательство. В отличие от Великобритании, в Германии нет различия между адвокатами солиситорами, подготавливающими дела, и адвокатами барристерами, непосредственно выступающими в суде. Любой адвокат, допущенный к практике в Германии, имеет право представлять своих клиентов и вести дела во всех судах, за исключением гражданских и коммерческих дел в федеральном верховном суде.

В Германии имеется довольно широкий круг адвокатов, специализирующихся на ведении дел в государственных судах и коммерческом арбитраже, и обладающих не только высокой профессиональной квалификацией, но и языковыми навыками и пониманием особенностей предпринимательской деятельности между Россией и Германией. Этот набор качеств обеспечивает как урегулирование споров, так и быстрое рассмотрение дел.

### **2. Язык судебного разбирательства**

Как правило, все разбирательства проводятся на немецком языке, включая ходатайства, представление документов в качестве доказательств, устные



слушания, показания свидетелей и судебные решения. При этом суды всё чаще принимают документы на английском языке в качестве доказательств, часто прося лишь о простом переводе адвокатом. Заверенный перевод обычно требуется только в случае сложных, например, технических документов, или - если стороны предоставляют различные варианты перевода, или - если судья или противная сторона не владеют соответствующим языком. В принципе, свидетели также могут быть заслушаны на английском языке, если все участники согласны. В то же время, на практике суд, как правило, пользуется помощью переводчика.

Лишь небольшое количество судов имеет специализированные палаты для международных споров, которые не требуют перевода документов и проводят устные слушания на английском языке. Но даже эти суды принимают ходатайства и выносят решения только на немецком языке. Несколько законодательных инициатив по созданию специализированных палат, в которых разбирательства могут быть полностью проведены на английском языке, к сожалению, ещё не получили необходимой поддержки.

### **3. Конфиденциальность**

В отличие от многих других стран, судебные разбирательства в Германии являются достаточно конфиденциальными. Судебные материалы, за редким исключением, не являются общедоступными. Также отсутствует общедоступная база данных о судебных разбирательствах или участниках (как, например, электронная база решений арбитражных судов в России или система PACER федеральных судов США). Даже расписание судебных заседаний на день, указывающее стороны и их адвокатов, часто доступно только в здании суда и не публикуется в интернете. Опубликованные судебные решения без исключений обезличиваются. Устные слушания являются единственной открытой частью процесса, но при определенных обстоятельствах суд может сделать его закрытым. В теории, защита коммерческой тайны является такой причиной, однако суды, как правило, довольно редко прибегают к этой мере.

#### **4. Продолжительность**

Сложно сделать обобщенное заявление о средней продолжительности разбирательства по гражданским и коммерческим делам в первой инстанции. Сроки, как правило, зависят от сложности дела, поведения сторон, загруженности суда и личного подхода судьи к делу. Согласно статистическим данным, 90 процентов всех судебных разбирательств первой инстанции в земельных судах (включая разбирательства, закончившиеся мировым соглашением) разрешаются в течение одного года. Если дело заканчивается вынесением решения, средняя продолжительность увеличивается примерно до 15 месяцев. Если решение обжалуется, средняя продолжительность разбирательства продлевается, по крайней мере, еще на один год.

#### **5. Разрешение спора мирным путём**

Одной из характерных особенностей разрешения споров в Германии является стремление к разрешению возникшего спора мирным путём даже после начала судебного разбирательства. Процессуальное законодательство Германии обязует суды, по мере возможности, способствовать мировому разрешению спора в любой стадии процесса. Как описано более подробно ниже, нередко на первом слушании судья даёт свою предварительную оценку дела и предлагает сторонам возможный вариант урегулирования.

### **III. Компетенция судов Германии**

Вопрос о том, имеют ли суды Германии компетенцию<sup>5</sup> для рассмотрения конкретного спора, определяется на основе исчерпывающего перечня положений, установленных законом, в первую очередь Гражданским процессуальным уложением и нормативными актами Евросоюза<sup>6</sup>. Как правило, эти положения

---

<sup>5</sup> В данной статье термин «компетенция» используется как синоним так же часто встречающихся терминов «подведомственность», «подсудность» или «юрисдикция» и подразумевает полномочие суда на рассмотрение и разрешение одновременно подведомственного и подсудного ему дела.

<sup>6</sup> В первую очередь - это Регламент ЕС № 1215/2012 «О юрисдикции, признании и приведении в исполнение иностранных судебных решений» от 12 декабря 2012 года. Текст на языках стран Евросоюза доступен по адресу <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX-%3A32012R1215>.

требуют определенную связь дела с Германией. Концепт персональной (*personam*) и предметной (*ratione materiae*) подсудности, известный из англосаксонского права, в Германии не применяется.

Немецкий суд не может отказать в рассмотрении дела, если оно ему подведомственно и подсудно. Доктрина *forum non conveniens* не применяется в Германии. Немецкие суды, как правило, признают соглашение сторон о передаче спора в иностранный суд и отказывают в его рассмотрении, за исключением ограниченной категории дел, по которым немецкие суды обладают исключительной компетенцией. Если юрисдикцию имеют несколько судов, истец может выбрать один из них. Суд может по своему усмотрению разделить разбирательство и сначала рассмотреть и принять решение о подсудности, прежде чем перейти к рассмотрению дела по существу, что довольно часто происходит в сложных делах и делах с иностранным элементом.

Иск против иностранного ответчика подсуден судам Германии, если он, в частности, касается следующих правоотношений:

1. Требования потребителя, проживающего в Германии, вытекающие из договора с иностранным ответчиком-предпринимателем.
2. Требования сотрудника, который обычно выполняет свою работу в Германии, к иностранному ответчику-работодателю.
3. Требования к иностранному ответчику, вытекающие из деятельности его филиала, агентства или иного учреждения в Германии.
4. Иностранному ответчику имеет своё центральное управление или ведёт свою основную предпринимательскую деятельность в Германии, даже если юридический адрес или место регистрации находится за границей.
5. Договорные требования, если место исполнения обязательства находится в Германии.
6. Требования, вытекающие из договора о грузоперевозке, если место отправки или место назначения находятся на территории Германии.

7. Требования, вытекающие из гражданско-правового нарушения (деликта), если ущерб нанесён потерпевшему в Германии или правонарушение было совершено в Германии.
8. Требования, связанные с вещными правами относительно недвижимого имущества или с арендой недвижимого имущества, находящегося на территории Германии.
9. Дела, связанные с регистрацией или действительностью патентов, товарных знаков, промышленных образцов или других аналогичных прав, которые зарегистрированы или поданы на регистрацию в Германии.
10. Соглашение о выборе суда предусматривает юрисдикцию немецких судов.
11. Иностранные ответчики из стран, не входящих в ЕС и Европейскую Экономическую Зону, также подпадают под юрисдикцию немецких судов, если они располагают активами, находящимися на территории Германии, и дело имеет «реальную связь» с Германией (например, истец проживает в Германии). К активам относятся, например, требования к должникам в Германии или доли в дочерних компаниях в Германии.

Если суды Германии не обладают юрисдикцией в отношении иностранного ответчика, суд отклоняет иск как недопустимый, не рассматривая его по существу, и истец может предъявить свой иск в компетентный иностранный суд. В случае подсудности дела другому немецкому суду, по ходатайству исца, оно передаётся для рассмотрения в этот суд. Если иностранный ответчик принимает участие в разбирательстве, не оспаривая юрисдикцию немецкого суда, иск считается подсудным этому суду. Таким образом, юрисдикция должна быть оспорена ответчиком как можно раньше.

Несмотря на то, что зачастую в связи с потенциальным «преимуществом своего поля» стороны несколько сдержанно относятся к перспективе вести судебное разбирательство в судах иностранного контрагента, опыт автора не подтверждает,

что суды Германии предвзято относятся к иностранным сторонам или отдают предпочтение резидентам.

#### **IV. Судебное разбирательство**

##### **1. Начало судебного разбирательства**

Судебное разбирательство начинается с подачи искового заявления (*Klage* или *Klageschrift*). Процессуальное право Германии не содержит перечень определённых видов исков. Средства правовой защиты, которые могут быть запрошены и предоставлены, определяются применимым материальным правом. Процессуальное право предусматривает лишь определенные ограничения или облегчает подачу некоторых исков. Например, при определенных обстоятельствах истец может подать иск в связи с требованием, срок исполнения которого ещё не наступил, или может подать многоступенчатый иск, в первую очередь запрашивая информацию, необходимую для исчисления требования. Подача иска о признании (декларативного иска) требует демонстрации достаточного правового интереса в установлении наличия или отсутствия спорного правоотношения и обоснования причин, по которым спорное требование не может быть заявлено путём исполнительного иска (например, истец не успевает собрать всю информацию для денежной оценки заявленного требования до истечения срока давности). При соблюдении некоторых ограничений, до устного слушания истец может изменить свои исковые требования.

В исковом заявлении должны быть указаны компетентный суд и стороны, включая их адреса, а также конкретное требование и фактическое обоснование иска (т.е. факты, на которых основывается исковое заявление). Также принято предоставлять правовое обоснование иска, хотя это и не является необходимым с точки зрения закона<sup>7</sup>. Поэтому на практике исковое заявление представляет собой полное изложение дела истцом, подкрепленное доказательствами и

---

<sup>7</sup> В процессуальном праве Германии действует принцип «*da mihi factum, dabo tibi ius*» (представь мне факты и я дам правовую оценку) и «*iuris novit curia*» (суд знает закон).

сопровождается приложениями. Таким образом, оно содержит гораздо больше информации и подробностей по сравнению с документами, требующимися для начала разбирательства во многих других странах. Следовательно, для его подготовки требуется больше времени, особенно в сложных делах.

Если иск подается в земельный суд, истец должен быть представлен адвокатом, допущенным к практике в Германии. До недавнего времени документы можно было подавать в суд только в бумажном виде. С 2018 года подача исков во все суды общей и особой юрисдикции также может осуществляться в электронном виде. К сожалению, суды пока не особо широко используют электронную коммуникацию для обратной связи с адвокатами.

После получения искового заявления суд назначает истцу срок (как правило, две недели) для уплаты аванса на судебные сборы, которые рассчитываются исходя из суммы спора. Только после внесения аванса иск будет вручен ответчику.

В отличие от многих других юрисдикций, в Германии доставка судебных документов и повесток осуществляется судом. Передача напрямую (например, между адвокатами сторон) происходит только, если это разрешено или предписано законом. Поэтому, на практике, большая часть корреспонденции сначала направляется в суд, а затем перенаправляется противной стороне, что приводит к определенной задержке. Доставка процессуальных документов за границей осуществляется либо на основе соответствующих актов Евросоюза<sup>8</sup>, либо на основе двусторонних или многосторонних международных договоров, таких как Гаагская конвенция<sup>9</sup>. В зависимости от места жительства иностранного ответчика и опыта суда с доставкой за границей, на этот процесс обычно уходит от одного до трех месяцев, но может потребоваться и гораздо больше времени.

---

<sup>8</sup> Регламент ЕС № 1393/2007 «О вручении в государствах-членах судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам (вручение документов)» от 13 ноября 2007 года. Текст на языках стран Евросоюза доступен по адресу <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:32007R1393>.

<sup>9</sup> Гаагская конвенция о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам от 15 ноября 1965 года (перевод на русский язык доступен по адресу <https://www.hcch.net/russian>).

После того, как иностранный ответчик нанял немецкого адвоката, все документы вручаются ему.

## **2. Дальнейший ход разбирательства**

После получения искового заявления и уплаты аванса на судебные сборы суд выносит процессуальное постановление, которое вручается ответчику вместе с исковым заявлением. К сожалению, в случае вручения за границей это постановление не всегда переводится на язык ответчика или английский язык. Последствия отсутствия или ошибок перевода судебных документов (например, право отказаться принять врученные документы) различаются в зависимости от правового режима, применимого к вручению этих документов за рубежом. В любом случае, во избежание негативных последствий, при получении судебных документов из Германии следует как можно скорее обратиться за юридической консультацией к немецкому адвокату.

В сложных делах и в случае иска против иностранного ответчика разбирательство до устного слушания, как правило, проходит в формате так называемого подготовительного производства в письменной форме (*schriftliches Vorverfahren*), в процессе которого стороны обмениваются письменными заявлениями. В этом случае суд устанавливает срок, в течение которого ответчик должен сообщить, будет ли он представлять возражение по иску (так называемое уведомление о защите, нем.: *Verteidigungsanzeige*), и второй срок, в течение которого он должен представить своё возражение по иску (*Klageerwiderung*). Срок для подачи уведомления о защите составляет две недели со дня вручения иска ответчику и не подлежит продлению. В случае вручения за границей этот срок составляет не менее одного месяца. Если дело рассматривается в земельном суде, то уведомление о защите должно быть подано адвокатом, допущенным к практике в Германии. Формальные требования к последующему возражению по иску соответствуют требованиям к исковому заявлению: в нём должны быть как можно более подробно указаны все факты и обстоятельства, на которых основываются возражения по иску, подкрепленные доказательствами. Срок подачи возражения по иску устанавливается судом и может быть продлён по ходатайству ответчика.

Если уведомление о защите не подано вовремя, и исковое заявление представляется обоснованным, суд выносит в отношении ответчика заочное решение (*Versäumnisurteil*). Несмотря на то, что ответчик может обжаловать это решение, оно подлежит принудительному исполнению, и истец не обязан предоставлять для этого обеспечение.

В качестве альтернативы подготовительному производству в письменной форме суд может назначить предварительное слушание (*früher erster Termin*) и предоставить ответчику возможность представить свои возражения по иску в течение установленного судом срока. В этом случае предварительное слушание проходит не ранее, чем через две недели после вручения иска. В случае иностранного ответчика этот минимальный срок составляет один месяц. На практике суды, как правило, устанавливают гораздо более длительный срок и прибегают к этому виду разбирательства только в том случае, если, по их мнению, шансы на разрешение спора в ходе предварительного слушания (например, путем мирового урегулирования) достаточно велики. Если дело не будет урегулировано в ходе предварительного слушания, разбирательство будет продолжено.

После обмена иском и возражением по иску сторонам, как правило, предоставляется возможность подать по крайней мере ещё одно письменное заявление (соответственно *Replik* и *Duplik*). Гражданское процессуальное уложение оставляет установление конкретных сроков для подачи дальнейших заявлений на усмотрение суда, и судебная практика сильно различается. Продление сроков по ходатайству стороны также является довольно распространенным явлением в Германии.

Судебные разбирательства в Германии ведутся в основном посредством письменных заявлений и документов. Письменные заявления подготавливают устное слушание и должны в сумме содержать все факты и обстоятельства, на которых основываются, соответственно, иск или защита. Как правило, от сторон требуется как можно раньше представить все факты и доказательства, а позднее представление может привести к исключению этих фактов и заявлений при рассмотрении дела судом. Возможность представления новых или



дополнительных фактов или доказательств в ходе апелляции также весьма ограничена.

После обмена письменными заявлениями, как правило, проводится одно основное устное слушание. В зависимости от сложности и/или объема дела слушание может длиться несколько дней подряд или проходить в определённые судом дни в течение нескольких недель. С согласия сторон решение может также быть вынесено только на основе письменных заявлений без проведения устного слушания (*schriftliches Verfahren*). На практике, это, однако, довольно редкое явление.

Такие инструменты англосаксонского процессуального права как решения в порядке упрощенного производства или досрочное отклонение заведомо или явно необоснованных и/или сутяжнических требований<sup>10</sup> в Германии не известны (за исключением решений о принятии обеспечительных мер, которые описаны ниже). При этом суды имеют возможность структурировать ход разбирательства таким образом, чтобы добиться того же результата, но на практике это случается очень редко. В целом, ход разбирательства в значительной степени зависит от индивидуального стиля ведения дела и предпочтений каждого отдельно взятого судьи, и стороны могут оказать на него лишь очень незначительное влияние.

### **3. Судебное заседание / устное слушание**

Судебное заседание (*mündliche Verhandlung*) в немецких судах преследует двойную цель, которая может показаться несколько необычной для многих иностранных сторон: в первую очередь - это попытка мирного урегулирования спора при непосредственной помощи суда, и только, если эти усилия не увенчаются успехом - подготовка решения суда, в частности исследование доказательств. Немецкое процессуальное право обязует суды прикладывать все возможные усилия и способствовать мирному разрешению спора в любой стадии процесса.

---

<sup>10</sup> Так называемые *summary judgment* или *early dismissals of frivolous and/or vexatious claims*.

Исходя из этого, суд, как правило, начинает заседание с краткого изложения дела и указывает на фактические и правовые аспекты, которые он считает определяющими для разрешения спора, а также старается прояснить все, не до конца ясные, аспекты дела. При этом суд нередко даёт свою предварительную оценку дела и указывает сторонам на сильные и слабые стороны их позиций. На этой основе суд затем спрашивает принципиальную готовность сторон к мирному урегулированию. Таким образом, обсуждение возможных вариантов урегулирования и подготовка стратегии переговоров являются важной частью подготовки к судебному заседанию. Если стороны выражают общую готовность к мирному урегулированию, суд может попросить их озвучить соответствующие предложения или даже представить свой возможный вариант урегулирования. Если стороны приходят к соглашению на заседании, оно фиксируется судом в судебном постановлении, которое подлежит исполнению как обычное судебное решение. Мирное соглашение может также предусматривать право на отказ в течение определенного периода времени для одной или обеих сторон, например, если для достижения мирового соглашения требуется одобрение акционеров или материнской компании.

Если стороны не достигают мирового соглашения, заседание переходит в состязательную стадию, в которой сторонам предоставляется возможность изложить свою позицию. При этом стороны не проводят полномасштабных устных прений, а лишь приводят свои аргументы по тем аспектам дела, которые суд озвучил в своем введении в дело. Затем суд может перейти к исследованию доказательств. На практике это, правда, встречается не так часто. Большинство судей предпочитает исследовать доказательства, например, заслушивать свидетелей и/или экспертов, на отдельном слушании. Поэтому, как правило, продолжение заседания переносится на более поздний срок и суд выносит только постановление об исследовании доказательств (*Beweisbeschluss*), в котором указываются предметы доказывания (факты и обстоятельства дела, требующие установления с помощью доказательств) и соответствующие средства доказывания (представленные сторонами доказательства). Такое постановление

может быть вынесено в ходе заседания или вскоре после него. Процесс доказывания, исследования и оценки доказательств описан ниже.

Устное слушание обычно проводится при личном участии сторон. На практике, на заседании стороны часто представлены только своими адвокатами. При этом суд на своё усмотрение может вызвать представителя одной или обеих сторон, который лично знаком с фактами и обстоятельствами дела, а также уполномочен заключить мировое соглашение от имени представляемой им стороны. В немецком процессуальном праве уже довольно давно существует возможность полного или частичного проведения устного слушания с помощью видеоконференц-связи. К сожалению, многие суды (пока) не располагают соответствующими системами или у судей нет необходимого опыта и/или технических навыков, и поэтому использование этой технологии в ходе судебных разбирательств в Германии по-прежнему является редким исключением. Ситуация может поменяться в связи с ограничениями, связанными с COVID-19. Так, например, некоторые суды начали по своей инициативе предлагать использование видеоконференц-связи для проведения заседаний, а заинтересованные круги на всех уровнях призывают к ускоренной цифровизации судебной системы Германии.

В отличие от многих других стран, в Германии не ведётся ни аудио- или видео-запись, ни стенографический протокол судебного заседания. Судья ведёт только краткий протокол слушания, в котором отражаются основные данные о ходе судебного заседания, такие как: процессуальные действия и фактические или правовые аргументы сторон, не содержащиеся в поданных письменных заявлениях, показания свидетелей и процессуальные решения суда. Протокол записывается судьёй на диктофон, аудиозапись переводится в текстовый документ, который через несколько дней после слушания предоставляется сторонам. В случае опроса свидетелей или заслушивания эксперта их показания также записываются только в краткой, изложенной судьёй своими словами форме. Стороны имеют право привлекать частных стенографов для составления стенограммы всего заседания или его отдельных частей (но не аудио- или

видеозаписи), что стало довольно распространённой практикой в сложных судебных разбирательствах. Стороны могут ссылаться на эти протоколы в своих письменных заявлениях, однако они не имеют доказательной силы официального судебного протокола.

#### **4. Доказывание и доказательства**

##### **i) Основные принципы, средства и процесс доказывания**

Гражданское процессуальное право Германии основано на принципе состязательности. Это означает, что суд не устанавливает факты и обстоятельства дела в следственном порядке (*ex officio*). Напротив, стороны дела должны представить все факты и обстоятельства и, при необходимости, доказать их. За некоторыми исключениями, каждая сторона несет бремя доказывания фактов и обстоятельств, на которых она основывает свои требования или возражения, и может полагаться как на прямые, так и на косвенные доказательства. Суд устанавливает обстоятельства дела на основе исследования представленных фактов и доказательств и полностью свободен в их оценке. В теории, судья должен быть полностью внутренне убежден в истинности определенного оспариваемого факта. Этот стандарт доказывания несколько выше, чем концепт «баланса вероятностей», который часто применяется в англосаксонском праве, и примерно сравним со стандартом «за пределами разумных сомнений», применимым, в частности, в уголовных делах в англосаксонской правовой системе.

За исключением исков о возмещении ущерба, основанных на нарушениях антимонопольного права, процессуальное право Германии не предусматривает процессуальных обязательств сторон по досудебному раскрытию, предоставлению или исследованию документов (*pre-trial discovery* или *disclosure*). В Германии также не существует судебных процедур для истребования доказательств или предоставления информации от третьих лиц (таких как, например, *Norwich Pharmacal order* в Великобритании). Следовательно, судебные разбирательства в Германии не приводят к обязательствам сторон в отношении

сохранения или обеспечения доказательств (*legal/litigation hold*). Стороны, как правило, также не обязаны представлять в суд невыгодные им факты и доказательства. По этому все представленные заявления и доказательства должны быть правдивыми. Информационная асимметрия, которая в англосаксонском праве обычно преодолевается с помощью процедур раскрытия и предоставления документов, в Германии часто (но не всегда) решается путем облегчения или частичного и, в некоторых случаях, даже полного перераспределения бремени доказывания. Например, в делах о гражданско-правовой ответственности производителя за безопасность его продукции бремя доказывания того, что его продукция была безопасна, лежит на производителе. Немецкое материальное право (в случае его применимости) также может влиять на распределение бремени доказывания.

Суд будет исследовать представленные доказательства относительно конкретного факта или обстоятельства только в том случае, если оно оспорено противной стороной и, по мнению суда, имеет отношение к рассматриваемому делу и существенное значение для его разрешения (принцип относимости). Например, если суд отклоняет иск на основании правовой оценки, доказательства не будут исследоваться (например, если суд пришёл к выводу, что срок давности по заявленному требованию истёк до подачи иска, суд не будет исследовать доказательства, представленные в поддержку самого требования). Как правило, суд выносит решение об исследовании доказательств в специальном постановлении (*Beweisbeschluss*), в котором указываются конкретные предметы и средства доказывания.

В немецком гражданском процессе обязанность доказывания касается только фактов и обстоятельств дела. Стороны не обязаны ни предоставлять правовую оценку, ни доказывать правильность своей правовой позиции. Применение права к представленным фактам является задачей суда (принцип *iura novit curia* – «суд знает закон»).

В немецком гражданском процессуальном праве также не существует общего правила, что доказательства, полученные незаконным или сомнительным путем,

являются недопустимыми. Решение о допустимости принимается судом на основе обстоятельств каждого конкретного случая.

В немецком гражданском процессе стороны ограничены видами доказательств и процедурой их представления и исследования, установленными в Гражданском процессуальном уложении, которое содержит исчерпывающий перечень допустимых доказательств: вещественные доказательства (статьи 371 – 372а ГПУ), показания свидетелей (статьи 373 – 401 ГПУ), судебная экспертиза (статьи 402 – 414 ГПУ), письменные доказательства (статьи 415 – 444 ГПУ) и показания сторон дела (статьи 445 – 455 ГПУ).

## **ii) Письменные доказательства**

Письменные доказательства и документы являются наиболее распространенным видом доказательств в немецких гражданских судах. Стороны, как правило, не обязаны предоставлять оригиналы, достаточно копий, а также имеют право редактировать (видимым образом) представленные документы или предоставлять только необходимые части, но суд может потребовать предоставления оригинала и/или полного документа. Документы, которые изначально существуют только в электронной форме (например, электронные письма, Excel таблицы и т.д.), могут быть представлены в виде распечатки или PDF-файла. Только в случае оспаривания подлинности, оригинал электронного документа должен быть представлен в суд.

Сторона должна представить в суд те документы, на которые она ссылается в качестве доказательства. Истребование письменных доказательств от других участников разбирательства или третьих лиц возможно только в том случае, если запрашивающая сторона имеет материально-правовое требование о предъявлении этого документа (например, право на предоставление информации), или запрашиваемая сторона ссылалась на этот документ в своих заявлениях, но не предоставила его. Кроме того, суд может по своей инициативе обязать любую из сторон или третье лицо предоставить конкретный документ, если этот документ упоминается в письменных заявлениях сторон. Суды все более активно

пользуются этим правом и запрашивают документы самостоятельно, если они считают их относимыми и необходимыми для разрешения спора. Если сторона не предоставляет истребованный документ, суд может (но не обязан) принять этот факт во внимание при оценке доказательств и принятия решения по делу.

Суды все чаще принимают документы на английском языке в качестве доказательств, часто даже не прося о предоставлении простого перевода адвокатами. Заверенный перевод обычно требуется только в том случае, если документы сложны, стороны не могут прийти к согласию о правильном переводе или судья не владеет соответствующим языком.

### **iii) Показания свидетелей и показания сторон дела**

Давать показания в качестве свидетелей могут только физические, а не юридические лица. Сами стороны разбирательства и их законные представители (например, директора или члены правления юридических лиц) не могут выступать в качестве свидетелей. Их показания могут быть использованы в качестве доказательств только с согласия противной стороны или распоряжения суда. Несмотря на это, суды часто прибегают к менее формальной процедуре и заслушивают стороны разбирательства или их представителей касательно тех или иных фактов. Показания сторон, данные в течение такого опроса, имеют меньшую доказательную силу, за исключением того случая, если они являются единственным имеющимся доказательством (например, личная беседа между директором компании-истца и сотрудником компании-ответчика, который, в отличие от директора, может дать показания как свидетель).

Стороны могут ссылаться на показания любого лица, а не только находящихся под их контролем (например, своих сотрудников). Если сторона считает, что работник противной стороны или третье лицо сможет подтвердить обстоятельство, на котором она основывает своё требование или возражение, то эта сторона может сослаться на показания этого свидетеля в качестве доказательства. Свидетели, вызванные судом для дачи показаний и находящиеся на территории Германии, обязаны явиться на судебное заседание. При этом они

имеют право на возмещение расходов на дорогу и компенсацию утраченного заработка в соответствии с тарифами, установленными специальным законом (*Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetz - JVEG*). В отношении иностранных свидетелей, находящихся за пределами Германии, немецкие суды не имеют принудительных полномочий и вынуждены полагаться на довольно обременительные механизмы межгосударственной судебной помощи, если свидетель не явился добровольно.

Исходя из принципа относимости доказательств, описанного выше, решение о том, будет ли свидетель вызван для дачи показаний и касательно каких предметов доказывания, принимается исключительно судом. Стороны не могут заставить суд вызвать свидетеля. Процесс допроса свидетелей в немецких судах существенно отличается от того, который применяется в англосаксонских правовых системах. Вместо прямого, перекрестного и повторного допроса, который (порой довольно агрессивно) ведётся адвокатами, в Германии свидетели в первую очередь допрашиваются судом, а стороны только имеют право задавать дополнительные вопросы. Как правило, свидетелям задают открытые вопросы (например, что обсуждалось между А и Б во время встречи?), а не вопросы, на которые они могут ответить «да» или «нет». По усмотрению суда свидетель может быть приведен к присяге, но это редкое исключение. В Германии не предусмотрены досудебные допросы свидетелей (*pre-trial depositions*) и практически не используются письменные показания свидетелей.

Свидетели дают свои показания на основании воспоминаний о произошедшем, но при этом им не запрещено подготавливаться к даче показаний, например пересматривать соответствующую корреспонденцию и документы, а также брать эти документы с собой на заседание. Подготовка свидетелей к даче показаний сторонами или их адвокатами не запрещена, но проводится довольно редко и может побудить суд считать показания такого свидетеля менее достоверными.

В ряде случаев свидетель может полностью или частично отказаться от дачи показаний, например, в случае самоговора, в отношении сведений, которые защищены профессиональной тайной, или в отношении коммерческих тайн.



Как уже было сказано выше, суд не ведёт стенографическую или аудио- или видео-запись дачи показаний. Показания свидетелей фиксируются лишь в протоколе судебного заседания в краткой, изложенной судьей своими словами форме. Только в том случае, если важна точная формулировка ответа, судья записывает показания в виде цитаты. Несмотря на то, что при согласии всех участников допрос свидетелей может проводиться на иностранном языке, даже в случае англоязычного свидетеля большинство судей чувствует себя более комфортно с переводом показаний на немецкий язык и вызывает переводчика. Заслушивание свидетелей может проводиться с помощью систем видеоконференцсвязи, но на практике этот метод пока практически не применяется.

#### **iv) Судебная экспертиза**

В отличие от многих других стран, экспертизы в рамках судебного разбирательства в Германии, как правило, проводятся только экспертами, назначенными судом. При этом суд не может назначить экспертизу по своей инициативе, а только в случае соответствующего ходатайства одной из сторон. Выбор и инструктирование эксперта проводится судом после заслушивания сторон. Перед назначением экспертизы, сторона, ходатайствующая о её проведении, должна внести аванс в размере предполагаемого гонорара эксперта в соответствии с тарифами, установленными специальным законом (*Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetz - JVEG*). После проведения экспертизы и представления письменного заключения, суд, как правило, также заслушивает эксперта лично на устном слушании, в ходе которого стороны имеют право задавать эксперту вопросы.

Стороны также имеют право представлять в суд экспертные заключения, подготовленные привлечёнными ими экспертами. Они могут быть использованы судом при вынесении решения, однако, как правило, имеют меньшую доказательную ценность, чем заключения эксперта, назначенного судом. Если выводы привлечённого стороной эксперта оспариваются противной стороной, суд почти всегда назначает независимого эксперта. Разумные расходы на

привлечённых стороной экспертов подлежат возмещению в случае выигрыша дела, но только, если экспертное заключение было необходимо для обоснования иска или защиты соответствующей стороны (например, для обоснования иска или для оспаривания выводов эксперта, назначенного судом).

#### **v) Вещественные доказательства**

Изучение вещественных доказательств охватывает такие разнообразные процедуры, как осмотр недвижимого имущества по месту его нахождения, или проходящие в зале суда просмотр видео- и прослушивание аудио-записей, просмотр веб-сайтов, или осмотр некрупных вещественных объектов. Чисто технически, электронные документы также считаются вещественными, а не письменными доказательствами. На практике электронные документы представляются в виде распечатки или PDF файлов.

### **5. Вынесение и обжалование судебного решения**

Если дело не урегулировано мирным путём, суд выносит решение, которое основано на изучении и оценке всех письменных заявлений, проведённых устных слушаний и исследованных доказательств. В простых, однозначных делах суд может вынести решение в конце устного слушания, что, однако, случается довольно редко. В большинстве случаев суды устанавливают отдельную дату для вынесения решения, после чего решение направляется всем участникам дела в письменном или электронном виде.

Решение включает в себя решения по существу спора и по распределению расходов. Конкретная сумма расходов, подлежащих возмещению, устанавливается судебным секретарем в ходе отдельной процедуры после вынесения решения судом. В большинстве случаев решение суда подлежит немедленному принудительному исполнению. При этом до вступления решения в законную силу по истечении срока на его обжалование, принудительное исполнение возможно только при условии вноса взыскателем обеспечения в установленном судом размере, или может быть отсрочено должником путём вноса такого обеспечения.

Немецкое процессуальное право предусматривает два уровня обжалования решений, вынесенных судом первой инстанции.

Апелляции (*Berufung*) рассматриваются судами следующей инстанции. При рассмотрении апелляционной жалобы суд по существу рассматривает дело заново. В то же время, за несколькими исключениями, апелляционный суд связан заключениями суда первой инстанции, касающимися установления обстоятельств дела, и стороны, как правило, не имеют права представлять новые факты и доказательства, если они могли быть представлены в суде первой инстанции. При определенных обстоятельствах апелляционная жалоба может быть отклонена без проведения слушания, если апелляционный суд сочтет ее однозначно необоснованной. В противном случае апелляционный суд принимает решение по существу дела самостоятельно и лишь в редком случае направляет дело на пересмотр в суд первой инстанции.

Апелляционные решения подлежат кассации (*Revision*) в федеральном верховном суде, который проверяет только законность решения, то есть его соответствие нормам материального и процессуального права. Кассационная жалоба может быть подана только с разрешения апелляционного или кассационного суда и только в том случае, если аспект подлежащий кассации, имеет принципиальное правовое значение. Таким образом, лишь немногие дела доходят до кассационной стадии. Как и в случае с апелляционной жалобой, кассационная жалоба может быть отклонена за явной необоснованностью без проведения слушания. Если кассационная жалоба принимается к рассмотрению, то федеральный верховный суд либо принимает решение по существу дела, либо направляет дело на пересмотр а апелляционный суд (например, если необходимо установление дополнительных обстоятельств дела).

## **V. Особые судебные процедуры**

### **1. Множественность участников и групповые иски**

Немецкое процессуальное право основано на концепте индивидуальных исков и не предусматривает настоящих коллективных исков в той форме, которая

практикуется в США (*class action*) или в Великобритании (*group litigation*). Тем не менее, иски нескольких истцов или против нескольких ответчиков могут быть объединены в одно дело, при условии, что между заявленными требованиями существует материально-правовая или фактически связь. При определенных обстоятельствах в качестве альтернативы иски могут быть объединены путем переуступки прав одному истцу (как правило, специально созданному юридическому лицу) или доверительному управляющему. В обоих случаях каждое требование по-прежнему рассматривается в индивидуальном порядке, и каждый иск будет оцениваться по его собственному существу. В начале 2020 года законность объединения исков путем переуступки прав специально созданному юридическому лицу была поставлена под сомнение земельными судами Мюнхена и Ганновера в судебных разбирательствах в связи с так называемыми «грузовым картелем» и «сахарным картелем»<sup>11</sup>.

Под влиянием массовых судебных процессов против немецких автопроизводителей, а также в попытке упростить защиту прав потребителей в 2018 году в Германии был введен так называемый типовой декларативный иск (*Musterfeststellungsklage*), который может быть подан определенными организациями по защите прав потребителей против компаний. Этот новый вид судебной процедуры не является исключением из правила индивидуальных исков. Решение в типовом деле определяет только фактические и/или правовые вопросы, которые являются общими для всех исков. Каждый истец по-прежнему должен подать индивидуальный иск, в ходе разбирательства которого будут рассмотрены индивидуальные аспекты данного дела (например, размер ущерба или компенсации или истечение срока давности). Уже довольно давно, с 2005 года, существует аналогичная процедура для исков, основанных на нарушении определенных законов о рынке ценных бумаг (например, в связи с обязательствами о раскрытии информации, ответственностью за эмиссионный

---

<sup>11</sup> Земельный суд Мюнхена, решение от 7 февраля 2020 – 37 O 18934/17 (<https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2020-N-841?hl=true>); Земельный суд Ганновера, решение от 4 мая 2020 – 18 O 50/16.

проспект, использованием инсайдерской информации или манипулированием рынком).

Третье лицо может вступить в судебное разбирательство в качестве заинтересованной стороны (*Nebenintervenient*), если исход разбирательства может иметь последствия для его правового положения. Согласие первоначальных сторон разбирательства на это не требуется. Типичным примером является третья сторона, которая опасается, что проигравшая сторона может предъявить ей требования в порядке регресса. Заинтересованная сторона вступает в разбирательство на стороне истца или ответчика и может активно участвовать в разбирательстве, с тем ограничением, что её действия не должны противоречить поддерживаемой ею стороне. Риск такого вступления в дело заключается в том, что в случае проигрыша, решение суда распространяется и на заинтересованную сторону, и не подлежит пересмотру в последующем судебном разбирательстве между ней и поддерживаемой стороной.

В свою очередь, участники разбирательства могут подать ходатайство о присоединении третьего лица (*Streitverkündung*), если они считают, что в случае проигрыша они могут иметь требования против этого третьего лица или нести перед ним ответственность. Третья сторона может либо вступить в разбирательство, либо не участвовать в нём. В независимости от её выбора, в случае проигрыша, решение суда распространяется и на третью сторону, и не подлежит пересмотру в последующем судебном разбирательстве между ней и стороной, подавшей заявление о присоединении.

Эти процедуры часто применяются по отношению к субподрядчикам в строительных делах или по отношению к субпоставщикам в цепях поставок.

## **2. Приказное производство (*Mahnverfahren*)**

Законодательство Германии предусматривает упрощенную процедуру, позволяющую кредитору быстро получить судебный приказ, подлежащий исполнению в принудительном порядке, без необходимости инициировать судебное разбирательство (*Mahnverfahren*). Эта процедура предназначена для

взыскания долгов в тех случаях, когда должник просто отказывается платить. Она также может быть использована для приостановления срока исковой давности на определенный период времени, давая кредитору больше времени для подготовки иска.

По заявлению кредитора, в котором указывается только основание заявленного денежного требования (например, «договор купли/продажи от ...»), районный суд по его местонахождению выдаёт платежный приказ (*Mahnbescheid*) и осуществляет его вручение ответчику. Суд не рассматривает обоснованность требования кредитора, а лишь проверяет заявление на соответствие определённым формальным требованиям. После вручения платежного приказа у ответчика есть один месяц для того, чтобы заявить возражение. Это можно сделать без привлечения адвоката с помощью бланка, приложенного к платежному приказу. В случае возражения разбирательство продолжается в обычном судебном порядке в том суде, которому подведомственно разрешение данного спора. Если ответчик не заявляет возражение, по ходатайству заявителя суд выдаёт исполнительный судебный приказ (*Vollstreckungsbescheid*) и осуществляет его вручение ответчику. В течение одного месяца после вручения ответчик может вновь заявить возражение, после чего разбирательство будет продолжено в обычном судебном порядке. Судебный приказ подлежит принудительному исполнению без необходимости предоставления обеспечения.

Эта процедура может быть использована немецкими и иностранными кредиторами против должников, являющихся резидентами государств-членов ЕС, Швейцарии, Норвегии, Исландии и Израиля, при условии, что основное требование подсудно судам Германии. Любые иностранные кредиторы могут использовать эту процедуру против должников, являющихся резидентами Германии. Кроме того, между государствами-членами ЕС существует аналогичный порядок приказного производства (*European Payment Order*)<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Регламент ЕС № 1896/2006 «О введении процедуры Европейского платёжного приказа» от 12 декабря 2006 года. Текст на языках стран Евросоюза доступен по адресу <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32006R1896>.

### **3. Рассмотрение дел по письменным доказательствам (*Urkundsprozess*)**

Гражданское процессуальное уложение предусматривает возможность рассмотрения дел в ускоренном порядке исключительно на основе письменных доказательств. В этом так называемом документарном производстве (*Urkundsprozess*) возможно заявление требований о взыскании денежных сумм и поставке взаимозаменяемых товаров или передаче ценных бумаг. При этом все факты и обстоятельства, на которых основано заявленное требование, должны быть либо не оспорены ответчиком, либо быть полностью подтверждены письменными доказательствами. Эта процедура позволяет кредиторам, которые располагают чёткими документальными доказательствами своих требований, получить судебное решение, подлежащее принудительному исполнению, значительно быстрее, чем в ходе обычного судебного разбирательства.

На первом этапе рассмотрения обе стороны могут представить в качестве доказательств только документы. Любые возражения ответчика, которые не могут быть подтверждены письменными доказательствами, не принимаются во внимание судом. Если заявленное требование полностью подтверждено письменными доказательствами, суд выносит предварительное решение об удовлетворении иска, которое подлежит немедленному исполнению, и может быть отсрочено ответчиком только путём вноса обеспечения. Предварительное решение подлежит пересмотру на втором этапе разбирательства, на котором стороны не подлежат никаким ограничениям в отношении доказательств.

### **4. Производство по сбору и обеспечению доказательств (*Selbständiges Beweisverfahren*)**

Как было изложено выше, исследование доказательств обычно происходит в ходе устного слушания. Если существует опасность того, что доказательства могут быть утеряны или уничтожены до тех пор, как они могут быть исследованы судом, заинтересованное лицо может инициировать специальную процедуру по обеспечению и сохранению этих доказательств. В ходе этого процесса могут быть изучены вещественные доказательства, произведён опрос свидетелей или

проведена экспертиза. Ходатайство о принятии этих мер может быть подано как до начала, так и параллельно с текущим судебным разбирательством и результаты являются обязательными для сторон в основном судебном разбирательстве. Дополнительным преимуществом является то, что начало данной процедуры приостанавливает срок исковой давности.

Кроме того, до начала судебного разбирательства сторона может подать ходатайство о проведении экспертизы с целью оценки состояния или стоимости конкретной вещи, или установления причины дефекта или повреждения, или определения стоимости устранения такого дефекта или повреждения, если эта сторона имеет правовой интерес в такой оценке (например, для установления обоснованности иска или приостановления срока исковой давности).

Издержки по этим разбирательствам (за исключением расходов противной стороны) изначально оплачиваются заявителем, но решение об их окончательном распределении принимается судом в последующем судебном разбирательстве. Если заявитель не подаёт иск в течение установленного судом срока, он окончательно несёт все расходы, включая расходы противной стороны.

## **VI. Обеспечительные меры**

Немецкое законодательство предусматривает очень эффективный и быстрый способ принятия обеспечительных мер в защиту прав и требований, являющихся предметом основного иска. Возможные меры делятся на две категории: арест имущества и распоряжение о временной защите права.

Обе обеспечительные меры имеют временный характер и возможны только в случае срочности. Подающая ходатайство сторона должна продемонстрировать, что без принятия соответствующей обеспечительной меры её права или интересы будут нарушены или их осуществление будет существенно затруднено.

### **1. Арест имущества (*dinglicher Arrest*)**

Временный арест имущества может быть истребован для обеспечения исполнения денежного требования, являющегося предметом иска. Заявление об обеспечении



иска может быть подано как до, так и одновременно, или после подачи иска. Заявитель должен продемонстрировать, (1) что удовлетворение иска по основному требованию более вероятно, чем его отклонение; и (2) что без наложения ареста исполнение судебного решения будет невозможно или существенно затруднено (например, если судебное решение придется исполнять за границей и принцип взаимности исполнения не гарантирован). Несмотря на то, что применимый стандарт доказывания в принципе ниже, чем в обычном судебном производстве, на практике требования довольно высоки. Фактически, заявитель должен убедить суд в обоснованности своего иска в той же степени, что и в рамках основного судебного разбирательства. Причиной этому является тот факт, что немецкий гражданский процесс ориентирован скорее на устранение последствий правонарушения, нежели на упреждающие действия.

Временный арест имущества может быть осуществлен, например, путем наложения ареста на движимое имущество, замораживанием банковских счетов или обременением недвижимого имущества обеспечительной ипотекой. Поскольку все эти меры являются защитными, реализация арестованного имущества невозможна. Несмотря на то, что наложение ареста на имущество судом Германии может распространяться и на имущество, находящееся за пределами Германии, приведение в исполнение такого распоряжения за границей скорее всего будет проблематично.

Законодательство Германии не предусматривает санкций в случае нарушения ответчиком распоряжения о временном аресте имущества. В частности, принцип личной ответственности за неуважение к суду (*contempt of court*), известный из англосаксонского права, в Германии не применяется. Поэтому действия, противоречащие временному аресту имущества, не приводят к штрафу, тюремному заключению или конфискации имущества.

В отношении должника, являющегося резидентом другого государства-члена ЕС (за исключением Дании), при определенных условиях кредиторы могут

обратиться с ходатайством о наложении Европейского ареста средств на банковском счёте (*European Account Preservation Order*)<sup>13</sup>.

## **2. Распоряжение о временной защите права (*einstweilige Verfügung*)**

Второй вид обеспечительных мер – это распоряжение о временной защите права, которое может быть использовано для обеспечения или защиты, в первую очередь, неденежных требований и интересов. Заявитель должен продемонстрировать, (1) что удовлетворение иска по основному требованию более вероятно, чем его отклонение; и (2) что без распоряжения о временной защите его права или интересы, являющиеся предметом основного иска, будут нарушены или их осуществление будет существенно затруднено. Применимый стандарт доказывания несколько выше, чем в других юрисдикциях. На практике, доказать обоснованность заявления о временной защите права проще, чем о наложении ареста на имущество.

В большинстве случаев, до подачи ходатайства о временной защите заявитель должен направить противной стороне предупредительное письмо (*Abmahnung*). Только в исключительных обстоятельствах (например, если предварительное предупреждение поставит под угрозу эффективное осуществление прав заявителя), такое уведомление не требуется.

Законодательство Германии не ограничивает суды в конкретных мерах, которые они могут принять. Решение о временной защите может назначить любую меру, при условии, что она является целесообразной и необходимой для защиты права или интереса заявителя. К часто применяемым мерам относятся временный запрет на использование предмета спора или обязательство прекратить определённые действия (например, в спорах, касающихся интеллектуальной собственности, или действий, противоречащих закону о недобросовестной конкуренции) или запрет на совершение определённых действий для сохранения статуса-кво (например,

---

<sup>13</sup> Регламент ЕС № 655/2014 «О введении процедуры Европейского ареста банковских счетов для облегчения трансграничного взыскания задолженности по гражданским и коммерческим делам» от 15 мая 2014 года. Текст на языках стран Евросоюза доступен по адресу <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32014R0655>.

запрет продажи имущества или запрет исполнения банковской гарантии). Распоряжения, обязующие ответчика прекратить определённые действия, обычно включают в себя угрозу штрафа за каждый случай нарушения. Только в исключительных обстоятельствах суд может принять меру, которая фактически удовлетворяет требование заявителя, которое испрашивается в рамках основного производства (например, если грозящее нарушение права заявителя необратимо). В последние годы суды Германии расширили потенциальную сферу применения распоряжений о временной защите, сделав их более действенными и тем самым довольно весомым правовым оружием. Например, обязательство прекратить продажу определенного товара может также включать в себя обязательство немедленно убрать этот товар с полок и на розничном уровне.

### **3. Процесс принятия обеспечительных мер**

Решения по заявлениям о принятии обеспечительных мер принимаются судами Германии в кратчайшие сроки и рассматриваются в приоритетном порядке. Конкретный срок зависит от того, проводится ли устное слушание. В экстренных случаях, в частности, если проведение устного слушания грозит невозможностью реализации запрашиваемой меры, решение принимается заочно и часто в течение нескольких дней или даже часов (например, для предотвращения продажи контрафактных товаров в рамках международных выставок или в связи с непосредственной угрозой забастовки).

Для обоснования своего ходатайства заявитель может опираться на все имеющиеся в его распоряжении доказательства, но эти доказательства должны находиться в распоряжении суда при принятии решения. Следовательно, если решение выносится заочно (*ex parte*), суд не может заслушать заявленных свидетелей. В таких случаях заслушивание заменяется предоставлением письменных свидетельских показаний, подкреплённых заверением свидетеля о их правдивости, которое равносильно присяге (*eidesstattliche Versicherung*)<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Такие письменные показания сопоставимы с заявлением под присягой (*affidavit* или *sworn declaration*) известным из англосаксонского права.

Решение о принятии обеспечительной меры должно быть приведено в исполнение заявителем в течение одного месяца. Для этого он должен вручить его ответчику. Распоряжение подлежит принудительному исполнению, и ответчик обязан соблюдать принятые меры, даже если он оспорил это судебное решение. В случае отмены решения ответчик может потребовать возмещения ущерба, нанесённого исполнением обеспечительной меры. Если заявитель ещё не подал иск в отношении своего основного требования, по ходатайству ответчика суд может обязать его подать иск в течение определённого срока.

Если потенциальный ответчик предполагает, что против него может быть подано заявление о принятии обеспечительной меры, он может подать так называемое защитное заявление (*Schutzschrift*). По сути, это заявление является превентивным возражением против ходатайства о принятии обеспечительной меры. Защитное заявление подаётся в электронном виде и хранится в течение 6 месяцев в едином электронном судебном реестре. Перед принятием решения суды общей юрисдикции обязаны проверить этот реестр на наличие защитного заявления. В настоящее время регистрационный сбор составляет 83 евро.

## **VII. Принудительное исполнение судебных решений**

Немецкое процессуальное право предусматривает эффективный механизм принудительного исполнения любого судебного решения. В зависимости от типа судебного решения (о присуждении денежного или иного требования) предусмотрены различные меры принудительного исполнения.

Судебное решение, присуждающее денежное требование, может быть принудительно исполнено обращением взыскания на любое имущество и имущественные права должника с определенными ограничениями, гарантирующими прожиточный минимум. Движимое имущество описывается и продаётся с торгов судебным приставом. Имущественные права, такие как денежные и иные требования к третьим лицам, банковские счета, ценные бумаги или акции арестуются и передаются истцу для реализации или взыскания. Принудительное исполнение в отношении недвижимого имущества является

более обременительным. Если истец не обладает залоговым обеспечением (например, ипотекой) в отношении целевой недвижимости, он сначала должен зарегистрировать принудительную обеспечительную ипотеку и лишь после этого может начать процедуру принудительной продажи с торгов (или принудительного управления в случае недвижимости, сданной в аренду).

Меры принудительного исполнения иных судебных решений зависят от присуждённого требования и соответствующего обязательства ответчика. Решение о присуждении или передаче имущества, или об освобождении помещения исполняется судебным приставом, который изымает у должника присуждённое имущество или принудительно выселяет должника из помещения. Если ответчик обязан совершить определенное действие, которое может быть совершено без его личного участия (например, устранить определённый дефект), по ходатайству истца суд выносит постановление, уполномочивающее истца совершить это действие за счет ответчика. Решения, предписывающие ответчику лично выполнить, допустить выполнение или воздержаться от совершения конкретного действия, исполняются путём наложения денежного штрафа и, в качестве крайней меры, тюремного заключения, которое, в случае, если должником является организация, применяется к её руководящим лицам. Если ответчик обязан дать определенное волеизъявление (например, заключить конкретное соглашение или дать свое согласие), такое обязательство считается исполненным, как только судебное решение вступило в законную силу.

Согласно так называемому Брюссельскому Режиму<sup>15</sup>, решения немецких судов по гражданским и торговым делам подлежат исполнению в других государствах-членах ЕС, как если бы они были вынесены судом этого государства. Они не обязаны проходить через процедуру признания и исполнения. Принудительное исполнение происходит в соответствии с внутренним законодательством и процедурами соответствующего государства. В Швейцарии, Норвегии и

---

<sup>15</sup> Регламент ЕС № 1215/2012 «О юрисдикции и признании и приведении в исполнение судебных решений по гражданским и торговым делам (пересмотренный)» от 12 декабря 2012 года. Текст на языках стран Евросоюза доступен по адресу <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2012/1215/2015-02-26>.

Исландии решения, вынесенные судами Германии, могут быть исполнены на основании Луганской конвенции<sup>16</sup>, которая предусматривает упрощённую процедуру, но по-прежнему требует прохождения процедуры признания перед тем, как решение может быть принудительно исполнено. В обоих случаях в исполнении может быть отказано только на очень ограниченных основаниях, изложенных в соответствующем регламенте. Те же правила действуют в отношении признания и исполнения в Германии решений, вынесенных судами государств-членов ЕС, а также Швейцарии, Норвегии и Исландии.

В отсутствии международных договоров, исполнение судебных решений из других стран, как правило, регулируется внутренним законодательством о признании и приведении в исполнение иностранных судебных решений. В Германии иностранные судебные решения должны пройти специальную процедуру признания, прежде чем они могут быть принудительно исполнены. В признании будет оказано, в частности, если 1) иностранный суд не обладал юрисдикцией согласно законодательству Германии, 2) решения судов Германии не признаются в этом государстве (принцип взаимности) или 3) признание и приведение в исполнение противоречило бы публичному порядку Германии (например, решения, которые присуждают компенсацию так называемых штрафных убытков (*punitive* или *exemplary damages*)). Взаимность как условие для признания очень распространено в мире и её наличие не является само собой разумеющимся фактом. Так, решения государственных судов общей юрисдикции России и Германии пока взаимно не признаются и не исполняются.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Конвенция «О юрисдикции и признании и приведении в исполнение судебных решений по гражданским и торговым делам» от 30 октября 2007 года. Текст на языках стран Евросоюза доступен по адресу <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A22007A122-1%2803%29>.

<sup>17</sup> Федеральный верховный суд, постановление от 5 июля 2018 – IX ZR 195/16, оставившее в силе решение Высшего земельного суда Гамбурга от 13 июля 2016 – 6 U 152/11 (<https://openjur.de/u/2194602.html>) об отклонении заявления о признании и исполнении решения арбитражного суда города Москвы. См. комментарий к этому решению: *Rainer Wedder*, DRRZ (Deutsch-Russische Rechtszeitschrift) 2018, с. 140.

## **VIII. Стоимость судебного разбирательства**

### **1. Судебные сборы и гонорары адвокатов**

Судебные сборы регулируются специальным законом (*Gerichtskostengesetz* или *GKG*) и рассчитываются на основе цены спора и в зависимости от стадии разбирательства, с применением дегрессивной шкалы. Истец обязан авансировать судебные сборы в полном объеме, чтобы исковое заявление было вручено судом ответчику. Прочие расходы, например, расходы на оплату услуг назначенных судом экспертов, издержки свидетелей, административные сборы или услуги переводчиков, также оплачиваются сторонами, и суд может попросить стороны авансировать эти расходы. За несколькими исключениями, цена спора ограничена 30 миллионами евро, в результате чего максимальная сумма судебных издержек в первой инстанции составляет примерно 330.000 евро.

Гонорары адвокатов также регулируются специальным законом (*Rechtsanwaltsvergütungsgesetz* или *RVG*). Опять же, гонорары обычно рассчитываются на основе цены спора и в зависимости от стадии процесса с применением дегрессивной шкалы. За несколькими исключениями, цена спора также ограничена 30 миллионами евро, в результате чего максимальная сумма гонорара адвоката в первой инстанции составляет около 230.000 евро (нетто). В качестве альтернативы стороны могут договориться со своим адвокатом и о другом гонораре, который, правда, не может быть ниже установленной законом ставки. За редкими исключениями, которые не имеют практического значения, в Германии запрещены условные гонорары, зависящие от исхода дела. Услуги специализирующихся на коммерческих разбирательствах адвокатов, как правило, оплачиваются на основе почасовых ставок; фиксированный гонорар встречается довольно редко. Стоит заметить, что адвокатские гонорары даже ведущих фирм Германии в среднем существенно ниже, чем, например, в Лондоне или Нью-Йорке.

Для иллюстрации вышеизложенного ниже приводятся четыре выборочных расчета (обычное судебное разбирательство с участием двух сторон и вынесением решения):

<b>Цена спора</b>	<b>Судебные сборы (1ая/2ая инстанция)</b>	<b>Гонорар адвоката (каждая сторона, нетто 1ая/2ая инстанция)</b>	<b>Сумма = риск в случае проигрыша (1ая/2ая инстанция)</b>
<b>EUR 10.000,00</b>	<b>EUR 723,00 / 964,00</b>	<b>EUR 1.415,00 / 1.582,40</b>	<b>EUR 3.553,00 / 4.128,80</b>
<b>EUR 100.000,00</b>	<b>EUR 3.078,00 / 4.104,00</b>	<b>EUR 3.777,50 / 4.228,40</b>	<b>EUR 1.633,00 / 12.560,80</b>
<b>EUR 1.000.000,00</b>	<b>EUR 16.008,00 / 21.344,00</b>	<b>EUR 11.802,50 / 13.216,40</b>	<b>EUR 39.613,00 / 47.776,80</b>
<b>EUR 10.000.000,00</b>	<b>EUR 113.208,00 / 150.944,00</b>	<b>EUR 79.302,50 / 88.816,40</b>	<b>EUR 271.813,00 / 328.576,80</b>

## **2. Возмещение затрат**

Если дело доходит до судебного решения, то, в большинстве случаев применяется правило, в соответствии с которым проигравшая сторона обязана полностью оплатить расходы по делу (т.е. судебные сборы и издержки, а также гонорар адвоката выигравшей стороны согласно установленному законом тарифу). В случае частичной победы расходы распределяются пропорционально. В случае мирового соглашения стороны обычно договариваются о распределении расходов, применяя более или менее тот же принцип.

Возмещение гонорара адвоката проигравшей стороной ограничивается установленной законом ставкой, что делает финансовый риск проигрыша предсказуемым. Следовательно, в Германии не существует специальных процедур для контроля за расходами (таких как, например, бюджетирование расходов а английских судах). С другой стороны, только в редком случае выигравшей стороне будут возмещены все расходы, понесенные в связи с



судебным разбирательством, поскольку установленный законом гонорар, как правило, ниже, чем согласованный гонорар на основе почасовых ставок.

### **3. Финансирование судебных разбирательств третьими лицами**

Финансирование судебных разбирательств третьими лицами (*third-party funding* или *TPF*) в его традиционном понимании в Германии, в принципе, разрешено, а его рынок является относительно зрелым и хорошо развитым, с присутствием как немецких, так и иностранных компаний. Преобладающая модель представляет собой сценарий «без риска», при котором финансирующая сторона обязана возместить финансируемой стороне расходы противной стороны в случае, если иск в конечном итоге окажется безуспешным, и финансируемая сторона не обязана возместить финансирующей стороне эти расходы. При этом затраты на получение финансирования и долю финансирующей стороны от выигранной суммы иска, как правило, не подлежат возмещению проигравшим ответчиком. Компании, предоставляющие финансирование судебных разбирательств, обычно требуют тесного сотрудничества финансируемой стороны, хотя формально они не могут вести судебный процесс сами.

В последние годы компании, предоставляющие услуги по взысканию долгов, при помощи новых технологий разработали новую бизнес-модель, которая облегчает и делает экономически привлекательным предъявление таких претензий потребителей, которые либо имеют небольшой объём (например, компенсация за задержку или отмену рейсов), либо основаны на одинаковых или похожих фактических данных (например, претензии к немецким автопроизводителям в связи с так называемым «дизельным скандалом»). Эта модель сочетает в себе традиционную услугу по взысканию долгов с финансированием третьей стороной. Принципиальная законность этой бизнес-модели была подтверждена федеральным верховным судом в ноябре 2019 года и нескольких последующих решениях, но с оговоркой, что необходимо проводить анализ соответствующей бизнес-модели по каждому конкретному случаю<sup>18</sup>. После принятия этого решения

---

<sup>18</sup> Федеральным верховным суд, решение от 27 ноября 2019 – VIII ZR 285/18 (<https://openjur.de/u/2190777.html>).

несколько судов первой инстанции проверили различные бизнес-модели с разными результатами<sup>19</sup>.

Страхование судебных расходов как альтернативный способ финансирования довольно распространено в Германии не только для физических лиц, но и для юридических. Его преимуществом является то, что оно, как правило, также покрывает расходы на защиту от иска. При этом перечень застрахованных дел часто ограничен: обычные страховые полисы для предприятий не включают в себя ряд коммерческих споров, споры, связанные с интеллектуальной собственностью и антимонопольным законодательством.

#### **4. Обеспечение судебных расходов ответчика**

В принципе, стороны обязаны финансировать своё участие в разбирательстве сами и возмещение расходов производится только после его окончания. Лишь в исключительных случаях истец обязан по требованию ответчика предоставить обеспечение его расходов: во-первых, истец должен быть нерезидентом Евросоюза или Европейской экономической зоны. Во-вторых, должно отсутствовать международное соглашение, освобождающее истцов от предоставления обеспечения или разрешающее принудительное исполнение решения суда о возмещении издержек в отношении истца в его стране. Примечательно, что финансовое положение истца не имеет никакого значения. Истцы из России подпадают под вышеназванное исключение наличия международного соглашения и, таким образом, с них не может быть потребовано предоставление обеспечения<sup>20</sup>. Наиболее распространенной формой обеспечения является банковская гарантия. Сумма обеспечения обычно рассчитывается на основе гонорара адвоката ответчика в первой и второй инстанциях и судебных издержек во второй инстанции.

---

<sup>19</sup> Земельный суд Брауншвайга, решение от 23 декабря 2019 – 3 O 5657/18 и решение от 24 апреля 2020 – 11 O 3092/19; Земельный суд Ингольштадта, решение от 7 августа 2020 – 41 O 1745/18.

<sup>20</sup> Статья 17 Гагской конвенции по вопросам гражданского процесса от 1 марта 1954 года (перевод на русский язык доступен по адресу <https://www.hcch.net/russian>). Земельный суд Гамбурга, решение от 7 декабря 1992 г., 419 O 146/92, VersR 1994, 242; Высший земельный суд Кёльна, решение от 26 мая 2000 г., 6 U 7/00 (<https://openjur.de/u/154625.html>).

***Информация об авторе:***



Д-р Александр Щавелев

Адвокат и старший юрист в юридической компании Pinsent Masons Germany LLP, Мюнхен. Практика разрешения споров и ведения судебных и третейских разбирательств.

Александр Щавелев закончил юридический факультет университета Фрайбурга. После защиты диссертации и получения степени магистра в университете Нового Южного Уэльса в Сиднее он проходил адвокатскую стажировку в Дюссельдорфе и Канберре. С 2015 года он работал адвокатом в офисе юридической компании Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP в Дюссельдорфе. В 2018 году он перешёл в Мюнхенский офис юридической компании Pinsent Masons Germany LLP. Александр специализируется на ведении судебных процессов в государственных судах Германии и третейских разбирательствах. Основными направлениями его деятельности являются разбирательства в строительном и энергетическом секторе, споры в связи со сделками по слиянию и поглощению и консультации по вопросам, связанным с Россией и СНГ.

**Контактные данные:**

Pinsent Masons Germany LLP  
Ottostraße 21  
80333 Munich

+49 89 20 30 43 571

[alexander.shchavelov@pinsentmasons.com](mailto:alexander.shchavelov@pinsentmasons.com)

## **ОСНОВНЫЕ АСПЕКТЫ СОЗДАНИЯ ОБЩЕСТВА С ОГРАНИЧЕННОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТЬЮ В ГЕРМАНИИ**

**(Grundsätzliche Aspekte der Gründung einer Gesellschaft  
mit beschränkter Haftung in Deutschland)**

*Татьяна Воротницкая, канд. ист. Наук  
(Tatiana Vorotnitskaya)*

### **1. Почему именно Общество с ограниченной ответственностью как организационно-правовая форма?**

Решение о начале собственного бизнеса сопряжено не только с выбором сферы деятельности, поиском (формированием) первоначального капитала и подбором персонала, но и с необходимостью выбора определенной организационно-правовой формы создаваемого предприятия.

В немецком праве существуют лишь законом предписанные организационно-правовые формы (*numerus clausus*), которые могут быть использованы при создании субъекта хозяйствования. Несмотря на данные ограничения, разнообразие организационно-правовых форм предприятий в немецком праве достаточно богатое и предлагает возможность выбора, исходя из реальных потребностей каждого субъекта, начинающего свой бизнес: начиная с организации бизнеса в качестве индивидуального предпринимателя («*Einzelunternehmer*»), либо через создание открытого торгового общества («*offene Handelsgesellschaft*» – сокращенно «*OHG*») или Коммандитного общества («*Kommanditgesellschaft*» – сокращенно «*KG*»), Общества с ограниченной

ответственностью («*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*» – сокращенно «*GmbH*», далее «*ГмбХ*» или «*Общество*») или Акционерного общества («*Aktiengesellschaft*» – сокращенно «*AG*»), заканчивая так называемыми смешанными формами как *GmbH & Co. KG*<sup>1</sup>, которые не имеют аналогов в российском праве.

Одной из самых распространенных форм является Общество с ограниченной ответственностью - ГмбХ. В чем же причина такой популярности данной организационно-правовой формы?

В первую очередь, это четкое правовое разграничение ответственности и имущества отдельных участников Общества и самого ГмбХ как самостоятельного субъекта права. Во-вторых, относительная простота процедуры создания и небольшое количество учредительных документов, которые, в совокупности с необходимостью нотариального оформления и регистрации в торговом реестре («*Handelsregister*») соответствующего общего суда низшей инстанции («*Amtsgericht*»), создают определенные правовые гарантии для отдельных участников ГмбХ в случае возникновения спорных ситуаций между ними.

Безусловно, предписанный законом определенный формализм (нотариальная форма, регистрация в торговом реестре) в создании Общества, изменении состава его участников, учредительных документов, увеличении или уменьшении уставного капитала сопряжен с неизбежными финансовыми расходами на услуги нотариуса, адвоката, регистрацию в торговом реестре и необходимостью соблюдения соответствующих нормовых предписаний. В то же время данные издержки не сопоставимы с преимуществами, которые предлагает подобная

---

<sup>1</sup> Особенностью данной правовой формы является тот факт, что участником общества, несущим персональную ответственность (Комплементар; „Komplementär“) является ГмбХ. Так как ГмбХ несет ответственность лишь в объеме имущества общества, это позволяет эффективно ограничить ответственность в такой смешанной форме Коммандитного общества. Коммандитист (Kommanditist) несет ответственность лишь в объеме своего взноса в капитал общества. Такое ограничение ответственности защищает личное имущество Коммандитиста при условии, что он полностью внес свой капитальный взнос.

транспарентная и формализованная правовая процедура организации деятельности ГмбХ, в том числе с точки зрения деловых партнёров, которые имеют возможность получить независимую информацию об Обществе на основании записей в торговом реестре, а также на основании публикуемых годовых отчётов Общества, которые находятся в открытом доступе на странице специальной электронной федеральной газеты («*Bundesanzeiger*»), Интернет-адрес: <https://www.bundesanzeiger.de>

Также не существует правовых ограничений для минимально необходимого количества участников Общества. Это позволяет создать ГмбХ даже одному человеку, так называемое «ГмбХ одного лица» («*Einmann-GmbH*»).

Требования к минимальному размеру уставного капитала Общества в 25 тыс. евро (§ 5 абз. 1 предл. 1 Закона об Обществе с ограниченной ответственностью, далее «*Закон о ГмбХ*»; *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung* – сокращенно «*GmbHG*») могут быть как способствующим моментом для выбора данной организационно-правовой формы, так и препятствием, в случае если необходимой суммы нет в наличии или ведение хозяйственной деятельности не предполагает таких финансовых оборотов, которые бы оправдывали наличие и сохранение уставного капитала в подобном объеме («*Grundsätze der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung*»).

## **2. Необходимые учредительные документы**

Основополагающим документом в создании ГмбХ является учредительный договор («*Gesellschaftsvertrag*»), который имеет двойное значение. С одной стороны, он является учредительным актом, на основании которого учредители создают ГмбХ и который определяет правовые основы деятельности данного Общества в деталях. С другой стороны, он является также Уставом ГмбХ, который действует также в отношении будущих участников Общества. Положения учредительного договора могут быть изменены только решением

собрания участников Общества, которое требует нотариальной формы и большинства в три четверти всех голосов (§ 53 Закона о ГмбХ).

Согласно § 2 Закона о ГмбХ учредительный договор должен быть подписан всеми участниками-учредителями и нотариально заверен. Нотариальная форма также необходима для доверенности в случае подписания учредительного договора не самим учредителем, а его уполномоченным представителем (§ 2 абз. 2 Закона о ГмбХ).

Возможно также создание ГмбХ в так называемом упрощённом порядке посредством использования Протокола-Образца («*Musterprotokoll*»), § 2 абз. 1а Закона о ГмбХ. Такая упрощенная форма допустима только в том случае, если создаваемое ГмбХ имеет не более трех участников и одного управляющего («*Geschäftsführer*»). Одновременно Протокол-Образец действует как список участников ГмбХ («*Gesellschafterliste*»). Существенным недостатком использования Протокола-Образца для создания ГмбХ является тот факт, что участники-учредители не могут внести в него никаких изменений и дополнений, а обязаны использовать его лишь в предполагаемой законом форме. Таким образом, применение такого упрощенного порядка создания ГмбХ при наличии более чем одного участника на практике не рекомендуется. Как результат такая процедура создания ГмбХ не получила большого распространения. Первоначальная экономия финансовых расходов на создание ГмбХ несет в себе в будущем больше недостатков, чем преимуществ, что связано с необходимостью адаптации упрощенных формулировок Протокола-Образца к действительным потребностям участников Общества в четком и детальном регулировании определенных правовых вопросов организации деятельности ГмбХ.

В § 3 Закона о ГмбХ определено минимальное содержание учредительного договора. Он должен включать следующие данные:

- фирменное наименование и место нахождения общества;

- конкретный предмет, сфера деятельности;
- размер уставного капитала;
- количество и номинальный размер долей участия, которые принадлежат отдельному участнику ГмбХ.

Безусловно, на практике ни один учредительный договор не ограничивается только формулировками обязательного содержания, а включает в себя такие важные практические факультативные положения, как процедура созыва и проведения собрания участников; форма и процедура принятия решений; положения, касающиеся управляющего ГмбХ (назначение на должность и прекращение полномочий, объем полномочий представлять интересы ГмбХ в отношении третьих лиц); сделки, подлежащие согласованию со стороны собрания участников; ограничение в продаже долей участия («Vinkulierung»); запрет на конкурентную деятельность; порядок исключения участника из ГмбХ; принудительное изъятие доли участника общества; расторжение договора отдельным участником.

Как правило, назначение первого управляющего («*Geschäftsführerbestellung*») создаваемого ГмбХ осуществляется путем включения соответствующего решения участников-учредителей в учредительный договор или в учредительный протокол («*Gründungsprotokoll*»), который требует также нотариального удостоверения. Управляющим может быть назначено также лицо, не имеющее постоянного места жительства в Германии. При этом должно быть гарантировано, что такой управляющий имеет возможность в любое время въехать на территорию Германии. В том случае, если управляющий имеет гражданство страны, граждане которой обязаны иметь визу для въезда на территорию Германии, необходимо будет предоставить суду, который будет производить регистрацию ГмбХ («*Registergericht*»), подтверждение разрешения на въезд.

С момента заключения учредительного договора в нотариальной форме еще нельзя говорить с правовой точки зрения о создании ГмбХ как юридического



лица. В этот момент возникает лишь так называемое Пред-ГmbH («Vor-GmbH») или GmbH в процессе создания («GmbH in Gründung – GmbH i. Gr.»). GmbH в процессе создания представляет собой общество особого вида (*sui generis*), к которому применимы положения, действующие в отношении GmbH в той мере, в какой регистрация в торговом реестре не является необходимым условием. Такое Пред-ГmbH является самостоятельным правоспособным субъектом со своими правами и обязанностями.

ГmbH как самостоятельный субъект права возникает лишь с момента регистрации в торговом реестре (§ 11 абз. 1 Закона о GmbH).

Для регистрации GmbH необходимо подать заявление на регистрацию («*Anmeldung*») в официально заверенной форме (§ 12 абз. 1 Торгового Кодекса Германии, *Handelsgesetzbuch – HGB*). Подача заявления на регистрацию должна осуществляться всеми управляющими лично в общий суд низшей инстанции по месту нахождения GmbH. Согласно § 378 абз. 2 Закона о судопроизводстве по семейным делам и по делам добровольной юрисдикции («*Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit – FamFG*») нотариус, который заверил подписи управляющих, уполномочен направить данное заявление на регистрацию в торговый реестр.

К заявлению на регистрацию должен быть приложен следующий пакет документов согласно § 8 Закона о GmbH:

- заявление на регистрацию GmbH;
- учредительный договор, заверенный надлежащим образом. В этом случае речь идет не только об учредительном договоре в узком смысле, но также и об учредительном протоколе. В случае подписания учредительного договора уполномоченными представителями должны быть предоставлены также доверенности на этих лиц;

- подтверждение полномочий управляющего, в случае если его назначение осуществлено не посредством учредительного договора; данные о дате рождения и месте жительства управляющего, а также об объеме его полномочий (§ 8 абз. 2 Закона о ГмбХ);
- список участников ГмбХ; в случае создания уставного капитала ГмбХ посредством внесения имущественных взносов («Sacheinlage»): соответствующие договоры об имущественном взносе, отчет об учреждении путем внесения имущественных взносов, документы, подтверждающие фактическую стоимость имущественного взноса (Wertgutachten);
- подтверждение («Versicherung») со стороны управляющего согласно § 8 абз. 2 и 3 Закона о ГмбХ, касающееся надлежащего исполнения обязанностей внесения капитального взноса каждым из участников согласно взятых на себя обязательств в учредительном договоре и окончательном нахождении данных взносов в свободном распоряжении управляющего; а также подтверждение со стороны управляющего об отсутствии обстоятельств, которые препятствуют его назначению на должность управляющего, и подтверждение того, что управляющий ознакомлен с обязанностью предоставлять подобную информацию регистрирующему суду.

### **3. Процесс создания ГмбХ: конкретные этапы и их последовательность**

#### ***Общество, предшествующее созданию ГмбХ***

Еще на этапе, предшествующем подписанию учредительного договора, будущие участники-учредители ГмбХ могут путем достижения общего согласия, не требующего определенной формы, создать так называемое общество, предшествующее учреждению ГмбХ («Vorgründungsgesellschaft»). Такое общество существует в форме Общества гражданского права («Gesellschaft bürgerlichen Rechts – GbR») или в форме открытого торгового общества (OHG) и

прекращает свое существование автоматически в связи с достижением своей цели в момент заключения нотариального учредительного договора о создании ГмбХ (§ 726 Германского Гражданского Уложения = Bürgerliches Gesetzbuch = BGB).

С целью избежать риска персональной ответственности участникам такого общества целесообразно на данном этапе воздержаться от ведения хозяйственной деятельности и совершения иных правовых действий от имени такого общества, кроме действий, необходимых для юридического завершения процесса создания ГмбХ.

### *Подписание учредительного договора в нотариальной форме*

После согласования участниками-учредителями всех необходимых условий для организации ГмбХ, включая размер уставного капитала, размер и форму взносов в капитал ГмбХ, назначение первого управляющего, а также текста учредительного договора, учредители ГмбХ или их уполномоченные представители согласовывают дату подписания учредительных документов с нотариусом. В назначенный день учредители или их уполномоченные представители (доверенность должна быть нотариально заверена) подписывают учредительный протокол, включая учредительный договор, в нотариальной форме. Назначение первого управляющего происходит либо посредством включения соответствующего положения в учредительный договор (§ 6 абз. 3 предл. 2 Закона о ГмбХ), либо решением учредителей, принятым в учредительном протоколе.

Следующим этапом является открытие банковского счета и внесение договоренных долей участия в соответствующем денежном объеме с целью создания уставного капитала ГмбХ. Без подтверждения оплаты уставного капитала регистрация Общества невозможна (§ 7 абз. 2 предл. 1 Закона о ГмбХ). Хотя законом предусмотрена возможность внесения лишь половины основного капитала до момента регистрации, следует учитывать тот факт, что каждый участник Общества несет ответственность в размере еще не внесённой доли капитала своим личным имуществом. Если в качестве капитального взноса

выбран имущественный взнос («*Sacheinlage*»), то он должен быть внесен таким образом, чтобы Общество могло свободно им распоряжаться еще до момента подачи заявления на регистрацию ГмбХ в торговом реестре.

### ***Регистрация Общества в торговом реестре***

После внесения уставного капитала в полном объеме или частично в объеме, допустимом законом, управляющий ГмбХ подает заявление на регистрацию Общества вместе со всеми необходимыми документами и заявлениями согласно §§ 7, 8 Закона о ГмбХ. Данный шаг является завершающим в процессе юридического оформления Общества как ГмбХ. С момента регистрации ГмбХ является самостоятельным субъектом права и только с этого момента существует как юридическое лицо в форме ГмбХ (§§11, 13 абз. 1 Закона о ГмбХ).

Заявление на регистрацию ГмбХ должно быть подано в официально заверенной форме в суд низшей инстанции по месту юридического адреса создаваемого ГмбХ. Заявление подаётся лично всеми назначенными управляющими через нотариуса, который заверяет данное заявление и направляет его и другие необходимые документы в соответствующей форме на регистрацию ГмбХ в торговом реестре. Подача заявления на основании доверенности исключена. Подача заявления лично управляющим обусловлена в том числе и тем фактом, что вместе с заявлением необходимо также предоставить подтверждение определенных фактов («*Versicherungen*») согласно § 8 абз. 2 Закона о ГмбХ, которое в силу его сугубо личного характера не может быть дано через доверенное лицо.

За предоставление неправильных сведений управляющий и учредители-участники несут как материальную, так и уголовную ответственность (§§ 9а, 82 Закона о ГмбХ).

Регистрирующий суд («*Registergericht*») после проверки документов на создание и регистрацию ГмбХ на их соответствие регистрирует ГмбХ в торговом реестре.

Согласно § 10 абз. 1 Закона о ГмбХ сведения о регистрации включают в себя следующие данные: фирменное название и место нахождения Общества, предмет деятельности, размер уставного капитала, дата заключения учредительного договора, данные об управляющем, включая объем его полномочий.

После регистрации ГмбХ необходимо подать также заявление на регистрацию хозяйственной деятельности («*Gewerbeanmeldung*»), оформить документы в соответствующей налоговой инспекции («*Finanzamt*») и получить налоговый номер, а также как работодатель номер предприятия («*Betriebsnummer*»), который выдает Федеральное агентство по труду («*Bundesagentur für Arbeit*»). В зависимости от вида деятельности, возможно, понадобится получение специальных разрешений. В начале своей деятельности Общество также составляет Начальный баланс («*Eröffnungsbilanz*»).

Конкретные затраты на создание ГмбХ зависят от разных факторов: создается ли ГмбХ с помощью Протокола-Образца либо с привлечением адвокатских услуг при подготовке документов, количество учредителей, размер уставного капитала. В среднем затраты на нотариальные услуги и на регистрацию ГмбХ при уставном капитале в 25.000,00 евро могут составить от 500 до 1000 евро.

***Информация об авторе:***



Татьяна Воротницкая – адвокат в Германии, закончила юридический факультет Кельнского университета. Наряду с немецким юридическим образованием имеет два диплома о высшем образовании, полученные в Беларуси: диплом юриста и диплом специалиста по международным отношениям. Защитила в Беларуси кандидатскую диссертацию и имеет звание кандидата исторических наук. Начинала свою трудовую деятельность в «Минском транзитном Банке» (Беларусь) в отделе корреспондентских отношений.

В настоящее время работает адвокатом в в одной из крупнейших юридических компаний Германии «Heuking Kühn Lüer Wojtek“ и специализируется по вопросам юридической консультации немецких и зарубежных предприятий в области корпоративного права и рынков капитала, реструктуризации предприятий, а также в области торгового права и юридической ответственности органов субъектов хозяйствования. К сфере ее деятельности относится в том числе оказание юридических услуг немецким и зарубежным предприятиям в области покупки-продажи предприятий в Германии и за ее пределами, а также их правового преобразования. Кроме того она занимается юридическим сопровождением международных проектов, в том числе с участием предприятий из России и других стран СНГ.

E-Mail: [t.vorotnitskaya@heuking.de](mailto:t.vorotnitskaya@heuking.de) Tel: +49 221 600 55 236

## **НОВЫЙ ЗАКОН О МИГРАЦИИ КВАЛИФИЦИРОВАННЫХ СПЕЦИАЛИСТОВ**

**(Das neue Fachkräfteeinwanderungsgesetz)**

*Д-р Христина Майер, д-р Александр Горский, LL.M.*

*(Dr. Christina Maier, Dr. Alexander Gorskiy, LL.M.)*

### **1. Введение**

1 марта 2020 г. вступил в силу Закон о миграции квалифицированных специалистов от 15 августа 2019 г. (Fachkräfteeinwanderungsgesetz, BGBl. I, S. 1307; далее по тексту FKEG или Закон), посредством которого были внесены многочисленные изменения в Закон о пребывании, трудовой деятельности и интеграции иностранцев на территории Федеративной Республики Германия от 30 апреля 2004 г. (в полностью обновлённой редакции от 25 февраля 2008 г., Aufenthaltsgesetz, BGBl. I, S. 162; далее по тексту AufenthG) касательно привлечения квалифицированной рабочей силы в Германию. Настоящий Закон был принят во исполнение коалиционного соглашения между правящими политическими партиями ХДС, ХСС и СДПГ для упорядочения и стимулирования трудовой миграции в Германии. Этот Закон отменил введённый ещё в 1973 г. в немецкое законодательство принцип запрета на привлечение в Германию иностранной рабочей силы и заменил его на разрешительный принцип привлечения квалифицированных кадров как с высшим образованием, так и со средним специальным образованием или иной приравненной к нему квалификацией. Таким образом, настоящий Закон стал ответом на давний запрос немецкой экономики по восполнению острого дефицита квалифицированных специалистов во многих отраслях.

Новый Закон меняет систематику немецкого миграционного законодательства относительно трудовой миграции, вызванной нехваткой квалифицированных кадров во многих отраслях экономики. В то же время, правовая природа механизмов привлечения рабочей силы не изменяется: миграция квалифицированных кадров из-за рубежа возможна только в том случае, если полученная в иностранном государстве квалификация признаётся в Германии и, как правило, обладающему ей иностранному специалисту гарантировано рабочее место у одного из немецких работодателей. Так, в *AufenthG* вводится единое понятие квалифицированного специалиста (3), под которым понимается лицо, обладающее как высшим (3.3), так и средним специальным образованием (3.1) или иными явно выраженными профессионально-практическими знаниями (3.2). Расширены и по-новому упорядочены правила касательно временного въезда в Германию иностранных граждан с целью поиска места в образовательной организации или рабочего места (4), а также расширены и дифференцированы возможности для пребывания иностранных граждан в Германии с целью признания полученной за рубежом профессиональной квалификации. Данные материально-правовые нормы дополняются некоторыми процедурными изменениями, а именно введением ускоренной процедуры по привлечению квалифицированных специалистов (5.2) и рекомендацией по учреждению центральных миграционных ведомств в федеральных землях (5.1).

Несмотря на заявленные изменения философии и систематики немецкого миграционного законодательства и многочисленные точечные поправки, внесённые Законом в *AufenthG*, в научной и практической литературе высказываются критические мнения относительно эффективности законодательных изменений и фактического облегчения привлечения квалифицированных специалистов в Германию.<sup>1</sup> Авторы настоящей статьи, имеющие как адвокатский, так и административный опыт в области немецкого миграционного права, отчасти разделяют опасения коллег относительно конечной

---

<sup>1</sup> Vgl. *Mävers, Gunther*, Das Fachkräfteeinwanderungsgesetz – ein Überblick und Ausblick, in: *ArbRAktuell* 2020, S. 81.



эффективности шагов, предпринятых федеральным законодателем. В то же время, однозначно оценивать (не)эффективность новых законодательных правил и их практическую (не)целесообразность в настоящий момент преждевременно, как минимум, по двум причинам. Во-первых, с момента вступления в силу FKEG, внёшнего изменения в AufenthaltG, прошло только четыре месяца, что для выработки однозначной правоприменительной практики (особенно, с учётом федеративной природы немецкой государственности с самостоятельными полномочиями немецких земель по исполнению миграционных законов) совсем небольшой срок. Во-вторых, значительное влияние оказала нынешняя пандемия коронавирусной инфекции, существенно повлиявшей, с одной стороны, на общую ситуацию на рынке труда в Германии (пик безработицы был достигнут в августе 2020 г., когда безработными в Германии числились около 2,95 млн человек, что на 636 тыс. больше, чем годом ранее; количество работников с вынужденной неполной занятостью достигло максимума в 6,7 млн в мае 2020 г.<sup>2</sup>) и, с другой стороны, на деятельность миграционных ведомств и органов службы занятости, затормозив в общем процесс внедрения новых законодательных требований на практике.

Таким образом, целью настоящей статьи авторы ставят необходимость анализа и оценки (в том числе, критической) систематики обновлённого AufenthaltG в целом и значимых законодательных нововведений в частности. Насколько эффективным и действенным окажется новый Закон, покажет выработанная уполномоченными органами правоприменительная практика, на что потребуется ещё некоторое время.

## **2. Целеполагание и систематика Закона**

Ни для кого в Германии не секрет, что местная экономика на протяжении вот уже многих лет испытывает острый дефицит в квалифицированных трудовых кадрах. В некоторых сферах экономики, таких как медицина и уход за пациентами и

---

<sup>2</sup> <https://www.arbeitsagentur.de/news/arbeitsmarkt-2020> (дата обращения: 04.08.2020).

пожилыми людьми (Gesundheits- und Pflegebranche), а также ремесленное производство (Handwerk) подобный дефицит является критическим. Но и такие востребованные области как математика и информатика, инженерное дело, естественные и технические науки испытывают «кадровый голод». Так, согласно экспертным оценкам, по состоянию на начало 2020 г. немецкая экономика недосчитывалась около 1,2 млн рабочих мест, которые оставались вакантными.<sup>3</sup> Решение об открытии немецких границ для многочисленных нелегальных мигрантов летом-осенью 2015 г. и последующие попытки их интеграции в местный рынок труда показали относительно скоро невозможность быстрого, а главное, эффективного восполнения имеющегося кадрового пробела. Чтобы быстро и с перспективой на будущее заполнить многочисленные вакантные места, был необходим новый подход к миграционной политике. В этой связи федеральным правительством был подготовлен законопроект, целью которого стала целенаправленная и регулируемая иммиграция квалифицированных кадров из третьих стран, не являющихся членами Европейского Союза (далее по тексту ЕС). Таким образом, принятый в августе 2019 г. FKEG должен был выступить в качестве распределительного инструмента для дальнейшего разграничения между исключительно *трудовой миграцией* и (зачастую нелегальной и неконтролируемой) миграцией, направленной на получение политического убежища или иного международно-правового статуса в Германии.<sup>4</sup>

Несмотря на то, что FKEG является ключевым механизмом по увеличению и стимулированию миграции квалифицированных кадров из стран-не членов ЕС, достижение поставленной цели только принятием одного закона не представляется возможным. Для этого должны приниматься и другие стимулирующие меры, такие как ускорение процедуры признания иностранного образования (т. н. нострификация), активная (в первую очередь, финансовая)

---

<sup>3</sup> Vgl. Mareck, Guido, Fachkräfte: Das Fachkräfteeinwanderungsgesetz – was ändert sich auf dem Arbeitsmarkt?, in: Arbeitsrecht Aktiv, 2020, S. 33; Цех, Таня, Для специалистов двери открыты, <https://www.deutschland.de/ru/topic/ekonomika/zakon-ob-immigracii-specialistov-rabotat-v-germanii> (дата обращения: 04.08.2020).

<sup>4</sup> Vgl. Mareck, S. 33.

поддержка изучения немецкого языка за рубежом (в особенности, за границами Европейского континента), ясная и чётко сформулированная маркетинговая стратегия по привлечению квалифицированной иностранной рабочей силы, разработанная совместно с представителями заинтересованных отраслей экономики, а также развитие быстрых и прозрачных административных процедур.<sup>5</sup>

В обновленной ч. 1 пар. 18 AufenthG сформулирован *принцип миграции квалифицированных специалистов*. Так, привлечение иностранных работников зависит от требований немецкой экономики и научного сообщества с учётом сложившихся отношений на рынке труда. Специальные возможности для иностранных квалифицированных кадров служат задачам сохранения кадровой базы и укрепления системы социальных отношений. Эти возможности направлены на устойчивую интеграцию квалифицированных кадров в местные рынок труда и общество с учётом интересов общественной безопасности.

ФКЕГ ознаменовал смену парадигмы в систематике законодательства о трудовой деятельности иностранцев в Германии. Если раньше осуществление трудовой деятельности для иностранцев из третьих стран было, в принципе, запрещено, если иное не вытекало из выданного на основании закона или постановления разрешения (так называемый *запрет с разрешительной оговоркой* (Verbot mit Erlaubnisvorbehalt), аналог правила «запрещено всё, что не разрешено»), то с вступлением в силу нового Закона происходит системное изменение: согласно ч. 1 пар. 4a AufenthG иностранец, имеющий любой вид на жительство в Германии, имеет право осуществлять трудовую деятельность, если закон не содержит определённый запрет (здесь стоит отметить, что AufenthG лишь в немногочисленных случаях предусматривает прямой запрет для иностранца на занятие трудовой деятельностью). Таким образом, вводится диспозитивный принцип доступа иностранцев к трудовой деятельности (так называемое *разрешение с запретительной оговоркой* (Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt), аналог

---

<sup>5</sup> Vgl. Mareck, S. 33.

правила «разрешено всё, что не запрещено»). В то же время нельзя утверждать, что раньше в Германии действовал абсолютный запрет на осуществление иностранцами трудовой деятельности: системное изменение в правовом регулировании трудовой деятельности иностранцев в Германии началось ещё с принятия в 2013 г. федеральными министерством труда и по социальным вопросам и министерством внутренних дел совместного Постановления о занятости иностранных граждан (*Beschäftigungsverordnung vom 6. Juni 2013*, *BGBI. I, S. 1499*), которое заменило принятое в 1998 г. Постановление об отдельных исключительных правилах для выдачи разрешения на работу вновь прибывшим иностранным работникам (*Anwerbestoppausnahmereverordnung vom 17.09.1998*, *BGBI. I, S. 2893*).<sup>6</sup> Посредством нового Закона это системное изменение в подходе к регулированию трудовой деятельности иностранных граждан в Германии нашло, таким образом, своё логическое продолжение (но, надеемся, всё-таки ещё не завершение).

В то же время, трудовая деятельность, напрямую запрещённая или ограниченная *AufenthG*, либо выходящая за рамки основного вида трудовой деятельности, осуществляемой иностранцем, может осуществляться только с разрешения Федерального агентства по труду (*Bundesagentur für Arbeit*), которое, в свою очередь, может быть выдано в ограниченном объёме (ч. 2 пар. 4а *AufenthG*). Например, может быть ограничено количество рабочих часов или вид трудовой деятельности (см. п. 4а.1.2 Рекомендаций Федерального министерства внутренних дел, строительства и по национальным делам по применению Закона о миграции квалифицированных специалистов<sup>7</sup>; далее по тексту Рекомендации). Как следствие, вышеуказанная оговорка в *AufenthG* ограничивает диспозитивность принципа открытого доступа иностранных граждан к немецкому рынку труда и, по сути, мало что изменяет в разрешительном порядке

---

<sup>6</sup> Vgl. *Mävers*, S. 81.

<sup>7</sup> Anwendungshinweise des Bundesministeriums des Inneren, für Bau und Heimat zum Fachkräfteeinwanderungsgesetz vom 30.01.2020, [https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads-DE/veroeffentlichungen/themen/migration/anwendungshinweise-fachkraefteeinwanderungsgesetz-.pdf;jsessionid=F2169AE1E0E37B637D7DC3944504B490.1\\_cid287?\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads-DE/veroeffentlichungen/themen/migration/anwendungshinweise-fachkraefteeinwanderungsgesetz-.pdf;jsessionid=F2169AE1E0E37B637D7DC3944504B490.1_cid287?_blob=publicationFile&v=3) (дата обращения: 04.08.2020).

трудоустройства иностранцев в Германии<sup>8</sup> (данный тезис будет развит далее на примере некоторых отдельных законодательных нововведений).

### 3. Упрощение доступа к немецкому рынку труда

Основным изменением, внесённым в AufenthaltG, является отмена преимущества при трудоустройстве немецких граждан и граждан государств-членов ЕС перед гражданами третьих стран (так называемая *Vorrangprüfung*). Если до введения в силу FKEG до заключения трудового договора с иностранцем работодатель должен был доказать, что на вакансию не была найдена более подходящая кандидатура среди граждан Германии или ЕС, то теперь у него такой обязанности нет. Таким образом, доступ иностранных квалифицированных кадров к немецкому рынку труда был облегчён и, что главное, иностранные специалисты практически уравниваются в трудовых и социальных правах с местными и европейскими кадрами. Также отменяется так называемая *проверка на востребованность профессии* (*Engpassbetrachtung*), которая, согласно прежнему правовому регулированию, проводилась с целью определить, насколько конкретный иностранный специалист востребован на немецком рынке труда, в особенности с учётом дефицитных профессий. При этом стоит отметить, что обновлённый AufenthaltG предусматривает возможность введения в действие вышеуказанных двух правил на уровне правительственного постановления или решения земельных властей для отдельных профессий или регионов, если наблюдается высокий уровень безработицы.<sup>9</sup>

Новый пар. 4a AufenthaltG, устанавливая принцип доступа иностранных кадров к местному рынку труда, разделяет трудовую деятельность (*Erwerbstätigkeit*) как родовое понятие (ч. 1) и трудовую деятельность по найму (*Beschäftigung*) как видовое понятие (ч. 2). Общее понятие трудовой деятельности сформулировано в

---

<sup>8</sup> Vgl. *Mävers*, S. 81.

<sup>9</sup> Vgl. *Mareck*, S. 34; *Астапов, Алексей*, На ПМЖ в Германию для работы: изменения условий в 2020 году, <https://internationalwealth.info/residence-permit-abroad/permanent-residence-to-germany-for-work-change-conditions-2020/> (дата обращения: 04.08.2020).

ч. 2 пар. 2 AufenthG и включает в себя трудовую деятельность в качестве частного предпринимателя (*selbständige Tätigkeit*, подробнее пар. 21 AufenthG), в том числе лиц свободных профессий (так называемые *Freiberufler*, подробнее ч. 5 пар. 21 AufenthG); трудовую деятельность по найму (определение сформулировано в пар. 7 четвертой книги Социального кодекса ФРГ); а также трудовую деятельность в качестве чиновника. Как и прежде, трудовая деятельность в качестве частного предпринимателя и чиновника требует разрешения ведомства по делам иностранцев (в первом случае) и Федерального агентства по труду (во втором случае). Новые (отчасти облегчённые) правила FKEG касаются только миграции квалифицированных иностранных кадров, осуществляющих *трудоустройство по найму*. Поэтому во втором предложении ч. 1 пар. 4a AufenthG говорится о возможности ограничения осуществления трудовой деятельности (как родового понятия) посредством закона (как в двух вышеуказанных случаях). В то же время, несмотря на прокламированную открытость доступа новых иностранных кадров на немецкий рынок труда как основную цель FKEG, осуществление трудовой деятельности по найму так же, в основном, потребует получения разрешения от Федерального агентства по труду (подробнее об этом см. **3.3**).

Для получения временного вида на жительство с целью осуществления трудовой деятельности необходимо выполнить следующие условия: 1) имеется предложение о конкретном рабочем месте (это требование означает, что у работодателя имеется выраженное желание трудоустроить иностранного специалиста, подтверждаемое соответствующими документами. В особенности это важно, если трудовой договор может быть заключён только при наличии временного вида на жительство (см. п. 18.2.1.1. Рекомендаций); 2) Федеральное агентство по труду выдало разрешение на осуществление трудовой деятельности (пар. 39 AufenthG) либо осуществление трудовой деятельности не требует подобного разрешения, если это предусмотрено AufenthG, межгосударственным соглашением либо Постановлением о занятости иностранных граждан; 3) выдано разрешение на осуществление профессии или оно было обещано, если подобное

разрешение необходимо; 4) была установлена эквивалентность полученной квалификации или имеется признанное иностранное или равнозначное полученному в Германии высшее образование (Рассмотрение заявления на признание полученного за рубежом образования или на выдачу разрешения на осуществление регламентированной профессии осуществляется уполномоченными органами на федеральном и региональном уровне, а также отраслевыми палатами, см. пп. 18.2.4.3 и 18.2.4.3.1 Рекомендаций) (ч. 2 пар. 18 AufenthG).

Временный вид на жительство рассчитан, как правило, на случаи полной занятости (п. 18b.2.13 Рекомендаций). Временный вид на жительство для квалифицированных специалистов выдаётся, как правило, сроком на четыре года, если только трудовой договор не заключён либо Федеральное агентство по труду не выдало разрешение на более короткий период времени (ч. 4 пар. 18 AufenthG). В то же время, наличие в трудовом договоре *испытательного срока* (что является, скорее, правилом, чем исключением в трудовой практике) не является основанием для выдачи временного вида на жительство на более короткий срок действия. При прекращении трудового отношения во время испытательного срока действует второе предложение ч. 1 пар. 7 AufenthG (см. п. 18.4.1 Рекомендаций).

ФКЕГ вводит понятие «квалифицированный специалист» по отношению к иностранным кадрам. Согласно законодательной дефиниции, содержащейся в ч. 3 пар. 18 AufenthG, *квалифицированным специалистом* является иностранный гражданин (гражданин третьей страны), 1) имеющий полученное в Германии среднее специальное образование или приравненное к нему и признаваемое в Германии иностранное среднее специальное образование, или 2) полученное в Германии, за рубежом или приравненное к полученному в Германии высшее образование. Таким образом, Закон выделяет *специалистов со средним специальным образованием* (Fachkraft mit Berufsausbildung) и *специалистов с высшим образованием* (Fachkraft mit akademischer Ausbildung).

В этой связи FKEG имеет своим предметом только регулирование *квалифицированной трудовой деятельности*, для которой необходимы навыки, знания и способности, которые могут быть приобретены посредством получения высшего или среднего специального образования в одном из официально зарегистрированных и аккредитованных (или государственно признанных) учебных заведений по одной из регламентированных профессий (пп. 12a-12c AufenthG, п. 2.12a.0 Рекомендаций).

В отличие от прежней редакции AufenthG, которая закрепляла правомочие миграционных органов на выдачу вида на жительство с целью осуществления трудовой деятельности, как требующей, так и не требующей профессионального образования (ч. 3 и 4 пар. 18 AufenthG до 1 марта 2020 г.), новая редакция AufenthG регулирует, в первую очередь, выдачу вида на жительство для лиц, имеющих профессиональное образование и осуществляющих квалифицированную трудовую деятельность в Германии (пар. 18a и 18b AufenthG). В случае отсутствия соответствующего образования выдача вида на жительство возможна только в случае, если это напрямую предусматривает AufenthG (как, например, в случае вида на жительство, выданного лицу, получившему в Германии политическое убежище или иной международно-правовой статус) или Постановление о занятости иностранных граждан (ч. 1 пар. 19c AufenthG).

В отличие от прежнего регулирования, теперь согласно ч. 1 пар. 18c AufenthG квалифицированным специалистам, обладающим временным видом на жительство (пар. 18a и 18b AufenthG), выдаётся постоянный вид на жительство уже через *четыре года* их проживания в Германии (а не пять лет, как было раньше).

В то время как для специалистов с высшим образованием Закон не предусматривает особо кардинальных изменений в их правовом статусе, для



специалистов со средним специальным образованием посредством Закона создаётся новая правовая база для их легального пребывания в Германии.

### **3.1. Специалисты со средним специальным образованием**

Специалисту со средним специальным образованием может быть выдан временный вид на жительство с целью осуществления квалифицированной трудовой деятельности, если полученная им квалификация позволяет осуществлять данную трудовую деятельность (пар. 18a AufenthG). Закон не предусматривает общего требования к знанию немецкого языка. В то же время, для регламентированных профессий при выдаче разрешения на осуществление профессии уполномоченный орган может, при необходимости, осуществить проверку имеющихся языковых знаний. Для нерегламентированных профессий проверка наличия у специалиста знаний немецкого языка, необходимых для осуществления им трудовой деятельности, оставлена на усмотрение работодателя (см. п. 18a.0.3 Рекомендаций).

В остальном, на трудоустройство специалиста со средним специальным образованием распространяются требования, сформулированные в ч. 2 пар. 18 AufenthG. Важным новшеством Закона является отсутствие требования к осуществлению только той трудовой деятельности, которая соответствует квалификации специалиста (см. п. 18a.1.2 Рекомендаций). В то же время, для получения временного вида на жительство необходимо наличие трудового отношения на территории Германии, командирование сотрудников из третьих стран не является трудовой деятельностью по смыслу AufenthG (см. п. 18a.1.2 Рекомендаций).

### **3.2. Специалисты с явно выраженными профессионально-практическими знаниями**

В ч. 2 пар. 19с AufenthG предоставляется возможность выдачи временного вида на жительство для специалистов, обладающих явно выраженными профессионально-практическими знаниями, но не имеющих формальной квалификации, если Постановление о занятости иностранных граждан предусматривает допуск таких специалистов к выполнению конкретной трудовой деятельности. По-новому сформулированный пар. 6 Постановления о занятости иностранных граждан допускает возможность трудоустройства специалистов в области информационных технологий и телекоммуникаций, вне зависимости от наличия у них формальной квалификации, если: 1) иностранец обладает доказанным, как минимум трёхлетним трудовым стажем, соответствующим квалификации и полученным в течение последних семи лет; 2) размер оплаты труда составляет как минимум 60% от годового предельного размера базы для исчисления пенсионного страхования (в 2020 г. этот размер составляет 82 800 Евро); 3) иностранный специалист обладает достаточными знаниями немецкого языка (уровень B1 Единой Европейской системы оценки знания языка).

### **3.3. Специалисты с высшим образованием**

В отличие от предыдущей редакции, AufenthG больше не предусматривает для квалифицированных специалистов с высшим образованием требования на осуществление трудовой деятельности, которая должна соответствовать полученной квалификации. Закон предписывает, что имеющаяся у иностранного специалиста квалификация должна быть достаточной для осуществления им трудовой деятельности (ч. 1 пар. 18 b AufenthG). Таким образом, расширяется количество сфер деятельности, в которых специалист с высшим образованием может себя реализовать. Так, иностранец, получивший гуманитарное образование, может также работать и в менеджменте предприятия. Кроме того, квалифицированная трудовая деятельность может осуществляться такими

специалистами не только в профессиях, требующих наличия высшего образования, но также и в профессиях, для которых в контексте полученного иностранным специалистом высшего образования понадобятся те навыки, знания и способности, которые, как правило, могут быть приобретены в рамках среднего специального образования (п. 18b.1.2 Рекомендаций). Иными словами, иностранный специалист с высшим образованием сможет занимать также должности, требующие наличия лишь среднего специального образования, если его образование соответствует профилю этих должностей (что раньше в правоприменительной практике было, скорее, исключением, чем правилом).

Ещё одним новшеством, вызывающим, на наш взгляд, определённое недоумение, является необходимость получения разрешения на работу от Федерального агентства по труду (ч. 2 пар. 39 AufenthaltG) иностранными специалистами, имеющими немецкое высшее образование (см. п. 18b.1.1 Рекомендаций). Ранее такое требование предъявлялось только к специалистам с немецким высшим образованием, планирующим осуществлять трудовую деятельность, не соответствующую их квалификации (специальности по диплому), неквалифицированную трудовую деятельность или если у компетентного миграционного органа появлялись сомнения относительно адекватности должности полученному образованию и/или условиям оплаты труда. То же касается особо квалифицированных иностранных специалистов с немецким высшим образованием, подающих заявление на получение Голубой карты ЕС (Blaue Karte EU), профессия которых относится к дефицитным профессиям – им тоже, в отличие от прежнего регулирования, будет необходимо получить разрешение на трудоустройство от Федерального агентства по труду (см. п. 18b.1.1 Рекомендаций). В этой связи стоит отметить, что данные требования, вытекающие из взаимосвязи пар. 18b и ч. 2 пар. 39 AufenthaltG, представляют собой излишние бюрократические препятствия для квалифицированных иностранных специалистов с полученным в Германии высшим образованием, что не соответствует диспозитивному принципу открытого доступа к местному рынку труда, заложенному в FKEG.

#### **4. Поиск работы для квалифицированных специалистов**

Возможность въезда и пребывания в Германии с целью поиска работы была предусмотрена в AufenthG и раньше, но FKEG систематизировал и сформулировал в одном параграфе (см. пар. 20 AufenthG) многочисленные нормы (которые ранее находились разрозненно в тексте закона), регулирующие порядок выдачи временного вида на жительство с целью поиска отвечающей квалификации иностранного специалиста работы. Помимо систематизации разрозненных норм, FKEG впервые предоставил возможность выдачи временного вида на жительство иностранным гражданам, имеющим только среднее специальное образование.

Предметом поиска работы является трудовая деятельность в качестве квалифицированного специалиста по смыслу пар. 18 AufenthG. Квалификация иностранного специалиста должна соответствовать критериям, предъявляемым к конкретному виду трудовой деятельности или рабочему месту. Также для последующей выдачи временного вида на жительство с целью осуществления трудовой деятельности (пар. 18a или 18b AufenthG) обязательным требованием является соответствие полученной иностранным специалистом квалификации характеру конкретного вида трудовой деятельности или рабочего места (см. п. 20.1.1.2 Рекомендаций).

Помимо наличия соответствующей квалификации (высшего или среднего специального образования или соответствующего опыта работы), иностранные специалисты, планирующие поиск работы в Германии, должны обладать достаточными знаниями немецкого языка (как минимум, уровень B1); для отдельных специальностей (например, медицинских или фармацевтических) могут предусматриваться повышенные требования к языковым компетенциям иностранного специалиста. Уровень знания немецкого языка проверяется, как правило, в рамках процедуры выдачи разрешения на осуществление конкретного вида трудовой деятельности (см. п. 20.1.1.3 Рекомендаций).

Ещё одним обязательным условием для выдачи временного вида на жительство для поиска работы является наличие у иностранного специалиста средств к существованию на всё время его пребывания в Германии с целью поиска работы (первое предложение ч. 4 пар. 20 AufenthG). Доказательством наличия достаточных средств к существованию у иностранного специалиста, ищущего работу, может быть письменное финансовое обязательство третьего лица, постоянно проживающего в Германии, или обещанное потенциальным работодателем до выдачи временного вида на жительство вознаграждение за пробную работу (об этом ниже; см. п. 20.4.1 Рекомендаций).

Временный вид на жительство для поиска работы в Германии может быть выдан сроком до шести месяцев (ч. 1 пар. 20 AufenthG). Шестимесячный срок действия въездной визы является правилом, если только иностранным гражданином не было подано заявление на более короткий срок пребывания в Германии с целью поиска работы. Продление визы после истечения максимального шестимесячного срока её действия исключено в силу закона (предложение второе ч. 4 пар. 20 AufenthG). Таким образом, если иностранный специалист не смог найти в течение этого срока постоянную работу, то он должен покинуть Германию. Подать новое заявление на визу для поиска работы в Германии можно только по истечению как минимум такого же срока пребывания иностранца в его родной стране, в течение которого он был с аналогичной целью в Германии (предложение третье ч. 4 пар. 20 AufenthG).

При формулировании норм пар. 20 AufenthG законодатель исходил из того, что получить временный вид на жительство для поиска работы в Германии могут, как правило, иностранные граждане, которые ещё не находятся на территории Германии. Иностранцы, уже находящиеся в Германии, могут подать заявление на выдачу подобного временного вида на жительство только в том случае, если они непосредственно до этого уже работали в Германии и имели соответствующий вид на жительство (п. 20.1.2 Разъяснений).

Как и ранее, временный вид на жительство для поиска работы не управомочивает на осуществление трудовой деятельности в течение срока его действия. Новшеством Закона является, однако, возможность для иностранных граждан, прибывающих в Германию с визой для поиска работы, осуществлять *пробную трудовую деятельность* (только по найму) до десяти часов в неделю. Данная пробная работа может предоставляться потенциальным работодателем с целью проверки квалификации иностранного специалиста и его личных качеств и установления его соответствия профилю конкретного рабочего места (см. п. 20.1.4 Разъяснений).

## **5. Процедурные изменения в рамках Закона**

Помимо материально-правовых изменений, FKEG содержит также два важных процессуальных изменения в трудовом миграционном праве: 1) (факультативное) создание центральных миграционных ведомств в федеральных землях и 2) введение ускоренной процедуры для квалифицированных специалистов.

### **5.1. Центральные миграционные ведомства**

FKEG предусматривает создание в федеральных землях центральных миграционных ведомств с целью предсказуемого, прозрачного и ускоренного принятия решений по заявлениям на выдачу виз для квалифицированных иностранных специалистов (см. пятое предложение ч. 1 пар. 71 AufenthG; п. 71.1.5 Рекомендаций). Закон предписывает, что в федеральных землях учреждается, «как минимум», одно подобное ведомство; в зависимости от площади, количества населения и иностранных граждан или разнящегося от региона к региону дефицита квалифицированных специалистов федеральные земли могут принять решение о создании нескольких подобных учреждений (п. 71.1.5 Рекомендаций). В то же время, создание центральных миграционных ведомств остаётся на усмотрение федеральных земель и не является обязательным. Например, в земле Баден-Вюртемберг подобное центральное миграционное ведомство создавать не

планируется. Диспозитивность нормы ч. 1 пар. 71 AufenthG приведёт, как следствие, к дальнейшей фрагментации территориально компетентных миграционных органов и усилению организационных различий между федеральными землями, что, в определённой степени, скажется на информированности потенциальных работников и может затруднить им доступ к государственным услугам.

Центральные миграционные ведомства в федеральных землях должны получить в силу закона полномочия по одобрению заявлений в рамках визовых процедур согласно параграфам 16a, 16d, ч. 1 пар. 17, 18a, 18b, ч. 3 пар. 18c, 18d, 18f, 19, 19b, 19c и 20 AufenthG и являются ответственными за ускоренную визовую процедуру согласно пар. 81a AufenthG. Земли могут наделять центральные миграционные ведомства дополнительными полномочиями. Таким образом, данные центральные миграционные ведомства не являются органами общей компетенции в области привлечения иностранных квалифицированных специалистов и, в отличие от органов Федерального агентства по труду, не располагают соответствующим персоналом, что, по мнению некоторых экспертов, является половинчатыми мерами.<sup>10</sup>

## **5.2. Ускоренная процедура привлечения квалифицированных специалистов**

В новом пар. 81a AufenthG содержится новый инструмент ускоренного въезда иностранных квалифицированных специалистов на территорию Германии. В случае наличия конкретного вакантного рабочего места работодатель по поручению иностранного гражданина-потенциального работника может подать заявление на «ускоренную процедуру привлечения квалифицированного специалиста» (далее по тексту «ускоренная процедура»). Данная ускоренная процедура распространяется на выдачу временного разрешения на пребывание не только для квалифицированных специалистов (пар. 18a и 18b AufenthG), но также и для лиц, планирующих получить среднее специальное образование или иное

---

<sup>10</sup> См. *Mävers*, S. 82.

дополнительное образование в Германии (пар. 16a AufenthG), для признания полученной за рубежом профессиональной квалификации (пар. 16d AufenthG), а также для особо квалифицированных иностранных специалистов с высшим образованием, претендующих на получение Голубой карты ЕС (ч. 3 пар. 18c AufenthG).

Для возбуждения ускоренной процедуры работодатель должен быть уполномочен (посредством доверенности) потенциальным иностранным работником. Работодатель на этом основании заключает соглашение с уполномоченным миграционным ведомством на территории Германии. При наличии желания у работодателя заключить соглашение об ускоренной процедуре уполномоченное миграционное ведомство не может уклониться от его заключения (см. п. 81a.1.1 Рекомендаций). В рамках ускоренной процедуры центральное миграционное ведомство федеральной земли (а если таковое отсутствует, то миграционное ведомство по месту нахождения работодателя) обязано оказать консультационные услуги работодателю касательно общих требований для въезда иностранного специалиста в Германию, проверки требований для выдачи соответствующего разрешения на пребывание и, при необходимости, сопроводить процедуру признания иностранной квалификации специалиста и запросить разрешение Федерального агентства по труду на трудоустройство данного специалиста, а также уведомить соответствующее дипломатическое представительство о предстоящей подаче заявления на выдачу визы и, при необходимости, предварительно одобрить её выдачу (см. п. 81a.0.1 Рекомендаций).

Лежащее в основе ускоренной процедуры соглашение между работодателем (как уполномоченным представителем потенциального иностранного работника) и уполномоченным миграционным ведомством является публично-правовым договором *sui generis*, предметом которого являются консультационные услуги миграционного ведомства и в котором закрепляются ясность, прозрачность и обязательность возбуждаемой ускоренной процедуры. Рекомендации



предусматривают образец данного соглашения (приложение 3 к Рекомендациям). С целью прозрачности и надёжности планирования ускоренной процедуры соглашение может быть конкретизировано в каждом отдельном случае. При необходимости, в соглашении закрепляются все необходимые стадии, уполномоченные органы и законодательно установленные сроки (см. п. 81a.0.2, 81a.2.0 Рекомендаций). В то же время, в отличие от гражданско-правового договора, уполномоченное миграционное ведомство, оказывающее консультационные и организационные услуги иностранному специалисту (в лице уполномоченного им потенциального работодателя), в рамках заключённого соглашения не гарантирует успешного исхода и не несёт ответственности в случае невыдачи въездной визы (см. п. 81a.0.5 Рекомендаций).

Все ведомства, вовлечённые в ускоренную процедуру, связаны конкретными сроками. Так, если для выдачи въездной визы имеются все основания, уполномоченное миграционное ведомство может выдать предварительное согласие на её выдачу, на основании которого уполномоченное дипломатическое представительство в течение трёх недель обязано назначить иностранному специалисту дату подачи документов на визу и, как правило, в течение следующих трёх недель принять решение по его заявлению. В случае, если трудовая деятельность возможна только с согласия Федерального агентства по труду, согласие считается полученным, если уполномоченный орган Федерального агентства по труду в течение недели *не уведомил* о недостаточности переданной информации или если потенциальный работодатель не предоставил или не в срок предоставил запрошенные дополнительные данные (см. п. 81a.2.6.2.2 Рекомендаций). Процедура признания полученной за рубежом квалификации не должна превышать двух месяцев (п. 81a .0.4 Рекомендаций).

При заключении соглашения об ускоренной процедуре взимается пошлина в размере 411 Евро; плательщиком пошлины является иностранный гражданин (см. п. 81a.1.5 Рекомендаций). Пошлина взимается для оказания уполномоченным миграционным ведомством консультационных, координационных и проверочных

услуг в рамках ускоренной процедуры. Все иные индивидуальные финансовые затраты, связанные с процедурой признания полученной за рубежом квалификации, получением соответствующего разрешения, переводом документов на немецкий язык и т.д., вышеуказанной пошлиной не покрываются (см. п. 81a.1.5.1 Рекомендаций).

Ускоренная процедура касается только подачи заявления на выдачу въездной визы в стране проживания иностранного специалиста и не распространяется на все последующие процедуры получения необходимых документов после въезда иностранного специалиста в Германию. Данное решение вызывает сожаление, поскольку затруднительным является не только получить назначенные дату и время для подачи документов на визу в немецких дипломатических ведомствах, но также и в миграционных ведомствах уже на территории Германии, которые, в особенности в крупных городах, перегружены и не могут предложить иностранным квалифицированным специалистам аналогичной ускоренной процедуры подачи и обработки заявления на получение временного вида на жительство.<sup>11</sup> В то же время, чтобы организационно обеспечить ускоренную процедуру по выдаче въездных виз для квалифицированных иностранцев (в особенности, в плане соблюдения установленных в AufenthaltG сроков), Федеральное правительство Германии планирует с 2021 года (!) принять на работу дополнительно, как минимум, 200 сотрудников в Визовый департамент МИДа и около 100 сотрудников в немецкие дипломатические ведомства и визовые центры в зарубежных странах.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> См. *Mävers*, S. 82.

<sup>12</sup> См. *Кривицкая, Евгения*, Закон о трудовой миграции в Германии: 9 обновлений, о которых стоит знать, <https://aussiedlerbote.de/2020/03/zakon-o-trudovoj-migracii-v-germanii-9-obnovlenij/> (дата обращения: 04.08.2020).

## **6. Заключение**

Новый Закон о миграции квалифицированных специалистов, принятие которого было обусловлено ещё докризисными условиями и без учёта актуальных тенденций на местном рынке труда, навряд ли можно назвать настоящим законодательным прорывом в области трудовой миграции в Германии. Скорее, этот Закон касается некоторого переформатирования бюрократических структур, задействованных в процессах трудовой миграции, причём в некоторых аспектах не вполне успешного и не направленного на упрощение административных процедур. В то же время, следует приветствовать смену в законодательной парадигме привлечения квалифицированных иностранных специалистов, а именно отход от запретительной практики касательно трудовой деятельности иностранцев в Германии и уравнивания их правового положения с немецкими гражданами и гражданами стран ЕС. Этот шаг должен показать, что квалифицированным иностранным специалистам в Германии рады и готовы облегчить их вовлечение в местную экономическую систему. Для этого создаётся механизм ускоренной выдачи въездных виз с ясным целеполаганием, прозрачными процедурами и сроками. Насколько хорошо будет работать эта процедура – покажет практика. Но её успех, по всей вероятности, будет зависеть от вовлеченности экономических игроков, её признания населением, и, самое главное, чёткого и ясного и, по возможности, единообразного на всей территории Германии правоприменения уполномоченными государственными органами.

***Информация об авторах:***



Д-р Христина Майер

Родилась в 1978 г. во Львове/Украина. Закончила юридический факультет Тюбингенского университета им. Эберхарда и Карла. Первый государственный экзамен в 2005 г. Референдариат в земельном суде и прокуратуре г. Тюбингена, в юридической фирме Байтен Буркхардт во Франкфурте-на-Майне, в посольстве ФРГ в Москве. Второй государственный экзамен в 2009 г. Защита докторской диссертации в 2011 г. на тему «Путь к независимому административному судопроизводству в Российской Федерации» под руководством проф. д-ра Михаэля Ронелленфитча.

С 2011 г. владелица адвокатского бюро д-р Майер с офисами в Штутгарте, Ройтлингене и Манхайме, предлагающего широкий спектр услуг в различных сферах права и экономики в Германии и в странах Восточной Европы. С 2019 г. расширение спектра предоставляемых услуг (юридическое сопровождение, стратегический консалтинг и бизнес-академия) под именем Dr. Maier Group.



Д-р Александр Горский, LL.M.

Родился в 1992 г. в Москве. В 2009–2014 гг. получил юридическое образование на факультете права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» в Москве и обучался один семестр по обмену в Тюбингенском университете. После успешного окончания обучения в Москве (диплом с отличием) в 2014–2015 гг. обучался по программе магистра права (LL.M.) и в 2015–2018 гг. в аспирантуре (Dr. iur.) в Тюбингенском университете. Диссертация на тему «Требование структурной гомогенности в немецкой и австрийской доктрине федеративного государства. Сравнительное историко-правовое исследование» (опубликована в 2019 г.). В 2018–2020 гг. на муниципальной службе г. Тюбингена. В настоящее время является юридическим сотрудником Dr. Maier Group в г. Ройтлинген. В область интересов входит конституционное право, миграционное право, международное право и европейское конституционное право, а также российско-германское правовое и экономическое сотрудничество. Является автором 15 научных публикаций на русском и немецком языках.

STUTTGART

Königstraße 26

70173 Stuttgart

Tel. +49 711 18 567 551

Fax +49 711 18 567 450

info@drmaier-group.com

www.drmaier-group.com

REUTLINGEN

Storlachstraße 4

72760 Reutlingen

Tel. +49 7121 61 08 820

Fax +49 7121 61 08 828

MANNHEIM

Dürerstraße 57

68163 Mannheim

Tel. +49 621 41 87 117

Fax +49 621 41 87 647

# **ВВЕДЕНИЕ В АНТИМОНОПОЛЬНОЕ ПРАВО ГЕРМАНИИ: ЗАПРЕТ НЕДОБРОСОВЕСТНОЙ КОНКУРЕНЦИИ И ПОСЛЕДСТВИЯ ЕГО НЕСОБЛЮДЕНИЯ**

**(Einführung in das deutsche Kartellrecht:  
Kartellverstoß und seine rechtlichen Folgen)**

*Ольга Валльнер (Olga Wallner)*

Антимонопольное (конкурентное) право Германии - это относительно молодая отрасль права, которая в последние годы активно развивается под влиянием Европейского антимонопольного законодательства.

Основным источником этой отрасли права является «Закон о запрете недобросовестной конкуренции»<sup>1</sup> (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) от 03.07.1957 г. с многочисленными поправками и дополнениями.

Закон, целью которого является защита рыночной экономики от недобросовестной конкуренции, содержит три основных запрета:

- запрет соглашений и иных действий, ограничивающих конкуренцию;
- запрет на злоупотребление властью на рынке;

---

<sup>1</sup> Далее: «Закон».

- запрет слияния и поглощения хозяйствующих субъектов, ведущих к доминирующему положению на рынке и значительно ограничивающих конкуренцию.<sup>2</sup>

В настоящей статье дается общее описание видов недобросовестной конкуренции и их правовых последствий.

## **I. Виды недобросовестной конкуренции**

Недобросовестная конкуренция имеет различные формы. Не только соглашения и действия, направленные на недопущение, ограничение или устранение конкуренции, являются запрещенными. Недобросовестная конкуренция может выражаться и в виде злоупотребления властью на рынке, бойкоте и иных действиях, влекущих необоснованное ущемление интересов участников рынка.

### **1. Запрет соглашений и иных действий, ограничивающих конкуренцию**

В соответствии со ст. 1 Закона запрещены любые соглашения, решения и иные согласованные действия хозяйствующих субъектов, совершаемые с целью недопущения, ограничения или искажения конкуренции либо фактически препятствующие, ограничивающие или искажающие конкуренцию.

Таким образом, под действие запрета попадают любые соглашения независимо от их формы, а также действия, в том числе и конклюдентные, негативно воздействующие на конкуренцию или ставящие перед собой такую цель.

К серьезным нарушениям ст. 1 Закона относятся следующие соглашения хозяйствующих субъектов:

- согласование цены продаж или покупной цены какого-либо товара;

---

<sup>2</sup> Не освещается в настоящей статье.

- разделение рынков сбыта, источников снабжения или клиентов;
- ограничение производства или продажи конкретных товаров, инвестиций или технического развития.

В последние годы подобные незаконные соглашения были заключены между производителями различных групп товаров, в связи с чем они были привлечены к административной ответственности с наложением многомиллионных штрафов. Так, производители кофе были оштрафованы за нелегальные соглашения в 2009 на 159,5 миллионов евро, производители рельсов в 2012 на 124,5 миллионов евро, производители сахара в 2014 на 280 миллионов евро, производители пива в 2014 на 337,7 миллионов евро, производители колбасных изделий на 338 миллионов евро.

Обязательства, препятствующие, ограничивающие или искажающие конкуренцию, могут носить и односторонний характер. Как, например, одностороннее обязательство продавца перед производителем по реализации товара по определенной цене.

Нарушением закона является также и обмен стратегической информацией между хозяйствующими субъектами, способной снизить риски свободного рынка. К стратегической информации относятся такие данные, как информация о расходах на производство, о клиентах, об объеме продаж, об изменении цены или доходности, о планируемом маркетинге и т.д. В ряде случаев даже одностороннее предоставление подобной информации может быть расценено как нарушение ст. 1 Закона.

Так, антимонопольный орган Германии усмотрел нарушение ст. 1 Закона в практике производителей бетона рассылать всем своим клиентам информацию о предстоящем повышении цены с приложением прайс-листа. Особенностью бетонного бизнеса в Германии является то, что приобретатели бетона зачастую принадлежат к группе фирм, которые в том числе производят бетон. Это означает,



что информацию о повышении цены получали и фирмы-конкуренты, которые в свою очередь исходя из полученных данных также повышали цены на бетон.<sup>3</sup>

Противоречащие закону соглашения могут быть заключены как между конкурентами (т.н. «горизонтальные соглашения»), так и между хозяйствующими субъектами, находящимися на разных уровнях системы снабжения, например, поставщик - производитель, производитель – продавец (т.н. «вертикальные соглашения»).

Нелегальные соглашения или действия должны иметь своей целью ограничение конкуренции (bezwecken) или фактически привести к такому ограничению (bewirken). При серьезных нарушениях, таких как согласование цены продаж, разделение рынков сбыта или клиентов антимонопольный орган не обязан доказывать негативного влияния такого нарушения на конкуренцию.

Высший Федеральный суд Германии определил в своем решении обязательство продавца реализовывать продукты одного из производителей диетического питания не выше определенной цены как противоречащее закону.<sup>4</sup> Суд подчеркнул в своем решении, ссылаясь на судебную практику Европейского суда, что подобное соглашение по своей природе наносит ущерб свободной конкуренции и поэтому подпадает под запрет ст. 1 Закона, независимо от его фактического влияния на свободный рынок.

Для соглашений или действий, которые не относятся к серьезным нарушениям закона, в немецкой юридической литературе и судебной практике был выработан дополнительный критерий отнесения того или иного соглашения к запрещенным, а именно «существенность» (Spürbarkeit) негативного влияния на конкуренцию. С этой целью немецкие суды учитывают долю хозяйствующего субъекта на рынке и тип нарушения.<sup>5</sup> Если доля хозяйствующего субъекта на рынке незначительна и

---

<sup>3</sup> Fallbericht des Bundeskartellamtes vom 14. Februar 2018, B1-240/17.

<sup>4</sup> BGH, Urteil v. 17.10.2017 – KZR 59/16.

<sup>5</sup> Например, OLG Düsseldorf, Urteil v. 26.1.2017, – V-4 Kart 6/15 (OWi).

конкуренция в результате соглашения была ограничена несущественно, антимонопольный орган или суд может принять решение об отсутствии нарушения ст. 1 Закона.

В то же время, даже в том случае, если соглашение или действие хозяйствующего субъекта формально подпадает под запрет ст. 1 Закона, она не подлежит применению, если соблюдены условия ст. 2 Закона.

В статье 2 Закона указаны основные исключения применения ст. 1 Закона, которые можно разделить на групповые (Gruppenfreistellung) и индивидуальные освобождения (Individualfreistellung).

#### **а) «Групповые» освобождения**

В тех случаях, когда соглашения, решения или согласованные действия хозяйствующих субъектов подпадают под действие одного из Положений о групповых освобождениях (Gruppenfreistellungsverordnung), утвержденных Европейской комиссией, статья 1 Закона не применяется. Европейская Комиссия утвердила около десятка таких положений, такие как Положение о групповых освобождениях вертикальных соглашений,<sup>6</sup> Положение о групповых освобождениях специализации,<sup>7</sup> Положение о групповых освобождениях соглашений по передачи технологий<sup>8</sup> и т.д.

Например, лицензиар может при определенных условиях обязать лицензиата производить продукт на основании лицензии только на определенной территории и не продавать этот продукт за пределы этой территории, если между ними

---

<sup>6</sup> Verordnung der Kommission (EU) Nr. 330/2010 vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen.

<sup>7</sup> Verordnung der Kommission (EU) Nr. 1218/2010 vom 14. Dezember 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen.

<sup>8</sup> Verordnung der Kommission (EU) Nr. 316/2014 vom 21. März 2014 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen

заключено соглашение о передаче технологий („Technologietransfer-Vereinbarung“) и доля таких хозяйствующих субъектов на рынке не превышает 20 %. Хотя формально такое соглашение является разделением рынка и соответственно нарушает ст. 1 Закона, однако, оно не подпадает под действие запрета ст. 1 Закона на основании Положения Европейской Комиссии о групповых освобождениях соглашений по передаче технологий.

### **б) «Индивидуальные» освобождения**

Часть 1 статьи 2 предусматривает целый ряд условий, при которых соглашение между хозяйствующими субъектами, не подпадающее под действие Положений о групповых освобождениях, тем не менее может быть «освобождено» (Freistellung) от применения ст. 1 Закона в индивидуальном порядке.

Условия подобного индивидуального освобождения по ч. 1 ст. 2 Закона являются настолько жесткими, что подобные индивидуальные освобождения редко применяются на практике. Так, соглашение должно привести к улучшению производства товаров либо к развитию технического или экономического прогресса, при этом другие участники рынка должны получить экономическое преимущество от подобного соглашения и т.д.

## **2. Запрет на злоупотребление властью на рынке**

Запрет злоупотребления властью на рынке распространяется не только на организации, занимающие доминирующее положение на рынке. При определенных условиях, которые освещены ниже, такой запрет действует и для хозяйствующих субъектов, обладающих т.н. относительной (relative Marktmacht) или преимущественной (überlegene Marktmacht) властью на рынке.

### **а) Запрет на использование доминирующего положения**

Необходимо отметить, что занимать доминирующее положение на рынке допустимо. В соответствии с ч. 1 ст. 19 Закона запрещено недобросовестно его использовать.

В соответствии с ч. 1 ст. 18 Закона доминирующее положение на рынке возникает, если хозяйствующий субъект на соответствующем товарном и географическом рынке либо вообще не имеет конкурентов, либо конкуренция незначительна или хозяйствующий субъект по сравнению со своими конкурентами занимает на рынке преимущественное положение.

Если доля хозяйствующего субъекта на соответствующем товарном и географическом рынке превышает 40 %, предполагается, что такой хозяйствующий субъект занимает доминирующее положение, ч. 4 ст. 18 Закона.

На практике наибольшую сложность представляет определение «соответствующего» товарного рынка. Ориентиром для подобного определения служит преимущественно судебная практика и практика антимонопольного органа Германии.

Закон не дает общего определения того, что является злоупотреблением доминирующим положением. Однако в части 2 ст. 19 Закона содержится пять примеров недобросовестного использования доминирующего положения. Например, к злоупотреблению относится требование от партнера по сделке каких-либо платежей или согласия на такие условия, которые невозможно было бы навязать при неограниченной конкуренции. Действия, прямо или косвенно несправедливо ущемляющие интересы другого лица, а также прямое или косвенное неравное необоснованное отношение к другому лицу по сравнению с похожими контрагентами (дискриминация) является еще одним примером злоупотребления доминирующим положением.

Так, антимонопольный орган Германии по жалобе организаций, использующих для реализации своих товаров платформу Amazon, установил, что многочисленные положения Общих коммерческих условий Amazon были сформулированы в ущерб продавцам, использующим эту платформу, что было квалифицировано как злоупотребление доминирующим положением.<sup>9</sup> Аналогично было признано злоупотреблением доминирующим положением использование одной из государственных организаций Общих коммерческих условий, усложняющих расторжение договора по волеизъявлению другой стороны.<sup>10</sup>

### **б) Злоупотребление относительной или преимущественной властью**

Злоупотребление властью на рынке возможно и без наличия доминирующего положения. Так, запрет дискриминации других организаций действует в соответствии с ч. 1 ст. 20 Закона также и для хозяйствующих субъектов, хотя и не обладающих доминирующим положением на рынке, но имеющих т.н. относительную рыночную власть („relative Marktmacht“) в отношении зависимых от них фирм малого и среднего бизнеса. Хозяйствующий субъект обладает относительной властью на рынке тогда, когда малый или средний бизнес не может приобрести/продать определённые товары или услуги другой организации в силу отсутствия достаточных или приемлемых для этого возможностей.

Например, Высший Федеральный суд Германии признал отказ дочерней фирмы одного из французских производителей спортивных товаров заключить договор поставки лыж со спортивным магазином в Баварии злоупотреблением относительной рыночной властью. Хотя дочерняя фирма не занимала доминирующее положение на немецком рынке, она была единственным поставщиком лыж известной французской марки в Германию. Возможность приобрести и продавать лыжи других фирм, по мнению суда, не являлась

---

<sup>9</sup> Fallbericht des Bundeskartellamtes vom 17.07.2019 Nr. B2-88/18.

<sup>10</sup> BGH, Urteil vom 24.1.2017 – KZR 47/ 14.

приемлемой альтернативой для спортивного магазина, так как все другие значимые спортивные магазины в Баварии имели в ассортименте лыжи этой французской марки. Соответственно, этот спортивный магазин в Баварии находился от дочерней фирмы французского производителя лыж в зависимом положении. Ее отказ поставлять товары баварскому спортивному магазину был расценен судом как злоупотребление относительной рыночной властью.<sup>11</sup>

Запрет принуждения к предоставлению необоснованных преимуществ действует и для хозяйствующих субъектов, от которых другие организации находятся в зависимом положении, ч. 2 ст. 20 Закона. Осенью 2019 г. антимонопольный орган Германии усмотрел подобное нарушение закона в письме одного из крупных мебельных магазинов Германии к поставщикам мебели с требованием 7,5 % скидки при заключении договора поставки на 2020 г. без предоставления эквивалентного встречного обязательства.<sup>12</sup>

Запрет на злоупотребление властью на рынке распространяется и на хозяйствующие субъекты, обладающие т.н. преимущественной властью (*überlegene Marktmacht*) по отношению к малому и среднему бизнесу, ч. 3 ст. 20 Закона. Так, продажа продуктовых товаров по необоснованно низкой цене одной их крупных сетей магазинов была расценена проверяющими органами как злоупотребление преимущественной властью в отношении небольших сетей магазинов.<sup>13</sup>

### **3. Бойкот и иные запрещенные ограничения конкуренции**

Закон запрещает и ряд других действий, связанных со злоупотреблением властью на рынке. В соответствии с ч. 1 ст. 21 Закона запрещается призывать другие

---

<sup>11</sup> BGH, Urteil vom 20. 11. 1975 - KZR 1/75.

<sup>12</sup> Fallbericht des Bundeskartellamtes vom 25.02.2020, Nr. B1-7/19-7.

<sup>13</sup> BGH, Beschluss vom 12. 11. 2002 - KVR 5/02.

организации к прекращению поставок или закупок у определённых фирм с целью причинения им ущерба (запрет бойкота).

Например, антимонопольный орган Германии усмотрел в действиях немецкого производителя красок и лаков нарушение ст. 21 Закона в том, что он рекомендовал своей дочерней организации в Польше не продавать товар одной польской фирме, которая по низким ценам перепродавала эти товары в Германию через интернет.<sup>14</sup>

К запрещенным действиям, ограничивающим конкуренцию, ч. 2 ст. 21 Закона относит причинение или угрозу причинения негативных последствий, обещание каких-либо преимуществ, которые нарушают Закон, статьи 101 или 102 Договора ЕС либо предписания антимонопольных органов Германии или ЕС.

Так, фирма Almased Vitalkost предложила аптекам заказать у нее товары со скидкой 30 %, если аптеки при реализации продукта конечным потребителям не будут превышать установленную Almased Vitalkost рекомендованную цену. Федеральный Верховный суд Германии подтвердил квалификацию действий Almased Vitalkost судом нижестоящей инстанции как нарушение ч. 2 ст. 21 Закона, так как обещание 30 % скидки за согласование цены между поставщиком и продавцом является противоправным.<sup>15</sup>

## **II. Последствия нарушения антимонопольного законодательства**

Нарушение антимонопольного законодательства влечет за собой привлечение соответствующего лица к административной ответственности. Так, общая сумма штрафов за нарушения антимонопольного законодательства в Германии в 2018 году составила 376 миллионов евро,<sup>16</sup> а в 2019 г. уже 850 миллионов евро.<sup>17</sup> Расследование и привлечение лиц к административной ответственности по этой

---

<sup>14</sup> Schreiben des Bundeskartellamtes vom 02.03.2020, B3-1/20-10 (nicht veröffentlicht).

<sup>15</sup> BGH (13. Zivilsenat), Urteil vom 17.10.2017 - KZR 59/16.

<sup>16</sup> Jahresbericht des Bundeskartellamtes für 2018.

<sup>17</sup> <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/preisabsprachen-bundeskartellamt-verhaengt-2019-hohe-kartell-bussgelder/25370048.html>.

категории дел проводит Бундескартельамт (Bundeskartellamt). Он также полномочен вносить предписания хозяйствующим субъектам о прекращении противоправных действий, ст. 32 Закона. Однако последствия нарушения антимонопольного законодательства не ограничиваются наложением штрафа. За последние годы резко возросло количество гражданских исков в отношении лиц, нарушивших антимонопольное законодательство, после того как они уже были привлечены к административной ответственности (т.н. follow-on-процессы).

Только в окружном суде г. Штутгарта и только в связи с недобросовестной конкуренцией крупнейших производителей грузового транспорта по состоянию на июль 2019 года находилось в производстве 250 дел.<sup>18</sup>

Лица, чьи интересы в результате нарушения антимонопольного законодательства были ущемлены, могут обратиться в суд со следующими требованиями:

- требование об устранении нарушения и прекращении противоправных действий, ст. 33 Закона;
- о взыскании ущерба, причинённого противоправным соглашением или действием.

Европейский союз в целом и Германия в частности принимают активные меры по борьбе с недобросовестной конкуренцией. К числу таких мер относится и облегчение процесса производства по делам о взыскании ущерба в связи с нарушением антимонопольного законодательства.

Во-первых, вступившее в силу решение антимонопольного органа о привлечении хозяйствующего лица к административной ответственности является для суда в рамках производства о взыскании ущерба в части самого факта и обстоятельств нарушения антимонопольного законодательства обязательным (ст. 33b Закона).

---

<sup>18</sup> <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/abgas-ffaere-klagen-gegen-daimler-1.4544703>.



Во-вторых, закон исходит из того, что любые согласованные действия хозяйствующих субъектов, влекущие за собой ограничение конкуренции, причиняют вред участникам рынка (ч. 2 ст. 33а Закона). Таким образом, действует презумпция наличия причинно-следственной связи между ограничением конкуренции и ущербом.

Это означает, что истец не обязан доказывать факт нарушения и его негативные последствия. Но, вместе с тем, он обязан доказать, что в результате недобросовестной конкуренции его интересы были нарушены. При соглашениях о цене или разделении рынка действует презумпция нарушения интересов каждого, кто в период действия нелегального соглашения приобретал у хозяйствующего субъекта товары или услуги. В то же время ответчик может подобную презумпцию опровергнуть.

Кроме этого, истец должен доказать размер причиненного вреда в результате нарушения антимонопольного законодательства. Здесь также действует облегченный режим доказывания. Для определения размера убытков необходимо сравнить имущественное положение истца с тем положением, в котором он бы оказался, если антимонопольное законодательство не было нарушено. Например, при переплате покупной цены в связи с нелегальным соглашением, необходимо рассчитать разницу между гипотетической конкурентной и фактически уплаченной ценой. Подобные расчеты производит, как правило, привлечённый эксперт-экономист.<sup>19</sup>

Особенностью гражданской ответственности за нарушения антимонопольного законодательства является солидарная ответственность участников нелегального сговора. Истец, купивший товар у одного из участников сговора, может предъявить иск к другому участнику сговора или ко всем участникам сговора сразу.

---

<sup>19</sup> BGH, Urteil v. 28.1.2020 – KZR 24/17.

В соответствии с ч. 1. ст. 33h Закона исковая давность по делам о взыскании ущерба в связи с недобросовестной конкуренцией составляет 5 лет. При этом в этот период не включается срок расследования по административному делу.

Несмотря на то, что указанные особенности производства по гражданским делам о взыскании ущерба в связи с недобросовестной конкуренцией облегчают процесс доказывания, подобные судебные процессы длятся годами и относятся к одной из самых сложных категорий дел, рассматриваемых окружными судами федеральных земель.

***Информация об авторе:***



Ольга Валльнер - адвокат в SGP Rechtsanwälte в г. Ульм со специализацией антимонопольное законодательство и M&A Legal. Ольга изучала юриспруденцию в Томском государственном университете, а также в Университете г. Тюбинген и закончила референдиариат при земельном суде г. Штутгарта.

## **ПРЕДОТВРАЩЕНИЕ ОТМЫВАНИЯ ДЕНЕГ И РЕЕСТР ПРОЗРАЧНОСТИ**

**(Geldwäscheprävention und Transparenzregister)**

*Арне Энгельс (Arne Engels)*

### **А. Введение**

Отмывание денег (противодействие ему) – это очень важная тема в сфере юридического сопровождения предприятий. Преступники, и особенно экономические преступники, должны как-то использовать полученные доходы. В последние годы принятые в этой сфере правила заметно ужесточились; кроме того, они подверглись значительной гармонизации на международном уровне. В этой статье предлагается краткий обзор происхождения так называемых инкриминируемых средств и действующих в этой связи правил.

### **В. Что такое отмывание денег?**

Правила и законы постоянно нарушаются. Это делают не только маленькие дети, которые хотят проверить границы своего поведения, но и преступники, которые стремятся получить прибыль. Классические преступники совершают ограбления и кражи, однако уже с начала прошлого века все большее значение приобретает так называемая беловоротничковая преступность. Под беловоротничковой преступностью понимаются преступления, в которых, как правило, нет непосредственно (физически) пострадавших. Значительную долю подобных преступлений составляют прежде всего мошенничество и коррупция, однако к ним относится также получение доходов от таких незаконных операций, как торговля наркотиками, оружием и людьми. На протяжении долгого времени эти деньги просто возвращали в экономический цикл. Это привело к тому, что

участники подобных преступлений накапливали имущество и демонстрировали его. Финансовые органы начали интересоваться такими случаями. При этом у них возникал очень простой вопрос: откуда может взяться такое богатство у человека, который не получает соответствующего облагаемого налогами дохода?

Одному находчивому гангстеру пришла в голову мысль замаскировать свои незаконные доходы с помощью прачечных. Тогда они были необходимостью, потому что людям нужно было как-то стирать белье, а в домашних условиях такой возможности не было. Чтобы запустить стиральную машину, клиенту нужно было бросить в нее монетку. Таким образом, эти предприятия вполне законно получали значительные суммы наличных денег. Затем смешивали их с наличностью, полученной нелегальным способом. Это позволяло законно объяснить происхождение крупных сумм наличных денег и после этого совершенно спокойно их использовать. Однако в какой-то момент Аль Капоне - американский гангстер, вошедший в историю как первый отмыватель денег, - скорее всего просто забыл заплатить налоги со всех доходов своих прачечных и попал под классическую статью за уклонение от налогов. При этом он дал название целой индустрии.

На этом примере - независимо от того, правда это или вымысел - можно отлично понять и продемонстрировать три этапа отмывания денег: размещение, маскировка и перевод средств в легальный экономический цикл. Деньги размещались в прачечных, затем они маскировались путем смешивания с законно полученными средствами и после этого выводились путем их использования. Безусловно, можно найти и другие примеры.

Итак, основным критерием отмывания денег является их поступление из незаконных источников и последующее интегрирование в легальный экономический цикл. Поэтому отмывание денег – это уголовное преступление, которое регулируется § 261 УК. Вне зависимости от формулировок вопросов на основании положений УК, необходимо прежде всего установить запрещенное

происхождение средств. Это может быть, например, торговля наркотиками, кража, мошенничество, уклонение от уплаты налогов, а также подделка товаров и другие нарушения прав на товарные знаки. Помимо классических преступлений, в данную категорию включены еще и беловоротничковые преступления.

### **С. В чем состоит вред отмывания денег?**

Помимо непосредственной выгоды от незаконных операций правонарушители таким образом еще и уклоняются от налогов. От этого возникают существенные недоимки в государственном бюджете. Отсюда становится ясно, почему в 2017 году в Германии органы контроля за злоупотреблениями в сфере закона о борьбе с отмыванием денег были переведены из Федерального управления уголовной полиции в таможенное ведомство. Благодаря так называемым Панамским документам и Райским документам законодатель установил, что налоговая оптимизация концернов и групп компаний имеет особое значение, в связи с чем отслеживание этих тем также получило новый импульс (мы обсудим этот вопрос подробнее, когда будем говорить о положениях, регулирующих работу реестра прозрачности). В результате потерь от налоговых поступлений государственная казна недополучает значительные средства (по оценкам, только в Германии ежегодный оборот «черной наличности» составляет 100 млрд. долл. ).

При этом государство зачастую само стимулирует к налоговой оптимизации. Так, например, страны Евросоюза конкурируют за налоговые поступления от предприятий. Это приводит к тому, что компании всегда стремятся получать доход в стране с самыми низкими налоговыми ставками. При этом очевидно, что перемещение доходов происходит еще и за счет так называемых трансфертных цен. Поэтому для поддержания соперничества между компаниями и государствами государства стремятся выдвигать свои особые правила. Если компания забывает тщательно следить за границами своей деятельности, она рискует попасть под уголовное преследование за отмывание денег. При этом преступниками считаются как сами компании, так и соответствующие лица.

## **D. Как борются государства (в частности, Германия) с отмыванием денег?**

### **I. Базовое законодательство**

Аль Капоне, пример которого хоть и очень известный, но, конечно, не единственный, начал пользоваться вышеописанной схемой еще в первой половине прошлого века. Так вот, эта схема беспрепятственно работала вплоть до 1993 года, когда в Германии вступил в силу первый Закон о борьбе с отмыванием денег (GwG1993) . У этого закона та же структура, что и у нынешнего: определения терминов, перечисление ответственных лиц, перечисление обязательств, описание обязательств по соблюдению добросовестности, других обязательств (включая обязательства по информированию), а также положения о штрафах. В 2008 году вышла новая редакция этого закона, а в 2011 году он претерпел значительные изменения . В 2017 году закон был снова пересмотрен, однако 01.01.2020 в законе произошли очередные масштабные изменения. Такое количество изменений в законодательстве объясняется прежде всего интернационализацией, которая ускоряется, в частности, благодаря работе так называемой Группы разработки финансовых мер борьбы с отмыванием денег Организации Объединенных Наций (FATF) . Так, разработанные Группой правила были внедрены Европейским союзом в собственные директивы. Актуальным примером является так называемая пятая директива по противодействию отмыванию денег от 30.05.2018 .

### **II. Обзор правил**

Закон о борьбе с отмыванием денег 1993 г. (GwG1993) состоял всего лишь из 17 параграфов, а нынешний закон состоит уже из 59 параграфов. Вместе с тем множество положений действующего закона по сути сводимы к положениям о реестре прозрачности (десять параграфов) и положениям о центральном органе по расследованию финансовых операций (16 параграфов). Кроме того, многие

действующие положения (например, в сфере обязательного информирования) дают больше детальных пояснений, чем положения в первой редакции закона.

Кроме того, возросло количество ответственных лиц. В Законе о борьбе с отмыванием денег 1993 г. (GwG1993) главное внимание уделялось по сути кредитным институтам и компаниям, предоставляющим финансовые услуги, однако со временем ответственных лиц стало значительно больше. В данный момент можно просто исходить из следующего положения: по Закону о борьбе с отмыванием денег любой, кто соприкасается с деньгами или их эквивалентами, может считаться ответственным лицом. Исключения постоянно действуют только в отношении нижнего порога сумм, выше которого возникают обязательства (так, для торговцев товарами обязательства возникают свыше 10 000 евро, для маклеров по продаже/аренде недвижимости с месячным заработком ниже 10 000 евро обязательства в конкретном случае также не возникают), или касаются конкретных видов деятельности (так, в соответствии с § 2 абз. 1 п. 10 Закона о борьбе с отмыванием денег, не все юридические вопросы касаются каталожных компаний).

Далее, положения § 3 действующего Закона о борьбе с отмыванием денег (GwG2020) о собственниках-выгодоприобретателях сформулированы более дифференцировано по сравнению со старой версией Закона о борьбе с отмыванием денег (GwG1993). В 1993 году этот вопрос освещался в § 8 абз.1 с.2 Закона о борьбе с отмыванием денег (GwG1993) и там было сказано, что ответственное лицо должно выяснить у лица, роль которого подлежит выяснению, от чьего имени ведется его деятельность. Если деятельность ведется от имени другого лица, она должна быть приостановлена. Сегодня в подобном случае требуется проведение масштабного расследования (ст. 3 абз. 2 Закона о борьбе с отмыванием денег 2020 г.), теперь уже нельзя полагаться только на свидетельские показания - их необходимо тщательно проверять. Подобная проверка зачастую требует значительных усилий, особенно в трансграничных имущественных отношениях. В этом должны помочь так называемые реестры

прозрачности, которые, однако, часто содержат только результаты проверки, но не способы их получения.

Источник самих обязательств по соблюдению добросовестности - это § 10 Закона о борьбе с отмыванием денег. Эти обязательства включают в себя определение стороны договора, выяснение того факта, ведет ли она хозяйственную деятельность в свою пользу или в пользу третьих лиц, выяснение информации о цели договорных отношений и о том, не задействованы ли в них политически значимые лица, а также постоянный мониторинг того, связана ли цель договорных отношений с осуществляемыми операциями. Все эти обязательства по соблюдению добросовестности должны выполняться пропорционально существующим рискам. Из этого следует, что в соответствии с положениями § 14 Закона о борьбе с отмыванием денег, они могут частично упрощаться или, в соответствии с положениями § 15 Закона, при наличии дополнительных условий, наоборот, ужесточаться. Положения § 14 Закона допускают послабления в процессе идентификации, тогда как положения § 15 Закона требуют еще и контроля за происхождением активов. Исполнение этой части обязательств требует значительных усилий.

В соответствии с § 43 Закона о борьбе с отмыванием денег, если стороны договора не оказывают содействия при выполнении обязательств по соблюдению добросовестности, это может стать основанием для сообщения о подозрениях. Это может произойти также в ситуации, когда невозможно достоверно определить происхождение имущества или денег, либо в случае перевода средств в сомнительные государства или сомнительным получателям. В связи с этим ответственные лица должны постоянно вести отдельный мониторинг. Для лиц юридической профессии делается исключение из правил по обязательному информированию, если они получили соответствующие сведения в процессе предоставления юридической консультации или представительства интересов в суде (§ 43 абз. 2 Закона о борьбе с отмыванием денег).



На основе таких сообщений центральный орган по расследованию финансовых операций немецкого таможенного ведомства отправляет данные в соответствующие полицейские органы. В полиции принимают решение о дальнейших действиях.

### **III. О штрафах**

Особенностью Закона о борьбе с отмыванием денег 2020 г (GwG2020) является то, что, в случае несоблюдения любых обязательств по ведению хозяйственной деятельности, оформлению документации или любых других упомянутых в законе обязательств начисляются штрафы. При этом штрафы назначаются контролирующими органами. В соответствии с этим законом, нет единых контролирующих органов для всех категорий ответственных лиц, а для разных категорий ответственных лиц существуют разные контролирующие органы (§ 50 Закона о борьбе с отмыванием денег). При этом для некоторых отраслей есть единая сеть опытных контролеров (особенно для кредитных институтов), а для других отраслей - только разрозненные контролеры, едва начавшие свою работу. Также, в связи с явно выраженным региональным разграничением юрисдикций существуют различия в применении правил. Такое положение дел не изменится до тех пор, пока не будут приняты судебные решения, которые позволят прояснить эти вопросы.

При этом в зависимости от применяемого правила и типа нарушения размер штрафов сильно варьируется. Суммы штрафов могут составлять от 50 000 евро в случаях незначительных нарушений, описанных в § 56 абз. 2 Закона, до 1 млн евро или двукратной суммы приобретенной экономической выгоды в случаях, описанных в § 56 абз. 3 с. 1 Закона. Для некоторых ответственных лиц (кредитные институты, институты по предоставлению финансовых услуг, платежные институты, институты электронных денег, финансовые компании, страховые компании, управляющие компании) в случае злостных, многократных или

систематических нарушений размер штрафа может быть увеличен на 10% от оборота концерна.

#### **IV. Реестр прозрачности**

В Законе также урегулирована работа так называемого реестра прозрачности. Благодаря этому реестру любое заинтересованное лицо может узнать, кто на самом деле стоит за любой корпорацией. В результате обнародования Панамских документов стало известно, что многие европейские компании используют структуры, которые, с одной стороны, оптимизируют налоговое оформление, а с другой - могут скрывать имена акционеров. С точки зрения государства и то, и другое вредно. Первое вредно, поскольку ведет к перемещению прибыли в так называемые страны с низкими налоговыми ставками, второе - потому что ведет к тому, что невозможно исключить тех участников рынка, которые находятся под санкциями. Обоим аспектам сегодня следует уделять больше внимания.

По поводу налогообложения см. информацию выше.

Действительно, на протяжении многих лет тема идентификации реального физического лица - бенефициара работающей компании - так называемого экономического собственника, которому по сути все принадлежит, не подвергалась систематической проработке. Вследствие этого существуют фиктивные структуры, которые позволяют эффективно скрывать людей, стоящих за бизнесом. Это можно осуществить, даже оставаясь в рамках закона, поскольку трансграничные проверки в Европе по-прежнему затруднены из-за недостаточной прозрачности. За пределами Европы существуют в чем-то более эффективные и доступные реестры, но далеко не во всех государствах. Кроме того, актуальность реестров порой вызывает сомнения, тем более, что некоторые изменения можно вносить в течение нескольких секунд, при этом они далеко не сразу становятся доступны всем участникам рынка. Чтобы улучшить отслеживание, европейские законодатели в так называемой четвертой Директиве об отмывании денег от

20.05.2015 постановили, что необходимо создать новые реестры, с помощью которых можно было бы выявить собственника-выгодоприобретателя корпорации. В немецкой редакции правил все юридические лица частного права и зарегистрированные товарищества должны собирать сведения о собственнике-выгодоприобретателе, хранить их, постоянно обновлять и без промедления передавать органу, ответственному за регистр прозрачности (§ 20 абз. 1 с. 1 Закона о борьбе с отмыванием денег). Однако это обязательство по внесению данных отменяется, когда необходимые данные уже присутствуют в реестрах, перечисленных в § 20 абз. 2 с. 1 Закона, к которым прежде всего относятся реестры торговых фирм, включая различные реестры отдельных правовых форм.

В реестре должно быть указаны имя, фамилия, дата и место рождения собственника(ов)-выгодоприобретателя(ей), место проживания, характер и объем долей, а также гражданство (последнее требуется с 01.01.2020).

Стоит отметить, что в отличие от многих других реестров, в отношении реестра прозрачности не действует принцип правовой защиты доверия лица правильности реестра.

Федеральное административное ведомство, которое отвечает за штрафы и регулярно публикует ответы на актуальные вопросы на немецком языке опубликовало перечень штрафов за нарушение обязательств по внесению данных в реестр прозрачности или по ведению соответствующей документации. Суммы начисленных в соответствии с определенными юридическими и экономическими критериями штрафов находятся в диапазоне от 50 евро до 2 000 000 евро в отдельных случаях.

## **Е. Заключение**

В настоящее время законодательство в сфере предотвращения отмывания денег подвергается существенным изменениям. При этом правила неуклонно ужесточаются и штрафы постоянно увеличиваются. Можно ожидать, что в

ближайшие годы эта тенденция будет продолжаться. Данная статья дает лишь схематическое представление о текущей ситуации и не претендует на полноту конкретных аспектов. Если вас интересует какое-то конкретное решение, обращайтесь, пожалуйста, напрямую к автору.

*Информация об авторе:*



Арне Энгельс – адвокат со специализацией в банковском праве и праве финансовых рынков. Он получил образование в университете Бохума и является членом Германской ассоциации адвокатов (DAV), Кельнской ассоциации адвокатов (KAV) и Германо-Российской ассоциации юристов (DRJV). Его основные направления деятельности - реструктуризация и консультирование во условиях кризиса, а также международные консультации в данной области. Он говорит на немецком, английском и русском языках.

# **ИНВАЛИДНОСТЬ В ГЕРМАНИИ – ВВЕДЕНИЕ В ЗАКОНОДАТЕЛЬНУЮ БАЗУ И ОБЩИЙ ЭКСКУРС**

**(Schwerbehindertenrecht in Deutschland –  
gesetzliche Grundlagen und Auswirkungen im Alltagsleben)**

*Александра Кун (Aleksandra Kuhn)*

## **I. Введение (Einführung)**

Присвоение группы инвалидности в Германии урегулировано законодательством о признании инвалидности<sup>1</sup>.

Цель этого законодательства - уменьшение и компенсация социальной дискриминации в трудовой и общественной жизни из-за инвалидности.

Исторически законодательство о признании инвалидности идет рука об руку с законодательством о социальной компенсации<sup>2</sup>, так как критерии признания инвалидности (Grad der Behinderung<sup>3</sup>) и признания ущерба/повреждения (Grad der Schädigung) очень схожи. Оба эти законодательства, в свою очередь, берут начало в законодательстве о заботе жертвах войны<sup>4</sup>, которое было введено в стране после Первой мировой войны и полностью переписано после Второй мировой войны.

---

<sup>1</sup> Schwerbehindertenrecht.

<sup>2</sup> Recht der sozialen Entschädigung.

<sup>3</sup> Далее „GdB“.

<sup>4</sup> Recht der Kriegsoferversorgung.

Вначале целевой группой являлись только военные и члены их семей.<sup>5</sup> В 1950-ом году после Второй мировой войны был принят закон об обеспечении жертв войны (далее BVG)<sup>6</sup>. Нужно отметить, что этот закон до сих пор существует и применяется на практике. В послевоенное время целью была интеграция ветеранов-инвалидов в трудовые отношения. Остальные группы инвалидов были исключены, чтобы не обременять экономику государства и не дискриминировать ветеранов.

В дальнейшем были приняты специальные подзаконные акты, вносящие уточнения в BVG для определенных групп лиц. На данный момент стоит отметить «Закон об обеспечении солдат»<sup>7</sup>, «Закон о компенсации жертвам»<sup>8</sup>, а также ставший особенно актуальным в настоящее время «Закон о защите от инфекций»<sup>9</sup>, который был частично изменен в марте-апреле, а также дополнен в ноябре 2020-го года в связи с распространением нового коронавируса COVID-19 в Федеративной Республике Германии. Все эти законодательные акты являются базой для урегулирования споров о социальной компенсации.

В отношении инвалидов новое законодательство было принято в 1974-ом году. «Закон о тяжелой инвалидности»<sup>10</sup> распространялся на всех, чья степень инвалидности составляла минимум 50%, независимо от типа и причины инвалидности. Целью законодательства было изменение законодательных актов от 1920-го года и создание возможности для реабилитации всех инвалидов в стране. Этот закон вошёл без каких-либо изменений в 9-тый Социальный кодекс<sup>11</sup> в 2001 году, где его можно найти и сейчас. После обширных реформ в 2018-ом

---

<sup>5</sup> Reichsversorgungsgesetz und Schwerbeschäftigtengesetz von 1920.

<sup>6</sup> „Gesetz über die Versorgung der Opfer des Krieges“ – Bundesversorgungsgesetz (BVG).

<sup>7</sup> Soldatenversorgungsgesetz von 1957

<sup>8</sup> Opferentschädigungsgesetz von 1976 (OEG), [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_oeg/-index.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_oeg/-index.html).

<sup>9</sup> Infektionsschutzgesetz (IfSG), <https://www.gesetze-im-internet.de/ifsg/>.

<sup>10</sup> Schwerbehindertengesetz (SchwbG)

<sup>11</sup> Sozialgesetzbuch 9 (SGB IX), [https://www.gesetze-im-internet.de/sgb\\_9\\_2018/](https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_9_2018/).

году регламенты о правах лиц, страдающих тяжелой инвалидностью, были перемещены из 2-ой части кодекса в 3-ью.

Основной целью до сих пор является интеграция инвалидов на рынке труда. Но в течение прошлых лет также были установлены нормы компенсации недостатков за счет инвалидности, которые урегулированы и в других законодательных актах (налоговые льготы и послабления; досрочный выход на пенсию, и т.д.).

Процесс признания и установления степени инвалидности урегулированы в предписании о медицинском обслуживании<sup>12</sup>. Спорные случаи решаются в социальных судах. В 2019-м году только в восьми судах по социальным делам первой инстанции<sup>13</sup> в земле Северный Рейн-Вестфалия были зарегистрированы 12.718 исков из-за споров о степени инвалидности<sup>14</sup>, что составило 14,1% всех споров по социальным вопросам.<sup>15</sup>

По статистике на 31-ое декабря 2017-го года в Германии было 7 766 573 лиц, страдающих тяжелой инвалидностью. Это составляет примерно 10% всего населения страны. Статистические данные свидетельствуют о том, что количество тяжелых инвалидов увеличивается по мере приближения к возрасту 55-ти лет.<sup>16</sup> Не стоит забывать, что в этой статистике содержатся данные только о лицах со степенью инвалидности начиная от 50%. Еще примерно 2,6 миллиона населения страны имеют степень инвалидности от 20% до 40%.

---

<sup>12</sup> Versorgungsmedizinverordnung (VMG), <https://www.gesetze-im-internet.de/versmedv-/BJNR241200008.html>.

<sup>13</sup> Sozialgericht

<sup>14</sup> SB-Verfahren

<sup>15</sup> Vgl. Jahresbericht des LSG NRW von 2019, [www.lsg.nrw.de](http://www.lsg.nrw.de).

<sup>16</sup> <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Gesundheit/Behinderte-Menschen/Tabellen/schwerbehinderte-alter-geschlecht-quote.html>.

## **II. Понятие тяжелой инвалидности (Schwerbehinderung)**

### **1. Целевая группа (Adressatenkreis)**

#### **а) Лица с тяжелой инвалидностью (Schwerbehinderte)**

Определение лица, входящего в группу инвалидностью, дано в 9-ой части Социального кодекса ФРГ (SGB XI).

§ 2, абз. 2 устанавливает, что лицом с тяжелой инвалидностью по регламенту 3-ей части этого законодательства является лицо, у которого признана степень инвалидности в размере от 50%, и этот человек зарегистрирован или фактически проживает на территории действия 9-ой части Социального кодекса ФРГ, или и/или работает на соответствующем регламенту § 156 месте работы. Таким образом, законом не предусмотрено ограничение целевой группы по критериям трудоспособности или возраста. Лицами с тяжелой инвалидностью могут быть частные предприниматели, пенсионеры, безработные, дети и т.д.

Стоит заметить, что закон не предусматривает наличия немецкого гражданства для признания степени тяжелой инвалидности. Граждане иностранных государств, легально находящиеся на территории ФРГ, также попадают под регулировки социального законодательства. Исключением стало решение Федерального Социального суда от 2010-го года. Суд постановил, что иностранцы с отсрочкой депортации (geduldete Ausländer)<sup>17</sup> тоже имеют право на признание тяжелой степени инвалидности при условии длительного, а также перспективы дальнейшего (не менее 6 месяцев) пребывания на территории страны.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> См. § 60a миграционного законодательства ФРГ (AufenthG), [https://www.gesetze-im-internet.de/-englisch\\_aufenthg/englisch\\_aufenthg.html#p1281](https://www.gesetze-im-internet.de/-englisch_aufenthg/englisch_aufenthg.html#p1281).

<sup>18</sup> BSG, Urt. Vom 29.04.2010, B 9 SB 2/09 R, [https://www.rechtsprechung-im-internet.de/jportal/portal-t/lq5/page/bsjrsprod.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js\\_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=1&fromdoctodoc=yes&doc.id=KSRE124821509&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoint](https://www.rechtsprechung-im-internet.de/jportal/portal-t/lq5/page/bsjrsprod.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=1&fromdoctodoc=yes&doc.id=KSRE124821509&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoint).



Степень инвалидности также могут получить лица, проживающие за границей, если они могут доказать, что она необходима им для получения конкретных национальных льгот по регламенту 9-ой части Социального кодекса ФРГ.<sup>19</sup> Однако, эта степень не является одновременно и признанием тяжелой инвалидности по регламенту § 2, абз. 2 9-го Социального кодекса ФРГ, так как не выполнены все критерии.<sup>20</sup>

## **б) Приравненные лица (Gleichgestellte Personen)**

Выше уже упоминалось, что существуют также и лица с более низкими степенями инвалидности. Для защиты этой категории лиц законодательством также предусмотрены некоторые льготы.

Если степень инвалидности составляет минимум 30%, то лицо имеет право провести процесс приравнивания его к тяжелой инвалидности, если без этого оно не может найти или сохранить соответствующее место учебы или работы (§ 2, абз. 3 9-го Социального кодекса ФРГ). Процесс приравнивания происходит через Федеральное Агентство по трудоустройству (Bundesagentur für Arbeit), так как связан исключительно с трудовой деятельностью нуждающегося в приравнивании лица.<sup>21</sup> После успешного завершения процедуры человек находится под полной защитой законодательства на рабочем месте, но не имеет права на дополнительный отпуск по регламенту § 208 9-го Социального кодекса

---

<sup>19</sup> Примеры: Налоговые послабления при подаче налоговой декларации (BSG, Urt. vom 29.04.2010, B 9 SB 2/09 R, [https://www.rechtsprechung-im-internet.de/jportal/portal/t/lq5/-page/bsjrsprod.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js\\_peid=Trefferliste&-documentnumber=1&numberofresults=1&fromdoctodoc=yes&doc.id=KSRE124821509&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoint](https://www.rechtsprechung-im-internet.de/jportal/portal/t/lq5/-page/bsjrsprod.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&-documentnumber=1&numberofresults=1&fromdoctodoc=yes&doc.id=KSRE124821509&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoint)); Получение преждевременной пенсии для тяжелых инвалидов по регламенту немецкого пенсионного законодательства (BSG, Urt. vom 05.07.2007, B 9/9a SB 2/07 R).

<sup>20</sup> BSG, Urt. vom 29.04.2010, B 9 SB 1/10 R, [https://www.rechtsprechung-im-internet.de/jportal/portal-t/n4i/page/bsjrsprod.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js\\_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=1&fromdoctodoc=yes&doc.id=KSRE124961509&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoint](https://www.rechtsprechung-im-internet.de/jportal/portal-t/n4i/page/bsjrsprod.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=1&fromdoctodoc=yes&doc.id=KSRE124961509&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoint).

<sup>21</sup> § 151, абз. 3 9-го Социального кодекса ФРГ.

ФРГ. Решение Федерального Агентства по трудоустройству не подлежит оспариванию со стороны работодателя.<sup>22</sup>

## **2. Критерии признания (Tatbestandsvoraussetzungen des Behindertenbegriffs)**

§ 2, абз. 1 9-ой части Социального кодекса дает четкое определение инвалидности.

Лицами с ограниченными возможностями (инвалидами) являются лица, у которых имеются физические, умственные, психические или сенсорные (Sinnesbeeinträchtigung) расстройства функций организма, которые во взаимодействии с факторами окружающей среды способны помешать участию в жизни общества в равной мере в течение более 6 месяцев.

Здесь я предлагаю разбить определение на составные части и рассмотреть их по отдельности.

### **а) Наличие расстройств (Vorliegen einer Behinderung)**

Первым условием инвалидности является наличие физических, умственных, психических или сенсорных расстройств/отклонений. За эталонную величину берется типичное состояние здоровья человека в определенном возрасте. Таким образом, отклонения в детском или старческом возрасте не являются типичными отклонениями в юридическом смысле и не удовлетворяют критериям для установления степени инвалидности.

Но не нужно считать, что человек должен быть «болен». Такие отклонения как карликовость (Kleinwuchs) или полное облысение тоже могут удовлетворять вышеуказанным критериям.

---

<sup>22</sup> BSG, Urt. vom 19.12.2001, B 11 AL 57/01 R.

Важно, чтобы отклонения были текущими. Отклонения, которые могут произойти в будущем, не принимаются во внимание при рассмотрении ходатайства об установлении инвалидности.

Сами по себе отклонения не являются причиной инвалидности. Эти отклонения должны функционально нарушать жизнь человека. Например, искривление позвоночника не является критерием инвалидности, если человек и дальше может двигаться без ограничений. Только в том случае, если клинически будет доказано, что искривление настолько велико, что оно не соответствует возрастному износу и приводит к функциональным отклонениям, оно будет выполнять критерии инвалидности.

#### **б) Временной фактор (Zeitliche Komponente)**

Отклонения должны длиться более 6 месяцев, чтобы соответствовать критериям для признания инвалидом.

Наличие отклонений и временного фактора должны быть доказаны с вероятностью, граничащей с уверенностью (mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit). Делопроизводитель должен быть уверен на 99% в том, что критерии выполнены, чтобы подтвердить наличие инвалидности.

На практике проблем с доказательством временного фактора почти не возникает, так как в среднем процесс проверки и признания длится более 6 месяцев. Ходатайства обычно подаются тоже не сразу после постановки первых диагнозов, а только после длительного лечения (в среднем от 6 месяцев до года). Исключением может стать период подачи документов на признание инвалидности по причине онкологических заболеваний.

Стоит отметить, что процесс опротестовывания решения в административной форме и судебное разбирательство тоже могут длиться годами. В таких случаях отклонения, которые появляются краткосрочно и вводятся в дело истцами, не

принимаются во внимание, так как критерии временного фактора не соблюдены. В таких случаях истец должен ходатайствовать о пересмотре своей степени инвалидности (Änderungsantrag) в администрации.

### **в) Дискриминация/ неполноценное участие в жизни общества (Beeinträchtigung der Teilhabe am Gesellschaftsleben)**

Третьим пунктом является неполноценное участие в жизни общества. Отклонения должны привести к тому, что человек не может полноценно участвовать в жизни общества.

### **3. Степени инвалидности (Grad der Behinderung)**

Процесс присвоения степени инвалидности урегулирован в § 152, абз. 1-3 9-ой части Социального кодекса ФРГ.

Признание происходит по шкале от 20 до 100 баллов. Если степень инвалидности ниже 20/100, то заявитель не получает на руки письменного решения о присвоении степени. В большинстве случаев запрос о присвоении будет отклонен (§ 152, абз. 1, предл. 6 9-го Социального кодекса ФРГ).

В исключительных случаях присвоение степени в 20/100 может базироваться на нескольких функциональных расстройствах, которые сами по себе не достигают «магической границы», но настолько всесторонне влияют на функции тела заявителя и взаимодействуют между собой, усугубляя его состояние, что методом сложения приводят к признанию степени в 20/100.

Все детали процесса признания степени инвалидности урегулированы в предписании о медицинском обслуживании<sup>23</sup> и приложении № 2<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Versorgungsmedizin-Verordnung vom 10.12.2008

<sup>24</sup> Versorgungsmedizinische Grundsätze (VMG), in der Fassung vom 11.10.2012

Приложение № 2 является указанием, которое должно в обязательном порядке исполняться администрацией и судебными органами. Указание состоит из двух частей. В первой части (А) урегулированы общие положения и правила присвоения степени инвалидности. Во второй части (В) приведена таблица (GdS-Tabelle) с детальным описанием разновидностей расстройств и присвоенных им оценок степени инвалидности.

Это приложение регулярно обновляется медицинским консультативным советом<sup>25</sup>, созданным Федеральным Министерством труда и социальных дел<sup>26</sup>. Этот совет состоит из особенно квалифицированных врачей в области инвалидности.

В тех случаях, когда расстройства не прописаны в таблице и не оценены, их оценка производится в индивидуальном порядке.<sup>27</sup>

Если степень инвалидности уже была признана другим административным органом или ответственным за признание органом<sup>28</sup> при рассмотрении пенсионного дела или решении о присвоении степени нетрудоспособности, то процесс признания не должен проходить заново (§ 152, абз. 2, предл. 1 9-го Социального кодекса ФРГ). Это предписание касается признаний степени инвалидности по регламентам BVG, SVG, OEG и решений, связанных с признанием несчастных случаев кассой по страхованию от несчастных случаев<sup>29</sup>. Под регламент не попадают решения государственной пенсионной кассы о признании статуса нетрудоспособности. В случаях, когда решение принимает другой административный орган, степень инвалидности может отличаться от показателей приложения № 2, что приводит к несоответствию показателей. В случае, если заявитель сообщает о новых заболеваниях и желает повысить степень

---

<sup>25</sup> Ärztlicher Sachverständigenbeirat Versorgungsmedizin

<sup>26</sup> Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS)

<sup>27</sup> LSG NRW, Urt. V. 21.09.2018 – 21 SB 164/16, [https://www.anhaltspunkte.de/rspr/urteile/L-\\_21\\_SB\\_164.16.htm](https://www.anhaltspunkte.de/rspr/urteile/L-_21_SB_164.16.htm).

<sup>28</sup> Versorgungsamt.

<sup>29</sup> Unfallversicherungsrecht.

инвалидности (Interesse an anderweitiger Feststellung), то решение должно быть пересмотрено, в результате которого степень инвалидности не может быть снижена, а только повышена (Grundsatz der Gleichbehandlung).

Очень важно отметить, что понятия степени инвалидности и нетрудоспособности не являются в немецком законодательстве эквивалентными и взаимозаменяемыми. Признанием нетрудоспособности занимается пенсионная касса по регламенту 6-ой части Социального кодекса ФРГ, базируясь на иных критериях. Главным критерием признания (частичной) нетрудоспособности является временной фактор; неспособность находиться на рабочем месте независимо от профессии более 3-х часов в день. Люди даже с высокой степенью инвалидности могут быть полноценными членами рабочего сообщества и полностью трудоспособными.

#### **а) Индивидуальная степень инвалидности (Einzelgrad der Behinderung)**

Для того, чтобы определить общую степень инвалидности, нужно на первой ступени процесса определить индивидуальную степень инвалидности для каждого расстройства.

Индивидуальная степень инвалидности не приводит к тому, что у заявителя появляется много инвалидностей. В понятии социального законодательства инвалидность может быть только одна, а индивидуальные степени являются только т.н. операндом (Rechengröße) для выявления общей степени инвалидности (§ 69, абз. 1, предл. 1 9-го Социального кодекса ФРГ).

#### **б) Общая степень инвалидности (Gesamtgrad der Behinderung)**

Базовым регламентом для определения общей степени инвалидности является § 152, абз. 3 9-ой части Социального кодекса. В дополнение к нему также используются инструкции указания (VGM) в части А под № 2 и 3.

Важно заметить, что только общая степень инвалидности означает инвалидность по регламенту § 152, абз. 1, предл. 1 9-ой части Социального кодекса ФРГ, сообщается в решении о признании инвалидности, и это решение вступает в силу (*erwächst in Bestandskraft*). Индивидуальные степени в таком решении не сообщаются. Их можно найти только в административном деле в документах экспертов, которые сотрудничают с администрацией в сфере признания инвалидности. Сами делопроизводители администрации не разбираются в большинстве случаев в медицинских показателях заявителей и их лечащих врачей, а следовательно, не могут самостоятельно определить индивидуальные степени инвалидности. В своих решениях они полностью полагаются на произведенную экспертизу.

Для выяснения общей степени инвалидности нужно всегда проделать три следующих шага:

1) На первой стадии нужно выявить все заболевания, которые не являются временными и приводят к неполноценному участию в жизни общества. Для этого административный орган запрашивает медицинскую документацию (*Befundberichte*) у всех лечащих врачей заявителя после того, как тот в заявлении сообщает их данные и освобождает от обязанности сохранения врачебной тайны (*Entbindung von der Schweigepflicht*).

После того, как все документы получены, делопроизводитель передает их в отдел медицинской экспертизы (*ärztlicher Dienst*), в котором на основании изучения этих документов принимается решение (*Entscheidung nach Aktenlage*). Независимые экспертизы почти не проводятся в административном порядке. Это в большей степени прерогатива судебных разбирательств.

2) На следующей стадии все выявленные заболевания сравниваются с данными инструкций (*VGM*). Им присваиваются индивидуальные степени инвалидности и формируются группы заболеваний по регламенту инструкций.

3) В большинстве случаев заболевания относятся к разным группам. На третьей ступени происходит оценка их взаимодействия и взаимовлияния. Итогом оценки и является определение общей степени инвалидности. При этом все индивидуальные степени не складываются вместе, а учитываются по мере их тяжести и оказываемого влияния.

Базовой для определения общей степени является самая высокая индивидуальная степень. Все остальные заболевания и их влияние сравниваются только с ней. Если в результате этих дополнительных заболеваний неполноценное участие в жизни общества усугубляется, то степень становится выше.

Законодательство определило три группы взаимоотношений между отдельными группами заболеваний:

- Группы не связаны друг с другом.
- Одна группа влияет на другую настолько сильно, что приводит к усугублению состояния.
- Группы пересекаются в их взаимодействии.

Но во всех случаях должна быть проведена индивидуальная проверка ситуации и принято индивидуальное решение. Заранее спрогнозировать степень инвалидности, которую получит заявитель, достаточно сложно.

#### **4. Дополнительные маркеры (Merkzeichen)**

Так как целью законодательства является компенсация недостатков посредством признания степени инвалидности, то нередко процессом признания также преследуется цель получения дополнительных знаков (Merkzeichen), которые связаны с определенными льготами.



Количество и разновидности маркеров урегулированы в предписании об удостоверении для лиц с тяжелой инвалидностью<sup>30</sup> и в первой и четвертой частях инструкций (Teil D und Teil A, Nr. 4 und 5 der VGM.)

Существует 9 разных дополнительных маркеров. Самыми известными являются: „G“<sup>31</sup>, „aG“<sup>32</sup>, „B“<sup>33</sup> и „H“<sup>34</sup>.

Одним из важных для заявителей является присвоение значка „G“. Обладатель этого значка плохо передвигается. Имея этот показатель в документе о степени инвалидности, заявитель имеет право либо бесплатно пользоваться общественным транспортом (§ 228, абз. 1, § 230, абз. 1 9-ой части Социального кодекса ФРГ), либо получить освобождение от налога на пользование автомобилем в размере 50%. Если заявитель решает пользоваться общественным транспортом, то ему нужно приобрести специальный талон стоимостью 80 евро в год и носить его при себе, находясь в общественном транспорте. Также стоит заметить, что тем, кто получает социальную помощь в рамках законодательной базы 2-ой или 12-ой части Социального кодекса ФРГ, положена надбавка к социальной помощи в размере 17 % от базовой суммы социальной помощи (maßgeblicher Regelbedarf).

Бесплатный проезд также положен обладателям документа со значком „H“, но без доплаты (§ 145, абз. 1; § 228, абз. 1, предл. 1, 9-го Социального кодекса ФРГ). Также обладатели этого документа полностью освобождены от уплаты налога на

---

<sup>30</sup> Schwerbehindertenausweisverordnung

<sup>31</sup> Gehbehinderung = ограниченная подвижность нижних конечностей

<sup>32</sup> Außergewöhnliche Gehbehinderung = чрезвычайная ограниченная подвижность нижних конечностей

<sup>33</sup> Notwendigkeit ständiger Begleitung = необходимость постоянного сопровождения

<sup>34</sup> Hilflosigkeit = беспомощность

автомобиль.<sup>35</sup> В большинстве случаев этот значок присваивается в комбинации с другими маркерами, как „Bl“<sup>36</sup>, „Gl“<sup>37</sup>, „TBl“<sup>38</sup>.

Определенные льготы, такие как, например, необлагаемый налогом доход (erhöhter Behinderten-Pauschalbetrag<sup>39</sup>) и расходы по уходу (Pflege-Pauschbetrag<sup>40</sup>) также имеют цель компенсировать недостатки, вызванные инвалидностью.

Нередко судебные процессы по признанию степени инвалидности тесно связаны с присвоением показателя „аG“. Обычно люди с таким значком почти не могут передвигаться самостоятельно и имеют право на документ, разрешающий им парковаться на местах для инвалидов (Schwerbehindertenausweis) и других зонах, в которых парковка для водителей запрещена. Также обладатели такого документа полностью освобождены от уплаты налога на автомобиль (KfZ-Steuer) и параллельно имеют право на бесплатный проезд в общественном транспорте. При подаче налоговой декларации затраты на автомобиль могут быть списаны по регламенту исключительных расходов (außergewöhnliche Belastungen, § 33 EStG).

Обладатели документа со значком „B“ могут пользоваться общественным транспортом по всей стране в сопровождении сопровождающего лица бесплатно. В большинстве случаев этот знак соседствует в документе с маркерами „G“, „Gl“, „H“, что означает, что обладатель документа ограничен в своих способностях передвигаться и нуждается в помощи третьего лица.

---

<sup>35</sup> § 3a Abs. 1 KfzStG

<sup>36</sup> Blind = слепой

<sup>37</sup> Gehörlos = глухой

<sup>38</sup> Taubblind = слепоглухой

<sup>39</sup> § 33b Abs. 1, Abs. 3 S. 3, Abs. 5 EStG.

<sup>40</sup> § 33b Abs. 6 S. 1 EStG.

### **III. Льготы, связанные со степенью инвалидности в повседневной жизни (Auswirkungen der anerkannten Schwerbehinderung im Alltag)**

Как уже было замечено ранее, в сравнении с другими странами, особенно бывшего СССР, признание степени инвалидности в Германии не предполагает ежемесячной пенсионной выплаты со стороны государства. Но на законодательном уровне было принято определенное количество правовых актов, призванных защитить инвалидов от дискриминации и помочь им преодолеть неравенство.

#### **1. Трудовое законодательство (Arbeitsrecht)**

Скорее всего, самым важным в повседневной жизни является защита от дискриминации по признаку инвалидности на рабочем месте. В Конституции ФРГ в статье 3-ей четко сказано, что никто не должен притесняться из-за инвалидности.

В социальном законодательстве в § 164, абз. 2 9-го Социального кодекса ФРГ также прописано, что работодатель не имеет права ущемлять права работников-инвалидов, и для них действует законодательство об общем равноправии<sup>41</sup>. В рамках этого законодательства работодателю запрещается ущемлять права работника-инвалида при принятии его на работу, карьерном росте, заключении и окончании трудовых отношений.

В рамках § 164, абз. 1 работодатель обязан регулярно проверять свои рабочие места на пригодность для работы инвалидов, сотрудничать с Федеральным агентством по трудоустройству (Bundesagentur für Arbeit) и по возможности брать на работу инвалидов.

---

<sup>41</sup> Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_agg/-index.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_agg/-index.html).

§ 164, абз. 4 9-ой части Социального кодекса ФРГ закрепляет за трудоспособными инвалидами определенный каталог прав в отношении работодателя, таких как соответствующее инвалидности место работы, предпочтительный учет в рамках внутренних мероприятий по повышению квалификации.

Особенно важным является регулирование по защите инвалидов от необоснованных увольнений со стороны работодателя. По регламенту § 168 9-го Социального кодекса ФРГ перед сообщением об увольнении должно быть заслушано ведомство по делам интеграции инвалидов (Integrationsamt). Это независимая организация, которая представляет интересы инвалидов и призвана защищать их права. Работодатель должен письменно сообщить в ведомство о причине и сроках увольнения работника-инвалида. Работник имеет право быть заслушанным и сообщить свою позицию. После обмена мнениями ведомство принимает решение и сообщает его обеим сторонам. И уже только после (положительного) решения работодатель может в письменной форме оповестить работника о расторжении трудовых отношений с минимальным сроком в 4 недели (§ 169 9-го Социального кодекса ФРГ). § 173 9-го Социального кодекса ФРГ предусматривает определенные исключения, если, например, трудовые отношения находятся еще на стадии испытательного срока или работником достигнут определенный возраст.

Если работник не сообщил работодателю о наличии у него тяжелой степени инвалидности, но был уволен, то у него есть 3 недели, чтобы проинформировать работодателя и тем самым предотвратить вступление увольнения в силу. Если работник этого не сделает, то защита § 6 Законодательства о защите от неправомерных увольнений ФРГ<sup>42</sup> на него распространяться не будет.<sup>43</sup> В этом случае увольнение будет формально действительным и может быть оспорено в

---

<sup>42</sup> Kündigungsschutzgesetz (KSchG), <https://www.gesetze-im-internet.de/kschg/>.

<sup>43</sup> BAG, Urteil vom 22.09.2016, 2 AZR 700/15, zu finden bei [https://www.hensche.de/-Arbeitsrecht\\_Urteile\\_Kuendigung\\_in\\_Unkenntnis\\_einer\\_Schwerbehinderung\\_BAG\\_2AZR700-15\\_23.01.2017.html](https://www.hensche.de/-Arbeitsrecht_Urteile_Kuendigung_in_Unkenntnis_einer_Schwerbehinderung_BAG_2AZR700-15_23.01.2017.html).

суде только по причине несоответствия законодательству о защите от необоснованных увольнений.

Также работники с тяжелой степенью инвалидности имеют право на дополнительный отпуск в размере 5 дней (§ 208 9-го Социального кодекса ФРГ). Как уже говорилось ранее, некоторые работники не имеют тяжелой степени инвалидности, но приравнены к тяжелым инвалидам в трудовых отношениях. Такие работники права на дополнительный отпуск не имеют.

## **2. Налоговые льготы (Steuervergünstigungen)**

Как уже сообщалось выше, инвалиды с определенными дополнительными маркерами имеют право на специальные налоговые льготы.

Инвалиды, имеющие тяжелую степень инвалидности, имеют право также на налоговые льготы. В качестве альтернативы они могут выбрать паушальную сумму, которая не будет облагаться налогом и может быть списана с налогов при подаче налоговой декларации.

При более низкой степени инвалидности налоговые послабления могут быть предоставлены только при выполнении определенных условий.

## **3. Пенсионное законодательство (Rentenrecht)**

Пенсионное законодательство также имеет отдельный регламент для пенсионеров со степенью тяжелой инвалидности.

§ 236а 6-той части Социального кодекса ФРГ<sup>44</sup> регулирует критерии, по которым инвалиды с тяжелой степенью имеют право выйти на пенсию при достижении 63-х лет. Так как в последние годы пенсионное законодательство, а также

---

<sup>44</sup> Sozialgesetzbuch 6 (SGB VI), [https://www.gesetze-im-internet.de/sgb\\_6/](https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_6/).

пенсионный возраст в Германии были изменены, то в этом параграфе урегулированы разные возможности выхода на пенсию в зависимости от года рождения заявителя и выполнения дополнительных критериев.

#### **IV. Административная процедура и правовая защита (Verfahren und Rechtsschutz)**

Для того, чтобы получить степень инвалидности, нужно пройти административную процедуру, начав ее с подачи заявления в административный орган (Versorgungsamt) города или коммуны по месту жительства. Процесс запроса документации у врачей и принятие решения может занять от 6 месяцев до года.

Если решение администрации не приносит желаемого результата, то после получения решения на руки у заявителя есть ровно месяц, чтобы подать протест против решения (Widerspruch). Рассмотрение этого дела может также занять от 6 месяцев до года.

В процессуальном порядке сказано, что на первое решение у администрации есть 6 месяцев, а на решение по протесту – 3 месяца. По истечении этого времени, если администрация бездействовала, можно подать иск по бездействию (Untätigkeitsklage) в суд по социальным делам. На практике этот иск не попадает на срочное рассмотрение, а проходит, как регулярный иск. За это время администрация принимает решение, а иск отклоняется как формально недопустимый (Klage ist unzulässig), но расходы истца, если таковые будут предъявлены, ложатся на плечи администрации.

Если и протест не принес желаемого результата, то после решения по протесту у заявителя вновь окрывается возможность в течение месяца подать иск в суд по социальным делам первой инстанции (Sozialgericht). Так как в социальном праве действует принцип официального расследования (Amtsermittlungsgrundsatz), то достаточно сообщить в исковом письме свою цель и приложить первичное

решение, свой протест и вторичное решение администрации, чтобы суд принял иск к рассмотрению и начал процесс. Если в деле фигурирует адвокат, то суд в принципе ожидает объяснения по делу в исковом письме или, если оно отсутствует, назначает адвокату срок в 4-6 недель для сообщения причин иска. Также истец должен дать согласие на разглашение врачебной тайны, так как суд сам запрашивает медицинскую документацию у врачей.

После письменного прения сторон и изучения медицинской документации в большинстве случаев суд выносит решение о проведении независимой экспертизы истца<sup>45</sup> и назначает эксперта. Эта экспертиза проводится за счет государства. От подачи иска до проведения экспертизы в среднем проходит от 6 до 18 месяцев. После экспертного заключения стороны имеют право сообщить свое мнение по выводам эксперта. После этого суд принимает решение либо в письменной форме<sup>46</sup>, либо назначает слушание и принимает решение после этого.

Если истец не согласен с экспертизой, то у него есть право назначить собственную, вторичную экспертизу и назвать своего эксперта<sup>47</sup>. Вторичная экспертиза проводится за счет истца, стоимость её проведения колеблется от 5 до 10 тысяч евро, в зависимости от того, сколько экспертиз нужно провести. Нередко проводится главная и дополнительная экспертиза (Haupt- und Nebenbegutachtung), так как имеющиеся у истца заболевания относятся к разным частям медицины и влияют друг на друга.

В социальном процессуальном кодексе не сказано, что воспользоваться правом повторной экспертизы можно всего один раз за весь судебный процесс. Но в земле Северный Рейн-Вестфалия земельный суд по социальным делам (Landessozialgericht NRW) придерживается другого мнения и допускает только одно повторное экспертное мнение. По этой причине нужно всегда выстраивать стратегию, чтобы иметь возможность использовать второй «козырь» во второй,

---

<sup>45</sup> § 106 Sozialgerichtsgesetz (SGG), <https://www.gesetze-im-internet.de/ssgg/>.

<sup>46</sup> Gerichtsbescheid gem. § 105 SGG.

<sup>47</sup> § 109 SGG

апелляционной, инстанции. Нередко это приводит к тому, что суд первой инстанции отклоняет иск после полутора – двух лет судебного дела, а суд второй инстанции после того, как заново разберет все дело и заслушает второе экспертное мнение, либо предлагает мировое соглашение, либо принимает решение в пользу истца. Но и этот процесс продолжается несколько лет, так что в среднем от первого ходатайства до окончания дела во второй инстанции может пройти до 5 лет.

В некоторых случаях уже после подачи иска в первой инстанции администрация предлагает заключение мирового соглашения, так как суд сообщает, что предпосылки для пересмотра решения очевидны. В таком случае судебное дело может закончиться уже и через 6 месяцев после подачи иска, но мировое соглашение не подлежит перепроверке второй инстанцией. В таком случае, в зависимости от результата, часть затрат истца несет администрация.

Несмотря на то, что в социальном законодательстве предусмотрено, что судебные дела в большинстве своем бесплатны для истцов<sup>48</sup>, оплата гонорара адвокату к этим расходам не относится. По этой причине стоит задуматься о том, чтобы заключить страховку на случай споров. Эта страховка действует и в других правовых областях и значительно уменьшает расходы на адвокатов.

В заключении стоит отметить, что отсчет признания степени инвалидности происходит с даты подачи заявления. Только в определенных исключительных случаях степень инвалидности признается ретроспективно и до даты подачи заявления.

---

<sup>48</sup> § 183 SGG



***Информация об авторе:***



Александра Кун (Aleksandra Kuhn) работает с октября 2017-го года адвокатом в бюро “Trude Rechtsanwälte“ в г. Кёльне. В рамках своей адвокатской деятельности она ведёт отделение социального права, а также занимается оказанием юридической помощи в рамках гражданского права.

В феврале 2020-го года Александра получила сертификат об окончании теоретического курса специализации в сфере социального права. С января 2018-го года Александра Кун является членом сообщества Кельнских адвокатов и с июля того же года председателем рабочей группы по вопросам социального права. Она также является членом сообщества немецких адвокатов и состоит в рабочей группе по вопросам социального права на федеральном уровне, а также является членом форума молодых адвокатов Германии. С июля 2019-го года она является представителем форума на территории земельного суда г. Кельна.

Александра Кун - выпускница Вестфальского Университета им. Вильгельма в Мюнстере. Свободно владеет немецким, русским, английским и эстонским языками.

Эл. почта: [kanzlei@trude.eu](mailto:kanzlei@trude.eu)

**ПЕРВЫЙ ОПЫТ ПРИМЕНЕНИЯ В ГЕРМАНИИ  
ОБЩИХ ЕВРОПЕЙСКИХ ПРАВИЛ О ЗАЩИТЕ  
ПЕРСОНАЛЬНЫХ ДАННЫХ (GDPR) И  
ПРЕДЛОЖЕНИЯ ПО ИХ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЮ**

**(Erste Erfahrungen mit der Anwendung der DRPR  
und Vorschläge zur Optimierung)**

*Кирилл Нам (Kirill Nam)*

Безусловно, главным событием в области защиты персональных данных в 2018 году, когда увидел свет предыдущий сборник статей о немецком праве на русском языке, было вступление в действие Общих европейских правил о защите персональных данных (General Data Protection Regulation (далее - GDPR или Правила). На немецком языке они звучат как Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO). Сам факт разработки и принятия Правил вызвал большой резонанс не только в профильной профессиональной среде, но даже в большей степени среди тех, кто непосредственно должен их исполнять, государственных и негосударственных организаций, осуществляющих сбор и обработку персональных данных. При этом, помимо положительных оценок GDPR, как современного комплексного правового акта, единообразно регулирующего вопросы защиты персональных данных в европейских странах, высказывалось также большое количество критических замечаний. Основная критика касалась в первую очередь того, что GDPR существенно затрудняют деятельность субъектов обработки персональных данных.

Первый период действия GDPR в целом оценивается положительно. Граждане стали больше обращать внимания на свои права и возможности их защиты. Организации, обрабатывающие персональные данные и реализующие у себя меры по их защите, начали рассматривать соблюдение этих правил как конкурентное преимущество.

Но практическое применение GDPR ожидаемо начало выявлять и определенные вопросы, замечания и проблемы как фактического, так и правового характера.

В Германии после первого периода действия GDPR на уровне надзорных органов по вопросам защиты персональных данных была обобщена практика их применения, выявлены определенные острые вопросы и сформулированы предложения по изменению норм правил. Отчет с результатами данного обобщения был принят на конференции надзорных органов по защите персональных данных Германии 06 ноября 2019 года<sup>1</sup>.

GDPR имеет значение не только непосредственно для европейских стран, но также и для субъектов обработки персональных данных в иных государствах, т.к. в определенных случаях они могут подпадать под их действие. Также сами по себе правила как правовой акт представляют интерес для многих государств, которые развивают у себя собственное правовое регулирование в области защиты персональных данных. Не является исключением здесь и Россия, а также другие государства постсоветского пространства. Поэтому опыт практического применения GDPR и вопросы, возникающие в процессе такого применения, несомненно, должны представлять интерес не только внутри Германии и странах Европейского союза и Европейского экономического сообщества.

В настоящей статье хотелось бы остановиться на наиболее значимых и интересных, на наш взгляд, вопросах и проблемах, которые были озвучены конференцией немецких надзорных органов.

---

<sup>1</sup> [https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/dskb/20191213\\_erfahrungsbericht\\_zur\\_anwendung\\_der\\_ds-gvo.pdf](https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/dskb/20191213_erfahrungsbericht_zur_anwendung_der_ds-gvo.pdf)

## **Необходимость адаптации некоторых норм Правил к потребностям повседневного практического применения.**

### Обязанности информирования.

Предусмотренные в ст.ст. 13 и 14 Правил требования к информированию и прозрачности при обработке персональных данных представляют собой содержание одного из принципов Правил, а именно принципа транспарентности (ст. 5 и Пояснение №39). Каждое лицо должно быть поставлено в известность о сборе и обработке его персональных данных. Но на практике буквальное соблюдение данного требования, во-первых, не во всех случаях является легко выполнимым, во-вторых, зачастую выглядит излишним. Так, например, критику вызывает выполнение информационной обязанности во время телефонного разговора при назначении встречи или приема, или же при заключении договора по телефону. В качестве решения этого вопроса звучали предложения о применении по аналогии абз. 5 ст. 30 Правил, а именно, оставить информационную обязанность только для операторов с количеством не менее 250 работников.

Немецкие надзорные органы соглашаются с наличием такой проблемы и необходимостью смягчения информационной обязанности, но при этом обращают внимание на недопустимость введения исключений общего характера. В первую очередь внимания должны заслуживать ситуации, когда отношения ответственных лиц (операторов) и физических лиц осуществляются не в цифровом контексте, т.к. при взаимоотношениях в электронном виде, как правило, проблем не возникает. Например, если персональные данные обрабатываются посредством использования интернет-сайта, то у владельца сайта есть возможность предоставить клиенту информацию о сборе персональных данных в полном объеме. В случаях же личного контакта, телефонного разговора далеко не всегда естественным является, если оператор принимая заказ или получая от клиента визитную карточку, должен в полном объеме изложить предусмотренную ст. 13 Правил информацию, в том числе назвать правовое основание для сбора и обработки данных, перечислить все права субъекта

персональных данных, компетентный надзорный орган и т.д. Такое информирование может вызывать, как минимум, непонимание, а то и раздражение со стороны клиента. В качестве решения надзорные органы видят применение более гибкого подхода. Например, в случаях, когда риски нарушения прав клиентов малы, то достаточно лишь указания на то, где и как можно получить необходимую информацию об обработке персональных данных в полном объеме.

В качестве нормативного решения этого вопроса конференцией немецких надзорных органов были сформулированы предложения по дополнению ст. 13 Правил новым абзацем следующего содержания:

*«Информация в соответствии с пунктами 1 и 2 предоставляется только по запросу субъекта данных, если ответственное лицо выполняет обработку данных, которую заинтересованное лицо ожидает или может ожидать, исходя из конкретных обстоятельств и при этом*

*1. не происходит раскрытия персональных данных иным лицам, а также их передача в третьи страны,*

*2. не обрабатываются данные, которые подпадают под статью 9 Правил,*

*3. данные не обрабатываются в целях прямого маркетинга и*

*4. не имеет места ни профайлинг, ни автоматизированное принятие решений.*

*Субъект данных должен быть проинформирован о возможности получения всех необходимых сведений в полном объеме».*

#### Обязанность заявить о нарушениях при защите персональных данных.

В соответствии со ст. 33 Правил надзорный орган должен информироваться о любом нарушении. Единственным исключением являются случаи, когда нарушение предположительно не может привести к риску для прав и свобод граждан. Однако, подобная формулировка нормы не дает четкого понимания, в каких случаях о нарушениях можно не заявлять. Отсутствие таких четких

критериев при одновременном наличии существенных санкций, больших денежных штрафов за нарушение данной обязанности приводит на практике к тому, что ответственные лица предпочитают информировать надзорные органы о практически любом формальном нарушении безотносительно того, влечет ли оно действительный риск для прав граждан. Поэтому для решения данной проблемы предлагается ввести такой критерий необходимости заявления нарушений, как случаи, когда речь идет не о любом риске, а о «более, чем небольшом риске».

Другим слабым местом ст. 33 Правил, по мнению немецких надзорных органов, является необходимость распространения ее действия не только на случаи нарушения защиты персональных данных, но и на нарушения мер безопасности, которые могут привести к нарушению защиты данных. Например, база данных клиентов в силу несоблюдения должных мер находилась в интернете в свободном доступе, при этом не известно, произошла ли в действительности утечка данных. В подобных случаях, когда собственно нарушения защиты данных в смысле ст. 4 Правил установлено не было, но имеется существенный риск такого нарушения и последствий для прав граждан, также необходимо ввести обязанность информирования о подобных событиях надзорные органы.

В связи с этим было сформулировано предложение по изменению ст. 33 Правил. Предложения 1 и 2 абзаца 1 ст. 33 изложить в новой редакции, прежнюю редакцию предложения 2 абзаца 1 оформить как третье предложение абзаца 1:

*«В случае нарушения защиты персональных данных, которое может привести к более, чем незначительным рискам в отношении прав и свобод физических лиц, ответственное лицо должно сообщить об этом немедленно и, по возможности, в течение 72 часов после того, как ему стало известно о нарушении компетентному, согласно статье 55, надзорному органу. Кроме того, ответственное лицо сообщает о нарушении требований к безопасности обработки в соответствии с пунктом 1 статьи 32 Правил, в случае если это может привести или привело к нарушению защиты персональных данных, немедленно и, по возможности, в течение 72 часов после того, как ему стало*

*известно о нарушении мер безопасности, если при этом существует высокий риск для прав и свобод пострадавших».*

### Целевое назначение.

Принцип соблюдения целевого назначения имеет большое значение для правового регулирования защиты персональных данных. Для субъекта персональных данных очень важным является вопрос, могут ли его данные обрабатываться для иных целей, чем те, для которых он давал согласие. Ст. 6 абз. 4 Правил допускает обработку персональных данных в случае, если такая обработка происходит хоть и для иных целей, в отличие от первоначальных, но при этом с ними связанными и с ними согласующимися. Здесь возникает вопрос о необходимости в таких случаях самостоятельного правового основания. На практике данный вопрос трактуется различным образом. Так, операторы полагают, что правовое основание в данной ситуации значения не имеет. Ссылаются они при этом на предложение 2 Пояснения №2, где буквально сказано, что «в данном случае нет необходимости в специальном правовом основании, нежели то, для которого данные собирались изначально». Субъекты персональных данных, наоборот, считают, что если встает вопрос о дальнейшей обработке их данных для иных целей и при ином правовом основании, они вправе самостоятельно решать, возможна ли такая обработка. Надзорные органы в данном вопросе поддерживают вторую точку зрения, обосновывая ее толкованием положений ст. ст. 5 и 6 Правил. Целевое назначение и наличие правового основания являются самостоятельными принципами и один не может заменить другого. Требование проверки совместимости целевого назначения, что указано в ст. 6 абз. 4 Правил не означает, что в случае такой совместимости нет необходимости проверять наличие самостоятельного правового основания. Покуда иное прямо не указано в тексте норм Правил, следует исходить из необходимости наличия самостоятельного правового основания для обработки персональных данных, даже если новая цель такой обработки совместима с первоначальной целью. В этой связи формулировка предложения 2 Пояснения

№50 является некорректной и вводит в заблуждение при выявлении действительного смысла правового регулирования.

Немецкими надзорными органами предлагается предложение 2 Пояснения №50 исключить.

### **Прямой маркетинг.**

Отмечается, что в Правилах не содержится положений, регулирующих случаи передачи и обработки персональных данных для рекламных целей. Лишь в Пояснении №47 содержится одно предложение о том, что «Обработка персональных данных для целей прямого маркетинга может рассматриваться в качестве обработки для целей реализации обоснованного интереса» (ст. 6 абз.1 (f) Правил). Однако на практике возникает много вопросов, связанных с обработкой персональных данных в связи с прямым маркетингом. Например, допустима ли передача/продажа данных клиентов третьим лицам для рекламных целей? Должна ли проводиться разница между рекламой в благотворительных целях от рекламы в предпринимательских целях? Подчеркивается, что прямой маркетинг в современных реалиях касается очень многих областей нашей жизни. При этом в различных странах Европы сложились различные подходы к учету интересов граждан.

Было выдвинуто предложение общего характера о необходимости более детального регулирования вопросов, касающихся прямого маркетинга, основанного на взвешивании интересов всех заинтересованных сторон.

### **Профайлинг**

Создание на основании персональных данных личных профилей для оценки политических или экономических интересов и предпочтений граждан признается сейчас одним из главных вызовов, с точки зрения защиты персональных данных. Развитие цифровых и информационных технологий, в том числе в сфере обработки персональных данных, влекут за собой увеличение возможностей по сбору, анализу и оценке огромного количества данных из различных источников информации. Наряду с активным развитием технологий из сферы так называемого



искусственного интеллекта, создание личных профилей может приводить к предсказыванию поведения и управлению поведением человека. Помимо декларируемой пользы, как для самих граждан, так и для субъектов сбора и обработки данных, в том числе государства и его органов, острейшим образом встает вопрос наличия адекватного и эффективного правового регулирования, обеспечивающего защиту персональных данных и баланс интересов субъектов данных, с одной стороны, и субъектов обработки данных, с другой стороны. В отчете конференции немецких надзорных органов отмечается, что в данном важнейшем направлении GDPR находится на уровне 1995 года. При разработке Правил не удалось выработать детальных и эффективных положений. В настоящее время в Правилах содержится немного норм, посвященных профайлингу. Так, в ст. 4 дается определение понятия профайлинг. По сути, единственным регулирующим правилом, касающимся профайлинга, являются нормы ст. 22, где закрепляется запрет на принятие решения, основанного исключительно на автоматизированной обработке персональных данных, включая профайлинг, если только субъект данных прямо не выразил свое согласие на это. В отсутствие специального, более глубокого регулирования профайлинга применяются общие подходы и нормы Правил, если он строго не подпадает по категорию автоматизированных решений. Наиболее важным общим следствием такого положения дел является отсутствие общего запрета на профайлинг. По мнению немецких надзорных органов, здесь имеется необходимость совершенствования регулирования, заключающегося в принятии более строгих норм. Суть новых правил должна состоять в большей прозрачности обработки персональных данных, в большем контроле субъектами за судьбой своих данных. Отправной точкой правового подхода предлагается установление общего запрета на профайлинг, если только не имеется согласия субъекта данных, либо профайлинг осуществляется на основании договора с субъектом данных. Тем самым будет достигаться цель, что каждый гражданин осознает, для чего и каким образом обрабатываются его данные, и явным образом выражает свою волю на это.

## **Защита персональных данных посредством применения соответствующих и необходимых технических решений и организационных мер (data protection by design).**

Особое значение, как представляется, имеют выводы немецких надзорных органов применительно ст. 25 Правил в отношении так называемого data protection by design. Напомним, согласно ст. 25 Правил ответственное лицо обязано использовать и применять в своей деятельности такие технические средства и решения, которые позволяют достигать целей защиты персональных данных, например, через псевдомизацию данных и др. На практике проблема возникает в связи с тем, что субъекты обработки персональных данных, как правило, сами не являются разработчиками и изготовителями программного обеспечения и технического оборудования. В их распоряжении находится лишь то, что имеется на рынке. А это зачастую продукция, которая производится де-факто монопольно одним или несколькими производителями и представляют собой лишь стандартные системы. По факту защита персональных данных посредством применения соответствующих и необходимых технических решений непосредственно касается именно производителей технического оборудования и программного обеспечения, но сами их производители не являются адресатами нормативных правил GDPR. Обязанности возлагаются на субъектов обработки данных, которые в реальности могут выбирать лишь то, что имеется на рынке. Если подходящих продуктов на рынке нет, то закупить и применить их невозможно. Тем самым отсутствие подходящего технического решения непосредственно влияет на достижение цели защиты персональных данных.

Для иллюстрации приводятся два примера:

1. Операционные системы. Лица, ответственные за обработку персональных данных, которые используют серверы, компьютеры, ноутбуки, планшеты, смартфоны или иные аппараты, работающие на тех немногих операционных системах, которые имеются на рынке и зачастую уже предустановлены на соответствующих аппаратах. Исходя из актуальных правовых норм, ответственные лица обязаны самостоятельно найти в таких операционных

системах слабые, с точки зрения защиты персональных данных, места, неверные конфигурации, лишние функции и своими силами все это отключить или исправить. При этом сами производители не несут обязанности производить свои продукты, чтобы они соответствовали требованиям защиты персональных данных.

2. «Умные» дверные замки. Есть дверные системы, которые позволяют открывать замок не посредством привычного физического ключа, а, например, путем идентификации управомоченного лица через приложение на его смартфоне. 1) Если такая система устанавливается в организации, то эта организация несет ответственность за ее технические параметры и риски, например, утечки персональных данных. Но при этом сама организация технически имеет весьма отдаленное представление о такого рода замочных системах. А их производитель положениями GDPR не охвачен. 2) Если умный замок ставится в квартире или частном доме, то формально в этом случае GDPR вообще не применяется, так как обработка персональных данных происходит в рамках частного использования. В данном случае вообще не имеется лица, которое бы было обязано обеспечивать технически релевантные решения и нести какую-либо ответственность. Персональные данные едва ли здесь имеют вообще какую-то защиту.

В Пояснении №78 говорится о пожелании производителям оборудования и программного обеспечения учитывать при изготовлении их продукции необходимость обеспечения защиты персональных данных. Однако нормативно более строгих предписаний в отношении производителей не установлено. Такое положение приводит также к тому, что на лиц, ответственных за обработку персональных данных, ложится существенное бремя, в том числе финансовое, по обнаружению и исправлению потенциально опасных для защиты персональных данных технических изъянов. Особенно страдают от этого малые и средние предприятия.

В качестве обоснования возможного решения приводится аналогия с ответственностью за продукцию согласно директиве ЕЭС, когда за вред,

причиненный продукцией, отвечают ее производители, а вместе с ними также импортеры, поставщики и т.п.

На основании изложенного, по мнению немецких надзорных органов, в сфере защиты персональных данных соответствующие обязанности должны возлагаться также и на производителей.

В этой связи были сформулированы предложения по внесению изменений в GDPR:

*«Статья 4. Определения понятий*

*27. Под «Производителем» понимается производитель в смысле ст. 3 Директивы 85/374/EWG от 25.07.1985 о гармонизации правовых и административных предписаний государств-членов об ответственности за некачественную продукцию. №16 а) применяется соответственно. Если производитель также принимает решение о целях и средствах обработки персональных данных, то он одновременно является и ответственным лицом (контролером) по смыслу пункта №7.*

*Глава IV – Ответственное лицо и обработчик, производитель.*

*Часть 1 – общие обязанности.*

*Статья 24. Ответственность за обработку персональных данных ответственного лица и производителя.*

*(4) Производитель проектирует и разрабатывает свои продукты, услуги и приложения с учетом необходимости защиты персональных данных и современного уровня техники таким образом, чтобы гарантировать, что ответственные лица и обработчики могли выполнять свои обязательства по защите данных без необходимости необоснованного изменения этих продуктов. Он оказывает им содействие при составлении ведомости обработки персональных данных (ст. 30), в случаях необходимости сообщения о нарушении защиты личных данных (ст. 33) и при уведомлении субъектов персональных*

данных (ст. 34). Такое содействие состоит в предоставлении всей необходимой информации.

*Статья 79. Право на эффективные средства судебной защиты против ответственных лиц, обработчиков или производителей*

*(1) Без ущерба для любого доступного административного или внесудебного средства правовой защиты, включая право подать жалобу в надзорный орган в соответствии со статьей 77, каждый субъект данных имеет право на эффективное судебное средство правовой защиты, если он считает, что его права были нарушены при обработке его персональных данных, при которой были нарушены требования настоящих Правил.*

*(2) Иски против ответственного лица, обработчика или производителя подлежат рассмотрению в суде того государства-участника, в котором производитель, ответственное лицо или обработчик имеют свое представительство. По выбору субъекта данный иск может быть подан в суд того государства, в котором такое лицо имеет свое обычное место жительства, если только при этом ответственное лицо, обработчик или производитель не являются государственным органом, осуществлявшим свои полномочия.*

*Статья 82. Ответственность и право на возмещение убытков.*

*(7) Если ущерб вызван полностью или частично действиями или бездействиями изготовителя, то он, помимо ответственного лица и обработчика, также несет ответственность перед субъектом данных. Он также несет ответственность перед ответственным лицом и обработчиком.»*

**Выводы.**

То, что Общие европейские правила о защите персональных данных не являются совершенным нормативно-правовым актом, было понятно при его принятии и затем в момент вступления его в силу. Однако, именно практическое применение наиболее четко показывает те или иные проблемные места.

Из изложенного можно сделать несколько общих выводов.

1. Правила нуждаются в совершенствовании в части снятия чрезмерной и не всегда обоснованной нагрузки на лиц, осуществляющих сбор и обработку персональных данных. В статье 1 Правил провозглашаются две основные цели нормативно-правового регулирования. Во-первых, это защита прав и свобод граждан в части их права на информационное самоопределение, во-вторых, это обеспечение свободного оборота персональных данных. Однако, совершенствование Правил и облегчение нагрузки на ответственных лиц не должно сказываться на должной защите прав граждан. Поэтому необходимо находить гибкие правовые механизмы, позволяющие достигать обе данных цели.
2. Прямой маркетинг и профайлинг приобретают в настоящее время глобальное значение как для торгового оборота, так и для многих иных сфер общественной жизни, в том числе для государственного управления. В связи с растущими масштабами прямого маркетинга и профайлинга необходимо и своевременное адекватное и эффективное правовое регулирование вопросов защиты персональных данных. Как показано выше, Правила пока далеко не в полной мере готовы отвечать данным задачам.
3. Вопрос защиты персональных данных выходит за рамки привычных для юристов правоотношений, основанных лишь на правах и обязанностях лиц, непосредственно вовлеченных в процесс сбора и обработки персональных данных. Во многом реальная защита персональных данных возможна только в силу применения определенных технических решений. И здесь встает непростой вопрос не только правового, но и политико-правового характера о необходимости введения публично-правового регулирования, налагающего определенные обязанности на производителей технической продукции и технологий и тем самым вовлечения их в определенной степени во взаимоотношения по регулированию защиты персональных данных.

***Информация об авторе:***



Кирилл Нам, кандидат юридических наук, LL.M (Гейдельберг).

Кирилл Нам имеет большой опыт научной и практической работы, является автором около 50 публикаций в области российского, немецкого права и сравнительного правоведения. Является лауреатом Германо-Российской юридической премии 2019 за лучшую научную работу на русском языке.

Контакт/Kontakt: 6964889@gmail.com

**Ст. 27 ОБЩЕГО РЕГЛАМЕНТА ПО ЗАЩИТЕ  
ПЕРСОНАЛЬНЫХ ДАННЫХ (GDPR):  
ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОГО СТАТУСА И  
ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ  
ПРЕДСТАВИТЕЛЕЙ В ЕС**

**(DS-GVO: EU-Repräsentant nach Art. 27 DS-GVO –  
Rechtliche Stellung und Aufgabenbereich)**

*Роман Пусен (Roman Pusep)*

**1. Суть и цель ст. 27 GDPR: «Представители контролеров или процессоров, не имеющих организационной единицы в ЕС»**

Согласно ст. 3 п. 21 Общего регламента по защите персональных данных (Datenschutz-Grundverordnung, DS-GVO; далее – «Регламент» или «GDPR», General Data Protection Regulation), европейская защита персональных данных оказывает влияние на обработку этих данных в других странах за пределами Европейского Союза (далее – ЕС). При этом, юрисдикция ЕС, а точнее стран-членов ЕС, применяется только в пределах ЕС. Ст. 27 GDPR предназначена именно для эффективного обеспечения защиты персональных данных в таких ситуациях. Она – гарант того, что контролёра или процессора можно привлечь к

---

<sup>1</sup> Art. 3 (2) GDPR: Регламент применяется к обработке персональных данных субъектов, находящихся на территории ЕС, контролёром или процессором, не имеющими организационной единицы в ЕС, если процессы обработки данных касаются: (а) предложения товаров и услуг этим субъектам, независимо от того, требуется ли от них оплата или нет, либо (b) мониторинга поведения этих субъектов, если такое поведение происходит в ЕС.



ответственности на территории ЕС, как к гражданской, так и к уголовной, как субъектом персональных данных, так и надзорными органами.

## 2. Субъекты и предпосылки для назначения

Представитель в ЕС должен быть назначен контролером и процессором (далее – «обработчиком»), в соответствии с требованиями ст. 27 п. 12 GDPR, которая, в свою очередь, ссылается на ст. 3 п. 2 GDPR.

В соответствии с этим контролер или обработчик должен назначить представителя в ЕС в случаях, если:

- предлагаются товары или услуги субъектам персональных данных в ЕС и поэтому проводится обработка их персональных данных (услуга или товар могут быть при этом как бесплатными, так и платными, и могут быть оплачены субъектом или третьей стороной),
- обработка персональных данных проводится для мониторинга поведения субъектов персональных данных, действия которых отслеживаются в ЕС.

Таким образом, преобладает принцип места торговли или оказания услуг (Marktortprinzip). В европейском праве этот принцип уже основан на ст. 6 п. 1 Регламента ЕС № 864/2007 о праве, применимом к внедоговорным обязательствам («Rom II»). Не имеет значения, где происходит обработка персональных данных, (например, в какой стране размещен веб-сайт), но при этом важно, где это действие имеет свое влияние, (например, что веб-сайт разработан на французском языке и ориентирован на клиентов из Франции).

---

<sup>2</sup> Art. 27 (1) GDPR: В случаях, указанных в ст. 3 п. 2 GDPR, контролёр или процессор должны письменно назначить представителя в ЕС.

### **3. Исключения: В каких случаях не требуется назначение представителя в ЕС?**

Ст. 27 п. 23 GDPR предусматривает три исключения, когда представитель в ЕС не назначается. К ним относится следующее:

- обработка персональных данных происходит время от времени (т.е. обработка персональных данных не постоянна, не имеет важного оперативного значения, а, скорее, имеет редкий и побочный характер), или
- конфиденциальные данные или особые категории персональных данных в соответствии со ст. 9 п. 1 GDPR не обрабатываются широко, и если происходит обработка данных об уголовных приговорах в соответствии со ст. 10 GDPR („широкая“ обработка может касаться как количества таких данных о каждом субъекте, так и количества субъектов, чьи персональные данные обрабатываются), и
- обработка данных, вероятно, не приведет к риску для субъектов данных.

Следует отметить, что очень сложно проверить наличие исключения и утвердительно ответить, нужен ли представитель в ЕС в том или ином случае. Все три условия очень расплывчаты. Во время проверки этих условий необходимо ответить на следующие вопросы:

Что означает периодическая обработка данных? Когда обработка данных является обширной? И когда обработка данных приводит к возникновению риска?

Есть еще одно исключение. Согласно ст. 27 п. 2 лит. b) GDPR, иностранным властям<sup>4</sup> и другим государственным органам не нужен представитель в ЕС.

---

<sup>3</sup> Art. 27 (2) GDPR: Обязательство, изложенное в ст 27 п. 1 GDPR, не распространяется на: (a) обработку персональных данных, (i) которая носит нерегулярный характер, (ii) которая не включает, в большом объеме, обработку особых категорий персональных данных, указанных в ст. 9 п. 1 GDPR, или обработку персональных данных, относящихся к уголовным приговорам и преступлениям, указанным в ст. 10 GDPR, и (iii) которая с мало вероятно может привести к риску для прав и свобод субъектов персональных данных с учетом характера, контекста, объема и целей обработки персональных данных; или (b) государственные органы или учреждения.

<sup>4</sup> Par in Parem non habet imperium – равный над равным не имеет власти!

#### 4. Назначение представителя в ЕС

Порядок назначения представителя не регулируется GDPR, хотя в ст. 4 № 175 GDPR говорится о «назначении». Необходимо соблюдать следующие положения:

1. Должен быть хотя бы один представитель в ЕС. Так как максимальное количество представителей в GDPR не указано, следовательно, возможны одновременно и несколько представителей в ЕС. К примеру, возможно назначать представителя по ст. 27 GDPR для каждой страны-члена ЕС. Назначение представителей в ЕС от каждого региона страны ЕС, скорее всего, будет недопустимым, поскольку такое большое количество представителей может привести к отсутствию прозрачности, что сделает работу органов по защите данных и субъектов данных настолько сложной, что это будет противоречить предполагаемой эффективности законодательства о защите данных.

2. Преамбула 80 пр. 36 GDPR требует не только назначения представителя в ЕС, но и заключения с ним договора. Под последним подразумевается, что договор должен быть заключен между процессором или контролером, с одной стороны, и представителем в ЕС, с другой стороны. Согласно преамбуле 80 пр. 57 GDPR, договор должен содержать поручение, то есть инструкции контролера или обработчика персональных данных о том, как должен вести себя представитель в ЕС. В соответствии со ст. 27 п. 48 GDPR, представитель в ЕС (на основании

---

<sup>5</sup> Art. 4 Nr. 17 GDPR: «Представитель в ЕС» – это физическое или юридическое лицо на территории ЕС, письменно назначенное контролёром или процессором в соответствии со ст. 27 GDPR, представляющее контролёра или процессора касательно их обязательств, вытекающих из Регламента (GDPR).

<sup>6</sup> Recital/ErwG 80 (3) GDPR: Представитель в ЕС должен быть в уполномочен, письменным договором с контролёром или процессором, действовать от его имени в отношении его обязанностей по Регламенту (GDPR).

<sup>7</sup> Recital/ErwG 80 (5) GDPR: Представитель в ЕС должен выполнять свои задачи согласно предписанию контролёра или процессора, в том числе сотрудничать с надзорными органами в отношении любых действий, предпринятых в целях обеспечения соответствия Регламенту. (GDPR)

<sup>8</sup> Art. 27 (4) GDPR: Представитель в ЕС должен быть уполномочен контролёром или процессором действовать как контактное лицо вместо контролёра или процессора по всем вопросам, связанным с обработкой персональных данных в целях обеспечения соблюдения Регламента (GDPR), к которому могут обращаться, в частности, надзорные органы и субъекты персональных данных.

договора) уполномочен действовать в качестве контактного лица вместо контролера или процессора и должен быть доступным для органов по защите персональных данных.

3. Этот договор необходимо оформлять в письменной форме в соответствии с преамбулой 80 пр. 3 GDPR. В ст. 4 № 17 Регламента также упоминается требование о письменной форме. Однако письменная форма не регулируется в GDPR. Согласно немецкому законодательству, требуется документ, подписанный обеими сторонами договора, в соответствии со ст. 126 Гражданского Уложения Германии (далее: ГГУ) или, в случае электронного контракта, файл, который предоставляется с квалифицированной электронной подписью (qualifizierten elektronischen Signatur, qeS), в соответствии со ст. 126a ГГУ.

## **5. Требования к представителю в ЕС**

Согласно ст. 4 № 17 GDPR, представителем в ЕС могут быть как физические, так и юридические лица. Представителями могут быть специализированные IT-компании, эксперты по защите персональных данных или другие поставщики услуг, а также юристы или группы компаний контролера или обработчика данных.

GDPR не содержит требований к профессиональной квалификации представителя в ЕС. Здесь могло бы требоваться наличие определенной квалификации, по аналогии с назначением уполномоченного лица по защите данных, в соответствии со ст. 37 п. 59 GDPR. Это вызывает сомнение, потому что представитель в ЕС является представителем обработчика, которому также не нужно обладать какой-либо специальной квалификацией.

Как и в случае с сотрудником по защите данных, у представителя в ЕС не должно быть никаких конфликтов интересов. Это необходимо учитывать, если

---

<sup>9</sup> Art. 37 (5) GDPR: Уполномоченное лицо по защите персональных данных должно назначаться на основе профессиональных качеств и, в частности, на основе экспертного знания законодательства и практики в сфере защиты персональных данных, а также способности выполнять задачи, указанные в ст. 39 GDPR.

представитель в ЕС одновременно представляет интересы нескольких контролеров или процессоров.

Согласно ст. 27 п. 310 GDPR, офис представителя в ЕС должен находиться в одной из стран-членов ЕС, где находятся субъекты персональных данных или чье поведение наблюдается.

## **6. Правовой статус представителя ЕС**

Относительно правового статуса представителя в ЕС, следует отметить, что необходимо соблюдать следующее:

В соответствии со ст. 27 п. 4 и ст. 4 № 17 GDPR, представитель в ЕС является партнером по коммуникациям и представителем в органах защиты данных контролера или процессора. Представитель в ЕС должен сотрудничать с властями, в соответствии со статьей 31 Регламента.

Согласно ст. 44 (3) Федерального закона о защите персональных данных (BDSG), представитель в ЕС уполномочен получать уведомления по гражданским искам субъектов персональных данных против контролера или обработчика данных.

Представитель контролера в ЕС должен вести свой собственный каталог обработки персональных данных, в соответствии со ст. 30 п. 1 (1), а представитель процессора в ЕС, в соответствии со ст. 30 п. 2 GDPR.

## **7. Ответственность представителя в ЕС**

Личная ответственность представителя в ЕС до сих пор юридически не разъяснена. Существуют два различных нарушения, за которые контролер или обработчик, с одной стороны, или представитель в ЕС, с другой стороны, могут в равной степени нести ответственность перед органом по защите данных, что в

---

<sup>10</sup> Art. 27 (3) GDPR: Представитель должен иметь локализацию в одном из государств-членов ЕС, где находятся субъекты персональных данных, чьи данные обрабатываются в связи с предложением товаров или услуг, или чье поведение наблюдается.

итоге, например, может привести к наложению штрафа органом по защите данных.

- С одной стороны, нарушение собственных обязательств представителя в ЕС, например, отсутствие реестра обработки персональных данных или отказ участия в гражданском судопроизводстве.
- С другой стороны, недопустимая обработка персональных данных контролером или процессором.

Тот факт, что эти двое в конечном итоге являются клиентами и лицами, уполномоченными давать инструкции представителю в ЕС, говорит об ответственности контролера и процессора. Эту ответственность прямо подтверждает ст. 27 п. 511 GDPR.

Эффективность закона о защите данных говорит о (дополнительной) личной ответственности представителя в ЕС. Поэтому для представителей в ЕС существует значительный риск того, что они будут нести прямую ответственность за нарушения защиты данных со стороны контролеров и обработчиков, по крайней мере, перед органами по защите данных.

---

<sup>11</sup> Art. 27 (5) GDPR: Назначение представителя контролёром или процессором не исключает юридических действий, которые могут быть инициированы против контролёра или процессора.

***Информация об авторе:***



Автор очерка является адвокатом юридической компании WERNER в городе Кёльне, где он консультирует по вопросам права информационных технологий (ИТ). В этой юридической отрасли Роман Пусеп занимается в основном сопровождением ИТ-проектов, включая внедрение ERP- или CRM-систем, ИТ-аутсорсинг, облачные проекты, а также отдельные договоры по созданию или модификации системного или программного обеспечения. Правом по защите личных данных (например по GDPR) Роман Пусеп также интенсивно занимается – или в рамках глобального ИТ-проекта или в рамках отдельного поручения клиента.

roman.pusep@werner-ri.de

<https://www.werner-ri.de/team/partner/roman-pusep-ru>

## АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРОИЗВОДСТВО В ГЕРМАНИИ: ОБЩИЙ ОБЗОР

(*Verwaltungsverfahren in Deutschland: Ein Überblick*)

*Д-р Павел Усватов (Dr. Pavel Usvatov)*

Публичная администрация и, соответственно, публичное административное право — понятия многоликие, до сих пор не получившие общепринятого определения в юридической литературе Германии. Каждый автор даёт им свою характеристику.<sup>1</sup> Администрацию можно описать, но ей невозможно дать конкретное положительное определение.<sup>2</sup> Классическая дефиниция заключается в отграничении администрации от других сфер государственной деятельности: администрация — это всё то, что не является законодательством, правосудием или правительством («губернатива», т. е. управление государством как целым)<sup>3</sup>. Несмотря на его очевидные недостатки, данное отрицательное определение представляется достаточным в рамках этой статьи и обретёт более конкретные контуры при дальнейшем рассмотрении действий *административных органов государственного управления* (далее: АОГУ, *Verwaltungsbehörde*).

### **I. Административное и управленческое право**

*Административное право* можно абстрактно описать как право, регулирующее устройство государственных органов, их отношения между собой, а также

---

<sup>1</sup> Как признаки администрации авторы называют, например, «осуществление целей государства в конкретном случае» (*Peters*), «социальную организацию в рамках законов на основе права» (*Forsthoff*), «обязанность выполнять распоряжения» (*Merkel*), «спланированное целевое исполнение заранее принятых политических решений» (*Thieme*) и т. д., цит. по: *Maurer/Waldhoff*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 19 вып. 2017, § 1 циф. 7.

<sup>2</sup> *Bull/Mehde*, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsrechtslehre*, 9 вып. 2015, с. 1.

<sup>3</sup> Например, *Otto Mayer*, *Deutsches Verwaltungsrecht I*, 1924, с. 7; *Jellinek*, *Verwaltungsrecht*, 1966 (1950), с. 6.



отношения между государством и его учреждениями и гражданином.<sup>4</sup> Данная статья посвящена именно отношениям с гражданином, обычно выражающимся в действиях АОГУ по отношению к нему; из этого следует и более конкретное определение предмета.

## 1. Определение предмета

Трактовка понятия «административное право» (*Verwaltungsrecht*, также: управленческое право, *verwalten*, гл.: управлять, заведовать, распоряжаться) германскими юристами принципиально отличается от традиционного подхода многих российских коллег. Несмотря на то, что в последние годы наука публичного административного права в России развивается и в правовой теории можно наблюдать определённое сближение,<sup>5</sup> продолжают присутствовать доктринальные отличия. Особенно юристы, получившие образование в первые постсоветские годы, склонны к восприятию этой отрасли права как права сугубо организационного режима в смысле государственного устройства и, конечно, административных правонарушений. Это понимание до сих пор отражается и в большинстве современных учебных пособий российских ВУЗов и программ: их центральными темами являются госустройство, госслужба и правонарушения, которые детально и досконально изучаются, тогда как видам, процедурам и особенно *правомерности действий государственных органов* и защите прав граждан в большинстве случаев уделяется лишь немного внимания.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Здесь и далее использованное понятие «гражданин» подразумевает не только физические лица, имеющие гражданство Германии, но и иные лица (лица без гражданства, юридические лица и т.д.), на которые распространяется действие законодательства Германии.

<sup>5</sup> Например, в связи с принятием КАС РФ в 2015 г. См. также *Галлиган/Полянский/Старилов*, Административное право: История развития и основные современные концепции, М: Юристъ 2002, с. 251 и след.

<sup>6</sup> Типичным примером может служить авторитетное учебное пособие *Россинского и Старилова*, в котором авторы посвятили 33 из 918 страниц теме «Обеспечение режима законности в государственном управлении», из них 15 страниц судебному контролю, Административное право, Норма М. 2019, с. 851 и след., 869 — 884; главы об административной ответственности граждан и административных правонарушениях, например, занимают почти одну треть пособия (с. 586 — 850). Одной из причин можно считать то, что российский правопорядок до сих пор не знает общего закона, посвященного процедурам разработки, принятия и исполнения «административных актов» (об этом понятии см. ниже), см. *Давыдов*, Законодательство об

Основная отличительная черта германского административного права заключается в том, что оно несёт в себе не системоцентристскую, а человекоцентристскую парадигму понимания и применения права, центральным пунктом которого является обеспечение правомерной и законной деятельности администрации в интересах заинтересованных лиц (граждан) и их правовой защиты, а также предотвращение самоуправства со стороны административных органов.<sup>7</sup> Соответствующее законодательство нормирует не только права государственных органов и обязанности гражданина, но и наоборот - обязанности государственных органов и *права гражданина*, конкретизируя тем самым общие положения Конституции о правах гражданина.<sup>8</sup> Хотя и в Германии на практике организационная сторона административного права имеет определённое значение, в силу догматики административного права (разделение на общую и особенную части) и специфики системы юридического образования, направленного, в первую очередь, на подготовку судей и адвокатов, внутреннее устройство органов исполнительной власти (например, полиции, налоговой службы и т. п.) и прохождение государственной службы в них отходят на второй план. Право госслужбы, как и административные правонарушения, изучаются факультативно и лишь в рамках соответствующих специализаций как самостоятельные предметы; административные правонарушения (*Ordnungswidrigkeiten*) преподаются при этом в связи с уголовным, а не с административным правом. Таким образом юристы, работающие вне сферы госслужбы, обычно даже не имеют особых знаний о внутреннем устройстве и

---

административных процедурах и административное судопроизводство в России: некоторые проблемы теории и практики // Административное право и процесс 2018 № 3, с. 62-72 (эл. ресурс, <https://wiselawyer.ru/poleznoe/98826-zakonodatelstvo-administrativnykh-procedurakh-administrativnoe-sudoproizvodstvo-rossii-nekotorye>).

<sup>7</sup> «Он [гражданин] стремится защититься от вмешательства государственных органов в свою правовую сферу при помощи административного права, базирующегося на принципах правового государства, [...] или свести такое вмешательство до абсолютно необходимого. То, что административное право должно быть в этом контексте сфокусировано на правовой защите является очевидным.», *Богданди, фон/Хубер*, Государство, государственное управление и административное право в Германии // Дайджест публичного права 2014 N 1(3), с. 61.

<sup>8</sup> «Административное право с точки зрения позитивного права не мыслится более без его конституционного фундамента, ориентации и взаимосвязи», *Богданди/Хубер*, с. 66.

работе госорганов и праве госслужбы; единственное, что имеет значение, это правомерность действий АОГУ.

Предметом данной статьи является именно та сторона административного права, которая касается действий государственных органов, а не их устройства, госслужбы или правонарушений гражданами. С этой точки зрения термин «управленческое право» подходит лучше, чем более широкое понятие «административное право».

## **2. Общая и особая части административного права**

Административное право Германии подразделяется на *общее* и *особое административное право*. Административно-процессуальное право, регулирующее на основе Положения об административных судах (ПАС, *Verwaltungsgerichtsordnung, VwGO*) судопроизводство по делам из сферы административного права, не входит ни в общую, ни в особую часть административного права, а является самостоятельным предметом публичного права, относящимся к *процессуальному* праву.<sup>9</sup>

### **а) Общая часть административного права**

Как следует из названия *общее*, эта часть административного права содержит нормативные акты, принципы и понятия, обязательные для всех сфер администрации и их составляющих частей, то есть для всей отрасли «административное право» в целом.<sup>10</sup> Основополагающим правовым актом и системообразующим центром законодательства об административных процедурах является «Закон об административном производстве» от 25 мая 1976 (далее: ЗАП, *Verwaltungsverfahrensgesetz — VwVfG*)<sup>11</sup>. Его *общая* природа означает,

---

<sup>9</sup> О судебной защите см. *Бергер/Веи*, Сборник статей о праве Германии, DRJV e.V., Nr. 1/2015, с. 32 - 47.

<sup>10</sup> *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18 вып. 2020, с. 7 абз. 12.

<sup>11</sup> В силу федерального (вертикального) разделения властей ФРГ и её 16 Земель имеют собственные самостоятельные ЗАП, принятые на основе федерального ЗАП, но лишь

что несмотря на совершенно разные материально-правовые требования к действиям в специализированных сферах администрации, для всех отраслей действуют общие правила производства и идентичные процедуры и принципы. К ним относятся, например, основы устройства и организации администрации, виды действий, ход административного производства и исполнения, процедуры обжалования и ответственность административных структур и их сотрудников. Согласно п. 1 ст. 1 ЗАП этот закон применяется к любой публично-правовой управленческой деятельности АОГУ, если законом не установлено иное. Исключения урегулированы в ст. 2 ЗАП; к ним относятся, например, уголовно-процессуальная деятельность по уголовному преследованию и деятельность по делам об административных проступках, к которым нормы общего административного права ЗАП не применяются.

#### **б) Особая часть административного права**

*Особая часть* административного права регулирует, соответственно, организацию, обязанности и права отдельных, специализированных отраслей администрации, и содержит в основном нормы *материального* права. К ним относятся, например, полицейское право, промышленное право, строительное право, экологическое право, налоговое право и прочие нормативные правовые акты, регулирующие деятельность публичной администрации в определённых сферах.

### **II. Понятие «административный орган государственного управления»**

Пункт 4 статьи 1 ЗАП даёт определение понятия АОГУ (*Verwaltungsbehörde*) в смысле закона: это каждое учреждение, выполняющее задачи публичной администрации (управления, см. выше). Значит, АОГУ в Германии являются органами исполнения законов и предписаний и их воплощения в жизнь путем определённых действий, особенно тех, которые затрагивают права граждан. Но

---

незначительно отличающиеся от него. Для упрощения здесь указываются статьи федерального закона.

этим их функции не ограничиваются: суть их деятельности также заключается и в том, что они *служат* обществу<sup>12</sup> и благу граждан, т. к. современное понятие государственного управления включает в себя службу обществу и каждому индивидууму.<sup>13</sup> Во всех случаях в центре внимания каждого германского адвоката или судьи, и теоретически<sup>14</sup> также чиновника и госслужащего, находятся права гражданина, на которые действуют принятые ими меры. В первую очередь сами АОГУ обязаны проверять соответствие своих действий и их последствий принципам законности и правомерности, прежде чем их производить. Они не только обязаны не принимать неправомерные меры, но также, в принципе, отменять уже принятые меры и восстанавливать *status quo ante* в случае, если они узнают о неправомерности произведённых действий позже, не дожидаясь их обжалования адресатом. Соответственно, центральной материей управленческого права как дисциплины являются законность, правомерность и правовая защита граждан-адресатов мер АОГУ.<sup>15</sup> Во всех действиях любого АОГУ правомерность является исходным и одновременно целевым пунктом.

---

<sup>12</sup> В английском языке издавна употребляется термин "public" или "civil servant" (*общественный* или *гражданский слуга/служащий*), во французском «fonctionnaire public» и в испанском "empleado público" (*общественный служащий*), в немецком — „öffentlicher Dienst“ (общественная служба).

<sup>13</sup> Понятие управления как «вмешательства» (*Eingriffsverwaltung*), обычно связанного с ограничением прав адресатов, и как «служения» (*Leistungsverwaltung*), направленного на достижение общего благосостояния (*Daseinsvorsorge/Daseinsfürsorge*, забота о бытии/существовании), направленного на предоставление, соблюдение и выполнение прав и законных требований граждан. Это выражается, например, в названиях и самоописании отделов администраций как «сервис для граждан» (*Bürgerservice*), «сервисный центр» (*Service-Zentrum*) или «центр обслуживания клиентов» (*Kundenzentrum*, напр. в г. Гамбург), которые призваны воспринимать граждан не как подданных или просителей, но как равноправных клиентов и заказчиков, и не «управлять» ими, а предлагать им «сервис» и «обслуживание».

<sup>14</sup> На практике госслужащие должны выполнить две не так легко совместимые обязанности: обслужить клиента и предоставить ему предусмотренные законом услуги, принимая во внимание его права, и эффективно выполнить надлежащие административные функции и обязанности с учётом прав третьих лиц и общественности. Нередко возникает определённый конфликт между обязанностями госслужащего по отношению к работодателю (государству) и к гражданину, который он должен правомерно решить.

<sup>15</sup> В данной статье рассматривается административное производство в АОГУ. О судебной защите см. *Бергер/Веш*, Сборник статей о праве Германии, DRJV e.V., Nr. 1/2015, с. 32 — 47.

### III. Принципы деятельности АОГУ

В Германии, как правовом государстве, АОГУ обязаны соблюдать правовые и конституционные принципы. Основным и непосредственно в п. 3 ст. 20 ОЗ прописанным принципом деятельности любого органа государственной власти является *принцип законности*. Он включает в себя принцип *приоритета закона* (*Vorrang des Gesetzes*) и принцип *обусловленности в законе* (*Vorbehalt des Gesetzes*). Так как Конституция (Основной Закон, ОЗ) прямо обязывает все государственные органы, ЗАП не содержит повторений этих принципов.

Далее судебная практика и наука разработали дополнительные, не содержащиеся в ОЗ и ЗАП принципы деятельности АОГУ. Основой этих принципов являются основные права гражданина (первые 19 статей ОЗ) и *принцип правового государства* (*Rechtsstaatsprinzip*, или «господства права», англ. *rule of law*), п. 3 ст. 20 ОЗ. К этим принципам относится, в первую очередь, принцип *соразмерности* (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, см. ниже), дополняющий и усиливающий принцип законности. Далее АОГУ должны соблюдать принцип равенства и запрет на дискриминацию (ст. 3 ОЗ), принцип охраны права на доверие, принцип существующей административной практики, запрет злоупотребления формальными требованиями, запрет отказа в применении права, принципиальную свободу действий граждан (п. 1 ст. 2 ОЗ), принцип охвата большим меньшего, принцип надёжности, право на обращение и участие в производстве, беспристрастность в рассмотрении дела, объективное исследование обстоятельств дела или право гражданина на ознакомление с материалами производства (особенно актуально на фоне законодательства о защите персональных данных).

#### 1. Приоритет закона

Закон — это выражение воли государства, стоящее над всеми остальными государственными волеизъявлениями.<sup>16</sup> Высшим законом является Конституция.

---

<sup>16</sup> Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, том 1, с. 68.

Прочие нормативные акты, а также любые действия государственных органов, должны соответствовать Конституции и законам, чем и объясняется понятие *приоритет закона*. Основной Закон ФРГ формулирует этот принцип в п. 3 ст. 20: «Законодательство связано конституционным строем, исполнительная власть и правосудие — законом и правом».<sup>17</sup> Из этого следует, что административные органы обязаны соблюдать требования закона и действовать так, как предписано законом («обязанность действовать»,<sup>18</sup> позитивное определение). В то же время административным органам запрещено совершать какие-либо действия, не соответствующие требованиям закона или нарушающие их («запрет действовать»,<sup>19</sup> определение от противного). Этот принцип можно описать следующим образом: административному органу разрешено всё, что не запрещено законом.<sup>20</sup>

Следует указать на то, что помимо *закона* названная статья также упоминает *право*. Основной Закон не даёт определения понятию *право*. Из его систематики и истории можно заключить, что источником права являются сама Конституция и законы *в формальном смысле*; понятие *право* имеет, скорее, риторический характер, и не означает подчинение исполнительной власти таким формам права как, например, обычное право.<sup>21</sup> Спорным является вопрос о том, являются ли «правом», помимо законов в формальном смысле (принятых парламентом), также и законы в материальном смысле (указы, распоряжения или иные нормативные

---

<sup>17</sup> Перевод: Основной закон Федеративной Республики Германии // Федеративная Республика Германия. Конституция и законодательные акты. Пер. с нем. / Под ред. Ю.П. Урьяса. — М.: Прогресс, 1991.

<sup>18</sup> Так эту составляющую описывает *Detterbeck*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, с. 76 абз. 257.

<sup>19</sup> *Detterbeck*, там же.

<sup>20</sup> Также в литературе этот тип правового регулирования называют «общедозволительным», *Скакун О.Ф.*, Теория государства и права: Учебник, Харьков: Консум; Ун-т внутр. дел, 2000, с. 487.

<sup>21</sup> Совершенно господствующее мнение, см., например, *Maunz/Dürig/Grzeszick*, 90. EL Februar 2020, GG Art. 20 VI. циф. 63-70, циф. 64 f. *Шнапп* называет упоминание «права» наряду с законом тавтологией, v. *Münch/Kunig/Schnapp*, GG 2012, Art. 20 циф. 61.

правовые акты центральных органов исполнительной власти<sup>22</sup>).<sup>23</sup> Этот вопрос не представляется решающим, так как все нормативные правовые акты обязательно должны соответствовать законам в формальном смысле и ОЗ и основываться на них.<sup>24</sup>

Данный *общедозволительный* принцип, вероятно, знаком читателю из частного и уголовного права, а также из общей теории и философии права.<sup>25</sup> Слабость этого принципа очевидна: если запрещающего закона нет, то административному органу будет дозволено всё, и это означает произвол. Поэтому на основании толкования норм Основного Закона, гарантирующего гражданские права и свободы и тем самым ограничивающего дискрецию государства и его органов, а также на основе «принципа демократии» и «правового государства» (п. 1 и 3 ст. 20 ОЗ) был разработан второй принцип: принцип *обусловленности в законе*.

## 2. Обусловленность в законе

Суть принципа *обусловленности в законе* заключается в том, что АОГУ имеют право вмешиваться в права и свободы лиц исключительно в порядке и в случаях, предусмотренных законом. Иными словами, АОГУ не имеет права вмешиваться в права и свободы лиц, т. е. предпринимать какие-либо действия в отношении них, если у него для этого нет правовой основы в виде закона, однозначно и несомненно дающего ему это право (определение от противного). Коротко описать этот принцип можно следующим выражением: Административному органу

---

<sup>22</sup> Т. н. «телеологически расширяющее» толкование понятия «закон». Толкование всегда должно происходить в соответствии с Конституцией; о современных методах толкования закона в Германии см. *Шмагин*, Основы немецкой методики толкования права // Вестник гражданского права 4/2012, с. 262 и след., с. 271.

<sup>23</sup> Так, например, *Roellecke*, VVDStRL 34 (1976), 7, 9 f., 29 ff.; *Starck*, VVDStRL 34 (1976), 43, 48 f.; он же v. *Mangoldt/Klein/Starck*, GG, 7 вып. 2018, Art. 20 циф. 265.

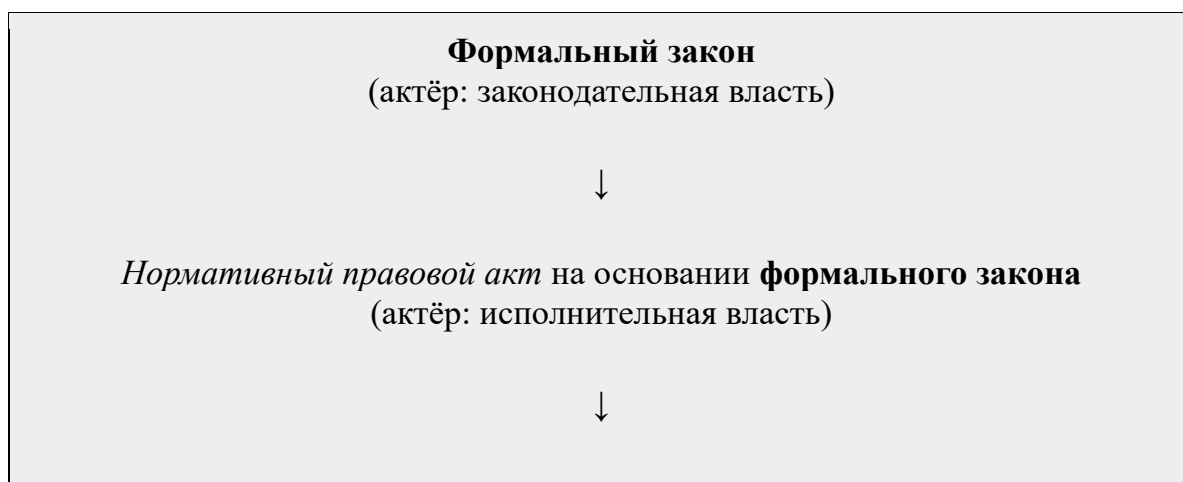
<sup>24</sup> Также BeckOK GG/*Huster/Rux*, 43 вып. 15.05.2020, Art. 20 циф. 169.1.

<sup>25</sup> Ср.: «Все, что не запрещено законом, не может быть предотвращено, ... », ст. 5 Французской Декларации прав человека и гражданина от 26 августа 1789 года (вошло в состав французской Конституции от 3 сентября 1791 года); «для граждан право является разрешением делать все, что не запрещено», *Л. Толстой*, цит. по *Малько/Матузов*, Теория государства и права, М: Дело 2020, с. 120.



*дозволено только то, что прямо предусмотрено законом, т. е. запрещено всё, что прямо не предписано законом, не обусловлено в законе.*<sup>26</sup>

Любые действия административных органов, являющиеся вмешательством в права и свободы граждан, практически всегда ущемляют конституционные права последних. Ущемление конституционных прав не запрещено *per se*, так как запрет не безусловен, но согласно данному принципу для любого ущемления конституционных прав необходима правовая основа, которой обязательно должен быть закон или сама Конституция. Здесь также возникает вопрос о том, что именно подразумевает понятие «закон»: закон в формальном смысле или любой подзаконный нормативный правовой акт (нормативно-правовое предписание)? Однозначного ответа на этот вопрос тоже нет. Некоторые авторы предлагают признать, что любые подзаконные нормативные правовые акты могут быть достаточной правовой базой для вмешательства в права и свободы лиц;<sup>27</sup> подавляющее большинство юристов считает в этом случае необходимым, как минимум, первоначальное наличие формального закона как правовой основы для подзаконного нормативного правового акта.<sup>28</sup>



<sup>26</sup> Также в русскоязычной литературе встречается название этого типа правового регулирования как «разрешительное» или «специально-разрешительное», Скакун О.Ф., Теория государства и права: Учебник, Харьков: Консум; Ун-т внутр. Дел, 2000, с. 487.

<sup>27</sup> Например, v. Münch, Staatsrecht, том 1, 6 вып. 2000, стр. 352; Bull/Mehde, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsrechtslehre, 9 вып. 2015, с. 86 абз. 179.

<sup>28</sup> Degenhart, Staatsrecht I, 28 вып. 2012, стр. 300 и след.; Deterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, с. 77 абз. 260; Sachs/Sachs, ст. 20 стр. 118.

Действие государственного органа на основании  
**формального закона** или *нормативного правового акта*  
(актёр: административный или иной орган исполнительной власти)

Если парламент не в состоянии урегулировать все нюансы общественной жизни, то он, по крайней мере, должен контролировать деятельность государственных органов в сфере создания нормативных правовых актов посредством формального закона. Это значит, что для принятия нормативных правовых актов, выступающих в роли правовой основы для действия АОГУ иными государственными органами исполнительной власти, последним необходима правовая основа в виде формального закона.<sup>29</sup> Они могут создавать правовую основу для действий административных органов только в случаях, предусмотренных законодательной властью в формальном законе. При этом правовая основа должна являться законом в материальном смысле (быть опубликована, иметь *общее* действие) и соответствовать всем требованиям, предъявляемым к закону в формальном смысле (за исключением, конечно, требований, которые может выполнить только парламент).

Разумеется, государственные (особенно административные) органы не могут создавать правовую основу для собственных действий. Также АОГУ не могут ссылаться на внутриведомственные распоряжения, т. к. они не представляют собой законы в материальном смысле и *per se* не имеют юридической силы в отношении граждан, обычно даже не знающих об их существовании.

### 3. Принцип соразмерности

*Любые* меры, принятые АОГУ, должны соответствовать принципу законности. В том случае, если эти меры предусматривают какое-либо вмешательство в

---

<sup>29</sup> *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19 вып. 2017, § 6 абз. 9.

правовой статус граждан, т. е. каким-либо образом воздействуют на их права и свободы, этого недостаточно. В этом случае они должны дополнительно соблюдать *принцип соразмерности*.<sup>30</sup> Вмешательство в правовой статус граждан начинается уже с воздействия административных органов на принципиальную свободу действий.

В ЗАП определение этого принципа отсутствует, но оно известно как фундаментальный принцип публичного права каждому юристу. Более современные законы особой части административного права часто содержат определение соразмерности, например ст. 4 «Закона об охране общественной безопасности и порядка» г. Гамбург. Он имеет следующее содержание:

#### Ст. 4<sup>31</sup>

##### Соразмерность

(1) <sup>1</sup>[Конкретная] мера должна быть пригодной для предотвращения опасности. <sup>2</sup>Она также пригодна, если она эту опасность уменьшает или предотвращает временно. <sup>3</sup>[...].

(2) <sup>1</sup>[Если] в определённом случае несколько мер представляются подходящими для предотвращения опасности, то в соответствии с надлежащим усмотрением [дискрецией] принимается мера, которая обременяет лицо и общественность в наименьшей степени. <sup>2</sup>Если мера остается безуспешной, может быть принята более обременяющая мера в соответствии с пунктами 1 — 3 [этой статьи].

(3) Меры по предотвращению опасности не должны создавать никаких

---

<sup>30</sup> Следовательно, действия АОГУ, направленные исключительно на расширение прав граждан и улучшение их позиции, не обязательно должны быть соразмерны. Но при этом следует учитывать, что если данное улучшение позиции представляется недостаточным, т. е. не полностью удовлетворяет законные требования гражданина (например, выдача субсидии в определённом размере, тогда как по закону возможно было выдать больше), гражданин может обжаловать решение и АОГУ придется рассматривать дело снова с учетом принципа соразмерности. АОГУ обязано соблюдать принцип соразмерности в тех случаях, когда расширение прав гражданина одновременно затрагивает права и интересы третьего лица (например, выдача разрешения на строительство без учёта интересов и прав соседей), и тогда, когда так гласит закон.

<sup>31</sup> Адаптированный перевод автора.

неудобств для отдельных лиц или общественности, которые узнаваемо несоразмерны [непропорциональны] предполагаемому успеху.

(4) <sup>1</sup>Если от кого-то потребовали предотвратить надвигающуюся опасность или устранить нарушение, то по его запросу ему разрешается использовать другое предлагаемое им средство, которым намеченный успех может быть достигнут столь же эффективно и которое не обременяет общественность в большей степени [чем иная мера, в т. ч. мера АОГУ]. <sup>2</sup>[...] .

### а) Принципиальная свобода действий

Под понятием «принципиальная свобода действий» подразумевается право физических и юридических лиц делать всё, что прямо не запрещено законом.<sup>32</sup> При этом сам запрещающий закон также должен считаться с *принципиальной свободой действий*, т. е. соответствовать требованиям Конституции и принципам права. Следовательно, АОГУ обязаны соблюдать принцип соразмерности не только тогда, когда они вмешиваются в права лиц, гарантированные каким-либо конкретным законом, но и в любом другом случае, в котором происходит воздействие на права лица делать всё, что ему прямо не запрещено законом. Таким образом, в судебном порядке происходит двойной контроль мер АОГУ:

- Во-первых, закон, дающий органу право действовать, сам по себе обязательно должен быть соразмерным конституционным правам и свободам лица;<sup>33</sup>
- Во-вторых, действующий государственный орган может принимать только

---

<sup>32</sup> Понятие «принципиальная свобода действий» (нем. *Allgemeine Handlungsfreiheit*, общая свобода действий) было развито на основе п. 1 ст. 2 ОЗ: «Каждый имеет право на развитие своей личности, поскольку оно не нарушает прав других и не посягает на конституционный порядок или нравственный закон». Перевод: Конституции зарубежных государств: Учебное пособие/Сост. проф. В. В. Маклаков. - 4-е изд., перераб. и доп. - М.: Волтерс Клувер, 2003.

<sup>33</sup> Разумеется, АОГУ не рассматривают правомерность и конституционность нормативных актов и законов, это право имеют только (конституционные) суды. Последние обязаны провести двухступенчатую проверку: на соответствие закона (правовой основы) принципам Конституции и соразмерности, а также на соответствие мер органа этому закону и соразмерности мер. Нормативные акты также проверяются на их соответствие формальному (парламентскому) закону.

такие меры на основании этого закона, которые соразмерны конституционным правам и свободам лица.

## **б) Соразмерность как гарант правомерности**

Определение *принципа соразмерности*, данное выше, развивалось на протяжении более чем одного столетия в юриспруденции Германии<sup>34</sup> и является наряду с принципом законности *центральным пунктом* административного права в современном правовом государстве и в праве Европейского Союза.<sup>35</sup>

Применение *принципа соразмерности* требует четырёхуровневого анализа, при этом государственные органы обязаны удовлетворить всем критериям при производстве своих действий. Анализ соразмерности можно сравнить с многослойным фильтром или компьютерной игрой: только пройдя первый уровень, можно приступить к анализу второго и т. д. Если какой-то критерий не удовлетворен, то принятые меры не могут быть соразмерными — уровень не пройден. Всего закон называет три критерия (или уровня), четвёртый, но логически первый, уровень не указан в приведённой статье: законная цель, преследуемая АОГУ (принцип законности).

### **1. Законная цель**

Меры, предпринятые административным органом, должны преследовать *законную цель*.

---

<sup>34</sup> В конце 19 века Высшие Административные Суды (*Oberlandesgericht*) впервые разработали этот принцип, *Hirschberg*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, 1981, p. 6. Он был подтверждён и перенят Конституционным Судом Германии, BVerfGE 3, 383, 399 (1954).

<sup>35</sup> *P Craig and G de Burca*, *EU Law* (5th edn OUP 2011) 526. В англосаксонском правовом круге этот принцип имеет немного иное определение (англ. *proportionality (doctrine)*, досл. *доктрина пропорциональности*), но смысл остаётся одинаковым: защита прав заинтересованного лица и предотвращение произвола государственных органов. В Великобритании до выхода из ЕС действовало право Союза.

АОГУ имеет право преследовать исключительно *законные цели*. *Законной* целью является в том случае, если она точно описана в законе, т. е. имеет правовую основу в законе и соответствует *принципу законности* (см. выше).<sup>36</sup>

АОГУ обязан недвусмысленно указать, какую конкретную, определённую законом цель он преследует.<sup>37</sup>

## 2. Пригодные меры

Меры, предпринятые административным органом, должны быть *пригодными* для достижения этой законной цели.

Предпринятые АОГУ меры для достижения законной цели должны быть пригодными (подходящими) для её достижения, т. е. с помощью выбранной органом меры достижение цели должно быть возможным.<sup>38</sup> Меры можно считать пригодными, если они, как минимум, способствуют достижению цели. Это означает, что меры не обязательно должны полностью достигать преследуемую цель. Достаточно того, что с их помощью возможно приблизить достижение законной цели или достичь части этой цели.<sup>39</sup>

Орган обязан точно указать, какие конкретные меры он собирается принять или принимает для достижения цели, и насколько они пригодны.

## 3. Необходимость

Меры, предпринятые административным органом, должны быть *необходимы* для достижения этой законной цели.

---

<sup>36</sup> *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19 вып. 2017, § 10 абз. 17.

<sup>37</sup> Рассмотрение вопроса о том, является ли преследуемая законодателем цель легитимной и оправданной на фоне Конституции, выходит за рамки компетенции АОГУ и надлежит конституционным судам.

<sup>38</sup> *Maurer/Waldhoff*, там же.

<sup>39</sup> См. *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsrechtslehre, 9 вып. 2015, с. 72 абз. 150.

АОГУ имеет право применять исключительно те меры, которые однозначно необходимы для достижения законной цели. Необходимыми эти меры являются только в том случае, если нет других подходящих мер, вмешивающихся в права гражданина и общества в меньшей степени, чем выбранная мера.<sup>40</sup> Другими словами, АОГУ всегда обязан применить из возможных, подходящих для достижения цели мер только те, которые меньше всех остальных мер вмешиваются в права гражданина. Также этот принцип можно назвать «принципом наименьшего вмешательства».

#### 4. Соразмерность (уместность)

Меры, предпринятые административным органом, должны быть *соразмерны* этой законной цели (т. н. *соразмерность в узком смысле* или *адекватность, уместность*, нем. *Angemessenheit*).

*Соразмерность, в узком смысле*, означает адекватное соотношение между принятыми мерами, т. е. вмешательством в права гражданина, и преследуемой целью. Следует особо указать на то, что законная цель сама по себе далеко не всегда оправдывает средства и меры, принятые для её достижения. АОГУ не имеют права пытаться достичь законную цель методами, несообразными этой цели. Предпринимая любые действия и принимая решения, государственные органы (административные органы, суды, иные учреждения) обязаны соблюдать принцип соразмерности, иначе их решения и принятые меры будут недействительными или оспоримыми из-за нарушения закона и Конституции. Преследуемая законная цель и для её достижения принятые меры должны по своему правовому значению «перевешивать» защищённые Конституцией права гражданина:

- Чем существеннее и важнее права гражданина, в которые вмешивается государство, и чем сильнее их защита в Конституции, тем весомее должна быть

---

<sup>40</sup> *Maurer/Waldhoff*, там же.

преследуемая цель, и тем менее обременяющими должны быть принятые меры.

- Преследование цели, не имеющей конституционного основания, не может оправдать вмешательства в конституционные права гражданина.
- Чем меньше значение преследуемой цели, тем больше вероятность того, что меры для её достижения будут несоразмерными и, следовательно, незаконными. АОГУ должен внимательно анализировать принимаемые им меры и выбирать самые мягкие из них.

#### **Методика:**

При анализе соразмерности АОГУ (а также юрист, проверяющий правомерность действий органов) противопоставляет право гражданина, в которое вмешивается орган, мерам и цели, ради которой происходит вмешательство. При любом вмешательстве в права гражданина затрагиваются его конституционные права и свободы (см. «принципиальная свобода действий»), и АОГУ нуждается в оправдании своих действий.

Сначала необходимо выяснить, какие конкретные права гражданина затронуты в конкретном случае, распознать их конституционное значение и основы с указанием статьи или принципа.

Далее нужно установить, на какие нормативные правовые и конституционные нормы АОГУ ссылается, которые могли бы оправдать его вмешательство в права гражданина.

После определения правовых основ и конституционных прав обеих сторон проводится их сопоставление, своего рода «взвешивание». При этом принимаются во внимание вид прав и норм, их иерархия и приоритет (простой закон никогда не может «перевесить» норму Конституции, материальный закон не может перевесить формальный закон), объем и глубина вмешательства в права гражданина, неотложность принятия мер, последствия в случае непринятия мер и иные *разумные (логически*



объяснимые) правовые, экономические и социальные доводы.

#### IV. Виды и формы деятельности АОГУ

Действия АОГУ могут быть двух *видов*<sup>41</sup> в зависимости от их правовой основы и подчинения определённой отрасли права, т. е. применяемого правового режима. Можно разделить два основных вида деятельности: частноправовой и публично-правовой. В отношении деятельности, попадающей под публично-правовой режим, применяются ЗАП и иные нормы и принципы административного и публичного права в полной мере. К действиям АОГУ, попадающим под частноправовой режим (например, договоры купли-продажи, займа и т. п.), принципиально применяются нормы гражданского права (*BGB* и пр.); но в ряде случаев существуют ограничения, которые имеют своё основание в прямом подчинении АОГУ публичному и конституционному праву и в особом правовом статусе государственных органов, из которого следует субординация в отношениях между АОГУ и гражданином. Нормы публичного права применяются, например, в рамках тендеров, при управлении посредством частных предприятий или публичных предприятий в частноправовой форме. Обсуждение частноправового вида деятельности выходит за рамки этой статьи, в центре внимания которой находятся публично-правовые действия АОГУ.

Основные *формы* действий АОГУ урегулированы в ЗАП, который содержит *numerus clausus* и требования к *правовым* актам АОГУ. Центральным правовым актом является *административный акт*, *АА* (*Verwaltungsakt*, *VA*). Далее существуют *общее распоряжение* (*Allgemeinverfügung*), *публично-правовой договор* (*öffentlich-rechtlicher Vertrag*), *административное предписание* (*Verwaltungsvorschrift*), *нормативно-правовое предписание* (*Rechtsverordnung*) и

<sup>41</sup> В литературе встречается и иная классификация «видов»: разные авторы применяют разную терминологию; выбор определённого термина (вид, тип, форма) не играет решающей роли, если понятно его значение в контексте.

*устав (Satzung)*. Помимо правовых актов, АОГУ также могут производить и иные действия, не ведущие к последствиям в правовой сфере, т. н. *действия фактического характера (Realakt)*.

## **1. Административный акт, ч. 1 ст. 35 ЗАП**

Главной формой действий АОГУ, имеющих правовые последствия, является *административный акт*. Определение АА содержит ч. 1 ст. 35 ЗАП:

Административный акт есть всякое распоряжение, решение, либо иная государственно-властная [*hoheitlich*] мера, которые АОГУ принимает для урегулирования частного случая в сфере публичного права, и которые имеют непосредственное внешнее юридическое действие.<sup>42</sup>

Примеры административных актов: разрешение на строительство, на работу, решение о выдаче субсидии, выдача концессии, принятие ученика в школу или студента в университет, чиновника на государственную службу или его повышение, присвоение звания и т. д.

Административные акты можно разделять по их правовому действию, например, по тому, имеют ли они положительные или отрицательные последствия для адресата, по ширине и глубине последствий, необходимости содействия гражданина, частичности или многоступенчатости акта, продолжительности его действия, по его приводимости в исполнение, уровню обязательства АОГУ или целостности акта (например, акты с дополнительными или вспомогательными положениями, такими как дополнительные условия, сроки, обусловленность права отмены или возложения дополнительных обязанностей, ст. 36 ЗАП).

В оптимальном случае АОГУ принимают *действительные* административные акты в соответствии со ст. 35 и след. ЗАП и формальными требованиями. Такие АА могут быть правомерными или неправомерными с точки зрения

---

<sup>42</sup> Адаптированный перевод автора.

материального права; в последнем случае они могут быть обжалованы и не подлежат исполнению, но остаются действительными до окончательного решения апелляционного органа (*Widerspruchsbehörde*) или суда. Особую категорию представляют АА, которые соответствуют требованиям ст. 35 ЗАП, но очевидно содержат тяжкие нарушения закона, и поэтому считаются ничтожными, п. 1 ст. 44 ЗАП; согласно п. 2 ст. 44 ЗАП каждый АА считается независимо от п. 1 ничтожным, если не указан его принимающий АОГУ; если гражданину не доставлен предписанный законом необходимый формальный документ; если данный АА выходит за рамки компетенции АОГУ при отсутствии ему особо переданных полномочий; если требование АОГУ фактически никем невозможно исполнить; если для исполнения АА гражданин должен нарушить закон или если АА противоречит общепринятым представлениям о морали и нравственности. Наконец, встречаются и случаи, когда административный акт не удовлетворяет требованиям ст. 35 ЗАП; в таких случаях АА не является таковыми и не имеет никаких правовых последствий (т. н. «не-акт», *Nicht-VA*).

Административные акты должны удовлетворять как формальным, так и материальным требованиям закона.

Материальные требования к каждому административному акту содержатся в ст. 35 (см. выше), п. 1 ст. 37 ЗАП и соответствующих нормах особой части административного права, например, в законах и нормативных актах полицейского, налогового или промыслового права. АА является каждое «властное действие» (*hoheitliche Maßnahme*), т. е. любое действие в рамках подчинённых отношений между АОГУ и гражданином. Далее, АА должен быть произведен в сфере публичного права, т. е. на его основании; содержать «урегулирование», т. е. иметь правовые последствия (запрет, предписание, разрешение, изменение правоотношений и т. п.); регулировать единичный и конкретный (частный) случай; иметь юридическую силу внешнего характера, т. е. выходящую за рамки самого АОГУ и касающуюся гражданина; удовлетворять требованию определённости и точности, п. 1 ст. 37 ЗАП, т. е. из меры должно

однозначно следовать, что она является АА, какой конкретный вопрос она регулирует, кто её принял, и кто когда обязан выполнить какое действие.<sup>43</sup>

Формальные требования содержатся как в ст. 35 ЗАП, так и в других нормах этого закона. В некоторых случаях нормы особого административного права предусматривают дополнительные формальные требования или сокращают их перечень; для упрощения здесь приводится только стандартная «программа» ЗАП. Обычно «формальную правомерность» АА разделяют на три категории: подведомственность (компетенция) АОГУ (а), процедура производства АА (б) и форма АА (в).

#### **а) Подведомственность (компетенция) АОГУ**

Согласно ст. 35 и циф. 3 п. 2 ст. 44 ЗАП только тот АОГУ вправе производить АА, к ведению которого относится подлежащий урегулированию вопрос. Компетенция делится на местную, ст. 3 ЗАП, и по существу дела, которая обычно вытекает из норм особой части административного права. Кроме этого, АОГУ должен соблюдать инстанционную компетенцию (например, в случае обжалования АА обычно компетентен вышестоящий АОГУ). В некоторых законом установленных случаях также имеет значение функциональная ведомственность, т. е. компетенция определённого служащего внутри ведомства, например, если квалификация служащего является решающим фактором.

#### **б) Процедура производства**

Процедура АОГУ по производству АА установлена в ст. 9 и след. ЗАП и нормах особой части административного права. Орган обязан придерживаться данных норм, но их нарушение не всегда ведёт к неправомерности или ничтожности АА (см. выше). В большинстве случаев гражданин вправе обжаловать АА, если нарушаются процедуральные требования закона.

---

<sup>43</sup> BVerwG, решение 8 С 18/16 от 26.10.2017, NVwZ 2018, с. 895, 896, циф. 13.

Самыми важными требованиями представляются следующие:

- заслушивание граждан, чьи права затрагиваются АА, ст. 28 ЗАП, а также третьих лиц, ч. 2 п. 2 ст. 13 ЗАП,<sup>44</sup>
- допуск граждан к ознакомлению с делом (т. е. с документами дела), ст. 29 ЗАП;
- отвод служащих, отстранённых от решения данного вопроса, или имеющих заинтересованность, пристрастность или предвзятость, ст. 20 и 21 ЗАП;
- допуск к делу представителей, уполномоченных и официальных лиц, оказывающих поддержку гражданину, ст. 14 ЗАП.

Названные принципы явно близки к принципам, действующим в судебном процессе.

Среди требований норм особой части, которые встречаются особенно часто, можно указать на обязанность АОГУ доводить определённые решения до ведома общественности, проводить публичные тендеры и получать согласие гражданина в случаях, когда это требуется соответствующей нормой.

Наконец, в ст. 63 и след., ст. 71а и след., ст. 72 и след. ЗАП существуют особые процедуральные нормы для особых видов процедур (электронное принятие решений, план застройки и т. д.).

Разумеется, АА обязательно должен быть доведён до сведения гражданина, п. 1 ст. 43 ЗАП, за что несёт ответственность сам АОГУ. Иначе он не имеет юридической силы.

---

<sup>44</sup> На русском языке см., например, *Давыдов К. В.*, Право на участие в рассмотрении административного дела как основное право участников административной процедуры: сравнительно-правовой анализ // Актуальные проблемы российского права 2019 No 10 (107), с. 11 — 19.

## в) Форма административного акта

Согласно ч. 1 п. 2 ст. 37 ЗАП для административных актов, в принципе, не предписана никакая определённая формы, если законом не установлено иное, т. е. они могут быть произведены как в устной форме (например, распоряжение сотрудника полиции предъявить документы) или конклюдентно (посредством действия, например, путём перевода определённой суммы на банковский счёт гражданина после проверки законных требований служащим без какого-либо иного выражения воли АОГУ<sup>45</sup>), так и через автоматизированные системы (например, сигналы светофора<sup>46</sup>). В абсолютном большинстве случаев АОГУ производит АА в письменной форме, чтобы избежать каких-либо недоразумений и иметь документальное доказательство. Нормы *особой части* административного права обычно предписывают письменную форму АА, например, п. 2 ст. 69 ЗАП, п. 4 ст. 3 Закона об Ассоциациях (*VereinsG*) или п. 1 ст. 3 Закона о предприятиях общ. питания (*GaststättenG*), или требуют личного вручения формального документа, например, п. 2 ст. 5 Рамочного закона об унификации права госслужбы (*BRRG*). В том случае, если АА производится в письменной или электронной форме, документ обязан содержать наименование АОГУ, фамилию и подпись служащего, п. 3 ст. 37 ЗАП.

Далее АА должен содержать обоснование меры АОГУ, в том числе её правовые основы и мотивировку её принятия, ч. 2 п. 1 ст. 39 ЗАП. При наличии у АОГУ дискреционных полномочий обоснование должно сообщать гражданину причины и мотивы, ведущие к конкретной мере, ч. 3 п. 1 ст. 39 ЗАП. Исключения делаются для конклюдентных и устных мер АОГУ, при этом орган должен по запросу гражданина подтвердить АА в письменной или электронной форме, если гражданин имеет в этом обоснованный интерес, ч. 2 п. 2 ст. 37 ЗАП.

Также каждый АА, независимо от его формы, должен содержать инструкции о средствах правовой защиты (административного и/или судебного обжалования,

---

<sup>45</sup> *BVerwG*, решение 6 В 1.18 от 07.06.2018, циф. 19, <https://www.bverwg.de/070618B6B1.18.0>.

<sup>46</sup> *VG Hannover*, постановление 6 D 40/83 от 09.06.1983, NJW 1984, с. 1644.

*Rechtsbehelfsbelehrung*) в письменной или электронной форме, ст. 58 ПАС. Отсутствие инструкции или ошибочная инструкция не ведут к неправомерности АА, но согласно п. 1 ст. 58 ПАС приводят к тому, что срок подачи ходатайства об обжаловании или судебного иска, составляющий согласно ч. 1 п. 1 ст. 70 ПАС один месяц, продлевается до одного года с момента уведомления гражданина, ч. 1 п. 2 ст. 58 ПАС. При производстве в устной или конклюдентной форме такая инструкция может быть доставлена гражданину позже и срок обжалования начинается идти с момента соответствующего уведомления гражданина.

## 2. Общее распоряжение, ч. 2 ст. 35 ЗАП

Согласно ч. 2 ст. 35 ЗАП, *общее распоряжение* — это ...

... административный акт, который направлен в адрес по общим признакам определённой или определяемой группы лиц либо касающийся публично-правового свойства [качества, *Eigenschaft*] какой-либо вещи или её пользования общественностью.<sup>47</sup>

Примеры общих распоряжений: дорожные знаки, переименование улицы, роспуск собрания множества лиц, правила пользования музеем или детской площадкой, введение карантина по отношению к определённой группе лиц и т. п.

Общее распоряжение отличается от административного акта тем, что оно не направлено конкретному лицу, что и выражает атрибут *общее*. Очевидно, что существует некоторое сходство с нормативными правовыми актами. Разница проявляется в том, что общие распоряжения регулируют конкретные случаи и обстоятельства (например, ограничение скорости или запрет на парковку на конкретном участке дороги по отношению к определяемой группе лиц — по этой дороге проезжающих водителей), тогда как нормативные акты абстрактны и регулируют неограниченное количество случаев.

---

<sup>47</sup> Адаптированный перевод автора.

Требования, предъявляемые законом к административным актам, за несколькими исключениями прямо применяются и к общим распоряжениям. Исключения состоят лишь в том, что нет необходимости указывать конкретного адресата, заслушивать адресатов (циф. 4 п. 2 ст. 28 ЗАП) и давать обоснование и мотивы распоряжения на месте, если оно доводится до сведения граждан путём публичного объявления (п. 3 ст. 41, циф. 5 п. 2 ст. 39 ЗАП), например, посредством знака, вывески или объявления в прессе или иным путём.

### **3. Публично-правовой договор, ст. 54 и след. ЗАП**

Помимо частноправовых договоров, регулируемых нормами гражданского права, АОГУ могут заключать публично-правовые договоры (ППД) по правилам административного права. Существование таких договоров следует из ст. 54 и след. ЗАП:

Правовое отношение в области публичного права может быть установлено, изменено или отменено договором (публично-правовой договор) постольку, поскольку отсутствуют противостоящие правовые положения. В особенности, вместо произведения административного акта АОГУ может заключить договор с лицом, которому он иначе адресовал бы административный акт.

Из этого следует, что при заключении публично-правового договора как минимум одна сторона должна быть АОГУ. Само заключение договора требует таких же действий, как и заключение частноправового договора: необходимо волеизъявление всех сторон-участников, направленное на возникновение правового обязательства.<sup>48</sup> Разграничение этих видов договоров следует из их содержания: если договор содержит права или обязанности, имеющие свои основания в публичном праве, или взаимное обязательство, урегулированное таковым, то он считается публично-правовым. Это объясняется тем, что АОГУ

---

<sup>48</sup> *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19 вып. 2017, § 14 циф. 6.



вместо договора мог бы произвести административный акт, и, следовательно, обязан придерживаться предъявляемых к АА правовых требований. При наличии как публично-правовых, так и частноправовых элементов в одном договоре (при невозможности деления на несколько договоров) его квалификация следует из сути договора, т. е. необходимо установить, насколько частноправовое урегулирование перевешивает публично-правовое или наоборот.<sup>49</sup>

Также публично-правовой договор нужно отграничить от административных актов, требующих содействия гражданина. Основными критериями являются принципиальное<sup>50</sup> наличие свободной воли гражданина, который должен иметь возможность самостоятельного выбора, и равноправие сторон при заключении договора. Если АОГУ определяет содержание договора в одностороннем порядке и гражданин лишь даёт своё согласие, не имея возможности повлиять на содержание, то он, в большинстве случаев, имеет дело с односторонним административным актом АОГУ под внешним видом договора. В этом случае непосредственно применяются нормы об АА, а не о публичном договоре.

Между АОГУ и гражданином<sup>51</sup> возможны два вида ППД: мировое соглашение (*Vergleichsvertrag*), ст. 55 ЗАП, и «договор обмена» (*Austauschvertrag*), ст. 56 ЗАП.

Согласно ст. 55 ЗАП, мировое соглашение служит устранению правовой неопределённости в какой-либо ситуации путём взаимных уступок АОГУ и гражданина, в основном для экономии средств, ускорения производства, предотвращения жалоб граждан и судебных разбирательств. Он допустим только в случаях, если устранение неопределённости невозможно или возможно только с

---

<sup>49</sup> *BverwG*, решение 8 С 4/11 от 18.7.2012, *BverwGE* 143, с. 335, 346; *Bonk/Neumann/Siegel* в *Stelkens/Bonk/Sachs*, Комментарий к *VwVfG*, 9 издание 2018, § 54 циф. 54 и след., циф. 61.

<sup>50</sup> Существуют исключения, например, в сфере общественного интереса, когда граждане (предприятия) могут быть обязаны заключить определённый договор с АОГУ (подключение к энергосети, снабжение газом и т. д.), *Bonk/Neumann/Siegel* в *Stelkens/Bonk/Sachs*, Комментарий к *VwVfG*, 9 издание 2018, § 54 циф. 25 и след.

<sup>51</sup> Т.н. «субординационный» договор, см. *Маскаева И. И.*, Субординационный административно-правовой договор в германском праве // Договор в публичном праве, М.: Волтерс Клувер, 2009, с. 205 — 214. Также возможны договоры между АОГУ, которые именуются «координационными».

применением несоизмеримых усилий. Пример: АОГУ и гражданин договариваются о выплате в размере 1.500 евро, т. к. невозможно установить, имеет ли он право на выплату 1.000 или 2.000 евро.

Договор обмена, ст. 56 ЗАП, заключается в случаях, когда одна из сторон обязуется к выполнению публично-правового обязательства (обычно это АОГУ), другая сторона к выполнению встречного обязательства. Договор обмена допускается законом только при условии, что встречное обязательство гражданина служит достижению конкретной цели в рамках выполнения предписанных законом общественных задач АОГУ, является соразмерным (уместным) и фактически связано с договорным обязательством АОГУ. Эти требования призваны предотвратить «распродажу публичных прав».<sup>52</sup> Пример: АОГУ обязуется освободить гражданина от определённых требований плана застройки, гражданин обязуется построить открытую для общественности детскую площадку или парковку, которые иначе по закону должен был бы построить АОГУ; АОГУ обязуется к выплате законной субсидии, гражданин обязуется не переносить производство в другой район на протяжении следующих десяти лет.

#### **4. Административное предписание**

Административные предписания — абстрактно-общие положения административного характера, которые государственный орган направляет подчиненным органам или подчиненным служащим и чиновникам. Они содержат внутренние (внутриведомственные) распоряжения, такие как стандарты применения права или планы работы, и не имеют прямого внешнего действия по отношению к гражданам или иным государственным органам. Вследствие этого они не являются правовой основой для внешних действий АОГУ по отношению к гражданам и обычно не подлежат судебному контролю. Исключение составляет т. н. «устоявшаяся» или «равномерная административная практика», из которой может возникнуть самообязательство АОГУ к принятию одинаковых решений

---

<sup>52</sup> RegE 73, BT-Drs. 7/910, с. 83; v. *Campanhausen*, DÖV 1967, с. 662.

относительно однородных вопросов или определённых ситуаций и лиц. В таком случае, как правило, лишь внутренние предписания могут получить фактическое внешнее действие. При их применении АОГУ, соответственно, должен удовлетворять всем вышеприведённым требованиям законности и соразмерности, и все его действия подлежат судебному контролю.

## **5. Нормативно-правовое предписание и устав**

АОГУ в предусмотренных формальным законом случаях имеют право издавать нормативно-правовые предписания, НПП (распоряжения, *Rechtsverordnung*). Они представляют собой абстрактно-общие положения с непосредственным правовым внешним действием, т. е. законы в материальном смысле. При принятии таких актов АОГУ также обязаны придерживаться требований законности и соразмерности (см. выше). От общих распоряжений они отличаются тем, что круг их адресатов не определён по общим признакам и не определяем, т. е. НПП касаются всех граждан, и неограниченного количества случаев и обстоятельств (абстрактно-общие нормы). Пример: распоряжения по сдерживанию распространения COVID-19, принятые органами исполнительной власти на региональном и местном уровне и содержащие ряд ограничений и предписаний абстрактно-общего характера.

В отличие от НПП уставы (*Satzung*) регулируют не государственные вопросы, а задачи и организацию органов местного самоуправления и самостоятельных публично-правовых институтов в силу данных им прав автономии. АОГУ и иные госорганы не могут принимать уставы, т. к. их организация и функции установлены законом и они не самостоятельны. Пример: план застройки территории общины (*Gemeinde*), принятый советом общины, является уставом.

## **6. Действия фактического характера**

Помимо действий, имеющих правовые последствия для сторон, АОГУ также могут принимать меры, имеющие лишь фактическое действие, т. е. не

направленные на изменение правовой ситуацию. Такими являются, например, выплата определённой суммы, сообщение информации, предупреждение об опасности, выбросы вредных веществ в окружающую среду и т. п.

Так же, как и во всех других случаях, АОГУ необходима законная основа для произведения действий фактического характера, если они прямо или посредственно оказывают воздействие на конституционные права гражданина (см. «III.3.)).

### **7. Срок действия мер АОГУ**

Срок действия мер АОГУ, имеющих юридические последствия, принципиально не истекает, если он не ограничен в рамках самой меры, мера не отозвана или не отменена.

## **IV. Заключение**

Устройство и характер системы управленческого (административного) права Германии позволяют причислить её к представителям т. н. *открытой системы административного права*, согласно *Старилову и пр.*, воплощённую в достигнувших высокого уровня развития правовых государствах<sup>53</sup>. Административная деятельность государственных органов так же, как и в закрытой модели администрации, должна достигнуть «цели правления», но цели и прерогативы в этой системе фундаментально иные. Действия администрации и управления, с одной стороны, направлены на обустройство общественных благ, определённых посредством демократических процедур при участии населения; с другой стороны, все государственные органы обязаны для достижения этих целей и в любой своей деятельности руководствоваться ценностями и принципами

---

<sup>53</sup> «Под правовым в данном контексте понимается государство, в котором администрирование осуществляется в целях защиты прав и интересов индивидов, ... , а правовая законность стала доминирующим принципом функционирования демократически организованного государства.», *Галлиган/Полянский/Старилов*, *Административное право: История развития и основные современные концепции*, М: Юристъ 2002, с. 54 и след.

правового государства. Эти принципы призваны не только ограничивать власть, но и являются частью определения самого понятия «общественного блага».<sup>54</sup>

Важнейшую роль в открытой модели играет при этом *внешний контроль* исполнительной власти *независимыми* от неё институтами, в первую очередь, судами. Функция администрации и управления хотя и заключается в «обеспечении хорошего правления» (англ. *good governance*), но её деятельности поставлены жёсткие рамки. Суть этого ограничения сводится к тому, что даже самая высокая цель никогда не оправдывает средства, если последние нарушают перечисленные выше принципы правового государства. Совокупность целей администрирования и управления и их внешнего контроля в правовом государстве способствует предотвращению произвола органов власти и чиновников; и потому судьба личности более не находится «в руках» администрации, не зависит от воли и благорасположения госслужащего. Должностное лицо строго руководствуется законом и правовыми принципами, изложенными в Конституции, административном, процессуальном и ином законодательстве, и которые охраняются независимыми судами и другими институтами. Защита прав и свобод индивидуума является наивысшей целью.

Описанные здесь цели, функции и деятельность государственных органов и их представителей отражают, с одной стороны, роль общества и личности в правовом государстве. С другой стороны, они, в свою очередь, формируют правосознание общества. В отличие от инструментальной модели населению не присущ «правовой нигилизм»: каждый член общества и общество в целом доверяют правовой системе, судам и государственным органам, так как уверены в том, что именно они контролируют их деятельность, а также в *эффективности* этого контроля. Этим объясняется и высокое самосознание людей, и значительное

---

<sup>54</sup> Галлиган/Полянский/Стариков, там же, с. 55 — 56.

число<sup>55</sup> жалоб и судебных исков в административные суды,<sup>56</sup> и практическое отсутствие коррупции в жизни общества. Результат этого доверия заключается в осознании (фактически существующей) *правовой безопасности*<sup>57</sup>, необходимой для развития экономики<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> Именно количество исков говорит об объёме доверия граждан к судебной и правовой системе государства; к эффективной системе доверие выше, следовательно, и обращений в суд больше. Разумеется, что качество и быстрота решения правовых вопросов также играют важную роль. В странах, следующих принципам правового государства, имеющих высокий уровень общественного и экономического развития и защиты прав граждан, количество судебных исков граждан против государства особенно высоко.

<sup>56</sup> Например, в 2014 году только *административные суды первой инстанции* в Германии приняли решения по 128.703 делам (без мер защиты временного характера и споров касательно финансового и социального права, см. ниже). Срок рассмотрения дела с подачи иска до решения в 2014 году составил в среднем 9,9 месяцев. Федеральный (верховный) *административный суд* (без дел по социальному и финансовому праву) рассмотрел в этот же период 2.809 дел; ~ 67,3 % из них были рассмотрены менее чем за 12 месяцев, ~ 19,9 % от 12 до 18 месяцев, ~ 10,5 % от 18 до 24 месяцев, ~ 2,3 % случаев от 24 до 36 месяцев (подсчёт на основе данных Федерального ведомства статистики ФРГ (*Statistisches Bundesamt*), *Rechtspflege: Verwaltungsgerichte 2014*, Fachserie 10 Reihe 2.4, Art. Nr. 2100240147004 от 30.12.2015, с. 15 и след., с. 23 и след., с. 126). Кроме этого, специализированные административные суды решили ещё 456.485 дел (386.193 в сфере социального и 70.292 в сфере финансового права, см. *Rechtspflege: Sozialgerichte 2014*, с. 16 и *Finanzgerichte 2014*, с. 12), т. е. в сумме 585.188 административно-правовых иска. Это составляет примерно один иск на каждые 113 лиц старше 20 лет.

<sup>57</sup> *Правовая безопасность (Rechtssicherheit)* — термин, характеризующий соблюдение и защиту конституционных и иных законных прав и свобод человека, включая, среди прочего, «обеспечение равенства всех перед законом», «обеспечение доступа к [независимому и эффективному - прим. автора] правосудию», «защищённость от неправомерных действий должностных лиц» и «реальность получения квалифицированной юридической помощи», см. *Тюринга*, *Правовая безопасность личности в современном российском государстве: Вопросы теории и практики*, дисс. к.ю.н., Саратов 2005, с. 7 и след.

<sup>58</sup> См. гл. 4 и 6 в *Transition Report, European Bank for Reconstruction and Development, 1995*; теоретическое обоснование у *Borner/Brunetti/Weder, Political Credibility and Economic Development*, Palgrave Macmillan UK 1995; см. также *Knack/Keefe*, *Institutions and Economic Performance: Cross-Country Tests Using Alternative Institutional measures*, *Economics & Politics*, Volume 7, November 1995, Issue 3, с. 207 – 227.

***Информация об авторе:***



Д-р Павел Усватов является докладчиком по вопросам правового диалога и международного публичного права в Фонде имени Конрада Аденауэра и в отделе научно-исследовательской деятельности в Университете Хельмута Шмидта в Гамбурге. Он изучал право в Гамбурге и Бильбао и получил докторскую степень, защитив диссертацию по сравнительному праву о государственном финансовом контроле, которая была удостоена Германо-Российской премии юристов 2020 года. До этого он работал бизнес-юристом, экспертом по правовым вопросам и доцентом по публичному праву в рамках программы GIZ в Азербайджане. Он регулярно работает консультантом и спикером и говорит на немецком, русском, английском, испанском и французском языках.

# **ПРОЦЕДУРА САМОУПРАВЛЕНИЯ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ ГЕРМАНИИ О НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ – ОСНОВНЫЕ АСПЕКТЫ ВВЕДЕНИЯ И ПРИМЕНЕНИЯ**

**(Die Eigenverwaltung nach der deutschen Insolvenzordnung –  
Hauptaspekte der Einleitung und Abwicklung)**

*Д-р Мария Боженова, LL.M. (Passau)*

*Dr. Maria Bozhenova, LL.M. (Passau)*

## **I. Введение**

С введением процедуры несостоятельности в немецком праве, так же, как и в российском, по общему правилу все полномочия по управлению и распоряжению имуществом должника переходят к арбитражному управляющему (Абз. 1 § 80 InsO<sup>1</sup>). Исключением из этого правила является относительно недавно закрепленная в законе процедура самоуправления (Eigenverwaltung), предоставляющая несостоятельному должнику право управлять и распоряжаться своим имуществом под надзором поверенного (Sachwalter). Разработанная еще в конце XX в., концепция самоуправления оставалась долгие годы неэффективной и потому практически неприменимой в немецком праве. Ситуация изменилась лишь с принятием Закона о дальнейшем облегчении санации предприятий (ESUG)<sup>2</sup>. Внесенные законом изменения в InsO позволили не только упростить и облегчить санацию жизнеспособных предприятий, но и усилили роль

---

<sup>1</sup> Insolvenzordnung (InsO), BGBl. I, S. 2866, Положение о несостоятельности.

<sup>2</sup> Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) vom 7.12.2011, BGBl. I, S. 2582.



самоуправления как средства восстановления платежеспособности предприятия. Так, спустя 5 лет после введения Закона о дальнейшем облегчении санации предприятий было установлено, что, несмотря на малый процент использования на практике процедуры самоуправления (лишь 1,5%)<sup>3</sup>, среди 50 крупнейших процедур несостоятельности 64% были проведены путем самоуправления.<sup>4</sup> Положительно о процедуре отозвались и эксперты, призванные оценить изменения в InsO с точки зрения практики.<sup>5</sup> Свою дальнейшую популярность самоуправление получило после завершения процедур в отношении таких предприятий как IVG Immobilien AG<sup>6</sup> и Ihr Platz AG<sup>7</sup>, а также в громких процессах в отношении крупных европейских авиакомпаний Air Berlin<sup>8</sup> и Condor Flugdienst GmbH<sup>9</sup>. Ввиду сложившейся значимости процедуры самоуправления в праве несостоятельности Германии и частого употребления далее предлагается более подробно рассмотреть саму процедуру, основания и условия ее проведения.

## II. Сущность процедуры самоуправления

Закрепленная в части 7 InsO (§§ 270 – 285) процедура самоуправления по своей сущности не является отдельным видом в институте несостоятельности,<sup>10</sup> а представляет собой часть регулярной процедуры с установленными законом особенностями. Подтверждением тому является правило абз. 1 предл. 2 § 270 InsO, согласно которому для самоуправления действуют общие предписания о процедуре несостоятельности, если иное не предусмотрено положениями части 7

---

<sup>3</sup> Statistisches Bundesamt, Unternehmen und Arbeitsstätten, InsVerf, Ausgabe Dezember 2016, Tab. 5 und 19.

<sup>4</sup> *Moldenhauer/Wolf*, Studie der Boston Consulting Group (BCG) „Sechs Jahre ESUG – Durchbruch erreicht“, S. 4, abrufbar unter: <https://www.bcg.com/de-de/press/>.

<sup>5</sup> Bericht der Bundesregierung über die Erfahrungen mit der Anwendung des Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) vom 7.12.2011 (BGBl. I, S. 2582), abrufbar unter:

[https://www.bmju.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/101018\\_Bericht\\_BReg\\_Evaluierung\\_ESUG.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmju.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/101018_Bericht_BReg_Evaluierung_ESUG.pdf?__blob=publicationFile&v=1).

<sup>6</sup> *Madaus*, NZI 2017, 329.

<sup>7</sup> *Hofmann*, ZIP 2007, 260.

<sup>8</sup> S. hierzu: <https://www.berlin.de/gerichte/presse/pressemitteilungen-der-ordentlichen-gerichtsbarkeit/2017/pressemitteilung.644638.php>.

<sup>9</sup> S. hierzu: <https://www.airliners.de/condor-sanierung-eigenverwaltung/52892>.

<sup>10</sup> BGH, Beschl. Vom 11.1.2007 – IX ZB 10/05, NZI 2007, 240; *Neußner*, in: Kübler, HRI, § 6 Rn. 4.

InsO. Ключевыми особенностями в данном случае являются правила об управлении и распоряжении имуществом должника. В отличие от внешнего управления, речь здесь идет не о передаче полномочий по управлению и распоряжению имуществом должника арбитражному управляющему, а о сохранении этих полномочий за несостоятельным должником. Включение должника в процедуру, использование его опыта и экономия времени, требуемого управляющим для вникания в суть дела, помогают не только существенно облегчить процедуру несостоятельности, снизить судебные расходы, но и являются хорошим стимулом для должника как можно раньше обратиться в суд с заявлением о признании его несостоятельности (банкротства), а, следовательно, увеличить шансы на успешную санацию предприятия.<sup>11</sup>

#### **а) Самоуправление в законодательстве Германии до ESUG и после**

До принятия действующего Положения о несостоятельности (InsO) конкурсное право Германии не предусматривало реализацию процедуры конкурсного производства без назначения управляющего, к которому автоматически переходили все полномочия по управлению и распоряжению имуществом должника. Такой подход определял во многом вид и способ ведения дел, а также результаты процедуры несостоятельности, которые вели к ликвидации предприятия-должника. О возможности применения самоуправления заговорили лишь в ходе реформы законодательства о несостоятельности. Дискуссия началась уже при представлении комиссией по реформе законодательства первого доклада, в котором самоуправление в процедуре несостоятельности исключалось. Однако уже в дискуссионном проекте федерального министерства юстиции самоуправление было включено в список нововведений. В проекте были предложены два варианта процедуры самоуправления: для предприятий под надзором поверенного и для потребителей без назначения такового.<sup>12</sup> Отношение к концепции самоуправления до конца обсуждения законопроектов было весьма

---

<sup>11</sup> Begründung RegE InsO, BT-Drucksache 12/2443, S. 223.

<sup>12</sup> §§ 320 ff. und §§ 336 ff. Diskussionsentwurf des Bundesministerium der Justiz, Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts, herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz, Köln 1988, S. 164 ff.

критичным. В итоге законодатель склонился к первому варианту и за основу взял действовавшие на тот момент положения *Vergleichsordnung* и американского института *debtor in possession*.

В процедуре мирового соглашения согласно *Vergleichsordnung* управляющий обладал функциями контроля, надзора и согласия на совершение сделок, не относящихся к числу обычно совершаемых в хозяйственной деятельности. Сама процедура, однако, была нацелена на предотвращение конкурсного производства и не соответствовала цели, установленной в новом *InsO*.<sup>13</sup> Американский институт *debtor in possession* также передавал право управления и распоряжения имуществом должнику. Но и здесь цели иные: американский институт призван облегчить новое начало и реорганизацию предприятия, в то время как действующая процедура самоуправления нацелена на наилучшее удовлетворение требований всех кредиторов (§ 1 *InsO*).

Вступивший в силу 1.3.2012 г. Закон о дальнейшем облегчении санации предприятий (ESUG) внес существенные изменения в положения о самоуправлении, сделав его доступнее. Так, новые положения были направлены на улучшение санации предприятий как таковой и защиту должников, вступающих в эту процедуру, а также на повышение привлекательности Германии как места проведения процедуры несостоятельности, дабы уменьшить поток эмиграции юридических лиц в другие страны с более мягкими условиями ликвидации.<sup>14</sup> Для этих целей были смягчены общие условия назначения самоуправления § 270 *InsO*. Теперь в назначении самоуправления согласно Абз. 1 № 2 § 270 *InsO* должно быть отказано только в том случае, если известны обстоятельства, дающие основания полагать, что назначение может привести к убыткам для кредиторов. Кроме того, введены правила о введении временного самоуправления до принятия решения об открытии процедуры несостоятельности

---

<sup>13</sup> Vgl. *Grub*, in: *Kölner Schrift*, S. 491, Rn. 42.

<sup>14</sup> *RegE ESUG*, BT-Drucksache 17/5712, S. 17.

(§ 270a InsO) и о введении защитной процедуры (Schutzschirmverfahren) (§ 270b InsO), во время которой должник может разработать план дальнейшей санации.

## **b) Область применения процедуры самоуправления**

В соответствии с первоначальным замыслом процедура самоуправления должна была иметь исключительный характер применения.<sup>15</sup> Однако от этого подхода законодатель отказался в процессе введения Закона о дальнейшем облегчении санации предприятий (ESUG), тем самым значительно расширив область применения и придав самоуправлению обычный характер.<sup>16</sup> В особенности в проекте закона речь шла о применении самоуправления в отношении крупных и средних предприятий. Реализация данной процедуры в отношении потребителя, между тем, была легально исключена (абз. 1 предл. 3 § 270 InsO). Из этого следует, что процедура самоуправления может быть введена только в отношении должника, не являющегося физическим лицом и осуществляющим самостоятельную хозяйственную деятельность.

Как правило, самоуправление может быть назначено в том случае, когда должник стремится продолжить свою хозяйственную деятельность. При этом он использует уже имеющиеся у него знания и опыт, что позволяет оптимизировать процедуру несостоятельности по сравнению с тем случаем, если бы ее возглавил арбитражный управляющий. Такое положение свойственно для должников, осуществляющих деятельность на профессиональной основе, в частности это могут быть частнопрактикующие врачи или фармацевты.<sup>17</sup> Адвокатская деятельность, напротив, исключена из этого списка, так как разрешение на осуществление адвокатской деятельности утрачивает силу с момента наступления признаков несостоятельности (абз. 2 № 7 § 14 BRAO<sup>18</sup>).<sup>19</sup> Основной областью применения самоуправления являются все-таки крупные предприятия, в которых,

---

<sup>15</sup> BT-Drucksache 12/7302, S. 185.

<sup>16</sup> RegE, BT-Drucksache 17/5712, S. 1f., 19.

<sup>17</sup> S. AG Essen, Beschl. 1.9.2015 – 163 IN 14/15, ZInsO 2015, 1981.

<sup>18</sup> Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO), BGBl. I S. 565, Федеральное положение об адвокатуре.

<sup>19</sup> BGH, Beschl. vom 18.7.2011 – AnwZ (B) 28/10, ZInsO 2011, 2234.

как правило, к процедурам санации или реорганизации прибегают лишь после того, как внесудебные процедуры не привели к должному результату. Здесь также огромную роль играют наличие накопленного опыта руководителей и стремление продолжить хозяйственную деятельность.

### **III. Предпосылки введения процедуры самоуправления**

Согласно абз. 2 № 1 § 270 InsO предпосылкой для введения процедуры самоуправления является, прежде всего, заявление должника. Данное требование исходит из того, что именно должник полностью осуществляет процедуру и является своего рода «управляющим в своих собственных интересах»<sup>20</sup>, а значит, только от него зависит исход дела. На случай, если с заявлением в суд обращается кредитор, должнику должна быть предоставлена возможность высказаться и, соответственно, подать заявление о введении самоуправления до тех пор, пока суд не открыл в отношении него процедуру несостоятельности.<sup>21</sup>

По своей сути заявление должника состоит из двух частей: во-первых, речь идет о заявлении о несостоятельности, которое подается согласно общим положениям абз. 1 § 15a InsO не позднее трех недель с момента возникновения признаков (грозящей) неплатежеспособности либо задолженности должника; во-вторых, оно должно быть дополнено четким волеизъявлением о назначении в отношении должника процедуры самоуправления.<sup>22</sup> Оба этих заявления могут быть поданы как одновременно, также и отдельно, но в период до принятия судом решения об открытии в отношении должника процедуры несостоятельности. В том случае, если должник желает воспользоваться процедурой подготовки плана санации, наравне с заявлением о введении самоуправления должны быть соблюдены и прочие условия § 270b InsO (защитной процедуры Schutzschirmverfahren). А именно должник предоставляет суду свидетельство налогового консультанта, аудитора, адвоката или иного лица, специализирующегося на делах о

---

<sup>20</sup> BGH, Urt. Vom 26.4.2018 – IX ZR 238/17, NZI 2018, 519.

<sup>21</sup> Nerlich/Römermann/Riggert, InsO, § 270a Rn. 7.

<sup>22</sup> MüKo-InsO/Kern, § 270 Rn. 24.

несостоятельности, о том, что неплатежеспособность еще не наступила и проводимая санация не очевидно безнадежна.

Следующей предпосылкой процедуры самоуправления является отсутствие обстоятельств, дающих основания полагать, что назначение самоуправления может привести к убыткам кредиторов (Абз. 2 № 2 § 270 InsO). Понятие «убытки» в данном случае толкуется расширенно и охватывает все возможные ситуации, угрожающие интересам кредиторов и наилучшему удовлетворению их требований.<sup>23</sup> Кредиторы не должны ни в коем случае быть поставлены в более худшие условия, чем в обычной процедуре несостоятельности. Таким образом, несмотря на то, что действующее законодательство больше не употребляет формулировку «угроза задержки процедуры», задержка исполнения и удовлетворения требований кредиторов по-прежнему остается весомым критерием для отказа в применении самоуправления.<sup>24</sup> В немецком праве по сей день остается спорным факт: может ли суд проводить расследование по установлению обстоятельств дела на основе абз. 1 предл. 1 § 5 InsO.<sup>25</sup> Установленная законом формулировка «отсутствие обстоятельств» дает основание полагать, что суд принимает решение о применении самоуправления, исходя из известных ему фактов, и только в случае сомнений он может проводить дополнительное расследование.<sup>26</sup> Необходимость в расследовании в любом случае отпадает у суда, если временный комитет кредиторов единогласно поддержал применение самоуправления в отношении должника.<sup>27</sup>

---

<sup>23</sup> *Neußner*, in: Kübler, HRI, § 6 Rn. 171.

<sup>24</sup> AG Hamburg, ZIP 2013, 1684; MüKo-InsO/*Kern*, § 270 Rn. 49.

<sup>25</sup> *Vallender*, DB 2015, 231; *Uhlenbruck/Zipperer*, § 270 Rn. 52; aA AG Charlottenburg, ZInsO 2013, 2501.

<sup>26</sup> HK-*Fiebig*, § 270 Rn. 26.

<sup>27</sup> BeckOK/*Ellers*, § 270 Rn. 28; *Graf-Schlicker/Graf-Schlicker*, InsO, § 270 Rn. 12.

#### **IV. Новеллы Закона о дальнейшем облегчении санации предприятий (ESUG) – вводные процедуры по § 270a и § 270b InsO**

С момента подачи заявления и до принятия судом решения об открытии в отношении должника процедуры несостоятельности, как правило, проходит определенное время, в течение которого часто необходимо предпринять меры, необходимые для реорганизации предприятия и дальнейшего проведения процедуры. Для этого промежутка времени закон ранее не предусматривал специальной процедуры, кроме назначения временного управляющего, к которому переходило право управления и распоряжения имуществом должника. Назначение временного управляющего часто приводило к тому, что возврат в прежний режим управления имуществом должника был уже невозможен. Поэтому Законом о дальнейшем облегчении санации предприятий (ESUG) в 2012 году были введены новые нормы, закрепляющие вводную процедуру временного самоуправления согласно § 270a InsO и защитную процедуру (так называемую процедуру Schutzschirmverfahren) для разработки плана санации согласно § 270b InsO. Обе эти процедуры стали центральным элементом реформы законодательства о несостоятельности и обеспечили самоуправлению место в процедурах несостоятельности крупных и средних предприятий.<sup>28</sup>

Ключевой особенностью временного самоуправления согласно § 270a InsO и защитной процедуры (Schutzschirmverfahren) по § 270b InsO является факт назначения временного поверенного вместо временного управляющего и запрет на ограничения должника по распоряжению своим имуществом. Установление такого временного режима призвано обеспечить баланс интересов несостоятельного должника, желающего санировать свое предприятие, и интересов кредиторов, удовлетворение требований которых является ключевой целью любой процедуры согласно абз. 1 предл. 1 § 1 InsO.

---

<sup>28</sup> Hofmann, in: Kübler, HRI, § 7 Rn. 3.

В отличие от временного самоуправления защитная процедура (Schutzschirmverfahren) имеет свою специфику. Она сконцентрирована на тех случаях, когда несостоятельность предприятия-должника еще не наступила, а только грозит (Абз. 2 § 18 InsO). В этом случае должник может обезопасить себя от дальнейшей нежелательной процедуры конкурсного производства тем, что, подав заявление о применении самоуправления, в течение максимального срока трех месяцев разработает и предоставит суду план санации, который в будущем может быть преобразован в план преодоления банкротства.<sup>29</sup> Такая готовность должника к проведению санации должна подтверждаться путем подачи дополнительного заявления об установлении срока для сдачи плана и свидетельства от установленных законом лиц (абз. 1 предл. 3 § 270b InsO) о том, что несостоятельность еще не наступила и санация не очевидно безнадежна. При этом законодатель отказался от требования соответствующей определенным стандартам концепции санации на этом этапе, так как ее разработка связана с большими затратами и, таким образом, не доступна для мелких и средних предприятий. Для введения защитной процедуры (Schutzschirmverfahren) достаточно факта, что санация изначально небезнадежна. При этом законодатель не дал более детального определения термина «очевидная безнадежность». Немецкая доктрина, толкуя этот термин, исходит из того, что очевидность основывается на известных суду фактах, без какого-либо детального контроля.<sup>30</sup> Суду должно быть понятно, при помощи каких мероприятий и каких финансовых средств должник планирует избавиться от возникшего кризиса.

Особенностью этой вводной процедуры считается предоставление суду детального плана санации, который должник должен разработать в течение максимально трех месяцев. В этот установленный судом срок должник может максимально заниматься разработкой плана санации, не заботясь о том, что конкурсная масса будет истощена требованиями кредиторов, от которых он на данном этапе защищен (об этом говорит и название защитной процедуры –

---

<sup>29</sup> RegE, BT-Drucksache 17/5712, S. 41.

<sup>30</sup> Gutmann/Lauberau, ZInsO 2012, 1861; MüKo-InsO/Kern, § 270a Rn. 40.



Schutzschirmverfahren). Для разработки плана должником могут привлекаться третьи лица, в том числе лицо, выдавшее свидетельство об отсутствии несостоятельности.<sup>31</sup> Временный комитет кредиторов может также со своей стороны привлечь к разработке плана временного поверенного, гарантируя себе тем самым соблюдение интересов.<sup>32</sup> Предоставление плана санации не является обязанностью должника. В случае, если по истечении трех месяцев план так и не будет предоставлен суду, должник не будет подвергнут санкциям. Негативными последствиями для него могут быть только отмена применения самоуправления и введение обычной процедуры несостоятельности.

## **V. Назначение процедуры самоуправления в отношении должника**

После подачи должником заявления о применении самоуправления суд, рассматривающий дело о несостоятельности должника, принимает решение о введении или об отказе в ведении данной процедуры. При этом он основывается на соблюдении условий согласно Абз. 1 § 270 InsO. О введении процедуры самоуправления должно быть сообщено публично (§ 273 InsO).

Как уже было указано, вместо арбитражного управляющего суд назначает независимого от должника и кредиторов поверенного, который не обладает полномочиями по распоряжению имуществом должника. Должник остается полноправным управляющим своим имуществом и продолжает распоряжаться им по своему усмотрению, за исключением сделок, не являющихся обычными для данного вида хозяйственной деятельности, для совершения которых ему необходимо согласие поверенного (§ 275 InsO). Кроме того, при самоуправлении на должника не налагается «публичный арест» согласно абз. 3 § 28 InsO; кредиторы могут и далее исполнять свои обязательства напрямую в отношении должника, а не управляющего. §§ 32, 33 InsO, предусматривающие внесение записей в поземельную книгу и в реестр речных, морских и воздушных судов,

---

<sup>31</sup> Uhlenbruck/Zipperer, InsO, § 270a Rn. 50.

<sup>32</sup> Hölzle, ZIP 2012, 963, 964.

также не применяется в данном случае, так как должник не теряет права распоряжаться своим имуществом.<sup>33</sup> Несмотря на существующие в доктрине споры, считается, что применение обеспечительных мер согласно абз. 2 § 21 InsO все же допустимо в том размере, который не противоречит смыслу самой процедуры самоуправления.<sup>34</sup> Таким образом, в отношении должника могут быть применены меры, установленные в абз. 2 № 1a, 3 – 5 § 21 InsO (например, созыв временного комитета кредиторов, запрет или приостановление обращения взыскания в отношении должника).

В том случае, если условия для применения самоуправления не соблюдены, суд возвращает заявление должнику. В отличие от решения о введении процедуры самоуправления, здесь законом предусмотрена обязанность суда письменно изложить основания, послужившие отказом для введения самоуправления. Такая особенность установлена для того, чтобы в будущем собрание кредиторов могло, основываясь на выводах суда, вновь обратиться в суд с заявлением о последующем введении процедуры самоуправления (§ 271 InsO).<sup>35</sup> Это положение призвано смягчить тот факт, что решение суда о введении или об отказе в применении самоуправления не подлежит обжалованию. Кредиторы, тем не менее, считающие, что нарушаются их права, могут на любом заседании собрания кредиторов квалифицированным большинством (§§ 271, 272 InsO) подать заявление о введении или отмене самоуправления, которое должно быть исполнено судом без его усмотрения. Такие положения закона гарантируют автономию воли кредиторов, предоставляя им право выбора применимой процедуры.

## **VI. Правовое положение поверенного в процедуре самоуправления**

Правовая фигура «поверенного» не была известна немецкому праву до реформы законодательства о несостоятельности, включившей самоуправление в

---

<sup>33</sup> НК-*Landfermann*, InsO, § 270 Rn. 22; Uhlenbruck/*Zipperer*, § 270 Rn. 54.

<sup>34</sup> *Neußner*, in: Kübler, HRI, § 6 Rn. 204.

<sup>35</sup> RegE, BT-Drucksache 17/5712, S. 39.

положения InsO. Сохранение за должником правомочий по управлению и распоряжению своим имуществом привело к необходимости создания принципиально нового субъекта в праве о несостоятельности и к отграничению полномочий поверенного от управляющего. По своей структуре правовые положения поверенного и управляющего можно сравнить с положениями органов акционерного общества: Если управляющего с его обязанностями защиты интересов всех участников общества и с наличием полномочий представительского характера в отношении третьих лиц от имени должника можно отнести к правлению акционерного общества, то поверенный с его полномочиями проверки и контроля больше подпадает под наблюдательный совет акционерного общества.<sup>36</sup> Как и наблюдательный совет, который функционирует лучшим образом в случае доверия и слаженной работы с правлением, так и взаимоотношения поверенного с должником должны быть непротиворечивыми и доверительными. Поэтому законодателем предусмотрена даже возможность выбора кандидатуры поверенного должником, от которой суд может отказаться только в том случае, если данная кандидатура не соответствует установленным законом требованиям к поверенному (Абз. 2 § 270b InsO). Таковым согласно § 56, 56a InsO может выступать физическое лицо, независимое от должника и кредиторов, имеющее опыт в делах о несостоятельности и подходящее к исполнению обязанностей определенного случая.<sup>37</sup>

Правовое положение поверенного законодательно закреплено в § 274 InsO. По существу правовое положение поверенного аналогично правовому положению управляющего, за исключением установленных законом особенностей. К нему применяются также правила о назначении, освобождении, отстранении, касающиеся арбитражного управляющего. За неисполнение или нарушение своих обязанностей поверенный может также нести гражданско-правовую ответственность согласно § 60 совместно с § 274 InsO. Основной обязанностью поверенного согласно абз. 1 § 274 InsO является проверка имущественного

---

<sup>36</sup> *Berner/Köster/Lambrecht*, NZI 2018, 425, 427.

<sup>37</sup> *Uhlenbruck/Zipperer*, § 270a Rn. 27.

положения должника, контроль за совершением им сделок, а также контроль его расходов на содержание (если речь идет о предпринимателях). Законодатель постарался разделить полномочия таким образом, что у должника остаются обязанности по ведению текущей хозяйственной деятельности, в то время, как поверенный перенимает полномочия, связанные с интересами кредиторов.<sup>38</sup> Так, кроме названных основных обязанностей к полномочиям поверенного относятся такие обязанности как: ведение реестра требований кредиторов (предл. 2 § 270с InsO), выдача согласия или возражения при совершении должником сделок, не относящихся к обычно совершаемым в хозяйственной деятельности (абз. 1 § 275 InsO), проверка платежей должника (абз. 2 § 275 InsO), согласие на осуществление установленных судом сделок (§ 277 InsO), обжалование действий должника согласно §§ 129 – 147 InsO (§ 281 InsO), проверка составленного должником баланса имущества (абз. 1, 3 § 281 InsO), выдача заключения относительно представленного отчета должника (абз. 2 § 281 InsO) и многое другое. Если поверенный устанавливает обстоятельства, которые могут привести к убыткам для кредиторов, то он должен немедленно сообщить кредиторам и суду об этом для того, чтобы они могли принять решение об отмене самоуправления. Таким образом, полномочия поверенного значительно шире, чем это может показаться с первого взгляда, и предусматривают значительный контроль за действиями должника, дабы избежать злоупотреблений со стороны последнего и нарушения тем самым прав кредиторов.

## **VII. Заключение**

Относительно недавно введенная процедура самоуправления успела за короткий промежуток времени стать одной из ключевых процедур современного права Германии о несостоятельности, гарантировав соблюдение баланса интересов кредиторов и должника. Так, должнику, во-первых, предоставлена возможность санировать свое предприятие без введения третьего лица и риска потерять контроль над ведением хозяйственной деятельности. Во-вторых, он может и далее

---

<sup>38</sup> Graf-Schlicker/*Graf-Schlicker*, InsO, § 270 Rn. 24.

использовать накопленный опыт в ведении хозяйственной деятельности, что должно благотворно сказываться на дальнейшем управлении имуществом и желании должника как можно раньше вступить в процедуру. В-третьих, кредиторам гарантирована защита их интересов и предоставлена возможность выбора, посредством какой процедуры их требования будут удовлетворены лучшим образом. И помочь им в этом может как раз поверенный, выступающий гарантом соблюдения прав в процедуре несостоятельности.

***Информация об авторе:***



Мария Боженова изучала юриспруденцию по специальности международное право и частное право в Сибирском Федеральном Университете (г. Красноярск, Россия), а также в Университете Пассау (Германия). Степень магистра права она получила также в Университете Пассау. После окончания обучения автор, будучи стипендиатом Студенческого фонда немецкого народа, защитила диссертацию по сравнительно-правовой теме в области экономического уголовного права. В настоящий момент Мария Боженова работает над научными проектами в отделе банкротства в юридической фирме Noerr LLP (г. Франкфурт на Майне).

# УТВЕРЖДЕНИЕ АРБИТРАЖНОГО УПРАВЛЯЮЩЕГО ПО НЕМЕЦКОМУ ПРАВУ

**(Bestellung des Insolvenzverwalters im deutschen Recht)**

*Проф. д-р Райнер Ведде (Prof. Dr. Rainer Wedde)*

## 1. Введение

Пандемия коронавируса оказывает сильное влияние и на законодательство о банкротстве. Во многих странах был введен мораторий на возбуждение дел о банкротстве,<sup>1</sup> однако количество банкротств в мире значительно выросло.<sup>2</sup> Следует ожидать, что сильный экономический спад, вызванный коронавирусом и

---

<sup>1</sup> В Германии на основании "Закона о временной приостановке обязанности подачи заявления о банкротстве и ограничении ответственности органов управления в случае банкротства, вызванного пандемией COVID-19 (COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz – COVInsAG)" в силу статьи 1 "Закона о смягчении последствий пандемии COVID-19 в гражданском, банкротном и уголовно-процессуальном законодательстве" (Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht) от 27 марта 2020 г., BGBl. Teil I Nr. 14 vom 27. März 2020, S. 569. В соответствии с § 1 этого закона обязанность подачи заявления о банкротстве в соответствии с § 15a Положения о несостоятельности приостанавливается до 30 сентября 2020 г. В соответствии с § 4 Федеральное министерство юстиции уполномочено продлить этот срок до 31 марта 2021 г. В России в ст. 9.1 Федерального Закона о несостоятельности (банкротстве) были добавлены положения о моратории на основании Федерального закона № 98-ФЗ от 01 апреля 2020 г. В Постановлении Правительства РФ № 428 от 03 апреля 2020 г. был дан перечень видов юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, на которых распространяется мораторий, в случае подачи заявлений кредиторами о возбуждении дел о банкротстве.

<sup>2</sup> [https://www.eulerhermes.de/content/dam/onemarketing/ehndbx/eulerhermes\\_de/dokumente/2020-07-euler-hermes-insolvenzupdate.pdf](https://www.eulerhermes.de/content/dam/onemarketing/ehndbx/eulerhermes_de/dokumente/2020-07-euler-hermes-insolvenzupdate.pdf) (в последний раз просмотрено 06 августа 2020 г.); для Германии организация "Кредитреформ" (Creditreform) в первом полугодии 2020 года отмечает даже небольшое снижение числа корпоративных банкротств (<https://www.creditreform.de/aktuelles-wissen/pressemeldungen-fachbeitraege/news-details/show/insolvenzen-in-deutschland-1-halbjahr-2020>) (в последний раз просмотрено 01 августа 2020 г.). Таким образом, Германия является, скорее, исключением из общемировой тенденции.

ограничительными мерами, станет причиной дальнейшего роста числа банкротств.

Арбитражный управляющий является центральным звеном в деле о несостоятельности. Результат процедуры банкротства в значительной степени зависит от его квалификации,<sup>3</sup> особенно если речь идет о санации. По этой причине стоит обратить особое внимание на порядок утверждения арбитражного управляющего, тем более, что регулирование данного вопроса существенным образом отличается в немецком и российском праве.

## 2. Основы немецкого законодательства о банкротстве

Основу немецкого законодательства о банкротстве составляет Положение о несостоятельности (Insolvenzordnung) 1995 года, вступившее в силу 1 января 1999 года.<sup>4</sup> Однако оно в значительной степени основывается на Конкурсном уставе (Konkursordnung) 1877 года, который действовал до 1998 года и в целом считался очень успешным законом.<sup>5</sup>

Немецкое законодательство о несостоятельности придерживается идеи единой процедуры.<sup>6</sup> Сказанное означает, что существует только одна процедура банкротства должника, в рамках которой достигаются различные цели, такие как, например, ликвидация юридического лица по результатам конкурсного производства или санация компании. Таким образом, в отличие от российского закона о банкротстве, которое предусматривает процедуры несостоятельности с разными названиями для достижения отдельных целей (наблюдение, финансовое

---

<sup>3</sup> Foerste, Insolvenrecht, 18. Auflage, München 2018, Rn. 48.

<sup>4</sup> Положение о несостоятельности (Insolvenzordnung (InsO) от 5 октября 1994 г., опубликовано в: BGBl. I S. 2866, актуальная версия (на немецком языке): <http://www.gesetze-im-internet.de/insol/>.

<sup>5</sup> Gottwald в: Gottwald (Hrsg.), Insolvenzrechts-Handbuch, 5. Auflage München 2015, § 1. Einführung, Rn. 8.

<sup>6</sup> Ganter/Bruns в: MüKo InsO, Band 1, 4. Auflage 2019 InsO § 1 Ziele des Insolvenzverfahrens. Rn. 10.

оздоровление, внешнее управление и конкурсное производство),<sup>7</sup> Положение о несостоятельности такого регулирования не содержит.

Законодательство о несостоятельности также устанавливает наименование арбитражного управляющего. В отличие от российского права в немецком праве существует только одно единственное наименование – "арбитражный управляющий"<sup>8</sup> ("Insolvenzverwalter") вне зависимости от процедуры по делу о банкротстве. Однако в преддверии банкротства, т.е. до возбуждения производства, используется термин "временный арбитражный управляющий" ("vorläufiger Insolvenzverwalter"). Перед ним стоит задача обеспечения сохранности конкурсной массы для того, чтобы стало возможным проведение последующего производства по делу о несостоятельности (§ 22 Положения о несостоятельности). При процедуре самоуправления ("Eigenverwaltung") используются термин "попечитель" ("Sachwalter"), поскольку здесь в первую очередь речь идет о надзоре за должником, который продолжает свою деятельность (§§ 270 и далее Положения о несостоятельности).

На арбитражного управляющего в деле возлагаются важные задачи (§ 80 Положения о несостоятельности).<sup>9</sup> Он должен вступить во владение имуществом должника; ему передаются полномочия по управлению и распоряжению (§ 148 Положения о несостоятельности). Кроме того, он должен получить информацию о состоянии активов и пассивов (§§ 151, 152, 153 Положения о несостоятельности). Он должен отчитываться перед кредиторами о состоянии активов и, в частности, дать заключение в отношении перспектив санации (§ 156 Положения о несостоятельности). Арбитражный управляющий отвечает за реализацию имущества конкурсной массы, но имеет полную свободу в выборе способа реализации (§ 159 Положения о несостоятельности). В заключение он

---

<sup>7</sup> Аналогичное имеет место в законодательстве о банкротстве США. Вопрос о том, какая из систем правового регулирования предпочтительнее, выходит за рамки настоящей статьи и может являться предметом отдельного исследования.

<sup>8</sup> В настоящей статье используется единообразный термин "арбитражный управляющий".

<sup>9</sup> Обзор в *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, 9. Auflage Tübingen 2019, Rn. 60ff.; *Holzer* в: *Beck/Depré* (Hrsg.), Praxis der Insolvenz, 3. Auflage München 2017, § 9 S. 340ff.



должен установить требования (и, возможно, также кредиторов), вести таблицу требований кредиторов (§§ 174 и далее Положения о несостоятельности). Он также несет ответственность за распределение конкурсной массы (§§ 187 и далее Положения о несостоятельности). Кроме того, он играет важную роль в процедуре банкротства (§§ 217 и далее Положения о несостоятельности).

### **3. Требования, предъявляемые к арбитражному управляющему**

Перед арбитражным управляющим стоят очень сложные задачи. При возбуждении дела о банкротстве он, как правило, сталкивается не с функционирующим предприятием, которое имеет объемную и корректную бухгалтерскую документацию, а с кризисной ситуацией, в которой многие обязанности не выполняются уже в течение длительного промежутка времени. Кроме того, арбитражный управляющий находится в жестких временных рамках и должен соответствовать большим ожиданиям сторон дела о банкротстве.<sup>10</sup>

По этой причине выбор арбитражного управляющего зачастую имеет решающее значение для положительного исхода процедуры несостоятельности.

В соответствии с предл. 1 п. 1 ст. 56 Положения о несостоятельности арбитражным управляющим может быть назначено только физическое лицо.<sup>11</sup> Сказанное исключает возможность назначения юридического лица на должность арбитражного управляющего (что возможно в некоторых других странах).

---

<sup>10</sup> *Reischl*, Insolvenzrecht, 5. Auflage Heidelberg 2020, Rn. 207.

<sup>11</sup> Сказанное подтверждено Федеральным Верховным Судом (BGH) 19 сентября 2013 г. (NJW 2013, 3374) и Федеральным Конституционным Судом (BVerfG) 12 января 2016 г. (NJW 2016, 930). Выполнение функций арбитражного управляющего юридическим лицом позволило бы обеспечить кредиторам определенное постоянство кандидатуры арбитражного управляющего и одновременно предоставило бы определенную защиту арбитражному управляющему от юридической ответственности благодаря доктрине "корпоративной вуали". Однако суды считают, что именно личное оказание услуг физическим лицом имеет большое значение для производства по делу о банкротстве; критика в *Blümle* в работе: *Braun* (Hrsg.), Insolvenzordnung, 8. Auflage München 2020, § 56 Rn. 15-18.

По господствующему мнению, должность арбитражного управляющего требует значительного личного участия.<sup>12</sup> Хотя арбитражный управляющий может делегировать многие задачи сотрудникам или третьим лицам, он должен лично выполнять важные и специфические для производства по делу о банкротстве действия.<sup>13</sup>

#### **а) Критерии для выбора**

Арбитражным управляющим может быть назначено только квалифицированное и независимое лицо, обладающее деловым опытом (п. 1 § 56 Положения о несостоятельности). Соответствие лица предполагаемой должности означает, что оно обладает качествами, необходимыми для данной деятельности, и от него можно ожидать строгого выполнения своих обязанностей. Суд также может учесть опыт предыдущих назначений в качестве арбитражного управляющего. Суд должен принимать решение о соответствии управляющего требованиям данной процедуры банкротства, принимая во внимание все существующие критерии. Для того чтобы поставить под сомнение пригодность кандидата для конкретного дела о банкротстве, недостаточно ориентироваться только на его академическое образование.<sup>14</sup> Сказанное касается также его возраста, экзаменационной оценки, размера организации, в которой работает арбитражный управляющий.

Опыт сопровождения дел по банкротству является, пожалуй, самым важным критерием. Он предполагает способность занять должность арбитражного управляющего и выполнять все необходимые обязанности. Для этого требуются многочисленные качества, особенно определенный практический опыт работы по делам о банкротстве. Наличие только теоретических знаний не достаточно. Деятельность арбитражного управляющего во многом определяется практическими навыками. Также необходимы знания в области права и

---

<sup>12</sup> См. BVerfG vom 03.08.2009, NZI 2009, 641.

<sup>13</sup> Göcke в: *Fridgen/Geiwitz/Göpfert*, BeckOK InsO, 19. Edition, Stand: 15.4.2020, InsO § 56, Rn. 18.

<sup>14</sup> *Ganter*, Der Beruf des Insolvenzverwalters zwischen allen Stühlen?, NZI 2018, 137 (140).

управления бизнесом.<sup>15</sup> Такие навыки и знания могут быть подтверждены не только определенными дипломами о профессиональном образовании, но и дипломами о повышении квалификации. В качестве других критериев могут выступать знание отрасли экономики, размер офиса (в случае крупного производства о несостоятельности), близость к месту нахождения должника.<sup>16</sup> Указанные критерии всегда должны оцениваться исходя из особенностей конкретного дела о несостоятельности.<sup>17</sup>

Наиболее проблематичной является оценка судом законодательного требования о независимости кандидатуры арбитражного управляющего. Арбитражный управляющий не служит ни должнику, ни кредиторам, ни другим участникам дела о банкротстве. Поэтому он должен действовать без постороннего влияния, в частности, он не может отдавать предпочтение отдельным лицам. При этом на требование о независимости арбитражного управляющего не влияет тот факт, что первоначально именно должники или кредиторы предлагают его кандидатуру (пп. 1 п. 3 часть 1 § 56 Положения о несостоятельности). В последнее время законодатель явно активизировал участие кредиторов в процедуре назначения.<sup>18</sup>

Оценить независимость не так просто, если существуют тесные отношения с другими лицами, участвующими в деле о банкротстве. Например, если третье лицо предоставляло должнику, находящемуся в тяжелой экономической ситуации, до банкротства консультации для улучшения экономических показателей компании, то суд впоследствии может не назначить данное лицо арбитражным управляющим. Исключение составляет случай, если консультация дается только *"в общей форме относительно хода производства по делу и его последствий"* (пп. 2 предл. 3 п. 1 § 56 Положения о несостоятельности). Законодательное положение призвано укрепить практику получения экспертных консультаций в условиях кризиса. Однако неопределенное понятие "общая

---

<sup>15</sup> См. Zipperer в: Uhlenbruck, Insolvenzordnung, 15. Auflage München 2019, InsO § 56, Rn. 18.

<sup>16</sup> По этому вопросу: Foerste, Insolvenzrecht, Rn. 48a.

<sup>17</sup> По этому вопросу: Foerste, Insolvenzrecht, Rn. 48a.

<sup>18</sup> См. ниже п. б).

консультация" вызывает на практике вопросы у лиц, участвующих в деле о банкротстве. Как правило, тот, кто обращается за консультацией в период кризиса, хочет получить больше, чем просто общую информацию.<sup>19</sup> Однако лицо, которое детальным образом консультировало должника, впоследствии не может быть назначено в качестве арбитражного управляющего.

Закон не содержит никаких иных требований, предъявляемых к арбитражным управляющим. Немецкое законодательство о банкротстве в отличие от российского (см. ст. 20 российского Закона о несостоятельности) не содержит требований к квалификации арбитражного управляющего.<sup>20</sup> Немецкий закон не требует наличие у кандидата ни конкретной (академической) степени, ни определенного профессионального опыта, измеряемого годами, ни прохождения практики у арбитражного управляющего. Это позволяет применять гибкий подход, но в то же время возлагает на суд по делам о несостоятельности высокую степень ответственности при отборе и последующем надзоре за деятельностью арбитражного управляющего.

## **в) Практические аспекты**

На практике большинство арбитражных управляющих являются юристами.<sup>21</sup> В отличие от России в Германии нет отдельных профессиональных объединений арбитражных управляющих,<sup>22</sup> которые влияли бы на образование, отбор и

---

<sup>19</sup> Критика также в *Foerste*, *Insolvenzrecht*, Rn. 48b.

<sup>20</sup> В Англии или Франции также есть требования к арбитражным управляющим, см. *Blümle* в: *Braun* (Hrsg.), *Insolvenzordnung*, § 56 Rn. 32.

<sup>21</sup> Это ведет к тому, что они подчиняются профессиональным правилам юридической профессии и должны, среди прочего, подтверждать наличие страховки.

<sup>22</sup> Такие объединения как "Союз арбитражных управляющих Германии" (*Verband der Insolvenzverwalter Deutschlands*) (<https://www.vid.de/>), "Гравенбрухский кружок" (*Gravenbrucher Kreis*) (<https://www.gravenbrucher-kreis.de/>), "Новая ассоциация арбитражных управляющих Германии" (*Neue Insolvenzverwaltervereinigung Deutschlands*) (<https://www.nivd.de/>) или "Комитет по банкротному праву и санации Немецкой ассоциации юристов" (*Arbeitskreis Insolvenzrecht & Sanierung des Deutschen Anwaltsvereins*) (<https://arge-insolvenzrecht.de/de/>) занимаются лишь консультированием и сопровождением.

назначение арбитражных управляющих.<sup>23</sup> Это исключает возможное влияние саморегулируемых организаций (объединений) на дело о банкротстве, но переносит ответственность на суд.

Практика адаптировалась к различным условиям. Для крупных дел о банкротстве были созданы крупные межрегиональные фирмы,<sup>24</sup> которые работают только в сфере банкротства. Менее крупные дела сопровождают юристы, имеющие и другие специализации. Есть также юристы, специализирующиеся на представлении интересов клиентов при оспаривании сделок должника.

В качестве арбитражных управляющих по-прежнему чаще всего выступают юристы. Такая ориентация на юристов была понятна в прошлом, когда основной упор в делах о банкротстве делался на разделение должника и реализацию его активов. Однако упор на санацию, вытекающий из § 1 Положения о несостоятельности, делает данную тенденцию проблематичной. При санации производственно-экономические знания, естественно, приобретают большее значение, чем опыт юридической работы.<sup>25</sup>

#### **4. Процедура назначения**

Выбор и назначение арбитражного управляющего относятся к компетенции суда по делам о банкротстве, т.е. местного компетентного участкового суда (п. 1 § 2, п. 1 § 3 Положения о несостоятельности). В соответствии с пп. 1 п. 1 § 18 Закона о служащих суда (Rechtspflegengesetz) (RPflG) решение принимается судьей. Назначение управляющего является необходимой частью судебного акта о возбуждении дела о банкротстве (п. 1 § 27 Положения о несостоятельности).

---

<sup>23</sup> См. комплексную процедуру назначения арбитражного управляющего, предусмотренную российским законом о несостоятельности, при которой саморегулируемые организации арбитражных управляющих играют решающую роль.

<sup>24</sup> О рынке арбитражных управляющих *Frind* в: *Schmidt* (Hrsg.), *Hamburger Kommentar zur Insolvenzordnung*, 7. Auflage Köln 2019, § 56 Rn. 2.

<sup>25</sup> Юристы не обладают такими знаниями после обучения.

Однако, как правило, предпосылки для назначения управляющего определяются гораздо раньше.

Во-первых, на практике чаще всего арбитражным управляющим назначается лицо, которое ранее выступало в качестве временного арбитражного управляющего.<sup>26</sup> Задачей временного управляющего является защита будущей конкурсной массы на этапе между подачей заявления и открытием производства. Таким образом, временный арбитражный управляющий выполняет надзорные функции.<sup>27</sup> Вместе с тем временный арбитражный управляющий часто назначается в качестве эксперта для проверки наличия оснований для возбуждения дела о банкротстве и достаточности конкурсной массы для возбуждения дела. Очевидно, что временный арбитражный управляющий в результате этой деятельности обладает значительными преимуществами в плане осведомленности. По этой причине целесообразным является назначение временного арбитражного управляющего в качестве (окончательного) арбитражного управляющего. Однако этот вопрос решается перед возбуждением дела о банкротстве.

Во-вторых, суд по делам о банкротстве выбирает арбитражного управляющего не произвольно, а обращаясь к опытным кандидатам, которые уже известны суду по результатам практической деятельности в других дела о банкротстве. Особенно это относится к крупным делам о банкротстве, которые находятся в центре внимания общественности. Однако такой подход осложняет доступ новых кандидатов к назначению.

---

<sup>26</sup> Frind в: Schmidt (Hrsg.), Hamburger Kommentar zur Insolvenzordnung, § 56 Rn. 7; Требования действуют параллельно.

<sup>27</sup> §§ 21, 22 Положения о несостоятельности: только в исключительных случаях назначается так называемый "сильный арбитражный управляющий", которому передаются полномочия по управлению и распоряжению. Вмешательство в права должника до открытия производства возможно только в исключительных случаях, например, при уголовных преступлениях.

## а) Предварительные списки

Вопрос доступа к профессии арбитражного управляющего является дискуссионным и был предметом нескольких конституционных споров. Конституционный Суд указал, что арбитражное управление является профессией по смыслу ст. 12 Основного закона, поэтому к ней должен быть обеспечен свободный доступ.<sup>28</sup> Однако суды по делам о банкротстве обязаны действовать оперативно. Любое промедление создает угрозу уменьшения конкурсной массы. Ранее это приводило к практике, при которой судьи постоянно назначали арбитражного управляющего из круга хорошо им знакомых арбитражных управляющих и не рассматривали иных внешних кандидатов.<sup>29</sup> Де-факто это приводило к образованию круга, закрытого для посторонних лиц. Судебная практика положила, однако, этому конец.

В настоящее время существует двухэтапная процедура назначения, закрепленная законом. В соответствии с предл. 2 п. 1 § 56 Положения о несостоятельности на первом этапе суд по делам о банкротстве должен в первую очередь учитывать лиц, готовых взять на себя управление. Это происходит в форме так называемых открытых предварительных списков.<sup>30</sup> Любое заинтересованное лицо, соответствующее общим требованиям к должности арбитражного управляющего, может обратиться с требованием о включении в этот список. Если суд отказывает во включении в список, этот вопрос может быть рассмотрен в судебном порядке. Поскольку сопровождение дела о банкротстве в определенных случаях может быть достаточно прибыльным, это иногда приводит к формированию достаточно длинных предварительных списков в некоторых судах.<sup>31</sup> Спорным, однако,

---

<sup>28</sup> BVerfG от 03.08.2004, NJW 2004, 2725; по этому вопросу Reischl, *Insolvenzrecht*, Rn. 216; *Frind* в: *Schmidt* (Hrsg.), *Hamburger Kommentar zur Insolvenzordnung*, § 56 Rn. 12, назначение как Justizverwaltungsakt.

<sup>29</sup> *Blümle* в: *Braun* (Hrsg.), *Insolvenzordnung*, § 56 Rn. 2-7.

<sup>30</sup> См., например, данные Участкового суда Фридберга: <https://ordentliche-gerichtsbarkeit.hessen.de/ordentliche-gerichte/lgb-gie%C3%9Fen/ag-friedberg/eigene-formulare> (в последний раз просмотрено 05 августа 2020 г.).

<sup>31</sup> См. *Foerste*, *Insolvenzrecht*, Rn. 48c.

является вопрос о том, насколько данные списки действительно могут обеспечить прозрачность производства по делу о банкротстве.

## **в) Конкретный выбор**

Вторым этапом является назначение арбитражного управляющего по делу о банкротстве должника. Суд должен выбрать наиболее подходящего арбитражного управляющего для конкретного дела, соблюдая при этом жесткие процессуальные сроки. При подборе арбитражного управляющего необходимо учитывать, о каком должнике идет речь, профессиональную пригодность арбитражного управляющего, его деловой опыт, независимость от лиц, участвующих в деле о банкротстве. Большую роль играют также такие аспекты, как близость места нахождения арбитражного управляющего к месту нахождения должника, знание отрасли, в которой работает должник, опыт работы арбитражного управляющего. Все критерии необходимо рационально рассмотреть по отношению друг к другу. Суд обладает достаточно широким усмотрением при выборе арбитражного управляющего,<sup>32</sup> но должен действовать максимально осмотрительно.<sup>33</sup>

Назначение конкретного лица арбитражным управляющим не может быть оспорено.<sup>34</sup> Иски иных кандидатов, претендовавших на должность управляющего, противоречили бы цели процедуры банкротства и блокировали бы его. Заинтересованность лиц, участвующих в деле о банкротстве, в быстром осуществлении мер в ходе процедуры несостоятельности имеет приоритет.

---

<sup>32</sup> *Göcke* в: *Fridgen/Geiwitz/Göpfert*, BeckOK InsO, InsO § 56, Rn. 34.

<sup>33</sup> *Blimle* в: *Braun* (Hrsg.), *Insolvenzordnung*, § 56 Rn. 80.

<sup>34</sup> Право на назначение отсутствует, поэтому подача иска исключается, *BVerfG* vom 23.5.2006 und 19.7.2006, *NJW* 2006, 2614 und *NZI* 2006, 636; также *Frind* в: *Schmidt* (Hrsg.), *Hamburger Kommentar zur Insolvenzordnung*, § 56 Rn. 110. Однако, в судебном порядке возможно обосновать ошибочность назначения. В таком случае, возможно привлечение государства к ответственности.



### с) Практика и критика

Описанная выше процедура назначения активно критикуется, так как де-факто она приводит к тому, что предпочтение отдается известным арбитражным управляющим. Реальные шансы на получение дел, особенно крупных дел, имеют только арбитражные управляющие, уже хорошо знакомые суду.<sup>35</sup> Для первого назначения кандидату зачастую необходима многолетняя работа у уже известного арбитражного управляющего, которая перерастет впоследствии в работу арбитражным управляющим. Как правило, лицо, только приступающее к работе арбитражного управляющего, сначала получает небольшие дела и должен в них себя проявить.

Однако такая практика не только нарушает права иных кандидатов, которые не были назначены судом, но и кредиторов, интересы которых имеют первостепенное значение. По этим причинам по результатам относительно недавней реформы 2011/2012 годов законодатель значительно усилил права кредиторов в крупных делах. В § 56a Положения о несостоятельности большая роль отдается временному комитету кредиторов. Если процедура банкротства является большой (соответствует определенным критериям о выручке должника и о количестве работников), то формируется временный комитет кредиторов (§ 22a Положения о несостоятельности). Комитет кредиторов вправе представить свою позицию в суде, предлагать кандидатуры управляющего, а также устанавливать требования к арбитражному управляющему. Суд может отказать в

---

<sup>35</sup> Тем не менее, арбитражный управляющий несет значительные затраты для выполнения этих требований, как указано у *Frind* в: *Schmidt* (Hrsg.), *Hamburger Kommentar zur Insolvenzordnung*, § 56 Rn. 82. Ситуация усугубляется тем, что размер вознаграждения зависит от размера конкурсной массы. Это означает, что с финансовой точки зрения небольшие дела о банкротстве менее привлекательны для управляющего. До тех пор, пока государство не будет нести расходы, связанные с банкротством, это будет влечь за собой ситуацию, при которой арбитражные управляющие по просьбе суда соглашаются на сопровождение небольших дел о несостоятельности только за тем, чтобы в будущем получить более крупное (и соответственно прибыльное) производство по делу о банкротстве.

назначении управляющего, выбранного кредиторами единогласно, только при определенных условиях.<sup>36</sup>

Если суд не проводил заседание по рассмотрению доводов комитета и назначил управляющего самостоятельно, то комитет кредиторов при определенных обстоятельствах позднее может избрать арбитражным управляющим другое лицо.

После назначения арбитражного управляющего судом кредиторы на первом собрании кредиторов могут выбрать другого арбитражного управляющего (§ 57 Положения о несостоятельности). Для этого необходимо "двойное большинство": большинство требований (учитываются требования, которые были предъявлены должнику и которые не оспариваются), предъявленных по делу, и большинство голосующих кредиторов.<sup>37</sup> Суд по делам о банкротстве может не согласиться с таким назначением только при определенных условиях.<sup>38</sup> Сказанное усиливает роль кредиторов при назначении управляющего.<sup>39</sup>

Однако по результатам нововведений появляется риск, что отдельные кредиторы будут иметь слишком сильное влияние на производство по делу. Некоторые кредиторы (банки, налоговые органы, организации социального страхования), как правило, включают свои требования в реестр на самой ранней стадии, и они могут оказать большее влияние на выбор арбитражного управляющего, чем остальные кредиторы.<sup>40</sup> Существует риск, что эти кредиторы могут предлагать арбитражных управляющих, с которыми они обычно работают в других дела о банкротстве.

---

<sup>36</sup> В соответствии с § 56a III Положения о несостоятельности временный комитет кредиторов, если его не заслушали, может единогласно потребовать назначения другого арбитражного управляющего, *Zipperer* в: *Uhlenbruck*, *Insolvenzordnung*, § 56a, Rn. 16.

<sup>37</sup> Об изменениях от 2001 г., *Vallender/Zipperer* в: *Uhlenbruck* (Hrsg.), *Insolvenzordnung*, § 57 Rn. 3.

<sup>38</sup> В отношении большей автономии кредиторов при назначении управляющего: *Becker*, *Umfassendes Recht der Gläubigerversammlung zur Wahl des Insolvenzverwalters – Ein Plädoyer für mehr Gläubigerautonomie*, NZI 2011, 961.

<sup>39</sup> *Graeber* в: *MüKo InsO*, Band 1, 4. Aufl. 2019, *InsO* § 57 Rn. 1.

<sup>40</sup> *Vallender/Zipperer* в: *Uhlenbruck* (Hrsg.), *Insolvenzordnung*, § 57 Rn. 1.

В отличие от России (п. 1 ст. 20 российского Закона о несостоятельности) гражданство арбитражного управляющего не играет роли при назначении. Ст. 102a Вводного закона к Положению о несостоятельности устанавливает, что в предварительный список кандидатов могут быть включены также арбитражные управляющие из других стран Европейского экономического пространства.<sup>41</sup> Таким образом, потенциально кандидаты из других стран могут быть назначены арбитражными управляющими.<sup>42</sup> Однако зачастую этому мешают языковой барьер, отсутствие юридических знаний и расстояние.

## 5. Статус арбитражного управляющего в деле

Арбитражный управляющий не выполняет публично-правовых функций. Его деятельность контролирует суд по делу о банкротстве. Правовое положение управляющего хорошо защищено законом. Кредиторы имеют на него лишь ограниченное влияние.

### а) Правовой статус

Гражданско-правовой статус арбитражного управляющего очень неоднозначен.<sup>43</sup>

- В соответствии с так называемой "теорией органа" (Organtheorie), он действует в качестве органа конкурсной массы; однако имущественная масса, как правило, не имеет органов.
- Согласно "теории представителя" (Vertretertheorie), арбитражный управляющий является (законным) представителем должника. Новая "теория представителя" (neue Vertretertheorie) рассматривает его даже как орган юридического лица. Однако арбитражный управляющий, в отличие от представителя, действует не в интересах должника.

---

<sup>41</sup> См. *Frind* в: *Schmidt* (Hrsg.), *Hamburger Kommentar zur Insolvenzordnung*, § 56 Rn. 21f.

<sup>42</sup> *Thole* в: *MüKo InsO*, Band 4, 3. Aufl. 2016, *EGInsO Art. 102a Rn. 1*.

<sup>43</sup> *Bork*, *Einführung in das Insolvenzrecht*, Rn. 73ff. Эти теории имеют значение для процессуального права, поскольку они определяют, кто является стороной производства (арбитражный управляющий или должник).

- "Теория нейтрального действия" (Theorie vom neutralen Handeln) рассматривает арбитражного управляющего как управляющего чужим имуществом. При этом остается неясным, от чьего имени он фактически действует.
- Господствующей является "теория службы" (Amtstheorie), в соответствии с которой арбитражный управляющий действует от своего имени в отношении конкурсной массы как частное должностное лицо.<sup>44</sup>

В соответствии с п. 1 § 60 Положения о несостоятельности арбитражный управляющий несет ответственность перед участниками процедуры за виновное нарушение своих обязанностей. В своей работе он должен проявлять осмотрительность порядочного и добросовестного арбитражного управляющего.<sup>45</sup> Пункт 2 § 60 Положения о несостоятельности предусматривает также случаи ответственности сотрудников арбитражного управляющего. В соответствии с § 61 Положения о несостоятельности арбитражный управляющий также несет ответственность за невыполнение обязательств, которые были приняты на себя должником в лице управляющего после возбуждения процедуры банкротства.

В соответствии с § 63 Положения о несостоятельности арбитражный управляющий имеет право на вознаграждение и компенсацию расходов. Размер вознаграждения определяет суд по делам о банкротстве (п. 1 § 64 Положение о несостоятельности). Основанием является Положение о вознаграждении в сфере банкротства (Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung) (InsVV),<sup>46</sup> согласно которому основой является объем конкурсной массы на момент завершения дела; это обеспечивает мотивацию арбитражного управляющего для комплексного

---

<sup>44</sup> Foerste, Insolvenzrecht, Rn. 176ff.

<sup>45</sup> Недавно Федеральный Верховный Суд отклонил распространение правила защиты делового решения (Business judgement rule) на арбитражных управляющих, BGH vom 12.3.2020, NJW 2020, 1800; по этому вопросу также: Becker, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, Tübingen 2016.

<sup>46</sup> Текст положения (на немецком языке): <http://www.gesetze-im-internet.de/insvv/> (в последний раз просмотрено 07 августа 2020 г.).

определения размера конкурсной массы. Суд может определять надбавки к вознаграждению и вычеты из него, учитывая особенности конкретного производства. Кредиторы не имеют влияния на размер вознаграждения.<sup>47</sup>

## **в) Прекращение полномочий арбитражного управляющего**

Надзор за деятельностью арбитражного управляющего осуществляет суд по делам о банкротстве (§ 58 Положения о несостоятельности).<sup>48</sup> Арбитражный управляющий подотчетен суду и может быть принужден судом к выполнению своих обязательств, в том числе путем наложения штрафа. Однако на практике суды зачастую не располагают ни ресурсами, ни знаниями, необходимыми для осуществления строгого надзора за деятельностью арбитражного управляющего. В качестве *ultima ratio* суд может отстранить арбитражного управляющего, если на то есть веские основания (§ 59 Положения о несостоятельности).<sup>49</sup> К таким основаниям относятся, например, неспособность исполнять свои обязанности, серьезные нарушения обязанностей или обман суда. На практике это случается редко.

Только Собрание кредиторов и комитет кредиторов (но не отдельные кредиторы) вправе обратиться в суд с заявлением об отстранении управляющего. Они могут предоставить суду информацию, позволяющую ему изучить наличие веских оснований.<sup>50</sup> Таким образом, после проведения первого собрания кредиторов влияние кредиторов ограничено. Кредиторы могут добиться смены арбитражного управляющего только в том случае, если они докажут наличие веских оснований. Участие отдельных кредиторов ограничивается участием в собрании кредиторов или комитете кредиторов и представлением информации суду.

---

<sup>47</sup> Суд обязан заслушать позицию кредиторов. В случае несогласия с решением суда кредиторы вправе обжаловать судебный акт: *Vuia* в: *K. Schmidt* (Hrsg.), *InsO*, § 64 Rn. 13f.

<sup>48</sup> *Blümle* в: *Braun* (Hrsg.), *Insolvenzordnung*, § 58 Rn. 4.

<sup>49</sup> *Ries* в: *K. Schmidt* (Hrsg.), *InsO*, 19. Auflage München 2016, § 59, Rn. 4-8.

<sup>50</sup> *Blümle* в: *Braun* (Hrsg.), *Insolvenzordnung*, § 59 Rn. 3.

## 6. Вывод

В отличие от российского права, назначение арбитражного управляющего в немецком праве основано на гибком подходе и не предполагает участия такой дополнительной инстанции как саморегулируемые организации.

Контроль за арбитражными управляющими в Германии осуществляют только кредиторы и суд. В России, напротив, существенными властными полномочиями по надзору за управляющими обладает также Росреестр (федеральный орган исполнительной власти).

В целом производство по делам о банкротстве в Германии ведется весьма эффективно.<sup>51</sup>

В настоящее время в Германии обсуждается вопрос о том, необходимы ли специальные правовые нормы, регулирующие профессиональную деятельность арбитражных управляющих.<sup>52</sup> В этой связи рассматривается создание отдельной палаты арбитражных управляющих по аналогии с юристами и налоговыми консультантами.<sup>53</sup> В рамках данной дискуссии анализируются также возможные изменения по допуску к данной профессии (например, закрепление требований к квалификации кандидата или введение экзамена для получения статуса управляющего). В настоящее время отсутствует конкретный план реформы, и кроме того, пандемия выдвинула на первый план иные темы.

---

<sup>51</sup> Так, по критерию "Разрешение дел о банкротстве" в исследовании Всемирного банка "Ведение бизнеса 2020" Германия заняла 4-е место; <https://www.doingbusiness.org/en/data/exploreconomies/germany> (в последний раз просмотрено 07 августа 2020 г.).

<sup>52</sup> Дискуссия продолжается уже давно, в коалиционном соглашении нынешней правительственной коалиции от 12.03.2018 даже упоминается о намерении создать правовую базу для профессионального допуска и практики арбитражных управляющих и попечителей; *Braun/Frank, Auslaufmodell anwaltlicher Insolvenzverwalter?* NZI 2020, 1; в отношении профессионального стандарта: *Frind* в: *Schmidt* (Hrsg.), *Hamburger Kommentar zur Insolvenzordnung*, § 56 Rn. 13-15.

<sup>53</sup> Однако они не возьмут на себя функции, аналогичные функциям, которые выполняют саморегулируемые организации арбитражных управляющих в России.

В Германии нередки споры о процедуре назначения управляющего. Необходимость оперативного принятия решения о кандидатуре управляющего без должной информации обо всех обстоятельствах дела сама по себе является трудной и, вероятно, исключает абсолютно прозрачный доступ к арбитражному управлению.<sup>54</sup> Поэтому правовая основа назначения управляющего, вероятно, не будет изменена в ближайшее время, даже несмотря на экономический кризис, вызванный пандемией коронавируса.

*Информация об авторе:*



Проф. д-р Райнер Ведде является профессором экономического права в бизнес-школе Висбадена, советником в Московском офисе БАЙТЕН БУРКХАРДТ и председателем Германо-российской ассоциации юристов.

Контактные данные: [r.wedde@wile-institute.eu](mailto:r.wedde@wile-institute.eu).

---

<sup>54</sup> См. также *Frind* в: *Schmidt* (Hrsg.), *Hamburger Kommentar zur Insolvenzordnung*, Köln 2019, § 56 Rn. 36.

## О ЗНАЧЕНИИ ИСТОРИИ ПРАВА В СЕГОДНЯШНЕЙ ГЕРМАНИИ

(Zur Bedeutung der Rechtsgeschichte in Deutschland)

Д-р Макс Гутброд (Dr. Max Gutbrod)

### 1. Черты изменения взглядов на историю права

История права (нем.: "*Rechtsgeschichte*") - органичная часть юридического образования в Германии.<sup>1</sup> Но примечательно, что история права и изменения отношения к истории не играет большой роли в такой книге Ш. Грундманна и К. Ризенхубера, как "Развитие частного права в контексте" (*Grundmann/Riesenhuber Private Law Development in Context*), которая обобщила итоги деятельности знаменитых немецкоговорящих цивилистов второй половины

---

<sup>1</sup> Характерное описание на сайте одного из университетов: "Das Studium der Rechtswissenschaft vermittelt den Studierenden Kenntnisse des geltenden Rechts sowie die Fähigkeit, diese systematisch einzuordnen und kritisch zu reflektieren. Hierbei geht es nicht um das schlichte Auswendiglernen von Normen und gerichtlichen Entscheidungen, sondern um Strukturwissen und Methode. Es werden analytische Fähigkeiten, argumentative Präzision und die sachgerechte sowie wissenschaftlich exakte Form der Darstellung geschult. Aus diesen Gründen werden auch die Grundlagenfächer wie Rechtsphilosophie, Rechtsgeschichte, Rechtssoziologie, Juristische Methodenlehre und Rechtsvergleichung in das Studium integriert" (рус., "Изучение науки права дает студентам знание применимого права и способность систематически классифицировать и критически размышлять. Речь идет не о простом заучивании норм и судебных решений, а о структурированном знании и методике. Вырабатываются аналитические навыки, точность аргументации, а также сущностно-релевантная и научно-точная форма изложения. По этим причинам в курс интегрированы такие основные предметы, как философия права, история права, социология права, методология права и сравнительное правоведение"), <https://www.uni-heidelberg.de/de/studium/alle-studienfaecher/rechtswissenschaftjura/rechtswissenschaftjura-staatsexamen> (дата обращения: 03.04.2020).



XX века.<sup>2</sup> Наверное, столь незначительная роль истории права объясняется тем, что отношение к истории затрагивается в методологических рассуждениях.<sup>3</sup>

Тем не менее, в обобщениях, из которых состоит указанная книга, упоминаются исторические работы, различные выводы в отношении истории права,<sup>4</sup> а также утверждается, что определенные вопросы устарели или сегодня не в моде. Например, описывается, что один из правоведов, жизнеописание которого приведено в книге, придавал истории значение для целей понимания современного права,<sup>5</sup> поскольку исторический опыт позволяет излагать проблемы,<sup>6</sup> которые на исторической базе могут быть систематизированы<sup>7</sup> и затем адекватно урегулированы;<sup>8</sup> однако, в книге нет оценки данного взгляда.<sup>9</sup> Также, в главе о В. Флюме можно найти массу сожалений, не вполне ясно излагаемых,<sup>10</sup> об

---

<sup>2</sup> Имеются в виду следующие главы книги: *Henssler/Höpfner* Scholarship, Methodology and the Intimate Link to Practice as Driving Factors of "German" Private Law Development; *Windbichler* Private Law Scholars and Private Law Scholarship: Some Remarks on Their Relationship; *Vogenauer* Vorsprung durch Technik: Private Law Scholarship in 20th Century Germany from a Comparative Perspective; *Thiessen* Core Lines of Discussion - With Particular Emphasis on Scholarship in Times of National Socialism и *Krause* Dogma, Internationalisation and Economy: Three Core Features of the Development in the 20th and 21st Centuries в: *Grundmann/Riesenhuber* Private Law Development in Context, Cambridge 2018.

<sup>3</sup> Например, в главе *Krause* Dogma, Internationalisation and Economy: Three Core Features of the Development in the 20th and 21st Centuries в: *Grundmann/Riesenhuber* Private Law Development in Context, Cambridge 2018, стр. 853, понимает отношение к догматике как части науки.

<sup>4</sup> См., например, обобщения историков права в главе *Grundmann/Riesenhuber* Private Law Scholarship and the Development of Private Law в: *Grundmann/Riesenhuber* Private Law Development in Context, Cambridge 2018, стр. 3, 16.

<sup>5</sup> См. в главе *Luig* относительно *Coing* в: *Grundmann/Riesenhuber* Private Law Development in Context, Cambridge 2018, стр. 172.

<sup>6</sup> См. в главе *Luig* относительно *Coing* в: *Grundmann/Riesenhuber* Private Law Development in Context, Cambridge 2018, стр. 176.

<sup>7</sup> См. в главе *Luig* относительно *Coing* в: *Grundmann/Riesenhuber* Private Law Development in Context, Cambridge 2018, стр. 171 cc

<sup>8</sup> См. в главе *Luig* относительно *Coing* касательно "proper ordering" в: *Grundmann/Riesenhuber* Private Law Development in Context, Cambridge 2018, стр. 177.

<sup>9</sup> См. предыдущие сноски. Изменения взгляда на текст закона, похожие на изменения в оценке истории права, описанные в настоящей статье, описывает работа, которая для меня является ключевой (имею ввиду *Gernhuber* Die Billigkeit und ihr Preis в: *Rechtswissenschaftliche Abteilung der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Tübingen*, *Summum ius - summa iniuria*, Tübingen 1963, стр. 205), и в ней изменения описываются как последствия устаревания ГТУ, которые, как следствие, ведут к возрастанию роли судей для правовой науки; см. в главе *Westermann* относительно *Gernhuber*, стр. 783, с аргументом, что тематика - философическая и не его специальность.

<sup>10</sup> В отношении гражданского права речь идет, например, о "незаметном влиянии социализма и политизации под флагом фундаментальных прав" ("subtle socialisation and politicisation under the

отсутствии в сегодняшней правовой науке строгого научного подхода.<sup>11</sup> Наоборот, в главе о Х. Вестерманне встречается сожаление о том, что он часто тратил усилия на определение сущности правовых феноменов.<sup>12</sup>

Похожее впечатление об устаревании целей чувствуется в связи с упоминанием ответа К.-В. Канариса на разочарование К. Ларенца о том, что последнему не удалось написать книгу о Гегеле: К.-В. Канарис ответил, что такое достижение, как книга о Гегеле, заменяется признанием менее теоретических работ К. Ларенца.<sup>13</sup>

Возможно, этот и похожие моменты не нашли отражения в обобщении деятельности правоведов, поскольку они, исходя из использованного в книге подхода к изложению (рассказ об учителе), являются субъективными. Но, вместе с тем, особенно когда признаются значимыми личные взгляды и устные рассказы, а также вероятность того, что такие взгляды и рассказы могут заменить объёмные исторические работы,<sup>14</sup> возникает впечатление, что неосознанно меняется и взгляд на историю права.

## 2. Интерес к истории права

Изменение взглядов, как бы то ни было, не означает отсутствия интереса к истории. Наоборот, особенно в последнее время появляется достаточно интересных работ по истории права, которые позволяют переосмыслить

---

banner of the realisation of fundamental rights"), см. в главе Lobinger относительно Flume в: *Grundmann/Riesenhuber Private Law Development in Context*, Cambridge 2018, стр. 681, 693.

<sup>11</sup> Что является "нашим долгом" ("our liability"), см. в главе Lobinger относительно Flume в: *Grundmann/Riesenhuber Private Law Development in Context*, Cambridge 2018, стр. 681 и особенно стр. 694.

<sup>12</sup> См. в главе Schulte относительно Westermann в: *Grundmann/Riesenhuber Private Law Development in Context*, Cambridge 2018, стр. 709, 717.

<sup>13</sup> См. в главе Canaris относительно Larenz в: *Grundmann/Riesenhuber Private Law Development in Context*, Cambridge 2018, стр. 642, 679.

<sup>14</sup> Подход об описании истории как истории правоведов в общих чертах дан в главе *Grundmann/Riesenhuber Private Law Scholarship and the Development of Private Law* в: *Grundmann/Riesenhuber Private Law Development in Context*, Cambridge 2018, стр. 3; см. более ясно направленное обозначение, например, в: *Rosa Ramos/Silva Filho Orlando Gomes*, стр. xiii и далее.

дискуссии XVIII века и их теоретические рамки. В качестве случайного примера: взаимосвязи между разными отраслями права разных народов в истории были изучены, с сколь возможно большим к ним уважением, в том числе с использованием методологии этнологии: примерно так сделала Фрайбургская школа<sup>15</sup> с явной целью найти различные, по-видимому, работоспособные сочетания и балансы.<sup>16</sup> Особенный интерес для СНГ представляет изучение истории термина "юридический факт" и контекста его использования.<sup>17</sup>

Для раскрытия темы данной статьи особенно значим взгляд В. Хаферкампа на так называемую "историческую школу права" (и причина отнюдь не недискриминационно в том, что историческая школа права отдавала предпочтение изучению римского права: показательно, что, когда Ф.К. фон Савиньи исследовал Средние века, он изучал "Римское право в Средние века"<sup>18</sup>). Причину интереса к римскому праву В. Хаферкамп объясняет тем, что римское право наиболее доступно показывает варианты разрешения многочисленных проблем. Результат такого изучения римского права - догматика. Целью догматики, в свою очередь, как утверждает В. Хаферкамп,<sup>19</sup> было найти более убедительные общие обязывающие принципы, нежели те, что были признаны

---

<sup>15</sup> О ее роли в правовой доктрине на базе описания в *Grundmann/Riesenhuber Private Law Development in Context*, Cambridge, 2018 дано несколько замечаний в тексте, обозначенных в сноске 295 в: *Gutbrod About the Relevance of German Civil Law Science of the 20th Century for the CEE and CIS*, [https://www.academia.edu/35357187/Review\\_Essay\\_About\\_the\\_Relevance\\_of\\_German\\_Civil\\_Law\\_Science\\_of\\_the\\_20th\\_Century\\_for\\_the\\_CEE\\_and\\_CIS\\_A\\_review\\_of\\_Stefan\\_Grundmann\\_Karl\\_Riesenhuber\\_Deutschsprachige\\_Zivilrechtslehrer\\_des\\_20.\\_Jahrhunderts\\_in\\_Berichten\\_ihrer\\_Sch% C3% BCler?auto=download](https://www.academia.edu/35357187/Review_Essay_About_the_Relevance_of_German_Civil_Law_Science_of_the_20th_Century_for_the_CEE_and_CIS_A_review_of_Stefan_Grundmann_Karl_Riesenhuber_Deutschsprachige_Zivilrechtslehrer_des_20._Jahrhunderts_in_Berichten_ihrer_Sch% C3% BCler?auto=download) (дата обращения: 26.07.2020).

<sup>16</sup> См. *Fikentscher Modes of Thought*, 2nd edition, Tübingen 2004; книга даже освещает коммунизм, см. стр. 439.

<sup>17</sup> *Thiago Reis Savignys Theorie der juristischen Tatsachen*, Frankfurt/Main 2013; более подробно о его отношении к СНГ в: *Gutbrod A study about the use of the term "legal facts"*, <https://www.russianlawjournal.org/jour/article/view/504/204> (дата обращения: 26.07.2020) и *Гутброд* О пользе и вреде абстрактных юридических терминов, Вестник Московского государственного лингвистического университета, Образование и педагогические науки, Москва 2018, № 6 (814); практические результаты освещены в: *Гутброд* Последствия признания регистрации ценных бумаг юридическим фактом, [https://urldefense.com/v3/\\_-https://www.academia.edu/13498139/The\\_Term\\_Legal\\_Facts\\_Securities\\_Legislation\\_and\\_the\\_Theory\\_of\\_Property\\_Law\\_Russian\\_email\\_work\\_card=title\\_!!Hj9Y\\_P0nvg!HjUg3p0w1AbgyVm1U8d75rhIDPev7Evd4Hb\\_F8aTYiKxonMF8zX4Rj\\_xhIOGEIMM0sgFjoNw\\$](https://urldefense.com/v3/_-https://www.academia.edu/13498139/The_Term_Legal_Facts_Securities_Legislation_and_the_Theory_of_Property_Law_Russian_email_work_card=title_!!Hj9Y_P0nvg!HjUg3p0w1AbgyVm1U8d75rhIDPev7Evd4Hb_F8aTYiKxonMF8zX4Rj_xhIOGEIMM0sgFjoNw$) (дата обращения: 26.07.2020).

<sup>18</sup> Текст работы 1838 года напечатан в: *Новгородцев/Муромцев/Кареев* Немецкая историческая школа права, Челябинск 2010, стр. 379.

<sup>19</sup> *Haferkamp Die sogenannte Begriffsjurisprudenz im 19. Jahrhundert - "reines" Recht* в: *Deppenheuer Reinheit des Rechts - Kategorisches Prinzip oder regulative Idee*, Wiesbaden 2010, стр. 79 и далее.

раньше. Недостаток ранее действовавших принципов также видели в том, что их пробелы давали повод государству вмешаться в разрешение споров между частными сторонами,<sup>20</sup> что, в свою очередь, вело к признанию кодификации как важного элемента демократизации права<sup>21</sup> и признания места индивидуума в праве.<sup>22</sup> Но внимание к истории также напоминает, что другая кодификация, ГГУ,<sup>23</sup> с энтузиазмом приветствовалась как достижение монархии Гогенцоллернов,<sup>24</sup> которая, в свою очередь, придерживалась волюнтаризма.<sup>25</sup>

Среди работ по истории также примечательно внимание к подробностям жизни правоведов и особенностям правовых феноменов во время национал-социализма.<sup>26</sup> Разные позиции относительно биографий и доступности их оценки во время национал-социализма занимают и авторы биографий в названной книге Ш. Грундманна и К. Ризенхубера.<sup>27</sup> Кроме того, когда подробности расистских трудов одного из правоведов оказываются раскрыты в одной из сопроводительных работ к биографии,<sup>28</sup> биограф правоведа не реагирует на подобное раскрытие.

---

<sup>20</sup> Похожий подход в советском праве Антонов называет децизионизмом ("decisionism"), см. *Antonov Formalism, Realism and Conservatism in Russian Law*, Leiden 2019, стр. 32 и далее.

<sup>21</sup> В сравнении с тенденцией в российском праве признавать судей законодателями *Gutbrod/Pomeranz The Push for Precedent in Law*, *Review of Central and Eastern European Law*, 37 (2012), стр. 1, 4; также в *Gutbrod/Pomeranz The Push for Precedent in Russia's Judicial System*, [https://www.academia.edu/10109976/The\\_Push\\_for\\_Precedent\\_in\\_Russia's\\_Judicial\\_System](https://www.academia.edu/10109976/The_Push_for_Precedent_in_Russia's_Judicial_System) (дата обращения 01.07.2020).

<sup>22</sup> Редко (как в *Gernhuber Die Billigkeit und ihr Preis* в: *Rechtswissenschaftliche Abteilung der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Tübingen, Summum ius - summa iniuria*, Tübingen 1963, стр. 205, 211) обращают внимание на то, что для разработки нефеодалистических кодексов требовалось несколько веков.

<sup>23</sup> Германское Гражданское Уложение (*Bürgerliches Gesetzbuch*).

<sup>24</sup> См. *Fritz Sturm 100 Jahre BGB - 100 Jahre Staudinger*, Berlin 1999, стр. 13.

<sup>25</sup> Личная роль Вильгельма II в правлении Рейха, например, обсуждается в: *Röhl Der Weg in den Abgrund 1900-1941*, München 2017, стр. 154.

<sup>26</sup> Термин используется для того, что не включать виды фашизма, кроме немецкого.

<sup>27</sup> См. в особенности касательно роли Ларенца в главе Canaris относительно Larenz в: *Grundmann/Riesenhuber Private Law Development in Context*, Cambridge, 2018, стр. 641, 647 и далее, а также спор об оценке Цюлнера в: *Grundmann/Riesenhuber Private Law Development in Context*, Cambridge 2018, стр. 653.

<sup>28</sup> См. касательно Hefermehl в главе Thiessen Core Lines of Discussion - With Particular Emphasis on Scholarship in Times of National Socialism в: *Grundmann/Riesenhuber Private Law Development in Context*, Cambridge 2018, стр. 79, 99.

Историю немецкого правоведения после Второй мировой войны можно понимать на базе отрывков биографии в упомянутом томе,<sup>29</sup> хотя, например, из отдельных упоминаний относительно реформы ГГУ сложно представить себе целостную картину этой реформы.

В целом, хотя отдельные труды впечатляют, нет признаков более широкого переосмысления истории права, в том числе и понятий, которые обрели значение в XIX веке.<sup>30</sup> Также, хотя некоторые особенности поведения цивилистов во времена национал-социализма освещены,<sup>31</sup> ещё меньше упоминаний о появлении общепринятых правил морального поведения и о моральной оценке - в особенности, оценке научной юридической работы. Далее, хотя в упомянутой книге особенно описывается деятельность правоведов, которые были активны после войны, в ней только в виде отрывков сообщается об их юридической и теоретической реакции на национал-социализм.<sup>32</sup> Соответственно, неудивительно, что мне ничего не известно об обновлении, эволюции таких реакций или выводов в виду таких новых обстоятельств, как появление новых авторитарных правителей и последствия их поведения, например, по отношению к истории ГДР. В то же самое время, нельзя не сопоставить такие пробелы с

---

<sup>29</sup> Я попробовал сделать из этого выводы в *Gutbrod About the Relevance of German Civil Law Science of the 20th Century for the CEE and CIS*, [https://www.academia.edu/35357187/-/Review/Essay\\_About\\_the\\_Relevance\\_of\\_German\\_Civil\\_Law\\_Science\\_of\\_the\\_20th\\_Century\\_for\\_the\\_CEE\\_and\\_CIS\\_A\\_review\\_of\\_Stefan\\_Grundmann\\_Karl\\_Riesenhuber\\_Deutschsprachige\\_Zivilrechtler\\_ehrer\\_des\\_20.\\_Jahrhunderts\\_in\\_Berichten\\_ihrer\\_Sch%C3%BCler?auto=download](https://www.academia.edu/35357187/-/Review/Essay_About_the_Relevance_of_German_Civil_Law_Science_of_the_20th_Century_for_the_CEE_and_CIS_A_review_of_Stefan_Grundmann_Karl_Riesenhuber_Deutschsprachige_Zivilrechtler_ehrer_des_20._Jahrhunderts_in_Berichten_ihrer_Sch%C3%BCler?auto=download) (дата обращения 01.07.2020).

<sup>30</sup> Например, в главе *Krause Dogma, Internationalisation and Economy: Three Core Features of the Development in the 20th and 21st Centuries* в: *Grundmann/Riesenhuber Private Law Development in Context*, Cambridge 2018, стр. 853 и далее догматика не понимается иначе, чем это было принято несколько десятилетий назад.

<sup>31</sup> Самый известный труд -- *Rüthers Die unbegrenzte Auslegung*, 8. Auflage, Tübingen 2017 - особенно освещает изменение толкования норм при национал-социализме. Раннюю работу *Gernhuber Das völkische Recht*, Tübinger Festschrift für Eduard Kern, Tübingen 1968, стр. 498, которая охватывает теоретическую оценку и искажения норм национал-социалистами, а также их представления о функции фюрера часто цитируют, но, видимо, не берут как пример.

<sup>32</sup> Самые примечательные см. в *Mestmäcker* относительно Böhm в: *Grundmann/Riesenhuber Private Law Development in Context*, Cambridge 2018, стр. 125 и далее, см. также в главе *Biedenkopf* относительно Kronstein в: *Grundmann/Riesenhuber Private Law Development in Context*, Cambridge 2018, стр. 331.

вниманием к национал-социализму вне юридических рамок,<sup>33</sup> и с многочисленными заявлениями о более значимой роли Германии в мире и о поддержке правовых государств.<sup>34</sup> При этом непросто себе представить целостную программу поддержки обеспечения использования правовых методов в отсутствие оценки действий в оппозиции.

В отношении того более связанного с вопросами юридической техники факта, что, возможно, экономическое благополучие Германии связано с возможностью обеспечить все типы кредитов используя фидуциарную собственность, преобладает критика,<sup>35</sup> которая, наверное, вызвана диссонансами со времен принятия ГГУ.<sup>36</sup> В то же самое время, эффект подобной критики невысок: по-видимому, необходимость описать правила ускоряет юридическую мысль.

К сожалению, глубинное переосмысление еще меньше возможно констатировать в связи с имеющими большой охват убеждениями - как упомянутая взаимосвязь гражданского кодекса, Code Civil, с демократией - например, вопрос о том, насколько ясно должно быть право в современных условиях для преодоления волюнтаризма правителя или правителей, и изучении возможности формирования организаций<sup>37</sup> одними лишь авторами-экономистами и социологами.<sup>38</sup> Наверное, из-за отсутствия объемлющих рассуждений о роли права и методики подобные проблемы и раньше решали подобным образом: например, хотя юристам хорошо известен институт отношений между агентом и

---

<sup>33</sup> Случайный пример объявления об изучении истории отношения к национал-социализму в ведомстве, которое было учреждено после войны, <https://www.bundespraesident.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/05/200528-Forschungsprojekt-NS.html> (дата обращения 26.07.2020).

<sup>34</sup> Уже несколько лет ведутся разговоры о более значимой роли Германии в мире, например, <https://www.zeit.de/2014/07/deutsche-aussenpolitik-sicherheitskonferenz> (дата обращения 01.07.2020).

<sup>35</sup> Например, подчёркивается, что регулирование перехода права собственности нацелено на оборот (и не на стабильность), см.: *Wieacker Geschichte des Privatrechts*, 2. Auflage, Göttingen, 1967, стр. 483, а также на непрямолинейное внедрение, см.: Там же, стр. 522 и стр. 529.

<sup>36</sup> В истории часто передаётся критика, что буржуазные авторы писали ГГУ "себе", для своего класса, хотя в реальности более уместно характеризовать авторов как бюрократов и практиков, см.: *Knieper Gesetz und Geschichte: Ein Beitrag zu Bestand und Veränderung des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Баден-Баден 1996, стр. 44 и далее.

<sup>37</sup> О подходе ГГУ и его критиков к формированию профсоюзов см.: *Knieper Gesetz und Geschichte: Ein Beitrag zu Bestand und Veränderung des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Баден-Баден 1996, стр. 44.

<sup>38</sup> Например, *Казун/Ходжаева/Яковлев Адвокатское сообщество России*, СПб. 2015.

принципалом, вопросы вознаграждения руководителям компании (а именно опционы для руководителей)<sup>39</sup> разрешаются корпоративном правом. Мало значимым кажется факт, что похожие задачи встречаются и в столь модных темах, как энергоэффективность, поскольку чем вероятнее, что тот субъект, кто влияет на потребление, должен платить за объём потребления, тем вероятнее и уменьшение потребления. Кроме того, договорная структура для использования социальных средств коммуникации не считалась заслуживающей большого внимания. Из всего этого можно сделать вывод, что роль практического опыта в передаче материала для юриста не очень значима, пока этот опыт не имеет исторического основания.

Здесь нельзя не упомянуть личное впечатление о том, как развивается восприятие советской правовой истории. Одни подчёркивают пользу знания правового инструментария для перехода к рыночной экономике,<sup>40</sup> другие акцентировали несовершенство тогдашних попыток.<sup>41</sup> Самый интересный, на мой взгляд, тезис заключается в том, что правовая система умышленно не была создана полной для того, чтобы позволить вмешательство власти,<sup>42</sup> и что именно для тех, кто занимались правоведением, это привело к тому, что С.С. Алексеев называл личной болезненной драмой.<sup>43</sup> Соответственно, в впечатляющем материале,

---

<sup>39</sup> Детальное обсуждение отношений агент-принципал задолго до кризиса 2008 года, например, "Agency problems are easily solved if it is feasible to write a contract", см.: *Besanko/Dranove/Shanley/Schaefer Economics of Strategy*, 3rd edition, New York 2004, стр. 478.

<sup>40</sup> *Диденко* О советском гражданско-правовом наследии (текст выступления 29 сентября 2016 г. на научно- практической конференции, посвященной 75-летию проф. М. Сулейменова) в: *Гражданское законодательство. Статьи. Комментарии. Практика. Избранное*, том 5, (выпуски 36-45) 2010-2017, стр. 55, 59.

<sup>41</sup> А. Л. Маковский в личном разговоре с автором в сентябре 2018 г.

<sup>42</sup> Например *Antonov Formalism, realism and conservatism in Russian law*, Leiden 2019, стр. 32; "Гражданский Кодекс РСФСР [...] был замкнут на осуществлении [...] формальной задачи, да и то на довольно узких участках хозяйственных и бытовых отношений", *Алексеев* *Право - надежда наша: научно-публицистические очерки, собрание сочинений*, том 8, Средне-Уральское книжное изд-во, 1999, стр. 180.

<sup>43</sup> См.: *Диденко* О советском гражданско-правовом наследии (текст выступления 29 сентября 2016 г. на научно- практической конференции, посвященной 75-летию проф. М. Сулейменова) в: *Гражданское законодательство. Статьи. Комментарии. Практика. Избранное*, том 5, (выпуски 36-45) 2010-2017: реакция Йоффе на вопрос, написал ли бы он в Америке работы о цивилистической доктрине промышленного капитализма и империализма - мысли из которых весьма цитируемы, в прежнем ключе: "Тогда я стоял на марксистских позициях".

который в виде мемуаров и переизданий вышел в свет, наверное, есть и большой потенциал для переосмысления.

### 3. Развития терминологии

С.В. Сарбаш в своей книге,<sup>44</sup> наверное, слово "догматика" понимает, как если бы закон всегда внедрял принципы, выработанные наукой права, когда пишет: "Под словом "догматика", указанным в названии учебного пособия, понимается догма, т.е. позитивное право – закон. Учебное пособие представляет собой изложение общих положений об обязательствах Гражданского кодекса Российской Федерации (подразд. 1 разд. III части первой» (далее – ГК РФ) с простым пояснением причин, которые вызывают необходимость того или иного регулирования, а также целей, преследуемых нормой права". Только как позитивное право в виде прецедента понимают английский эквивалент термина "догматика".<sup>45</sup>

В то же самое время, С.В. Сарбаш в своей книге освещает также общие правила, базис которых не очевидная, как, например, "поэтому общим принципом является допустимость уступки требования одного лица (цедента) другому". Откуда такие общие принципы возникают и как они отличаются от догматики - неочевидно. Наоборот, как общий принцип, который следует из закона, понимается немецкое слово "Rechtsdogmatik".<sup>46</sup>

В таких мелких примерах наблюдается также диссонанс между уверенностью в имени правильных ответов и попыткой обосновать такие ответы, ссылаясь на не правовые источники, а в связи с ранее затронутыми более объемлющими примерами.

---

<sup>44</sup> Сарбаш Элементарная догматика обязательств, Москва 2020, стр. 8.

<sup>45</sup> См.: [https://en.wikipedia.org/wiki/Legal\\_doctrine](https://en.wikipedia.org/wiki/Legal_doctrine) (дата обращения: 26.07.2020).

<sup>46</sup> См.: <https://de.wikipedia.org/wiki/Rechtsdogmatik> (дата обращения: 26.07.2020).



#### **4. Итоги**

В целом, представляется, что история права имеет тенденцию к самостоятельной жизни и такая самостоятельность может стать и предпосылкой, и препятствием для того, чтобы история дала материал для изучения, необходимый для разрешения правовых вопросов.

#### ***Информация об авторе:***



Д-р Макс Гутброд

Адвокат, допущен к юридической практике в Германии (нем., "Rechtsanwalt") с 1990 г., Партнер московского офиса международной юридической фирмы Бейкер Макензи с 01.01.1996 г. по 30.06.2020 г., с 01.07.2020 г. особенно занят стартапами.

## **ВЫХОДНЫЕ ДАННЫЕ (IMPRESSUM)**

Deutsch-Russische Juristenvereinigung e.V.

Hasenhöhe 72

22587 Hamburg

Deutschland

Telefon: +49 (0)40 389993-0

Telefax: +49 (0)40 389993-33

E-Mail: [info@drjv.org](mailto:info@drjv.org) Internet: [www.drjv.org](http://www.drjv.org)

Германо-Российская ассоциация юристов, Сборник статей о праве Германии  
[Sammelband zum deutschen Recht in russischer Sprache], Выпуск № 4, 2020

### **Vorgeschlagene Zitierweise:**

[Name des/der Autors/Autorin], in: Deutsch-Russische Juristenvereinigung (Hrsg.),  
Sammelband zum deutschen Recht in russischer Sprache [Sbornik statej o prave Germanii],  
Ausgabe Nr. 4, 2020

Данный сборник статей составлен с максимально возможной тщательностью и  
аккуратностью. Тем не менее ни ассоциация, ни составитель, ни авторы не несут  
ответственности за полноту и правильность изложенной в сборнике информации.

Данные материалы носят справочный характер и не заменяют юридической  
консультации в конкретном случае у специализированного юриста/адвоката. Для этого  
Вы можете обратиться к авторам статей сборника или другим специалистам Вашего  
доверия.

### **Bildnachweis:**

Foto auf der Titelseite © TeamDaf, Lizenz ID #57992436, stock.adobe.com