

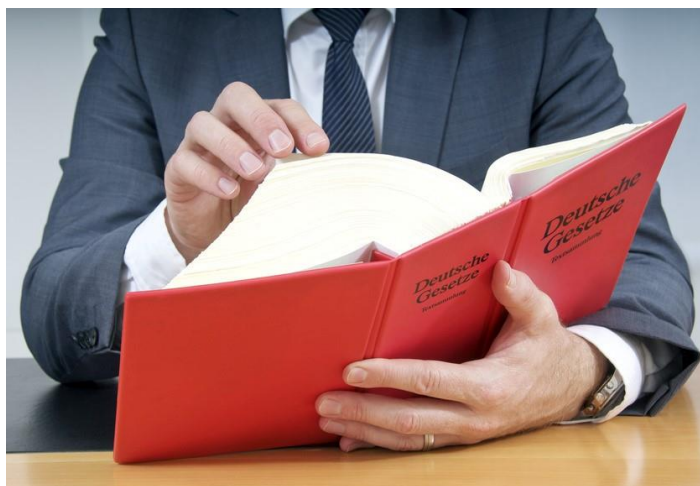


Deutsch-Russische Juristenvereinigung e.V.

Германо-Российская ассоциация юристов

Сборник статей о праве Германии

Ein Sammelband in russischer Sprache
zum aktuellen deutschen Recht



© grafikplusfoto, www.fotolia.de

Выпуск - Ausgabe Nr. 1

Август - August 2015

www.drjv.org

Оглавление

Inhaltsverzeichnis (Оглавление на немецком языке).....	VI
Список авторов.....	IX
Вступление.....	1
О Германно-Российской ассоциации юристов (Deutsch-Russische Juristenvereinigung e.V., DRJV).....	3
РАЗДЕЛ 1. КОНСТИТУЦИОННОЕ И АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО	6
Действие Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод в праве Германии и России (Д-р Анастасия Бергер)	7
Конституционная жалоба в Германии и структура проверки нарушения конституционных прав человека и гражданина (Д-р Анастасия Бергер / Нина Веш).....	19
Административный процесс в Германии (Д-р Анастасия Бергер / Нина Веш)	32
Защита персональных данных в Германии и в Европе (Профессор Михаэль Ронелленфитч)	48
Возможности воссоединения семьи согласно Закону о праве пребывания – особенности воссоединения супругов (Мария Смолянская).....	55
РАЗДЕЛ 2. ГРАЖДАНСКОЕ И КОММЕРЧЕСКОЕ ПРАВО.....	66
Принципы немецкого вещного права и разграничение вещных и обязательственных прав (Д-р Евгения Курзински-Сингер)	67
Соотношение частно-правовых и публично-правовых элементов при регулировании предпринимательства в праве Германии (Д-р Евгения Курзински-Сингер)	74
Заключение, исполнение и прекращение договоров сбыта по германскому и европейскому праву (Татьяна Гетьман / Елена Пельгер)	80
Особенности аренды нежилой недвижимости в Германии (Александр Немцов)	101

Некоторые способы обеспечения прав кредиторов в законодательстве ФРГ (Эрика Киндсфатер, при поддержке соавторов Юлии Алейник и Марии Соваковой)	112
Основы немецкого деликтного права (Александр Шмагин)	126
Корпоративное право Германии: правовые формы обществ и их преимущества для иностранных инвесторов (Д-р Христина Майер)	145
Функции нотариуса в рамках корпоративного законодательства ФРГ на примере торгового реестра (Д-р Виталий Шмиткель)	154
Управление немецкой ГмбХ. Обязанности и ответственность директора при кризисе в компании (Ксения Барски)	160
Международное корпоративное право Германии (Д-р Иван Аладьев)	173
Правила электронной коммерции в Германии (Д-р Игорь Барабаш)	184
Правовой институт оспаривания правовых действий в праве Германии о несостоятельности (Ольга Хартунг-Афифи)	195
Медицинский туризм в Германии и его юридические последствия (Мария Смолянская)	230
Основы бухгалтерского учета и отчетности в Германии (Татьяна Ионова)	237
Нотариальные доверенности на передачу распорядительских прав (Д-р Владимир Примаченко)	256
Бизнес-иммиграция в Германию (Франк Шмидер).....	266
РАЗДЕЛ 3. УГОЛОВНОЕ ПРАВО И УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС	283
Сделка со следствием в уголовном процессе (Мария Дерра)	284
Учение о правовом благе и расширение уголовной ответственности в (немецком) экономическом уголовном праве (Профессор Уве Хелльманн, перевод с немецкого, примечания: Д-р Павел Головненков).....	296
Систематика норм и международные аспекты криминального банкротства в уголовном праве Германии (Д-р Павел Головненков)	309
Уголовно-правовой институт конфискации имущества в Германии и России: сущность, виды и проблемы применения (Д-р Павел Головненков, профессор Татьяна Понятовская).....	324
Территориальный принцип в киберпространстве: сравнительно-правовой анализ законодательства России и Германии (Д-р Светлана Парамонова)	340

РАЗДЕЛ 4. ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРАВО. РАЗРЕШЕНИЕ СПОРОВ	350
Судебная система Германии. Краткий обзор (Дмитрий Маренков)	351
Германия как место третейского разбирательства (Д-р Рихард Хапп / Анна Башкова).....	381
РАЗДЕЛ 5. СЕМЕЙНОЕ ПРАВО	401
Бракоразводный процесс в Германии (Мария Дерра)	402
РАЗДЕЛ 6. НАЛОГОВОЕ ПРАВО	419
О некоторых вопросах применения соглашения об избежании двойного налогообложения между Российской Федерацией и Германией (Екатерина Болдинова).....	420
РАЗДЕЛ 7. ЮРИДИЧЕСКОЕ ОБРАЗОВАНИЕ	432
Получение юридического образования в Германии (Мария Дерра).....	433
ПРИЛОЖЕНИЕ I. ГЕРМАНО-РОССИЙСКОЕ СОГЛАШЕНИЕ ОБ ИЗБЕЖАНИИ ДВОЙНОГО НАЛОГООБЛОЖЕНИЯ.....	453
ПРИЛОЖЕНИЕ II. СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ О ПРАВЕ ГЕРМАНИИ НА РУССКОМ ЯЗЫКЕ	484
ВЫХОДНЫЕ ДАННЫЕ (IMPRESSUM)	495

Inhaltsverzeichnis (Оглавление на немецком языке)

ABSCHNITT 1. VERFASSUNGS- UND VERWALTUNGSRECHT

Die Wirkung der Europäischen Menschenrechtskonvention im deutschen und russischen Recht (Dr. Anastasia Berger), S. [7 - 18](#)

Verfassungsbeschwerde im deutschen Recht und Aufbau der Prüfung einer Grundrechtsverletzung (Dr. Anastasia Berger / Nina Wesch), S. [19 - 31](#)

Verwaltungsprozess im deutschen Recht (Dr. Anastasia Berger / Nina Wesch), S. [32 - 47](#)

Datenschutz in Deutschland und Europa (Prof. Dr. Michael Ronellenfitsch, übersetzt von Dr. Christina Maier), S. [48 - 54](#)

Möglichkeiten der Familienzusammenführung nach dem AufenthG, insbesondere Ehegattennachzug (Maria Smolyanskaya), S. [55 - 65](#)

ABSCHNITT 2. ZIVIL- und WIRTSCHAFTSRECHT

Die Grundsätze des deutschen Sachenrechts und die Abgrenzung zwischen den dinglichen und obligatorischen Rechten (Dr. Eugenia Kurzynsky-Singer), S. [67 - 73](#)

Das Verhältnis von privat- und öffentlichrechtlichen Elementen im deutschen Unternehmensrecht (Dr. Eugenia Kurzynsky-Singer), S. [74 - 79](#)

Abschluss, Durchführung und Beendigung von Vertriebsverträgen nach europäischem und deutschem Recht (Tatiana Getman / Elena Pelger), S. [80 - 100](#)

Besonderheiten des gewerblichen Mietrechts in Deutschland (Alexander Nemzov), S. [101 - 111](#)

Einige Instrumente der Kreditsicherheiten in Deutschland (Erika Kindsvater, mit Unterstützung von Julia Aleynik und Maria Sovakova), S. [112 - 125](#)

Grundlagen des deutschen Deliktsrechts (Alexander Shmagin), S. [126 - 144](#)

Gesellschaftsrecht in Deutschland: Rechtsformen und ihre Vorteile für ausländische Investoren (Dr. Christina Maier), S. [145 - 153](#)

Die Funktionen eines Notars im Bereich des deutschen Gesellschaftsrechts am Beispiel des Handelsregisters (Dr. Vitali Schmitkel), S. [154 - 159](#)

Der GmbH-Geschäftsführer. Pflichten und Haftung des Geschäftsführers in der Krise der Gesellschaft (Xenia Barski), S. [160 - 172](#)

Das internationale Gesellschaftsrecht in Deutschland (Dr. Ivan Aladyev), S. [173 - 183](#)

Rechtsfragen von E-commerce in Deutschland (Dr. Igor Barabash), S. [184 - 194](#)

Das Institut der Insolvenzanfechtung im deutschem Insolvenzrecht (Olga Hartung-Afify),
S. [195 - 229](#)

Medizintourismus und seine rechtlichen Konsequenzen (Maria Smolyanskaya), S. [230 - 236](#)

Grundzüge der Buchführung und Rechnungslegung in Deutschland (Tatiana Ionova),
S. [237 - 255](#)

Notarielle Vorsorgevollmachten (Dr. Vladimir Primaczenko), S. [256 - 265](#)

Business Immigration nach Deutschland - Aufenthaltserlaubnis nach deutschem Recht, Theorie
und Praxis (Frank Schmieder), S. [266 - 282](#)

ABSCHNITT 3. STRAFRECHT und STRAFPROZESS

Verständigung im Strafverfahren (Maria Derra), S. [284 - 295](#)

Rechtsgutslehre und Ausdehnung der Strafbarkeit im (deutschen) Wirtschaftsstrafrecht
(Prof. Dr. Uwe Hellmann, übersetzt von Dr. Pavel Golovnenkov), S. [296 - 308](#)

Die Systematik und transnationale Bezüge der Insolvenzdelikte im deutschen Strafrecht
(Dr. Pavel Golovnenkov), S. [309 - 323](#)

Rechtsnatur, Erscheinungsformen und Anwendungsprobleme der Vermögenskonfiskation im
deutschen und russischen Strafrecht (Dr. Pavel Golovnenkov / Prof. Tatiana Ponyatovskaya),
S. [324 - 339](#)

Das Territorialprinzip im Cyberspace: eine rechtsvergleichende Analyse des russischen und
deutschen Rechts (Dr. Svetlana Paramonova), S. [340 - 349](#)

ABSCHNITT 4. PROZESSRECHT und STREITBEILEGUNG

Das deutsche Gerichtssystem im Überblick (Dmitry Marenkov), S. [351 - 380](#)

Deutschland als Schiedsort (Dr. Richard Happ / Anna Bashkova), S. [381 - 400](#)

ABSCHNITT 5. FAMILIENRECHT

Scheidungsverfahren in Deutschland (Maria Derra), S. [402 - 418](#)

ABSCHNITT 6. STEUERRECHT

Einige Fragen der Anwendung des deutsch-russischen Doppelbesteuerungsabkommens
(Ekaterina Boldinova), S. [420 - 431](#)

ABSCHNITT 7. JURISTISCHE AUSBILDUNG

Juristische Ausbildung in Deutschland (Maria Derra), S. [432 – 452](#)

**ANHANG I. DEUTSCH-RUSSISCHES DOPPELBESTEUERUNGSABKOMMEN
(RUSSISCHE FASSUNG), S. [453 – 483](#)**

**ANHANG II. LITERATURLISTE ZUM DEUTSCHEN RECHT (AUF RUSSISCH),
S. [484 - 494](#)**

IMPRESSUM, S. [495](#)

Список авторов (в алфавитном порядке)

Autorenverzeichnis (in alphabetischer Reihenfolge)

Д-р Иван Аладьев (Dr. Ivan Aladyev)
Юлия Алейник (Julia Aleynik)
Д-р Игорь Барабаш (Dr. Igor Barabash)
Ксения Барски (Xenia Barski)
Анна Башкова (Anna Bashkova)
Д-р Анастасия Бергер (Dr. Anastasia Berger)
Екатерина Болдинова (Ekaterina Boldinova)
Нина Веш (Nina Wesch)
Мария Дерра (Maria Derra)
Татьяна Гетьман (Tatiana Getman)
Д-р Павел Головненко (Dr. Pavel Golovnenkov)
Татьяна Ионова (Tatiana Ionova)
Эрика Киндсфатер (Erika Kindsvater)
Д-р Евгения Курзински-Сингер (Dr. Eugenia Kurzynsky-Singer)
Д-р Христина Майер (Dr. Christina Maier)
Дмитрий Маренков (Dmitry Marenkov)
Александр Немцов (Alexander Nemzov)
Елена Пельгер (Elena Pelger)
Проф. Татьяна Понятовская (Prof. Tatiana Ponyatovskaya)
Д-р Владимир Примаченко (Dr. Vladimir Primaczenko)
Проф. Михаэль Ронелленфич (Prof. Dr. Michael Ronellenfitch)
Мария Смолянская (Maria Smolyanskaya)
Мария Совакова (Maria Sovakova)
Д-р Рихард Хапп (Dr. Richard Happ)
Ольга Хартунг-Афифи (Olga Hartung-Afify)
Проф. Уве Хелльманн (Prof. Dr. Uwe Hellmann)
Александр Шмагин (Alexander Shmagin)
Франк Шмидер (Frank Schmieder)
Д-р Виталий Шмиткель (Dr. Vitali Schmitkel)

Вступление

(Vorwort)

Уважаемые коллеги,
уважаемые дамы и господа!

Спасибо за Ваш интерес к сборнику статей о праве Германии на русском языке.

Этот сборник состоит из 31 статьи, в которых представлены самые разные аспекты правовой системы Германии. Отдельные разделы посвящены конституционному и административному праву (раздел 1), гражданскому и коммерческому праву (раздел 2), уголовному праву (раздел 3), процессуальному праву и разрешению споров (раздел 4), семейному праву (раздел 5), налоговому праву (раздел 6), а также юридическому образованию (раздел 7).

Идея о создании этого сборника появилась в связи с тем, что на данный момент существует весьма ограниченное количество литературы о праве Германии на русском языке. По нашим наблюдениям, на практике юристы из России и других стран, где юристы пользуются русским языком, в поиске примеров зарубежного законодательного опыта или правоприменительной практики в отношении определенных правовых вопросов нередко обращаются к источникам англо-саксонского права. Одной из причин этой тенденции является «фактор языка»: лишь незначительное количество юристов в России и странах СНГ владеют немецким языком в достаточной степени, чтобы серьезно изучать отдельные аспекты правового регулирования в Германии. При этом, как известно, между законодательством России и стран СНГ и Германии гораздо больше общего, чем с англо-американским правом. Мы решили заполнить эту нишу.

Германо-Российская ассоциация юристов (Deutsch-Russische Juristenvereinigung e.V., DRJV), которая выпускает настоящий сборник, способствует обмену знаниями и опытом между юристами Германии, России и других стран постсоветского пространства. До сих пор ассоциация издавала публикации только на немецком языке. Таким образом, этот сборник является первым изданием ассоциации на русском языке за ее более чем 25-летнюю историю.

Наш сборник статей о праве Германии адресован юристам из России и других стран, в которых юристы понимают и пользуются русским языком. Мы надеемся, что материалы этого сборника будут интересны для практикующих юристов, преподавателей университетов и студентов, а также для всех заинтересованных в отдельных аспектах немецкого права.

Авторский коллектив состоит из членов ассоциации. Почти все авторы статей являются юристами, получившими юридическое образование в Германии и имеющими практический опыт работы в германской правовой системе. Огромное спасибо всем

авторам, которые согласились участвовать в этом проекте и предоставили столь интересные и качественные материалы!

Согласно формату данного сборника авторы в своих статьях освещают наиболее интересные правовые аспекты в сфере их специализации. При этом они приводят ссылки на источники права Германии и основную немецкую юридическую терминологию. В конце каждой статьи Вы найдете информацию об авторе и его контактные данные (адрес электронной почты, интернет-сайт), по которым Вы сможете связаться с автором.

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.

Мы сознательно выбрали формат бесплатной электронной публикации (e-book), а не книги, с целью максимального распространения. Мы будем рады и признательны Вам, если Вы направите этот сборник в виде файла своим коллегам и друзьям, которых могут заинтересовать содержащиеся в нем материалы.

Мы надеемся, что этот сборник статей будет пользоваться спросом и понравится Вам. Мы оптимистично назвали его «выпуск № 1» и верим, что нам удастся осуществить «выпуск № 2» в 2016 г. Пожалуйста, присылайте нам Ваши отзывы об этом сборнике по электронной почте на адрес info@drjv.org. Мы будем благодарны за Ваши предложения о темах статей, которые Вы хотели бы прочитать в «выпуске № 2».

С уважением и наилучшими пожеланиями,

Дмитрий Маренков

Ответственный редактор,

Член правления Германно-Российской ассоциации юристов

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



Германо-Российская ассоциация юристов (Deutsch-Russische Juristenvereinigung e.V., DRJV) является некоммерческим объединением, зарегистрированным в г. Гамбурге. Ее целью является укрепление диалога между представителями юридических профессий России и Германии.

Ассоциация способствует обмену информацией и опытом между юристами России и Германии, а также установлению новых профессиональных контактов в этих странах. Мы также заинтересованы в контактах и сотрудничестве с юристами из иных стран СНГ.

Ассоциация была создана еще во времена СССР и первоначально именовалась «Ассоциацией германо-советского экономического права» («Vereinigung für deutsch-sowjetisches Wirtschaftsrecht»), а в дальнейшем «Ассоциацией германо-российского экономического права» («Vereinigung für deutsch-russisches Wirtschaftsrecht», VDRW).

1 января 2012 г. произошло слияние ассоциации с подобным обществом германских и российских юристов, существовавшим в г. Берлине, в результате чего возникла нынешняя Германо-Российская ассоциация юристов («Deutsch-Russische Juristenvereinigung», DRJV). В 2013 г. наша ассоциация отметила свой 25-летний юбилей.

В настоящий момент ассоциация насчитывает более 300 членов, которыми являются как физические, так и юридические лица из Германии, России, Австрии и Швейцарии.

Ассоциацию возглавляет Правление («Vorstand»), состоящее из девяти членов с многолетним опытом работы с правовыми системами обеих стран.

Почетными членами ассоциации являются Евгений Алексеевич Суханов, профессор и заведующий кафедрой гражданского права Московского Государственного Университета им. Ломоносова, а также профессор Лондонского Университета (UCL) Хироши Ода, известный специалист по российскому праву и автор книги «Russian Commercial Law».

Согласно своему уставу («Satzung») ассоциация предоставляет форум для взаимного обмена знаниями о праве России и других стран постсоветского пространства в Германии, а также о праве Германии в России. Ассоциация способствует установлению

контактов между юристами из этих стран и поддерживает инициативы и проекты сравнительно-правового характера.

Ассоциация проводит ежегодные конференции («Jahrestagung»), посвященные актуальным вопросам российского права и правовым вопросам германно-российского бизнеса. Ежегодная конференция 2014 г. прошла в Берлине, а в 2015 г. во Франкфурте-на-Майне. Ежегодные конференции проводятся на немецком языке. Участие возможно и для лиц, не являющихся членами ассоциации.

Кроме того, ассоциация регулярно издает публикации (на немецком языке) на актуальные правовые темы. Ежегодно выходят в свет два или три выпуска нашего журнала на немецком языке («DRJV-Mitteilungshefte»), в котором освещаются нововведения законодательства РФ и других стран СНГ, публикуются научные статьи и комментарии к судебной практике, рецензии на новые книги и репортажи о конференциях. В 2013 г. была основана новая серия книг, которая издается ассоциацией в издательстве Berliner Wissenschafts-Verlag.

Ассоциация также с 2011 года 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.

Ассоциация имеет региональные группы почти во всех больших городах Германии: Берлине, Гамбурге, Дрездене, Дюссельдорфе, Кельне, Лейпциге, Мюнхене, Франкфурте-на-Майне и Штутгарте. Эти региональные группы регулярно организуют мероприятия по обсуждению актуальных вопросов в германно-российских правовых и экономических отношениях.

С 2014 г. мы также проводим подобные доклады и дискуссии в Санкт-Петербурге при сотрудничестве с Представительством Торговой Палаты Гамбурга в Санкт-Петербурге. Мы заинтересованы в проведении подобных мероприятий, посвященных праву Германии и правовым вопросам германно-российского бизнеса, в Москве и других городах России. Участие в наших мероприятиях возможно и для «гостей», не являющихся членами ассоциации.

Чтобы вступить в члены Германно-Российской ассоциации юристов достаточно заполнить формуляр на нашем сайте. Вы также можете связаться с нами по факсу или почте (номер факса и адрес указаны на нашем сайте). Ежегодный членский взнос составляет 50 евро для физических лиц и 100 евро для организаций. Для студентов возможна скидка. Для членов ассоциации действуют сниженные цены на участие в мероприятиях. Кроме того, члены ассоциации получают доступ к внутреннему разделу сайта (требуется пароль) и бесплатно получают публикации и информационные материалы ассоциации.

На нашем сайте мы разместили список литературы о праве РФ на немецком языке и список литературы о праве Германии на русском языке. Эти списки регулярно обновляются. Если Вам известны иные книги и статьи, посвященные российскому праву или сравнительному правоведению (Россия/Германия) на немецком языке, или публикации о праве Германии на русском языке, просим Вас сообщить нам об этом по электронной почте на info@drjv.org.

Мы составили рекомендации относительно перевода русских юридических терминов на немецкий язык и публикуем интервью с известными личностями германского и российского юридического сообщества. Кроме того, на сайте ассоциации Вы найдете ссылки на законы РФ и Германии, а также ссылки на организации и порталы в России и Германии.

Мы создали рабочие группы (Arbeitskreise), в рамках которых участники по своим интересам и согласно своей специализации могут обмениваться информацией и обсуждать актуальные темы. На данный момент существуют рабочие группы по конституционному и административному праву («Verfassung & Verwaltung»), трудовому праву («Arbeitsrecht»), уголовному праву («Strafrecht»), семейному праву («Familienrecht»), транспортному праву («Transportrecht»), праву интеллектуальной собственности («Geistiges Eigentum und IT-Recht»), а также процессуальному праву и международному арбитражу («Prozessrecht und Schiedsgerichtsbarkeit»).

В рамках нашей «биржи труда» («Stellenbörse») мы предоставляем юристам и организациям возможность разместить на нашем сайте объявление о поиске юристов или практикантов, а также, наоборот, о поиске места работы или прохождения стажировки. Вы можете прислать Ваше объявление и узнать условия его размещения, написав нам по электронной почте на info@drjv.org.

У нашей ассоциации есть свои группы в социальных сетях LinkedIn и XING.

Мы будем рады, если Вы присоединитесь к Германно-Российской ассоциации юристов и/или поучаствуете в наших мероприятиях!

РАЗДЕЛ 1.

КОНСТИТУЦИОННОЕ И АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО

Действие Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод в праве Германии и России (Анастасия Бергер), с. [7 - 18](#)

Конституционная жалоба в Германии и структура проверки нарушения конституционных прав человека и гражданина (Анастасия Бергер / Нина Веш), с. [19 - 31](#)

Административный процесс в Германии (Анастасия Бергер / Нина Веш), с. [32 - 46](#)

Защита персональных данных в Германии и в Европе (Проф. д-р Михаэль Ронелленфич), с. [48 - 54](#)

Возможности воссоединения семьи согласно Закону о праве пребывания - особенности воссоединения супругов (Мария Смолянская), с. [55 - 65](#)

Действие Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод в праве Германии и России

Die Wirkung der Europäischen Menschenrechtskonvention im deutschen und russischen Recht

Анастасия Бергер (Anastasia Berger)

Der Beitrag behandelt rechtsvergleichend die Wirkung der Europäischen Menschenrechtskonvention im deutschen und russischen Recht. Dabei wird eingangs die rechtliche Stellung dieses völkerrechtlichen Vertrags im jeweiligen Rechtssystem dargestellt. Anschließend wird anhand der Fälle Konstantin Markin Vs. Russian Federation und Görgülü Vs. Germany die Bindungswirkung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte bzw. ihre Anwendung in Deutschland und Russland analysiert. Die Autorin kommt zum Ergebnis, dass obgleich die systematische Stellung der EMRK in beiden Ländern vergleichbar ist, die Aussagen der Görgülü-Entscheidung des BVerfG auf den Fall Konstantin Markin nicht ohne weiteres anwendbar sind.

I. Введение

Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод¹ (далее: Конвенция) является мультилатеральным международным договором. Это означает, в первую очередь, обязательство стран-участников по её исполнению. Для исполнения, однако, в большинстве случаев, в зависимости от структуры права отдельного государства, требуется её имплементация в национальную правовую систему и создание национальных механизмов исполнения.

Подписание международного договора, обязывающего страну-участницу к соблюдению определённых стандартов в национальной системе права и решений межнационального органа, неизбежно ведёт к сужению её суверенитета и коллизиям с национальным, в особенности, конституционным, правом. Такая имплементация ставит перед большинством стран схожий вопрос о ранге Конвенции в их правовой системе и форме обязанности соблюдения решений Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ),² в особенности, если конституционные представления отдельного государства, выраженные в уже принятых судебных решениях, разнятся с мнением ЕСПЧ.

¹ Текст на немецком языке (Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK):

http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_DEU.pdf;

текст на русском языке: <http://conventions.coe.int/treaty/rus/treaties/html/005.htm>

² www.echr.coe.int/.

II. Действие Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод в праве России

1. Европейская Конвенция в системе права РФ

РФ ратифицировала Конвенцию Федеральным законом от 30 марта 1998 г. (N 54-ФЗ) в соответствии с п. 1 ст. 105, п. г) ст. 106 Конституции РФ (далее: КРФ), п. 1 б ст. 15 Федерального закона «О международных договорах» (N 101-ФЗ от 15 июля 1995 г.). Тем самым Конвенция обладает статусом федерального закона и имеет прямое и непосредственное (ч. 3 ст. 5 Федерального Закона о международных договорах) действие на территории РФ³.

Одновременно, п. 4 ст. 15 КРФ, как высшего законодательного акта РФ, не только ставит Конвенцию в ранг составной части правовой системы, но и предусматривает её верховенство над законами РФ⁴. В соответствии с п. 1 ст. 15 КРФ Конституция РФ имеет высшую силу на территории РФ, что означает, что Конвенция, по своему действию, стоит в общей иерархии после КРФ⁵. В остальном вопрос действия и места ратифицированных международных договоров в системе права РФ является спорным и не нашёл, пока, общепризнанного ответа в теории⁶. Однако отмечается, что п. 4 ст. 15 КРФ создавался, в первую очередь, для предупреждения действия принципов *lex posterior derogat legi priori* и *lex specialis derogat legi generali* по отношению к международным нормам права⁷.

³ Исполинов, А.С., Статус международных договоров в национальном праве: некоторые теоретические и практические аспекты // Российский юридический журнал. 2014. N 1. С. 191. Одновременно, Б.Л. Зимненко исходит из дуализма источников права и отвергает тезис о том, что нормы международного права могут стать частью правовой системы или внутригосударственного права, но имеют особый статус, Международное право и правовая система Российской Федерации. Общая часть: Курс лекций // КонсультантПлюс. 2010. С. 55-56. В то же время ВС РФ исходит из того, что международные договоры являются составной частью правовой системы России, см. п. 5 Постановления пленума Верховного Суда от 31 октября 1995 г. N 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия», РГ, № 247, 28.12.1995.

⁴ Т.к. Конвенция является международным договором, здесь не встаёт вопрос о понятии «общепризнанных принципов и норм международного права». Об этом см. Марочкин, С.Ю., Действие и реализация норм международного права в правовой системе Российской Федерации – М. : Норма : ИНФРА-М, 2015, с. 94-95.

⁵ Постановление Конституционного Суда РФ от 9 июля 2012 г. N 17-П "По делу о проверке конституционности не вступившего в силу международного договора Российской Федерации - Протокола о присоединении Российской Федерации к Маракешскому соглашению об учреждении Всемирной торговой организации", СЗ РФ 20.07.2012 № 29, 4169 п. 3. Эбзеев, Б.С., Комментарий к Конституции Российской Федерации / Под ред. В.Д. Зорькина. 2-е изд., пересмотр. – М.: Норма : ИНФРА-М, 2011. Ст. 15, с. 163.

⁶ Исполинов, А.С., Статус международных договоров в национальном праве: некоторые теоретические и практические аспекты // Российский юридический журнал. 2014. N 1. С. 191. См. также подробно Марочкин, С.Ю., Действие и реализация норм международного права в правовой системе Российской Федерации – М. : Норма : ИНФРА-М, 2015, с. 19-28, 36-63.

⁷ Марочкин, С.Ю., Действие и реализация норм международного права в правовой системе Российской Федерации – М. : Норма : ИНФРА-М, 2015, с. 82-87.

В связи с тем, что законодательная система РФ предусматривает два вида федеральных законов, а именно, Федеральные (ФЗ) и Федеральные Конституционные законы (ФКЗ), встаёт вопрос о месте международных договоров в соответствии с п. 4 ст. 15 КРФ. В российской научной литературе пока ещё не однозначно решён вопрос о верховенстве ФКЗ над ратифицированными международными договорами или наоборот. Большинство учёных и практиков, однако, исходит из верховенства ФКЗ над международными договорами, аргументирую тем, что ФКЗ являются нормативными актами, приводящими в жизнь нормы КРФ⁸. В поддержку данной позиции можно сказать, что будучи ратифицированным Федеральным Законом, международные договоры имеют их форму в национальном праве, а потому имеют их силу и не могут иметь высший статус, чем ФКЗ. Этому можно, однако, возразить, что любой закон призван конкретизировать нормы Конституции, как основополагающие идеи правового развития государства. При этом, п. 4 ст. 15 КРФ не различает между видами законов, но предписывает верховенство договоров над всеми ними. Принимая во внимание верховенство Конституции, в принципе, нет надобности ставить ФКЗ по своему действию над международными договорами, т.к. в тех случаях, когда последние противоречат Конституции, они не могут иметь силы на территории РФ⁹.

Конвенция по многим причинам, о которых речь пойдёт и далее, занимает особое место в системе национального права. С точки зрения КФР, положение п. 4 ст. 15 следует рассматривать в совокупности с п. 1 ст. 17. Поэтому некоторые исследователи приходят к выводу о верховенстве международного права по правам человека над Конституцией¹⁰. Такое понимание, однако, противоречит систематике КРФ: ст. 17 является частью второй главы, регулирующей вопросы о правах и свободах человека и гражданина, но не затрагивающей вопросов об иерархии права и его основ в РФ, урегулированных в первой главе, а именно ст. 15. Как убедительно отмечает С.Ю. Марочкин, данное положение следует читать, как: «права человека признаются и гарантируются в соответствии с Конституцией, которая закрепляет их согласно общепризнанным нормам международного права»¹¹.

⁸ Адрианов, В.И., Комментарий к Конституции Российской Федерации / Под общ. ред. Л.В. Лазарева. 3-е изд., пересмотр – М.: ООО "Новая правовая культура", 2009. С 103. Эбзеев, Б.С., Комментарий к Конституции Российской Федерации / Под ред. В.Д. Зорькина. 2-е изд., пересмотр. – М.: Норма : ИНФРА-М, 2011. Ст. 15, с. 163. Напротив, Авдеенкова, М.П., не даёт ответа на этот вопрос, Конституция Российской Федерации: доктринальный комментарий (постатейный) / Под ред. Ю.А. Дмитриева. - М.: "Деловой двор", 2009. С. 29.

⁹ Той же позиции придерживается и Марочкин, С.Ю., Действие и реализация норм международного права в правовой системе Российской Федерации – М. : Норма : ИНФРА-М, 2015, с. 108-109.

¹⁰ К этому вопросу см. Марочкин, С.Ю., Действие и реализация норм международного права в правовой системе Российской Федерации – М. : Норма : ИНФРА-М, 2015, с. 92-93.

¹¹ Марочкин, С.Ю., Действие и реализация норм международного права в правовой системе Российской Федерации – М. : Норма : ИНФРА-М, 2015, с. 92.

2. Действие Европейской Конвенции в судебном производстве РФ

Особенность Конвенции заключается, конечно же, в признании юрисдикции ЕСПЧ и обязательности исполнения его решений (п. 1 ст. 46 Конвенции и Протокол N 14, также ратифицированный РФ). Это означает признание действия решений наднационального органа, а равно, частичный отказ от собственной автономии. В РФ данное действие решений ЕСПЧ обеспечено процессуальными нормами, предусматривающими возможность пересмотра решений внутригосударственными органами (п. 2 ст. 392 ГПК, п. 4 ст. 413 УПК, ст. 311 АПК¹²). При этом и «решения Европейского Суда по правам человека – в той части, в какой ими, исходя из общепризнанных принципов и норм международного права, даётся толкование содержания закреплённых в Конвенции прав и свобод, включая право на доступ к суду и справедливое правосудие, - являются составной частью российской правовой системы, а потому должны учитываться федеральным законодателем при регулировании общественных отношений и правоприменительными органами при применении соответствующих норм права»¹³.

3. Дело Маркина против России (Konstantin Markin v. Russian Federation)

В связи с этим, в особенности с решением ЕСПЧ по делу Маркина, в последнее время участились критические высказывания в отношении обязательства РФ по исполнению решений ЕСПЧ¹⁴.

Суть дела Константин Маркин против Российской Федерации заключалась в следующем: разведённый военнослужащий К. Маркин обратился за предоставлением трехлетнего отпуска по уходу за тремя детьми. Заявителю было отказано в отпуске, обосновывая решение тем, что для военнослужащих мужского пола национальным правом такая возможность не предусмотрена. Против этого решения К. Маркин подал конституционную жалобу, которая была отклонена¹⁵. В последствии, ЕСПЧ признал

¹² См. также Постановление Конституционного Суда РФ от 26 февраля 2010 г. N 4-П "По делу о проверке конституционности части второй статьи 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан А.А. Дорошка, А.Е. Кота и Е.Ю. Федотовой", СЗ РФ 15.03.2010 № 11, 1255 п. 2.1.

¹³ Постановление Конституционного Суда РФ от 05 февраля 2007 г. N 2-П "По делу о проверке конституционности положений статей 16, 20, 112, 336, 376, 377, 380, 381, 382, 383, 387, 388 и 389 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом Кабинета Министров Республики Татарстан, жалобами открытых акционерных обществ «Нижнекамскнефтехим» и «Хакасэнерго», а также жалобами ряда граждан", СЗ РФ 12.02.2007 № 7, 932 п. 2.1.

¹⁴ См., напр., Исполинов, А.С., Статус международных договоров в национальном праве: некоторые теоретические и практические аспекты // Российский юридический журнал. 2014. N 1. С. 191. См. также Марочкин, С.Ю., Действие и реализация норм международного права в правовой системе Российской Федерации – М. : Норма : ИНФРА-М, 2015, с. 265.

¹⁵ КСРФ не усмотрел в национальном законодательстве нарушения прав истца: Определение Конституционного Суда РФ от 15.01.2009 N 187-О-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалоб гражданина Маркина Константина Александровича на нарушение его конституционных прав положениями статей 13 и 15 Федерального закона "О государственных пособиях гражданам, имеющим детей", статей 10 и 11 Федерального закона "О статусе военнослужащих", статьи 32 Положения о порядке прохождения военной службы и пунктов 35 и 44 Положения о назначении и выплате государственных пособий гражданам, имеющим детей" (не опубликован).

нарушения прав истца в соответствии со ст. 14 и 8 Конвенции¹⁶. Данное решение было подтверждено Большой Палатой. ЕСПЧ признал права истца на компенсацию (ст. 41 Конвенции) и обязал РФ внести изменения в законодательство с целью прекращения дискриминации мужского персонала вооруженных сил в отношении права на отпуск по уходу за ребенком (ст. 46 Конвенции)¹⁷.

В упомянутых решениях ЕСПЧ, указывающих на ошибочность вынесенного определения КС РФ как высшего органа толкования Конституции РФ (которая, как уже указывалось выше, стоит в системе российского права над Конвенцией), председатель КС РФ, В. Зорькин, видит в угрозу прямого вторжения в сферу национального суверенитета. В. Зорькин считает решение ЕСПЧ о несоответствии определённых системных позиций законодательства РФ с Конвенцией выходящим за рамки его компетенции и урезающим законодательные права государства, а равно его автономию¹⁸.

Действительно, в компетенцию ЕСПЧ не входит проверка национального законодательства как такового. ЕСПЧ уважает прерогативу усмотрения национальных органов в связи с национальными и культурными особенностями. Поэтому законодательные акты не противоречат Конвенции до тех пор, пока решение законодательного органа не лишено «разумного обоснования». Однако и это «разумное обоснование» должно соответствовать ценностям, признанным в Конвенции и принятыми государством при её подписании.

Компетенция ЕСПЧ заключается в проверке нарушения прав человека действиями государства (ст. 34 Конвенции). Такими действиями могут быть как исполнительные, так и судебные, но и законодательные акты.

Подписание и ратификация Конвенции приводят к обязательству государства признания и имплементирования Конвенции вне зависимости от того, соответствуют ли её ценности, конкретизируемые в решениях ЕСПЧ, развитию общества в данный исторический момент. Подписывая Конвенцию, государство, а посредственно и общество, принимает на себя обязанности из этого международного договора и должна соблюдать их, как в соответствии с международным правом (Венская Конвенция о праве международных договоров, по-немецки: Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge), так и в соответствии с тем фактом, что, будучи федеральным законом, она связывает государственные органы и как национальное право. В связи с тем, что Конвенция стоит в ранге под Конституцией, но РФ и её органы, а значит и КС РФ, связываются решениями ЕСПЧ возникает указанное противоречие.

¹⁶ Постановление ЕСПЧ от 07.10.2010 по делу «Константин Маркин против России» (жалоба N 30078/06), Бюллетень Европейского Суда по правам человека, 2011, N 8.

¹⁷ Постановление Европейского Суда по правам человека от 22 марта 2012 г. Дело "Konstantin Markin (Konstantin Markin) против Российской Федерации" (жалоба N 30078/06) (Большая Палата), Бюллетень Европейского Суда по правам человека, 2012, N 6.

¹⁸ Зорькин, В.Д., Предел уступчивости, РГ от 29.10.2010 г., N 5325; а так же: Зорькин, В.Д., Конституционно-правовое развитие России – М. : Норма : ИНФРА-М, 2011, с. 418-427.

Данное противоречие В. Зорькин¹⁹ предлагает решить путём размышления КС РФ о целесообразности каждого конкретного постановления ЕСПЧ культурным, общественным и политическим условиям РФ. Проще говоря, предлагается ввести механизм проверки решений ЕСПЧ Конституционным Судом РФ для соблюдения конституционных ценностей национального государства. Такой подход, в принципе, идёт в разрез с п. 1 ст. 46 Конвенции и означает её нарушение (*Verletzung der Konvention*), т.к. в этом случае, Россия отвергает безоговорочное признание решений, к которому сама обязалась.

В. Зорькин, однако, усматривает приемлемый путь в подходе Федерального Конституционного Суда ФРГ (далее: ФКС (*BVerfG*)) в случае «Гёргюлю». Для понимания подхода ФКС к имплементации решений ЕСПЧ в немецком праве, рассмотрим, вначале, место Конвенции в правовой системе Германии.

III. Действие Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод в праве Германии

1. Европейская Конвенция в системе права Германии (*EMRK im deutschen Rechtssystem*)

В соответствии с п. 2 ст. 59 Основного Закона ФРГ²⁰ (*OZ*, (*Grundgesetz*)), «договоры, регулирующие политические отношения Федерации или относящиеся к вопросам федерального законодательства, требуют одобрения или содействия органов, компетентных в данном случае осуществить федеральное законодательство, в форме принятия федерального закона». Из этого следует, что и в Германии международные договоры должны быть ратифицированы федеральным законом (*Ratifizierung völkerrechtlicher Gesetze durch Bundesgesetz*). Таким образом, ратифицированный договор трансформируется в часть национального права и имеет ранг федерального закона (*Bundesgesetz*) со всеми вытекающими из этого последствиями²¹.

По мнению ФКС, нормы Конвенции в большинстве случаев не являются «общепризнанными нормами международного права» (*allgemein anerkannte Normen des Völkerrechts*), а значит не подпадают под действие ст. 25 *OZ*, определяющей, что «общепризнанные нормы международного права являются составной частью федерального права. Они имеют приоритет перед законами и непосредственно порождают права и обязанности для проживающих на территории Федерации лиц». Под «общепризнанными нормами международного права» понимаются нормы, действующие

¹⁹ Зорькин, В.Д., Предел уступчивости, РГ от 29.10.2010 г., N 5325.

²⁰ Текст в оригинале: <http://www.gesetze-im-internet.de/gg/>
Русский перевод: http://www.rfhwb.de/Pravo/Pravo_ru/pravo_ru1.htm.

²¹ *BVerfGE* 74, 358 (370), 82, 106 (120), 111, 307 (317). К дискуссии между сторонниками теорий «трансформации» и «исполнения», см. в Kempfen, Bernhard, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl., München 2010, Art. 59, Rn. 88-90.

для всех стран, т.е. признаваемые и действующие в подавляющем большинстве государств мира²².

Из статуса федерального закона следует, что нормы Конвенции должны соответствовать Конституции и, в принципе, подчиняться таким основным правилам толкования (*Auslegungsregeln*), как *lex posterior derogat legi priori* и *lex specialis derogat legi generali*. Одновременно, ввиду отсутствия различия в ранге внутри понятия федерального закона, в Германии не встаёт российский вопрос о действии по отношению к конституционным законам.

Применение указанных правил приводило бы, конечно, со временем к бездействию международного договора, который формулируется, по обыкновению, достаточно абстрактно и заключается один раз. Такое толкование, одновременно, означало бы нарушение международных обязательств государства, из чего Федеральным Конституционным Судом делается вывод, что законодатель издаёт последующие законы, желая их соответствия Конвенции²³. При этом ФКС привлекает её нормы при толковании ОЗ, если это не приводит к умалению уровня защиты прав²⁴. Из сказанного следует, что все государственные органы обязаны соблюдать закреплённые в нормах Конвенции права человека в рамках ОЗ.

ОЗ не даёт ответа на вопрос о дуальном или моническом понимании (*duale und monistische Vorstellung*) международного публичного права. Как ст. 25, так и ст. 59 ОЗ допускают толкования как в сторону умеренного монизма, так и в сторону умеренного дуализма, поэтому в правовой теории ФРГ этот вопрос остаётся нерешённым, что, однако, едва ли играет роль в правоприменении²⁵. Касаемо региональной защиты прав человека, т.е., например, Конвенции, большинство научной литературы исходит из монического представления.²⁶

2. Действие Европейской Конвенции в судебном производстве Германии (*Einfluss der EMRK auf Gerichtsverfahren in Deutschland*)

По мнению ФКС, в соответствии со ст. 1 Конвенции, п. 3 ст. 20²⁷, п. 2 ст. 59, п. 4 ст. 19²⁸ ОЗ, немецкие суды обязаны принимать во внимание решения ЕСПЧ при принятии собственных решений. Решения ЕСПЧ должны быть составной частью принимаемого решения. Таким образом, решения ЕСПЧ указывают путь толкования национального законодательства (*Auslegungskriterien*). Как указывает ФКС, суд,

²² Причём не имеет значения, признаны ли они в самой ФРГ, BVerfGE 16, 27 (33); 15, 25 (34).

²³ BVerfGE 111, 307 (324), 128, 326 (366).

²⁴ BVerfGE 111, 307 (316), 128, 326 (367).

²⁵ Развёрнутое описание дискуссии в современной теории см. в Kempen, Bernhard, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl., München 2010, Art. 59, Rn. 83-87.

²⁶ Ibid, Rn. 87.

²⁷ Текст этой нормы гласит: «Законодательная власть связана конституционным строем, исполнительная и судебная власть – законом и правом».

²⁸ Текст этой нормы гласит: «Если права какого-либо лица нарушены государственной властью, оно может обращаться в суд. Если не установлена иная подсудность, действует общий судебный порядок».

одновременно, не должен забывать и о том, что проверка дела должна основываться на положениях ОЗ в соответствии с его п. 3 ст. 20, указывая, в особенности, на конституционное разделение компетенций (*Gewaltenteilung*) как основу правового государства²⁹.

Из места Конвенции в иерархии норм Германии следует, по мнению ФКС далее, что граждане не могут напрямую подать конституционную жалобу на нарушение своих прав из неё. Одновременно нельзя забывать о том, что нарушение Конвенции, в большинстве случаев приводит к нарушению ОЗ³⁰.

В законодательстве Германии, также как и РФ, предусмотрены возможности пересмотра решений (*Wiederaufnahmeverfahren*) в связи с принятыми решениями ЕСПЧ (см. § 580 № 8 Гражданского процессуального уложения ФРГ³¹ и § 359 № 6 Уголовного процессуального Уложения ФРГ³²). Это позволяет судам пересмотреть решения, вступившие по национальному праву в законную силу.

3. Решение по делу «Гёргюлю» (*Entscheidung des BVerfG im Fall Görgülü*)

Решение КС по делу «Гёргюлю» стало, действительно, новой главой в правовом анализе применения решений ЕСПЧ в Германии. Но рассмотрим его внимательнее.

Истец Гёргюлю был отцом незаконнорожденного сына (*uneheliches Kind*), о чьём рождении он узнаёт после того, как мать ребёнка, с которой он не общался длительное время, подписала документы на усыновление, не указав при этом личность отца. Гёргюлю обращается в органы опеки, которые лишь разводят руками: факт родства не установлен, ребёнок усыновлён другой парой, не желающей отдавать его. С этого момента, для Гёргюлю начинается семилетняя тяжба, целью которой является вернуть ребёнка его биологическому отцу. Отношения с парой, усыновившей ребёнка быстро ухудшаются и он не видит своего сына многие годы.

Основной причиной отказа судов в разрешении дела в пользу Гёргюлю является аргументация, построенная на национальном праве: желаемое решение о присуждении права родительской опеки (*Sorgerecht*) является так называемым постановлением о признании (*Feststellungsurteil*). В ходе принятия такого постановления, суд обязан принимать во внимание все конкретные, присутствующие *на данный момент* факты в пользу ребёнка. Это значит, что суд делает собственный прогноз (*eigene Prognose*), исходя из фактов на момент решения: где ребёнку будет лучше, в приёмной семье или у родного отца, с которым он не жил ни дня? Чем дольше ребёнок живёт в одной семье, тем больше он привыкает и адаптируется в ней, тем больше он отдаляется от родных родителей, тем меньше суд должен принимать во внимание право отца из п. 1 ст. 6 ОЗ, в соответствии с которым «брак и семья находятся под особой защитой государства»

²⁹ BVerfGE 111, 307 (317).

³⁰ BVerfGE 111, 307 (317); 74, 102 (128).

³¹ Текст на немецком и английском языках: <http://www.gesetze-im-internet.de/zpo/>.

³² Текст на немецком и английском языках: <http://www.gesetze-im-internet.de/stpo/>.

(Schutz der Ehe und Familie). Поэтому, чем дольше тянулся процесс, тем меньше шансов было у истца на позитивный для него исход.

Поданная конституционная жалоба не была принята на рассмотрение, и Гёргиюло подал жалобу в ЕСПЧ, которая была решена в его пользу. По мнению ЕСПЧ, у Гёргиюло есть право самому воспитывать своего сына. В связи с этим решением, национальный суд нижней инстанции также принял решение в пользу истца. Семья, усыновившая ребёнка, подала жалобу на это решение в вышестоящий суд, которая была им удовлетворена. Основным аргументом суда, при этом, являлось, что решение ЕСПЧ касается конкретного постановления о признании в прошлом, и не может иметь действия на сегодняшний день, т.к. такое постановление основывается на фактах, имеющих место на момент решения. В связи с тем, что с тех пор прошли годы и ситуация изменилась, отмена прошлого постановления не может быть причиной принятия нового, в пользу отца. По мимо этого, лишь ФРГ связана Конвенцией (Bindung an die EMRK), как субъект, подписавший международный договор – суд же независим в своих решениях и не должен принимать нормы Конвенции к сведению. Против этого решения, Гёргиюло вновь подаёт конституционную жалобу, по которой и принимается постановление, ставшее столь известным.

В этом постановлении ФКС приходит к следующим выводам³³. Ратифицированная Конвенция является частью национального права (Teil des nationalen Rechts), которым связаны суды в соответствии с п. 3 ст. 20 ОЗ. Решения ЕСПЧ действуют, в первую очередь, по отношению к странам-участницам Конвенции и конкретного процесса – поэтому они могут иметь лишь ограниченную персональными, временными и содержательными критериями предмета иска, законную силу (ст. 42, 44, 34 Конвенции). Его решения также являются постановлениями о признании, устанавливающими соблюдение или нарушение Конвенции государством-ответчиком, а потому не имеют прямого действия по отношению к национальному решению. Государство-ответчик имеет определённое усмотрение (Ermessen), каким образом оно приведёт решение в жизнь. Постановление о нарушении прав Конвенции ведёт к тому, что государство не может более заявлять о соответствии её оспоренных действий Конвенции и обязано восстановить нарушенные права истца, насколько это возможно ввиду изменяющихся обстоятельств дела и права. В то же время возможно также компенсация ущерба в денежном эквиваленте (ст. 41 Конвенции) (gerechte Entschädigung), хотя одновременно государство обязано привести национальное право в соответствие с нормами Конвенции (ст. 1 Конвенции). Из этого следует, что государство не может ограничиться лишь возмещением ущерба в денежном эквиваленте, но и не обязано менять конкретное национальное решение по делу.

Одновременно, национальные суды обязаны принять к сведению конкретное решение ЕСПЧ по иску, если истец подаёт прошение о возобновлении производства. Суд обязан пересмотреть дело, детально принимая постановление и его высказывания во внимание в ходе своего решения. В то же время, судебное производство о возобновлении является

³³ Здесь и далее: BVerfGE 111, 307 (315-329).

новым производством (*neues Verfahren*), в ходе которого вновь должны быть рассмотрены и взвешены все интересы и все аспекты права приняты во внимание – этого требует п. 3 ст. 20 ОЗ, ввиду которого суд связан законом и правом (*Bindung an Recht und Gesetz*). Насколько это возможно, национальное право должно быть истолковано (*Auslegung*) в соответствии с международным правом.

В случае исков в суды общей юрисдикции, которые имеют своим предметом рассмотрение гражданско-правового спора (*zivilrechtliche Streitigkeit*), существуют, однако, дополнительные особенности: государство, в роли суда, является лишь посредником этого спора, т.е. иском в ЕСПЧ может быть разрешён лишь вопрос о правомерности такого посредничества (*Dreiecksverhältnis*). Оппонент национального гражданского разбирательства, при этом, не является стороной спора в процессе перед ЕСПЧ. Ограничиваясь разрешением заданного вопроса, ЕСПЧ не имеет компетенции решения самого гражданско-правового спора по существу. Поэтому национальный суд не обязан решить вновь возобновлённое разбирательство тем или иным способом. Но, принимая своё новое решение, он обязан вновь взвесить интересы (*Interessenabwägung*), а также конституционные права и права из Конвенции участников процесса в соответствии с национальным правом и, руководствуясь постановлением ЕСПЧ.

Исходя из того, что суд не посчитал решение ЕСПЧ и действие Конвенции для себя обязательным, а так же, в ходе разбирательства, не принял во внимание постановление ЕСПЧ и не только не разобрался с признанным ЕСПЧ нарушением Конвенции, но и не проверил вопроса о дальнейшем нарушении прав Конвенции и ОЗ, ФКС отменил его постановление и отправил иск на новое рассмотрение³⁴.

IV. Выводы

Системы имплементации международных договоров конституций Германии и России имеют много общего, что упрощает возможность выработки правосравнительных аспектов. Это, однако, ещё не означает, что решения национальных верховных судов одной из этих стран может быть слепо переложено на право другой. Напротив, правоприменитель должен внимательно проанализировать конкретную фактическую и правовую стороны решения. Только если он придёт к выводу, что они обе соответствуют решаемому делу, он может перенять идеи, высказанные иностранным судом.

В ходе проведённого анализа стало видно, что большинство общих высказываний ФКС по поводу действия решений ЕСПЧ могут быть также применены и в российском праве. И российский суд не обязан слепо следовать решениям ЕСПЧ, в особенности, если они не были приняты по конкретно рассматриваемому делу. Касаемо решений, принятых по конкретному спору, суд также издаёт новое, собственное решение, принимая во внимание позиции ЕСПЧ. В зависимости от обстоятельств, оно не обязательно должно

³⁴ Новым решением Гёргиюлю было присуждено право опеки над его сыном. Интересно также, что против судей, принявших решение, оспоренное в ФКС было возбуждено уголовное дело по факту вынесения пристрастного решения (*Rechtsbeugung*).

быть в пользу истца, выигравшего дело в ЕСПЧ. Т.к. путь исполнения решения государство выбирает само, ЕСПЧ не может требовать, например, изменения законодательства, но возмещения ущерба (ст. 46, 41 Конвенции). Одновременно, он может и должен постановить, что оспоренное действие ответчика нарушает права истца в связи с тем, что законодательный акт, на котором основывается это действие, не соответствует нормам Конвенции. В этом подходе, как таковом, напротив, нет ничего нового – такой подход логичен, т.к. большинство актов исполнительной власти основывается на законодательном акте.

Одновременно, дело Маркина не имеет ничего общего с делом Гёргиюлю уже потому, что решение по последнему имеет своим предметом гражданский иск в трёхполярном отношении (*Dreiecksverhältnis*), в то время как дело Маркина затрагивает исключительно отношения между государством и личностью. Одновременно, необходимо также принять во внимание и процессуальные особенности национального иска и самой жизненной ситуации в случае Гёргиюлю.

Тот факт, что стандарты Конвенции не всегда соответствуют представлениям всех её стран-участниц о содержании (конституционных) прав человека очевиден. Напротив, Конвенция создавалась для достижения универсальных стандартов (*universelle Standards*) в Европе после Второй Мировой Войны и должна была внести вклад в предотвращение возможности повторения преступлений Третьего Рейха. Её создатели верили в то, что только посредством обязательства стран-участников к соблюдению универсальных стандартов, вырабатываемых независимых наднациональным судом, возможно учреждение общепринятой системы ценностей.

Подписывая Конвенцию, государство-участник добровольно принимает эту идею и накладывает на себя обязательство по соблюдению договора, всеми тремя ветвями власти. Конвенция не предусматривает исключений для законодательной власти. Государство-участник Конвенции может гарантировать своим гражданам большую защиту их прав, но не меньший стандарт. Этот стандарт может быть только интернациональным, но не национальным. В противном случае, Конвенция потеряла бы свой смысл, а ЕСПЧ стал бы органом, принимающим решение по указке национальных судов отдельной страны в конкретном случае.

Для дела Маркина это означает следующее: если общим европейским стандартом является предотвращение дискриминации по половому признаку во всех областях публичного права (что соответствует правовой действительности), значит Россия должна проститься с представлением о том, что в области военной службы в мирное время возможны исключения, являющиеся национальным правилом, даже если такое представление крепко сидит в умах общества. Именно изменение таких представлений является целью Конвенции, и, подписывая и ратифицируя её, Россия, как и любое другое государство-участник, принимает эти правила игры.

Об авторе:

А.Ю. Бергер, Dr. jur.



Автор очерка является адвокатом юридической компании Хенгелер Мюллер в Дюссельдорфе, где она консультирует по вопросам публичного права. Анастасия Бергер изучала юриспруденцию в Москве и Мюнхене и обладает правом на занятие адвокатской деятельностью как в ФРГ, так и в РФ. Научные и профессиональные интересы А.Ю. Бергер находятся в сфере конституционного и публичного права.

Dr. jur. Anastasia Berger ist Rechtsanwältin bei der Partnerschaft von Rechtsanwälten Hengeler Mueller mbB, wo sie im Bereich des öffentlichen Wirtschaftsrechts berät. Anastasia Berger hat Rechtswissenschaften in Moskau und München studiert. Ihr Rechtsreferendariat hat sie im Bezirk des Oberlandesgerichts München absolviert. Ihre Interessenschwerpunkte liegen in den Bereichen des Verfassungs- und öffentlichen Rechts.

anastasia.j.berger@gmail.com

<http://www.hengeler.com/>

Конституционная жалоба в Германии и структура проверки нарушения конституционных прав человека и гражданина

Verfassungsbeschwerde im deutschen Recht und Aufbau der Prüfung einer Grundrechtsverletzung

Анастасия Бергер (Anastasia Berger) /

Нина Веш (Nina Wesch)

Der Beitrag behandelt Grundrechte des deutschen Grundgesetzes und legt dabei den Fokus auf das allgemeine verfestigte Schema der Prüfung einer Grundrechtsverletzung. Einleitend sorgt ein Überblick über die Arten sowie über das Wesen der Verfassungsbeschwerde für eine Grundlage und soll den Einstieg in die Struktur der einzelnen Grundrechte erleichtern. Die Darstellung der Grundrechte ist in das herkömmliche Prüfungsraster eingebettet, wobei auf die einzelnen Prüfungspunkte ausführlich und anhand von zahlreichen Beispielen eingegangen wird. Darüber hinaus vertieft ein Extrapunkt den Aufbau des allgemeinen Gleichheitsgebotes. Am Ende folgt eine kurze Zusammenfassung über die Auswirkungen der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes.

I. Введение

Ввиду федеральной структуры ФРГ существует два вида конституционных жалоб: конституционная жалоба (Verfassungsbeschwerde) в земельный Конституционный Суд (Verfassungsgericht) конкретной федеральной земли, в ходе которой рассматривается нарушение прав конституции данной земли, если данная процедура ею предусматривается, и федеральная конституционная жалоба в Федеральный Конституционный Суд (Bundesverfassungsgericht; далее: КС ФРГ),¹ рассматривающая нарушения прав Основного Закона ФРГ (= Конституция; Grundgesetz; далее: ОЗ²). Данная статья ограничивается рассмотрением последней.

Конституционные жалобы составляют львиную долю процессов КС ФРГ. Так, в 2014 г. в общей сложности были рассмотрены 6.292 жалобы, 121 из них (1,92 %) была решена в пользу истцов³.

В соответствии с п. 4 а, абз. 1, ст. 93 ОЗ ФРГ, регулирующим компетенцию КС ФРГ, конституционная жалоба может быть подана «каждым, кто утверждает, что публичная власть нарушила одно из его основных прав или одно из прав, содержащихся в статьях

¹ См. www.bundesverfassungsgericht.de/.

² Текст Основного Закона Германии на немецком и английском языках: www.gesetze-im-internet.de/gg/.

³ См. www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2014/gb2014/A-IV-2.html.

20 (абз. 4), 33, 38, 101, 103 и 104». Более подробно процедура процесса конституционной жалобы регулируется в §§ 90-95 Законе о Федеральном Конституционном Суде (Bundesverfassungsgerichtsgesetz⁴; далее: ФКСЗ).

Конституционная жалоба не имеет отлагательного действия по отношению к обжалованному юридическому акту. Это означает, что, к примеру, в случаях выдворения из страны истец не может отсрочить своего выезда подачей жалобы. В таких ситуациях, тем не менее, существует возможность прошения об обеспечении жалобы в соответствии с п. 1 § 32 ФКСЗ.

В соответствии с этими правовыми нормами КС ФРГ проверяет, как и любой другой суд Германии, в первую очередь, приемлемость конституционной жалобы, а именно: подсудность (1), право участия в процессе (2), процессуальную дееспособность, приемлемость объекта жалобы (4), полномочие жалобы (5), исчерпание правовых средств / субсидиарность (6), необходимость правозащиты (7), соблюдение формы подачи жалобы (8), соблюдение срока подачи жалобы (9).

Лишь только если КС ФРГ приходит к выводу, что названные выше условия выполнены, он будет рассматривать жалобу по существу. Конституционная жалоба обоснована, если публичная власть нарушила одно из основных прав истца. При разрешении вопроса о нарушении прав Конституционный Суд проверяет в соответствии со сложившейся догматикой в три шага: затронуто ли какое-либо конституционное право; может ли действие государственного органа быть квалифицировано, как посягательство на таковое; является ли это посягательство оправданным.

II. Процедура принятия к рассмотрению

Конституционная жалоба является внеочередной нормой обжалования действия органов публичной власти. КС ФРГ не является высшей инстанцией для обжалования судебных решений. Судебная система ФРГ, как и российская, предусматривает два пути обжалования судебного решения – апелляцию и кассацию, и исходит из того, что принятое в ходе этих инстанций окончательное решение в принципе более не подлежит пересмотру. Поэтому § 93 а - § 93 d ФКСЗ предусматривают обязательную процедуру принятия жалобы к рассмотрению. В соответствии с данной нормой, КС ФРГ принимает жалобу к рассмотрению, если она имеет принципиальное конституционно-правовое значение или принятие к рассмотрению необходимо для осуществления конституционных прав человека и гражданина, что может иметь место и в том случае, если это необходимо для предотвращения особо серьезного ущерба.

Жалоба имеет принципиальное конституционно-правовое значение, если ответ на поставленный ею вопрос не может быть непосредственно выведен из конституции и пока ещё не был рассмотрен конституционным судом⁵.

⁴ Текст Закона о Федеральном Конституционном Суде на немецком языке: www.gesetze-im-internet.de/bverfsgg/.

⁵ BVerfGE 90, 22 (24 f.). Пояснение: „BVerfGE“ – многотомный сборник решений КС ФРГ.

Рассмотрение необходимо для осуществления конституционных прав и предотвращения ущерба, если нарушение конституционного права имеет особый вес или особенно серьезно затрагивает интересы истца⁶.

Лишь допущенная в ходе данной процедуры жалоба рассматривается КС ФРГ на предмет её приемлемости и по существу.

III. Приемлемость конституционной жалобы (Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde)

Под вопросом приемлемости конституционной жалобы понимаются процессуальные условия, при соблюдении которых КС ФРГ будет рассматривать её на предмет обоснованности, т.е. по существу. Поэтому они всегда проверяются первыми. В общей сложности существуют девять условий приемлемости конституционной жалобы. Некоторые из них предусмотрены законом и Конституцией (Основной Закон), другие были разработаны самим КС ФРГ в ходе рассмотрения жалоб в соответствии с конституционными принципами.

1. Подсудность КС ФРГ (Zuständigkeit der Bundesverfassungsgerichts) означает, что только он рассматривает конституционные жалобы по вопросам нарушения конституционных прав.

2. В соответствии с п. 4 а абз. 1 ст. 93 ОЗ у каждого есть право на подачу конституционной жалобы, то есть право участия в этом процессе (Beschwerdefähigkeit). Под словом «каждый» при этом понимается, в первую очередь, каждое физическое лицо – носитель конституционных прав. При этом Конституция различает в формулировке между правами граждан Германии и другими правами, чьим носителем является любой человек. Однако это не означает, что иностранец не может ссылаться на нарушение, например свободы собраний, хоть ст. 8 ОЗ и даёт это право только гражданам. В соответствии со ст. 3 ОЗ, которая устанавливает равенство людей, права иностранцев на собрание защищаются в полной мере правом на свободное развитие своей личности в соответствии с п. 1 ст. 2 ОЗ⁷.

Наряду с физическими лицами, конституционную жалобу также могут подать и **юридические лица**. Пункт 3, ст. 19 ОЗ устанавливает, что основными правами обладают также и юридические лица, зарегистрированные на территории Германии, поскольку эти права по своему существу могут быть применимы к ним. Данная норма права исходит из представления, что юридическое лицо является «персональным субстратом» физических лиц – его владельцев и соответственно может ссылаться на их права. В зависимости от деятельности предприятия, это в первую очередь экономические права (свобода собственности, труда), но также и право равенства.

⁶ BVerfGE 96, 245 (248).

⁷ BVerfGE 104, 337 (346).

Конституционно-правовое понятие «юридического лица» шире гражданско-правового понятия, т.е. конституционными правами могут пользоваться не только юридические лица, признанные таковыми гражданским законодательством, но и всякие другие объединения граждан, которые могут быть носителями прав и ответчиком и имеют достаточную организационную структуру⁸. Под данное определение подпадают также и **политические партии**. Однако они имеют дополнительную общественно-политическую функцию в соответствии со ст. 21 ОЗ, что делает их «конституционно-правовым институтом» и позволяет быть также участником так называемого «спора органов Федерации», п. 1 абз. 1 ст. 93 ОЗ, если они ссылаются на нарушение их конституционно-правового статуса как партии⁹.

Не до конца решённым и спорным остаётся вопрос о юридических лицах публичного права, т.е. предприятиях, организованных в частноправовой форме, чьим владельцем частично или полностью является государство. Такие предприятия во многом исполняют государственно-значимые обязанности (напр. Немецкое Железнодорожное АО - Deutsche Bahn AG). КС ФРГ решает этот вопрос в зависимости из доли владения государства, т.к. исходит из того, что «персональный субстрат» и тем самым права человека и гражданина имеют тем меньше веса, чем больше доля государства. Если государство владеет предприятием полностью или большинством долей, КС ФРГ отказывает в возможности сослаться на конституционные права человека.

Юридические лица публичного права (общины, университеты, государственное телерадиовещание и т.д.) не являются носителями конституционных прав человека.

Относительно регистрации КС ФРГ расширил дословное понимание п. 3 ст. 19 ОЗ и применяет его в соответствии с п. 2 ст. 26 Договора о Совместной Работе ЕС (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union¹⁰) и по отношению к юридическим лицам стран-членов ЕС.

3. Истец должен обладать процессуальной дееспособностью. Это условие следует не из ФКСЗ, а из общих процессуальных правил. При этом процессуально дееспособным в процессе конституционной жалобы является тот, кто сам или через своих представителей может подавать заявления. В случаях подачи жалобы несовершеннолетними решающими критериями являются зрелость и сознательность, которые варьируются в зависимости от конкретно заявленного нарушения права¹¹.

Представление интересов истца адвокатом, напротив, законом не предусмотрено и является поэтому необязательным.

4. В соответствии с п. 4 а абз. 1 ст. 93 ОЗ предметом жалобы (Beschwerdegegenstand) может быть только акт публичной, т.е. законодательной, исполнительной или судебной власти. Действие частного лица не может быть предметом рассмотрения, что не исключает возможности подачи жалобы против решения суда последней инстанции в

⁸ BVerfGE 122, 342 (355).

⁹ BVerfGE 85, 264 (284).

¹⁰ <https://dejure.org/gesetze/AEUV>.

¹¹ BVerfGE 28, 243 (254 и след.).

частноправовом споре, если истец считает, что это решение ущемляет его конституционные права. Таким правом в данной ситуации будет или свобода собственности (ст. 14 ОЗ) или право на свободное развитие личности (п. 1 ст. 2 ОЗ).

Что касается жалобы против акта законодательной власти, т.е. закона, то она возможна лишь только в том случае, если закон напрямую ущемляет конкретное право. Если же закон требует последующего акта исполнительной власти, истец должен сначала оспорить данный акт в нижестоящих судах. При этом суды обязаны при проверке конкретного акта проверить и его юридическую основу, т.е. сам закон. Если суд нижестоящей инстанции посчитает, что закон не соответствует конституции, он обязан приостановить делопроизводство и запросить в данном вопросе решение КС ФРГ (п. 1 ст. 100 ОЗ). Исходя из сказанного, становится ясно, что подавляющее большинство конституционных жалоб подаётся против судебных решений последней инстанции.

В отличие от КС ФРГ, Конституционный Суд РФ, согласно ч. 4 ст. 125 Конституции РФ, правомочен проверять по конституционным жалобам конституционность всех законов, включая изданные по вопросам, отнесенным к исключительному ведению субъектов РФ. В то же время он вправе проверять конституционность не любого закона, но только затрагивающего конституционные права и свободы. Под законом и в том, и в другом случае подразумеваются федеральные конституционные законы, федеральные законы, законы субъектов РФ, а также - в случае их применения в конкретном деле - конституции, уставы субъектов РФ¹².

5. Полномочием жалобы (Beschwerdebefugnis) обладает тот, кто заявляет, что его конституционное право непосредственно ущемлено. Для сужения круга допущенных жалоб КС ФРГ проверяет в данном пункте четыре следующих вопроса: возможность нарушения права, ущемление права конкретного истца, ущемление в настоящий момент и его непосредственность.

- a. Заявление истца о нарушении конституционного права должно содержать её теоретическую возможность. На этом этапе суд ещё не проверяет, нарушено ли право в действительности – это вопрос обоснованности жалобы. Однако, если очевидно, что какое-то из заявленных прав не затронуто, суд сужает будущую проверку по существу уже здесь или отказывает в рассмотрении в связи с тем, что конституционные права очевидно не нарушены. Конечно же, последние ситуации редки ввиду предыдущего процесса о допуске к рассмотрению.
- b. Истец должен быть ущемлён в собственных правах (Selbstbetroffenheit) – в соответствии с общим правилом немецкого правосудия никто не имеет права подавать иск в чужом деле. Поэтому общественные организации, общины, профсоюзы и т.д. в Германии не могут подать конституционную жалобу на нарушение прав их членов. Также в Германии, в отличие от России, не существует и уполномоченного по правам человека.

¹² <http://kommentarii.org/konstitutc/page135.html>.

- с. Ущемление права должно происходить в настоящий момент (*Gegenwärtigkeit*). Это значит, что оно уже произошло и его действие ещё не закончилось. Прошедшее ущемление может быть обжаловано только в тех случаях, когда оно всё ещё негативно действует, либо существует конкретная опасность его повторения. В порядке исключения возможна также и подача жалобы, если ущемление права ещё только предстоит, но только если норма права принуждает истца к действиям, которые впоследствии уже не смогут быть исправлены¹³, ущемление права в будущем уже сейчас очевидно¹⁴ или речь идёт о международных договорах, требующих согласия Бундестага (*Bundestag* в соответствии с п. 2 ст. 59 ОЗ¹⁵, т.к. вследствие последующего признания закона неконституционным государство не сможет выполнять свои обязательства согласно такому договору, чем нарушит его в отношении других государств-участников. В последнем случае, однако, ущемление не будет непосредственным (см. ниже).
- d. Наконец, возможное ущемление должно быть непосредственным (*Unmittelbarkeit*). Критерий непосредственности подразумевает, что для негативного действия конкретного государственного акта не нужен дополнительный исполнительный акт. Данное условие еще более сужает возможность подачи жалобы против самого закона, заставляя истца дожидаться конкретных действий исполнительной власти и оспаривать лишь их, что даёт возможность низшим судам проверить закон в ходе такого процесса. Исключения составляют так называемые «self-executing»-законы, т.е. законы, затрагивающие права человека напрямую и не требующие дополнительного исполнительного акта.

6. Прежде чем подать конституционную жалобу в соответствии с п. 2 ст. 90 ФКСЗ, истец должен исчерпать все другие возможные правовые средства для защиты своих прав (*Rechtswegerschöpfung*). Это значит, что он должен вовремя подать иск, пройти предусмотренные законом судебные инстанции, прибегнуть ко всем законным возможностям для избежания нарушения прав или их восстановления (напр. подача заявления об обеспечении иска и т.д.). Данный критерий, однако, не применяется к жалобам против закона как такового, т.к. в этой ситуации не существует других путей обжалования. С понятием субсидиарности при этом связывается обязанность истца задействовать одновременно все правовые возможности, т.е. например не только потребовать и обжаловать решение по требованию об обеспечении иска, которое в Германии может быть подано и вне основного искового производства, но и подать основной иск.

7. Необходимость правозащиты (*Rechtsschutzbedürfnis*) является общим процессуальным институтом. Необходимость правозащиты отпадает, когда решение КС ФРГ не сможет улучшить правовой позиции истца или существует более простой и быстрый путь

¹³ BVerfGE 43, 291 (386).

¹⁴ BVerfGE 26, 246 (251 и след.).

¹⁵ BVerfGE 1, 396 (411 и след.).

правозащиты. Частично это условие имеет общие черты с предыдущим пунктом, поэтому он редко играет самостоятельную роль. Так, необходимость может отпасть, если нарушение права завершено. Исключение составляют, однако, такие случаи, когда существует конкретная опасность повтора нарушения, например, если суд нижестоящей инстанции не соблюдает выработанные КС ФРГ принципы, и есть повод для опасения, что такие нарушения будут повторяться и в будущем.

8. В соответствии с § 23 ФКСЗ жалоба должна быть подана в письменном виде и обоснована истцом. Для соблюдения письменной формы (Schriftform) достаточно подачи по факсу¹⁶, но не по электронной почте¹⁷. Для обоснования истец должен изложить факт нарушения настолько конкретно, чтобы суд смог оценить возможность нарушения, не затребовав документов дела в нижестоящих инстанциях. Как следствие того, что истец не обязан пользоваться услугами адвоката, с юридической точки зрения от него не требуется профессионального обоснования. Однако он должен достаточно ясно изложить, в чём, по его мнению, заключается нарушение конституционных прав.

9. Наконец, жалоба должна быть подана с соблюдением срока подачи жалобы (Frist). § 93 ФКСЗ различает между жалобами против закона и остальными жалобами. В первом случае срок подачи составляет год с момента вступления оспариваемого закона в силу. В случаях, когда закон имеет обратное действие, – с момента его опубликования¹⁸. В случаях обжалования бездействия законодательной власти – до тех пор, пока закон не будет принят¹⁹. В остальных случаях срок подачи составляет один месяц с момента открытия решения, подлежащего обжалованию. В случаях несоблюдения срока возможно ходатайство о восстановлении в прежнем состоянии, если просрочка наступила без вины истца.

VI. Обоснованность конституционной жалобы (Begründetheit einer Verfassungsbeschwerde)

Конституционная жалоба имеет успех по существу, если обжалованный акт публичной власти нарушает конституционные права истца.

Проверка по существу КС ФРГ следует изложенным ниже, сложившимся в ходе судебной практики правилам.

1. Для начала суд определяет, какое из конституционных прав может быть затронуто. При этом, в отличие от КС РФ, немецкая теория конституционного права исходит из «специальности» прав. Это означает, что если затронутыми могут быть несколько конституционных прав (коллизия), определяется, какое из них более специально для

¹⁶ BVerfG NJW 1996, 2857.

¹⁷ Общее мнение, см. например Epping (Hrsg.), Grundrechte, 6. Aufl., Hannover 2014, Rn. 197.

¹⁸ BVerfGE 64, 367 (376).

¹⁹ BVerfGE 69, 161 (167).

конкретной ситуации, и в дальнейшем проверяется лишь оно²⁰. Так, например, если оспаривается разгон демонстрации по причине конкретного высказывания организаторов во время её проведения, встаёт вопрос, затронута ли свобода слова выступающего или свобода собрания. В таких ситуациях решение, какое право было затронута в особенности, принимается в зависимости от того, что стало основной причиной разгона: само высказывание или реакция демонстрантов. Данный принцип «специальности» не применяется к правам равенства, т.е. они могут быть нарушены одновременно с конституционной свободой.

Решающим фактором в разграничении свобод является определение **сферы их действия или защиты** (Schutzbereich des Grundrechts), т.е. их предела. Поэтому оно стоит на первом месте проверки нарушения. В связи с этим каждый объект конституционного права имеет принятое КС ФРГ или сложившееся в научной литературе определение²¹.

2. С помощью такого определения КС ФРГ устанавливает, затрагивает ли обжалованное действие конкретную свободу. Лишь только если он может утвердительно ответить на этот вопрос, он проверяет далее, может ли такое действие быть квалифицировано как посягательство на это право. Одновременно надо отметить, что если КС ФРГ не усматривает особенную свободу затронутой, это не означает, что жалоба не обоснована. В таких случаях всегда затронута свобода личности в соответствии с п. 1 ст. 2 ОЗ, которая в качестве общего права человека распространяется и на иностранцев.

Оспариваемое действие (или бездействие) государственной власти квалифицируется как **посягательство** на право в соответствии с классическим определением, если оно носит заключительный характер, является непосредственным, имеет правовую форму и императивно.

Заключительный характер (Finalität) означает, что конкретный акт сознательно нацелен на сужение сферы действия основного права, т.е. такое сужение не является лишь его побочным действием. Под непосредственностью (Unmittelbarkeit) понимается, что оспариваемый акт вторгается в сферу защиты напрямую и не нуждается в дополнительных действиях государства или частных лиц. Акт государственной власти не имеет правовой формы (Regelungscharakter), если он проявляет лишь фактическое действие, не являясь законом, решением суда или административным актом. Наконец, императивность (Durchsetzbarkeit) означает, что он содержит обязательное указание, которое может быть принудительно исполнено.

Недостатки классического определения, которое является слишком узким, не распространяясь, например, на государственные предупреждения или не нацелено на вторжение в защищённую сферу прав конкретного индивидуума, но на таковую кого-то

²⁰ Рюфнер В. Действие основных прав в сфере частного права // Государственное право Германии / издатель: Й. Изензее, П. Киркхофф/ Под ред. Б.Н. Топорнина. – М.: Институт государства и права РАН, 1994. Т. 2, С. 239.

²¹ К отдельным правам см. Рюфнер В. Действие основных прав в сфере частного права // Государственное право Германии / издатель: Й. Изензее, П. Киркхофф/ Под ред. Б.Н. Топорнина. – М.: Институт государства и права РАН, 1994. Т. 2, С. 246 и далее.

иною (прослушивание телефонных разговоров), компенсируются так называемым «новым определением». В соответствии с ним, посягательство – это любое действие государства, усложняющее или делающее невозможным действия индивидуума, подпадающие под сферу защиты конституционного права²².

3. Установленное таким образом ограничение свободы, однако, может быть **правомерным** (*rechtmäßig*), т.е., в принципе, допустимым и соразмерным (*angemessen und verhältnismäßig*).

Вопрос о допустимости ограничения решается в зависимости от конкретного конституционного права, каждое из которых оговаривает напрямую или косвенно его возможность. Различаются три вида возможного ограничения: оговорки (*Schranken*) общего или конкретного характера, а также имманентные Конституции оговорки. В двух первых случаях ОЗ сам предусматривает возможность ограничения законом, с той разницей, что в первом случае он гласит, что данное право может быть ограничено законом (например, п. 2 ст. 8 ОЗ, предусматривающий ограничение свободы собраний законом или на основании закона), а во втором случае устанавливает, каким должен быть этот закон (например, п. 2 ст. 5 ОЗ говорит, что свобода слова, мнения и прессы может быть ограничена только «общим законом», т.е. законом, не направленным специально на сужение права пользования этими правами). В случае имманентных Конституции оговорок ОЗ не оговаривает возможности ограничения (ст. 4; п. 1 абз. 3 ст. 5; п. 2 абз. 2 ст. 16 ОЗ), что не означает, что такое право не может быть ограничено. Основанием такого (исключительного по своему характеру) ограничения, однако, могут быть только другие конституционные права с учётом единства Конституции²³.

Посягательства на достоинство человека в соответствии с п. 1 ст. 1 ОЗ всегда противоправны, т.к. КС ФРГ и общее мнение в науке исходят из его абсолютного действия («достоинство человека неприкосновенно»), что означает невозможность оправдания его нарушения даже ввиду необходимости защиты достоинства и жизни других²⁴. По мнению КС ФРГ, сравнение и оценка права на достоинство человека различных индивидуумов снижает таковых до уровня объекта государственных действий, что противоречит пониманию личности и его свобод ОЗ как его самоцели²⁵.

Реализация всех видов оговорок возможна только при соблюдении конституционных принципов. Исходя из принципов правового государства и демократии (п. 1 и 2 ст. 20 ОЗ), КС ФРГ сформировал так называемую «парламентскую» или «законодательную» оговорку. С этими понятиями тесно связана «теория существенности» (*Wesentlichkeitstheorie*)²⁶. Эти теории означают, что законодательная основа ограничения

²² BVerfGE 105, 279 (299 f.).

²³ Рюфнер В. Действие основных прав в сфере частного права // Государственное право Германии / издатели: Й. Изензее, П. Киркхофф/ Под ред. Б.Н. Топорнина. – М.: Институт государства и права РАН, 1994. Т. 2, С. 186.

²⁴ BVerfGE 93, 266 (293); 115, 118 (154).

²⁵ BVerfGE 115, 118 (154).

²⁶ Рюфнер В. Действие основных прав в сфере частного права // Государственное право Германии / издатели: Й. Изензее, П. Киркхофф/ Под ред. Б.Н. Топорнина. – М.: Институт государства и права РАН, 1994. Т. 2, С. 187.

конституционного права должна быть принята высшим законодательным органом, выбранным демократическим путём, т.е. парламентом. Исполнительная власть, имея лишь посредственные демократические правомочия, не может правомерно решать такие существенные вопросы вне переданных ей таким законом возможностей. При этом и сам такой закон должен быть правомерным, а значит соответствовать в формальном и материальном смысле Конституции, т.е. быть принятым в соответствии с предписанной процедурой и соблюдать её принципы (напр. принцип определённости, запрет обратного действия и т.д.).

Ограничение свободы, как и его законодательная основа, должны, наконец, соответствовать **принципу соразмерности** (*Verhältnismäßigkeit*), т.е. быть оправданными целями общего блага, пригодными для их достижения, необходимыми и соразмерными в конкретной ситуации (так называемая «формула адекватного баланса»). Этот принцип допускает лишь ту интенсивность ограничения в области основных прав, которая необходима в силу объективных причин и позволяет достижение определённых с правовой точки зрения результатов за счёт своей объективности²⁷.

Целями общего блага при этом могут быть лишь конституционные ценности. Чисто фискальные (финансовые) цели не могут служить причиной ограничения. Пригодность означает, что ограничение может послужить, как минимум, шагом на пути к поставленной цели. Что касается такого прогноза, то КС ФРГ признаёт за законодателем широкую прерогативу (усмотрение - *Ermessen*) в решении. Ограничение необходимо, если не существует других средств для достижения поставленной цели, которые были бы такими же эффективными, но ограничивали бы конкретное право в меньшей степени (запрет чрезмерных ограничений).

Последним шагом в проверки государственного акта является его соразмерность (разумность) в узком смысле (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*), т.е. в конкретном случае. Это условие служит возможностью проверки соответствия акта поставленной цели в отдельной ситуации. В соответствии со сложившейся философской традицией Германии, уходящей своими корнями к трудам Канта и Кельзена, КС ФРГ практически не использует понятия справедливости, как неюридическое. Поэтому в ходе ответа на этот вопрос КС ФРГ противопоставляет интересы и права истца интересам, преследуемым государством при принятии акта и взвешивает их. Такой метод позволяет возможность гибкого решения, в зависимости от конкретной ситуации при соблюдении правовой объективности.

4. Изложенная схема проверки нарушения не применяется к праву равенства (*Gleichheitsgebot* - ст. 3; п. 5 ст. 6; п.1 абз. 1 ст. 38; ст. 33 ОЗ), т.к. оно имеет отличное существо и описанный путь к ней не подходит.

Основное высказывание прав равенства состоит в том, что государство не имеет права действовать в одинаковых ситуациях по-разному и наоборот, в разных ситуациях

²⁷ *Рюфнер В.* Действие основных прав в сфере частного права // Государственное право Германии / издатель: Й. Изензее, П. Киркхофф/ Под ред. Б.Н. Топорнина. – М.: Институт государства и права РАН, 1994. Т. 2, С. 237.

одинаково. Для того, чтобы ответить на этот вопрос, суд определяет, во-первых, сравниваемые подгруппы адресатов, а во-вторых, более общую группу, объединяющую эти две подгруппы (например: истец, собственник застроенного земельного участка обжалует требования оплаты налога на недвижимость и заявляет, что его сосед, собственник незастроенного участка, в соответствии с законом, на котором основано налоговое требование, не обязан платить такой налог пока участок остаётся незастроенным. Подгруппы: владельцы застроенных и незастроенных участков; общая группа: собственники земельных участков).

Далее суд ставит и тут вопрос о соразмерности различного обращения государством с обеими группами. При этом в ранней практике КС ФРГ исходил из того, что в тех случаях, когда не затронуты особенные признаки в соответствии с п. 3 ст. 3 КС ФРГ (раса, пол, язык и т.д. – дискриминация по этим признакам запрещена в принципе), различное обращение соразмерно уже в том случае, если существуют разумные причины для такого подхода (так называемый запрет произвола - Willkürverbot)²⁸. Этот подход, однако, больше не применяется в случаях, когда речь идёт о дискриминации в похожих на п. 3 ст. 3 ОЗ случаях, т.е. различие обосновывается на признаках личности, на которые она не может повлиять²⁹. Различный подход также имеет негативное влияние на использование других конституционных прав и свобод³⁰ - КС ФРГ тогда применяет описанный выше принцип соразмерности.

В приведённом примере речь идёт о различиях земельных участков; уплата налогов не ущемляет возможности использования других конституционных прав и свобод, поэтому такое различие правомерно, т.к. использование участка для проживания является разумной причиной для первичного обложения налогом.

V. Решение КС ФРГ и его действие

В соответствии с п. 1 § 95 ФКСЗ, удовлетворяя жалобу, КС ФРГ должен установить действие или бездействие государственных органов, обосновавшие нарушение конкретной нормы ОЗ. При этом КС ФРГ отменяет нарушающее решение. Если жалоба была подана против закона, либо нарушение основывается на законе, неконституционность которого была установлена судом, КС ФРГ выносит также постановление о ничтожности данного закона. Такие постановления КС ФРГ обычно отсрочивает во времени, давая законодательной власти возможность принять поправки.

В отличие от КС РФ в соответствии с п. 5 ст. 125 Конституции РФ Конституционный Суд Германии не имеет общей компетенции толкования ОЗ. Его решения в ходе конституционной жалобы поэтому имеют лишь субъективное действие для конкретной ситуации. Постановление о ничтожности, напротив, имеет объективное, т.е. общеобязательное действие.

²⁸ BVerfGE 1, 14 (52).

²⁹ BVerfGE 88, 87 (96).

³⁰ BVerfGE 82, 126 (146).

Об авторах:

А.Ю. Бергер, Dr. jur. | A. Berger, Dr. jur.



Автор очерка является адвокатом юридической компании Хенгелер Мюллер в Дюссельдорфе, где она консультирует по вопросам публичного права. Анастасия Бергер изучала юриспруденцию в Москве и Мюнхене и обладает правом на занятие адвокатской деятельностью как в ФРГ, так и в РФ. Научные и профессиональные интересы А.Ю. Бергер находятся в сфере конституционного и публичного права.

Dr. jur. Anastasia Berger ist Rechtsanwältin bei der Partnerschaft von Rechtsanwälten Hengeler Mueller mbB, wo sie im Bereich des öffentlichen Wirtschaftsrechts berät. Anastasia Berger hat Rechtswissenschaften in Moskau und München studiert. Ihr Rechtsreferendariat hat sie im Bezirk des Oberlandesgerichts München absolviert. Ihre Interessenschwerpunkte liegen in den Bereichen des Verfassungs- und öffentlichen Rechts.

anastasia.j.berger@gmail.com

<http://www.hengeler.com/>

Н.И. Веш | Nina Wesch, Ass. Jur.



Автор очерка изучала юриспруденцию в Москве и Регенсбурге и обладает правом на занятие адвокатской деятельностью как в ФРГ, так и в РФ. Научные и профессиональные интересы Н.И. Веш находятся помимо прочего в сфере энергетического и налогового права. На данный момент она работает юрисконсультантом в компании концерна E.ON и занимается преимущественно правом возобновляемых энергий.

Die Autorin hat Rechtswissenschaften in Moskau und in Regensburg studiert und verfügt sowohl über die deutschen, als auch über die russischen Zulassungsvoraussetzungen zur Anwaltschaft. Berufliche und wissenschaftliche Interessen von Fr. Nina Wesch liegen unter

anderem auf dem Gebiet des Energie- und Steuerrechts. Sie ist zur Zeit als Referentin Recht bei einem Unternehmen des E.ON Konzerns tätig und beschäftigt sich schwerpunktmäßig mit dem Recht der erneuerbaren Energien.

nina@e-wesch.de

Административный процесс в Германии

Verwaltungsprozess im deutschen Recht

Анастасия Бергер (Anastasia Berger) /

Нина Веш (Nina Wesch)

Der Beitrag verschafft einen Überblick über das Verwaltungsprozessrecht und beschränkt sich in seinem Inhalt auf die wesentlichen Grundsätze des Verwaltungs(-gerichts)verfahrens. Er greift zentrale Gebiete des Verwaltungsprozessrechts auf. Systematisch werden die Grundzüge des Verwaltungsverfahrens sowie Rechtsschutzmöglichkeiten des Bürgers vorgestellt und Einblicke in die deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit gewährt. Die Leser bekommen die gesetzlichen Grundlagen und Strukturprinzipien der jeweiligen Klagearten erläutert. Auch die Grundzüge des einstweiligen Rechtsschutzes sowie des Rechtsmittelzuges werden behandelt. Zahlreiche Beispiele dienen der Veranschaulichung des Stoffes.

I. Основы административного права как права Земель

Административное, т.е. исполнительное право (Verwaltungsrecht) находится, в принципе, в ведении Земель (Länder) (ст. 30, 83 – 91 Основного закона ФРГ; далее ОЗ¹), а не Федерации. Что касается законодательной основы, то здесь существуют различные компетенции в зависимости от объекта регулирования (ст. 70 – 74 ОЗ). По этой причине в Германии законодательная база касемо одного и того же предмета регулирования часто разнится от Земли к Земле. Земли при этом часто имеют собственную структуру иерархии исполнительных органов. Нельзя также и забывать, что и Федерация (Bund) обладает рядом исполнительных компетенций (bundeseigene Verwaltung) (ст. 86 – 91 ОЗ). Наряду с этим и у общин (Gemeinden) есть право регулирования местных вопросов по своему усмотрению (Selbstverwaltung, ст. 28 ОЗ). В связи со сказанным административное право Германии не является однородным по своей природе. В зависимости от ракурса, правоприменитель должен в первую очередь определить или кем был принят акт, или в чью компетенцию входит его принятие. Только ответив на этот вопрос возможно определить его законодательную основу.

В немецкой терминологии не существует понятия «административного» права как такового, но право «управления» (Verwaltungsrecht). К этому виду права относятся все отрасли исполнительного права, т.е. права приведения законов в жизнь как посредством издания подзаконных актов, так и принятием и исполнением административных актов.

¹ Текст Основного Закона на немецком и английском языках: <http://www.gesetze-im-internet.de/gg/>.

Основную законодательную базу работы административных органов составляет при этом Закон об административном производстве (*Verwaltungsverfahrensgesetz*; далее АПЗ)². АПЗ является федеральным законом (*Bundesgesetz*), действующим ввиду обозначенного разделения компетенций по отношению к федеральным органам. Все 16 Земель ФРГ имеют собственные законы об административном производстве, которые, однако, лишь незначительно отличаются от федерального. Поэтому в дальнейшем для упрощения будет приводиться федеральный АПЗ.

II. Основы административного производства (*Verwaltungsverfahren*)

АПЗ устанавливает в основном виды и правила деятельности органов исполнительной власти, адресованные в первую очередь гражданам. Все подобные действия должны иметь законодательную основу. Это требование выводится из принципов правового государства и демократии (п. 1 и 2 ст. 20 ОЗ). Конституционный Суд ФРГ (*Bundesverfassungsgericht*; далее КС) сформулировал так называемую «парламентскую» или «законодательную» оговорку. С этими понятиями тесно связана «теория существенности» (*Wesentlichkeitstheorie*)³. Эти теории означают, что законодательная основа ограничения конституционных прав должна быть принята высшим законодательным органом, выбранным демократическим путём, т.е. парламентом. Исполнительная власть, имея лишь посредственные демократические полномочия, не может правомерно решать такие существенные вопросы вне переданных ей парламентским законом возможностей. Поэтому немецкая теория исходит из необходимости существования АПЗ, который ограничивает поле деятельности органов управления.

Большинство действий исполнительных органов направлены на ограничение конституционных прав и свобод. Любое такое действие должно иметь своё основание в виде правомерного законодательного акта. АПЗ не представляет собой такой нормы – вопрос о том, может ли определённое действие быть направлено против гражданина, например, имеет ли право полиция задержать кого-либо, может ли быть отклонено прошение о выдаче разрешения на строительство и т.д., решается законами конкретной области права (т.е., напр., Законом о Полиции конкретной земли или земельным Уложением о строительстве). АПЗ устанавливает процесс и форму принятия такого решения. При этом существуют две основные формы действия: административный акт (*Verwaltungsakt*, § 35 АПЗ) и публично-правовой договор (*öffentlich-rechtlicher Vertrag*, §§ 54-62 АПЗ). Наряду с этим существуют также фактические (простые) административные действия (*Realakt*), не урегулированные в АПЗ и не имеющие юридического основания. Обычно таковыми являются исполнительные действия, т.е.

² Текст Закона об административном производстве на немецком языке: <http://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/>. См. также Административно-процессуальное право Германии (под редакцией В.Бергманна), 2-е издание, Москва/Берлин 2013.

³ *Рюфнер В.* Действие основных прав в сфере частного права // Государственное право Германии / издатель: Й. Изензее, П. Киркхофф/ Под ред. Б.Н. Топорнина. – М.: Институт государства и права РАН, 1994. Т. 2. С. 187.

действия, имеющие административный акт или публично-правовой договор в качестве основания. В противном случае оно является противоправным, если нарушает права граждан.

1. Административный акт (Verwaltungsakt)

Понятие административного акта определено в § 35 АПЗ, при этом закон различает между административным актом и общим распоряжением (Allgemeinverfügung); последнее также является административным актом, круг его адресатов, однако, шире: «Административным актом является любое распоряжение, решение или иное властное действие административного органа, направленное на урегулирование единичного случая в области публичного права и имеющее прямые правовые последствия внешнего характера. Общим распоряжением является административный акт, который обращён к определённым или определяемым общими признаками кругу лиц, либо касается публично-правовых свойств вещи или пользования ею со стороны общества».

Под властным действием (hoheitliche Maßnahme) понимается любое действие административного органа, направленное на определённую цель. Это не только устные или письменные волеизъявления, но также и таковые с помощью знака или автоматического устройства, как, например, знак полицейского, дорожный знак или светофор. Властным является такое действие, если оно является односторонним, т.е. в рамках подчинённых отношений. Данный критерий служит для разграничения между административным актом и публичным договором, где государственные органы и граждане обладают паритетом прав.

Административный орган (Behörde) определен в п. 4 § 1 АПЗ как «любое учреждение, осуществляющее задачи публичного управления».

Действие принимается «в области публичного права» (auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts), если его возможным юридическим основанием служит норма публичного (но не частного) права.

Оно направлено на урегулирование (Regelung), если служит достижению прямого юридического последствия, т.е. постановляет определённое юридическое последствие и направлено на это по своему смыслу. Различаются семь видов урегулирования: запрет (Verbot), обязательство (Gebot) (адресат обязывается к исполнению определённого действия), предоставление права (Genehmigung) (например, разрешение на строительство, ведения определённого хозяйства и т.д.), преобразование правомочия (Gestaltung) (например, отмена или отзыв разрешения), признание правоотношения (Feststellung). Подготовительные действия (vorbereitende Handlungen) в ходе административного производства, которые служат органу управления для рассмотрения объекта регулирования (например, просьба о подаче дополнительных документов, оповещение о передаче дела в вышестоящий орган), а также указание на правовые последствия, исходящие из законодательных актов или повторяющие уже изданный административный акт, не являются административными актами.

Административный акт имеет правовые последствия внешнего характера (Außenwirkung), если его действие затрагивает правовые позиции физического или юридического лица, стоящего вне административного органа. Вопрос о том, можно ли рассматривать действие одного органа по отношению к другому в качестве административного акта, является спорным⁴.

Наконец, действие направлено на урегулирование единичного случая (Einzelfall), если оно конкретное и индивидуальное. Данный критерий позволяет разграничить административные и подзаконные акты. Последние имеют абстрактно-общее действие (abstrakt-generelle Wirkung), т.е. регулируют определённый абстрактный объект по отношению к неограниченному кругу адресатов. Административный же акт регулирует конкретный вопрос по отношению к одному адресату.

Именно в этом заключается отличие общего распоряжения (Allgemeinverfügung) от административного акта: общее распоряжение регулирует конкретный правовой объект по отношению к неопределённому, но определяемому кругу адресатов, т.е. носит конкретно-общее действие (konkret-generelle Wirkung). Наглядным примером общего распоряжения является дорожный знак, действующий по отношению ко всем участникам дорожного движения на определенном отрезке дороги.

2. Публично-правовой договор (öffentlich-rechtlicher Vertrag)

Вместо издания административного акта исполнительный орган может заключить с адресатом публично-правовой договор, § 54 АПЗ. Разница между таким договором и административным актом заключается в большинстве случаев в обязательстве обеих сторон к исполнению договора. АПЗ лишь в общих чертах регулирует право публично-правовых договоров. Основным требованием к ним наряду с письменной формой (Schriftform, § 57 АПЗ) и необходимостью согласия третьих лиц и административных органов (§ 58 АПЗ), является так называемый «запрет продажи публичных прав» (Koppelungsverbot), т.е. встречное обязательство контрагента должно служить административному органу для выполнения его публичных задач, быть соразмерным и находиться в фактической связи с исполнением административным органом обязательств по договору (п. 1 § 56 АПЗ). Это означает, что государство не имеет права требовать за предоставление права плату, не предусмотренную законом. Обязательства контрагента должны при этом иметь прямое отношение к содержанию предоставляемого права (например, орган выдачи разрешений на строительство не имеет права требовать оплаты такого разрешения для улучшения городского бюджета, но может обязать собственника построить на участке детскую площадку или уплатить в казну сумму, соответствующую стоимости строительства такой площадки городской администрацией на её территории, если строительство таковой требуется законом). В противном случае договор является ничтожным (п. 2 № 4 § 59 АПЗ).

⁴ Kopp/Ramsauer, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz (Комментарий к АПЗ), § 35, Rn. 128.

В остальном закон ссылается на положения Германского Гражданского Уложения (§ 62 Bürgerliches Gesetzbuch; далее ГГУ⁵). Дополнительно к АПЗ действуют специальные положения отраслевого права.

3. Общие положения об административном производстве

Наряду с видами административного производства АПЗ устанавливает и её общий порядок. Так, административное производство не связано определённой формой, если иное не установлено законом (п. 2 §§ 10, 37 АПЗ). Это значит, что административный акт, как уже было сказано выше, может быть издан и в устной форме. Одной из важнейших гарантий прав человека в данном процессе является обязанность органов управления заслушать (Anhörnung) участников процесса до издания административного акта, затрагивающего их права, в соответствии с § 28 АПЗ. Исключения из этого правила предусмотрены пунктом вторым данной нормы, например, в случае, если решение необходимо принять немедленно или речь идёт об идентичных административных актах в большом количестве. В противном случае такой административный акт является формально противоправным и подлежит отмене.

Административный акт должен быть определённым по содержанию (Bestimmtheit, § 37 АПЗ). Если он был издан или подтверждён в письменной или электронной форме, то он должен быть обоснован (Begründung, § 39 АПЗ). Наконец, административный акт должен быть объявлен участникам производства (Bekanntgabe, § 41 АПЗ), в предусмотренных законом случаях это должно произойти в определённой Законом о доставке административных решений (Verwaltungszustellungsgesetz⁶; далее: ДАРЗ) форме⁷. До тех пор, пока акт не объявлен, он недействителен (unwirksam), т.е. попросту не существует (§ 43 АПЗ).

Административный акт действует с момента своего объявления, если сам не предусматривает иного. Его действие продолжается до тех пор, пока он не отозван, отменён, его действие не прекращается сроком или по другой причине (§ 43 абз. 2 АПЗ).

III. Административно-судебный процесс (Verwaltungsprozessrecht)

Любой из административных актов, его (принудительное) исполнение, а также в некоторых случаях и подзаконный акт могут быть обжалованы в суде. Для определения допустимости обращения в суд следует различать объекты обжалования.

В Германии существуют пять ветвей судебной власти:⁸ суды общей юрисдикции (ordentliche Gerichtsbarkeit), к чей подсудности относятся помимо гражданско-правовых споров и уголовных дел также и споры о возмещении ущерба, причинённого

⁵ Текст ГГУ на немецком и английском языках: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>.

⁶ Текст Закона о доставке административных решений на немецком языке: http://www.gesetze-im-internet.de/vwz_g_2005/.

⁷ Также и этот закон существует как в качестве федерального, так и земельных.

⁸ См. статью, посвященную судебной системе ФРГ в этом сборнике, с. 351 - 380.

государственной властью; трудовые суды (Arbeitsgerichtsbarkeit), разрешающие споры, возникающие в ходе всех трудовых отношений, кроме чиновников; социальные суды (Sozialgerichtsbarkeit), к чей компетенции относятся в первую очередь вопросы (государственного) социального страхования; финансовые суды (Finanzgerichtsbarkeit), разрешающие налоговые споры; административные суды (Verwaltungsgerichtsbarkeit), решающие споры, возникающие на основе публично-правовых отношений. Процесс административного производства урегулирован в федеральном Законе об административных судах (Verwaltungsgerichtsordnung⁹; далее: АСЗ).

В отличие от гражданского процесса АСЗ основывается на принципе расследования судом (Amtsermittlungsgrundsatz, § 86 АСЗ). При этом в § 173 он ссылается на Гражданское процессуальное уложение (Zivilprozessordnung¹⁰; далее ГПУ) в случаях, когда в самом АСЗ отсутствуют положения о производстве. Данное положение не должно рассматриваться как бланкетная отсылка. Положения ГПУ применяются только, если соответствуют принципу расследования, в противном случае они должны толковаться соответственно. Исходя из этой систематики, описание ниже касается лишь самих норм АСЗ.

1. Подсудность (Verwaltungsrechtsweg)

Как показывает уже само перечисление, не все публично-правовые споры относятся к юрисдикции административных судов (Verwaltungsgerichte). В соответствии с § 40 АСЗ в судах административной юрисдикции рассматриваются все публично-правовые споры, которые не относятся к области конституционного права, «если федеральным законом разрешение этих споров прямо не отнесено к компетенции иного суда»¹¹. При этом п. 2 данной нормы содержит сложные правила исключений из сказанного, сложившиеся исторически: «Имущественные требования, возникающие из добровольно понесённого ущерба в интересах общества и из публично-правового хранения, а также требования о возмещении ущерба, причинённого нарушением публично-правовых обязанностей, не основанных на публично-правовом договоре, рассматриваются в судах общей юрисдикции; это положение не действует в отношении споров по требованию о компенсации на основании предложения 2 п. 1 ст. 14 ОЗ¹². Специальные положения законодательства о чиновниках, а также правила о порядке обращения в суд по вопросам компенсации имущественного ущерба, вызванного отменой противоправного административного акта, остаются в силе».

⁹ Текст Закона об административных судах на немецком и английском языках: <http://www.gesetze-im-internet.de/vwgo/>. См. также Административно-процессуальное право Германии (под редакцией В.Бергманна), 2-е издание, Москва/Берлин 2013.

¹⁰ Текст ГПУ на немецком и английском языках: <http://www.gesetze-im-internet.de/zpo/>.

¹¹ Здесь и далее перевод по: Административно-процессуальное право Германии (под редакцией В.Бергманна), 2-е издание, Москва/Берлин 2013.

¹² Пункт 1 ст. 14 Основного Закона: «Собственность и право наследования гарантируются. Их содержание и пределы определяются законом».

Центральным для понимания допустимости в соответствии с § 40 ACЗ, т.е. юрисдикции административных судов Германии, является понятие «публично-правового спора» (öffentlich-rechtliche Streitigkeit). Это понятие служит разграничению публично-правовых и частноправовых споров и поэтому определяется в зависимости от настоящей природы процессуального объекта. Сам факт действия органов власти ещё не говорит о публично-правовой природе, т.к. государство, в некоторых случаях, может действовать и частноправовым образом. Поэтому разграничение производится в соответствии с природой оспариваемого или требуемого действия органа власти. Такое действие имеет публично-правовую природу, если его основание закреплено в публично-правовом законодательстве. Т.е. публично-правовой спор имеет место, если решающие его правовые нормы могут быть отнесены к публичному праву¹³.

Вопрос разграничения публичного и частного права не всегда может быть решён однозначно и является в немецкой теории спорным¹⁴. Главенствующей на сегодняшний день является т.н. модифицированная теория субъекта (modifizierte Subjekttheorie). В соответствии с ней публично-правовыми являются такие нормы, которые как минимум в отношении одной из сторон обязывают или наделяют правом носителя публичной власти.

Публично-правовые споры не относятся к области конституционного права, если они не являются «в двойном смысле конституционно-непосредственными» (doppelte Verfassungsunmittelbarkeit). Это означает, что, во-первых, субъекты спора с обеих сторон не являются конституционными органами, а во-вторых, объектом спора не являются права и обязанности, исходящие напрямую из Конституции. Данный критерий введён законодателем для разграничения с компетенцией КС.

Отнесение к компетенции иного суда подразумевает, что объектом иска хоть и является публично-правовой спор, не относящийся к области конституционного права, однако он относится другими нормами к подсудности других судебных ветвей (abdrängende Zuweisung). Такими нормами являются § 33 Положения о финансовых судах (Finanzgerichtsordnung¹⁵), § 51 Закона о социальных судах (Sozialgerichtsgesetz¹⁶), § 68 Закона об административных правонарушениях (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten)¹⁷, ст. 34 ОЗ и т.д., а также и сам п. 2 § 40 ACЗ.

В каждой Земле существуют административные суды первой инстанции (Verwaltungsgerichte, всего 51 административный суд) и верховные административные суды (Oberverwaltungsgerichte; всего 15). Высшей инстанцией является Федеральный Административный Суд (Bundesverwaltungsgericht), расположенный в г. Лейпциге.¹⁸

¹³ Kopp/Schenke, Kommentar zur VwGO (комментарий к ACЗ), § 40, Rn. 6.

¹⁴ К различным теориям см. напр., Kopp/Schenke, Kommentar zur VwGO (комментарий к ACЗ), § 40, Rn. 11.

¹⁵ Текст Положения о финансовых судах на немецком языке: <http://www.gesetze-im-internet.de/fgo/>.

¹⁶ Текст Закона о социальных судах на немецком языке: <http://www.gesetze-im-internet.de/sgg/>.

¹⁷ Текст Закона об административных правонарушениях на немецком и английском языках: http://www.gesetze-im-internet.de/owig_1968/.

¹⁸ <http://www.bverwg.de/>.

2. Виды исков

АСЗ предусматривает пять видов исков: иск об оспаривании (Anfechtungsklage), иск о принуждении к выполнению обязанности (Verpflichtungsklage), общий иск об исполнении обязательства (allgemeine Leistungsklage), иск о признании правоотношения (Feststellungsklage), проверка действительности правил (Normenkontrollklage). Это перечисление однако не является закрытым. В соответствии с п. 4 ст. 19 ОЗ, каждый имеет право на обжалование нарушения своих конституционных прав публичной властью. Это значит, что в тех случаях, когда законом не предусматривается подходящего вида иска, таковой всё-таки может быть подан гражданином. Такие иски называются «sui generis», т.е. иски особого рода, «в себе». В соответствии с указанным выше правилом о подсудности, административные суды также разрешают спорные вопросы, возникающие между самими административными органами.

а. Иски об оспаривании и принуждении (Anfechtungs- und Verpflichtungsklage)

Основными видами исков, предусмотренными АСЗ, являются иск об оспаривании и иск о принуждении к выполнению обязанности, § 42 АСЗ. АСЗ исходит из понимания действий органов управления в соответствии с АПЗ и различает иски в зависимости от их юридического качества.

Объектом иска об оспаривании является административный акт, а точнее его отмена. Противоправный административный акт отменяется судом, если он нарушает права истца (п. 1 § 113 АСЗ).

Правом подачи такого иска обладает лишь тот, кто может убедительно обосновать, что оспоренный административный акт ограничивает его права. Наличие такого правоограничения суд проверяет в ходе рассмотрения по существу.

Иск об оспаривании должен быть подан в указанный § 74 АСЗ срок, а именно в течении месяца после доставки административного акта¹⁹. Это условие действует лишь, если истцу в письменной форме были даны разъяснения в отношении порядка обжалования (Belehrung, § 58 АСЗ), в противном случае срок обжалования составляет один год.

Административный акт является противоправным (rechtswidrig), если он был принят с нарушением норм об административном производстве и/или противоречит материальному праву. Административный акт также противоправен, если он

¹⁹ §§ 68-73 АСЗ предусматривает т.н. «предварительное производство», являющееся административным процессом проверки в случаях исков об оспаривании или принуждении: прежде, чем подать иск в суд, адресат (не принятого) административного акта должен оспорить этот акт перед самим издавшим его органом, который передаёт вопрос на решение вышестоящей инстанции. Лишь после прохождения этого процесса адресат может подать иск. Срок подачи иска считается в этом случае с момента объявления постановления по возражению.

Предварительное производство проводится только, если отраслевые законы сами его предусматривают, что не всегда происходит. В Баварии, например, такое производство в большинстве случаев отменено. Для упрощения понимания, данная статья не заостряет внимание на предварительном производстве.

основывается на противоправном юридическом акте. В этом случае суд обладает компетенцией проверки законодательного акта в ходе решения спора.

Критерий нарушения права в смысле п. 1 § 113 ACЗ служит идее сужения права подачи иска на уровне обоснования решения. Нарушение права может отсутствовать, например, у третьих лиц, чьи права не затрагиваются административным актом, а также и у самого адресата, если акт уже недействителен.

Иск о принуждении подаётся в обратной ситуации, если гражданину не был выдан желаемый административный акт, т.е. если административный орган бездействует (Untätigkeitsklage, § 75 ACЗ), или прошение о его выдаче было отклонено. Отклонение выдачи также является административным актом, его оспаривание было бы, однако, нецелесообразным, т.к. само по себе не ведёт к обязательству судом к выдаче желаемого акта (обычно разрешения). Ввиду уже указанных сроков подачи, истец одновременно должен не только потребовать выдачи, но и обжаловать отклонение, которое в противном случае вступает в законную силу и становится препятствием на пути иска о принуждении. Для этих случаев ACЗ предусматривает подачу иска о принуждении, который сочетает отмену отклоняющего решения и принуждение (п. 3 § 113 3 ACЗ).

Иск о принуждении может быть подан только тогда, когда гражданин уже ходатайствовал о принятии решения у административного органа. В противном случае иск не будет допущен к рассмотрению по существу. Это условие допустимости – необходимость правозащиты (Rechtsschutzbedürfnis als Zulässigkeitsvoraussetzung) – также служит соблюдению принципа разделения властей и ускорению, а также рационализации административного и судебного процессов.

В ходе решения по существу суд проверяет наличие права требования истца о выдаче требуемого административного акта (Anspruch auf Erlass eines Verwaltungsaktes). Несмотря на формулировку п. 3 § 113 ACЗ, правомерность отказа не играет роли, т.к. иск обоснован лишь тогда, когда отказ нарушает права адресата. Даже если отказ сам по себе противоправен, такое нарушение имеет место лишь, если у истца есть право требования выдачи.

Такие права требования существуют лишь в небольшом количестве случаев, предусмотренных законом (например, разрешение на строительство, занятие определённой деятельностью). В остальных случаях у администрации есть право усмотрения выдачи желаемого акта (Ermessen)²⁰. Ввиду принципа разделения властей,

²⁰ Под термином «решение по усмотрению» понимаются нормы публичного права, которые при наличии признаков состава нормы не вызывают конкретные правовые последствия, а предусматривают определённый спектр возможных решений (например, полицейский может потребовать конкретное лицо предъявить документы, удостоверяющие личность, если оно находится в месте, где часто совершаются преступления. В этом случае у полиции есть право усмотрения, чьи документы она может проверять, но не обязанность проверять их у каждого).

Данное понятие также закреплено в § 41 АПЗ, в соответствии с которым в таких случаях орган должен принимать решение целесообразно и соблюдать границы, установленные законом. Так, в указанном примере полиция должна при принятии решения руководствоваться соображениями безопасности общественности и может потребовать предъявления документов только, если это ей кажется необходимым по названным причинам. Это означает, что такое требование по отношению к группе детей детского сада,

суд не имеет права подменять решение административного органа своим. Для решения таких исков законом предусматривается правило, по которому суд может отменить или обязать к принятию такого решения только, если ответчик превысил установленные пределы усмотрения, либо право усмотрения осуществлено в форме, не соответствующей цели представленных полномочий (§ 114 ACЗ).

Поэтому, если предел усмотрения не сужен до нуля (*Ermessensreduzierung auf Null*), суд не может обязать административный орган принять конкретное решение, однако обязывает его разрешить дело с учётом его правовой оценки в пользу истца (*Bescheidungsurteil*, п. 5 § 113 ACЗ).

b. Общий иск об исполнении обязательства (*allgemeine Leistungsklage*)

Данная общая форма иска не предусматривается ACЗ напрямую. ACЗ тем не менее исходит из возможности его подачи (напр., п. 3 § 43 ACЗ). Она служит осуществлению публичных прав требований на действия или бездействие ответчика.

Общий иск об исполнении субсидиарен. Это означает, что он не будет допущен судом к рассмотрению, если существует возможность более действенного иска. Если, например, гражданин требует выплаты субсидии, которую он уже потребовал от административного органа, он должен сперва подать иск о принуждении к изданию соответствующего акта, устанавливающего это право. Только если субсидия и в этом случае не будет выплачена, он может подать иск об исполнении установленного обязательства.

c. Иск о признании правоотношения (*Feststellungsklage*)

Иск о признании правоотношения (§ 43 ACЗ) позволяет в судебном порядке разрешить спорный между сторонами юридический вопрос. Также как и общий иск об исполнении, иск о признании субсидиарен, т.к. постановление суда ввиду своей абстрактности не может быть исполненным.

Под правоотношением (*Rechtsverhältnis*) понимаются «вытекающие из конкретных обстоятельств дела правовые отношения одного лица к другому или к какой-либо вещи

едушей с воспитательницей в зоопарк было бы неправомерно, т.к. переступает границы закона и нецелесообразно.

Одновременно надо указать и на то, что усмотрение может быть сужено до нуля и трансформировано, таким образом, в обязанность административного органа или право требования гражданина. Так, полиция обязана контролировать лиц, вызывающих опасение совершения противоправных действий. Напротив, если все признаки состава нормы налицо и нет никаких других причин в отказе на выдачу административного акта, гражданин имеет право требовать его выдачи. Смысл подобной догматики заключается в защите права граждан пользоваться своими конституционными правами и свободами. Такое правоупотребление не должно зависеть не от субъективных желаний и представлений чиновников, но от объективных целей конкретного закона.

на основании нормы (публичного) права»²¹. Исходя из этого (широкого) определения, иски о разрешении абстрактного юридического вопроса недопустимы.

Данный вид иска интересен в тех случаях, когда, например, административный акт более не является действительным (в первую очередь, административные акты полиции, чьё действие как правило заканчивается в течение короткого срока) или ничтожен (*nichtig*), т.е. не действителен изначально, и поэтому не может даже теоретически нарушать прав гражданина. Иск о признании правоотношения также имеет значение в спорах о действительности публичного договора или о вытекающих из него обязательствах.

Субсидиарность (*Subsidiarität*) выражается, в особенности, в требовании правомерного интереса истца в ближайшее время. Это означает, что правовой статус правоотношения или его аспекта должны быть, во-первых, неясными, т.е. спорными между сторонами-участниками процесса, и во-вторых, истец должен доказать, что такое решение может позитивно повлиять на его правовую или экономическую позицию.

В описанной ситуации административных актов полиции такой интерес вряд ли может быть доказан. Поэтому немецкая теория и судебная практика требуют наличия особенного интереса установления: к примеру, действие полиции имело дискриминирующее действие (*diskriminierende Wirkung*) или существует обоснованное опасение, что оно может повториться (*Wiederholungsgefahr*), или оно привело к особо тяжкому нарушению основных прав гражданина и человека (*schwere Grundrechtsverletzung*).

d. Проверка действительности правил (*Normenkontrollverfahren*)

К компетенции Верховного Административного Суда, как суда первой инстанции, относится также в соответствии с § 47 ACЗ проверка действительности указанных в нём норм права (нормы права в соответствии со Строительным Кодексом,²² а также правовые нормы, отнесённые сюда земельным законодательством – например, уставы общин). Компетенцией проверки так называемых «формальных» законов Федерации (т.е. законов, принятых Бундестагом) обладает лишь КС.

Такой иск может быть подан как частным лицом, утверждающим нарушение своих прав этой нормой, так и административным органом - её применителем. И тот, и другой должны соблюдать срок подачи в один год с момента опубликования (п. 2 § 47 ACЗ).

В ходе данного разбирательства Верховный Административный Суд рассматривает правомерность нормативного акта как такового, т.е. вне зависимости от возможности нарушения прав истца. Его постановление имеет общеобязательный характер (*Allgemeinwirkung*). В тех случаях, когда истец оспаривает административный акт, изданный на основе правовой нормы, чью правомерность он желает оспорить отдельно для предотвращения вступления административного акта в законную силу,

²¹ BVerwG 89, 329.

²² Baugesetzbuch (BauGB), текст на немецком языке: <http://www.gesetze-im-internet.de/bbaug/>.

целесообразно подать оба иска – иск об оспаривании в низший административный суд и одновременно иск о проверке действительности нормы в Верховный Административный Суд. В такой ситуации низшие суды приостанавливают делопроизводство по искам об оспаривании до окончательного решения Верховного Административного Суда.

3. Обеспечение исков (einstweiliger Rechtsschutz)

Наряду с самими исками большую роль в административном судопроизводстве играет их обеспечение.

Различаются два основных вида обеспечения исков: установление или возобновление отлагательного действия (Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung §§ 80-81 ACЗ) и вынесение обеспечительного определения (einstweilige Anordnung, § 123 ACЗ).

Существует также и особенный метод обеспечения ходатайства о проверке норм права в соответствии с § п. 6 47 ACЗ, который не предусматривает конкретных правил производства, но требует «неотложность необходимости для предотвращения тяжких последствий», а также может быть принят «по иным веским основаниям». Объектом обеспечения является в таких случаях определение об отлагательном действии (aufschiebende Wirkung) по отношению к норме права. Такие ситуации, однако, нечасты, т.к. норма права редко имеет непосредственное негативное действие в отношении истца. Обычно истец оспаривает сам административный акт, параллельно ходатайствуя об установлении или возобновлении отлагательного действия в соответствии с § 80 ACЗ.

В то время как вынесение обеспечительного определения является классическим инструментом и действует аналогичным образом, как и в гражданском процессе (п. 3 § 123 ACЗ ссылается на ГПУ), установление или возобновление отлагательного действия является особенным методом обеспечения иска об оспаривании, из чего следует, что в ситуации обеспечения иска об оспаривании возможно исключительно ходатайство в соответствии с §§ 80-81, п. 5 § 123 ACЗ.

Суть данного вида обеспечения заключается в следующем: в соответствии с п. 1 § 80 ACЗ подача иска об оспаривании (или возражение) влечёт за собой отлагательное действие, т.е. административный орган не может требовать исполнения оспоренного административного акта, пока он не станет неопровержимым (unanfechtbar), т.е. пока, например, судебное производство не закончится (§ 80b ACЗ). Это означает, что иск об оспаривании (или возражение), в принципе, не нуждается в обеспечении. Действие административного акта как бы «заморожено». Из этого правила существуют исключения. Отлагательное действие отпадает в соответствии с п. 2 § 80 ACЗ:

1. при требовании уплаты государственных платежей и расходов;
2. в случае принятия сотрудниками полицейской службы неотложных распоряжений и мер;

3. в иных случаях, предусмотренных федеральным законом или законодательством земель;

4. в случаях, когда немедленное исполнение требуется исходя из публичных интересов либо интересов участника судебного процесса, преимущественных перед интересами административного органа, который издал административный акт либо должен вынести постановление по возражению.

Все эти случаи имеют в качестве обоснования идею о том, что в определённых ситуациях отлагательное действие было бы нецелесообразным для ускорения административного делопроизводства, что означает, что адресат хоть и вправе оспорить административный акт, но при этом обязан его соблюдать, в то время как орган управления может начать исполнительный процесс.

Одновременно с этими условиями закон даёт гражданину возможность судебного ходатайства о проверке целесообразности такого исключения в соответствии с п. 5 § 80 ACЗ. Пункт 2 № 1-3 § 80 ACЗ подразумевают, что отлагательное действие изначально не возникает, а п. 2 № 4 § 80 ACЗ предусматривает возможность административного органа отменить такое действие, т.е. оно хоть и могло возникнуть изначально, но в связи с решением административного органа отпадает. Пункт 5 § 80 ACЗ различает между установлением отлагательного действия (т.к. оно ещё не могло возникнуть) – *Anordnung der aufschiebenden Wirkung* – и его восстановлением (т.к. оно изначально существовало, но отпало) – *Herstellung*. В ходе решения в первом случае суд проверяет, целесообразно ли применение указанных общих правил в конкретной ситуации, взвешивая интересы сторон. При этом он руководствуется собственной оценкой возможного исхода иска, исходя из материалов дела без привлечения доказательств. Во втором случае, суд наряду со сказанным проверяет и формальную правомерность решения административного органа в соответствии с п. 3 § 80 ACЗ – его особое обоснование (*besondere Begründung*)²³.

Для трёхсторонних дел, т.е. исков об оспаривании административных актов двойного действия (*Verwaltungsakt mit Doppelwirkung* - например, сосед оспаривает разрешение на строительство, ссылаясь на нарушение своих прав), также возможно подобное обеспечение в соответствии с п. 3 § 80a ACЗ.

4. Обжалование решений

ACЗ различает по классической схеме между следующими возможностями обжалования: апелляцией (*Berufung*, §§ 124-130b ACЗ), ревизией (*Revision*, §§ 132-144 ACЗ) и жалобой (*Beschwerde*, §§ 146-152 ACЗ).

Апелляция является основной формой обжалования, которая ведёт к рассмотрению всего дела заново, т.е. допускает также и приведение новых доказательств (§ 128 ACЗ). Апелляция, однако, должна быть допущена судом первой инстанции или апелляционным судом (§ 124 ACЗ). Суд первой инстанции, в принципе, не обязан допускать апелляцию и делает это, как правило, лишь если вопросы дела имеют

²³ Эта норма предусматривает обоснование в письменной форме.

принципиальное значение и ещё не были решены высшими судами. Данное правило ведёт к возникновению дополнительного производства о допуске (*Zulassung der Berufung*). В нём обжалывающий решение должен обосновать, что апелляция должна быть допущена по одной из указанных причин:

1. имеются серьёзные сомнения в правильности судебного решения;
2. в деле обнаружены особые трудности фактического или юридического характера;
3. дело имеет принципиальное значение;
4. судебное решение содержит разногласия с постановлением Верховного Административного Суда, Федерального Административного Суда, Объединённого сената верховных судов Федерации²⁴ или КС и основывается на таком разногласии;
5. доказаны и предъявлены подлежащие оценке апелляционной инстанции процессуальные нарушения, на которых может основываться решение.

Как и апелляция, ревизия также сначала должна быть допущена, § 132 АСЗ. Основания для допущения соответствуют вышеназванным номерам 3-5. Ревизия может быть обоснована лишь нарушением федерального права (*Verletzung von Bundesrecht*), поэтому данный вид проверки служит разрешению исключительно правовых вопросов (§ 137 АСЗ). Ревизионный суд проверяет дело не в отношении соответствия установленных фактов действительности, а лишь юридическую правильность решения. Наряду с этим § 138 АСЗ перечисляет абсолютные основания ревизии (*absolute Revisionsgründe*), на основании которых решение нижестоящего суда всегда должно рассматриваться как основанное на нарушении федерального права. Это случаи особенно серьёзных нарушений правил судопроизводства, таких как, например, неправильный состав суда, отсутствие обоснования решения и т.д.

Наконец, жалоба может быть подана против всех остальных видов решений судов, § 146 АСЗ. Она важна не только в случае ходатайств против распоряжений о ведении дела (*Prozessleitende Verfügungen*) или споров о расходах (*Entscheidungen über die Gewährung von Prozesskostenhilfe*), но и при обжаловании решений об обеспечении исков.

²⁴ См. статью, посвященную судебной системе ФРГ в этом сборнике, с. 351 – 380.

Об авторах:

А.Ю. Бергер, Dr. jur. | Anastasia Berger, Dr. jur.



Автор очерка является адвокатом юридической компании Хенгелер Мюллер в Дюссельдорфе, где она консультирует по вопросам публичного права. Анастасия Бергер изучала юриспруденцию в Москве и Мюнхене и обладает правом на занятие адвокатской деятельностью как в ФРГ, так и в РФ. Научные и профессиональные интересы А.Ю. Бергер находятся в сфере конституционного и публичного права.

Dr. jur. Anastasia Berger ist Rechtsanwältin bei der Partnerschaft von Rechtsanwälten Hengeler Mueller mbB, wo sie im Bereich des öffentlichen Wirtschaftsrechts berät. Anastasia Berger hat Rechtswissenschaften in Moskau und München studiert. Ihr Rechtsreferendariat hat sie im Bezirk des Oberlandesgerichts München absolviert. Ihre Interessenschwerpunkte liegen in den Bereichen des Verfassungs- und öffentlichen Rechts.

anastasia.j.berger@gmail.com

<http://www.hengeler.com/>

Н.И. Веш | Nina Wesch, Ass. Jur.



Автор очерка изучала юриспруденцию в Москве и Регенсбурге и обладает правом на занятие адвокатской деятельностью как в ФРГ, так и в РФ. Научные и профессиональные интересы Н.И. Веш находятся помимо прочего в сфере энергетического и налогового права. На данный момент она работает юрисконсультантом в компании концерна E.ON и занимается преимущественно правом возобновляемых энергий.

Die Autorin hat Rechtswissenschaften in Moskau und in Regensburg studiert und verfügt sowohl über die deutschen, als auch über die russischen Zulassungsvoraussetzungen zur Anwaltschaft. Berufliche und wissenschaftliche Interessen von Fr. Nina Wesch liegen unter

anderem auf dem Gebiet des Energie- und Steuerrechts. Sie ist zur Zeit als Referentin Recht bei einem Unternehmen des E.ON Konzerns tätig und beschäftigt sich schwerpunktmäßig mit dem Recht der erneuerbaren Energien.

nina@e-wesch.de

Защита персональных данных в Германии и в Европе

Datenschutz in Deutschland und Europa

Проф. д-р Михаэль Ронелленфич (Prof. Dr. Michael Ronellenfitch)

Der Artikel zeigt die geschichtlichen Wurzeln des Datenschutzrechtes in Deutschland und Europa auf. Er soll sowohl den fachlich involvierten Juristen als auch am Thema interessierten Personen einen Überblick über die historische Entwicklung sowohl in Deutschland als auch in der Europäischen Union sowie die gegenwärtige Lage vermitteln. Ein besonderer Schwerpunkt wird auf die allgemeinen Datenschutzgrundsätze gelegt.

Данная статья содержит краткий обзор развития и настоящее состояние защиты данных в Германии и Европе. Особое внимание уделяется отдельным принципам защиты данных.

I. Германия

На дискуссии 1960-ых годов в США о конституционности обширного банка персональных данных первым в Германии отреагировал законодатель земли Гессен (Hessen) и принял 7 октября 1970 года первый в мире закон о защите персональных данных.¹ Принятие Федерального закона о защите персональных данных последовало 27 января 1977 года.² Эти законы родились в то время, когда немногие персональные данные из определенных сфер жизни были зарегистрированы в виде формуляров и обрабатывались в вычислительных центрах на больших ЭВМ в первую очередь в административных целях. Подозрения в том, что массовая и быстрая обработка данных может способствовать посягательству на права личности, возникали скорее в умах, чем в реальности, но они наводили страх и вызывали противодействие. Законодатели федерации и земель пытались своевременно предпринять соответствующие меры, но ситуация еще более накалилась в связи со сбором данных на основе Закона о переписи населения 1983 года. В ходе судебного спора по поводу этого закона дошло до овеществления дискуссии. Решением Федерального Конституционного Суда (Bundesverfassungsgericht, BVerfG) от 15 декабря 1983 года было установлено право на информационное самоопределение (informationelle Selbstbestimmung), согласно

¹ GVBl. I S. 625.

² GVBl. I S. 201. Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. Januar 2003 (BGBl. I S. 66), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 25. Februar 2015 (BGBl. I S. 162) geändert worden ist, http://www.gesetze-im-internet.de/bdsg_1990/BJNR029550990.html.

которому каждому человеку гарантировалась способность определять для себя, какая его личная информация в отношении него подлежит разглашению и использованию.³ Так как такое основное право в Конституции (Основной Закон, Grundgesetz)⁴ выражено не конкретно, Федеральному конституционному суду следовало прибегнуть исключительно к всеобщей свободе действий. Но Суд обосновал право на информационное самоопределение п. 1 ст. 2 в сочетании с п. 1 ст. 1 Основного Закона ФРГ. Только «ядро устройства частной жизни» («Kernbereich privater Lebensgestaltung») полностью защищено статьей 1, абз. 1 Основного закона.⁵ Посягательством на право информационного самоопределения (Основное право защиты данных не подлежащих оглашению) является каждый существующий акт сбора и обработки государством информации и данных из личной жизни. Основное право на информационное самоопределение гарантировано не безгранично. Но каждый человек должен мириться только с такими ограничениями, которые базируются на законной, закреплённой Конституцией основе. Это указано в п. 1 ст. 2 Основного закона ФРГ. Требования к нормативно-правовой основе руководствуются видом и интенсивностью посягательства на основные права.⁶

II. Европа

28 января 1981 года была подписана Конвенция Совета Европы N 108 о защите персональных данных, в содержание которой входят основные важные принципы защиты персональных данных.⁷ Государства, подписавшие эту конвенцию, обязуются обеспечить уважение прав и основных свобод каждого физического лица, в частности его права на неприкосновенность частной жизни в отношении автоматизированной обработки касающихся его персональных данных. На уровне ЕС право защиты данных продолжило свое развитие прежде всего благодаря Директиве 95/46/ЕС от 24 октября 1995 года о защите прав частных лиц применительно к обработке персональных данных и о свободном движении таких данных.⁸ Далее защита данных была внесена в Европейскую Конвенцию о защите прав человека (ст. 8).⁹ С тех пор стремительное развитие информационных технологий, мультимедийных персональных компьютеров, органайзеров и смартфонов существенно изменили в мировом масштабе социальную

³ BVerfG, Urteil vom 15. Dezember 1983, Az. 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83-, BVerfGE 65, 1 (43).

⁴ Основной закон Федеративной Республики Германии (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG) in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 23. Dezember 2014 (BGBl. I S. 2438) geändert worden ist), <http://www.gesetze-im-internet.de/gg/>.

⁵ BVerfG, Beschluss vom 07.12.2011 – 2 BvR 2500/0, 1857/10-, BVerfGE 130, 1 (22).

⁶ BVerfG, Urteil vom 11.03.2008 – 1 BvR 2074/05, 1254/07-, BVerfGE 120, 378 (401); BAG, Urteil vom 21.06.2012 – 2 AZR 153/11 -, NJW 2012, 3694.

⁷ Конвенция о защите частных лиц в отношении автоматизированной обработки данных личного характера, <http://conventions.coe.int/Treaty/RUS/Treaties/html/108.htm>.

⁸ Директива N 95/46/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского Союза "О защите физических лиц при обработке персональных данных и о свободном обращении таких данных" [рус., англ.] (Принята в г. Люксембурге 24.10.1995), http://www.consultant.ru/document/cons_doc_INT_49528/.

⁹ Конвенция о защите прав человека и основных свобод (Рим, 4 ноября 1950 г.), <http://www.echr.ru/documents/doc/2440800/2440800-001.htm>.

среду и технические возможности сбора, обработки и использования государством информации и данных из личной жизни. Соответственно этому изменились требования к защите данных, к которым необходимо подходить в глобальных масштабах. Следовательно нужно модернизировать Европейское право защиты данных. Поэтому по запросу Совета ЕС («Стокгольмская программа») Европейская комиссия переняла инициативу по существенному изменению права защиты персональных данных. С 2009 года проводились открытые слушания по поводу защиты данных. 4 ноября 2010 г. Комиссия опубликовала сообщение об общей концепции защиты персональных данных в ЕС. Последовала очень интенсивная дискуссия, во время которой был затронут вопрос о совместимости предусмотренных положений с Европейским конвенционным правом и конституционным правом государств-членов. В результате 25 января 2012 года были представлены предложения для постановления о защите прав частных лиц применительно к обработке персональных данных и о свободном движении таких данных (защита данных – базовое положение директивы - GVE),¹⁰ а также для Директивы о защите прав частных лиц применительно к обработке персональных данных уполномоченными органами власти с целью предотвращения, выявления и расследования уголовного преступления или действий, относящихся к заключению, а также о свободном движении таких данных (RLE).¹¹ Общая концепция разъясняется в сообщении «Защита сферы личной жизни в мультимедийном мире. Европейские рамки защиты данных в XXI веке.»¹² Для надежной защиты данных в будущем («zukunfsfester» Datenschutz) выдвигаются пять основных положений:¹³

- Право на забвение (Recht auf Vergessenwerden)
- Прозрачность (Transparenz)
- Защита данных путем постоянного формирования (Datenschutz durch Gestaltung)
- Ответственность при обращении с персональными данными
- Независимый контроль защиты данных.

Такой комплекс реформ подвергнулся одобрению и критике.¹⁴ Бундесрат (Федеральный совет, верхняя палата парламента Германии) заявил 30 марта 2012 года требование о субсидиарности (Subsidiaritätsrüge).¹⁵ Действительно, имеются сомнения по поводу правовых полномочий,¹⁶ которые в настоящем контексте нельзя оставить без внимания. Нет сомнения в том, что правовые принципы защиты данных могут также на основании европейского права стать обязательными.

¹⁰ KOM (2012), 11 endg.

¹¹ KOM (2012), 10 endg.

¹² KOM (2012), 9 endg.

¹³ Reding, V., Herausforderungen an den Datenschutz bis 2020: Eine europäische Perspektive, ZD 2011, 1 ff.

¹⁴ Ronellenfitch, M., Fortentwicklung des Datenschutzes, DuD 2012, 652 ff.

¹⁵ BR-Drs. 52/12; Mitteilung des Rechtsaschusses des Europäischen Parlaments an die Mitglieder, MittRA (0046/2012).

¹⁶ Ronellenfitch, M., Europäisierung des Datenschutzes bei der Bahn, DVBl. 2012, 1512 ff.

III. Основополагающие принципы защиты данных

Сбор, обработка и использование персональных данных посягает на право на информационное самоопределение субъекта данных. Посягательство на право информационного самоопределения субъекта данных государством или третьими лицами принципиально запрещено. Запрет по поводу сбора, обработки и использования персональных данных не действует только в том случае, если имеется предписание закона, которое разрешает или назначает это посягательство, или субъект данных его сам разрешает (репрессивный запрет с условием освобождения).¹⁷ Защита сферы личной жизни – это правило, посягательство на неё – исключение. Если государство часто может ссылаться на законную основу посягательства, то в частной сфере требуется хотя бы разрешение субъекта данных. При посягательстве на право информационного самоопределения, которое предоставляет возможность составлять «профили» (личностный профиль, профиль клиента, профиль игрока), должны целенаправленно и настойчиво соблюдаться извлеченные из общего права защиты данных, Европейские и конституционно-правовые положения права защиты данных, конкретизирующие основополагающие принципы защиты.

Из основополагающих принципов защиты данных вытекают требования к качеству данных, обработке данных и потребностям информации.

Конкретно в деталях:

- Исходным пунктом всех принципов защиты данных является законная основа посягательства (Eingriffsermächtigung). Освобождение от репрессивного запрета может быть достигнуто путем соответствующего Конституции закона или другого нормативного акта. Предусмотренная защита нижеследующих основополагающих принципов подразумевает в себе, кроме того, право отказа от защиты. Это происходит таким образом, что субъект данных разрешает это посягательство. Такое разрешение (Einwilligung) согласно Федеральному закону о защите данных (BDSG) должно предоставляться им добровольно,¹⁸ распространяться только на этот специальный случай,¹⁹ действительно выражать волю субъекта данных при его полном понимании фактических обстоятельств дела и без малейших сомнений.
- Соотношению «правило-исключение» следует принцип целевого использования (Zweckbindungsgrundsatz). Этот принцип означает, что персональные данные могут собираться только для определенных и законных целей и не могут использоваться иным образом, несовместимым с этими целями.²⁰

¹⁷ Ronellenfitch, M., Buchbesprechung Peter Gola/Rudolf Schomerus, BDSG, Komm., 8. Aufl., C.H. Beck, München 2005, DÖV 2006, 132.

¹⁸ § 4a Abs. 1 S. 1 BDSG (Федеральный закон о защите данных); Art. 7a) RL. 95/46.

¹⁹ § 4a Abs. 1 S. 2 BDSG (Федеральный закон о защите данных).

²⁰ Art. 6 Abs. 1 b RL 95/46.

- Принцип целевого назначения (Grundsatz der Zweckbestimmung) простирается на принцип целевого хранения (Grundsatz der zweckgebundenen Aufbewahrung). Персональные данные не могут сохраняться или обрабатываться дольше, чем это необходимо для реализации легитимных целей. Эти принципы действуют также в сфере личной жизни. Дальнейшее развитие этого принципа представляет право на забвение (Recht auf Vergessenwerden), ст. 17 GVE.
- Соотношению «правило-исключение» следует принцип прозрачности (Transparenzgrundsatz). Принцип прозрачности сформулирован в декларативной части 38 Директивы 95/46/ЕС: «Принимая во внимание, что обработка данных должна быть справедливой, субъект данных должен иметь возможность узнать о существовании операций по обработке и, если данные получены от него, получить точную и полную информацию об обстоятельствах сбора». Принцип прозрачности для мобильных средств хранения и обработки персональных данных уточняется в п. 3 § 6с Федерального закона о защите данных (BDSG), согласно которому процессы передачи данных, которые активируют обработку данных на носителе информации, должны четко распознаваться субъектом данных.²¹
- Защита данных – это не только защита от посягательств, но и предоставление гарантии при передаче данных. Этой цели служат меры предосторожности, которые известны под наименованием Privacy by Design (принцип "проектируемая конфиденциальность").²² Каждый, кто работает с персональными данными третьих лиц, должен нести ответственность за использование соответственных технологий.
- Принцип обязательности (Grundsatz der Erforderlichkeit) связан с догматикой ограничения основных прав. Право на информационное самоопределение гарантировано не безгранично, законодатель может его ограничить в целях защиты общественных интересов.²³ При этом законодатель в свою очередь подлежит ограничениям, а именно принципу пропорциональности (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit). Из этого следует, что посягательство должно быть необходимым для цели применения. Обязательность в праве защиты данных является более жёсткой, чем излишний административный запрет (allemeines Übermaßverbot). Сбор, обработка и использование персональных данных допустимы только в том случае, если это необходимо для правомерного исполнения заданий органа, использующего такие данные, для тех целей, для которых они в каждом отдельном случае обрабатываются. К тому же при

²¹ § 8 Abs. 2 HDSG (Закон о защите данных земли Гессен).

²² Schaar, P., Privacy by Design,

http://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Publikationen/%22PrivacyByDesign%22.pdf?__blob=publicationFile.

²³ BVerfG, Urteil vom 15. Dezember 1983, Az. 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83-, BVerfGE 65, 1 (43 ff.).

автоматизированной обработке персональных данных необходимо выбрать или разработать такие критерии, которые определяют наличие только такого ограниченного количества персональных данных, которое необходимое для достижения цели.

- Таким образом вытекает следующий принцип защиты данных - это принцип уменьшения и минимизации данных (Grundsatz der Datenverminderung und Datensparsamkeit), который конкретизирует принцип обязательности и распространяется на все органы, использующие такие данные.
- Контроль и надзор за обработкой персональных данных (Datenschutzkontrolle) должен быть независимым и быть в состоянии эффективно защищать персональные данные. Из этого вытекают нарастающие функциональные и организаторские требования к соблюдению и усовершенствованию контроля.

Для предложений, обсуждений, профессионального обмена Вы можете связаться с проф. д-р Михаэлем Ронелленфич. Статья была переведена на русский язык адвокатом д-р Христиной Майер.

Проф. д-р Михаэль Ронелленфич, уполномоченный по защите личных данных земли Гессен и советник Адвокатской фирмы д-р Христина Майер.

Об авторе



Родился в 1945 году в Мангейме.

Закончил юридический факультет университета г. Гейдельберг. В 1974 г. защитил докторскую диссертацию. Работал научным сотрудником университета административных наук в Шпейере. В 1981 получил профессуру. С 1982 до 1988 г. - профессор науки государственного права, конституционного и административного права в Университете Бонна, с 1988 по 1993 - профессор публичного права в Свободном университете Берлина. С 1993 года - Профессор публичного и административного права в университете Тюбингена. С 2003 занимает должность уполномоченного по защите

личных данных земли Гессен. С 2013 – советник Адвокатской фирмы д-р Христина Майер.

Специализация: публичное право, законодательство в сфере государственных закупок, международное административное право; строительное и архитектурное право; дорожно-транспортное право; энергетическое право; право генной инженерии.

Контактные данные

Anwaltskanzlei Dr. Maier

Д-р Христина Майер

Проф. д-р Михаэль

Адвокат, владелица

Ронелленфич, Советник

Штутгарт

Königstraße 26

70173 Stuttgart

Тел.: +49 (0) 711 18 567 551

Факс: +49 (0) 711 18 567 450

Мангейм

Dürerstraße 57

68163 Mannheim

+49 (0) 621 41 87 117

+49 (0) 621 41 87 647

Ройтлинген

Sommerberg 53

72768 Reutlingen

+49 (0) 7121 38 25 725

+49 (0) 7121 38 25 726

info@anwaltskanzlei-maier.com

www.anwaltskanzlei-maier.com

Возможности воссоединения семьи согласно Закону о праве пребывания

- особенности воссоединения супругов –

Möglichkeiten der Familienzusammenführung nach dem AufenthG

- insbesondere Ehegattennachzug -

Мария Смолянская (Maria Smolyanskaya)

Der nachfolgende Aufsatz stellt die Möglichkeiten der Familienzusammenführung nach dem Aufenthaltsgesetz (AufenthG) sowohl zu deutschen Staatsangehörigen als auch zu den im Bundesgebiet aufenthaltsberechtigten Ausländern dar. Insbesondere werden die hierfür erforderlichen allgemeinen und besonderen Voraussetzungen (wie bspw. das Vorliegen eines zuvor beantragten nationalen Visums, Sicherung des Lebensunterhalts, einfache Deutschkenntnisse etc.) erläutert.

Der Schwerpunkt des Beitrages liegt dabei auf dem Ehegattennachzug. Aufgrund seiner hohen praktischen Relevanz werden der Ehegattennachzug einschließlich der entsprechenden gesetzlichen Regelungen sowie der in der Praxis häufig auftretenden Problemen und deren Lösungen nach der aktuellen Rechtsprechung eingehend erörtert.

I. Вступление (общие положения)

Раздел шестой Закона о праве пребывания (Aufenthaltsgesetz = AufenthG)¹ регулирует получение вида на жительство на основании семейных отношений. Он регулирует право получения иностранцами вида на жительство с целью воссоединения семьи, независимо от того, имеют ли родственники, проживающие на территории Германии немецкое гражданство или нет. Так как независимо от имеющегося у лица гражданства, лица, имеющие право на проживание на территории Германии, также как и члены их семей, находятся под защитой положений ст. 6 Конституции. (Основной Закон, Grundgesetz = GG). Часть 1 ст. 6 Конституции гласит: «Брак и семья находятся под особой защитой государства.»²

¹ Текст на немецком и английском языках: http://www.gesetze-im-internet.de/aufenthg_2004/.

² Текст на немецком и английском языках: http://www.gesetze-im-internet.de/gg/art_6.html.

Конкретизация этого конституционного права, предусмотренного ст. 6 Конституции Германии, находит свое отражение в ч. 1 § 27 Закона о праве пребывания. Для этого происходит выдача и продление срока действия вида на жительство с целью создания и воссоединения семьи на территории Германии членам семьи, имеющим иностранное гражданство. § 27 Закона о праве пребывания содержит при этом только общие правила получения вида на жительство с целью воссоединения семьи, а не является конкретной основой для его получения.

II. Виды воссоединения семьи

Конкретные условия для получения соответствующего вида на жительство предусмотрены в §§ 28-36 Закона о праве пребывания. Законодательно предусматривается различие между воссоединением с гражданином Германии и лицом, имеющим иностранное гражданство. Кроме этого играет роль степень родства. При этом супруг, как и лицо, имеющие статус спутника жизни (то есть однополый брак) (равные права согласно ч. 2 § 27 Закона о праве пребывания), наряду с несовершеннолетними детьми имеют право на основании ст. 6 Конституции на получение вида на жительство по семейным основаниям.

Остальные члены семьи – в особенности родители взрослых детей – могут получить вид на жительство с целью воссоединения семьи только при наличии чрезвычайной жизненной ситуации согласно ч. 2 § 36 Закона о праве пребывания. Требования для доказательства существования такой чрезвычайной жизненной ситуации очень высоки. Ввиду возраста родителей взрослых детей на практике к тому же возникает проблема медицинского страхования, являющийся неотъемлемой частью необходимого обеспечения содержания.

Для родителей несовершеннолетнего иностранца, имеющего вид на жительство на территории Германии, существуют облегчения согласно ч. 1 § 36 Закона о праве пребывания, так как несовершеннолетние дети особенно защищены ст. 6 Конституции.

III. Общие условия для воссоединения семьи

Для получения вида на жительство с целью воссоединения семьи, также, как и для получения любой долгосрочной визы, должны быть выполнены общие условия, предусмотренные § 5 Закона о праве пребывания. К ним относятся, в особенности: обеспечение содержания иностранца, отсутствие исключительных оснований для отказа и обязательное наличие паспорта, предусмотренное § 3 Закона о праве пребывания.

Для получения вида на жительство с целью воссоединения семьи должны быть соблюдены дополнительные условия, предусмотренные первым предложением ч. 2 § 5 Закона о праве пребывания, а именно наличие необходимой долгосрочной визы (то есть тип D, а не туристическая Schengen-виза) и указание цели пребывания уже при подаче заявления на получение этой визы. Заявление на получение визы может быть подано

согласно общим правилам за пределами Германии в соответствующее немецкое посольство по месту жительства иностранца. Процесс получения визы регулируется предл. 1 и 2 ч. 3 § 6 Закона о праве пребывания, и согласно §§ 27-36 Закона о праве пребывания.

На основании предл. 2 ч. 2 § 5 Закона о праве пребывания условия (как наличие необходимой визы (тип D)), перечисленные в первом предложении ч. 2 § 5 Закона о праве пребывания, могут в порядке исключения не требоваться, если все остальные необходимые для получения вида на жительство условия соблюдены или, ввиду имеющихся особых обстоятельств, получение визы не представляется возможным. Это исключение особенно актуально на практике, поскольку особенно в случаях воссоединения семьи (особенно супругов) ожидание выдачи необходимой визы (тип D) кажется чрезмерно долгим, так что в итоге супруг - для ускорения воссоединения семьи – приезжает на территорию Германии только с шенгенской визой, а не с необходимой визой (тип D).

Ввиду высокой практической значимости воссоединения с супругом эта статья в дальнейшем разбирает исключительно связанные с ним часто возникающие на практике проблемы и их решения, с учетом действующего законодательства и актуальных судебных решений.

IV. Воссоединение с супругом/зарегистрированным спутником жизни³

Закон о праве пребывания предусматривает различия между воссоединением с супругом, имеющим немецкое гражданство, согласно № 1 ч. 1 § 28 Закона о праве пребывания и супругом-иностранцем согласно §§ 29 и 30 Закона о праве пребывания. При этом условия, предусмотренные § 30 Закона о праве пребывания, частично находят свое применение также в случае воссоединения с супругом, имеющим немецкое гражданство.

1. Воссоединение с супругом, являющимся иностранцем

Особенности воссоединения семьи с иностранцем урегулированы более детально в § 29 Закона о праве пребывания. А § 30 Закона о праве пребывания касается только самого воссоединения с супругом. В нем указаны основные условия воссоединения с супругом, являющимся иностранцем.

а. Общие условия

Основное условие воссоединения с супругом, имеющим немецкое гражданство, также как и с супругом, являющимся иностранцем, указано в ч. 1 § 27 Закона о праве пребывания. Согласно этому положению вид на жительство с целью воссоединения

³ То есть однополый брак.

семьи, а также выдаваемая перед этим национальная виза с целью воссоединения семьи на территории Германии выдаются на основании ст. 6 Конституции и имеют своей целью защиту брака. При наличии признаков фиктивного брака или брака, заключенного под давлением, такая виза не может быть выдана. На практике это играет значительную роль, так как в большинстве случаев в процессе воссоединения с супругом подозрения в фиктивности брака проверяются путем опроса супругов.

Для воссоединения с супругом должны быть также выполнены общие условия выдачи вида на жительство. К ним относится обеспечение содержания согласно № 1 ч. 1 § 5 Закона о праве пребывания. Исключением из правила являются супруги лиц, имеющих немецкое гражданство, и лиц, имеющих статус беженцев, а также лиц, имеющих право на получение такого статуса (см. ниже IV.1 d). Далее согласно № 2 ч. 1 § 5 Закона о праве пребывания должны отсутствовать основания для высылки супруга.

Применение этого предписания об отсутствии основания для высылки супруга может быть исключено согласно предл. 2 ч. 3 § 27 Закона о праве пребывания. Для этого необходимо решение по свободному усмотрению посольства Германии.

В связи с этим должно быть принято во внимание положение предл. 1 ч. 3 § 27 Закона о праве пребывания. Согласно этому положению, в выдаче национальной визы с целью воссоединения семьи может быть отказано, если лицо, с которым должно произойти воссоединение, получает содержание от других членов семьи или другие лица, проживающие в семейном хозяйстве (Haushalt), получают содержание на основании Второй или Двенадцатой книги Свода социальных законов (то есть социальную помощь/пособие). Согласно разъяснениям Федерального административного суда⁴, это предписание распространяется только на тех лиц, которые не относятся к получающим содержание другим членам семьи или лицам, проживающим в хозяйстве на основании права происхождения иностранца.

Согласно п. а) № 1, № 3 и № 4 ч. 1 § 5 Закона о праве пребывания должна быть установлена личность, и в случае, если лицо не в праве возвратиться в другое государство, установлено его гражданство. В случае отсутствия права на получение вида на жительство проверяется вопрос, не наносит ли его прибытие в Германии ущерб Германии или не представляет ли его прибытие угрозу интересам Германии. К тому же, согласно № 4 ч. 1 § 5 Закона о праве пребывания должно быть выполнено условие о наличии паспорта. И, в заключение, должен отсутствовать запрет въезда на территорию Германии согласно предл. 1 или 2 ч. 1 § 11 Закона о праве пребывания (например, в связи с уже состоявшейся депортацией за пределы Германии).

в. Дополнительные условия

Согласно № 1 ч. 1 § 29 Закона о праве пребывания в случае воссоединения с лицом, имеющим иностранное гражданство (независимо от степени родства), такое лицо

⁴ Федеральный Административный Суд, решение от 16.11.2010, по делу №: 1 С 20/09 (BVerwG, Urteil vom 16.11.2010, AZ: 1 С 20/09).

должно иметь разрешение на постоянное место жительства (Niederlassungserlaubnis = бессрочный вид на жительство), разрешение на длительное пребывание на территории Европейского Союза (ЕС) (Dauer-Aufenthalt EG = бессрочный вид на жительство как гражданин ЕС), вид на жительство (Aufenthaltserlaubnis) или голубую карту ЕС (Blaue Karte EU). Кроме этого, согласно № 2 ч. 1 § 29 Закона о праве пребывания, размер жилой площади должен быть достаточным для проживания такого количества лиц. Это условие является также обязательным для воссоединения семьи независимо от степени родства лица, претендующего на воссоединение.

К тому же оба супруга должны быть старше 18 лет, согласно предписаниям № 1 и 2 пред. 1 ч. 1 § 30 Закона о праве пребывания. Это правило действует также в отношении лиц, претендующих на воссоединение с лицами, имеющими немецкое гражданство. Как супруг лица, имеющего иностранное гражданство, так и супруг лица, являющегося гражданином Германии, должны принципиально обладать минимальными знаниями немецкого языка (уровень Сертификата А 1 по немецкому языку⁵). Наличие таких знаний должно быть доказано уже в процессе получения визы.⁶

с. Экскурс: Необходимость наличия минимальных знаний немецкого языка

аа. правовые положения и актуальные судебные решения

Общее требование наличия минимальных знаний немецкого языка для получения визы на воссоединение семьи не содержит в себе исключений в особых случаях. Поэтому это требование стоит в центре многих решений, вынесенных апелляционными и верховными немецкими судами и даже Европейским судом (EuGH).

Так, например, Верховный административный суд⁷ постановил, что предписания № 2 предл. 1 ч. 1 § 30 Закона о праве пребывания о необходимости владения немецким языком соответствуют Конституции и в частности ст. 6 Конституции, ст. 8 Европейской конвенции о правах человека⁸, а также ч. 2 ст. 7 Директивы 2003/86/EG (Директива ЕС относительно вопросов воссоединения семьи = Familienzusammenführungsrichtlinie)⁹. Далее суд постановил, что это требование наличия минимальных знаний немецкого языка (№ 2 предл. 1 ч. 1 § 30 Закона о праве пребывания) не противоречит ст. 18 Договора о функционировании Европейского Союза (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union = AEUV)¹⁰, ч. 2 ст. 21 Хартии Европейского Союза об основных правах

⁵ Согласно ч. 9 § 2 Закона о праве пребывания минимальные знания немецкого языка соответствуют уровню Сертификата А 1 по немецкому языку Европейского сообщества для языков (Gemeinsamer Europäischer Referenzraum für Sprachen).

⁶ В качестве доказательства признается: Сертификат „Start Deutsch 1“ Goethe-Instituts e.V. и сертифицированных языковых школ, Сертификат „Grundstufe Deutsch 1“ австрийский языковой диплом (ÖSD) наряду с сертификатами TestDaF-Instituts e.V.

⁷ Федеральный административный суд, Решение от 30.3.2010 по делу № 10 С 12/12 (BVerwG, Urteil vom 30.3.2010, AZ: 10 С 12/12).

⁸ Текст: <http://dejure.org/gesetze/MRK/8.html>.

⁹ Текст: http://www.bmi.gv.at/cms/BMI_Asyilwesen/rechtsgrundlage/files/R1_2003_86_EG.pdf.

¹⁰ Текст на русском языке: <http://eulaw.ru/treaties/tfeu>.

(Grundrechtscharta = GR-Charta)¹¹ и ст. 41 Дополнительного протокола к Соглашению об ассоциации с Турцией (ДП = Zusatzprotokoll zum Assoziierungsabkommen mit der Türkei), а также ст. 13 Постановления Совета Ассоциации № 1/80 (Постановление № 1/80 Совета Ассоциации Европейского экономического сообщества/Турции о развитии Ассоциации от 19 сентября 1980 г. = Art. 13 ARB 1/80). Обжалование неконституционности данного решения Верховного административного суда было отклонено Федеральным конституционным судом¹².

Вынесение Европейским судом решения по делу «Догана» от 10.7.2014¹³, напротив, привело к недействительности № 2 предл. 1 ч. 1 § 30 Закона о праве пребывания из-за его противоречия со ст. 41 ДП, так как № 2 предл. 1 ч. 1 § 30 Закона о праве пребывания не предусматривает исключений в особый случаях. Однако положения ст. 41 ДП применяются только в отношении лиц, имеющих турецкое гражданство. Поэтому это решение Европейского суда не является принципиальным для признания недействительности требований о наличии языковых знаний.

Реакцией на вынесение этого решения явилось разъяснение Министерства иностранных дел, предоставленное им в августе 2014 г. и направленное всем представительством за рубежом (номер документа: 508 - 1 - 516.00/9), о том, что подача заявления на получение визы с целью воссоединения семьи лиц, подпадающих под действие Ассоциации граждан Турции (ст. 41 ДП), предусматривает наличие простых знание немецкого языка (Сертификат А 1) или доказательств наличия трудности получения таковых. По данным обстоятельствам было вынесено новое решение Высшего административного суда Берлин-Бранденбург от 30.1.2015¹⁴ о том, что содержание такого разъяснения противоречит действующему законодательству, которое не предусматривает наличие обстоятельств, делающих получение языковых знаний труднодоступными (невозможными). А также изменение законодательства не может производиться путем дачи разъяснений, а только принятием нового закона. Это решение было обжаловано Министерством иностранных дел. Решение вышестоящего суда (Верховный административный суд) по данному вопросу пока ещё не вынесено.

Кроме того, имеют место разногласия относительно № 2 предл. 1 ч. 1 § 30 Закона о праве пребывания, а также ч. 2 ст. 7 Директивы 2003/86/EG (Директива ЕС относительно вопросов воссоединения семьи = Familienzusammenführungsrichtlinie) от 20.09.2003 г. В случае «Догана» Европейский суд при принятии решения от 10.7.2014 г. не рассматривал этот вопрос, так как он уже постановил недействительность № 2 предл. 1 ч. 1 § 30 Закона о праве пребывания из-за его противоречия со ст. 41 ДП. По мнению Генерального адвоката Европейского суда (Паоло Менгоцци)¹⁵ имеет место также несоответствие

¹¹ Текст на русском языке: <http://eulaw.ru/treaties/charter>.

¹² Федеральный Конституционный суд, Постановление о непринятии жалобы от 25.3.2011 по делу № 2 BvR 1413/10 (BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 25.3.2011, AZ: 2 BvR 1413/10).

¹³ Европейский суд, решение от 10.07.2014 по делу № C-138/13 (EuGH, Urteil vom 10.07.2014, AZ: C-138/13), полный текст: <http://www.jura.uni-konstanz.de/fileadmin/jura/ag-schoenberger/Grundrechte/dogan.htm>
Gibt es einen „zitierfähigeren“ Link? richtig ist es ohne Punkt, leider habe ich nur diesen Link gefunden

¹⁴ Высший административный суд г. Берлина, Решение от 30.01.2015 по делу № OVG 7 B 22.14 (OVG Berlin, Urteil vom 30.01.2015, AZ: OVG 7 B 22.14)

¹⁵ см. 12

содержанию подпункта 1 ч. 2 ст. 7 Директивы 2003/86/EG (Директива ЕС относительно вопросов воссоединения семьи = Familienzusammenführungsrichtlinie).

Между тем Административным судом Берлина¹⁶ касательно этого вопроса был подан иск в Европейский суд. Поэтому окончательный ответ Европейского суда на эти вопросы еще предстоит.

bb. Предусмотренные законодательством исключения

Независимо от этого, законодательством предусмотрены исключения, касающиеся языковых знаний супругов лиц, имеющих иностранное гражданство. Согласно № 1 предл. 2 ч. 1 § 30 Закона о праве пребывания супруги иностранцев, имеющих вид на жительство согласно §§ 19-21 Закона о праве пребывания (высококвалифицированные специалисты, владельцы голубой карты ЕС (Blaue Karte EU), ученые и предприниматели освобождены от выполнения предписаний согласно № 2 предл. 1 ч. 1 § 30 Закона о праве пребывания в том случае, если брак был заключен до того, как местом их постоянного жительства стала территория Германии. Лица, получившие голубую карту ЕС (Blaue Karte EU), имеют дополнительные льготы, предусмотренные № 5 предл. 3 ч. 1 § 30 Закона о праве пребывания, так как в этом случае момент заключения брака, а также определение территории Германии в качестве постоянного места жительства не играют роли.

К этой категории относятся также супруги лиц, имеющих иностранное гражданство, которые непосредственно до получения постоянного вида на жительство или разрешения на длительное проживание на территории ЕС, имели вид на жительство согласно § 20 Закона о праве пребывания (ученые).

Супруги лиц, имеющих иностранное гражданство, не обязаны предоставлять доказательства знаний немецкого языка, если лицо, имеющее иностранное гражданство, имеет вид на жительство согласно § 38а Закона о праве пребывания (вид на жительство лица, имеющего долгосрочный вид на жительство на территории другого государства – члена ЕС) и местом постоянного проживания такого лица являлось одно из государств – членов Европейского Союза, законодательство которого предусматривает выдачу такому лицу долгосрочного вида на жительство.

Супруги иностранцев, имеющих временный или постоянный вид на жительство как получившие убежище или имеющих статус беженца (ч. 1 § 25 Закона о праве пребывания или ч. 2 § 25 Закона о праве пребывания или ч. 3 § 26 Закона о праве пребывания), освобождаются от предоставления доказательств языковых знаний согласно № 2 предл. 1 ч. 1 § 30 Закона о праве пребывания, если брак был заключен до того момента, как территория Германии была определена как постоянное место жительства супругов.

¹⁶ Административный суд г.Берлина VG Berlin, Постановление от 23.10.2014 по делу № C-527/14 (VG Berlin, Beschluss vom 23.10.2014, AZ: C-527/14)

Кроме того, супруг лица, имеющего иностранное гражданство, который вследствие физического или психического заболевания или инвалидности не в состоянии доказать наличие у него минимальных знаний немецкого языка, освобождается от предоставления такого доказательства согласно предписаниям № 2 предл. 1 ч. 1 § 30 Закона о праве пребывания. При этом неграмотность, согласно разъяснениям Федерального административного суда¹⁷, сама по себе, не является болезнью.

Также супруги лиц, имеющих немецкое или иностранное гражданство, у которых требуется более низкая степень интеграции в смысле ч. 4 § 43 Закона о праве пребывания или такие, которые по приезду не обязаны согласно § 44 Закона о праве пребывания посещать интеграционные курсы, освобождаются от предоставления доказательств знания немецкого языка (согласно № 3 предл. 3 ч. 1 § 30 Закона о праве пребывания). Это относится, например, к лицам, имеющим высшее образование.

К тому же супруги лиц, имеющих иностранное гражданство, которые, в силу имеющегося у них гражданства, обладают правом на длительное пребывание на территории Германии и безвизовый режим при въезде в Германию, освобождаются от предоставления доказательств наличия языковых знаний (согласно № 4 предл. 3 ч. 1 § 30 Закона о праве пребывания). Это касается супругов граждан Австралии, Израиля, Японии, Канады, Южной Кореи, Новой Зеландии, США, Андорры, Гондураса, Монако и Сан Марино, а также супругов, подпадающих под действие § 16 Закона о праве пребывания (например, граждан Бразилии).

Согласно предл. 5 ч. 1 § 28 Закона о праве пребывания исключения относительно освобождений от предоставления доказательств языковых знаний в предл. 3 ч. 1 § 30 Закона о праве пребывания должны действовать и для супругов лиц, имеющих немецкое гражданство. Исключения из этого правила могут допускаться только в предусмотренных № 2, 3 и 4 предл. 3 ч. 1 § 30 Закона о праве пребывания случаях. Все остальные перечисленные выше исключения касаются супругов лиц, имеющих иностранное гражданство, но не относятся к супругам лиц, имеющим немецкое гражданство. Становится ясным, что Закон о пребывании в вопросе воссоединения супругов дискриминирует граждан Германии.

d. Особые предписания для лиц, получивших убежище или имеющих статус беженца

Наряду с указанными выше исключениями относительно освобождений от предоставления доказательств языковых знаний, в отношении супруга лица, получившего убежище, имеющего статус беженца, имеет место еще одно, имеющее практическую значимость, исключение, касающееся воссоединения семьи согласно ч. 1 § 29 Закона о праве пребывания. Согласно этому положению супруг иностранца, имеющего соответствующий вид на жительство, согласно ч. 1 или 2 § 29 Закона о праве

¹⁷ Федеральный административный суд, Решение от 30.3.2010 по делу № 1 C8/09 и Решение от 4.9.2012 по делу №: 10 C 12/12 (BVerwG, Urteil vom 30.3.2010, AZ: 1 C8/09 und Urteil vom 4.9.2012, AZ: 10 C 12/12).

пребывания, или бессрочный вид на жительство согласно ч. 3 § 26 Закона о праве пребывания, может быть освобожден от выполнения предписаний, предусмотренных № 1 ч. 1 § 5 Закона о праве пребывания (обеспечение содержания). Согласно предл. 3 ч. 2 § 29 Закона о праве пребывания супруга освобождают от требования обеспечения содержания, если в процессе воссоединения семьи заявление о предоставлении национальной визы будет подано в течении трех месяцев после получения статуса беженца или статуса лица и воссоединение семьи невозможно в других странах.

Для соблюдения этого трехмесячного срока достаточна своевременная подача заявления проживающим на территории Германии супругом в органы иммиграционной службы по его месту жительства (согласно предл. 3 ч. 2 § 29 Закона о праве пребывания).

В заключение следует отметить, что еврейские переселенцы из стран бывшего Советского Союза (= Kontingentflüchtlinge) не подпадают под действие §§ 25 и др. Закона о праве пребывания, поэтому на них не распространяются указанные выше исключения. Воссоединение семьи таких беженцев регулирует ч. 3 § 29 Закона о праве пребывания. По этой статье предусматривается переезд супруга (или несовершеннолетнего ребенка), так же, как и пребывание имеющих на это право на основании происхождения иностранцев – только исходя из международных и гуманитарных соображений или политических интересов Германии.

е. Срок

На практике вид на жительство с целью воссоединения семьи выдается сначала, как правило, сроком на один год. Потом вид на жительство может быть продлен на все время существования семейных отношений. Согласно предл. 1 ч. 4 § 27 Закона о праве пребывания этот вид на жительство выдается максимально на срок действия вида на жительство супруга, имеющего иностранное гражданство, с которым происходит воссоединение.

2. Воссоединение с супругом, имеющим немецкое гражданство

Согласно № 1 ч. 1 § 28 Закона о праве пребывания супругу, имеющему иностранное гражданство, должен быть выдан вид на жительство, если другой из супругов, имеющий немецкое гражданство, постоянно проживает на территории Германии. В таком случае при воссоединении с супругом должны быть соблюдены условия, предусмотренные № 1 ч. 1 § 5 Закона о праве пребывания, а именно, обеспечение содержания (согласно предл. 3 ч. 1 § 28 Закона о пребывании). Исходя из формулировки, речь не идет об обязательном предписании. Согласно разъяснениям Верховного административного суда¹⁸ предл. 3 ч. 1 § 28 Закона о пребывании представляет собой обязательное исключение из общего требования обеспечения содержания. На практике это все же не означает, что граждан

¹⁸ Решение от 4.9.2012 по делу № 10 C 12/12 (BVerwG, Urteil vom 4.9.2012, AZ: 10 C 12/12).

Германии не спрашивают об их доходах, так как иммиграционные органы частично (еще) не знакомы с этой судебной практикой.

При воссоединении с супругом, имеющим немецкое гражданство, не действительны предписания ч. 1 § 29 Закона о праве пребывания, так что в этом случае не требуется предоставление доказательств существования достаточной жилой площади.

Как указывалось ранее, условия для воссоединения семьи с супругом, имеющим иностранное гражданство, согласно № 1 предл. 1 ч. 1, № 2 предл. 3 и предл. 1 ч. 2 § 30 Закона о праве пребывания, распространяются также на супругов немецких граждан.

В остальном также действуют общие условия получения визы согласно № 1а-4 ч.1 § 5 Закона о праве пребывания и ч. 1 § 11 Закона о праве пребывания.

Вид на жительство с целью воссоединения с супругом, имеющим немецкое гражданство на основании № 1 ч. 1 § 28 Закона о праве пребывания выдаётся, как правило, сроком на три года.

3. Виза для регистрации брака

В административной и судебной практике¹⁹ признано, что на основании правовых предпосылок для получения вида на жительство, предусмотренных ч. 1 ст. 6 Конституции, получение национальной визы является возможным не только после регистрации брака, но и до его регистрации с целью заключения брака. Закон о праве пребывания не содержит, однако, правовых предписаний, регулирующих данное положение.

В принципе условия для выдачи такой визы являются такими же, как и условия для выдачи национальной визы с целью воссоединения семьи. Вместо факта зарегистрированного надлежащим образом брака значение имеет факт назначенной отделом ЗАГСа даты регистрации брака или подтверждение отделом ЗАГСа факта, что процесс проверки условий заключения брак завершен, и дата регистрации брака может быть назначена в любое время.

Однако отсутствие уже заключенного брака в таких случаях не создает преимуществ, имеющих место при воссоединении с супругом, имеющим немецкое гражданство, предусмотренных предл. 3 ч. 1 § 28 Закона о праве пребывания. В этих случаях все еще требуются доказательства гарантии обеспечения содержания, хоть у супруга есть немецкое гражданство. В любом случае при воссоединении с будущим супругом, имеющим иностранное гражданство, должно быть гарантировано обеспечение содержания. Поэтому в зависимости от обстоятельств может являться целесообразным, сначала зарегистрировать брак, а затем подавать заявление на получение визы с целью воссоединения семьи.

¹⁹ Например, Административный суд г. Берлина, решение от .01.2014 по делу № 29 К 138.13 V (Vgl. bspw. VG Berlin, Urteil vom 24.01.2014, AZ: 29 К 138.13 V)

Об авторе



Мария Смолянская (Maria Smolyanskaya) является адвокатом и партнером адвокатской конторы «MSH Rechtsanwälte» в г. Дюссельдорфе. Она специализируется на праве иностранцев и гражданском праве (в особенности праве возмещения ущерба, а также банковском и инвестиционном праве). Наряду с этим она предоставляет широкий спектр юридических услуг в связи с немецко-российскими правоотношениями. В особенности она консультирует и представляет интересы русскоговорящих клиентов на родном языке. Мария Смолянская родилась и выросла в Санкт-Петербурге (Россия). При прохождении подготовки ко второму государственному экзамену она усовершенствовала знания английского языка во время работы в отделении адвокатской конторы в г. Перт, Австралия. После получения лицензии на адвокатскую деятельность в 2013 г., она работала в немецком отделении этой адвокатской конторы, специализируясь в области права иностранцев и гражданском праве (в особенности праве возмещения ущерба). С 2014 г. она успешно проходит курс специализации по банковскому и инвестиционному праву. Она также является автором статей в издании «Juris Praxisreport Strafrecht» и в совершенстве владеет немецким, русским и английским языками. Подробную информацию Вы можете найти на интернет-странице www.msh-rechtsanwaelte.de.

РАЗДЕЛ 2.

ГРАЖДАНСКОЕ И КОММЕРЧЕСКОЕ ПРАВО

Принципы немецкого вещного права и разграничение вещных и обязательственных прав (Д-р Евгения Курзински-Сингер), [67 - 73](#)

Соотношение частно-правовых и публично-правовых элементов при регулировании предпринимательства в праве Германии (Д-р Евгения Курзински-Сингер), [74 - 79](#)

Заключение, исполнение и прекращение договоров сбыта по германскому и европейскому праву (Татьяна Гетьман / Елена Пельгер), с. [80 - 100](#)

Особенности аренды нежилой недвижимости в Германии (Александр Немцов), с. [101 - 111](#)

Некоторые способы обеспечения прав кредиторов в законодательстве ФРГ (Эрика Киндсфатер, при поддержке соавторов Юлии Алейник и Марии Соваковой), с. [112 - 125](#)

Основы немецкого деликтного права (Александр Шмагин), с. [126 - 144](#)

Корпоративное право Германии: правовые формы обществ и их преимущества для иностранных инвесторов (Д-р Христина Майер), с. [145 - 153](#)

Функции нотариуса в рамках корпоративного законодательства ФРГ на примере торгового реестра (Д-р Виталий Шмиткель), с. [154 - 159](#)

Управление немецкой ГмбХ. Обязанности и ответственность директора при кризисе в компании (Ксения Барски), с. [160 - 172](#)

Международное корпоративное право Германии (Д-р Иван Аладьев), с. [173 - 183](#)

Правила электронной коммерции в Германии (Д-р Игорь Барабаш), с. [184 - 194](#)

Правовой институт оспаривания правовых действий в праве Германии о несостоятельности (Ольга Хартунг-Афифи), с. [195 - 229](#)

Медицинский туризм в Германии и его юридические последствия (Мария Смолянская), с. [230 - 236](#)

Основы бухгалтерского учета и отчетности в Германии (Татьяна Ионова), с. [237 - 255](#)

Нотариальные доверенности на передачу распорядительских прав (Д-р Владимир Примаченко), с. [256 - 265](#)

Бизнес-иммиграция в Германию (Франк Шмидер), с. [266 - 282](#)

Принципы немецкого вещного права и разграничение вещных и обязательственных прав

Die Grundsätze des deutschen Sachenrechts und die Abgrenzung zwischen den dinglichen und obligatorischen Rechten

Евгения Курзински-Сингер (Eugenia Kurzynsky-Singer)

I. Введение

Исторические корни разграничения вещных и обязательственных прав лежат в свойственном римскому праву противопоставлении вещных и обязательственных исков: *actio in rem*, направленного на удовлетворение требования непосредственно из вещи, и *actio in personam*, представляющего собой право личного требования к должнику¹. В настоящее время процессуально-правовой критерий непосредственного удовлетворения права требования из вещи потерял свою актуальность, т.к. иск предъявляется в любом случае к должнику, а не к вещи. Тем не менее строгое разграничение этих двух категорий прав продолжает присутствовать как в немецком праве, так и в праве России², Казахстана³ и других стран СНГ⁴. Выявление критериев разграничения этих двух понятий представляется, однако, гораздо более сложным и проблематичным, чем может показаться на первый взгляд, о чем свидетельствует опыт Германии.

Вещное право (Sachenrecht) Германии регулируется нормами третьей книги Германского Гражданского уложения (ГГУ)⁵ §§ 854-1296. Хотя создатели уложения исходили из принципиального различия вещных и обязательственных прав⁶, понятия «субъективное вещное право» эти нормы не раскрывают. Более того, общепризнанная дефиниция понятия «вещного права» не была представлена ни во время работы над ГГУ, ни позже. Вообще, теоретическая возможность определения сущности вещного права ставится в современной немецкой доктрине некоторыми авторами под сомнение⁷. Тем не менее, между вещными и обязательственными правами существуют принципиальные

¹ Seiler H. in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 3 Sachenrecht; §§ 854-882, Berlin 2007, Einl. zum Sachenrecht Rn. 17 (в дальнейшем: Staudinger-Seiler, Einl. zum SachenR); Суханов Е. Гражданское право том 2; М.: 2005 С. 7.

² Суханов Е. Гражданское право том 2; М.: 2005 С. 142.

³ Сулейменов М. Избранные труды по гражданскому праву, М.: 2006 С. 199.

⁴ Knieper R./Chanturia L./Schramm H-J. Das Privatrecht im Kaukasus und Zentralasien, автор главы: Chanturia L. С. 229.

⁵ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). См. В. Бергманн, Гражданское уложение Германии, 4-ое издание, 2015. Текст на немецком и английском языках: www.gesetze-im-internet.de/bgb/.

⁶ Motive III 1, zitiert nach Wiegand W. Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht // Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 190 (1990) С. 1113.

⁷ Staudinger-Seiler, Einl. zum SachenR Rn. 17.

различия, которые проявляются в принципах, присущих вещному и обязательственному праву.

II. Принципы вещного права в сравнении с принципами обязательственного права в ГГУ

В качестве основного критерия разграничения вещных и обязательственных прав принято называть абсолютность (что подразумевает абсолютную защиту и право следования) первых или относительность (то есть действие только между сторонами договора) последних⁸. Именно этим отличием, в первую очередь, обуславливаются остальные принципы⁹ немецкого вещного права.

В то время как обязательственное право (Schuldrecht) строится на принципе свободы договора (Vertragsfreiheit), который позволяет сторонам самостоятельно урегулировать свои отношения, поскольку это не затрагивает права третьих лиц, вещные права (dingliche Rechte), наоборот, действуют по отношению ко всем участникам гражданского оборота. Соответственно, при установлении вещных прав стороны подвергаются ограничениям, которые отражают потребность гражданского оборота в правовой определенности относительно действительности перехода права или размера обременения.

В первую очередь, принцип закрытого перечня (numerus clausus) ограниченных вещных прав предписывает сторонам использовать только предусмотренные законом институты вещного права, и запрещает им менять их содержание. Таким образом, заинтересованные лица могут достаточно легко определить содержание права и пределы обременения в каждом конкретном случае.

Принцип публичности (Publizitätsprinzip) обеспечивает для участников гражданского оборота возможность определить наличие вещных прав. В правовом регулировании оборота недвижимого имущества реализация принципа публичности обеспечивается с помощью записей в поземельной книге (реестре прав на недвижимое имущество, Grundbuch), в правовом регулировании оборота движимых вещей – с помощью конструкции владения вещью (Besitz).

Принцип индивидуализации объекта вещных прав (Spezialitätsgrundsatz), в соответствии с которым объектом вещного права может быть только индивидуально-определенная вещь, позволяет четко определить, на какой объект гражданского оборота распространяется вещное право¹⁰.

И, наконец, принцип абстрактности (Abstraktionsprinzip), который во взаимодействии с принципом разделения сделок на обязательственные и распорядительные (Trennungsprinzip) подразумевает действительность перехода вещного права независимо

⁸ Münchener Kommentar zum BGB, München 2006, Einleitung Schuldrecht, Allgemeiner Teil, Rn. 16; Bearbeiter: Kramer (в дальнейшем: MüKo-Kramer, Einl. zum SchuldR AT).

⁹ См. подробнее например: Baur J. / Stürner R. Sachenrecht, München 2009, С. 35.

¹⁰ См. например: BGH NJW 1991, 2144.

от действительности лежащей в его основе обязательственной сделки, обеспечивает условия для максимально быстрого гражданско-правового оборота, при котором риск оспаривания приобретаемого права сведен к минимуму¹¹.

III. Сближение вещных и обязательственных прав

В современном немецком праве, однако, существуют многочисленные случаи ограничения вещноправовых принципов, ведущие на практике к определенному сближению вещных и обязательственных прав.

Наибольшее ограничение претерпел принцип публичности, в особенности в отношении движимых вещей¹², что обусловлено, в первую очередь, содержанием § 930 ГГУ, который допускает при переходе права собственности замену передачи вещи установлением опосредованного владения¹³. В качестве примера можно привести признание судебной практикой особого вида фидуциарной собственности, т.н. «Sicherungseigentum». Переданная таким образом в фидуциарную собственность вещь не передается приобретателю. Вместо этого новый собственник становится опосредованным владельцем, и переход права собственности для имущественного оборота не очевиден. По сути, фидуциарная собственность является ограниченным вещным правом, близким по своему правовому режиму к залого, что видно из того, что при банкротстве владельца вещи ее номинальный собственник имеет только право получения преимущественного удовлетворения из стоимости вещи, а не право истребования вещи из конкурсной массы (§ 50, 51 Nr. 1 германского Уложения о несостоятельности (Insolvenzordnung, InsO))¹⁴. Данное вещное право прямо не предусмотрено законодателем. Более того, судебная практика не просто ввела новое вещное право, но и скорректировала решение законодателя не допускать возникновения права залога без передачи вещи, пойдя таким образом навстречу требованиям современного гражданского оборота.

Можно ли утверждать, что признание фидуциарной собственности иллюстрирует также допустимость исключений из принципа исчерпывающего списка (numerus clausus) ограниченных вещных прав, - вопрос дискуссионный. Принцип numerus clausus ограничивает право сторон устанавливать непредусмотренные законом виды

¹¹ О преимуществах принципа абстракции по сравнению с каузальным переходом права собственности см. *Wieling H.* Abstraktionsprinzip für Europa // *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)* 2001, 301; критично: *Туктаров Ю.* Абстрактная модель передачи права собственности на движимые вещи // *Вестник Высшего Арбитражного суда РФ* 2006. № 8. С 31; *Wacke A.*, Eigentumserwerb des Käufers durch schlichten Konsens oder erst mit Übergabe? Unterschiede im Rezeptionsprozess und ihre mögliche Überwindung, *ZEuP* 2000, 254 (262).

¹² См. подробнее: *Fühler J.* Eigenständiges Sachenrecht? Tübingen 2006 С. 13; С. 550 – 557.

¹³ § 930 ГГУ: «Если собственник владеет вещью, ее передача может быть заменена соглашением собственника и приобретателя об установлении правоотношения, в силу которого приобретатель вступит в опосредованное владение вещью».

¹⁴ См. подробнее: *Baur J. / Stürner R.* Sachenrecht, München 2009, С. 802. Текст Уложения о несостоятельности на немецком и английском языках: www.gesetze-im-internet.de/insol/index.html. Русский перевод на сайте Фонда международного правового сотрудничества: www.irz.de/images/downloads/insol%20ru%20inhaltsverzeichnis%20bearbeitet.pdf.

ограниченных вещных прав, равно как и видоизменять существующие вещные права. Это ограничение, однако, не распространяется на развитие вещного права как такового, в том числе и судебной практикой¹⁵.

Немецкое право допускает также исключения из принципа абстрактности¹⁶. Например правоприменительная практика признает во многих случаях, в которых обязательственная сделка является недействительной по причине противоречия добрым нравам (*Sittenwidrigkeit* § 138 ГГУ), недействительной также и произведенную в целях ее исполнения вещную сделку¹⁷.

Подытожив сказанное, следует отметить, что в современном немецком праве происходит определенное размывание принципов вещного права, которое, по мнению некоторых авторов, сближает вещные и обязательственные права настолько сильно, что их разграничение не является более целесообразным¹⁸. Тем не менее, на мой взгляд, представленные выше принципы немецкого вещного права являются его логической основой, которая продолжает оказывать немалое влияние как на интерпретацию отдельных норм, так и на развитие вещного права в целом. Этот тезис мне бы хотелось продемонстрировать на примере найма жилого помещения.

IV. Сближение вещных и обязательственных прав на примере найма жилого помещения

Определенное размытие границ между вещными и обязательственными правами проявляется не только в ограничении действия принципов вещного права в отношении отдельных вещных прав, но также в том, что отдельные обязательственные права приобретают отдельные признаки вещных прав¹⁹. Классическим примером тому является право нанимателя по договору найма (*Mietvertrag*) жилых помещений.

Согласно пункту 1 § 566 ГГУ²⁰ если наймодатель (*Vermieter*) отчуждает третьему лицу сданное внаем жилое помещение после его передачи нанимателю (*Mieter*), то приобретатель вступает в права и обязанности наймодателя, вытекающие из договора найма. Таким образом, право нанимателя из договора найма жилых помещений частично приобретает абсолютный характер, что само по себе является признаком вещного права. На мой взгляд, было бы неверно называть право нанимателя вещным, хотя такая точка

¹⁵ *Canaris C.-W.* Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, in: Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, Köln 1978 С.376.

¹⁶ См. подробнее: *Туктаров Ю.* Абстрактная модель передачи права собственности на движимые вещи // Вестник Высшего Арбитражного суда РФ 2006. № 8. С 19.

¹⁷ См. подробнее: *Baur J. / Stürner R.* Sachenrecht, München 2009, С. 60; *Fühler J.* Eigenständiges Sachenrecht? Tübingen 2006 С. 129-176; BGH NJW 1995, 1668 (Nichtigkeit der Forderungsabtretung);.

¹⁸ *Wiegand W.* Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht // Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 190 (1990) С. 138; *Fühler J.* Eigenständiges Sachenrecht? Tübingen 2006 С. 13; С. 567.

¹⁹ *Dulckeit,* Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, Tübingen 1951; *Weitnauer,* Verdinglichte Schuldverhältnisse, in: Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag, München 1983, S. 705-721; *Canaris,* Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, in: in: Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, Köln 1978, S. 371 ff.

²⁰ ранее, до 01.09.2001, § 571 ГГУ.

зрения присутствует и в немецкой доктрине²¹, т.к. по правилу пункта 1 § 566 ГГУ к приобретателю жилого помещения переходят вместе с помещением не только обязанности, но также и права из договора найма. Таким образом, § 566 ГГУ предписывает замену стороны договора в целом, на что указывает также название главы (Глава 4. Изменение сторон договора. Wechsel der Vertragsparteien), в котором расположена данная норма. Договор найма сам по себе бесспорно устанавливает исключительно обязательственные отношения между сторонами²². Тем не менее очевидно, что право нанимателя по договору найма обладает определенными признаками вещного права²³, которые интересно проанализировать с точки зрения соблюдения вещно-правовых принципов.

Придание праву нанимателя абсолютного характера противоречит принципу публичности в той мере, в которой обязательным следствием данного принципа является необходимость занесения информации об ограниченном вещном праве в отношении недвижимого имущества в поземельную книгу²⁴. Однако нужно принять во внимание, что интересам гражданского оборота, которые защищает принцип публичности, в данном случае противостоит необходимость защиты нанимателя жилых помещений как социально слабой стороны. Немецкое право предоставляет нанимателю очень широкую защиту²⁵ о политико-правовой разумности которой (и в особенности о ее влиянии на ситуацию на рынке жилья) можно спорить²⁶. Однако данный уровень защиты является принципиальным решением законодателя, которое в данном случае проявляется в том, что интересы нанимателя ставятся выше интересов гражданского оборота.

Тем не менее стоит отметить, что интересы гражданского оборота законодателем не игнорируются полностью. Обязательным условием перехода прав и обязанностей по договору найма к приобретателю является состоявшаяся передача жилого помещения нанимателю. Как указывалось выше, владение является проявлением принципа публичности в отношении движимых вещей. В данном случае владение нанимателя указывает на наличие договора найма. Кроме того, немецкое право предписывает письменную форму для долгосрочных договоров найма, которая, согласно судебной практике, служит защите приобретателя жилого помещения, т.к. предоставляет ему дополнительный источник информации об объеме переходящих к нему прав и обязанностей²⁷. Таким образом, законодатель не отменяет действие принципа

²¹ *Wieling H.* Die Grundstücksmitte als dingliches Recht, in: Jickeli / Kreutz / Reuter (Hrsg.), Gedächtnisschrift für J. Sonnenschein, Berlin 2003, S. 201 ff. признает наем вещным правом, ссылаясь так же на защиту владельца по правилу § 823 I ГГУ (С. 215). См. так же: *Gärtner R.* Wohnungsmietrechtlicher Bestandschutz auf dem Weg zu einem dinglichen Recht? // Juristenzeitung 1994, 440.

²² *Baur J. / Stürner R.* Sachenrecht, München 2009, С. 393.

²³ *Baur J. / Stürner R.* Sachenrecht, München 2009, С. 393 след.

²⁴ Особенности относительно внесения в поземельную книгу права собственности и ограниченных вещных прав на отдельные помещения (квартиры) см. § 7 Wohnungseigentumsgesetz.

²⁵ См. например пункт 1 § 574 ГГУ, который действует для отношений найма с неопределенным сроком: «Наниматель может возразить против расторжения договора и потребовать от наймодателя продолжения отношений наема, если их прекращение для него, его семьи или других лиц, участвующих в его домашнем хозяйстве, повлекло бы такие затруднения, которые невозможно оправдать, даже признав правомерные интересы наймодателя (...).

²⁶ См. подробнее: *Mankiew N./Taylor M.* Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, Stuttgart 2008 С. 136.

²⁷ BGH NJW 1998, 58 ff, (61).

публичности для данной ситуации, а только модифицирует его. Разумеется, уровень защиты гражданского оборота при этом существенно снижен по сравнению с ограниченными вещными правами. Однако таким образом законодатель установил баланс интересов, соответствующий потребностям современного оборота.

Данный баланс интересов должен учитываться правоприменительной практикой при применении данной нормы, (в первую очередь правила § 566 ГГУ) по аналогии. Дискуссионными являются в данном контексте, например, случаи безвозмездной передачи земельного участка или квартиры во владение и пользование в целях проживания. Может ли владелец сослаться на то, что его интересы настолько сопоставимы с интересами нанимателя в договоре найма, что они в той же мере оправдывают ограничение принципа публичности - очень спорный вопрос²⁸.

V. Выводы

Подводя итог сказанному, необходимо отметить, что логической основой немецкого вещного права являются его принципы, которые играют гораздо большую роль, чем классификация субъективного права как вещного. Вместе с тем в современных реалиях абсолютное следование принципам не представляется возможным. Разработка принципов вещного права, сопутствовавшая созданию ГГУ, пришлась на конец 19ого века. Следовательно Уложение в его первоначальной форме, также как и отраженные в нем принципы вещного права, соответствовали требованиям имущественного оборота того времени²⁹. В настоящее время в условиях социальной рыночной экономики законодатель и правоприменительная практика вынуждены учитывать интересы различных групп участников современного гражданского оборота. Неудивительно, что решения, которые будут разумными и справедливыми в наше время, не всегда могут отражать тот баланс интересов, который изначально был заложен в принципах вещного права ГГУ.

Об авторе:

Евгения Курзински-Сингер,

Dr. iur., старший научный сотрудник, руководитель отдела Россия / страны СНГ

Института сравнительного правоведения и международного частного права им. Макса Планка (Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht),

Гамбург, Германия

www.mpipriv.de

www.mpipriv.de/gus

²⁸ См. подробнее например *Schön W.* Zur Analogiefähigkeit des § 571 BGB // *Juristenzeitung* 2001, 119 ff.

²⁹ *Wiegand W.* Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht // *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)* 190 (1990) С. 112 (119).

Dr. Eugenia Kurzynsky-Singer

Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht

Mittelweg 187

20148 Hamburg, Germany

Tel.: +49- (0)40-41900420

Fax.:+49- (0)40-41900288

kurzynsky@mpipriv.de

Соотношение частно-правовых и публично-правовых элементов при регулировании предпринимательства в праве Германии

Das Verhältnis von privat- und öffentlichrechtlichen Elementen im deutschen Unternehmensrecht

Евгения Курзински-Сингер (Eugenia Kurzynsky-Singer)

I. Введение

Современная экономика, обладающая высоким уровнем диверсификации, бесспорно нуждается в государственном регулировании. Механизмы и методы государственного вмешательства принято подразделять на публично-правовые и частно-правовые, что отражает деление права на частное и публичное. В доктрине стран постсоветского пространства господствует мнение, что данное подразделение обусловлено характером регулируемых правоотношений. В рамках публичного права – это отношения власти и подчинения, в рамках гражданского права речь идет об отношениях «по горизонтали» - по принципу равенства субъектов¹. В немецком же праве сформулировался несколько иной подход к разделению этих двух материй.

Хотя дуализм права, его подразделение на частное и публичное, является для немецкого права основополагающим², на практике его значение невелико. Формальное отнесение нормы к той или иной отрасли права играет роль преимущественно только для установления подсудности между судами разных юрисдикций³ и разделения законодательной компетенции между Федерацией (Bund) и Землями (Länder)⁴, но не оказывает особого влияния на ее понимание и толкование. Тем не менее, стоит принять во внимание, что разграничение публичного и частного права содержит в себе кроме формальной стороны также содержательную, можно сказать, концептуальную часть, которая оказывает значительное влияние на формирование инструментов

¹ См. например Сулейменов, М. К. Гражданское право в системе права // Гражданское право в системе права. Алматы 2007, С. 8 след.

² Medicus, BGB AT, 9. Aufl. Heidelberg 2006, Rn. 1; Ehlers in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung, München 22. Ergänzungslieferung 2011 § 40 Rn. 21.

³ П. 1 § 40 Закона об административно-судебном процессе (§ 40 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsordnung, VwGO): «Все публично-правовые споры, не относящиеся к сфере конституционного права, рассматриваются в административных судах, если федеральным законом разрешение этих споров прямо не отнесено к компетенции иного суда». См. В. Бергманн, Административно-процессуальное право Германии, 2007. Текст Закона об административно-судебном процессе (VwGO) на немецком и английском языке: www.gesetze-im-internet.de/vwgo/index.html.

⁴ П. 1 ст. 74 Основного Закона (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) устанавливает законодательную компетенцию Федерации в области гражданского права, в области публичного права законодательной компетенцией обладают земли в той мере, в которой Конституцией не установлены исключения.

государственного вмешательства. Это влияние особенно проявляется в контексте того факта, что в условиях современной экономики государство, как в лице законодателя, так и в лице исполнительной власти, нередко смешивает цели и инструменты отраслей, решая по сути частно-правовые конфликты методами публичного права и, наоборот, преследуя публичные цели в процессе регулирования частно-правовых отношений. Например, правила застройки населенных пунктов несмотря на их публично-правовой характер регулируют в какой-то мере и отношения между соседями. С другой стороны, право трудового договора или аренды жилья, которое в немецком праве является частью гражданского права, несет в себе элементы регулирования общественно значимых конфликтов. Кроме того, государство может заключать частно-правовые договоры, преследуя при этом публично-правовые цели.

II. Критерий власти и подчинения при разграничении публичного и частного права

Рассмотрим критерии разграничения публичного права (*öffentliches Recht*) и частного права (*Zivilrecht*). В первую очередь стоит отметить, что критерий власти и подчинения не считается в Германии подходящим для разграничения в силу того, что публично-правовые правоотношения между физическими лицами и их объединениями с одной стороны и государством с другой стороны отнюдь не ограничиваются отношениями принуждения.

Так, со времен Бисмарка в Германии существует социальное страхование, которое было дополнено позднее другими элементами социального обеспечения. Данные инструменты нередко формируют обязательства государства по отношению к конкретным лицам, нуждающимся в поддержке, а также требования данных лиц к государству. Кроме того, на государстве лежит множество обязанностей по отношению к населению в области организации быта (так называемая *Daseinsvorsorge*), например, ремонт дорог, вывоз мусора, строительство школ. Государство нередко вмешивается в экономику с целью внесения корректив в определенных ситуациях. Оно может поддерживать определенных участников рынка путем выделения субсидий, может проводить конъюнктурные программы и тд. Наконец, стоит обратить внимание и на такой инструмент административно-правовой деятельности как публично-правовой договор (*öffentlich-rechtlicher Vertrag*), устанавливающего «горизонтальные» отношения с частными субъектам и основывающимися на кооперировании⁵. Все перечисленные инструменты не порождают отношения власти и подчинения, и, тем не менее, они относятся к публичному праву⁶.

⁵ § 54 Закона об административном производстве (§ 54 ff *Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVfG*): «Правоотношение в области публичного права может быть обосновано, изменено либо прекращено по договору (публично-правовой договор), если это не противоречит правовым нормам.». См. В. Бергманн, *Административно-процессуальное право Германии*, 2007.

⁶ Относительно отдельных примеров см. *Papier Grundgesetz-Kommentar, München*, 63. *Ergänzungslieferung* 2011, Art. 34 Rn. 132 ff.; Ehlers in: *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung, München* 22. *Ergänzungslieferung* 2011 § 40 Rn. 298.

Основным аргументом против определения публичного права через отношения власти и подчинения является выводимый из немецкой Конституции (Основной Закон, Grundgesetz)⁷ принцип недопустимости отношений власти и подчинения вне конституционно-правовой легитимации действий публичной власти⁸. Возможность государственного принуждения органом власти должна вытекать из законодательной легитимации его действий. Соответствующая норма должна отвечать требованиям, которые Конституция предъявляет к нормам публичного права, и о которых будет сказано ниже.

Указанный принцип отношений власти и подчинения⁹ меняет местами следствие и причину, подразумевая, что норма, определяющая возможности государственного принуждения, будет являться публично-правовой, в то время как сама возможность государственного принуждения, наоборот, следует из публично-правовой нормы¹⁰.

Для лучшего понимания данного аргумента имеет смысл обратиться к истокам разделения права на частное и публичное в Германии.

III. Истоки разделения права на частное и публичное

Корни дуализма принято искать в римском праве, в работах Ульпиниана¹¹. Несмотря на рецепцию римского права в Германии в 15-16-ых веках разделение публичного и частного права пришло в немецкую правовую систему значительно позже. Первой предпосылкой к данному разделению стало формирование национальных государств и создание определенных правил в области государственного управления¹². Однако и в этот период речи о разделении правовых материй в современном понимании быть не может, т.к. государство времен абсолютизма не было связано никакими ограничениями, что не способствовало выработке принципов разделения данных материй, так что дуализм права оставался, скорее, теоретическим вопросом¹³. В конечном итоге разделение публичного и частного права было обусловлено противостоянием общества и абсолютизма, в какой-то степени отделением общества от государства¹⁴. К началу 19-ого века эмансипация буржуазии привела к выделению частного права в самостоятельную область права, которая была дистанцирована от политики и

⁷ Текст Основного Закона Германии на немецком и английском языке: www.gesetze-im-internet.de/gg/.

⁸ Ehlers in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung, München 22. Ergänzungslieferung 2011 § 40 Rn. 223.

⁹ В немецкой доктрине: „Subordinationstheorie“.

¹⁰ Papier in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Auflage München 2009, § 839 BGB Rn. 147.

¹¹ Сулейменов, М.К. Избранные труды. М 2006 С. 30; Bydlynsky, Kriterien und Sinn der Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 1994, 319 (322).

¹² Stolleis, Michael, Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozess der Entstehung des modernen Staates in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Baden-Baden 1996, S. 53.

¹³ Stolleis, aaO.

¹⁴ Stolleis, Michael, Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozess der Entstehung des modernen Staates in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Baden-Baden 1996, S. 55.

государства, обеспечивая таким образом экономические свободы¹⁵. Соответственно, в основе возникновения дуализма права лежит потребность ограничения государственной власти и расширение прав и свобод граждан.

IV. Основопологающие принципы частного и публичного права в современном немецком праве

Современная немецкая Конституция накладывает на государственную власть ограничительные рамки правового государства (Rechtsstaat), которым должны подчиняться любые ее действия. Одним из проявлений правового государства является разделение на ветви власти, каждая из которых действует в соответствии с наложенными на нее ограничениями. Основными проявлениями правового государства, которые связывают исполнительную власть, являются принцип соразмерности и принцип законности¹⁶.

Принцип соразмерности (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) означает, что государство должно преследовать в своих действиях легитимную цель с помощью допустимых с конституционной точки зрения средств, у него отсутствует более мягкое, но столь же эффективное средство для достижения этой цели и, наконец, достигнут справедливый баланс между различными интересами, которые затрагиваются данной мерой, причем найденный баланс интересов должен соответствовать заложенной в Конституции системе ценностей¹⁷.

Принцип законности (Gesetzmäßigkeitsprinzip) означает, во-первых, недопустимость нарушения законов исполнительной властью, и, во вторых, возможность осуществления действий, затрагивающих права граждан, только на основании формального закона, который предоставляет исполнительной власти право на соответствующие действия (Gesetzesvorbehalt)¹⁸.

Таким образом, основной характеристикой публичного права современной Германии являются ограничения, наложенные на действия государственной власти¹⁹.

Гражданское право по своей природе, наоборот, подразумевает принципиальное отсутствие ограничений. В нём действует принцип автономии воли (Privatautonomie)²⁰, который вытекает из статьи 2 Конституции Германии²¹. Ограничения этой свободы должны в свою очередь соответствовать указанным выше принципам правового государства, в частности, быть соразмерными.

¹⁵ Stolleis, aaO. S. 57.

¹⁶ О понятии правового государства см. подробнее например Voßkuhle, Kaufhold: Grundwissen – Öffentliches Recht: Das Rechtsstaatsprinzip JuS 2010, 116.

¹⁷ В качестве примера такой оценки см. решение Федерального конституционного суда Германии (BVerfG) от 6 июня 1989 г. (NJW 1989, 2525 (2527) („Reiten im Walde“)).

¹⁸ см. например Wölfl, Sphärentheorie und Vorbehalt des Gesetzes, NVwZ 2002, 49.

¹⁹ Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl. Heidelberg 2006, Rn. 4.

²⁰ Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl. Heidelberg 2006, Rn. 4.

²¹ Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts / K. Larenz, M. Wolf (Hgs.). § 4, Rn. 51.

Соответственно, публичное право может быть определено как специальное право, действующее для определенного субъекта, а именно государства, и устанавливающее границы легитимности его деятельности. Частное право, напротив, создает рамки для автономной деятельности и спонтанной самоорганизации частных субъектов²².

V. Последствия разграничения публичного и частного права для действий государственной власти

Как уже было отмечено выше, смысл уяснения признаков частного и публичного права заключается не столько в формировании четких критериев, на основании которых можно было бы отнести ту или иную норму к одной из этих областей. Гораздо более важными являются концептуальные последствия данного разграничения. Они заключаются в первую очередь в представлении, что государство, даже используя инструменты частного права, обязано учитывать ограничения, наложенные на него публичным правом. Иными словами, принципы правового государства связывают публичную власть в любых формах ее деятельности. Так, например, законодатель связан Конституцией независимо от того, какую область права он регулирует. Законы, которые преследуют публичные цели путем регулирования частно-правовых отношений, должны отвечать требованиям Конституции, в частности, быть соразмерными. Заклучая частно-правовой договор, исполнительная власть не может ссылаться на действующую в частном праве автономию воли и вытекающую из нее свободу выбора контрагента в той же мере, в которой это могут делать частные лица. В определенных случаях заключение частно-правового договора, одной из сторон которого выступает государство, в соответствии с так называемой двуступенчатой теорией логически делится на два акта²³. Первая ступень - решение о заключении договора с определенным лицом - подчиняется исключительно правилам публичного права. В результате государство вынужденно учитывать соответствующие ограничения, в частности основные права и свободы граждан, например, запрет дискриминации согласно ст. 3 Конституции Германии. Вторая ступень определяет модальности самого договора, который может быть полностью подчинен частному праву. Стоит отметить, что и содержание частно-правовых договоров тоже может быть ограничено нормами публичного права, в первую очередь основными правами и свободами граждан в соответствии с принципами так называемого публичного частного права (*Verwaltungsprivatrecht*)²⁴.

²² Trute, *Verzahnungen von öffentlich-rechtlichen und privatem Recht*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Baden-Baden 1996, S 172-173.

²³ См. Подробнее, например: Ehlers in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, *Verwaltungsgerichtsordnung*, München 22. *Ergänzungslieferung* 2011 § 40 Rn. 245 след.

²⁴ См. Подробнее, например: Zezschewitz, *Rechtsstaatliche und prozessuale Probleme des Verwaltungsprivatrechts*, NJW 1983, 1873 (1878 ff); *VwVfG Kommentar-Bonk*, 7. Auflage 2008, § 54 Rn. 68a.

VI. Вывод

Подытожив сказанное, стоит признать, что ценность разделения права на частное и публичное проявляется не столько в возможности классификации отдельных норм, сколько в понимании тех ограничений, которые накладывает на публичную власть принцип правового государства.

Об авторе:

Евгения Курзински-Сингер,

Dr. iur., старший научный сотрудник, руководитель отдела Россия / страны СНГ

Института сравнительного правоведения и международного частного права им. Макса

Планка (Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht),

Гамбург, Германия

www.mpipriv.de

www.mpipriv.de/gus

Dr. Eugenia Kurzynsky-Singer

Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht

Mittelweg 187

20148 Hamburg, Germany

Tel.: +49- (0)40-41900420

Fax.:+49- (0)40-41900288

kurzynsky@mpipriv.de

Заключение, исполнение и прекращение договоров сбыта по германскому и европейскому праву

Abschluss, Durchführung und Beendigung von Vertriebsverträgen nach europäischem und deutschem Recht

*Татьяна Гетьман (Tatiana Getman) /
Елена Пельгер (Elena Pelger)*

Der Güterdistribution kommt heute in den meisten Branchen eine größere Bedeutung zu als der Produktion; dies zeigt sich etwa daran, dass der Distributionsanteil an den Gesamtkosten bzw. Güterpreisen oftmals erheblich höher als der Produktionsanteil ist. Ein Unternehmen kann alle oder zumindest den überwiegenden Teil seiner Distributionsaufgaben durch eigene, rechtlich und wirtschaftlich unselbständige Distributionsorgane durchführen (direkter Vertrieb) oder die entsprechenden Funktionen gänzlich oder überwiegend auf fremde, rechtlich und wirtschaftlich selbständige Absatzorgane, sogenannte Absatzmittler, übertragen (indirekter Vertrieb). Die Distributionspolitik wird hier zum Absatzkanalmanagement mit einer großen Bandbreite von Gestaltungsalternativen. Dabei spielt das Recht eine herausragende Rolle. Im letztgenannten Bereich findet das Vertriebsrecht seinen Schwerpunkt.

Auf diesen Bereich beschränkt sich daher auch der vorliegende Beitrag. Wir wollen einen kurzen Überblick über die verschiedenen Arten von Vertriebsverträgen, deren Rechtsgrundlagen und Hauptmerkmale geben, die Besonderheiten bei dem Abschluss, der Durchführung und insbesondere bei der Beendigung beleuchten. Den Fokus wollen wir dabei auf die Handelsvertreter- und Vertragshändlerverträge als zentrale Typen der Vertriebsverträge legen und deren Gemeinsamkeiten und Unterschiede unter anderem bei grenzüberschreitenden Vertragsbeziehungen aufzeigen.

I. Вступление

Под сбытом (реализацией, дистрибуцией) в практике коммерческой деятельности в соответствии с германским законодательством подразумеваются все действия, процессы и отношения, которые касаются пути продукта/товара от производителя до конечного потребителя. Продуктами/товарами являются при этом как вещественные блага, например, сырье и фабрикатy, так и услуги в качестве нематериальных ценностей. На сегодняшний день во многих отраслях сбыт имеет большее значение, чем производство; очевидным это становится, если учесть, что в отношении к общей стоимости товара расходы по сбыту часто превышают расходы по производству.

В более узком смысле применительно к сбыту товаров и услуг речь идет о формировании путей сбыта (marketing channels). Все или подавляющее большинство своих дистрибутивных функций компания может исполнять либо при помощи своих собственных, юридически и экономически зависимых дистрибутивных органов (прямой сбыт – „direkter Vertrieb“), либо передать данные функции юридически и экономически независимым структурам сбыта, т.н. торговым посредникам („Absatzmittler“) (косвенный сбыт – „indirekter Vertrieb“). В этом случае дистрибутивная политика подразумевает под собой менеджмент путей сбыта с широким спектром возможных решений. При этом право, применяющееся к отношениям сбыта, играет первостепенную роль.

Право сбыта как отрасль („Vertriebsrecht“) является, прежде всего, правом посредничества при сбыте товаров и услуг. В Германии речь идет о праве договоров сбыта („Recht der Vertriebsverträge“). Описанием именно этой области мы и ограничимся в данной статье. Мы представим короткий обзор различных видов договоров сбыта, их правовые основы и основные черты, а также особенности заключения, исполнения и, прежде всего, прекращения данных типов договоров. Акцент при этом будет сделан на договорах торговых представителей („Handelsvertreter“) и дистрибуторов („Vertragshändler“) как наиболее значимых типах договоров сбыта в Германии, на их сходствах и различиях, особенно в сфере транснациональных договорных отношений.

II. Основные формы договоров сбыта

В отношении вопроса разграничения типов договоров сбыта существует единое мнение о том, что данную классификацию необходимо проводить в зависимости от того, насколько тесно согласованы действия сторон при торговом сотрудничестве, т. е. по уровню т.н. вертикальной интеграции.¹ Особое практическое значение в германской и европейской экономике сбыта получили – в соответствии с уровнем вертикальной интеграции – следующие типы договоров:

- договоры поставки („Lieferverträge“),
- дилерские договоры („Fachhändlerverträge“),
- договоры о дистрибуции („Vertragshändlerverträge“),
- договоры комиссионных агентов („Kommissionsagentenverträge“),
- договоры торговых представителей („Handelsvertreterverträge“),
- франчайзинг („Franchiseverträge“).

Необходимо обратить внимание на то, что названные типы договоров представляют собой только «выдержку» из общего многообразия договоров сбыта; четкое отличие одного типа от другого при этом фактически невозможно, т.к. с правовой точки зрения они во многом пересекаются.

¹ Martinek in: Martinek/Semler/Habermeier/Flohr, Handbuch des Vertriebsrechts, 3. Aufl. 2010, S. 90; Hampe, Der Begriff der vertikalen Integration als Schlüssel zum Verständnis des modernen Vertriebsrechts, ZVertriebsR 2013, 21.



1. Договоры поставки

Договоры данного типа являются основой только для очень свободного типа торгового сотрудничества. Необходимая надежность планирования может быть достигнута путем заключения рамочных договоров поставки („Rahmenlieferverträge“). Отличительной особенностью рамочных договоров является их характер длящихся обязательств и их цель регулирования правовых рамок и содержания отдельных заключаемых в будущем исполнительных договоров. Непосредственно из самого рамочного договора поставки, как правило, не следуют обязательства по поставке и оплате товара; эти обязательства основываются только в ходе исполнения рамочного договора поставки, т.е. при заказе товара или услуги, который сопровождается заключением соответствующего договора. Рамочный договор поставки может лишь установить обязательство одной или обеих сторон по заключению исполнительных договоров на установленных рамочным договором условиях, при этом данное обязательство может иметь как императивный характер, так и отсутствовать вовсе.²

Содержание договора поставки (Liefervertrag) как договора сбыта, однако, не может исчерпываться в предварительном или рамочном договоре купли-продажи; он предусматривает, чаще всего в качестве дополнительного договорного обязательства, также обязанность торгового посредника по стимулированию сбыта договорной продукции с соблюдением интересов поставщика. Подчинение торгового посредника указаниям поставщика, как правило, отсутствует, однако в своей деятельности от собственного имени и за свой счет посредник уже не абсолютно свободен в выборе источников поставки и презентации продукции, а связан в определенном масштабе. Сравнительно низкой интенсивности сотрудничества соответствует и то, что простой договор поставки не может быть использован как форма/средство стратегии эксклюзивного сбыта. Договоренности о минимальных объемах закупок и запреты конкуренции для данного типа договоров не характерны и являются проблематичными с точки зрения законодательства о конкуренции.³

² *Budde/Geks*, Rahmenlieferverträge – Ein Instrument zur Verstetigung von Vertriebsbeziehungen, ZVertriebsR 2012, 37.

³ *Martinek* in: Martinek/Semler/Habermeier/Flohr, Handbuch des Vertriebsrechts, 3. Aufl. 2010, S. 91.

Закключаемые в рамках договоров поставки отдельные договоры необязательно имеют форму чистых договоров купли-продажи, потому как основными обязанностями по договору являются не только передача и отчуждение вещи в обмен на оплату и принятие (§ 433 ГГУ⁴). Эти отдельные договоры могут представлять собой скорее договоры смешанного типа (к примеру, с элементами договоров о ведении дел, подряда, складирования), право применяемое к которым определяется по центральному элементу содержания договора.

Для стандартизации отдельных договорных условий в международной торговле были разработаны единые условия – Incoterms® (*International Commercial Terms*). Они были сформулированы Международной Торговой Палатой (ИСС) в Париже и регулярно обновляются.⁵ Положения Incoterms® признаны во всем мире и представляют собой простые и наглядные правила для поставки и транспортировки товаров. При этом следует отметить, что Incoterms® могут найти применение не только в отношении «чистых» договоров поставки, но и в связи с любыми другими договорами, если в них входят обязательства по поставке товаров.

Incoterms® применяются не автоматически; стороны должны включить их в условия своего договора. Необходимо принять во внимание, что Incoterms® не охватывают все условия договора; положения о заключении договора, о переходе права собственности, о гарантийных обязательствах и оплате в любом случае необходимо согласовывать отдельно.

2. Дилерские договоры

Дилерские договоры представляют собой такие торговые отношения, при которых круг закупщиков ограничен. Производитель при этом принимает не всех заинтересованных продавцов в свою торговую сеть, а лишь тех, которые выполняют особые требования и готовы взять на себя определенные обязательства. Таким образом, достигается следующая ступень интенсивности сотрудничества поставщика и торгового посредника как авторизованного дилера. Дилерские отношения особенно распространены в торговле брендовой продукцией.

Дилерский договор (*Fachhändlervertrag*), как правило, является договором смешанного типа, в котором наряду с элементами договора купли-продажи присутствуют также и элементы лицензионного договора, договора поручения и договора об использовании ноу-хау.

Дилер (*Fachhändler*) как самостоятельный орган по сбыту находится на другой экономической (торговой) ступени, чем его партнер, и исполняет свои обязанности в основном самостоятельно и независимо от указаний. Вертикальная торговая кооперация является, таким образом, в отличие от других видов торговых отношений, кооперацией

⁴ Германское Гражданское Уложение - *Bürgerliches Gesetzbuch* (http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/index.html)

⁵ Действующая редакция Incoterms® была принята в 2010 г.: www.iccwbo.org/products-and-services/trade-facilitation/incoterms-2010/, <http://incoterms.iccwbo.ru/>, www.iccgermany.de/icc-regeln-und-richtlinien/icc-incotermsR.html.

между независимыми с правовой и экономической точки зрения коммерческими субъектами, действующими самостоятельно в собственных интересах. В обязанности дилера входят практически все торгово-оборотные (транспортная, складская, диспозитивная, кредитная, качественная и количественная) и координационные (ассортимент, освоение рынка, изучение конъюнктуры и консультирование клиентов) функции. Он действует от собственного имени и за свой счет, как во внутренних, так и во внешних отношениях. Однако, в соответствии с дилерским договором он более или менее ограничен в исполнении некоторых из этих функций. Как торговый посредник, частично интегрированный в организацию сбыта производителя, дилер обязан соблюдать интересы производителя.

Для заключения дилерских договоров из группы возможных рыночных партнеров производитель выбирает тех, которые будут наиболее оптимально способствовать сбыту продукции согласно его целям. Одновременно с данным решением производителя другие конкуренты лишаются возможности деловых отношений с ним. Различают два типа ограничений для выбора торговых партнеров – качественные и количественные. Качественными критериями являются, к примеру, величина, район снабжения, оснащение, место нахождения, репутация, товароборот, финансовое снабжение или предварительная область деятельности будущего дилера.

К качественным критериям могут относиться:

- обучение торгового персонала (компетентное консультирование),
- уровень сервиса, „after sales“-сервис,
- требования к спектру товаров,
- требования к презентации продукции (имидж марки),
- возможность „shop in shop“-решений (например, в торговых центрах).

В интернет-сбыте важную роль также могут играть определенные требования к оформлению интернет-образа (страницы).⁶

Количественные критерии подразумевают, что дилерские договоры могут быть заключены только с ограниченным количеством отвечающих качественным критериям партнеров.

Ввиду того, что дилерские договоры, таким образом, представляют собой т.н. селективные системы сбыта, которые могут быть связаны с ограничением конкуренции, при заключении данных договоров необходимо обратить особое внимание на соблюдение требований законодательства о недоброкачественной конкуренции.

3. Договоры о дистрибуции

Правовое положение дистрибьюторов (*Vertragshändler*) в Германии законодательно не урегулировано и базируется поэтому на принципах, выработанных судебной и договорной практикой.⁷ В соответствии с ними договор о дистрибуции является

⁶ Fesenmair, *Markenartikel und selektive Vertriebssysteme im Onlinevertrieb*, GRUR-Prax 2013, 283.

⁷ *Marnderla* in: Martinek/Semler/Habermeier/Flöhr, *Handbuch des Vertriebsrechts*, 3. Aufl. 2010, S. 482.

заключенным на определенный срок рамочным договором особого рода, в котором одна из сторон (дистрибьютор) обязуется от своего имени и за свой счет сбывать товары другой стороны (производителя или поставщика), и который ведет к интеграции дистрибьютора в торговую сеть производителя.

Ввиду определенного сходства дистрибьютора с торговым представителем судебная практика выработала принципы, по которым положения Германского Торгового Уложения о торговых представителях (§§ 84 ГТУ (HGB⁸)) применяются по аналогии и к дистрибьюторам. К деталям данного вопроса мы вернемся во второй части статьи.

Договор о дистрибуции включает в себя ряд различных типов договоров, в частности, договор об оказании услуг и договор о ведении деятельности. К тому же, дистрибьюторские договоры как правило включают в себя элементы договора купли-продажи, т.к. они частично регулируют и условия, по которым осуществляется покупка дистрибьютором товаров у производителя (к примеру, условия о поставке, оплате и цене).

Дистрибьютор как самостоятельный орган по сбыту тоже находится на другой экономической (торговой) ступени, чем его партнер. Однако, на основе договора о дистрибуции происходит его включение в торговую сеть производителя. Этот вид торгового посредничества достигает, таким образом, достаточно высокого уровня интеграции. Дистрибьютор является своего рода «орудием» поставщика.

Характерным для дистрибьюторской торговли является то, что вертикальная интеграция хоть и влечет за собой переход функций к дистрибьютору в пользу производителя, но при этом не означает соответствующего перехода рисков на производителя. Несмотря на то, что дистрибьютору предоставлены связанные с оборотом функции сбыта, в особенности задачи по распределению, складированию, транспортировке и финансированию сбыта, данные функции он осуществляет в соответствии с более или менее радикальными указаниями производителя. Консультативные, качественные и количественные функции, так же как и рекламная, по большей части относятся к сфере производителя. В том числе и деятельность по освоению и развитию рынка для дистрибьютора отходит на второй план: производитель неограниченно руководит маркетингом, дистрибьютор является его исполнительным органом.

При этом включенный в торговую структуру производителя дистрибьютор полностью несет торговые и кредитные риски в отношении сбываемых им товаров. Его шансы на прибыль и его риски в связи с распределением нагрузки, хранением запасов и сбытом (с учетом зачастую установленных минимальных объемов закупок) зависят не только от его собственной деятельности, но существенно и от деловой политики производителя в плане производства и маркетинга.

⁸ Торговое уложение Германии (Handelsgesetzbuch). Текст на немецком языке: <http://www.gesetze-im-internet.de/hgb/>.

Договоры о дистрибьюции зачастую ограничивают свободу конкуренции партнеров. Например, в случае, если производитель предоставляет дистрибьютору исключительное право продажи, то ему самому на данной территории может быть запрещено осуществлять деятельность или осуществлять поставки другим посредникам. С другой стороны, свобода дистрибьютора может быть ограничена путем обязательств по закупке, запретом на конкуренцию или запретом на сбыт товаров за пределами его договорной территории. Поэтому при заключении договора о дистрибьюции необходимо обратить внимание на строгое соблюдение как германского Закона против ограничений конкуренции,⁹ так и европейского антимонопольного законодательства.

4. Договоры комиссионных агентов

На следующей ступени интенсивности сотрудничества поставщика и торгового посредника находится комиссионный агент, который, так же как и комиссионер, продает товары и услуги от собственного имени и за чужой счет, но при этом, как торговый представитель, действует на постоянной основе. В отличие от торгового представителя, правовое положение комиссионного агента законом не урегулировано. Существующие в ГТУ нормы о комиссионере не подразумевают долгосрочной посреднической деятельности, потому как комиссионер действует только время от времени и от случая к случаю, а не постоянно¹⁰ (§ 383 ГТУ).

Комиссионный агент, таким образом, занимает позицию постоянно действующего торгового посредника с положением косвенного (скрытого) представителя, с помощью которого предприниматель избегает заключения прямого договора непосредственно с потребителем. Комиссионный агент объединяет в себе два типа коммерческих вспомогательных лиц: как торговый представитель он действует на постоянной основе, как комиссионер он продает от собственного имени и за чужой счет. Вследствие скрытого представительства происходит разделение между внутренней и внешней стороной правоотношений: только во внешних отношениях с покупателями за счет функционального разделения комиссионный агент полностью принимает на себя риски; в качестве лица, действующего от собственного имени, он сам несет ответственность перед клиентом. Но как лицо, действующее за чужой счет, комиссионный агент освобожден от сбытового, транспортного, складского, гарантийного, кредитного и т.п. рисков; эти риски остаются на стороне предпринимателя.

Поэтому к внешней стороне правоотношений применимы нормы о комиссионере (§§ 383 – 406 ГТУ), в то время как к внутренней стороне отношений по аналогии применимо право торгового представителя, особенно если комиссионный агент, как торговый представитель, зависит от производителя.

⁹ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), текст на немецком и английском языках: <http://www.gesetze-im-internet.de/gwb/>.

¹⁰ Hopt in: Baumbach/Hopt HGB, 36. Aufl. 2014, § 383 Rn. 3.

5. Договоры торговых представителей

В соответствии с § 84 ГТУ торговым представителем (*Handelsvertreter*) является тот, кто в качестве самостоятельного предпринимателя на постоянной основе выступает посредником для другого предпринимателя или заключает договоры от его имени. В соответствии с п. 1 § 86 ГТУ в своей деятельности торговый представитель обязан соблюдать интересы предпринимателя.

От оборотных функций торговли, в особенности транспортной, складской и диспозитивной, торговый представитель освобожден; он концентрируется на функциях освоения и наблюдения рынка, а также консультации клиентов. Коммерческий риск сбыта с него, таким образом, снят, и остается в сфере предпринимателя. Потери в связи со складированием товара и диспозицией в случае возникновения трудностей сбыта торговому представителю поэтому не грозят. Даже если он и содержит склад, все риски и расходы в этой связи несет предприниматель. Риски торгового представителя в отношении коммерческого успеха ограничиваются, таким образом, лишь риском снижения или потери комиссионного вознаграждения.

Торговый представитель как тип торгового посредника, в отличие от дилера или дистрибьютора не стоит на отдельной ступени торговой структуры, а относится к ступени своего партнера-предпринимателя, для которого он выполняет задачи сбыта в качестве вспомогательного коммерческого лица. Торговый представитель действует от чужого имени и за чужой счет.

Торговый представитель может быть организован в форме коммерческого общества (товарищества), общества с ограниченной ответственностью или даже акционерного общества. Также он может осуществлять свою деятельность в качестве физического лица (индивидуальный предприниматель). Особенно важным при этом является критерий его самостоятельности. Если данный критерий не соблюдается, то торговый представитель может быть квалифицирован как наемный работник. Поэтому торговый представитель должен быть свободен от указаний предпринимателя как в профессиональном плане, так и в отношении места и времени исполнения своей деятельности.¹¹ В частности, торговому представителю должна быть дана возможность самостоятельно организовывать свою деятельность в пределах отведенной ему территории и самому устанавливать рабочее время. Он сам должен нести и коммерческие риски этой деятельности, и связанные с ее организацией расходы.

Нижеприведенные таблицы дают короткий обзор различий между дистрибьютором и торговым представителем в отношении, как правило, выполняемых ими функций и принимаемых на себя рисков.

¹¹ *Flohr/Pohl* in: *Martinek/Semler/Habermeier/Flohr, Handbuch des Vertriebsrechts*, 3. Aufl. 2010, S. 355.

Функции	Дистрибьютор	Торговый представитель
Привлечение клиентов, ведение переговоров	+	+
Обработка заказов	+	+
Склад, контроль поставляемых товаров, упаковка при дальнейшей поставке	+	-
Распределение товаров, логистика	+	-
Ценовая политика	+/-	-
Сервисное обслуживание клиентов	+	+/-
Инкассация	+	-
Исследование рынка	+/-	-
Маркетинг	+/-	-
Реклама	+	+
Выбор локальных партнеров по сбыту	+	-
Администрация, бухгалтерия	+	+

Таб. 1

Риски	Дистрибьютор	Торговый представитель
Инвестиции	+	+/-
Склад	+	-
Транспорт	+	-
Рынок и сбыт	+	(+)/-
Делькредере	+	-
Курсы валют	+	-
Гарантийная ответственность	+	-

Таб. 2

6. Франчайзинг

При договоре франчайзинга предприниматель (франчайзер, Franchisegeber) предоставляет другому предпринимателю (получателю франчайзинга, Franchisenehmer) право, за определенную плату использовать совокупность прав на коммерческую и интеллектуальную собственность, например, товарные знаки, торговые наименования, образцы, авторские права, ноу-хау или патенты и применять их с целью продажи товаров или предоставления услуг конечному потребителю. Франчайзинг является, таким образом, формой вертикальной торговой кооперации, при которой франчайзер возлагает на большое количество получателей франчайзинга задачу по распространению товаров или услуг на рынке под единым установленным коммерческим обозначением (брендом).

Договор франчайзинга (Franchisevertrag) обязывает франчайзера предоставлять получателю франчайзинга продукты и/или услуги в совокупности с правами и накопленным опытом (ноу-хау) для использования в самостоятельно руководимой получателем коммерческой деятельности, а также оказывать ему содействие и обучать персонал. В обмен франчайзер получает оплату, которая, как правило, состоит из фиксированного платежа и годовой оплаты (франчайзинговый взнос) в зависимости от товарооборота получателя франчайзинга. Кроме того, как правило, устанавливаются права франчайзера по осуществлению контроля с целью гарантировать стандартизованность сбыта товаров и услуг. Договор франчайзинга законодательно не урегулирован и не поддается классификации под урегулированные законом типы договорных отношений. Он является договором смешанного типа, с помощью которого возникают длящиеся обязательственные отношения с преимущественными элементами договора об оказании услуг.

Отличие франчайзинга от других типов торгового сотрудничества в отдельных случаях может быть затруднено, потому как, во-первых, франчайзинг представляет собой скорее понятие из производственной (коммерческой) практики, чем правовую категорию. Кроме того, многие франчайзинговые структуры развились из дилерских систем, договоров комиссионных агентов или торговых представителей. От торгового представителя получатель франчайзинга отличается тем, что он действует от собственного имени и за свой счет, в то время как торговый представитель опосредует или заключает договоры только от имени и за счет представляемого им предпринимателя. Таким образом, становится понятным и отличие от комиссионного агента, который, хотя и действует так же, как получатель франчайзинга, от своего имени, однако в отличие от него (получателя франчайзинга), за счет своего заказчика.

Особую проблему представляет отграничение получателя франчайзинга от дистрибьютора, т.к. оба вида длящихся обязательственных отношений очень близки между собой. Идет ли речь об одном или о другом типе правоотношений, зависит от того, насколько торговый посредник интегрирован в структуру сбыта производителя. Чем более жестко посреднику предписаны подробности сбыта, например, в отношении марки, имени и права обозначения представляемой компании и чем более обширными являются права производителя по контролю и руководству, тем более вероятно речь идет о франчайзинге. В конечном итоге это скорее теоретическое разграничение не играет особой роли, потому как ни договор дистрибьютора, ни франчайзинг не нашли законодательного закрепления. Поэтому правовые следствия зависят от оформления правоотношений в каждом конкретном случае.

Получатель франчайзинга сравнимо с дистрибьютером интегрирован в посредническую систему сбыта производителя. Поэтому, в соответствии с разработанными для дистрибьютора принципами к получателю франчайзинга по аналогии может применяться право торгового представителя.

III. Заключение и исполнение договоров торгового представительства и дистрибуции

1. Содержание договора

а. Общее

Как правило, договоры торгового представителя и дистрибьютора содержат нормы о масштабе представительства, о правах и обязанностях сторон, нормы о комиссионном вознаграждении и о сроке действия договора. Ввиду того, что речь в обоих случаях идет о длящихся обязательственных правоотношениях, которые предполагают долгосрочное сотрудничество, рекомендуется те части условий договора, которые в процессе его действия могут подвергаться изменениям, вынести в приложения к договору. Это могут быть, например, определение закрепленной за посредником территории, список продукции, прайс-листы, скидки и т.д.

Договор торгового представителя и дистрибьюторский договор являются двусторонними договорами и представляют собой одновременно договор о ведении дел (*Geschäftsbesorgungsvertrag*) согласно § 675 ГГУ. Однако, для торгового представителя в качестве «leges speciales» перед общими нормами о договоре об оказании услуг и поручительстве приоритетно применяются нормы §§ 84 ГГУ.

Как уже упоминалось выше, нормы §§ 84-92с ГГУ о торговом представителе применяются по аналогии и на правоотношения дистрибьютора. В этом случае дистрибьютор получает ту же защиту, что и торговый представитель. Правовая оценка данных правоотношений, таким образом, дополняется закрепленными в §§ 84-92с ГГУ правами и обязанностями, а также положениями о прекращении договора, постдоговорных условиях конкуренции и компенсации. Аналогия может иметь место, если в соответствии с договором дистрибьютор берет на себя права и обязанности, присущие торговому представителю и в существенном объеме выполняет задачи, которые обычно выполняет торговый представитель.

В пользу типичной для торгового представителя интеграции в торговую организацию производителя или поставщика свидетельствуют, например, прикрепление к определенной территории, обязательство по сбыту товаров исключительно данного производителя, обязательство по рекламе и консультации клиентов и складированию, а также договоренность о запрете конкуренции. Кроме того, на типичную для торгового представителя интеграцию дистрибьютора могут указывать: его обязанность использовать торговые знаки производителя, проводить гарантийные работы, закупать минимальное количество товаров, а также информировать производителя о деловых связях и положении на рынке.

Типичная для торгового представителя интеграция не ведет, однако, к применению положений §§ 84-92с ГГУ без исключения. В отношении каждой нормы необходимо конкретно определить, соответствует ли она обстоятельствам и соотношению интересов сторон договора дистрибуции.

В связи с применением к дистрибьютору по аналогии отдельных норм §§ 84-92с ГГУ следует рекомендация закрепить непосредственно в договоре о дистрибуции

применение норм права о торговом представителе или – насколько возможно – исключить их применение, чтобы таким образом изначально устранить возможную неопределенность правоприменения. Иначе существует опасность, что в спорном случае суд, исходя из особых конкретных обстоятельств, подтвердит или опровергнет применение какой-либо нормы, из-за чего могут возникнуть последствия, которые стороны не предвидели в момент заключения договора или хотели избежать.

Хотя договоры о торговом представительстве и дистрибуции, как правило, заключаются в письменной форме, они в принципе не требуют соблюдения особой формы и могут заключаться также по умолчанию или путем совершения конклюдентных действий.

в. Применяемое право и подсудность

В случае договорных отношений с присутствием так называемого «иностранного элемента» (т.е. например, когда стороны договора расположены в разных странах) национальный суд, призванный рассмотреть конкретный спор, принимает решение о применении того или иного права на основании коллизионных норм права своей страны. Германский суд определяет право, применяющееся к договорным отношениям, на основании Регламента Рим-I Европейского парламента о коллизионном регулировании вопросов определения права¹².

Пункт 1 ст. 3 Регламента позволяет сторонам свободно выбрать право, применяющееся к договору о торговом представительстве. Для этого необязательно, чтобы договор имел какое-либо отношение к юрисдикции Германии. Поэтому, например, компании с местом нахождения вне территории Германии могут выбрать германское право для своего договора. Следует, однако, обратить внимание на то, что применение определенных национальных императивных норм той или иной страны, с которой связан договор (например, по месту нахождения одной из сторон, объекта договора и т.п.), не может быть исключено путем выбора применяемого права.¹³

С 1991 года в отношении практически всех сделок по экспорту и импорту в Германии, как и в других 82 государствах-участниках, действует Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров.¹⁴ По существу Конвенция регулирует только договоры купли-продажи. На договоры торговых представителей, таким образом, данная Конвенция не распространяется. В отношении отдельных договоров купли-продажи, заключаемых при исполнении договоров торгового представительства, Конвенция подлежит прямому применению, если сторонами не предусмотрено иное. В отдельных случаях может быть необходимым исключение в договоре применения норм Конвенции.

¹² Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom-I-Verordnung) - <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?qid=1431682847748&uri=CELEX:32008R0593>. По-английски: EC Regulation on the law applicable to contractual obligations (Rome I), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:en:PDF>.

¹³ *Benecke/Henneberger* – Globalisierung der Vertriebswege: Die Vorteile einer deutschen Rechtswahl, ZVertriebsR 2014, 370.

¹⁴ United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). См. www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html.

Во избежание того, что тот или иной национальный суд, применяя коллизионное право своей страны, придет к выводу о недействительности выбора сторонами применяемого права, как правило, необходимо включить в договор и соглашение о подсудности, чтобы гарантировать подсудность судам страны выбранного права. В случае договоров с иностранными торговыми компаниями-представителями договор о торговом представительстве, как правило, содержит норму о подсудности или арбитражное соглашение. В случае договоров с национальными торговыми представителями арбитражное соглашение, как правило, не заключается, и договор содержит оговорку касательно подсудности (пророгационное соглашение).

с. Права и обязанности торгового представителя и дистрибьютор

Согласно § 86 ГГУ торговый представитель должен прилагать усилия для посредничества и заключения договоров; при этом он обязан соблюдать интересы предпринимателя. Он обязан предоставлять предпринимателю всю необходимую информацию и незамедлительно ставить в известность о каждом случае посредничества или заключения договора. Все обязанности торговый представитель должен исполнять с добросовестностью порядочного коммерсанта.

Главной обязанностью торгового представителя является приложение усилий для заключения договора. В качестве дополнительных обязанностей можно назвать следующие:

- обязанность предоставлять информацию (п. 2 § 86 ГГУ),
- обязанность соблюдения интересов (п. 1 § 86 ГГУ),
- обязанность неразглашения во время действия договора (§ 86 ГГУ) и после его прекращения (§ 90 ГГУ),
- запрет конкуренции,
- постдоговорной запрет конкуренции (§ 90 а ГГУ).

Что касается дистрибьютора, то он несет обязательство по стимулированию сбыта. Он берет на себя задачу постоянно способствовать развитию сбыта и марки. В интересах производителя могут быть предусмотрены нормы объема товарооборота и/или минимальные объемы закупок. Обязанность информировать производителя о сбытовой деятельности и общем развитии рынка, в особенности в отношении конкурентов и клиентов, требует детальной регулировки в договоре. Дополнены эти нормы могут быть обязательствами дистрибьютора, связанными с рекламой. Если дистрибьютор занимается сбытом технической продукции, то он в основном должен поставлять клиенту запасные части продукции и осуществлять сервисную службу. Чтобы быть в состоянии исполнять эти обязанности, дистрибьютор зачастую обязан содержать обширный склад запасных частей и приобретать дорогостоящее специальное оборудование (в дополнение к этому см. раздел 1 п. 3).

Торговому представителю в принципе не запрещена деятельность для других предпринимателей, за исключением представителя, действующего согласно § 92 а ГГУ

только для одной компании. Однако, если договор содержит условие о запрете конкуренции (Wettbewerbsverbot), то торговый представитель не имеет права сбывать продукцию конкурентов. Однако и без конкретной оговорки судебная практика часто исходит из того, что во время срока действия договора торговый представитель не имеет права сотрудничать с конкурирующими компаниями (обязанность соблюдения интересов!). Если торговый представитель все же намерен стать посредником и для конкурирующей компании, то он может это сделать лишь с разрешения предпринимателя. При этом предприниматель не имеет права запретить торговому представителю эту деятельность без особых на то причин. При принятии этого решения предприниматель должен учесть интересы торгового представителя. Если обязанность представителя по соблюдению интересов предпринимателя подвергается опасности, в особенности, если конкурентная деятельность принимает такие масштабы, что исполнение договора торгового представительства стоит под вопросом, то предприниматель вправе отозвать выданное разрешение.

С прекращением договора прекращается и запрет на конкуренцию. Тем не менее, предприниматель может иметь обоснованный интерес запретить торговому представителю конкурирующую деятельность и после прекращения договора. Поэтому при соблюдении следующих трех условий возможна договоренность о постдоговорном запрете конкуренции (§ 90 а ГТУ):

- срок постдоговорного запрета конкуренции составляет не более двух лет,
- постдоговорной запрет конкуренции касается только закрепленной за торговым представителем территории и
- выплата торговому представителю компенсации.

Договоренности, не соответствующие § 90 а ГТУ могут быть достигнуты только в письменной форме и после прекращения или одновременно с прекращением договора о торговом представительстве. Данным образом законодательно была найдена возможность защитить экономически как правило более слабого торгового представителя, приняв во внимание и обоснованные интересы предпринимателя.

К правам торгового представителя, прежде всего, относится и выплата комиссионного вознаграждения (Provision), которое подробно регулируется законом в отношении возникновения, срока исполнения, суммы и порядка расчета (§§ 87, 87а, 87b, 87с ГТУ). Кроме того, можно назвать право на ознакомление и выписку из бухгалтерской документации, право удержания и право на компенсацию особых издержек.

2. Отступление: антимонопольное право

Зависимость самостоятельных посредников сбыта от предпринимателя по существу всегда связана с ограничением конкуренции. Законодательные и договорные ограничения конкуренции всегда должны быть рассмотрены с точки зрения нарушения антимонопольного законодательства. Преимущественную силу при этом имеет европейское антимонопольное законодательство, которое в Германии применяется непосредственно. Проблематичными и во многих моментах спорными являются

вопросы установления единых цен и условий, обязательства по приобретению товара из одного источника, селективных систем сбыта и т.д. В рамках данной статьи, к сожалению, не представляется возможным в деталях осветить данные вопросы.

В общем можно, однако, сказать, что оценка отношений, ограничивающих конкуренцию, с точки зрения антимонопольного права во многом определяется тем фактом, что ограничения конкуренции тем скорее могут быть допустимыми, чем более предприниматель принимает на себя риски, связанные с деятельностью посредника по сбыту.

Каждая форма действий сначала должна быть оценена с точки зрения сформулированной статьей 101 Договора о функционировании Евросоюза¹⁵ (ДФЕС) и § 1 германского Закона против ограничения конкуренции¹⁶ запрета на ограничивающие конкуренцию соглашения и формы действий. Если определенная форма действий подпадает под описательную часть ст. 101 ДФЕС или § 1 Закона против ограничения конкуренции, то существует возможность индивидуального или общего освобождения для групп предприятий/ соглашений в соответствии с нормами ЕС об освобождении групп предприятий от обязательств, препятствующих конкурентной борьбе (далее – «освобождающие директивы»), в особенности Регламента ЕС о применении п. 3 ст. 101 ДФЕС к группам вертикальных соглашений и согласованных форм деятельности.¹⁷

В соответствии с данными положениями при выполнении определенных, установленных в Регламенте условий, некоторые группы ограничивающих конкуренцию соглашений между предпринимателями, постановления коммерческих объединений или согласованные формы действий компаний и/или коммерческих объединений исключаются из зоны действия запрета на ограничение конкуренции (ст. 101 ДФЕС). Содержащиеся в регламентах освобождающие положения конкретизируют при этом в обязательном порядке содержащиеся в п. 3 ст. 101 ДФЕС общие условия освобождения какого-либо соглашения или формы деятельности от запрета.

Регламент об освобождении групп вертикальных соглашений действует, например, в отношении

соглашений или форм деятельности между двумя или более компаниями, которые с целью выполнения данного соглашения действуют на различных производственных или торговых ступенях (уровнях); данные соглашения при этом касаются условий, на которых стороны покупают и продают или перепродают товары или услуги.

¹⁵ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:12012E/TXT>). Русский перевод: <http://eulaw.ru/treaties/tfeu>.

¹⁶ Gesetz gegen die Wettbewerbsbeschränkungen (<http://www.gesetze-im-internet.de/gwb/>).

¹⁷ Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission 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 (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:102:0001:0007:DE:PDF>; <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32010R0330>).

В особых областях существуют также специальные освобождающие регламенты, как например, в отношении страховой отрасли, сбыта транспортных средств, соглашения о исследованиях и разработках и т.д.. Закон против ограничения конкуренции в п. 2 § 2 содержит ссылку на освобождающие регламенты, поэтому регламенты применяются и к правоотношениям, осуществляющимся исключительно на территории Германии.

IV. Прекращение договоров о торговом представительстве и дистрибуции и выплата компенсации

1. Основания для прекращения

Если договоры о сбыте заключаются на определенный срок, то они прекращаются автоматически с истечением срока. Если же речь идет о договорах на неопределенный срок, то они могут прекращаться на основе расторжения договора с соблюдением срока уведомления или досрочного расторжения.

а. Расторжение с соблюдением срока уведомления

Пункт 1 § 89 ГТУ предусматривает различные сроки для расторжения договоров о торговом представительстве с неопределенным сроком действия. Они составляют – в зависимости от срока, на протяжении которого исполнялся договор – от одного месяца в первый год действия договора до шести месяцев после пяти лет действия. Расторжение договора возможно только к концу календарного месяца. Противоречащие этим правилам соглашения возможны только в строгих рамках. В то время как продление срока для расторжения возможно практически без ограничений (с условием, однако, что продленный срок для предпринимателя не будет короче, чем для торгового представителя), сокращение этого срока недопустимо.

Ввиду того, что правовое положение дистрибьюторов в Германии законодательно не урегулировано, соответственно, не существует и норм о расторжении и его сроках. Обращение к нормам о торговом представителе возможно только весьма условно. В сравнении с торговым представителем дистрибьютор, как правило, осуществляет более обширные вложения/инвестиции, которые были бы обесценены при возможности расторжения договора в короткий срок. Именно на начальной стадии дистрибьюторского договора экономическая нагрузка для дистрибьютора – во всяком случае, для дистрибьютора, представляющего только одну компанию – наиболее высока, поэтому расторжение договора с соблюдением срока в один месяц, как это предусмотрено для торгового представителя, не учитывало бы всех особенностей ситуации. Соответственно, каждый случай расторжения дистрибьюторского договора должен рассматриваться индивидуально с учётом интересов обеих сторон.

б. Досрочное расторжение

П. 1 § 89а ГТУ определяет, что каждая из сторон договора может расторгнуть его по уважительной причине без соблюдения срока. Данное правило не может быть исключено или ограничено. Досрочное расторжение дистрибьюторского договора – в отличие от расторжения с соблюдением срока – возможно в соответствии с принципами права

торговых представителей (§ 89a ГТУ). Уважительной причиной для досрочного расторжения является факт, который, принимая во внимание все обстоятельства конкретного случая и интересы обеих сторон, делает неприемлемым расторжение договора с соблюдением срока или ожидание истечения срока действия самого договора. Для расторжения договора в соответствии с п. 1 § 89a ГТУ не играет роли вопрос о вине одной из сторон. Для требований о возмещении ущерба данный момент, однако, может быть решающим.

Широта и неопределенность понятия уважительной причины (*wichtiger Grund*) породили богатую казуистику, которая не может быть детально описана в рамках данной статьи. Следует, однако, обратить внимание на то, что расторжение договора по уважительной причине играет весьма важную роль из-за своего влияния на вопросы выплаты компенсации представителю.

2. Выплата компенсации

§ 89b ГТУ предоставляет торговому представителю постдоговорное ответное вознаграждение (*Ausgleichsanspruch*) за те преимущества, которые остаются предпринимателю после прекращения договора вместе с созданной торговым представителем клиентской базой. Право требования компенсации выполняет, однако, и функцию социальной защиты торгового представителя, поскольку представляет собой, исходя из принципов справедливости, соразмерное возмещение.

а. Необходимые предпосылки

Для возникновения права требования выплаты компенсации договорные отношения торгового представительства должны быть завершены. При этом не играет роли, по какой причине происходит их завершение (кроме оснований, исключающих право на компенсацию, п. 3 § 89b ГТУ). Расторжение со стороны предпринимателя, завершение путем истечения срока в случае заключенных на определенный срок договоров или прекращение по обоюдному согласию – все это равнозначные основания для возникновения права требования. Также и частичное прекращение, например, сокращение закрепленного за представителем круга клиентов или территории на основании изменения договора по обоюдному согласию может вести к возникновению права требования выплаты компенсации.

§ 89b ГТУ представляет собой специальную норму со строго очерченной целевой направленностью. Поэтому применение ее по аналогии возможно только в узких границах для таких отношений посредничества при сбыте, которые близки к торговому представительству. § 89b ГТУ не применяется к другим правоотношениям, по завершении которых одна из сторон может продолжать пользоваться определенными, созданными во время действия договора преимуществами.

Право торгового представителя на выплату компенсации возникает только в том случае, если предприниматель и в дальнейшем способен извлекать выгоду из отношений с клиентами, привлеченными торговым представителем. Кроме того, выплата

компенсации должна производиться по справедливости. Убытки торгового представителя, связанные с лишением комиссионного вознаграждения, при этом не являются необходимой предпосылкой для возникновения права требования компенсации и не ограничивают ее сумму, а играют роль только как важное обстоятельство в рамках оценки справедливости возможной выплаты.

в. Основания для исключения по закону

Закон предусматривает, что в случаях, когда расторжение договора происходит по инициативе торгового представителя, право требования компенсации не возникает. Закон делает, однако, и из этого правила исключение для случаев расторжения по причине возраста или болезни или если поведение предпринимателя дало представителю обоснованный повод для расторжения договора.

Кроме того, право требования компенсации исключено, если предприниматель расторгнул договор по уважительной причине по вине торгового представителя. Например, если торговый представитель сбывает продукцию конкурентов во время действия договора.

И наконец, право требования компенсации исключается по третьей группе причин: если по соглашению между предпринимателем и торговым представителем третье лицо вступает в договорные отношения вместо торгового представителя. В таких случаях законодатель исходит из того, что выбывающий торговый представитель получает компенсацию от вступающего в договор третьего лица (обязательным условием это, однако, не является).

Торговый представитель обязан предъявить свое требование о выплате компенсации в течение года после прекращения договора (т.н. материальный исключающий срок). По истечении данного срока требование теряет силу. Для предъявления требования необходимо лишь ясно довести до сведения предпринимателя, что торговый представитель претендует на компенсацию. Указание суммы требования необязательно. Для облегчения доказательства требование лучше предъявлять в письменной форме с доказательством его получения адресатом.

с. Договорные основания для исключения

Одним из самых важных вопросов в праве сбыта является возможность исключения права требования компенсации по соглашению сторон. В соответствии с п. 4 § 89б ГГУ право требования компенсации не может быть исключено или ограничено до прекращения договора. Исключение из этого правила составляют лишь те случаи, когда торговый представитель осуществляет свою деятельность за пределами территории Европейского Союза или Европейского экономического пространства¹⁸ (п. 1 § 92с ГГУ). Соглашения, противоречащие данному запрету, являются недействительными. Если,

¹⁸ European Economic Area (EEA), см. www.efta.int/eea.

однако, к договору не применяется германское право или торговый представитель действует лишь за рубежом, то возможны альтернативные соглашения.

аа. Применение германского права

По ст. 3 Регламента Рим-I Европейского парламента о коллизиионном регулировании вопросов определения права, применимого к договорным обязательствам стороны вправе свободно выбирать применяемое право. Даже для правоотношений, имеющих место исключительно на территории Германии возможно установить применяемое право третьей страны.

Если к договору на основании соглашения сторон или по закону применяется германское право, то в отношениях между германским предпринимателем и торговым представителем, осуществляющим свою деятельность вне территории ЕС или Европейского экономического пространства, п. 1 § 92с ГТУ позволяет отступать от императивных норм ГТУ и исключать право торгового представителя на требование компенсации.

По господствующему мнению такое исключение права на компенсацию возможно даже тогда, когда торговый представитель осуществляет свою деятельность в стране за пределами ЕС/Европейского экономического пространства, где в свою очередь в императивном порядке предусмотрено право требования компенсации. Следует, однако, отличать и в конкретном случае обращать особое внимание на вопрос о том, признает ли право той страны, где действует торговый представитель, соглашения об исключении компенсации.

В случае, если речь идет о сходных с торговым представителем правоотношениях, которые выходят за рамки обычных отношений покупателя и продавца, то п. 1 § 92с ГТУ по аналогии применяется и к дистрибьютору. Соответственно, право дистрибьютора, осуществляющего свою деятельность вне территории ЕС или Европейского экономического пространства, и интегрированного в систему сбыта производителя на компенсацию может быть исключено по соглашению сторон.

bb. Применение права третьей страны

Если на договор распространяется зарубежное право, то вопрос, имеет ли торговый представитель право на компенсацию и в каком объеме, решается в соответствии с применимым зарубежным правом. Ситуация, однако, в корне меняется, если право, применяющееся к договору с действующим на территории Германии (или другой страны ЕС) торговым представителем, не предусматривает компенсации, сравнимой с таковой по § 89б ГТУ (как например, в большинстве штатов США).

В соответствии с принципами, разработанными судом ЕС¹⁹ в известном решении по делу «Ингмар»²⁰, основанное на ст. 17-19 Европейской директивы о самостоятельных

¹⁹ <http://curia.europa.eu/>.

²⁰ EuGH 09.11.2000 – C-381/98 - <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?isOldUri=true&uri=CELEX:61998CJ0381>

торговых представителей²¹ право на компенсацию, имеет императивный характер и в международном контексте. Поэтому соглашение о применении к договору о торговом представительстве права третьей страны, не предусматривающего права на компенсацию, и исключение или ограничение таким образом данного права, являются недействительным. Т.е., по существу допустимое соглашение о применении права третьей страны не может вести к потере права на компенсацию торгового представителя, действующего на территории Германии. В противном случае цель Европейского регламента о самостоятельных торговых представителях создать одинаковые условия и стандарты защиты для всех действующих на внутреннем рынке торговых представителей не могла бы быть достигнута.

Спорным, однако, является вопрос о том, действуют ли разработанные Европейским судом принципы по аналогии и для дистрибьюторов. Упомянутое выше решение по делу «Ингмар» было обосновано исключительно нормами Европейского регламента о самостоятельных торговых представителях. Данная директива действует, однако, лишь в отношении торговых представителей. На торговых посредников, как например, дистрибьюторов или получателей франчайзинга, эта директива не распространяется. И на то есть свои причины. Дистрибьюторы, получатели франчайзинга и другие посредники не всегда сходны с торговыми представителями. Так, они работают за свой счет и им необходим собственный капитал. Поэтому, до сих пор было распространено мнение о том, что и в договорах с действующими в ЕС дистрибьюторами, к которым по соглашению применяется право третьей страны, требование компенсации может быть исключено.

С некоторых пор в судебной практике и литературе прослеживается тенденция к приравниванию права дистрибьюторов к праву торговых представителей путем аналогии к европейской директиве. Данный взгляд, однако, подвергается критике в литературе. Если дистрибьюторы не осуществляют свою деятельность в Германии, то они, в отличие от торговых представителей не находятся под особой защитой.

сс. Применение права одной из стран ЕС

Следует обратить внимание на то, что Европейская директива о самостоятельных торговых представителях гарантирует лишь минимальную защиту. Если к договору с действующим на территории Германии торговым представителем применяется право одной из стран ЕС, то вопрос о компенсации решается на основе соответствующей нормы, имплементирующей европейские нормы в национальное право, даже если в конкретном случае это будет менее выгодным для торгового представителя, чем § 89б ГТУ. В отношении дистрибьютора ситуация и здесь спорная. Если отклонить толкование в свете европейского права норм §§ 89б ГТУ для дистрибьюторов, то в результате отрицается и применение к ним норм Европейской директивы о самостоятельных

²¹ Richtlinie 86/653/EWG des Rates vom 18. Dezember 1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter - <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/de/ALL/?uri=CELEX:31986L0653>

торговых представителей. Из этого следует вывод, что даже на территории Европейского сообщества дистрибьюторы не находятся под особой защитой.

Авторы:

Deloitte.

**Татьяна Гетьман
(Tatiana Getman)**

Адвокат

Tel: +49 (0)511

3075593

tgetman@deloitte.de

www.deloittelegal.de



Татьяна оказывает юридические услуги немецким и иностранным компаниям в сфере корпоративного, коммерческого и договорного права, в основном в отношении дистрибьютерских структур, реорганизаций обществ, создания совместных предприятий и комплайанса. Она также возглавляет Российский отдел компании Deloitte Legal и сопровождает российские компании при выходе на германский рынок, также как проекты немецких клиентов при выходе на рынок России.

Свое образование Татьяна получила в Кубанском Государственном Университете и в Университете г. Вюрцбурга, Германия. Уже более 10ти лет Татьяна является членом германской адвокатской палаты. Она также является членом Германно-Российской Ассоциации юристов и ко-автором публикаций, таких как, например «Предпринимательское право в Нижней Саксонии» на русском языке.

Татьяна работает в компании Deloitte Legal в течении четырех лет, до этого Татьяна работала в течение семи лет в международной адвокатской компании в Германии.

Deloitte.

**Елена Пельгер
(Elena Pelger)**

Адвокат

Tel: +49 (0)511 3075593

epelger@deloitte.de

www.deloittelegal.de



Елена оказывает юридическую поддержку в областях корпоративного и коммерческого права. К направлениям ее деятельности относятся слияния и поглощения компаний, а также их реорганизация, торговые, лицензионные договоры и договоры поставки. Елена является членом Российского отдела компании Deloitte Legal.

Елена получила свое юридическое образование в Государственном университете в Тирасполе, республика Молдова, и в Университете г. Гисен, Германия. Уже во время учебы Елена работала в качестве научного сотрудника в международной адвокатской компании в г. Франкфурт-на-Майне.

С 2013 г. Елена является членом германской адвокатской палаты и работает в компании Deloitte Legal.

Особенности аренды нежилой недвижимости в Германии

Besonderheiten des gewerblichen Mietrechts in Deutschland

Александр Немцов (Alexander Nemzov)

Der Artikel behandelt einige praktisch bedeutsame Eigenheiten des gewerblichen Mietrechts in Deutschland. Er eignet sich sowohl für interessierte Juristen als auch für potentielle Investoren. Insbesondere werden die Fragen des notwendigen Inhalts und Vertragsabschlusses, der Schriftformeinhaltung, der aus russischer Sicht ungewöhnlicher gesetzlicher bzw. gewohnheitsrechtlicher Regelungen und schließlich der dinglichen Sicherung des Mieters (Mieterdienstbarkeit) behandelt. Da der Autor über Erfahrung in Erstellung und Abschluss von Langzeitmietverträgen in beiden Ländern verfügt, enthält der Artikel auch Gegenüberstellungen und Hinweise zur parallelen Rechtslage in Russland.

I. Введение

Цель данной статьи заключается в представлении заинтересованному пользователю или потенциальному инвестору главных особенностей аренды недвижимости согласно Германскому Гражданскому Уложению (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB; далее «ГГУ»)¹. При этом речь пойдет исключительно об аренде нежилой недвижимости (gewerbliches Mietrecht). Аренда жилья как в России (найм жилья, ст. 671 ГК РФ), так и в Германии (§§ 549-577a ГГУ) регулируется в силу ее социальной значимости отдельными положениями. В статье представлены ключевые – с точки зрения автора, как практикующего юриста в области недвижимости и аренды – особенности правового режима аренды недвижимости в Германии, по сравнению с регулированием аренды в России.

II. Договор аренды – существенные условия

Для заключения договора аренды недвижимости (Immobilienmietvertrag) необходимо взаимное согласие сторон по четырем ключевым условиям (essentialia negotii, wesentliche Vertragsbestandteile), которыми являются: стороны договора, предмет договора, т.е. сам

¹ Текст ГГУ на немецком и английском языках: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>. См. также русский перевод: Гражданское уложение Германии, 4-ое издание, 2015.

объект недвижимости передаваемый в аренду, срок аренды, а также размер арендной платы.²

1. Арендная плата

Арендная плата как существенное условие является первым отличием от российской аренды, в которой согласование размера арендной платы существенным условием не является, а в случае его отсутствия применяется средняя рыночная арендная ставка (п. 1 ст. 614 ГК РФ). В Германии размер арендной платы является ключевым условием договора. Однако, так как договор подлежит толкованию, отсутствие однозначно прописанной арендной ставки не ведет автоматически к его незаключенности. Методом дополнительного толкования договора и воли сторон (*ergänzende Vertragsauslegung*) или применения по аналогии соответствующего положения из договора подряда (*Werkvertrag*, § 632 ГГУ) возможно прийти к применению той же среднерыночной ставки. В случае невозможности такого толкования, например в силу однозначно выраженной противоположной воли одной из сторон, отсутствие согласованной арендной ставки может привести к квалификации такого договора как договора безвозмездного пользования (*Leihe*).

2. Предмет аренды

Толкование также может «спасти» договор в случае неоднозначного согласования в нем предмета аренды. Абсолютно точного описания предмета аренды не требуется для действительности договора, достаточно возможности его определить. Например, в случае передачи арендатору и пользования им недостаточно определенным в договоре предметом аренды, представляется возможным определить его границы по границам фактического пользования им арендатором. В таком случае предмет аренды считается согласованным и договор действительным. При этом, однако, согласно практике немецких судов считается несоблюденной письменная форма договора, о которой еще пойдет речь. Таким образом, только в случае однозначного отсутствия совместной воли сторон или невозможности ее определения вступают в силу положения о диссенсе или незаключенности договора.

Касательно определения объекта аренды важно иметь в виду следующие отличия немецкого права недвижимости от российского: в Германии действует модель единства земли и строений на ней (§ 94 ГГУ). Это обозначает, что строения как существенные составные части земельного участка, кроме немногочисленных исключений,³ не могут быть отдельным предметом/объектом собственности. Т.е. право собственности

² MünchKommBGB, 2012, § 535 Rn. 3.

³ Значительное для практики исключение – наследственное право застройки (*Erbbaurecht*), позволяющее застройщику на очень долгий срок (обычно до 99 лет) получить сравнимое по объему с собственностью право пользования зданием/строением, не имея при этом права собственности на землю под зданием. Регулируется соответствующим законом (*Erbbaurechtsgesetz*): <http://www.gesetze-im-internet.de/erbbauv/BJNR000720919.html>.

а также право собственности на квартиры, регулируемое Законом о собственности на жилье (*Wohnungseigentumsgesetz – WEG*): <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/woeigg/gesamt.pdf>.

земельного участка и строения на нем не может различаться. Кроме того, в Германии в отличие от России аренда не считается обременением недвижимости и соответственно не подлежит регистрации или внесению в поземельную книгу (Grundbuch).⁴ Не подлежит регистрации и нотариальному удостоверению и сам договор долгосрочной аренды. Поэтому для точного определения земельного участка, на котором находится объект аренды, целесообразно, но не обязательно, использовать данные поземельной книги (Grundbuch, аналогия российского Единого государственного реестра прав на недвижимое имущество и сделок с ним, ЕГРП) или же кадастра недвижимости (Liegenschaftskataster, данные которого ложатся в основу поземельной книги района). В случае аренды части участка или многоэтажной постройки для достаточного определения используются изготовленные сторонами договора планы участка или поэтажные планы здания и далее этажа со внесенными границами объекта. Ввиду единства земельного участка и строений на нем в кадастре недвижимости отсутствуют технические планы зданий. Вместо них возможно использовать, например, отрезок из Google-Maps (для обозначения границ здания или участка) или же иной карты со внесенными очертаниями объекта аренды. Для внутренних планов здания или помещений целесообразно использовать план, подготовленный с помощью Автокада (AutoCAD) или же иной план. Возможен даже ручной план, желательно с масштабом, для возможности точного определения границ.

Данный подход во многом облегчает заключение договора аренды, в частности будущей вещи, т.к. нет необходимости ждать окончательного построения здания, его измерения кадастровыми инженерами и внесения в кадастр и реестр недвижимости.

3. Срок аренды

Срок аренды недвижимости в Германии ограничен 30 годами (§ 544 ГГУ). Указание в договоре более длительного срока ведет к возможности расторжения договора каждой из сторон после истечения 30 лет. Эта норма является императивной,⁵ поэтому не может быть изменена никакой договорной конструкцией, например в виде опций на продление, превышающих в сумме 30 лет. Это означает, что модель аренды земли на срок 50 и более лет, под застройку, практикуемая в России, в Германии неприменима. Если у застройщика недостаточно средств на приобретение собственности, то существует вариант приобретения «наследственного права застройки» (Erbbaurecht), которое может быть предоставлено на срок до 99 лет, а стоимость соответствует или даже ниже арендной платы.

По истечению срока аренды немецким законодателем не предусмотрено преимущественное право заключения нового договора, как оно например существует в России (ст. 621 ГК РФ). Его возможно предусмотреть договором, но только в рамках вышеупомянутой § 544 ГГУ. То есть, если изначальный договор аренды и заключенный

⁴ Поземельная книга (Grundbuch) в Германии ведется при районных судах (Amtsgerichte), более подробная информация: www.grundbuch-portal.de.

⁵ MünchKommBGB, 2012, § 544 Rn. 2.

вследствие преимущественного права аренды договор в сумме длится более 30 лет, то по истечению этого срока его, он может быть расторгнут каждой из сторон в любой момент.

В отличие от аренды жилой недвижимости при аренде коммерческой недвижимости арендатор не имеет права преимущественного приобретения предмета аренды. Однако, такое право можно предусмотреть договором. Чтобы оно было вещным (т.е. действовало по отношению ко всем третьим лицам), оно подлежит внесению в поземельную книгу. Без записи в поземельной книге такое право является лишь обязательственным.

4. Стороны договора

Что касается сторон договора, то тут действуют общие положения ГГУ касательно физических и юридических лиц и доверенностей. В немецком праве отсутствует положение о том, что в аренду может сдавать только собственник или лицо, имеющее соответствующие полномочия от собственника (ст. 608 ГК РФ). В связи с этим, договор аренды может быть заключен, например, с будущим или потенциальным собственником объекта или обладателем наследственного права застройки. Это не является препятствием для его действительности.

III. Противопоставимость новому собственнику и письменная форма договора

Особенностью аренды, как российской (ст. 617 ГК РФ), так и немецкой (§ 566 ГГУ), является противопоставимость права аренды новому собственнику, т.е. продолжение аренды в случае перехода права собственности на арендуемое имущество („Kauf bricht nicht Miete“). При этом, в Германии изначальный арендодатель (Vermieter) остается ответственным за несоблюдение договора новым собственником путем предусмотренного для этого случая поручительства в силу закона (п. 2 § 566 ГГУ). В случае аренды нежилой недвижимости данное положение является, однако, диспозитивным и регулярно отменяется предусмотрительными арендодателями в договоре. В отличие от России, где противопоставимость возникает в момент вступления договора в силу по отношению к третьим лицам, т.е. с государственной регистрацией⁶ (если она требуется), в Германии противопоставимость возникает в момент передачи арендованного объекта арендатору во владение. Данное положение основано на том, что в отсутствие регистрации аренды только фактическое владение является достаточным публичным предупреждением для потенциального приобретателя о наличии арендатора. В случае смены собственника до передачи имущества арендатору, новый собственник не становится стороной договора аренды и не связан им. В таком случае арендатор (Mieter) остается лишь с правом требования возмещения убытков против изначального арендодателя.

Как уже говорилось, немецким законодателем не предусмотрена ни регистрация права долгосрочной аренды недвижимости, ни регистрация или нотариальное удостоверение

⁶ Согласно новой концепции регистрации прав на недвижимость, выраженной, например, в новой редакции ст. 433 ГК РФ.

договора.⁷ В связи с этим, несмотря на предусмотренную противопоставимость, долгосрочная аренда является исключительно обязательственным правом.⁸ С целью защиты прав приобретателей арендованных объектов, законом предусмотрена обязательная письменная форма (Schriftform) договора аренды, заключённого на срок более года, § 550 ГГУ. Заложенный законодателем смысл заключается в предоставлении новому собственнику гарантии того, что в предоставленном ему письменном договоре аренды (и только в нем!) изложены все права и обязанности, в которые он вступает согласно § 566 ГГУ. Несоблюдение письменной формы, впрочем, не ведет к недействительности договора. Вместо этого такой договор рассматривается как договор аренды на неопределенный срок с возможностью его расторжения каждой из сторон в любой момент. Из этого следует два важных аспекта:

Во-первых любые устные договоренности сторон изменяющие впоследствии условия письменного договора (например об изменении арендной платы, срока аренды, размера помещений и т.д.) являются действительными, но при этом разрушают письменную форму договора. При этом согласно немецкому законодательству невозможно запретить сторонам заключать устные соглашения, даже если договором предусмотрены письменная форма (§ 305b ГГУ – *Vorrang der Individualabrede*). То есть заключенное например сторонами устное соглашение об изменении арендной платы будет действительным. Но при этом что наличие таких непрописанных в письменной форме, но исполняемых сторонами устных договоренностей ведет к тому, что такие договоры могут быть расторгнуты каждой из сторон в любой момент, даже если договором предусмотрен определенный срок аренды.

Во-вторых, в связи с телеологическим толкованием письменной формы, как направленной в первую очередь на защиту будущего приобретателя арендованного имущества, в судебной практике развилась весьма обширная казуистика, в отношении вопроса, на что собственно распространяется письменная форма, т.е. какие условия договора должны быть прописаны в письменной форме. Бесспорно она распространяется на все вышеупомянутые существенные положения договора (*essentialia negotii*), а также на все условия «имеющие значение для потенциального приобретателя».⁹ Это касается, в том числе, положений об операционных расходах, разрешении или запрете субаренды (*Untermiete*), принятых обязательствах по уменьшению арендной платы в связи с недостатками (*Mietminderung*) или выплате и зачете аванса или обеспечения. Тем не менее, детальное описание каждого из этих условий не является обязательным. Достаточным является такое упоминание условия в договоре, которое необходимо чтобы предупредить будущего приобретателя о его наличии, а также достаточно для того, чтобы с помощью наведения дальнейших справок возможно было его точно установить. Например при аренде будущей вещи достаточно упоминания, что срок аренды

⁷ Исключением являются лишь случаи, когда самим договором предусмотрено внесение в поземельную книгу некоторых вещных прав, например, права приоритетного приобретения.

⁸ Что в силу действия в отношении третьих лиц (право следования противопоставимое новым собственникам) по своей концепции является противоречием и признается научной литературой как «аномалия», например: Kreyl in: Schmidt-Futterer, *Mietrecht*, 11. Auflage, § 566 Rn. 6.

⁹ *MünchKommBGB*, 2012, § 550 Rn.7.

начинается с передачи объекта арендатору, если предусмотрено составление акта передачи.¹⁰ Тогда будущий арендодатель может исходя из этой информации навести справки о наличии акта передачи и исходя из него установить даты начала и окончания срока аренды. В случае отсутствия акта передачи и формальной невозможности для приобретателя точно установить дату истечения срока аренды, письменная форма договора признается несоблюденной и он может быть расторгнут в предусмотренный законом (§ 580a ГГУ) срок (при аренде коммерческой недвижимости это конец квартала, следующего за кварталом в котором уведомление о расторжении доставлено оппоненту). Также не является нарушением письменной формы факт неупоминания вспомогательных помещений или же отсутствие технического описания переданного вместе с недвижимостью инвентаря.¹¹ Считается, что такие детали не являются существенными для потенциального покупателя арендованной недвижимости.

Проблематичным может являться соблюдение письменной формы относительно сторон договора, особенно в случае его подписания представителями в силу закона (например директорами общества с ограниченной ответственностью ГмбХ – аналог российского ООО) или представителями по доверенности. В случае подписания представителем по доверенности для соблюдения письменной формы договора необходимо указание на сам факт представительства. Кроме того, должно быть четко указано имя подписанта, чтобы приобретатель мог сверить доверенность с подписантом. Предоставление самой доверенности как части договора, например в приложении к нему, не является необходимым (т.к. является уже вопросом материальной действительности договора, а не соблюдения его письменной формы), но целесообразно. При подписании членами коллегиального представительного органа (например, совета директоров) необходимо подписание всеми его членами или указание на возможность одиночного представительства подписантом.¹²

Несоблюдение письменной формы в договоре (например отсутствие четкого плана объекта аренды или отсутствие указания на факт представительства одним из подписантов) может быть «исцелено» последующим дополнительным соглашением. Однако, необходимо учесть, что возможен и обратный случай, при котором небрежно составленное допсоглашение «заражает» и, таким образом, рушит письменную форму всего договора. Например, если при изменении объекта аренды (уменьшения или увеличения) в рамках допсоглашения отсутствует план нового объекта, или же измененная арендная плата или формула ее индексации недостаточно четко прописана, то письменная форма первоначального договора считается больше несоблюденной. При этом, в отличие от судебной практики прошлых лет, больше не требуется физического сшивания допсоглашений или приложений с самим договором аренды, достаточно

¹⁰ BGH NJW 2006, 139.

¹¹ Beckscher Online-Kommentar, § 535 Rn. 10.

¹² Вопрос соблюдения письменной формы при представительстве в целом исчерпывающе описан в следующем решении Высшего Федерального Суда - BGH, Urteil vom 23.01.2013 - XII ZR 35/11.

четкого их упоминания и ссылки на них в тексте договора и, наоборот, ссылки на сам договор в приложениях и допсоглашениях.¹³

В целом необходимо отметить, что обширная и, к сожалению, часто противоречивая судебная практика в отношении того, какие условия должны быть включены в письменную форму, и как она может быть нарушена, создает неуверенность в устойчивости договоров долгосрочной аренды, нетипичную для немецкого права. Проблема усугубляется еще тем, что несоблюдение письменной формы ведет не только к возможности преждевременного расторжения договора новым собственником, но также и каждой из первичных сторон, в том числе и арендатором, т.к. согласно § 550 ГГУ такой договор с момента несоблюдения письменной формы рассматривается как договор аренды на неопределенный срок. Это часто приводит к тому, что в случае потери одной из сторон интереса к продолжению долгосрочных отношений, ищется и зачастую находится или создается повод для расторжения договора и судебной тяжбы в связи с несоблюдением письменной формы. Связанная с этим определенная неустойчивость договоров аренды, признается немецким юридическим сообществом,¹⁴ и является безусловно слабым местом в немецкой концепции аренды недвижимости. Это ведет в том числе к повышенным правовым издержкам при сделках из-за необходимости особенно тщательной юридической проверки (Due Diligence).

IV. Ключевые обязательства

1. Содержание и ремонт арендованного имущества

Одним из важнейших отличий немецкой аренды от российской является однозначное распределение бремени содержания и ремонта арендованного имущества (Erhaltungslast или Last der Instandhaltung und Instandsetzung). В то время как ст. 616 ГК РФ разделяет эту ответственность между сторонами, согласно § 535 ГГУ, это бремя полностью ложится на арендодателя. Несмотря на диспозитивность этой нормы, она означает, что в случае отсутствия или недействительности иных положений в договоре, обязанности по ремонту (в том числе текущему и/или косметическому) и содержанию объекта аренды полностью лежат на арендодателе. Несоблюдение арендодателем обязательств по поддержанию и ремонту арендованного имущества признается – при условии, что это привело к ухудшению возможности пользования им арендатором – к признанию имущества несоответствующим условиям договора и наличию «недостатка арендованного имущества» (Mietmangel). Наличие недостатка дает арендатору по закону обширные права, начиная с уменьшения арендной платы и заканчивая, в особо тяжелых случаях, расторжением договора, однако лишь с того момента, когда арендатор указал арендодателю на недостаток, §§ 536 – 536d ГГУ. Договором возможно частично сузить размер прав арендатора при наличии недостатка, например исключить возможность требования компенсации убытков в связи с недостатком или возможность взаимозачета

¹³ Так называемое «мысленное соединение» договора с приложениями или дополнительными соглашениями (geistige Verbindung) - BGH NJW 2008, 2181, 2183.

¹⁴ Например Wunschel in: Rechtshandbuch für Immobilienpraxis, S. 358.

с ней требований по компенсации убытков, однако полностью их исключить невозможно.

Немецкий законодатель исходит из того, что арендная плата полностью покрывает все издержки арендодателя по содержанию арендованной вещи, включая коммунальные и операционные расходы. То есть, если в договоре не прописано иное, арендодатель не вправе перевыставлять арендатору стоимость израсходованных коммунальных и эксплуатационных услуг, за исключением теплоэнергии. Более того, перенос бремени содержания на арендатора в рамках типовых договоров (*allgemeine Geschäftsbedingungen*) подлежит строгому судебному контролю. Соответствующие положения должны быть транспарентными и свободными от противоречий. Каждая услуга, а также каждое обязательство по содержанию имущества, расходы на оплату которых арендодатель хочет получить с арендатора, должны быть прописаны отдельно и со всеми подробностями. Сомнения или неясности в силу однозначной воли законодателя либо толкуются против арендодателя, либо ведут к тому, что соответствующее положение признается недействительным и данный пробел в договоре восполняется с помощью § 535 ГГУ, т.е. опять же против арендодателя. В связи с этим, в договорах аренды большой популярностью пользуется ссылка на ст. 2 «Постановления об эксплуатационных расходах» (*Betriebskostenverordnung*)¹⁵ – изданное правительством Германии перечисление главных эксплуатационных услуг. Условие в договоре о том, что арендатор обязан компенсировать арендодателю стоимость перечисленных в *Betriebskostenverordnung* услуг, всегда является действительным и правомерным. Однако такое условие – за исключением наличия договоренности о паушальной оплате операционных и коммунальных услуг – не освобождает арендодателя от обязательства предоставить точный годовой отчет (*Nebenkostenabrechnung*) по каждой израсходованной сумме и, в случае соответствующего требования арендатора, подтвердить документально каждую позицию в этом отчете. Дополнительная загвоздка заключается в том, что данное постановление издано для аренды жилья и не охватывает полностью все услуги при управлении коммерческой недвижимостью. Например, там отсутствует такая услуга как охрана или стоимость услуг управляющей компании, а также не полностью учтены расходы на необходимый ремонт технического оснащения здания.

Еще строже судебная практика рассматривает договорные положения, переносящие на арендатора обязанность ремонта арендованной площади и особенно привлечение арендатора к содержанию площадей общего пользования. Фактически, все выходящие за рамки косметического ремонта (и то зависящего от износа площади при ее передаче арендатору) положения являются проблематичными и подлежат тщательной юридической проверке.

Нужно констатировать, что в связи с однозначным намерением законодателя возложить бремя содержания арендованной вещи целиком на арендодателя, любое иное договорное положение нуждается в тщательной юридической проработки. При этом правовая оценка также должна учитывать сложную судебную практику в отношении

¹⁵ Можно прочитать например здесь: <https://dejure.org/gesetze/BetrKV/2.html>.

типовых договоров, которая дополнительно накладывает очень строгие ограничения на сторону, использующую такие договоры.¹⁶

2. Защита от конкуренции

Значительным аспектом различающимся в немецкой и российской юрисдикции, является вопрос защиты коммерческого арендатора от конкуренции.

В России положения в договоре аренды о запрете размещения конкурентов в том же здании или на арендованном участке являются проблемными с точки зрения антимонопольного законодательства и могут быть оспорены. В Германии же судебная практика наоборот видит в размещении одним и тем же арендодателем в прямой близости конкурирующих арендаторов, нарушение прав последних из договора аренды.¹⁷ При этом действует принцип приоритета, т.е. арендатор, первый заселившийся в здание, вправе ожидать от арендодателя, что он в течение срока аренды не будет сдавать другие площади в здании (или на земельном участке) в аренду прямому конкуренту.¹⁸ У арендатора, заселяющегося в здание следом, такого права уже нет, т.к. он должен знать о наличии первого арендатора-конкурента. Случай нарушения этой т.н. договорно-имманентной защиты от конкуренции (*vertragsimmanenter Konkurrenzschutz*) оценивается как недостаток помещения¹⁹ и дает арендатору право требовать его устранения, т.е. выселения конкурента, а также право требовать уменьшения арендной платы и – в особенно тяжких случаях – право на расторжение. Данная практика применяется в случае отсутствия в договоре аренды иных условий о конкуренции. При этом она целиком диспозитивна, то есть предполагает договорную возможность как полной отмены любой защиты от конкурентов, так и, наоборот, полного запрета любой, даже отдаленной конкуренции, например даже в случаях лишь частичного пересечения ассортимента товара или услуг. Проблемы антимонопольного характера возникают при исключении конкуренции лишь в случае монопольного положения арендодателя (например владеющего большинством коммерчески пригодной недвижимости в определенном районе) или арендатора на конкретном рынке.²⁰

V. Вещная защита арендатора (сервитут)

Противопоставимость аренды согласно § 566 ГГУ имеет несколько исключений. Одно из них уже было упомянуто выше, это случай несоблюдения письменной формы договора и вытекающая из него возможность его расторжения. Из других исключений наиболее практически значимыми является право на расторжение договора

¹⁶ Необходимо отметить, что «типовым» признается каждый договор или отдельное положение в договоре, которое предусмотрено для многократного использования. Т.е. даже необязательно, что данное положение используется арендодателем в других случаях, достаточно одного намерения его многократного использования.

¹⁷ BGH LM § 536 BGB Nr. 2, 3, 5, 6; BGHZ 70, 79; NJW 1979, 1404; KG MDR 1999, 1375.

¹⁸ Blank/Börstinghaus, *Miete* 4. Auflage 2014, Rn. 309.

¹⁹ BGH, Urt. v. 10. 10. 2012 – XII ZR 117/10 = NZM 2013, 52.

²⁰ BGH, Urteil vom 8. 4. 2003 - KZR 39/99 = NJW 2003, 2684.

приобретателем арендованного имущества с торгов в рамках исполнительного производства,²¹ а также в случае его приобретения от конкурсного управляющего (Insolvenzverwalter).²² Для защиты от этих казусов арендаторы с соответствующим весом на рынке используют институт «ограниченно-личного сервитута» (Beschränkt-persönliche Dienstbarkeit). Данная правовая фигура, изложенная в §§ 1190-1193 ГГУ предусматривает возможность установления сервитута в пользу конкретного физического или юридического лица. Сервитутом в виду ограниченности вещных прав невозможно заменить гораздо более гибкий договор аренды. Поэтому сервитут в пользу арендатора устанавливается лишь как «второе дно» для арендатора, под отлагательным условием преждевременного прекращения договора аренды в силу его расторжения новым собственником по с § 57a Закона об исполнительном производстве с торгов или § 111 Положения о банкротстве. В таких случаях сервитут дает арендатору право пользования арендованной недвижимостью, указанной в сервитуте, на условиях прекращенного договора аренды и за ренту, равную последней арендной плате по прекращенному договору. Эта весьма сложная с догматической точки зрения правовая конструкция признана немногочисленной судебной практикой²³ и, согласно ей, не является незаконным обходом вышеупомянутых статей Закона об исполнительном производстве с торгов и Положения о банкротстве. Объясняется такое решение, в том числе, принципом абстракции вещных прав от обязательственных, являющимся краеугольным камнем ГГУ (Abstraktionsprinzip). Необходимо отметить, что такой сервитут при определенных обстоятельствах является препятствием для кредитования арендодателя-собственника недвижимости, так как может негативно повлиять на исход торгов при исполнительном производстве. Главным препятствием для банков является стандартное требование арендаторов, о том, что сервитут должен быть внесен в поземельную книгу первоочередно, перед всеми ипотеками.²⁴ В связи с этим кредитующие банки, а вместе с ними и арендодатели весьма негативно относятся к установлению или наличию такого сервитута.

Однако, с другой стороны, якорные арендаторы (т.е. ключевые для развития объекта арендаторы, например гипермаркеты в торговых центрах), зачастую инвестирующие значительные средства в ремонт или отделку нового объекта, имеют важный аргумент в пользу установления такого сервитута. Иначе они несут риски банкротства или исполнительного производства против арендодателя и могут внезапно лишиться долгосрочной аренды и возможности амортизации своих вложений. При согласовании основных условий об установлении, содержании и прекращении такого сервитута

²¹ § 57a Zwangsversteigerungsgesetz – § 57a закона о принудительной продаже имущества с торгов. (so im Text). Текст закона на немецком языке: <http://www.gesetze-im-internet.de/zvg/>.

²² § 111 Insolvenzordnung – § 111 Положения о банкротстве. Текст положения на немецком и английском языках: <http://www.gesetze-im-internet.de/inso/>. Перевод на русский язык: <http://irz.de/index.php/ru/pdf>.

²³ Например: BayObLGZ 1989, 442.

²⁴ Только в случае, если сервитут внесен раньше ипотеки в поземельную книгу или получает путем уступки ранга первоочередность, он не погашается при продаже обремененной недвижимости на принудительных торгах. Если первоочередность у ипотеки, то сервитут при торгах погашается, и новый собственник приобретает недвижимость не обремененную сервитутом. В связи с этим, для арендаторов особенно важна первоочередность перед ипотекой, что в свою очередь не устраивает банки, т.к. она может привести к потере себестоимости обремененного имущества на торгах, а также снижает оценочную стоимость объекта.

целесообразно заранее привлечь финансирующий банк арендодателя к переговорам и согласовать решение, устраивающее все три стороны.

VI. Заключение

Правовой режим аренды коммерческой недвижимости в Германии, несмотря на большое количество схоже звучащих положений, имеет несколько коренных отличий от российского. Это начинается с подхота к аренде как обременению недвижимости, требующего государственной регистрации в России, и заканчивается сугубо практическими положениями в части защиты от конкуренции и бремени содержания. При этом, с научной точки зрения сложно сделать однозначный выбор в пользу одного из этих режимов. Например, бросается в глаза, что немецкая аренда безусловно является более гибкой в части аренды будущей вещи, а также в силу диспозитивности большинства ее норм. С другой стороны, отсутствие регистрации и публичности в пользу третьих лиц компенсируется очень сложной концепцией «письменной формы» договора аренды, ведущей к правовым рискам и непривычным для немецкого права проблемам неустойчивости оборота. В связи с этим, при инвестировании в арендованную недвижимость или с целью ее последующей аренды необходим очень тщательный и профессиональный подход при составлении будущих и проверке имеющихся договоров.

Об авторе:

Александр Немцов



Родился в 1980 году в Ленинграде (Санкт Петербурге).

Закончил юридический факультет университета г. Тюбинген, в 2005 г. и рефендариат при земельном суде г. Штутгарта в 2007 г.

С 2008 г. работал 4 года адвокатом в юридической фирме со специализацией на коммерческое право, а также строительство и недвижимость.

С 2012 г. работает юристконсультантом (Legal Counsel) в правовом департаменте Медиа-Сатурн-Холдинг ГмбХ, Ингольштадт (принадлежат в т.ч. торговые сети Медиа Маркт и Сатурн, а также онлайн-ритейлеры Redcoon и 003.ru.), отдел права недвижимости (Real Estate Law). К основным задачам отдела относится правовая поддержка при заключении и администрировании договоров с девелоперами и арендодателями, подрядчиками, маклерами, а также при решении других вопросов недвижимости во всех странах присутствия вышеупомянутых сетей, в первую очередь в Германии, странах Бенилюкса, России, Швеции, Венгрии и Польши.

nemzov@gmail.com

nemzov@media-saturn.com

Некоторые способы обеспечения прав кредиторов в законодательстве ФРГ

Einige Instrumente der Kreditsicherheiten in Deutschland

*Автор: Эрика Киндсфатер
(при поддержке соавторов Юлии Алейник и Марии Соваковой)
Autorin: Erika Kindsvater
(mit Unterstützung von Julia Aleynik und Maria Sovakova)*

Der folgende Beitrag stellt eine kurze Übersicht über einige Möglichkeiten, welche von dem deutschen Recht zwecks Sicherung der Waren- oder Geldkredite gewährt werden. Insbesondere wird auf die Globalzession und den verlängerten Eigentumsvorbehalt eingegangen, da diese rechtlichen Konstruktionen zum einen oft in der Praxis Anwendung finden, und zum anderen für einen russischen Juristen auf Grund einiger Unterschiede in der Gesetzeslage von Interesse sein dürften. Um einen umfassenderen Einblick in die rechtlichen Regelungen der Kreditsicherheiten zu gewinnen, empfiehlt es sich die im Beitrag angegebenen Fundstellen zu analysieren.

I. Введение

В рамках финансирования (денежного или товарного), как правило, встает вопрос о возможных и эффективных способах обеспечения обязательств кредитора. На практике при этом встречаются как личные обеспечительные инструменты (например, поручительство) так и вещные (например, залог). Данная статья представляет краткий обзор о правовых инструментах законодательства ФРГ, без которых невозможно осуществление предпринимательской деятельности (способы обеспечения обязательства, связанные с недвижимым имуществом, не являются предметом статьи).

II. Право залога

1. Право залога на вещи

а. Предмет залога

Согласно § 1204 Гражданского уложения ФРГ (*Bürgerliches Gesetzbuch*, ГГУ)¹ право залога (*Pfandrecht*) – это вещное право на чужую движимую вещь, которое служит цели

¹ Текст ГГУ на немецком и английском языках: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>. См. также русский перевод: Гражданское уложение Германии, 4-ое издание, 2015. Цитируемые статьи без указания закона, являются статьями Гражданского кодекса.

обеспечения исполнения обязательств. В качестве предмета залога может рассматриваться также совокупность вещей, например, товарный склад с меняющимся составом запасов. В этом случае стороны должны договориться о том, что товары, которые отчуждаются в рамках обычного товарооборота, «выпадают» из залога, а вновь приобретенные вещи охватываются правом залога, как только они попадают во владение кредитора.

Если стороны договариваются о «залоге предприятия» (*Unternehmenspfand*), то следует иметь в виду, что недвижимое имущество или «гудвилл» не могут быть заложены. В связи с этим в данном случае следует проверить, в какой мере возможно иное толкование действительности залога отдельных вещей или отдельных прав².

Право залога распространяется также на продукцию заложенной вещи (*Erzeugnisse*), § 1212. Продукцию следует отличать от плодов (*Früchten*), которые включают в себя как продукцию, так и доходы от вещи на основании каких-либо правоотношений, § 99 п. 1 и 3. Последние не охватываются правом залога, если стороны не достигли иного соглашения (например, в случаях сдачи в аренду заложенной вещи, требование уплаты арендной платы не подлежит передаче в залог).

Право залога может быть установлено таким способом, при котором залогодержатель вправе извлекать пользу (*Nutzungen*, § 100) из предмета залога, § 1213. Пользование при этом уменьшает объем обеспечиваемого требования, § 1214.

в. Передача залоговой вещи

Условиями возникновения права залога являются совместное волеизъявление установить право залога и передача вещи (§ 1205), при этом последовательность данных шагов не имеет значения. Если должник (*Schuldner oder Pfandgeber*) не является непосредственным владельцем вещи, то он может передать её в залог посредством уступки права требовать возврата вещи, § 1205 п. 2. При этом необходимо уведомить о залоге непосредственного владельца (*unmittelbarer Besitzer*).

Передача вещи может также осуществляться посредством предоставления права совместного владения, (1) если вещь находится на совместном хранении (*Mitverschluss*, то есть если доступ к заложенной вещи может быть обеспечен только посредством взаимодействия кредитора (*Pfandnehmer*) и должника), или в случае нахождения вещи во владении третьего лица, (2) если возврат вещи может осуществляться только совместно собственнику и кредитору, § 1206. Так как закон требует такого совместного действия кредитора и должника, достаточно, например, передать во владение товарный склад (объект залога), к которому у залогодателя нет самостоятельного свободного доступа.

² RGZ 68, 49.

с. Обеспечиваемое требование

Право залога является зависимым (акцессорным) по отношению к основному требованию и не может передаваться независимо от него, § 1250. Оно прекращается вместе с основным требованием, для которого оно установлено, § 1252. Если основное требование не исполняется, право залога распространяется на требование о взыскании убытков. Возможно установление права залога на будущие вещи (посредством установления заранее согласованного волеизъявления сторон), если требование является как минимум определенным (*bestimmbar*). Для этого достаточно общей формулировки, как например, правом залога обеспечиваются «все настоящие и будущие требования» кредитора по отношению к конкретному должнику³, или «все требования кредитора, вытекающие из текущих деловых связей». При этом если обеспечиваемое требование теряет силу за давностью, то право залога тем самым не затрагивается (§ 216 п. 1⁴).

d. Объем гарантии залога

Залог обеспечивает требование в том его состоянии, в котором оно находится, в особенности с учетом процентов и неустоек, § 1210 п. 1. Настоящее положение закона является диспозитивным и действует, если стороны не договорятся об ином. Если собственник закладывает вещь в качестве обеспечения долга третьего лица, третье лицо не вправе увеличивать объем долга и связанную с ним ответственность. Залогом обеспечиваются также требования залогодержателя о возмещении расходов, которые подлежат возмещению залогодержателю в случае расторжения договора, судебные расходы, а также расходы, связанные с продажей на публичных торгах, § 1210 п. 2. К судебным расходам относятся, например, расходы, возникшие в связи с предъявлением иска к должнику.

e. Приоритет

При определении приоритета права залога перед другими залоговыми правами, имеющими сделочную природу или установленными в силу закона, определяющим является момент установления права залога. Это даже в том случае, когда залог устанавливается для обеспечения будущего требования или требования под условием, § 1209. Из этого общего правила может быть сделано исключение только в случае добросовестного приобретения (*gutgläubiger Erwerb*) права залога, § 1208 и § 366 п. 2 Торгового Уложения ФРГ.⁵

f. Права залогодержателя

Кредитор вправе удовлетворить свое требование посредством реализации вещи. Дополнительно ему может быть предоставлено право пользования предметом залога

³ BGN WM 2005, [1076](#).

⁴ § 216 абз. 1 «Истечение срока предъявления требования, для которого (...) установлено право залога, не препятствует кредитору в удовлетворении требований за счет обремененной вещи».

⁵ Текст Торгового уложения (Handelsgesetzbuch, HGB) на немецком: <http://www.gesetze-im-internet.de/hgb/>.

(*Nutzungen*), § 1213. Если вещи угрожает гибель или существенное уменьшение стоимости, залогодержатель вправе продать предмет залога на публичных торгах, § 1219. Это происходит в том случае, когда первоначальная стоимость вещи, находящейся в залоге, на две трети меньше обеспечиваемого требования в его объеме на настоящий момент (включая проценты и неустойку, ср. § 1210 абз. 1). Увеличение объема требования посредством начисленных процентов или ущербом от просрочки не выполняет предпосылок § 1219. Если права залогодержателя нарушены, то ему предоставляются такие же права защиты, как и собственнику, § 1227. Например, в случае лишения владения (*Besitzentziehung*) он вправе истребовать вещь (§ 985, § 986) или реализовать «право на самопомощь» (*Selbsthilferecht*), § 859. При препятствовании владению (*Besitzstörung*) ему предоставляются права, предусмотренные в § 1004 и §§ 858, 862, 869.

Если залогодатель и должник не совпадают в одном лице, то после удовлетворения право требования переходит к залогодателю, § 1225.

g. Возражения залогодержателя (*Einreden*)

Если залогодатель и должник не совпадают в одном лице, залогодатель вправе заявить залогодержателю возражения против предъявляемых требований, которые предоставлены законодательством личному должнику, например, возражения об отсрочке, § 1211. Кроме того, залогодатель вправе сослаться на такие возражения, которые предоставляются поручителю согласно § 770. Он вправе таким образом отклонить требования кредитора, пока должнику предоставлено право оспорить основной договор или пока кредитор вправе удовлетворить свои требования посредством заявления о зачете (или согласно судебной практике пока у должника существует право на зачет требований с кредитором). Сюда также относятся такие возражения должника как право требовать уменьшения цены (*Minderung*, § 441) или договорное (§ 346) или вытекающие из закона (§§ 437 № 2, 323, 324) право отказаться от договора (*Rücktrittsrecht*).⁶

Залогодатель не утрачивает права на возражения, предусмотренные § 1211 абз. 1, если личный должник от них отказывается (абз. 2).

h. Добросовестность

Добросовестность (*Gutgläubigkeit*) отсутствия более ранних вещных прав на вещь, находящуюся в залоге, обеспечивается § 1208. Указанной нормой охватываются как случаи установления залога собственником, так и неуправомоченным лицом. Наличие добросовестности учитывается также при приоритете права залога. Согласно § 935 абз. 1 добросовестное приобретение права залога не наступает, если вещь, передаваемая в залог, была утрачена собственником против его воли.

⁶ BeckOK BGB/Sosnitza BGB § 1211 Rn. 8.

2. Залог прав

На залог прав (*Pfandrecht an Rechten*) распространяются положения о залоге движимых вещей, если иное не следует из §§ 1274 – 1296, при этом, в частности, исключено применение § 1208 (добросовестное приобретение первой очередности). Установление права залога на право осуществляется на основании положений, которые действуют для передачи прав, и невозможно, если право не является передаваемым (например, некоторая часть трудового дохода), § 1274.

Право залога на права, которые возникнут в будущем, возникает в тот момент, когда такое право начинает существовать.⁷ Однако необходимо, чтобы в момент согласования воли сторон относительно установления права залога, закладываемое право могло быть как минимум определенным (*bestimmbar*). Залогодатель, как правило, может распоряжаться заложенными правами.⁸ Так, он вправе, например, передавать заложенное право или установить дальнейшие обременения. Однако такое право на распоряжение ограничено § 1276, согласно которому для прекращения и изменения права необходимо получить одобрение залогодержателя, если такие действия могут привести к возникновению ущерба на стороне залогодержателя.

III. Поручительство

1. Общие положения

Согласно § 765 п. 1 поручитель (*Bürge*) путем заключения договора о поручительстве (*Bürgschaftsvertrag*) обязуется перед другой стороной договора гарантировать исполнение обязательства третьего лица (основного должника). Поручительством могут обеспечиваться также будущие обязательства или обязательства под условием.

Объем долга поручителя устанавливается в зависимости от основного обязательства, § 767. Если объем основного требования увеличивается вследствие виновности или просрочки основного должника, обязательство поручителя также увеличивается. Поскольку это правило является диспозитивным, поручитель вправе ограничить размер своего долга в договоре. Охватывается ли поручительством неосновательное обогащение (например, право требования возврата уплаченного при недействительности договора займа), определяется посредством толкования договора о поручительстве. Необходимо установить, поручается ли поручитель в отсутствие руководства личным интересом или как предприниматель, действующий в своем интересе.⁹ Во втором случае поручительством охватываются также случаи неосновательного обогащения.

Для заявления о принятии на себя поручительства необходимо соблюдение письменной формы, § 766. Предприниматели, однако, вправе в соответствии с § 350 Торгового Уложения ФРГ договориться без соблюдения формы. Недостаток несоблюдения предписанной формы может быть устранен, если поручитель

⁷ BGH ZIP 2008, 380.

⁸ BeckOK BGB/Sosnitza BGB § 1276 Rn. 1.

⁹ BGH NJW 1987, 2077.

удовлетворяет требование кредитора, за исполнение которого он взял на себя ответственность.

2. Правоотношения

а. Правоотношения кредитора и поручителя

Поручитель вправе заявлять кредитору возражения, которые законодатель предоставляет для должника по основному требованию, § 768 п. 1. Данное право поручителя сохраняется, даже если должник отказывается от всех своих возражений (п. 2). Он вправе также отклонить требования кредитора, пока должнику предоставлено право оспорить основной договор или пока кредитор вправе удовлетворить свои требования посредством заявления о зачете, § 770. Если у должника существует право на зачет требований с кредитором, поручителю предоставляется право отказать в исполнении, § 273. Кроме того он может отказать в удовлетворении требований должника до того момента, пока тот не исчерпал свои правовые возможности принудительного исполнения требования должником, § 771. Данное возражение, однако, исключено в некоторых случаях (§ 773), в частности, если по отношению к должнику открыт процесс банкротства. Также поручитель может отказаться от данного возражения, а лицам, осуществляющим предпринимательскую деятельность, данное возражение не предоставляется, если поручительство для них является деловой операцией, § 349 Торгового Уложения ФРГ.

Особенным случаем является предоставление так называемого «поручительства по первому требованию»¹⁰ (*Bürgschaft auf erstes Anfordern*). Поручитель обязуется удовлетворить требование кредитора без промедления и без возражений, как только к нему поступит требование об удовлетворении. Все права и возражения возможны только после выплаты кредитору денежных средств (например, если требование кредитора было неправомерным).

в. Правоотношение должника и поручителя

В отношениях между поручителем и должником имеется, как правило, поручение по смыслу §§ 662-674 (*Auftrag*) или возмездный договор ведения дел по смыслу § 675 (*Geschäftsbesorgungsvertrag*). Если поручитель при выполнении поручения осуществляет расходы, которые он может рассматривать в качестве необходимых при соответствующих обстоятельствах, он имеет право требования к должнику на возмещение таких расходов в соответствии с § 670. Если поручитель исполняет требование кредитора, право требования кредитора (к должнику) переходит к исполнившему поручителю в силу закона в соответствии с § 774 п.1. Поручитель вправе отказаться от осуществления как права требования выплаты компенсации, так и права регресса таким образом, что заявление о принятии на себя поручительства следует рассматривать в качестве обязательства обещания дарения (согласно § 518 п. 1 требует

¹⁰ BGH NJW 1997, 1437; NJW 2002, 3171.

особой формы) при условии, что стороны согласились на безвозмездность.¹¹ Такой отказ от права не следует, однако, рассматривать как следствие того, что поручительство принимается лицом «по дружбе».¹²

с. Множественность на стороне обеспечителя

Правоотношение между множеством поручителей регулируется § 426 п. 1. Поручители являются солидарными должниками (*Gesamtschuldner*) в равных долях в отношениях между собой (если не оговорено иное). Если отсутствует возможность потребовать от солидарного должника часть долга, причитающуюся ему, то такая соответствующая часть подлежит распределению между другими обязавшими себя должниками. Если кредитор, например, взыскал с одного из поручителей сумму в размере 15 000 евро (В1), выплативший 15 000 евро поручитель (В1) вправе требовать компенсацию в размере 10 000 евро от сопоручителей В2 и В3. Если В3 является неплатежеспособным, В1 вправе потребовать от В2 выплату суммы в размере 5 000 евро + 2 500 евро, причем компенсация от В3 может быть выплачена, когда этот поручитель позже снова станет платежеспособным.

Интересна ситуация, при которой обеспеченное поручительством право требования кредитора в отношении должника обеспечено еще и залогом. Согласно положениям закона право требования кредитора переходит на поручителя, если последний удовлетворил требование кредитора, § 774 п. 1. Соответствующее правовое регулирование (§ 1225) имеет место и в случае с залогодателем, если он удовлетворяет требование кредитора. Так как право требования переходит лицу, осуществляющему выплату, вместе с обеспечительными правами, создается правомочие для такого лица компенсировать произведенное кредитору удовлетворение (выплату денежных средств) в *полном* размере из других обеспечительных мер. Таким образом, возникает такое правовое положение, при котором обеспечитель, который первым произвел удовлетворение требований кредитора, вправе в порядке регресса потребовать от других обеспечителей компенсацию в *полном* размере (так наз. «Состязание обеспечителей» - нем. „*Wettlauf der Sicherungsgeber*“). Верховный Федеральный Суд (*Bundesgerichtshof, BGH*)¹³ решает эту проблему соответствующим применением § 426 п. 1.¹⁴

3. Противоречие договора поручительства «добрым нравам» (*Sittenwidrigkeit*)

Согласно судебной практике ВФС несоответствующий добрым нравам договор поручительства может иметь место, когда в качестве поручителя выступает лицо, эмоционально связанное с должником (“*persönlichen Nähebeziehung*”, то есть, которое соглашается на поручительство по причине существующего «личного близкого отношения»), а принятие поручителем на себя долга ведет к возникновению его

¹¹ BGH WM 1976, 1053.

¹² BGH NJW 2000, 1643.

¹³ www.bundesgerichtshof.de.

¹⁴ BGH NJW 1989, 2531; NJW 2009, 437.

«вопиющей чрезмерной финансовой нагрузки»¹⁵ („*krasse finanzielle Überforderung*“). Эмоциональная связь с должником предполагается, в частности, между супругами, детьми и родителями, сестрами и братьями должника, при этом не является существенным обстоятельством наличие или отсутствие у них предпринимательского опыта.¹⁶ Такая «нагрузка» имеет место при несоответствии платежеспособности поручителя с объемом принятой обязанности. Такая ситуация *предполагается*, когда уже при заключении договора поручительства стороны должны были исходить из того, что поручитель при предъявлении кредитором требования об исполнении обязательства вероятно не будет в состоянии с помощью собственного дохода и имущества продолжительный период выплачивать текущие проценты.¹⁷ Для оценки следует обращаться к имущественному состоянию поручителя в момент принятия на себя поручительства и задаться вопросом, каково будет имущественное состояние в момент предъявления требования об исполнении обязательства¹⁸ (рассматривается также *ex post*).

4. Правовые нормы касательно «делок на дому» (*Haustürgeschäfte*)

Особенную защиту предоставляет закон потребителю при заключении так называемых «делок на дому», которые представляют собой договоры, заключаемые между потребителем (*Verbraucher*) и предпринимателем (*Unternehmer*) вне помещения, где предприниматель осуществляет свою деятельность, § 312b. Сделка на дому – это договор, который

1. заключается при одновременном присутствии потребителя и предпринимателя в одном месте, которое не является местом осуществления предпринимательской деятельности;
2. для заключения которого потребитель в обстоятельствах, указанных в пп. 1, делает оферту;
3. заключается в месте осуществления предпринимательской деятельности или с использованием средств связи и при этом до заключения состоялся личный и индивидуальный разговор с потребителем вне места осуществления предпринимателем своей деятельности, или
4. заключается в рамках выездной рекламной кампании, организованной предпринимателем или с его помощью с целью предложения потребителю товаров и услуг и заключением соответствующих договоров.

Законом предусмотрено наличие у потребителя права отзыва в «сделках на дому»¹⁹. Такие правила применимы и в отношении договора поручительства между потребителем

¹⁵ BGH NJW 1994, 1726; NJW 2009, 2671.

¹⁶ BGH NJW 2000, 1182.

¹⁷ BGH NJW 2001, 815.

¹⁸ BGH NJW 2005, 971.

¹⁹ § 355 (срок отзыва составляет 14 дней).

и предпринимателем, причем наличие у должника характеристики потребителя не имеет значения.²⁰

IV. Обеспечительная передача имущества

1. Общие положения

Обеспечительная передача имущества (*Sicherungsabtretung*) представляет собой договоренность, посредством которой должник в качестве обеспечения долга передает право собственности на движимую вещь кредитору, а кредитор обязуется вернуть это право должнику после погашения долга (или стороны могут согласовать автоматический переход права собственности обратно к должнику после исполнения обязанности). Такая обеспечительная передача имущества не является акцессорным обеспечительным обязательством²¹ и не требует в сравнении с правом залога передачи вещи лицу, которое принимает обеспечение²². В соглашении сторон об обеспечении обязательства предоставляющее обеспечение лицо (*Sicherungsgeber*) обязуется, в том числе, обращаться с предоставленным в качестве обеспечения имуществом заботливо и застраховать его в достаточном объеме. Принимающее обеспечение лицо (*Sicherungsnehmer*) приобретает, таким образом, собственность на предоставленное в качестве обеспечения имущество, и если оно распоряжается этим имуществом, такая сделка является действительной (даже если при этом нарушены обязанности из внутренних правоотношений с обеспечителем).

2. Принцип определенности (*Bestimmtheitsgrundsatz*)

Предоставленным в качестве обеспечения имуществом может выступать также совокупность вещей, например, склад товаров. В таких случаях возникают проблемы с идентификацией предоставленного в качестве обеспечения имущества, так как состав товаров меняется в непрерывном процессе сбыта и поступления товаров.

Условия принципа определенности выполняются, когда по внешним признакам для любого третьего лица, которое знает о договоренностях сторон, без сомнений очевидно, какие индивидуально определенные вещи переданы в обеспечение.²³ Достаточной является, например, договоренность, согласно которой вещи (предоставленное в качестве обеспечения имущество) особым образом отмечены (например, с помощью маркировки или таблички²⁴), или все предметы, находящиеся в определенном помещении (или перемещаемые туда) передаются в собственность в качестве обеспечения.²⁵

²⁰ BGH NJW 2007, 2110.

²¹ Стороны, однако, могут связать обеспечительную передачу имущества с возникновением или прекращением обеспеченного права требования (условие).

²² § 930 и § 931.

²³ NJW-RR 2012, 689.

²⁴ BGH NJW 1992, 1161.

²⁵ BGH NJW 1996, 2654.

Принцип определенности, напротив, не соблюдается, когда переданное в качестве обеспечения имущество определяется данными о стоимости (например, товары со склада стоимостью 10 000 евро) или данными о количестве в процентах или числах (например, 10 000 штук). Кроме того, требование определенности не соблюдается в случае, когда для индивидуализации переданного в качестве обеспечения имущества следует обращаться к обстоятельствам, лежащим вне рамок договора (например, товарным книгам или счетам).

3. «Чрезмерное обеспечение» (*Übersicherung*)

«Чрезмерное обеспечение» может иметь место как с самого начала отношений, так и возникнуть позднее. Речь в данном случае идет о несоответствии между стоимостью имущества, переданного в качестве обеспечения, и стоимостью обеспеченного этим требования. К чрезмерному обеспечению может привести, например, передача в качестве обеспечения товаров на складе, состав которых меняется, если размер обеспеченного требования (т.е. долг) уменьшается в результате последовательного исполнения, в то время как состав склада (переданного в качестве обеспечения имущества) в целом остается неизменным. Если имеет место такое чрезмерное обеспечение, действительность договоренности сторон об обеспечении и передача права собственности не ставятся под вопрос,²⁶ однако, возникает право требования должника в отношении лица, которое принимает обеспечение, на освобождение (*Freigabe*) от более не требуемого обеспечения (или его части). Такое право требования на освобождение подтверждается судебной практикой также в случае, если договоренность о передаче права собственности на движимое имущество была заключена в форме, которая была заранее и односторонне сформулирована лицом, получающим обеспечение (например, формуляры банка). *Подразумевается*, что граница соотношения долга и стоимости переданного в обеспечение имущества превышена, если рыночная стоимость такого имущества превышает 150% от размера обеспеченного требования к моменту требования об освобождении.²⁷

4. Противоречие договора об обеспечении «добрым нравам» (*Sittenwidrigkeit*)

Должнику необходимо предоставить некую свободу экономической деятельности таким образом, что он остается в состоянии, при котором возможно удовлетворение требований других кредиторов.²⁸

V. Глобальная цессия

Термин «глобальная цессия» (*Globalzession*) означает уступку большого количества существующих и будущих прав требования путем заключения одного договора между cedentом (*Zedent*) и цессионарием (*Zessionar*). Имеющиеся в наличии права требования

²⁶ BGHZ 137, 212.

²⁷ BGHZ 137, 212.

²⁸ BGHZ 19, 12.

переходят цессионарию в момент заключения договора, а будущие – в момент их возникновения.

Так как таким образом права должника в отношении третьих лиц консолидируются в большом количестве, существует уже обозначенный²⁹ риск «чрезмерного обеспечения». Аналогичным образом это может привести к чрезмерному ограничению экономической деятельности должника. Так как уступленные права требования должника в отношении третьих лиц не могут быть использованы в пользу новых кредиторов в качестве обеспечения (даже тогда, когда цессионарий более не нуждается в них как в обеспечении).

VI. Продленная оговорка о сохранении права собственности

1. Общие положения

При продаже и поставке товара с оговоркой о сохранении права собственности (*Eigentumsvorbehalt*) стороны бывают заинтересованы в том, чтобы товар был перепродан еще во время действия данной оговорки. При последующей продаже добросовестным конечным приобретателям продавец вещи теряет свое право собственности на вещь и возникает право требования возмещения убытков по отношению к его контрагенту (первому покупателю). Чтобы избежать таких правовых последствий, стороны могут договориться о применении *продленной* оговорки о сохранении права собственности (*verlängerter Eigentumsvorbehalt*), согласно которой покупатель вещи уполномочивается на последующее ее отчуждение «в рамках добросовестного ведения делового оборота» („*im Rahmen des ordnungsgemäßen Geschäftsgangs*“), и уступает продавцу в качестве обеспечения свои права требования к конечным покупателям, возникающие из такой последующей продажи. Последующая продажа выходит за рамки добросовестного ведения торгового оборота, если, например, покупатель производит зачет с конечным приобретателем по существующим обязательствам.³⁰ Права требования, уступленные продавцу вещи в качестве обеспечения, должны быть, как минимум, индивидуализированы.

Проблематичным является случай, при котором покупатель вещи и конечный приобретатель исключают в своей договоренности уступку прав требований, касающихся оплаты товара. Если продавцу (собственнику товара) тем самым создаются препятствия для цессии, дальнейшее отчуждение купленной вещи не допускается.³¹

2. «Чрезмерное обеспечение» (*Übersicherung*)

Если (предварительно) уступленные права требования значительно превышают стоимость приобретенной вещи, имеет место чрезмерное обеспечение со стороны продавца. Недействительность продленной оговорки о сохранении права собственности может быть устранена путем заключения соглашения об освобождении (части)

²⁹ См. IV 3.

³⁰ BGB Kommentar Staudinger/Beckmann Rn 134.

³¹ BGHZ 40, 156, 162.

имущества (то есть прав требований покупателя к конечным приобретателям) от обеспечения по мере удовлетворения долга перед продавцом.³² Если такое соглашение отсутствует, право требования покупателя к продавцу об освобождении тем не менее существует в случаях, если договоренность о предоставлении продленной оговорки была заранее и односторонне сформулирована лицом, получающим обеспечение. В данном случае применяются положения судебной практики касательно передачи обеспечительных прав на товарный склад с меняющимся составом товаров.³³

3. Несостоятельность покупателя вещи

В рамках банкротства покупателя вещи продавец имеет преимущественное право на выделение прав требований к конечным приобретателям из имущества несостоятельного должника в счёт погашения долга (§ 51 п. 1 Положения о несостоятельности).³⁴

VII. Коллизия между продленной оговоркой о сохранении права собственности и глобальной цессией

На практике должник имеет, как правило, несколько правоотношений со многими поставщиками или кредиторами, которые настаивают на обеспечении своих прав и требований, что часто приводит к коллизиям между правами лиц, принимающих обеспечение.

1. Доктрина о нарушении договора (*Vertragsbruchlehre*)

На практике часто встречались случаи, при которых согласованная с банком глобальная цессия по причине существования принципа приоритета приводила к приоритету требований банка, так что продавец вещи оставался ни с чем, несмотря на договоренность с покупателем о продленной оговорке. Судебная практика развила в связи с этим т.н. доктрину о нарушении договора, в соответствии с которой по времени предварительно согласованная с банком глобальная цессия может противоречить «добрым нравам» (*die guten Sitten*) и быть, таким образом, ничтожной³⁵, § 138. Противоречие имеет место когда получатель кредита банка позднее покупает товар в соответствии с договоренностью о продленной оговорке о сохранении права собственности, а продавца (поставщика) при этом неизбежно вводит в заблуждение, так как он не может передать поставщикам будущие права требования из последующей продажи поставленного товара в отношении конечного приобретателя. Кроме того, банк часто осведомлен о том факте, что его клиент, как правило, приобретает товар в соответствии с продленной оговоркой о сохранении права собственности (субъективный элемент), в особенности, если такой тип покупки для клиента банка является типичным в соответствующей отрасли.

³² BGHZ 94, 105.

³³ NJW 1998, 671.

³⁴ Insolvenzordnung (InsO). Текст на немецком и английском языках: www.gesetze-im-internet.de/inso/index.html.

³⁵ BGH NJW 1959, 1533.

Правовое последствие нарушения добрых нравов заключается в том, что не происходит смены кредиторов в соответствии с глобальной цессией, покупатель вещи остается и далее кредитором требования в отношении конечного приобретателя и вправе уступить его продавцу вещи в качестве обеспечения. Если тем не менее банк заявляет такое требование и удерживает денежные средства, возникает право требования продавца вещи (как управомоченного) из неосновательного обогащения в отношении банка.³⁶

2. Избежание коллизии путем определения содержания и формы договора

Противоречие обычаям и недействительность глобальной цессии могут быть устранены путем определенного содержания и формы договора. Это происходит с помощью включения договоренности в договор цессии, в соответствии с которой будущие права требования из последующей продажи товаров охватываются глобальной цессией только тогда, когда продленная оговорка о сохранении права собственности исключена (т.н. вещная оговорка о частичном отказе, *dingliche Teilverzichtsklausel*). Покупатель вещи остается, таким образом, в состоянии исполнить свои обязательства перед продавцом вещи.

Об авторе:

Ерика Киндсфатер, адвокат



Работает с 2013 года в Юридической фирме «ЮСТ» (г. Москва), где специализируется на консультировании клиентов по вопросам вступления иностранного бизнеса на российский рынок и вопросам предпринимательской деятельности и частных инвестиций в Германии, Австрии, Швейцарии. Выпускница Вестфальского Университета имени Вильгельма, юридический факультет (г. Мюнстер, Германия). Член Адвокатской Палаты г. Дюссельдорф.

Контактная информация: 119002, Москва, пер. Сивцев Вражек, 43
тел. +7 (495) 795-08-44 | факс +7 (499) 241-19-48

Email: kindsvater@yust.ru



³⁶ BGHZ 72, 316.

О соавторах:

Мария Совакова, юрист



Работает с 2014 года в Юридической фирме «ЮСТ» (г. Москва).
Выпускница Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова, юридический факультет. Специализируется на консультировании по вопросам: недвижимость, строительство, земельное право, договорное право.

Контактная информация: 119002, Москва, пер. Сивцев Вражек, 43
тел. +7 (495) 795-08-44 | факс +7 (499) 241-19-48

Email: sovakova@yust.ru



Юлия Алейник, помощник юриста



Работает с 2014 года в Юридической фирме «ЮСТ» (г. Москва).
Выпускница международно-правового факультета МГИМО (У) МИД России (бакалавр), студентка магистратуры МГИМО (У) МИД России по программе «Международное частное и гражданское право». Проходила стажировку на юридическом факультете Свободного университета Берлина. Участвует в рабочих группах по вопросам российского корпоративного, гражданского права, международного частного права, международного коммерческого арбитража.

Контактная информация: 119002, Москва, пер. Сивцев Вражек, 43

тел. +7 (495) 795-08-44 | факс +7 (499) 241-19-48



Основы немецкого деликтного права

Grundlagen des deutschen Deliktsrechts

Александр Шмагин (Alexander Shmagin)

Der Beitrag liefert einen Überblick über die Grundlagen des deutschen Deliktsrechts. Er hat zum Ziel, die Leser mit den Besonderheiten des deutschen Rechts vertraut zu machen. Zunächst werden das System und der Aufbau der deliktischen Schutzes in Deutschland dargestellt. Desweiteren geht der Autor auf die zentralen Vorschriften der §§ 823 ff. BGB ein. Am Ende wird auf die Frage der Gefährdungshaftung eingegangen. Im Beitrag werden stets die rechtsvergleichenden Parallelen zum russischen Deliktsrecht erörtert, um die Unterschiede in der Regulierung und im Schutzzumfang aufzuzeigen.

I. Введение

Система немецкого деликтного права (Deliktsrecht) представляет собой один из центральных институтов частного права, который вместе с правом из неосновательного обогащения связывает обязательственное право с вещным. За более чем столетнюю историю с момента вступления Германского гражданского уложения (далее – ГГУ) в силу оно претерпело много изменений и дополнений в деталях, но его система и заложенные принципы существуют до сих пор. В рамках данной статьи мы попытаемся продемонстрировать его особенности и отличительные черты, которые отличают его от российской модели, закрепленной в Гражданском кодексе РФ (далее – ГК РФ).

Отправной точкой является известный из римского права принцип, согласно которому собственник несет причинённый его вещи вред (*casum sentit dominus*). Данный принцип отражает обычное течение событий: кому принадлежит вещь, то и несёт последствия её повреждения. Этому принципу противостоят нормы деликтного права, перекладывая в качестве исключения ответственность на иное лицо.

Основанием переноса ответственности и, соответственно, центральным элементом всего деликтного права является вопрос вменения (*Zurechnung*).¹ Когда и в каких случаях ответственность за причиненный вред вменяется иному лицу, зависит не только от установленных законодателем условий привлечения к ответственности, но и господствующих в обществе представлений о возмещении вреда и существующих традиций.

Отталкиваясь от вопроса вменения, в немецком деликтном праве можно различить два вида норм: ответственность за противоправное и виновное поведение (*Haftung für rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten*), с одной стороны, и ответственность за

¹ *Deutsch/Ahrens, Deliktsrecht, 5. Auflage 2009, Rn. 1; Fuchs, Deliktsrecht, 7. Auflage 2009, S. 1.*

пользование источниками повышенной опасности (*Gefährdungshaftung*), с другой стороны.

Вначале мы остановимся на особенностях системы немецкого деликтного права (II.), а затем разберём центральные нормы и сферу их регулирования (III.)

II. Особенности системы деликтного права

1. Отказ от генерального деликта

В отличие от российского деликтного права² немецкий законодатель отказался от концепции генерального деликта, под которым понимается введение общей ответственности за причинения вреда любым имущественным интересам в результате противоправного и виновного деяния.³

Вместо этого немецкий законодатель сделал выбор в пользу смешанной концепции из (относительно) чётких составов правонарушений и трёх «малых общих норм» (*drei kleine Generalklauseln*), которые должны заполнять образующиеся пробелы.

Согласно первой из них, § 823 п. 1 ГГУ, предусматривается ответственность за виновное и противоправное нарушение названных в статье правовых благ (жизнь, здоровье, тело, свобода и собственность). Вторая, § 823 п. 2 ГГУ, предоставляет возможность привлечения к ответственности в случае нарушения защитного⁴ закона (*Schutzgesetz*). Третья общая норма закреплена в § 826 ГГУ и предусматривает ответственность нарушителя за причинения вреда способом, противоречащим добрым нравам (*gute Sitten*).

Основным отличием такого подхода от введения генерального деликта является ограничение круга защищаемых объектов. Возмещение ущерба предусмотрено при нарушении абсолютных прав, например, права собственности (на вещь), в то время как другие объекты, не обладающие абсолютным характером, например, право требования, деликтным правом не защищаются.⁵ В результате из-под защиты деликтного права исключаются случаи неосторожного причинения имущественного вреда, который не является следствием нарушения правового блага. Данный имущественный вред защищается в качестве исключения в рамках § 823 п. 2 ГГУ (нарушение защитного закона) и § 826 ГГУ (умышленное и недобросовестное причинение вреда), ставящих его в зависимость от дополнительных, более строгих условий. Такое политико-правовое решение немецкого законодателя должно служить в первую очередь защите свободного развития личности и конкуренции, так как в противном случае любое действие участника рынка по продвижению своего продукта приводит к снижению влияния его конкурента, причиняя последнему определенный имущественный вред.⁶ Система с генеральным

² В российском праве такой генеральный деликт закреплён в ст. 1064 ГК РФ.

³ *Grigoleit/Riehm*, Schuldrecht IV, Deliktsrecht und Schadensrecht, München 2011, Kap. 1, S. 4.

⁴ Иногда используется термин «охранительный», см., напр., *Шанн*, Система германского гражданского права, Москва 2006, Вторая часть § 6, С. 133.

⁵ *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, 13. Auflage 1994, § 75 I 3b, S. 386.

⁶ *Grigoleit/Riehm*, (сн. 3), Kap. 1., Rn. 5.

деликтом требует, напротив, введение соответствующих механизмов, ограничивающих действие, чтобы сохранить возможности для проявления свободы и конкуренции.

2. Соотношение договорного и деликтного права

Одним из особенностей немецкого права является наличие непосредственной конкуренции между правами требованиями из договорных и деликтных отношений. Данное параллельное применение объясняется разными направлениями защиты. Если при нарушении договорного обязательства защищается в первую очередь так называемый позитивный интерес (positives Interesse), возникший в результате неисполнения договора, то в деликтных правоотношениях – целостность объекта права (Integritätsinteresse). В результате договорное право защищает имущество контрагента, в то время как деликтное только конкретные абсолютные права. Данные сферы защиты пересекаются друг с другом, что иногда приводит к тому, что действие деликтного права ограничивается, если его применение приведет к потере существующих в договорном праве ограничений защиты, например, в случае более короткого срока исковой давности⁷ или предусмотренных в договоре ограничений ответственности.⁸

В отличие от российского права, где вина причинителя вреда (Verschulden) в обязательственном (ст. 401 п. 2 ГК РФ) и в деликтном (ст. 1064 п. 2 предл. 1 ГК РФ) праве предполагается, в немецком праве она предполагается только в договорных правоотношениях (§ 280 п. 1 предл. 2 ГГУ). При привлечении к ответственности за деликт бремя доказывания (Beweislast) вины лежит по общему правилу на потерпевшем (Geschädigter). В некоторых случаях вина предполагается (§§ 831, 832, 833 предл. 2, 834, 836-838 ГГУ) или наступает без вины (§ 7 п. 1 Закона о дорожном движении,⁹ § 1 Закона о материальной ответственности,¹⁰ § 1 Закона об ответственности изготовителя товаров¹¹ и др.). Также в судебной практике были разработаны случаи, когда бремя доказывания перекладывается на причинителя, так как у потерпевшего нет возможности понять и оценить внутренние процессы причинителя, например, в случае ответственности производителя (Produzentenhaftung)¹².

Помимо этого, к вине стороны в договоре приравнивается вина лиц, помогавших исполнить договор (Erfüllungsgehilfe, § 278 ГГУ), а в деликтном праве вина лиц, действовавших в интересе и следовавших указаниям поручителя (Verrichtungsgehilfe, § 831 ГГУ), не вменяется, а ответственность наступает только за собственные виновные действия при их выборе или при осуществлении контроля за ними.¹³

⁷ BGHZ 66, 315, 319.

⁸ BGHZ 93, 23, 29.

⁹ Straßenverkehrsgesetz (StVG), текст Закона о дорожном движении на немецком языке: www.gesetze-im-internet.de/stvg/.

¹⁰ Haftpflichtgesetz (HaftPflG), Закона о дорожном движении на немецком языке: <http://www.gesetze-im-internet.de/haftpflg/index.html>.

¹¹ Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (ProdHaftG), текст Закона об ответственности изготовителя товаров: www.gesetze-im-internet.de/prodhaftg/.

¹² BGHZ 51, 91, 104.

¹³ Подробнее см. п. III 5 данной статьи.

III. Центральные нормы и сферы их регулирования

К центральным нормам деликтного права относятся в первую очередь упомянутые общие оговорки в § 823 п. 1 ГГУ, § 823 п. 2 ГГУ и § 826 ГГУ. Кроме того, мы кратко представим несколько норм, в которых устанавливаются дополнительные ограничения как в норме об ответственности судебного эксперта (§ 839а ГГУ) или изменяется бремя доказывания (§ 831 ГГУ), а также затронем вопрос регулирования ответственности за вред, причиненный источниками повышенной опасности.

1. § 823 п. 1 ГГУ

Ответственность по § 823 п. 1 ГГУ наступает в случае причинения вреда установленным в статье правовым благам лицом путем совершения противоправного деяния с умыслом или по неосторожности. При этом проверка права требования в деликтном праве следует трёхступенчатой структуры, состоящий из объективного состава, противоправности и вины.¹⁴ Данной структуры мы будем придерживаться и при рассмотрении отдельных условий возникновения ответственности по § 823 п. 1 ГГУ.

a. Нарушение абсолютного права

Согласно § 823 п. 1 ГГУ к объектам защиты относятся жизнь, тело, здоровье, свобода, собственность и иные права. Рассмотрим их в отдельности.

aa. Жизнь

Жизнь как объект права большого практического значения не играет, так как со смертью субъекта прекращается его правоспособность и соответственно возникшее обязательство по нарушению исключительно личного права на жизнь. Права его наследников по возмещению расходов на погребение и определенной ренты в связи с утратой кормильца урегулированы в §§ 844, 845 ГГУ.

bb. Тело и здоровье

Под телесным повреждением понимается любое посягательство на его целостность,¹⁵ а под вредом здоровью – любое недозволенное и с медицинской точки зрения требующее лечения нарушение телесного, душевного состояния или вызов патологического нарушения физического или психического состояния человека.¹⁶ Боль при этом не имеет никакого значения, поэтому, например, отрезание волос признается причинением вреда здоровью.¹⁷ Под данное определение подпадают и психические расстройства, если они установлены в медицинском порядке и выходят за рамки общего жизненного риска.¹⁸

¹⁴ *Wagner*, in: Münchener Kommentar, BGB, 6. Auflage 2013, § 823 Rn. 1.

¹⁵ *Sprau*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 73. Auflage 2014, § 823 Rn. 4.

¹⁶ BGHZ 124, 52, 54; *Spickhoff*, in: Soergel, Großkommentar zum BGB, 13. Auflage 2005, § 823 Rn 38.

¹⁷ AG Köln NJW-RR 2001, 1675.

¹⁸ BGHZ 137, 142, 145; 132, 341, 343.

сс. Свобода

Под свободой понимается в первую очередь свобода передвижения, а не свобода действий в общем смысле слова.¹⁹ Примерами такого нарушения являются в основном очередь любое лишение свободы (незаконный арест, запираение в комнате) или другие способы ограничения передвижения.

dd. Собственность

Под нарушением собственности понимается, прежде всего, нарушение права собственности на конкретную вещь.²⁰ Правомочия собственника закреплены в § 903 ГГУ, поэтому к нарушениям права собственности на вещь относятся в первую очередь любые физические воздействия на вещь, например, разрушение или повреждение вещи.²¹ Кроме того, нарушением признаются любые другие правовые вмешательства в правомочия собственника, например, продажа вещи третьему лицу неуправомоченным лицом или неправомерное применение мер исполнительного производства, например, наложение ареста на вещь, не принадлежащую должнику и т.д. Все другие воздействия, которые не связаны с физическим воздействием на вещь или нарушением права, а затрагивающие возможность пользоваться вещью по своему усмотрению, имеют значение в системе деликтного права только в том случае, если они по своей интенсивности приравниваются к изъятию вещи, то есть собственник полностью лишен возможности пользоваться своей вещью (например, при блокировании корабля в бухте²²). Если же собственник не может пользоваться вещью, как он мог или хотел бы, то здесь речь идёт не о нарушении права собственности, а о нарушении свободы действий, которая деликтным правом не защищается (например, препятствие входу корабля в порт²³). Любые другие вмешательства в право собственности, носящие идеальный или нематериальный характер, например, фотографирование здания с улицы, деликтным правом также не защищены.

Особое место в практике и теории занимает случай повреждения вещи в результате так называемого «пожирающего недостатка» (*weiterfressender Mangel*). Классическим примером такого недостатка является повреждение автомобиля вследствие конструкционного дефекта педали газа.²⁴ В рассмотренном Верховным федеральным судом Германии²⁵ деле собственник автомобиля попал в аварию из-за дефекта педали газа, который заключался в том, что из-за производственного недостатка педаль газа западала и в тот момент, когда водитель отпустил педаль газа, автомобиль не потерял скорость, а набрал её, что привело к аварии. В результате произошедшего автомобиль не

¹⁹ OLG München, OLGZ 1985, 466, 467; *Sprau*, in: Palandt, (сн. 15), § 823 Rn. 6; *Larenz/Canaris*, (сн. 5), § 75 I 3b, S. 356; *Deutsch/Ahrens*, (сн. 1), Rn. 244.

²⁰ BGHZ 41, 123, 125 f; BGHZ 105, 346, 350; *Spindler*, in: BeckOnlineKommentar, BGB, Stand: 01.11.2013, § 823 Rn. 40; *Grigoleit/Riehm*, (сн. 3), гл. 1, С. 12.

²¹ BGHZ 85, 375,381; BGHZ 101, 106, 109.

²² BGHZ 55, 153.

²³ BGHZ 55, 153, 160.

²⁴ BGHZ 86, 256.

²⁵ Bundesgerichtshof (BGH), см. отдельную статью о судебной системе Германии в этом сборнике, с. 351 - 380.

подлежал восстановлению. Требования к продавцу по договору купли-продажи были исключены вследствие истечения срока исковой давности, поэтому собственник подал иск к производителю автомобиля о возмещении ущерба по § 823 п. 1 ГГУ. Верховный федеральный суд признал право собственности на автомобиль нарушенным, так как недостаток автомобиля затрагивал сначала только отдельную часть машины, и потом он распространился на весь автомобиль, буквально «сожрав» его. Особым критерием определения такого недостатка является отсутствие идентичности материала («Stoffgleichheit»)²⁶. Такая идентичность присутствует, если размер возникшего ущерба равен стоимости вещи, которой она обладала в момент приобретения с учётом присутствующего недостатка. Указанная идентичность присутствует в особенности в тех случаях, когда недостаток невозможно или сложно устранить без разрушения самой вещи, например, стоимость дачного домика, построенного из некачественного дерева и непригодного вследствие указанного недостатка для проживания, либо в случаях, когда такой ремонт является экономически неразумным, например, замена встроенной детали превышает расходы на создание вещи. В таких случаях, по мнению суда, речь идёт о нарушении эквивалентного интереса (Äquivalenzinteresse), который подлежит возмещению не в рамках деликтного права, а в рамках договорных отношений. Деликтное же право направлено на возмещение интереса, затрагивающего целостность объекта (Integritätsinteresse).²⁷

В литературе²⁸ справедливо указываются недостатки такого подхода. Помимо отсутствия чётких критериев разграничения случаев нарушения интереса, затрагивающего целостность объекта, судебная практика пытается придать договорным интересам деликтную оболочку.²⁹ Это особо чётко проявляется в тех случаях, когда недостаток обнаруживается до момента «пожирания» вещи, но, например, после истечения срока давности по договорному обязательству. В таком случае у собственника нет права требовать устранения недостатка вещи, как нет и права требовать возмещения вреда по деликтному праву, так как никакого вреда вещи нанесено не было, что ведёт к отсутствию у него мотивации по осмотру вещи на предмет наличия такого недостатка с целью предотвращения наступления бóльшего вреда в результате разрушения вещи.³⁰

е. Иные права

В § 823 п. 1 ГГУ защищаются не только перечисленные в статье права, но и «иные права» („sonstige Rechte“). Учитывая упомянутое нами выше стремление законодателя избежать очень широкой сферы действия деликтного права, толкование данного понятия должно происходить в соответствии с этой целью, поэтому мы не можем относить к иным правам любые субъективные права. В противном случае мы придадим данной норме фактически статус генерального деликта. Поэтому используемое в тексте слово

²⁶ BGHZ 86, 256; BGHZ 179, 157

²⁷ См. подробнее п. II данной статьи.

²⁸ *Wagner*, in: MüKo, (сн. 14), § 823 Rn. 193; *Stoll*, Urteilsanmerkung zu BGH JZ 1983, 499 – Gaszug-Fall, JZ 1983, 501, 502; *Deutsch*, Die neuere Entwicklung in Haftungsrecht, JZ 1984, 308, 311; *Reinicke/Tiedtke*, Stoffgleichheit zwischen Mangelunwert und Schäden im Rahmen der Produzentenhaftung, NJW 1986, 10, 12.

²⁹ *Wagner*, in: MüKo, (сн. 14), § 823 Rn. 193.

³⁰ *Wagner*, in: MüKo, (сн. 14), § 823 Rn. 193.

«иной» мы должны дополнить критерием схожести со всеми остальными упомянутыми в статье правами. Учитывая, что все указанные в статье права носят абсолютный, исключительный характер, то и иные права должны соответствовать такому характеру.³¹

Бесспорно к «иным правам» в понимании § 823 п. 1 ГГУ относятся:

- Ограниченные вещные права (ипотека, поземельный долг, сервитуты и т.д.);
- Ожидаемое абсолютное право³² (Anwartschaftsrecht);
- Право членства в юридических лицах и организациях (Mitgliedschaft);
- Авторские и смежные права;
- Право по уходу за ребёнком;
- Общее право личности³³ (allgemeines Persönlichkeitsrecht);
- Право на осуществление организованного и действующего профессионального бизнеса (Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb).³⁴

Последние два примера иного права в понимании § 823 п. 1 ГГУ являются ярким примером развития системы деликтного права судебной практикой. Их включение в состав § 823 п. 1 ГГУ было реакцией практики на произошедшие изменения в обществе с момента вступления ГГУ, в том числе влияние Основного Закона (Grundgesetz)³⁵ на гражданское право.³⁶ Они представляют собой так называемые рамочные права (Rahmenrecht), и отличаются очень широкой сферой действия, поэтому для её ограничения используется особая проверка противоправности деяния.³⁷

Спорным является вопрос, в какой степени владение (Besitz) как фактическое состояние господства над вещью, а не право, попадает под защиту § 823 п. 1 ГГУ. Такая защита признается, по общему мнению³⁸, относительно правомочного владения, так как оно обладает признаками абсолютного права: владелец может пользоваться вещью в рамках предоставленных правомочий по своему усмотрению и обладает возможностью исключать всех третьих лиц, в том числе собственника, от вмешательства во владение (§§ 861, 1007 ГГУ). Спорными являются вопросы защиты неуправомоченного, но добросовестного владельца (unberechtigter redlicher Besitzer),³⁹ опосредованного владельца (mittelbarer Besitzer)⁴⁰ и защиты от совладельцев (Mitbesitzer)⁴¹.

³¹ *Sprau*, in: Palandt, (сн. 15), § 823 Rn. 11; *Spickhoff*, in: Soergel, (сн. 16), § 823 Rn. 86; *Wagner*, in: MüKo, (сн. 14), § 823 Rn. 142.

³² Ожидаемое право появляется у приобретателя в тот момент, когда из требуемого набора условий для перехода права было выполнено столько, что отчуждатель не может в одностороннем порядке предотвратить такой переход. Например, ожидаемое право собственности на вещь возникает в случае покупки вещи в кредит, если по условиям договора покупателю вещь передается в момент заключения договора, а право собственности на вещь переходит только в момент полной уплаты покупной цены.

³³ Подробнее см. *Sprau*, in: Palandt, (сн. 15), § 823 Rn. 83-86.

³⁴ Подробнее см. *Wagner*, in: MüKo, (сн. 14), § 823 Rn. 250-255.

³⁵ Текст Основного Закона Германии на немецком и английском языках: www.gesetze-im-internet.de/gg/.

³⁶ *Spindler*, in: BeckOnlineKommentar, (сн. 20), § 823 Rn. 40.

³⁷ См. подробнее ниже п. III 1 d.

³⁸ BGHZ 137, 89; *Wagner*, in: MüKo, (сн. 14), § 823 Rn. 157; *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, 13. Auflage 2013, Rn. 158.

³⁹ См. подробнее: *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 24. Auflage 2013, Rn. 607.

⁴⁰ *Grigoleit/Riehm*, (сн. 3), гл. 1, С. 15.

⁴¹ *Grigoleit/Riehm*, (сн. 3), гл. 1, С. 15.

в. Деяние

Следующим условием привлечения к ответственности является причинение ущерба деянием. Под деянием (*Handeln*) понимается любое человеческое поведение, которое по общему правилу контролируется сознанием и управляется волей человека.⁴² При этом значение имеет не вопрос, контролировалось ли поведение сознанием и волей действительно в момент причинения вреда, а могло ли оно абстрактно им контролироваться. Например, если кто-то разбил бокал неаккуратным движением, то данное действие является релевантным для деликтного права, так как оно контролируется естественной волей человека. Вопрос, будет ли он нести за это ответственность, уже зависит от других условий, но важно понимать, что даже малолетние дети могут совершать деяния, подпадающие в сферу действия деликтного права.

Бездействие (*Unterlassen*) приравнивается к деянию, если существовала установленная правом обязанность к действию (*Handlungspflicht*).⁴³ Такие обязанности могут вытекать как из закона, так и из так называемых обязанностей по обеспечению безопасности оборота (*Verkehrssicherungspflichten*), которые были выработаны практикой и занимают сейчас центральное место при привлечении к ответственности за бездействие. Основанием для установления таких обязанностей является необходимость контроля над принадлежащими лицу источниками опасности, которые не следует путать с источниками повышенной опасности. Тот, кто создает или поддерживает источник опасности (*Gefahrenquelle*) по отношению к окружающим или управляет им на основании взятого на себя задания, обязан предпринять все доступные и необходимые действия для предотвращения реализации данной опасности.⁴⁴

Попробуем очертить примеры возникновения таких обязанностей по обеспечению безопасности оборота:

- открытие движения или доступа (например, владелец магазина по отношению к посетителям магазина или организатор общественного мероприятия по отношению к гостям);
- владельцы опасных предметов (например, владелец пистолета);
- производитель каких-либо продуктов (например, производитель электрических приборов в отношении изолированности проводов);
- лицо, принявшее на себя определенное задание (например, строительная компания обязана обеспечивать безопасность стройки);
- предваряющее неправомерное поведение (*Ingerenz*) (например, лицо, в результате действий которого на проезжей части разлилось машинное масло во время

⁴² BGHZ 39, 103; BGHZ 98, 135; *Wagner*, in: MüKo, (сн. 14), § 823 Rn. 53; *Larenz/Canaris*, (сн. 5), § 75 II 1, S. 361.

⁴³ *Spindler*, in: BeckOnlineKommentar, (сн. 20), § 823 Rn. 6.

⁴⁴ BGH NJW 2007, 762; *Larenz/Canaris*, (сн. 5), § 76 III 3, S. 406.

транспортировки без соблюдения норм безопасности (неправомерное поведение),
обязано предпринять меры по ограждению места разлива и устранению) и т.д.

Критериями, определяющими объем обязанностей по обеспечению безопасности оборота, являются ожидания оборота относительно безопасности источника опасности, вероятность наступления вреда, тяжесть возможных негативных последствий и объем усилий, необходимых для их предотвращения.⁴⁵

Субъектом, на которого возлагаются такие обязанности, является в первую очередь тот, кто обладает возможностью воздействовать на представляющий опасность объект.⁴⁶ Существует возможность передать исполнение охранительной обязанности третьим лицам, но за владельцем объекта сохраняется обязанность по организации контроля за её выполнением, нарушение которой может быть приравнено к нарушению самой обязанности.⁴⁷

с. Причинная связь между нарушением права и деянием лица

Причинная связь между деянием и нарушением (*haftungsbegründende Kausalität*) правового блага должна дать ответ на вопрос, является ли посягательство на правовое благо результатом деяния лица.

Можно выделить 3 последовательных логических шага для такого вывода.

Первый из них представляет собой теория равноценных условий (*Conditio-sine-qua-non*).⁴⁸ Согласно данной теории причинная связь существует, если любое условие не может быть мысленно опущено без того, чтобы не отпало наступившее последствие. Данная теория основывается на том, что все условия в цепочке событий эквивалентны друг другу.⁴⁹ Такая установка приводит к тому, что такими условиями являются не только непосредственные действия нарушителя по причинению вреда, но и родившая его мать, привёзший его к месту событий таксист и производитель использованного для причинения вреда предмета.

Для её ограничения применяется теория адекватного причинения (*Adäquanztheorie*) и охранительная цель нормы права (*Schutzzweck der Norm*).

Согласно теории адекватного причинения возникшие последствия могут быть вменены причинителю только тогда, если его деяние с точки зрения объективного наблюдателя может вызвать такие последствия.⁵⁰ То есть мы спрашиваем себя, являются ли наступившие последствия адекватным результатом деяния или являются результатом абсолютно невероятного течения событий (*gänzlich unwahrscheinlicher Kausalverlauf*).⁵¹

⁴⁵ *Larenz/Canaris*, (сн. 5), § 76 III 4b, S. 414.

⁴⁶ *RGZ* 52, 373, 375 f.; *BGHZ* 9, 373, 383; *BGH NJW* 1975, 533; *Grigoleit/Riehm*, (сн. 3), гл. 1, С. 27.

⁴⁷ *BGH NJW* 1980, 2810.

⁴⁸ В российской литературе используется термин «теории общей причинной связи», см., например, *Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В.А. Белова*, Москва 2007, С. 878.

⁴⁹ Поэтому теория равноценных условий также именуется «теорией эквивалентности» (*Äquivalenztheorie*).

⁵⁰ *Grigoleit/Riehm*, (сн. 3), гл. 1, S. 30.

⁵¹ *BGHZ* 137, 11, 19.

Нужно отметить, что необходимость использования такого фильтра на соответствие такому критерию как «за пределами любой вероятности» (*außerhalb aller Wahrscheinlichkeit*) подвергается критике в литературе из-за его размытости.⁵²

Третьим фактором является теория о преследуемой нормой цели защиты (*Schutzzweck der Norm*). Вменение исключается, если заявленное потерпевшим нарушение правового блага по своему виду и объему не соответствует тому риску, от которого его должна защищать данная правовая норма, а представляет собой в большей степени нормальный жизненный риск (*allgemeines Lebensrisiko*).⁵³ Данная теория представляет собой следствие применения телеологического метода, то есть толкование в соответствии с целью, преследуемой правовой нормой, который занимает центральное место в немецкой системе толкования права.⁵⁴ В рамках установления причинной связи между деянием и причиненным вредом она наиболее ярко проявляется в вопросе установления объема обязанностей по обеспечению безопасности оборота не в связи с прямыми последствиями, так как они никогда не вызывают проблем (например, кража вещи для нарушения права собственности), а для опосредованных посягательств на правовые блага. Например, шокое состояние, вызванное у пешехода произошедшей на его глазах аварией с участием третьих лиц, представляет собой причинение вреда его здоровью. Такой вред здоровью является следствием действий водителя, как необходимого условия, без которого он бы не наступил, и их адекватным результатом, так как такое шокое состояние не является результатом за пределами вероятного течения событий. Но такие последствия не относятся к тем специфическим рискам, которые защищаются § 823 п. 1 ГГУ от действий виновного водителя автомобильного транспорта и которые находятся в непосредственной связи с его вождением, а представляют собой нормальный жизненный риск наступления вреда по случаю произошедшего ДТП.

Кроме того, необходимо отметить, что в немецком деликтном праве существует большое количество дополнительных критериев для вменения действия, например, в результате альтернативной, куммулятивной или гипотетической причинной связи или вреда, причиненного действиями потерпевшего, спровоцированного причинителем (*Herausforderungsfälle*), на которых мы не можем остановиться в рамках данной статьи.⁵⁵

d. Противоправность

Нарушение правового блага только тогда обязывает к возмещению вреда, если они были совершены противоправно, то есть в противоречие действующим в праве основам. Согласно господствующей в литературе и практике теории противоправности результата нарушения (*Lehre vom Erfolgsunrecht*) любое нарушение права обуславливает его

⁵² См. подробнее *Grigoleit/Riehm*, (сн. 3), гл. 1, S. 31.

⁵³ BGH NJW 1987, 2671.

⁵⁴ См. подробнее: *Шмагин*, Основы немецкой методики толкования права, "Вестник гражданского права", 2012, N 4, С. 247-285.

⁵⁵ См подробнее *Grigoleit/Riehm*, (сн. 3), гл. 1, S. 32-37.

противоправность.⁵⁶ Её отсутствие возможно только в случаях наличия признанных правопорядком оснований, исключающих ответственность. Противоположное мнение⁵⁷, так называемая теория противоправности действия (*Lehre vom Verhaltensunrecht*), указывает на то, что в случаях причинения вреда по неосторожности или вследствие бездействия о противоправности можно говорить только при совершении действия или при бездействии, противоречащим правопорядку без его связи с определённым результатом. Ведь правопорядок может разрешить или запретить можно только определённое действие, а не возникновение результата, поэтому признание противоправности только за возникший негативный результат приведет к запрету на любое рискованное поведение с соблюдением норм безопасности. Минусом теории противоправности действия является в свою очередь невозможность привлечения к ответственности в случаях, не нарушающих никаких запретов, например, выстрел в лесу во время охоты, приведший к испугу лошади третьего лица, скинувшей его в результате испуга, а также недопущение сопротивления действиям, грозящим привести к нарушению правового блага.⁵⁸

Справедливая критика привела к тому, что в теории противоправности результата нарушения следует различать между прямыми и опосредованными нарушениями правовых благ. В случае прямого нарушения (*unmittelbare Verletzung*) противоправность обуславливается самим фактом нарушения, а в случае опосредованного нарушения (*mittelbare Verletzung*) и нарушения бездействием требуется установить позитивное нарушение соответствующей обязанности.⁵⁹

Исключение составляют только рамочные права, общее право личности и право на осуществление организованного и действующего профессионального предприятия, так как они в силу своего широкого круга действия требуют проверки противоправности действий нарушителя, для чего должна быть произведена обширная оценка интересов потерпевшего и нарушителя.⁶⁰

Обстоятельствами, исключающими противоправность, являются необходимая оборона (*Notwehr*, § 227 ГГУ), крайняя необходимость (*Notstand*, §§ 228, 904 ГГУ), самопомощь (*Selbsthilfe*, § 229 ГГУ), согласие потерпевшего (*Einwilligung*) и т.д.

е. Вина

Противоправное нарушение только тогда ведет к обязанности возмещения вреда, если оно было совершено виновно. Помимо этого лицо должно быть деликтоспособным

⁵⁶ BGHZ 39, 103, 108; BGHZ 74, 9, 14; BGHZ 118, 201, 207; BGH NJW 1996, 3205, 3207; *Spindler*, in: BeckOnlineKommentar, (сн. 20), § 823 Rn. 9; *Grundmann*, in: MüKo, (сн. 14), § 276 Rn 13; *Wolf*, in: Soergel, (сн. 16), § 276 Rn 22.

⁵⁷ *Spickhoff*, in: Soergel, (сн. 16), § 823 Rn 5; *Nipperdey* NJW 1957, 1777, 1778; *Deutsch/Wiethölter*, *Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens*, 1960, S 34; *Zippelius* AcP 157 (1957), 390, 395; *Stoll* AcP 162 (1962), 203, 209 ff.

⁵⁸ *Jauernig/Teichmann*, *Kommentar zum BGB*, 15. Auflage 2014, § 823 Rn. 50.

⁵⁹ *Grigoleit/Riehm*, (сн. 3), гл. 1, Rn. 117, С. 38.

⁶⁰ Vgl. *Ellenberger*, in: Palandt, (сн. 15), § 227 Rn. 4.

(deliktsfähig), а в случае ее отсутствия суд может установить возмещение вреда по справедливости согласно § 829 ГГУ.

Вина (Verschulden) может быть в форме умысла (Vorsatz) и неосторожности (Fahrlässigkeit). Речь идёт при этом о собственной вине нарушителя. Вменение вины третьих лиц в деликтном праве, за исключением вменения вины органов юридического лица по § 31 ГГУ, не предусмотрено.

При этом в немецком праве выделяется известный из уголовного права прямой и косвенный умысел (direkter und indirekter Vorsatz), состоящий из когнитивного и волюнтативного элементов. Нарушитель должен в зависимости от объективного состава нормы понимать противоправность своего поведения, предвидеть наступление вреда и в случае прямого умысла хотеть его наступления либо в случае косвенного умысла относиться к таковому безразлично. Но в отличие от уголовного права умысел по господствующему в немецком гражданском праве мнению⁶¹ должен охватывать и противоправность, что приводит к тому, что любые заблуждения относительно противоправности ведут к его исключению и возможности привлечения к ответственности только по неосторожности.

Неосторожность тоже бывает двух видов: простая и грубая (leichte und grobe Fahrlässigkeit). Неосторожно действует согласно § 276 п. 2 ГГУ, кто пренебрегает необходимой заботливостью или осмотрительностью. При этом речь идёт об объективном масштабе, то есть, какую заботливость и осмотрительность требовалось проявить в конкретной ситуации. В соответствии с таким масштабом устанавливается, мог ли нарушитель при применении требуемой заботливости и осмотрительности предугадать возможность наступления вреда и предотвратить его.

Грубая неосторожность требует нарушения заботливости и осмотрительности в особо тяжелой степени, то есть нарушитель не предпринял никаких усилий в том случае, что каждому из нас бросилось бы в глаза и казалось бы очевидным,⁶² например, пересечение перекрёстка на красный свет.

Помимо вины требуется наличие деликтоспособности. Закон исходит из её наличия, за исключением случаев, установленных в §§ 827-829 ГГУ. Она отсутствует у людей без сознания или с болезненным расстройством психики, например, в состоянии полного алкогольного опьянения. В случаях приведения человеком себя самого в состояние сильного опьянения и последующего причинения вреда в дееспособном состоянии, то в отличие от ст. 1078 п. 2 ГК РФ, по которому ответственность причинителя вреда никаким образом не ограничивается, по немецкому праву причинитель согласно § 827 предл. 2 ГГУ несет ответственность в той степени, в какой бы она наступает в случае неосторожности.

⁶¹ BGHZ 151, 337; Grundmann, in: MüKo, (сн. 11), § 276 Rn. 158; Larenz, Schuldrecht I, 14. Auflage 1987, § 20 II, S. 280; Grigoleit/Riehm, (сн. 3), гл. 1, S. 44; против Nipperdey, NJW 1957, 1777, 1780; Niese JZ 1956, 457, 465.

⁶² BGHZ 10, 14, 16; BGHZ 89, 153, 161.

В § 828 ГГУ регулируется деликтоспособность несовершеннолетних. Дети, не достигшие 7 лет, признаются неделиктоспособными. Несовершеннолетние в возрасте от 7 до 10 лет отвечают в случаях причинения вреда в рамках дорожно-транспортных происшествий только за умысел. Во всех остальных случаях несовершеннолетние старше 7 лет по общему правилу отвечают за свои действия в полном объеме за исключением случаев отсутствия у них понимания, необходимого для осознания своей ответственности.

f. Вред

Нарушение права должно привести к причинению вреда (Schaden). Единого определения вреда в немецком праве нет. За основу берётся естественное понимание вреда (natürlicher Schadensbegriff). Распространено следующее определение: вред – это любая потеря, которую субъект несет по отношению к своим правовым благам и которая в правовом обороте признаются подлежащей возмещению.⁶³

Устанавливается размер ущерба на основании так называемой теории разницы (Differenzhypothese).⁶⁴ Согласно этой теории сравнивается объем правовых благ потерпевшего в настоящий момент, который возник в результате нарушения его права, с их гипотетическим размером, который имел бы место при отсутствии этого нарушения.⁶⁵

Недостатком такого метода является то, что он не позволяет охватить некоторые случаи уравнивания взаимных претензий (Vorteilsausgleich), упущенной выгоды пользования вещью (entgangene Gebrauchsvorteile) и т.д.⁶⁶ В таких случаях разрабатываются специальные решения, которые называют нормативным ущербом (normativer Schaden).⁶⁷

При этом важно отметить, что для возмещения вреда важно не только доказать его размер, но и так называемую «причинную, наполняющую ответственность» (haftungsausfüllende Kausalität), то есть установить наличие причинной связи между нарушением права и наступлением ущерба. При этом используются те же теории, что и для установления причинной связи между нарушением права и деянием лица.⁶⁸ Постараемся на примере объяснить, о чём идёт речь.

Например, вор украл в торговом доме флакон духов. Торговый дом требует от него возмещения премии за поимку воров для задержавшего его охранника, частичного возмещения расходов на организацию системы охраны от краж и возмещения расходов по обработке данного происшествия администрацией торгового дома. Если в отношении премии за поимку при применении всех теорий проблем не возникает, то в отношении

⁶³ Larenz, (сн. 56), § 27 II a, S 426; Grüneberg, in: Palandt, (сн. 15), Vor § 249 Rn 9.

⁶⁴ Данная теория была закреплена в ходе реформы гражданского права для установления размера убытков при прекращении договора в п. 1 ст. 393.1 ГК РФ.

⁶⁵ Oetker, in: MüKo, (сн. 14), § 249 Rn. 19.

⁶⁶ Schubert, in: BeckOnlineKommentar, (сн. 20), § 249 Rn. 9.

⁶⁷ См. подробнее: Oetker, in: MüKo, (сн. 14), § 249 Rn 23.

⁶⁸ См. выше III 1 с.

частичного возмещения расходов на организацию системы охраны уже по теории равноценных условий отсутствует причинная связь, так как и без деяния лица расходы на систему возникли бы у собственника данного торгового дома. Что касается расходов на обработку данного случая администрацией торгового дома, то и по теории равноценных условий (без кражи не было бы расходов на персонал для её обработки), и в силу теории адекватности (такие последствия не являются чем-то необычным, выходящим за рамки обычного течения событий, причинная связь присутствует). Однако, они не охвачены целью § 823 п. 1 ГГУ, которой является только восстановление нарушенного деянием правового блага (прав собственности на флакон с духами), а не защита собственника от любых имущественных потерь, связанных с уголовным преследованием нарушителя. Правовым основанием для возмещения этих потерь могут послужить две другие малые оговорки, на которых мы чуть ниже остановимся подробнее.

Вред может быть уменьшен в связи с виной самого потерпевшего согласно § 254 ГГУ.

2. § 823 Пункт 2 ГГУ

Правило § 823 п. 2 ГГУ обязывает возместить вред, причинённый нарушением закона, направленного на защиту другого лица. В отличие от предыдущей нормы он не требует нарушение определенного правового блага. Сферу применения данной нормы составляют те случаи, когда речь идёт о нарушении благ, не упомянутых в § 823 п. 1 ГГУ, и защищающий закон санкционирует случаи нарушения прав, не подпадающие под действие § 826 ГГУ, чаще всего, речь идет о совершении деяний по неосторожности.

Условием привлечения к ответственности является в первую очередь установление нарушения защищающего закона. Под ним понимается любая норма, которая предписывает или запрещает определённое поведение и направленная на защиту отдельного лица или определённого круга лиц.⁶⁹ Норма должна соержать требование или запрет определённого поведения и быть направлена на защиту благ и интересов именно потерпевшего. Кроме того, она должна затрагивать защиту нарушенного блага. То есть, если норма направлена на защиту личного права субъекта, то он не может требовать возмещения вреда, причиненного его имуществу. К таким охранительным законам относятся некоторые нормы УК, например, кража (§ 242 УК Германии) или оскорбление (§ 185 УК Германии), но не относится подделка документов (§ 267 УК Германии), или Закон о банкротстве (§ 15a InsO) или даже само ГГУ – § 226 ГГУ или § 1004 ГГУ и т.д.⁷⁰

Причинитель вреда должен нарушить предусмотренную охранительную норму вменяемым деянием. Если данная норма права не предусматривает виновности, то тогда согласно § 823 п. 2 предл. 2 ГГУ требуется установление вины по гражданскому праву.

⁶⁹ BGHZ 12, 147.

⁷⁰ См. подробнее: *Wagner*, in: *MüKo*, (сн. 14), § 823 Rn. 420-432.

3. § 826 ГГУ

Умышленное и противоречащее добрым нравам (*gute Sitten*) причинение вреда закреплено в § 826 ГГУ. Данная норма также представляет собой малую общую оговорку. Строгие условия привлечения к ответственности способствуют осторожному применению данной статьи на практике. Она также не требует нарушения какого-либо конкретного правового блага. Достаточно любого умаления интересов потерпевшего, защищаемых правом.⁷¹ Такое нарушение может произойти только в результате умышленных действий. Для установления противоречия добрым нравам в литературе и на практике используется формула противоречия деяния правилам приличия в глазах всех справедливых и законопослушных.⁷² Для установления нарушения этого «правого этического минимума»⁷³ требуется не только установить факт противоправного поведения, приведшего к возникновению вреда, но особенный, квалифицированный характер деяния, который не соотносится с объективными принципами правовой системы. Определение противоречия деяния добрым нравам должно осуществляться с пониманием его исключительного характера, так как одной из задач системы деликтного права является обеспечение свободы развития личности. Поэтому в свободном и ориентированном на конкуренцию обществе допустимо преследование исключительно своих интересов, даже если такое поведение приведёт к возникновению вреда у конкурента.⁷⁴ Поэтому только установления факта негативных последствий недостаточно, а требует наличия дополнительных обстоятельств, характеризующих противоречие поведения добрым нравам. При этом такими обстоятельствами могут выступать как особое место нарушенного правового блага в системе права, так и характер деяния или мотивы нарушителя, а также их соотношение между собой.

Важным ограничением в сфере действия § 826 ГГУ является требование умысла со стороны нарушителя. При этом он должен знать обстоятельства, которые обосновывают противоречие его поведения добрым нравам, в то время как понимание им такого недобросовестного характера не требуется.

В теории и практике разработаны целые группы случаев применения § 826 ГГУ, которые распространяются от подстрекательства к нарушению договора с третьим лицом до различных злоупотреблений в качестве участника или исполнительного органа юридического лица, приведших к его несостоятельности.⁷⁵

4. § 839a ГГУ

§ 839a ГГУ устанавливает ответственность судебных экспертов за дачу ошибочного заключения. Данная норма призвана дать участникам спора гражданско-правовое право требования к эксперту, так как заключение заказывается судом и между сторонами нет никаких правовых отношений, кроме процессуальных. Ответственность эксперта

⁷¹ *Sprau*, in: Palandt, (сн. 15), § 826 Rn. 3.

⁷² Например, BGHZ 10, 228, 332.

⁷³ *Larenz/Canaris*, (сн. 5), § 78 II 1b, S. 451.

⁷⁴ См. *Grigoleit/Riehm*, (сн. 3), Kap. 1, S. 53.

⁷⁵ См. подробнее: *Sprau*, in: Palandt, (сн. 15), § 826, Rn. 19 ff.

возникает, если он умышленно или в результате грубой неосторожности⁷⁶ представит неправильное заключение, которое приведет к возникновению вреда у участников процесса вследствие принятого судебного решения, основанного на таком заключении. Важно отметить, что установление объективной ошибки осуществляется судом, который рассматривает процесс об ответственности эксперта, а не судом, вынесшим решение. Под судебным решением понимается любое постановление суда, которое привело к окончанию процесса, но к ним не относятся те, которые были приняты на основе волеизъявления сторон, например, в результате отказа от иска или мирового соглашения между сторонами.

Помимо требования оказания влияния экспертного заключения на судебное решение требуется установление факта, что эксперт действовал умышленно или грубо неосторожно. Для этого требуется не просто доказать факт совершения экспертом ошибки, а наличие дополнительных обстоятельств, позволяющих установить её особый характер.⁷⁷

Важно отметить, что привлечение к ответственности согласно § 839а п. 2 ГГУ вместе с § 839 п. 3 ГГУ исключается, если потерпевший не оспорил решение суда.

5. § 831 ГГУ

§ 831 ГГУ является ярким примером изменения бремени доказывания в деликтном праве. Если во всех рассмотренных до этого нормах бремя доказывания вины лежит на потерпевшем, то согласно § 831 ГГУ обязанность доказывать свою невиновность лежит на причинителе вреда. Согласно данному правилу тот, кто привлечет другое лицо для совершения какого-либо действия, обязан возместить вред, противоправно причинённый исполнителем этого действия третьему лицу. Важно отметить, что § 831 п. 1 предл. 1 ГГУ не является нормой, переносящей ответственность на поручителя за действия исполнителя, а представляет собой самостоятельное основание для привлечения поручителя к ответственности. Согласно § 831 п. 1 предл. 2 ГГУ поручитель освобождается от ответственности, если он проявил надлежащую по условиям гражданского оборота заботливость при выборе этого лица, приобретении оборудования и аппаратуры или при руководстве исполнением или если бы ущерб возник бы и при соблюдении такой заботливости.

Исполнителем признаётся лицо, которое с ведома и по желанию поручителя действовало в его интересах, было включено в его организацию и зависело от его указаний.⁷⁸ При этом характер действующих между поручителем и исполнителем правоотношений или наличие договора между ними не играет никакой роли. Решающими критериями являются включение исполнителя в организацию и его зависимость от указаний, так как только тогда можно требовать от поручителя

⁷⁶ Внимание, встречается неправильный перевод данной статьи на русский язык, согласно которому достаточно только простой неосторожности для привлечения к ответственности, например, Германское гражданское уложение под. ред. Яковлева Т.Ф., 4-е издание, Москва, 2015, С. 296.

⁷⁷ *Wagner*, in: MüKo, (сн. 14), § 839а Rn. 18.

⁷⁸ BGHZ 49, 313.

выполнения требований по выбору исполнителя и контролю за ним.⁷⁹ Поэтому под данное определение исполнителя попадают не только отношения работника с работодателем, но и другие, которые предполагают включение лица в организацию и его подчинение указаниям поручителя.

Данный исполнитель должен при исполнении обязанностей в рамках поручения своим противоправным деянием причинить вред третьему лицу, что подразумевает совершение им деяния, подпадающего под один из составов деликтного права, §§ 823-853 ГГУ. Согласно преобладающему мнению⁸⁰ не требуется виновного совершения деяния исполнителем, за исключением случаев, когда такая вина является частью противоправности, например, знание обстоятельств недобросовестного поведения в § 826 ГГУ. Вред должен также наступить при «исполнении этого действия», то есть должна существовать внутренняя связь между порученным исполнением и нанесенным вредом.⁸¹ Например, авария на служебном автомобиле во время поездки на или с работы, представляет собой случайный вред, не связанный с исполнением порученного действия, а авария при поездке к клиенту такой же внутренней связью уже обладает.

Поручитель освобождается от ответственности, если он докажет, что отсутствует его вина либо отсутствует причинная связь.

Вина поручителя привязана к надлежащему выбору работника, то есть поручитель должен удостовериться в его пригодности для поручаемого задания, к приобретению надлежащего оборудования и поддержанием его в рабочем состоянии, а также к должному руководству и контролю за исполнением.

Кроме того, поручитель может доказать, что отсутствует причинная связь между возникшим вредом и его виной при выборе исполнителя и при контроле за ним или что ущерб возник бы и при проявлении такой заботливости. При этом данную причинную связь не надо путать с доказыванием отсутствия причинной связи при установлении противоправности деяния работника, где проверяется, наступил бы вред, если работник действовал в соответствии с установленными требованиями безопасности.

Ещё одним вариантом является доказательство того, что вред наступил бы, даже если бы он выбрал надлежащего работника, или что другой поручитель выбрал бы при соблюдении необходимой заботливости того же работника.⁸²

6. Ответственность за пользование источником повышенной опасности

Особенностью ответственности за пользование источником повышенной опасности является сам факт пользования, который привел к возникновению вреда, а такие критерии как противоправное поведение или вина условиями ответственности не являются. Основанием для привлечения к ответственности выступает исходящая от

⁷⁹ *Sprau*, in: Palandt, (сн. 15), § 831 Rn. 5.

⁸⁰ BGH NJW 1956, 1715; NJW 1971, 31, 32; OLG Köln NZV 1992, 279, 280; OLG Düsseldorf NJW-RR 2002, 1678, 1679; *Deutsch/Ahrens*, (сн. 1), Rn. 448.

⁸¹ BGH NJW 1971, 31, -

⁸² *Spindler*, in: BeckOnlineKommentar, (сн. 16), § 831 Rn. 43-44.

таких объектов опасность, которая может привести к серьёзным вредным последствиям для неограниченного круга лиц. С другой стороны, многие из них являются настолько важными частями нашей жизни, например, атомные электростанции или производство лекарств, что их полный запрет привёл бы к серьёзным негативным последствиям для общества. Поэтому законодатель стремится найти баланс между двумя этими интересами, стремясь облегчить потерпевшим возмещение вреда в результате особенно выраженных и предсказуемых рисков, вводя специальный вид ответственности.⁸³

В немецком праве ответственность за пользование источником повышенной опасности закреплена за редкими исключениями (§§ 833-838 ГГУ) в отдельных законах, а не в ГГУ. В отличие от российского регулирования (ст. 1079 ГК РФ) для применения такой ответственности требуется ее установление в законе. В качестве основания привлечения к ответственности используются различные привязки и принципы, поэтому мы не будем останавливаться на каком-то отдельном примере. Чаще всего, в законах ограничивается круг защищенных правовых благ (например, только вред жизни и здоровью, а также права собственности в § 7 п. 1 Закона о дорожном движении, StVG). Кроме того, требуется, чтобы вред возник в результате действия источника повышенной опасности, то есть реализовалась его специфическая опасность. Часто законодателем устанавливается специальная обязанность владельца источника страховать свою ответственность.⁸⁴

Другие нормы деликтного права применяются параллельно со специальными нормами, регулирующими ответственность за пользование источником повышенной опасности, для компенсации такого вреда, который не входит в сферу защиты специального закона либо превышает установленные в законе пределы компенсации за его нарушение. Ярким примером такого параллельного действия является ответственность изготовителя за безопасность продукта по Закону об ответственности изготовителя товаров (Produkthaftungsgesetz⁸⁵) и ответственность производителя по § 823 п. 1 ГГУ (Produzentenhaftung). Ответственность в законе регулируется как ответственность за пользование источником повышенной опасности путем создания и введения в оборот продукта небезопасного для жизни, здоровья и собственности потребителя (§ 1 п. 1 Закона об ответственности изготовителя товаров). Размер подлежащего возмещению ущерба ограничен по размеру (§ 10 Закона об ответственности изготовителя товаров).

Параллельно производитель может быть привлечён к ответственности за виновное нарушение обязанностей по обеспечению безопасности оборота за тот же продукт по § 823 п. 1 ГГУ. Разница помимо прочего заключается в том, что, например, изготовитель отвечает по Закону об ответственности за продукт за любой брак, приведший к возникновению вреда, то по § 823 п. 1 ГГУ только тот, который он мог предотвратить, то есть ответственности за случайный брак он не несёт.

⁸³ Grigoleit/Riehm, (сн. 3), гл. 1, Rn. 229, С. 65.

⁸⁴ Armbrüster, Auswirkungen von Versicherungsschutz auf die Haftung, NJW 2009, 187-193.

⁸⁵ Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (Produkthaftungsgesetz) vom 15. Dezember 1989, BGBl. I S. 2198.

IV. Заключение

Целью данной статьи было представить основы немецкого деликтного права. В то же время мы постарались взглянуть не только на отдельные составы, но и на систему в целом. Необходимо отметить, что деликтное право, как никакое другое, находится под влиянием судебной практики, поэтому успешное решение вопросов ответственности заложено в деталях.

Кроме того, мы постарались показать отличия данной системы от регулирования в гражданском праве Российской Федерации. Несмотря на принадлежность к семье континентального права обе системы существенно отличаются друг от друга. Немецкий законодатель отказался от системы генерального деликта. Кроме того, немецкое право допускает параллельное применение деликтного права наряду с договорным, что приводит к необходимости введения дополнительных механизмов для предотвращения обхода ограничений обязательственного права с помощью деликтной ответственности. В то же время, это позволяет исключить пробелы в регулировании, которые могут возникнуть при исключении одновременного возникновения права требований на основании договора и деликта.

Важно отметить, что наработки немецкого права в отношении защищаемых правовых благ и объема подлежащего возмещению вреда могут использоваться и в российском праве, ведь нормы ГК РФ не содержат подробного регулирования многих вопросов.

Об авторе:



Александр Шмагин является адвокатом юридической фирмы «Дерра, Мейер и Партнёры» (www.derra.eu) в г. Берлине. Он специализируется в области коммерческого, корпоративного и процессуального права. Александр Шмагин закончил юридический факультет СПбГУ (2004 г.) и Гамбургского университета (2009 г.) и является адвокатом с 2014 года. Он владеет русским, немецким и английским языками. Электронная почта: alexander.shmagin@derra-b.de.

Корпоративное право Германии: правовые формы обществ и их преимущества для иностранных инвесторов

Gesellschaftsrecht in Deutschland: Rechtsformen und ihre Vorteile für ausländische Investoren

*Д-р Христина Майер, адвокат
(Dr. Christina Maier, Rechtsanwältin)*

Dieser Beitrag gibt einen kurzen Überblick über Gesellschaftsformen des deutschen Gesellschaftsrechts. Dabei werden zunächst nach einer allgemeinen Einführung die Unterschiede zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften aufgezeigt. Sodann werden die Grundlagen der jeweiligen Gesellschaftsformen vermittelt und die jeweiligen Vorteile für ausländische Investoren skizziert. Eine Besonderheit des deutschen Gesellschaftsrechts stellt der Grundsatz der Publizität des Handelsregisters dar.

I. Введение

Для корпоративного права Германии характерно наличие различных правовых форм обществ, что предоставляет иностранным предпринимателям и инвесторам широкий спектр возможностей для организации и ведения предпринимательской деятельности в Германии в соответствии с их собственными интересами и возможностями выхода на европейский рынок. К самым распространенным правовым формам обществ относятся общества с персональной ответственностью (Personengesellschaften): товарищество гражданского права (Gesellschaft bürgerlichen Rechts, GbR), открытое торговое общество (Offene Handelsgesellschaft, OHG), коммандитное товарищество (Kommanditgesellschaft, KG), а также общества с привлеченным капиталом (Kapitalgesellschaften): общество с ограниченной ответственностью (Gesellschaft mit beschränkter Haftung, GmbH), предпринимательское общество с ограниченной ответственностью (Unternehmergesellschaft, haftungsbeschränkt, UG) и акционерное общество (Aktiengesellschaft, AG).

В этой статье предоставлен краткий обзор основных правовых форм обществ Германии с их преимуществами для иностранных предпринимателей.

При выборе оптимальной правовой формы для деятельности на территории Федеративной Республики Германии иностранным компаниям следует учитывать несколько важных критериев. К основным из них относятся определение риска ответственности, связанного с отраслью деятельности, затраты на основание общества и величина уставного капитала, организационные возможности для формирования

общества, выбор деятельности (коммерческая или свободно-профессиональная), продолжительность предпринимательства, а также налоговое обложение.

Корпоративное право Германии характеризуется обязательностью выбора правовой формы (Typenzwang). Это значит, что установленные законом правовые формы четко определены и могут быть выбраны исключительно из перечня правовых форм, предусмотренных законом.

II. Обзор основных правовых форм обществ

Корпоративным правом Германии предусмотрено учреждение общества с персональной ответственностью участников или учреждение общества с привлеченным капиталом.

1. Общество с персональной ответственностью

Общество с персональной ответственностью (Personengesellschaft) - это правовая форма объединения как минимум двоих участников общества для осуществления конкретно определенных совместных целей.

К обществам с персональной ответственностью относятся товарищество гражданского права (Gesellschaft bürgerlichen Rechts, GbR), партнерское товарищество (Partnerschaftsgesellschaft, PartG), открытое торговое общество (Offene Handelsgesellschaft, OHG) и командитное товарищество (Kommanditgesellschaft, KG).

В отличие от обществ с привлеченным капиталом, общества с персональной ответственностью не являются субъектами права, то есть, как таковые они не имеют статус юридического лица. Тем не менее, в качестве обладателей общего имущества товарищества, они имеют определенные права и обязательства, которые в частности соответствуют правам юридических лиц.

Как правило, участники лично принимают участие в работе общества и несут неограниченную субсидиарную ответственность своим личным имуществом по всем обязательствам товарищества. Уставный капитал в обществах с персональной ответственностью не требуется, хотя согласно установившейся практике, часто практикуется. Принятие решений проходит путем голосования и зависит только от количества участников, а не от их долевого участия в капитале. Участники общества с персональной ответственностью более тесно связаны с деятельностью общества, чем участники обществ с привлеченным капиталом. Участие в обществе не может передаваться другим участникам; все имущество товарищества находится в общей собственности, т.е. принадлежит совместно всем его участникам (Gesamthandsvermögen).

a. Товарищество гражданского права (Gesellschaft bürgerlichen Rechts, GbR)

Правовая основа товарищества гражданского права (Gesellschaft bürgerlichen Rechts, GbR) регулируется § 705 Гражданского уложения Германии (Bürgerliches Gesetzbuch,

BGB).¹ Эта правовая форма определяется как объединение не менее двух участников с целью ведения предпринимательской деятельности в сфере мелкого бизнеса, а также в области свободно-профессиональной деятельности. Заключение учредительного договора (Gesellschaftsvertrag) не обязательно, но рекомендуется.

Участники товарищества гражданского права, целью которого является промышленная деятельность, обязаны иметь разрешение на эту деятельность (Gewerbeanzeige).

Все участники несут полную ответственность по обязательствам общества как имуществом товарищества, так и своим личным имуществом. Следовательно, кредиторы могут предъявлять иск в судебном порядке как к товариществу, так и к участникам, а также одновременно и к товариществу, и к участникам.

Участники имеют равные полномочия и права по управлению и ведению дел в товариществе гражданского права.

Эта правовая форма используется на практике для осуществления краткосрочных проектов с обозримым риском ответственности.

b. Открытое торговое общество (Offenen Handelsgesellschaft, OHG)

Права и обязанности OHG регулируются § 105 Торгового уложения Германии (Handelsgesetzbuch, HGB).² Для создания и деятельности товарищества требуется регистрация промышленной деятельности (Gewerbeanmeldung) и обязательное внесение общества в Торговый реестр (Handelsregister).

Отношения между участниками регулируются в первую очередь учредительным договором (Gesellschaftervertrag). Если в учредительном договоре все же имеются пробелы, тогда действуют установленные правовые нормы. Каждый участник (Gesellschafter) имеет право управлять внутренними делами общества. Следовательно, согласно закону, каждый имеет право самостоятельно представлять интересы общества. Ограничение этого права возможно внутри общества (Innenverhältnis), но оно не влияет на право представительства во внешних отношениях (Außenwirkung).

Кредиторы могут потребовать от каждого участника выплаты задолженности в полном объеме, при этом участники, как и в товариществе гражданского права, несут ответственность по обязательствам общества как имуществом товарищества, так и своим личным имуществом. Урегулирование соответствующих обязательств участники должны согласовывать между собой.

¹ Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 21. April 2015 (BGBl. I S. 610) geändert worden ist, текст на немецком и английском языках: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>. См. также русский перевод: Гражданское уложение Германии, 4-ое издание, 2015.

² Handelsgesetzbuch in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das durch Artikel 11 des Gesetzes vom 24. April 2015 (BGBl. I S. 642) geändert worden ist, текст на немецком языке: <http://www.gesetze-im-internet.de/hgb/>.

В случае выхода одного участника из общества, он еще пять лет несет ответственность по обязательствам общества, которые существовали до момента прекращения его деловых отношений с обществом (§ 160 Торгового уложения Германии, HGB).

с. Командитное товарищество KG (Kommanditgesellschaft)

Командитное товарищество можно во многом сравнить с открытым торговым обществом. Существенная разница в том, что партнеры несут различные риски. Существует различие между партнерами с ограниченной ответственностью – коммандитистами, и генеральными партнерами – комплементариями

Коммандитисты (Kommanditisten) несут ответственность в пределах конкретно определенной денежной суммы, которая указана в торговом реестре. Они имеют только право контроля. Для выступления от имени товарищества им необходима доверенность уполномоченных на это представителей. Кроме того, партнеры с ограниченной ответственностью исключены из управления обществом, если иное не урегулировано уставным договором.

Комплементарии (Komplementäre, persönlich haftende Gesellschafter), напротив, несут личную и неограниченную ответственность.

Так как комплементариями могут быть юридические, а не только физические лица, существует широкий спектр возможных правовых форм, например, широко распространена на практике возможность использования общества с ограниченной ответственностью в качестве участника, несущего личную ответственность (GmbH & Co. KG).

2. Общества с привлеченным капиталом (Kapitalgesellschaften)

В Германии существуют следующие виды обществ с привлеченным капиталом (см. раздел 2, 3-ей книги Торгового уложения Германии (HGB): акционерное общество (Aktiengesellschaft, AG) с особой формой европейских акционерных обществ (Europäische Gesellschaft, Societas Europaea, SE), акционерно-командитное товарищество (Kommanditgesellschaft auf Aktien, KGaA), общество с ограниченной ответственностью (Gesellschaft mit beschränkter Haftung, GmbH), а также предпринимательское общество с ограниченной ответственностью (Unternehmergesellschaft, haftungsbeschränkt, UG) - особый вариант общества с ограниченной ответственностью GmbH, называемое также Мини-GmbH.

В отличие от обществ с персональной ответственностью участников, все общества с привлеченным капиталом являются субъектами права.

Наиболее распространенной формой общества с привлеченным капиталом в Германии является общество с ограниченной ответственностью (GmbH) и акционерное общество (AG).

а. Общество с ограниченной ответственностью (Gesellschaft mit beschränkter Haftung, GmbH)

В Германии насчитывается около 1 миллиона обществ с ограниченной ответственностью. Большинство положений, касающихся GmbH, находятся в Законе об обществах с ограниченной ответственностью (Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, GmbHG)³ и в Торговом уложении Германии (HGB).

Общество является независимым носителем прав и обязанностей. Следует отметить, что общество с ограниченной ответственностью может быть учреждено одним лицом. Для создания GmbH необходимо внести обязательную сумму уставного капитала в размере 25 000 евро.

Создание GmbH требует больше затрат и усилий, чем вышеназванные общества. Обязательным является заверенный нотариусом учредительный договор, который должен соответствовать основным нормам законов. Каждое GmbH должно быть внесено в торговый реестр. Только после регистрации общество с ограниченной ответственностью становится юридическим лицом.

Как правило, создание GmbH возможно в пределах одной-двух недель. Длительность процедуры регистрации значительно зависит от полноты и точности предоставленных документов. Задержки обычно связаны с неправильным выбором вида деятельности, недостаточной формулировкой предмета деятельности общества или недопустимой с точки зрения закона корпоративной цели. Для предотвращения многих проблем такого рода рекомендуется своевременное согласование таких вопросов с Торгово-промышленной палатой (Industrie- und Handelskammer, ИНК) и с квалифицированным адвокатом.

Для GmbH обязательно составление баланса, который должен быть предоставлен в окружной суд для общего ознакомления.

Одним из основных преимуществ общества с ограниченной ответственностью является ограничение личной ответственности участников. В этой правовой форме установлено четкое разделение между имуществом товарищества и личным имуществом участников.

б. Предпринимательское общество с ограниченной ответственностью (Unternehmergesellschaft, haftungsbeschränkt, UG)

В соответствии с измененной редакцией закона о GmbH (GmbHG), с ноября 2008 года введена новая форма предприятия — предпринимательское общество с ограниченной ответственностью (Unternehmergesellschaft, haftungsbeschränkt, UG), которое не является самостоятельной правовой формой, а представляет собой особую форму общества с ограниченной ответственностью (GmbH). Эта форма интересна для учредителей с

³ Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4123-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das durch Artikel 15 des Gesetzes vom 24. April 2015 (BGBl. I S. 642) geändert worden ist, текст на немецком и английском языках: <http://www.gesetze-im-internet.de/gmbhg/>.

участием небольшого капитала (от 1 евро до 24 999 евро) с целью создания некапиталоемких предприятий. Положения об учреждении таких обществ содержит § 5a GmbHG.

При учреждении мини-GmbH следует учитывать положение о запрете внесения неденежных вкладов. Ограничение распределения прибыли среди участников общества обусловлено тем, что ежегодные отчисления в предусмотренный законодательством резервный фонд предприятия должны составлять не менее 25 % совокупной прибыли. Они должны выплачиваться до тех пор, пока размер капитала предприятия не достигнет 25 000 евро и мини-GmbH превратится в полноправное GmbH. Обратное изменение правовой формы GmbH в мини-GmbH невозможно.

Правовую форму мини-GmbH можно применить как быстрый и не требующий большого капитала способ выхода на немецкий рынок.

Если мини-GmbH выступает в качестве партнера российского предпринимателя, то в этом случае целесообразно дополнительно проверить капитал этого Мини-GmbH. В случае наличия недостаточных гарантий рекомендуется требовать дополнительное обеспечение исполнения обязательств.

с. Акционерное общество AG (Aktiengesellschaft)

В Германии насчитывается около 12 500 акционерных обществ (Aktiengesellschaft, AG), среди них около 1 000 представленных на бирже (börsennotierte Aktiengesellschaft).

AG характеризуется тем, что оно обеспечивает себя необходимым капиталом на рынке капиталов. Этим объясняется наличие широкого и анонимного спектра акционеров.

Акционерное общество является субъектом права (также как и GmbH), имеющего в своем распоряжении капитал, разделённый на акции. Минимальный размер учредительного капитала (Grundkapital) установлен законом и должен составлять не менее 50 000 евро.

AG может быть учреждено одним лицом. Создание общества и требования к учредительный договору строго регламентированы законом (Aktiengesetz, AktG)⁴.

Преимуществом AG по сравнению с GmbH является возможность привлечения инвестиций посредством выпуска акций, которые могут передаваться свободно, в том числе путем их продажи на бирже.

⁴ Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089), das durch Artikel 3 des Gesetzes vom 24. April 2015 (BGBl. I S. 642) geändert worden ist, <http://www.gesetze-im-internet.de/aktg/>.

III. Торговый реестр и реестр предприятий (Handels- und Unternehmensregister)

1. Общие сведения

Торговый реестр (Handelsregister) и реестр предприятий (Unternehmensregister) являются официальными информационными платформами, предоставляющими подлежащие оглашению сведения о частных предпринимателях и торговых компаниях. Таким образом, инвесторы имеют возможность легко и просто получить необходимую информацию о фактических и правовых отношениях деловых партнеров. В торговом реестре содержится вся необходимая информация будущего или уже существующего делового партнера. Так, например, в нем указано название и местонахождение общества, его организационно-правовая форма, номер торгового реестра и полные имена лиц, уполномоченных его представлять. Это способствует полной прозрачности. Ведение и правовое обеспечение торгового реестра осуществляется судами первой инстанции (Amtsgericht).

Торговый реестр и реестр предприятий доступны в сети интернет: www.handelsregister.de и www.unternehmensregister.de.

2. Публичность торгового реестра

Особенностью корпоративного права Германии является публичность торгового реестра (Publizität des Handelsregisters), ключевыми понятиями которого являются «отрицательная» и «положительная» публичность („negative“ und „positive“ Publizität).

Под «положительной публичностью» подразумевается информация, которая находится в реестре и что её правильности можно доверять (§ 15 п. 3 HGB).⁵ «Отрицательная публичность» связана с тем, что не находится в реестре. Третье лицо может полагаться на то, что факт, подлежащий обязательному внесению, который не внесен в реестр, не существует и не происходил (§ 15 п. 1 HGB).⁶

Если факт, обязательный для внесения, был внесен и опубликован, то третье лицо должно признать его. Это не имеет силы для юридических действий, которые предпринимаются в течение пятнадцати дней после опубликования, если третье лицо докажет, что оно не знало и не должно было знать об указанном факте (§ 15 п. 2 HGB).

IV. Заключение

Германия принадлежит к экономически важнейшим странам мира. Законы Германии гарантируют инвесторам идеальные условия для предпринимательской деятельности. Правовые гарантии и различные возможности при формировании и деятельности обществ являются теми решающими факторами, которые помогут предпринимателям избежать возможных судебных разбирательств и таким образом сэкономить время и деньги.

⁵ Vgl. von Ingo Koller/Peter Kindler u.a. (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, Kommentar, 8. Auflage, 2015, München, § 15 Rn. 26.

⁶ Vgl. von Ingo Koller/Peter Kindler u.a. (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, Kommentar, 8. Auflage, 2015, München, § 15 Rn. 2.

Правовые формы, описанные выше, обеспечивают многие преимущества для иностранных инвесторов.

Стимулом для выбора наиболее распространенной формы обществ - общества с ограниченной ответственностью GmbH - может стать, например, тот факт, что его создание возможно в короткое время, личное имущество при этом не подвергается риску, а также то, что оно может быть создано для любой допустимой законом деятельности, в том числе и непредпринимательской.

По сравнению с другими странами ЕС, правовые общества в Германии выигрывают от низкого налогообложения. Немецкое налоговое законодательство предлагает иностранным инвесторам правовую гарантию со стороны налоговых органов.

Этот краткий обзор правовых форм обществ в Германии призван помочь иностранным инвесторам и предпринимателям в правильном выборе правовой структуры для их инвестиций в ФРГ. Специалисты нашей фирмы предлагают юридическую поддержку и сопровождение при подготовке и реализации инвестиционных проектов в Германии и оказывают квалифицированное правовое консультирование на русском языке.

Об авторе



Д-р. Христина Майер

Родилась в 1978 году во Львове/Украина.

Закончила юридический факультет университета им. Эберхарда Карла в г. Тюбинген. Первый государственный экзамен в 2005 году. Референтариат 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 году. Защита докторской диссертации в 2011 г. на тему «Путь к независимому административному судопроизводству в Российской Федерации» под руководством проф. д-ра Михаэля Ронелленфитч.

С 2011 года владелица адвокатского бюро д-р Майер с офисами в Штутгарте, Ройтлингене и Мангейме, предлагающего широкий спектр услуг в различных сферах права и экономики в Германии и в странах Восточной Европы.

Области специализации: создание и оформление договоров; гражданское и коммерческое право; корпоративное право; право в сфере недвижимости; патентное и авторское право; конкурентное и антимонопольное право; миграционное право; процессуальное право и третейское судопроизводство; банковское, кредитное право и право рынка долгосрочных капиталов; публичное право; законодательство в сфере государственных закупок.

Контактные данные

Anwaltskanzlei Dr. Maier

Д-р Христина Майер

Адвокат, владелица

Штуттгарт

Königstraße 26

70173 Stuttgart

Тел.: +49 (0) 711 18 567 551
725

Факс: +49 (0) 711 18 567 450
726

Мангейм

Dürerstraße 57

68163 Mannheim

+49 (0) 621 41 87 117

+49 (0) 621 41 87 647

Ройтлинген

Sommerberg 53

72768 Reutlingen

+49 (0) 7121 38 25

+49 (0) 7121 38 25

info@anwaltskanzlei-maier.com

www.anwaltskanzlei-maier.com

Функции нотариуса в рамках корпоративного законодательства ФРГ на примере торгового реестра¹

Die Funktionen eines Notars im Bereich des deutschen Gesellschaftsrechts am Beispiel des Handelsregisters

Нотариус др. Виталий Шмиткель, Бад Нойштадт/Заале

(Notar Dr. Vitali Schmitkel, Bad Neustadt/Saale)

Bei dem Beitrag handelt es sich um eine geringfügig ergänzte Fassung des Vortrags, den der Autor 2012 im Rahmen des Legal Forum in St. Petersburg gehalten hat. Die Form des Vortrags wurde weitgehend beibehalten. Die Vortragszeit war begrenzt. Dementsprechend ist der Beitrag knapp gehalten und beschränkt sich auf einige Thesen und Beispiele zu deren Untermauerung.

Der Beitrag zeigt am Beispiel der Eintragungen im Handelsregister die Vorzüge der vorsorgenden Rechtspflege in Deutschland auf. Im Gegensatz zum anglo-amerikanischen Rechtskreis, welcher die vorsorgende Rechtspflege in dieser Form nicht kennt, stellt das Prinzip des guten Glaubens in die Richtigkeit des Handelsregisters (und auch des Grundbuchs) in Deutschland eines der wichtigsten Vorzüge des deutschen Rechts dar. Anders als beispielsweise in den USA und England, wird der Rechtsverkehr in Deutschland in seinem Glauben in die Richtigkeit und Vollständigkeit der Eintragungen im Handelsregister geschützt.

Notare leisten einen wesentlichen Beitrag zur Stabilität des Rechtssystems in Deutschland und sind ein unverzichtbarer Bestandteil der vorsorgenden Rechtspflege in Deutschland. Sie tragen damit wesentlich zu einem der wichtigsten Standortvorteile Deutschlands im Vergleich zu vielen anderen Ländern bei.

Целью моей короткой статьи не является подробно описать и разъяснить деятельность нотариуса (Notar) в Германии в сфере корпоративного права.² Я ограничусь несколькими основополагающими тезисами и разъясню их на нескольких примерах.

¹ Переработанная версия доклада автора, который он сделал в рамках конференции St. Petersburg International Legal Forum в г. Санкт-Петербурге в 2013 году.

² См. подробно например Beck'sches Notarhandbuch, 6. Auflage 2015, Teil D. S. 1073-1499; Hausschild/Kallrath/Wachter, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 1. Auflage 2011.

Тезисы:

- Типичной для стран с системой оказания превентивной юридической помощи, основным элементом которой является нотариат латинского типа, является правовая стабильность. Это касается также и немецкого корпоративного законодательства.
- Правовая стабильность не в последнюю очередь обеспечивается благодаря множеству установленных форм, которые могут показаться бюрократическими и громоздкими только на первый взгляд. При более пристальном рассмотрении становится понятно, что эти формы защищают не только акционеров и учредителей компаний, но и, прежде всего, являются основой стабильных и надежных правоотношений между компаниями и предпринимателями, в том числе и на рынке Германии.
- Изначально жесткие установленные формы существенным образом способствуют тому, что впоследствии, после заключения сделки, возникает меньше спорных ситуаций, вследствие чего удается сэкономить для национальной экономики большое количество финансовых средств и иных ресурсов, а также снизить нагрузку на суды и другие органы.
- Установленные формы преследуют следующие цели³:
 - (1) снижение нагрузки на государственные органы благодаря предварительному контролю
 - (2) доказательная функция (какие договоры заключены, какие заявления поданы и т.д.)
 - (3) архивная функция (значимые документы хранятся надежным образом длительное время и защищены от уничтожения, в том числе умышленного)
 - (4) консультативная функция (прежде всего в сфере среднего бизнеса нотариусы ценят как консультанта, который с одной стороны доступен по цене, с другой стороны обладает высоким профессионализмом благодаря контролю допуска нотариусов к профессии со стороны государства; часто это позволяет многим средним предприятиям в Германии обходиться без собственных затратных юридических отделов)
 - (5) государственный контроль и борьба с преступностью (например, нотариусы обязаны сообщать в налоговое управление об определенных фактах; личность участников сделки устанавливается нотариусом в целях борьбы с отмыванием денег).
- Тем самым нотариат, в том числе и немецкий, существенно способствует обеспечению правовой стабильности и надежности.

³ См. например Limmer in Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl. 2015, Teil 1 Kap. 2 Rn. 2 ff.

Чтобы подкрепить вышеуказанные тезисы, следует кратко представить основные черты системы государственных судебных реестров Германии на примере торгового реестра.

Немецкий торговый реестр (Handelsregister) содержит информацию о существующих компаниях и предпринимателях. Среди прочего в торговом реестре можно найти сведения о названии фирмы, местонахождении и об уставном капитале в зависимости от правовой формы. Также при помощи списка участников можно легко и точно установить данные участников товарищества (полное товарищество, коммандитное товарищество) и участников общества с ограниченной ответственностью. Однако, особенностью немецкого торгового реестра является, прежде всего то, что заглянув в него можно быстро и точно установить лица, имеющие представительские полномочия. Ознакомившись с торговым реестром, который доступен через интернет для каждого из любой точки мира за небольшую плату,⁴ можно выяснить, какие лица имеют право подписывать юридически обязывающий договор от лица компании. Проверки учредительного договора или других документов не требуется. А в правовых системах без надежных реестров часто необходимо поручать адвокатам составление так называемых «юридических заключений» (legal opinions). К примеру, в США это может стоить десятки тысяч долларов.

В Германии же добросовестный участник сделки может полагаться на правильность записи в торговом реестре. Поэтому основополагающая норма § 15 Торгового Уложения ФРГ (Handelsgesetzbuch – HGB, в дальнейшем: ГТУ)⁵ устанавливает так называемый негативный и позитивный эффект регистрации данных в торговом реестре. При возникновении спора добросовестному третьему лицу, т.е. участнику сделки, не могут быть предъявлены претензии по поводу незнания подлежащих регистрации фактов, если они не были занесены в реестр. И наоборот, факты, занесенные в реестр и обнаруженные, считаются правильными. Данные факты действуют в отношении каждого третьего лица. Это называется принципом достоверности (Grundsatz des öffentlichen Glaubens). Конкретно это означает, что каждый добросовестный участник сделки всегда может положиться на то, что зарегистрированный в торговом реестре исполнительный директор имеет право действовать от имени компании. Нельзя предъявить претензии о том, что зарегистрированный исполнительный директор был назначен таковым неправомерно, или, что исполнительный директор уже освобожден от должности, либо его представительские полномочия изменены. В конце концов, каждая компания ввиду данных жестких правовых последствий в своих интересах будет заботиться о правильности и актуальности сведений в торговом реестре. С другой стороны, в целях защиты подлежащих регистрации в реестре компаний и их участников от злоупотреблений предусмотрена особая процедура внесения любых сведений в торговый реестр, а его ведение связано с жесткими критериями. В Германии в отличие, например, от британского Реестра юридических лиц (Companies House) не все сведения,

⁴ См. www.handelsregister.de.

⁵ Текст Торгового Уложения Германии на немецком языке: <http://www.gesetze-im-internet.de/hgb/>. См. также издание под общей редакцией В.Бергманна «Торговое уложение Германии», включающее перевод ГТУ на русский язык.

поступающие от компаний без соблюдения формы, заносятся в торговый реестр без проверки содержания. Напротив, любая информация должна заносятся в торговый реестр в официально заверенной нотариусом форме. Согласно п. 1 § 12 ГТУ все подписи под заявлениями, представляемыми в регистрирующий орган, подлежат обязательному нотариальному удостоверению (удостоверению подлинности подписи, öffentliche Beglaubigung) и отправляются в органы государственной регистрации с 1 января 2007 года только в электронном виде. Все необходимые документы отправляются согласно п. 2 § 12 ГТУ („Handelsgesetzbuch“) также только в электронной форме. Нотариус выполняет функцию фильтра. Благодаря своему практическому опыту и специализации в области корпоративного права он помогает предпринимателям правильно сформулировать информацию и консультирует их в отношении того, какие документы и в какой форме должны прилагаться к подаваемым сведениям. Также нотариус устанавливает личность подающих сведения лиц и предотвращает таким образом внесение неверных сведений. В отличие, например, от Англии и США как представителей англо-саксонской системы права, которые существуют без латинского нотариата, в Германии не известны случаи, когда мошенники воруют и продают компании. Предприниматели должны лично явиться в нотариат и предъявить нотариусу свои документы. В то же время в странах, где реестры ведутся без участия нотариуса, проблема правоправного отчуждения или воровства компаний („companies fraud“) является существенной и распространенной.

Торговые реестры в Германии ведут участковые суды (Amtsgerichte).⁶ Благодаря этому высокопрофессиональные и хорошо подготовленные юристы после предварительной обработки нотариусом подвергают поданные сведения последнему контролю. Таким образом, любая подаваемая информация подвергается контролю со стороны минимум двух специалистов (нотариус и судья либо судебный служащий) и соответственно обеспечивается правильность содержания торгового реестра.

Задачи немецкого нотариуса по корпоративному праву, однако, выходят далеко за рамки подготовки и проверки подаваемых для внесения в реестр сведений. Как раз корпоративное законодательство содержит множество положений об организационно-правовых формах, которые требуют привлечения нотариуса. Нотариус и таким образом играет важную роль при обеспечении правовой стабильности и надежности.

Учреждение хозяйственных обществ ГмбХ⁷ (общество с ограниченной ответственностью, аналог российского ООО) и АГ⁸ (акционерное общество)⁹ должно быть удостоверено нотариально (notarielle Beurkundung). Затем нотариус вносит учредительные документы в электронной форме в торговый реестр и контролирует процесс учреждения. Роль нотариуса при учреждении ГмбХ и АГ не только формальная.

⁶ Amtsgerichte также иногда переводятся как «районные суды». Они являются судами первой юрисдикции общей юрисдикции. Подробнее о судах общей юрисдикции см. статью «Судебная система Германии. Краткий обзор» в этом сборнике на с. 351 – 380.

⁷ GmbH – Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

⁸ AG – Aktiengesellschaft.

⁹ Касательно организационно-правовых форм в немецком корпоративном праве смотри отдельную статью Х.Майер в этом сборнике, с. 145-153.

В большинстве случаев нотариус составляет проект устава общества и консультирует учредителей, например, о том, какая юридическая форма общества самая подходящая для их бизнеса. Важно подчеркнуть разницу при составлении устава (Satzung) ГмбХ и АГ. В составлении устава ГмбХ нет особенных границ, так как закон об обществах с ограниченной ответственностью (GmbH-Gesetz)¹⁰ почти полностью диспозитивный. Между тем, закон об акционерных обществах (Aktengesetz, в дальнейшем: AktG)¹¹ почти без исключений содержит императивные нормы, п. 5 § 23 AktG. В немецком законодательстве нет такого строгого и принципиального разграничения между открытыми и закрытыми акционерными обществами как в России. Но есть некоторые различия в правовом регулировании, например, между акционерными обществами, акции которых котируются на бирже и другими акционерными обществами. Так, например, согласно п. 1 § 130 AktG все без исключения решения собраний акционеров тех акционерных обществ, акции которых котируются на бирже, подлежат обязательному нотариальному удостоверению (notarielle Beurkundung). Решения на собраниях других акционерных обществ подлежат обязательному нотариальному удостоверению только, если для конкретного решения акционерного общества необходимо большинство в 3/4 голосов уставного капитала. Необходимо заметить, что немецкий Закон о порядке совершения удостоверений (Beurkundungsgesetz, в дальнейшем: BeurkG)¹² имеет особенный раздел, который регулирует нотариальное протоколирование фактов, §§ 36-38 BeurkG. Таким образом, нотариус может протоколировать факты. Протоколирование собрания акционерного общества - это и есть протоколирование фактов. Очень важно подчеркнуть, что нотариус сам составляет протокол по своим наблюдениям на собрании, а не удостоверяет, например, составленный руководителем собрания протокол.

Все изменения, вносимые в устав ГмбХ - которая является самой распространенной организационно-правовой формой компаний в Германии – должны заверяться нотариально. После удостоверения изменений в уставе, нотариус следит за тем, чтобы изменения устава были внесены в торговый реестр. Тем самым можно не только из любой точки планеты посмотреть уставы немецких ГмбХ, но и любой участник сделки может быть уверен, что у него на руках самая актуальная, действующая редакция. Изменение устава вступает в силу лишь после его внесения в торговый реестр. Благодаря обязательному заверению любого изменения устава споры между участниками сделки по поводу актуальности редакции устава исключены. Это также делается в целях обеспечения правовой стабильности и защиты участников сделки. Изменения, вносимые

¹⁰ См. текст Закона об обществах с ограниченной ответственностью на немецком и английском языках: <http://www.gesetze-im-internet.de/gmbhg/>. См. также издание под общей редакцией В.Бергманна «Торговое уложение Германии», включающее перевод Закона об обществах с ограниченной ответственностью на русский язык.

¹¹ См. текст Закона об акционерных обществах на немецком языке: <http://www.gesetze-im-internet.de/aktg/>. См. также издание под общей редакцией В.Бергманна «Торговое уложение Германии», включающее перевод Закона об акционерных обществах на русский язык.

¹² См. текст Закона о порядке совершения удостоверений на немецком языке: <http://www.gesetze-im-internet.de/beurkg/>. См. также перевода закона на русский язык, предоставленный немецким фондом международного правового сотрудничества (IRZ): http://www.irz.de/images/downloads/5c512_beurkundungsgesetz_ru.pdf.pdf.

в устав АГ, также требуют нотариального удостоверения.

Многочисленные нормы Закона ФРГ о преобразовании (Umwandlungsgesetz, в дальнейшем: UmwG)¹³ предусматривают, что в случае преобразования компаний должен привлекаться нотариус и выполнять свою выше описанную функцию. Так, например, договор о слиянии компаний (Verschmelzungsvertrag) подлежит обязательному нотариальному удостоверению, § 6 UmwG. Практически нет преобразований компаний без участия нотариуса.

Кроме того, любая передача долей в ГмбХ должна нотариально удостоверяться. После проведения реформы законодательства об ГмбХ в 2008 году нотариус, удостоверивший передачу доли участия, обязан внести в реестр новый список участников ГмбХ. Таким образом, новый список участников обновлен и (ограниченно) соответствует критериям добросовестности. Роль нотариуса была существенно укреплена немецким законодателем в рамках крупнейшей реформы законодательства об ГмбХ с момента принятия Закона ФРГ об ГмбХ. Тем самым немецкий законодатель незадолго до начала мирового банковского и финансового кризиса послал сигнал, направленный против духа дерегулирования.

Лучше заранее все предусмотреть, чем потом остаться ни с чем. Путем оказания превентивной юридической помощи нотариус выполняют важную задачу и способствуют защите правовых отношений.

Об авторе:

Автор нотариус в Баварии. Он поддерживает Федеральную нотариальную палату ФРГ, ИРЦ и ГИЦ в рамках правовых консультаций восточно европейских стран, в частности России.

Он - автор экспертизы Федеральной нотариальной палаты Германии относительно проекта нового закона о нотариате в России.

Он также доцент в рамках повышения квалификаций нотариусов в России.

Дополнительные данные в интернете: www.notarnes.de

Zum Autor:

Der Autor ist Notar in Bayern. Er unterstützt die Bundesnotarkammer, die IRZ und GIZ im Rahmen der Rechtsberatung osteuropäischer Staaten, insbesondere Russlands. Insbesondere ist er Mitverfasser der Stellungnahme der Bundesnotarkammer zum Entwurf des neuen Notariatsgesetzes in Russland. Ferner ist er als Dozent im Rahmen der Fortbildung russischer Notare tätig. Weitere Informationen: www.notarnes.de

¹³ См. текст Закона о преобразовании на немецком и английском языках: http://www.gesetze-im-internet.de/umwg_1995/.

Управление немецкой ГмбХ. Обязанности и ответственность директора при кризисе в компании

Der GmbH-Geschäftsführer. Pflichten und Haftung des Geschäftsführers in der Krise der Gesellschaft.

Ксения Барски (Xenia Barski)

Deutsches Recht räumt dem Geschäftsführer einer GmbH weitgehende Handlungsspielräume für unternehmerische Entscheidungen ein. Gleichzeitig ist die Reichweite der Haftung des Geschäftsführers, sowohl aus zivilrechtlicher als auch aus öffentlich-rechtlicher Sicht, viel größer als die der einfachen Mitarbeiter des Unternehmens. Das Haftungsrisiko wird oft durch die Gewährung einer überdurchschnittlichen Vergütung des Geschäftsführers „kompensiert“, dabei muss der Geschäftsführer jedoch stets die Geschäfte des Unternehmens sorgfältig überwachen, insbesondere hinsichtlich unterschiedlicher Risiken und der eigenen Verantwortung.

I. Введение

Правовая позиция управляющего (директора) немецкого общества с ограниченной ответственностью (Gesellschaft mit beschränkter Haftung, GmbH, далее: ГмбХ) характеризуется двойкостью его правового статуса: с одной стороны, он является органом общества с точки зрения корпоративного права, с другой стороны, его отношения как физического лица с обществом регулируются гражданским правом.

Являясь органом общества, управляющий ГмбХ (GmbH-Geschäftsführer) наделен обширными полномочиями. Внутренние ограничения полномочий управляющего не имеют юридической силы по отношению к третьим лицам. Широкий круг полномочий управляющего ГмбХ влечет за собой его личную ответственность за нарушение своих обязанностей.

В период кризиса компании к управляющему выдвигаются особо строгие требования. Нарушение его обязанностей влечет не только его личную имущественную ответственность, но и даже уголовное преследование. С наступлением кризиса риск управляющего быть привлеченным к ответственности как по отношению к обществу, так и к его кредиторам особо возрастает.

II. Обязанности управляющего как органа общества и на основании заключенного с обществом договора

Закон не содержит какого-либо закрытого перечня обязанностей управляющего ГмбХ как органа общества и определяет только его основные обязанности. Наряду с положением управляющего как органа общества, он обычно имеет гражданско-правовой договор с обществом. Этот договор регулирует обязательственные отношения между управляющим и обществом, например, вознаграждение, отпуск, социальное обеспечение.

1. Обязанности управляющего как органа управления

а. Управление делами общества

Основной обязанностью управляющего является управление делами общества.

Управление делами общества включает в себя принятие решений, необходимых для достижения целей предпринимательской деятельности общества, в частности определение использования и координация ресурсов общества, в том числе дача указаний и обозначение текущих целей для работников общества.¹ Понятие «управление делами общества» подразумевает фактическое руководство деятельностью общества.

Также обязанность управлять делами общества включает в себя обязанность взаимодействия с другими управляющими и их взаимный контроль. В случае разделения сфер деятельности между несколькими управляющими (Ressortaufteilung), обязанность осуществлять контроль распространяется не только на собственную сферу деятельности, но также и на сферу деятельности, отнесенную к компетенции другого управляющего. Особенную роль данная обязанность играет в период финансового кризиса компании. Каждый управляющий несет обязанность по организации деятельности общества, состоящую в частности в обеспечении в любое время доступа к сводной информации об экономической и финансовой ситуации в обществе.²

б. Фидуциарные обязанности

Управляющий несет по отношению к обществу многочисленные фидуциарные обязанности (Treuepflichten), регулируемые как законом, так и судебной практикой.

Главной фидуциарной обязанностью является соблюдение интересов общества. Эту обязанность управляющий несет с момента наделения его полномочиями и до момента их прекращения. В основе данной обязанности лежит непричинение обществу вреда,

¹ GmbHG § 35, Цёллнер/Ноак, комментарий GmbHG под ред. Баумбах/Хук, 20е изд. 2013 г., номер на полях 28. GmbHG (Закон о ГмбХ) - Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (официальная версия закона доступна на немецком и английском языках на сайте Федерального Министерства юстиции и защиты прав потребителей: <http://www.gesetze-im-internet.de/gmbhg/index.html>).

² GmbHG § 35, Цёллнер/Ноак, комментарий GmbHG под ред. Баумбах/Хук, 20е изд. 2013 г., номер на полях 33.

использование возможностей развития бизнеса в интересах общества, а также воздержание от действий в собственных интересах или в интересах конкурентов.³

В силу своих фидуциарных обязанностей управляющему запрещается использование ресурсов общества в собственных частных интересах, а также извлечение личной выгоды из деятельности общества, например, принятие вознаграждений или взяток.⁴

Пункт 1 § 30 Закона о ГмбХ (GmbH-Gesetz)⁵ запрещает управляющему выплачивать участникам общества стоимость имущества общества, если это влечет возникновение или усугубление пассивного платежного баланса. Выплаты участникам общества не допускаются, если чистая стоимость имущества общества⁶ ниже размера уставного капитала и при отсутствии случаев, для которых законом предусмотрены исключения из этого правила.⁷ Более того, такое имущество не может быть использовано для приобретения обществом собственных долей участия⁸ или выдано как заем другим управляющим или иным лицам, занимающим аналогичное положение.⁹

В случае нарушения фидуциарных обязанностей по общему правилу к управляющему может быть предъявлено требование о возмещении ущерба (Schadensersatzanspruch), а также требование воздерживаться от аналогичных действий в будущем (Unterlassungsanspruch). Кроме того, это может служить основанием для расторжения заключенного с управляющим договора по важному основанию и прекращения полномочий управляющего. Возможно также удержание из зарплаты.¹⁰

с. Предоставление информации

○ Участникам общества

Управляющий обязан незамедлительно предоставлять каждому участнику (Gesellschafter) по его требованию информацию о делах общества, а также обеспечить доступ к бухгалтерским книгам и записям.¹¹ Управляющий имеет право отказать в предоставлении информации и бухгалтерских записей, если у него имеются подозрения в том, что эти данные будут использованы участником в целях, не связанных с

³ GmbHG § 35, Ленц, комментарий GmbHG под ред. Михальски, 20е изд. 2010г., номер на полях 131.

⁴ GmbHG § 35, Цёллнер/Ноак, комментарий GmbHG под ред. Баумбах/Хук, 20е изд. 2013 г., номер на полях 39.

⁵ Полное название: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Текст на немецком и английском языках: www.gesetze-im-internet.de/gmbhg/.

⁶ Т.е. активы общества за вычетом обязательств, включая отчисления в резерв предстоящих платежей (Rückstellungen), но без отчислений в резервный капитал (Rücklagen).

⁷ Исключением являются выплаты, которые производятся на основании договора о подчинении и отчислении прибыли (§ 291 Закона об акционерных обществах - Aktiengesetz) или покрываются полноценным требованием о встречном исполнении или требованием возврата по отношению к участнику, а также в случае возврата займа участнику общества и исполнению по требованиям из юридически значимых действий, которые в экономическом смысле соответствуют займам участников общества (предложение 2 и 3 п. 1 § 30 Закона о ГмбХ).

⁸ Согласно п. 2 § 33 Закона о ГмбХ.

⁹ Согласно § 43а Закона о ГмбХ.

¹⁰ GmbHG § 35, Ленц, комментарий GmbHG под ред. Михальски, 20е изд. 2010г., номер на полях 133.

¹¹ Пункт 1 § 51а Закона о ГмбХ.

деятельностью общества, и этим обществу или связанному с ним обществу будет нанесен значительный ущерб. Отказ должен быть основан на решении участников общества.¹²

Правом на запрос информации о делах общества обладает каждый участник общества независимо от размера его участия. Под «делами общества» (Angelegenheiten der Gesellschaft) по общему правилу понимается все, что связано с его управлением, экономическими отношениями, отношениями с третьими лицами, включая органы государственной власти, и взаимосвязанными лицами.¹³

- Обществу

Управляющий также обязан предоставить информацию о делах общества самому обществу. Данная обязанность вытекает из § 666 ГГУ¹⁴ в связи с §§ 675, 611 ГГУ.¹⁵

- Третьим лицам

Кредиторам и иным третьим лицам управляющий не обязан предоставлять информацию о финансовых проблемах общества, более того он не обладает таким правом.¹⁶

d. Неразглашение конфиденциальной информации

Управляющий в течение и после окончания своей деятельности в обществе обязан не разглашать коммерческую тайну и иную конфиденциальную информацию общества (Verschwiegenheitspflicht).

Коммерческой тайной признаются все относящиеся к обществу факты, обстоятельства и процессы, информация о которых не является публичной, а доступна только узкому кругу лиц, и в отношении сохранения конфиденциальности которой правообладатель имеет законный интерес.¹⁷

Обязанность неразглашения конфиденциальной информации следует из фидуциарной обязанности, поэтому законодательно более подробно не конкретизируется. Она действует и после прекращения полномочий управляющего.¹⁸

¹² Пункт 2 § 51a Закона о ГмбХ.

¹³ GmbHG § 51a, Цёллнер, комментарий GmbHG под ред. Баумбах/Хук, 20е изд. 2013 г., номер на полях 4-18.

¹⁴ ГГУ (Гражданское уложение Германии) – BGB (Bürgerliches Gesetzbuch), официальный текст которого на немецком и английском языках опубликован на сайте Федерального Министерства юстиции и защиты прав потребителей: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>. См. также русский перевод: Гражданское уложение Германии, 4-ое издание, 2015.

¹⁵ Верховный суд, Решение от 20.09.1993 - II ZR 244/92 (Высший земельный суд Франкфурт на Майне, решение 1992–11–24 5 U 67/90).

¹⁶ Мюнхенский справочник адвоката «Право ГмбХ», Веллензик/Шлук-Аменд, § 23, номер на полях 75.

¹⁷ Мюнхенский справочник адвоката «Право ГмбХ», Терлау/Хюртен, § 9, номер на полях 18.

¹⁸ GmbHG § 35, Цёллнер/Ноак, комментарий GmbHG под ред. Баумбах/Хук, 20е изд. 2013 г., номер на полях 40.

Нарушение данной обязанности наказуемо согласно § 85 Закона о ГмбХ и может повлечь привлечение к уголовной ответственности – до одного года лишения свободы.

е. Ведение бухгалтерского учета и составление годовой бухгалтерской отчетности

Управляющий обязан надлежащим образом вести бухгалтерский учет и составлять годовую бухгалтерскую отчетность (п. 1 § 41 Закона о ГмбХ, п. 1 § 264 Торгового Уложения¹⁹).

При этом разрешается полностью или частично делегировать ведение бухгалтерского учета другому лицу, например, работнику компании или третьему лицу по договору, в частности аудитору или налоговому консультанту. При этом управляющий обязан с должной осмотрительностью выбрать налогового консультанта и документально зафиксировать это, а также в разумные сроки периодически осведомляться о работе налогового консультанта/аудитора. Факт назначения налогового консультанта для составления годовой бухгалтерской отчетности также необходимо закрепить в письменной форме.

При распределении сфер деятельности между несколькими управляющими общества (Ressortaufteilung) управляющий не может избежать привлечения к ответственности, аргументируя это тем, что ведение бухгалтерии не входило в его сферу деятельности. Согласно принципу общей ответственности (Generalverantwortung der Geschäftsführung), все управляющие независимо от переданных им полномочий обязаны регулярно проверять должное ведение бухгалтерского учета.²⁰

ф. Созыв общего собрания участников при «потере» половины уставного капитала

При «потере» половины уставного капитала (Stammkapital) общества управляющий обязан проинформировать участников и созвать общее собрание участников (Gesellschafterversammlung, п. 3 § 49 Закона о ГмбХ). При этом имеется в виду, что чистая стоимость имущества общества, то есть активы, уменьшенные на стоимость пассивов, уже не покрывают половины уставного капитала общества и таким образом возникает пассивный платежный баланс в размере половины уставного капитала.²¹

г. Подача заявления о банкротстве

При неплатежеспособности (Zahlungsunfähigkeit) и недостаточности имущества (Überschuldung) общества управляющий обязан без промедления, во всяком случае не позднее трех недель после наступления неплатежеспособности или установления

¹⁹ Handelsgesetzbuch (HGB), официальный текст которого на немецком и английском языках опубликован на сайте Федерального Министерства юстиции и защиты прав потребителей: <http://www.gesetze-im-internet.de/hgb/>.

²⁰ GmbHG § 41, Деуссан, онлайн-комментарий издательства Бек к GmbHG по ред. Цимонс/Йэгер-21ое издание, по состоянию на 01.12.2014, номер на полях 21-25а.

²¹ GmbHG § 49, Мюнхенский комментарий к GmbHG по ред. Либшера, 1ое издание 2012, номер на полях 57.

недостаточности имущества, подать заявление об открытии процедуры банкротства (§ 15a Положения о банкротстве²²).

Понятие «без промедления» (*ohne schuldhaftes Zögern*) означает при этом, что обязанность подачи заявления возникает не по истечении трехнедельного срока, а с наступлением объективных оснований банкротства. Таким образом, трехнедельный срок является максимальным, а в определенных ситуациях, например, если попытки провести оздоровление компании не удались, заявление должно быть подано ранее.²³

При наличии нескольких управляющих обязанность подачи заявления существует у всех управляющих, также и при внутреннем разграничении компетенций/сфер деятельности (например, на коммерческую и техническую сферы).²⁴ Данная обязанность распространяется также и на фактических управляющих, то есть таких лиц, которые, не имея официальных полномочий, фактически открыто руководят деятельностью компании.²⁵

Неподача, несвоевременная или неправильная подача заявления может привести к уголовной ответственности (лишение свободы на срок до трех лет или штраф²⁶; в случае, если указанные действия были совершены по неосторожности, наказание составляет до одного года лишения свободы или штраф²⁷).

h. Оздоровление компании и контроль

Как только управляющий идентифицирует признаки финансового кризиса компании, он обязан проверить возможность ее оздоровления и инициировать его проведение. Управляющий обязан проводить оздоровление компании, на столько на сколько финансовая ситуация компании это позволяет.²⁸

i. Иные обязанности

Кроме того, управляющие несут обязанность по созыву общего собрания участников (*Einberufung der Gesellschafterversammlung*), а также совершения всех регистрационных действий, предписанных Законом о ГмбХ. Особое значение здесь имеют, например, обязанность подачи списка участников общества (*Liste der Gesellschafter*, § 40 Закона о ГмбХ) в Торговый Реестр (*Handelsregister*), а также составление (*Pflicht zur Aufstellung*, § 264 Торгового Уложения) и опубликование годовой бухгалтерской отчетности общества (*Offenlegung*, § 325 Торгового Уложения).

²² *Insolvenzordnung (InsO)*, официальный текст которого на немецком и английском языках опубликован на сайте Федерального Министерства юстиции и защиты прав потребителей: <http://www.gesetze-im-internet.de/insolvenzordnung/>.

²³ *InsO* § 15a, Бусхардт, комментарий Положения о банкротстве по ред. Брауна, 60е издание 2014, номер на полях 16.

²⁴ *InsO* § 15a, Бусхардт, комментарий Положения о банкротстве по ред. Брауна, 60е издание 2014, номер на полях 12.

²⁵ Мюнхенский справочник адвоката «Право ГмбХ», Веллензик/Шлук-Аменд, § 23, номер на полях 77.

²⁶ Пункт 4 § 15a Положения о банкротстве.

²⁷ Пункт 5 § 15a Положения о банкротстве.

²⁸ Мюнхенский справочник адвоката «Право ГмбХ», Веллензик/Шлук-Аменд, § 23, номер на полях 76.

2. Обязанности на основании договора с обществом

Большинство обязанностей управляющего вытекает из его корпоративного положения и статуса органа управления общества. Гражданско-правовой договор между управляющим и обществом, таким образом, только углубляет и расширяет обязанности управляющего, а также конкретизирует последствия нарушения обязанностей.

Исключением является запрет конкуренции (*Wettbewerbsverbot*), действующий после прекращения полномочий управляющего, для которого, по господствующему мнению, как правило необходима отдельная оговорка в договоре с управляющим. Согласование сторонами данного вопроса может также вытекать из дополнительного толкования договора.

В договорах с управляющими также часто согласовывается, например, обязанность неразглашения конфиденциальной информации (*Verschwiegenheitspflicht*), обязанность по замещению дополнительных должностей в дочерних компаниях, обязанность получения согласия при работе по совместительству, договорные штрафы.

III. Ответственность и уголовно-правовые последствия

1. Ответственность по отношению к обществу

а. Ответственность за нарушение обязанности действовать с должной осмотрительностью, характерной для заботливого предпринимателя²⁹

Управляющие должны вести дела компании с осмотрительностью заботливого предпринимателя.³⁰ Управляющие, нарушающие эту обязанность, несут солидарную ответственность за причиненный обществу ущерб.³¹ Условиями ответственности являются: статус управляющего, нарушение обязанности, вина, ущерб и причинно-следственная связь между нарушением обязанности и причиненным ущербом. Момент предъявления требования о привлечении управляющего к ответственности – во время или после сложения полномочий управляющего – значения не имеет.³²

В случае причинения обществу ущерба он подлежит возмещению лицами, рассматриваемыми как управляющие общества при условии, что такой ущерб основан на нарушении обязанности управляющего, а не на принятии правомерного решения в рамках предпринимательского риска. Кроме того, требуется наличие доказательства именно собственного нарушения обязанности (при наличии нескольких управляющих). Также ущерб не возмещается, если ответственность конкретного управляющего была ограничена соглашением о разграничении компетенций.

Однако, как было указано выше, и в случае разграничения компетенций управляющих все управляющие несут обязанность по взаимному контролю, нарушение которой также

²⁹ *Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Kaufmannes.*

³⁰ Пункт 1 § 43 Закона о ГмбХ.

³¹ Пункт 2 § 43 Закона о ГмбХ.

³² Высший земельный суд Кобленца (OLG Koblenz), NJW-RR 1995, 556.

может послужить основанием привлечения к ответственности. Отсюда вытекает в свою очередь обязанность каждого управляющего отчитываться о важнейших событиях и процессах, происходящих в сфере его деятельности. При финансовом кризисе в обществе управляющие несут повышенные обязанности по контролю друг друга.³³

Исковая давность требований общества о возмещение ущерба составляет 5 лет³⁴.

Спорным является вопрос о том, насколько правомерно и возможно предварительное исключение или ограничение ответственности управляющего. § 43 Закона о ГмбХ, регулирующий ответственность управляющего, не предусматривает такой возможности. В то же время общество имеет право отказаться от предъявления соответствующих требований к управляющему, дать управляющему соответствующее обязательное указание или согласие на проведение определенных действий.

Предварительное исключение ответственности за умышленные нарушения, в любом случае, не допустимо согласно п. 3 § 276 ГГУ.³⁵

в. Ответственность за выплаты при наступлении признаков банкротства

Согласно первому предложению § 64 Закона о ГмбХ управляющие обязаны возместить обществу ущерб, вызванный совершенными ими выплатами при наступлении неплатежеспособности или недостаточности имущества общества.³⁶ По общему правилу такая обязанность существует и в отношении выплат участникам общества, которые привели к наступлению неплатежеспособности общества. Выплаты должны быть прекращены уже с момента появления признаков банкротства (неплатежеспособность или недостаточность), а не по истечении трехнедельного срока, указанного выше.

Ответственность управляющего может быть исключена согласно второму предложению § 64 Закона о ГмбХ, если совершенные выплаты, несмотря на имеющиеся признаки банкротства, были выполнены управляющим в рамках должной осмотрительности, характерной для заботливого предпринимателя. В первую очередь, имеются в виду так называемые привилегированные выплаты: погашение задолженности за коммунальные услуги (электроэнергия, вода, отопление), выплаты заработной платы, арендная плата, а также уплата налогов и страховых премий.³⁷

Обязанность возмещения выплат подразумевает вину управляющего или по меньшей мере неосторожность во всех признаках нарушения. Исковая давность по данным требованиям составляет 5 лет.³⁸

³³ Федеральный Верховный суд (BGH): решение от 15.10.1996 - VI ZR 319/95.

³⁴ Пункт 4 § 43 Закона о ГмбХ.

³⁵ Пункт 3 § 276 ГГУ гласит: «Должник не может быть заранее освобожден от ответственности за умысел».

³⁶ Для терминов «неплатежеспособность» и «чрезмерная задолженность» применяются соответствующие определения по §§ 17, 19 Положения о банкротстве.

³⁷ GmbHG § 64, Мэтциг, онлайн-комментарий издательства Бек к GmbHG по ред. Цимонс/Йэгер, 21ое издание, по состоянию на 01.12.2014, номер на полях 57.

³⁸ Третье предложение § 64 в сочетании с пунктом 4 § 43 Закона о ГмбХ.

с. Иные основания для предъявления требования общества о возмещении ущерба

Иные основания для предъявления требования, которые могут быть заявлены в этой связи и часто применимы на практике:

- нарушения норм, направленных на защиту прав другого лица (п. 2 § 823 ГГУ), например, злоупотребление доверием (§ 266 Уголовного Уложения³⁹);
- нарушение корпоративной фидуциарной обязанности участника-управляющего (Gesellschafter-Geschäftsführer);
- предоставление ложных сведений при создании общества или при увеличении уставного капитала (п. 1 § 9а, п. 4 § 57 Закона о ГмбХ);
- неправомерный возврат вклада или приобретение долей участия в нарушение § 33 Закона о ГмбХ (п. 3 § 43 Закона о ГмбХ);
- нарушение обязанности проведения оздоровления (п. 2 § 43 Закона о ГмбХ).

д. Порядок предъявления требований общества против управляющего

Для предъявления требований общества против управляющего необходимо принятие соответствующего решения участников (Gesellschafterbeschluss). Без такого решения иск общества к управляющему считается необоснованным.⁴⁰

2. Ответственность по отношению к участникам общества

По господствующему мнению, Закон о ГмбХ не подразумевает прямой ответственности управляющего по отношению к участникам общества. Это следует из принципа концентрации ответственности, по которому нарушение корпоративных обязанностей, как правило, ведет только к ответственности управляющего по отношению к обществу.⁴¹

При неправомерном возврате вклада отдельным участникам управляющий несет ответственность по отношению к другим участникам общества по п. 6 § 31 Закона о ГмбХ. В остальном ответственность по отношению к участникам является спорной.

3. Ответственность по отношению к третьим лицам (внешняя ответственность⁴²)

С учетом принципа концентрации ответственности и обязанностей управляющего по отношению к обществу личная внешняя ответственность управляющего по отношению к третьим лицам является особым, требующим обоснования исключением.

В некоторых, строго ограниченных случаях управляющий может нести ответственность и по отношению к третьим лицам (например, из деликта или в силу

³⁹ Strafgesetzbuch – StGB. Текст на немецком и английском языках: www.gesetze-im-internet.de/stgb/.

⁴⁰ Мюнхенский справочник адвоката «Право ГмбХ», Терлау/Хюртен, § 10, номер на полях 264, 178.

⁴¹ GmbHG § 43 Фляйшер, Ответственность управляющего, Мюнхенский комментарий к GmbHG, 10е издание, 2012 г.

⁴² Außenhaftung.

преддоговорной ответственности).⁴³ За несвоевременную подачу заявления о банкротстве управляющий несет ответственность перед кредиторами по п. 2 § 823 ГГУ в связи с § 15a Положения о банкротстве. При недостоверном, ошибочном годовом финансовом отчете ответственность управляющего по отношению к третьим лицам может возникнуть только, если он в связи с этим пользовался особым личным доверием пострадавшего третьего лица.

На практике большое значение имеет личная ответственность управляющего перед государством в связи с налоговой задолженностью общества (§§ 34, 35, 69, 71, 191 Положения о налогах и сборах⁴⁴), а также личная ответственность за невыполненные отчисления в кассы социального страхования.

4. Уголовная и административная ответственность

а. Нарушение обязанности ведения бухгалтерского учета

Нарушение обязанности управляющего по добросовестному ведению бухгалтерского учета не влечет автоматически привлечения к уголовной ответственности. Вне законодательства о банкротстве недостоверное, ошибочное составление годового финансового отчета является административным правонарушением (§ 334 Торгового Уложения). Предоставление недостоверных данных бухгалтерской отчетности, повлекших уменьшение налогового бремени, является уголовно наказуемым деянием (§§ 369, 370 Положения о налогах и сборах) или налоговым правонарушением (§§ 277, 378 Положения о налогах и сборах).

При открытии процедуры банкротства или при отклонении заявления об ее открытии по причине недостаточности имущества нарушение обязанности ведения бухгалтерии согласно § 283b Уголовного Уложения по общему правилу уголовно наказуемо. Условия наступления банкротства считаются доказанными, если управляющий нарушил вмененную ему обязанность по ведению и хранению бухгалтерских записей согласно §§ 238, 257 Торгового Уложения и по этой причине кредитор не может предоставить детальную информация о задолженности.⁴⁵

б. Нарушение обязанности по подаче заявления о банкротстве

Если управляющий не подал, несвоевременно или неправильно подал заявление о банкротстве, он может быть привлечен к уголовной ответственности в виде лишения свободы на срок до трех лет или штрафа (п. 4 § 15a Положения о банкротстве). В случае, если указанные действия были совершены по неосторожности, наказание составляет до одного года лишения свободы или штраф.

⁴³ GmbHG § 43, Хаас/Цимонс, онлайн-комментарий издательства Бек к GmbHG по ред. Цимонс/Йэгер, 21ое издание, по состоянию на 01.03.2014, номер на полях 412.

⁴⁴ Abgabenordnung (AO). Текст на немецком и английском языках: www.gesetze-im-internet.de/ao_1977/.

⁴⁵ GmbHG § 41, Деуссан, онлайн-комментарий издательства Бек к GmbHG по ред. Цимонс/Йэгер, 21ое издание, по состоянию на 01.12.2014, номер на полях 14-16а.

5. Страхование ответственности за причинение ущерба (D&O-страхование)

Для покрытия рисков привлечения к внутренней или внешней ответственности многочисленные страховые компании предлагают страхование ответственности за причинение ущерба, которое по англо-саксонскому образцу принято называть страхованием «Directors' and Officers'» (D&O-Versicherung). Страховой договор на практике заключается между обществом в качестве страхователя и страховой компанией в пользу управляющего в качестве застрахованного.

Управляющий не имеет права требовать заключение договора страхования в свою пользу на основании своего статуса как орган управления общества.⁴⁶ Однако, членам органов управления в их договорах с обществом нередко предлагается соразмерное страхование от корпоративной ответственности.

Заключение такого страхового договора обществом, которое при заключении договора представлено участниками, требует во внутренних отношениях принятия решения участников.⁴⁷

Условия договоров страхования ответственности различаются. Основу условий таких договоров, однако, как правило составляют «Общие условия страхования для договоров страхования ответственности за причинение ущерба членами совета директоров, правления и управляющими»⁴⁸ (далее: Общие условия), разработанные Общим союзом немецких страховых компаний⁴⁹ и опубликованные впервые в 1997 году. Общие условия периодически обновляются и в настоящий момент действуют в редакции от мая 2013 года.

Страховое покрытие ограничивается положениями закона. При этом страхование распространяется не только на внешнюю ответственность по отношению к третьим лицам, но также и на внутреннюю ответственность по отношению к обществу, при этом учитывает только имущественный ущерб.

По Общим условиям страховая защита предоставляется страховщиком в случае нарушения настоящим или бывшим членом совета директоров, правления или управляющим страхователя, или его дочерней компании (застрахованного лица) в ходе своей деятельности обязанностей, которое согласно действующему законодательству приводит к возникновению ответственности, и в результате которого был причинен имущественный ущерб.

Правом на компенсацию за понесенный ущерб по отношению к страховщику обладает по общему правилу застрахованный член органа управления общества (управляющий).

⁴⁶ GmbHG § 35, Цёллнер/Ноак, комментарий GmbHG под ред. Баумбах/Хук, 20е изд. 2013 г., номер на полях 67.

⁴⁷ GmbHG § 43, Хаас/Цимонс, онлайн-комментарий издательства Бек к GmbHG по ред. Цимонс/Йэгер, 21ое издание, по состоянию на 01.03.2014, номер на полях 388.

⁴⁸ Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Aufsichtsräten, Vorständen und Geschäftsführern (AVB-AVG). Текст на немецком языке: <http://www.gdv.de/downloads/versicherungsbedingungen/allgemeine-versicherungsbedingungen-fur-die-vermogensschaden-haftpflichtversicherung-von-aufsichtsraten-vorstanden-und-geschäftsführern-avb-avg/>.

⁴⁹ Gesamtverband der deutschen Versicherungswirtschaft.

Однако, так как п. 2 § 108 Закона о договоре страхования⁵⁰ предусматривает, что соглашение о запрете уступки права требования, предусмотренное Общими условиями страхования, является недопустимым, управляющий вправе уступить свое право требования по отношению к страховой организации об освобождении от требований третьих лиц (Freistellungsanspruch) обществу. С уступкой это право требования превращается по сути в денежное требование против страховщика и таким образом может быть заявлено непосредственно самим обществом.⁵¹

В законодательстве о ГмбХ не существует правила, аналогичного предл. 3 п. 2 § 83 Закона об акционерных обществах, согласно которому не покрывается страховкой сумма ущерба равная от как минимум 10 процентов суммы ущерба до как минимум 150 процентов годового вознаграждения члена правления. Если общество с целью стимулирования управляющего хочет согласовать такое собственное удержание, соответствующее положение должно быть включено в договор с управляющим.⁵²

6. Вывод

Немецкое право предоставляет управляющему компании ГмбХ широкие возможности для принятия предпринимательских решений. В то же время ответственность управляющего, как гражданско-правовая, так и публично-правовая намного выше, чем ответственность рядовых работников. Эти риски компенсируются высоким вознаграждением управляющего, но при этом управляющий должен постоянно и внимательно следить за делами общества, в т. ч. на предмет рисков и ответственности.

Об авторе:



Ксения Барски является немецким адвокатом (Rechtsanwältin) и менеджером в PwC WPG AG, отдел Tax&Legal в г. Берлине. Г-жа Барски обладает глубокими познаниями в торговом и корпоративном праве Германии и России. В ходе своей деятельности г-жа Барски сопровождала многочисленные международные трансакции и приобрела обширный опыт по оформлению трансграничных договоров, а также по ведению российско-немецких переговоров.

Г-жа Барски окончила юридический факультет Университета им. Гумбольдта в Берлине, а также изучала международное право в Институте международных отношений в Киеве. Она свободно владеет русским, украинским, немецким и английским языками. Кроме того, г-жа Барски является сертифицированным экспертом в области межкультурной деловой коммуникации (Йенский университет имени Фридриха Шиллера).

⁵⁰ Gesetz über den Versicherungsvertrag. Текст на немецком и английском языках: www.gesetze-im-internet.de/vvg_2008/.

⁵¹ GmbHG § 43, Фляйшер, Мюнхенский комментарий к GmbHG, 1ое издание, 2012г, номер на полях 377.

⁵² Мюнхенский справочник адвоката «Право ГмбХ», Терлау/Хюртен, § 10, номер на полях 276.

Контактная информация:

Ксения Барски (Xenia Barski)

Адвокат (ФРГ)

Сертифицированный тренер по межкультурной коммуникации

PWC, Russian Business Group

Direct: +49 30 2636-1595 | Mobile: +49 170 3308797

Email: xenia.barski@de.pwc.com

Kapelle-Ufer 4, 10117 Berlin

www.pwc.de

Международное корпоративное право Германии

Das internationale Gesellschaftsrecht in Deutschland

Иван Аладьев (Dr. Ivan Aladyev)

In diesem Beitrag geht der Autor auf das internationale Gesellschaftsrecht in Deutschland und in der EU ein. Insbesondere wird die Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit sowie die Rechtsprechung des BGH zur Niederlassungsfreiheit und Sitzverlegung vorgestellt. Auch werden die aktuellen Fragen im Zusammenhang mit der Sitzverlegung einer europäischen Gesellschaft vorgestellt. Rechtsvergleichend geht der Autor auf die Situation in Russland ein.

I. Введение

Международное корпоративное право — это подотрасль корпоративного права, включающая в себя совокупность норм внутригосударственного законодательства, международных договоров и обычаев, которые регулируют на основе частно-управленческих методов общественные отношения, связанные с образованием и деятельностью корпораций (корпоративных форм юридических лиц), осложнённые вопросами иностранного права. Несмотря на название «международное корпоративное право», данный раздел права является, в первую очередь, национальным, то есть внутригосударственным правом. Сложность регулирования этой подотрасли права состоит в том, что для решения юридических вопросов необходимо уделять пристальное внимание нормам внутригосударственного права, включая коллизионные нормы, и проверке наличия международно-правовых договоров. В Германии особенную роль играют также нормы Европейского Союза (ЕС).

В основном, международное корпоративное право является главным в следующих случаях:

- иностранная (заграничная) корпорация (юридическое лицо) переносит своё местонахождение в другую страну;
- юридическое лицо, основанное по праву одной страны, переносит своё местонахождение за границу.

Также определенную роль играют открытие филиалов или представительств иностранных компаний. Last but not least, в контексте проблем, связанных с

международными корпоративными делами, заметную роль играют вопросы, связанные с возможностью участия иностранцев в органах корпорации. В дальнейшем автор постарается указать пути решения, перечисленных выше задач. Также, в ряде случаев будут приведены примеры, как эти задачи решаются российским законодательством.

II. Правоспособность иностранных юридических лиц

1. Теоретический подход

В немецком законодательстве нет коллизионных норм, которые отвечали бы на вопрос, какое право применять по отношению к правоспособности иностранных юридических лиц. На вопрос, какое материальное право применяется, дает ответ, так называемая, теория инкорпорации (то есть теория учреждения) и теория местонахождения.

а. Теория инкорпорации

Теория инкорпорации (по-немецки: Gründungstheorie) применяет по отношению к юридическому лицу право той страны, в которой юридическое лицо было образовано (инкорпорировано). Ее придерживаются страны англосаксонской правовой семьи, большинство скандинавских стран, а также Королевство Нидерландов. В этих странах перенесение местонахождения юридического лица проблем не вызывает. После переноса местонахождения в отношении юридического лица применяется первоначальное право страны основания. Юридическое лицо остается правоспособным, если оно было таковым с самого начала.

Российское законодательство также пошло по пути теории инкорпорации. Ст. 1202, 1203 ГК РФ закрепили понятие «личный закон юридического лица» и установили круг вопросов, решаемых с помощью личного закона юридического лица.¹

б. Теория оседлости

В Германии, как и в большинстве стран европейско-континентальной правовой семьи, корпоративное право придерживается теории оседлости (по-немецки: Sitztheorie), применение которой было сужено судебной практикой Европейского Суда,² описанной в статье ниже.

По теории оседлости в отношении к юридическому лицу применяется право страны фактического местонахождения управляющих органов юридического лица. Местонахождение управляющих органов определяется не уставом корпорации, а тем местом, в котором в действительности принимаются решения управляющих органов.

Теория оседлости с самого начала преследовала цель пресечь такие злоупотребления, как учреждение компаний, существующих только в виде почтового ящика, что имеет

¹ Подробнее см. *Аухатов А. Я.*, Российское законодательство в области коллизионно-правового регулирования юридических лиц, Журнал российского права, 2009. № 7, С. 100-111.

² Далее ЕвС (по-немецки: Europäischer Gerichtshof, EuGH, <http://curia.europa.eu/>).

место, например, в Лихтенштейне, в штате США Делавэр или в других «правовых оазисах». Благодаря закреплению критерия местонахождения органов управления, становятся излишними специальные нормы, защищающие внутренний «корпоративный рынок».

Теория оседлости придерживается принципа международного права, по которому в отношении обстоятельств дела применяется право той страны, в которой возникают обстоятельства дела.

Теория оседлости приводит к смене личного закона юридического лица при перенесении местонахождения управляющих органов этого юридического лица в другую страну. В результате, перенесение местонахождения юридического лица приводит к ликвидации первоначальной компании и к созданию новой, основанной на праве той страны, в которую были перенесены юридические органы. Если компания не учреждается заново, то в Германии она не приобретает статуса организации, основанной по иностранному праву. Такое юридическое лицо является в Германии частично правоспособным, то есть оно только частично наделено правами.³ Ответственность участников такой организации всегда личная и не подлежит ограничению. Непризнание иностранных юридических лиц объясняется защитой третьих лиц, например, кредиторов, деловых партнеров, работников. В литературе используются такие понятия как «race to the bottom» или «состязание по влостности корпоративного права». Главная цель теории оседлости - недопущение «эффекта Делавэр».

2. Правовой статус в ЕС и судебная практика ЕвС

а. Законодательство ЕС

«Свобода передвижения и выбора места жительства» («Niederlassungsfreiheit») в ЕС регулируются ст. 49 и др. Договора о функционировании ЕС (далее: ДФЕС)⁴. Согласно ст. 54 ДПРЕС в область защиты свободы передвижения и выбора места жительства попадают не только граждане стран ЕС, но и компании, основанные в ЕС.⁵ В понятие «свободы выбора места жительства» входит запрет на дискриминацию, а также требование к равноправию с гражданами данной страны. При этом субъекты, попадающие под защиту свободы выбора места жительства, обладают правом заниматься экономической или трудовой деятельностью на тех же условиях, что и граждане страны, в которую переносится место жительства. Это право является конкретизацией п. 1 ст. 18 ДФЕС. Адресатом запрета на дискриминацию являются не только страны-участники ЕС и их администрации, но и частные лица. Также ст. 18 ДФЕС содержит общий запрет на ограничения по аналогии с судебной практикой ЕвС. В

³ Речь идет об организациях с личной ответственностью участников, «Handelsgesellschaften» или «Gesellschaft bürgerlichen Rechts». Разница между этими двумя правовыми формами это занятие коммерческой торговлей (статус коммерсанта по Торговому Уложению Германии – HGB).

⁴ <http://eulaw.ru/treaties/tfeu>.

⁵ Под понятие компании попадают и немецкие торговые организации, не являющиеся юр. лицами: простые товарищества и торговые организации/товарищества («Gesellschaft bürgerlichen Rechts» и «Handelsgesellschaften»), последние делятся на «Offene Handelsgesellschaften» (Открытое торговое товарищество) и «Kommanditgesellschaften» («Товарищество на вере/коммандитное товарищество»).

решении по делу «Cassis de Dijon»⁶ ЕвС перечислил меры, приводящие к ограничению основных прав, которые, «не являясь дискриминацией», тем не менее, препятствуют исполнению или делают это исполнение менее привлекательным.

Надо заметить, что для защиты основных свобод в ЕС необходимо наличие «внешней деятельности», то есть деятельность компании должна затрагивать как минимум две страны. Резидент страны не может сослаться на ограничение свободы перемещения и выбора места жительства по делам компании, которая была основана в этой же стране.

Вмешательство в основные права может быть оправданным, если оно обусловлено защитой «неотложных причин общего блага» («*zwingende Gründe des Allgemeininteresses/Allgemeinwohls*»). При проверке обоснованности такого вмешательства следует придерживаться следующей схемы:

- Ограничительная мера формально не является дискриминацией,
- Ограничение оправдывается общим благом,
- Ограничение является пригодным для достижения той цели, которую преследует данная мера,
- Принятые меры не могут выходить за рамки необходимого для достижения цели.

Наряду со свободой выбора места жительства, важную роль в ЕС играет «свобода оказания услуг» («*Diensleistungsfreiheit*»). Это свобода нормирована в ст. 56 и др. ДФЕС.

Свобода оказания услуг защищает граждан стран-участников ЕС, а через ст. 62, 54 ДФЕС и компании, то есть юридические лица и организации. По существу под защиту попадают все услуги, принципиально оказываемые за денежное вознаграждение, п. 1 ст. 57 ДФЕС. К услугам относятся все виды коммерческой, торговой, ремесленной деятельности, а также деятельность представителей свободных профессий.

Надо принять ко вниманию, что свобода оказания услуг субсидиарна (т.е. выходит на второй план) по отношению к свободе работников («*Arbeitnehmerfreizügigkeit*»), свободе передвижения товаров («*Warenverkehrsfreiheit*») и свободе передвижения и выбора места жительства. Это субсидиарность («*Subsidiarität*») следует из формулировки п. 1 и п. 3 ст. 54 ДФЕС. Критерием различия между свободой выбора места жительства и свободой по оказанию услуг, является понятие «временного характера». ЕвС применяет нормы о свободе оказания услуг в тех случаях, когда услуги временно оказываются в другом государстве, являющемся членом ЕС.⁷ Критерием различия свободы работников и свободы оказания услуг является понятие «зависимости от занятия».

⁶ Решение ЕвС от 20.02.1979 – 120/78.

⁷ П. 21 решения ЕвС от 12.12.1996 - C-3/95 по делу «Reisebüro Broede / Sandker». См также решение ЕвС от 30.11.1995 - C-55/94 по делу «Gebhard / Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano».

в. Судебная практика ЕвС

(1) Gebhard vs. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano⁸

Это решение является, наверное, одним из самых важных для понятия свободы оказания услуг. Г-н. Гебхард - адвокат в городе Штутгарт, научный сотрудник Миланского адвокатского бюро (с 1978 года), компаньон этого бюро (с 1980 по 1989 годы). В 1989 году г-н Гебхард открыл в Милане собственный адвокатский кабинет и работал в нем адвокатом, пользуясь итальянским понятием «avvocato». Адвокатская палата города Милан отказала ему в 1991 году в получение статуса адвоката, а также временно запретила ему профессиональную деятельность. Апелляционный суд («Consiglio Nazionale Forense») передал дело в ЕвС для ответа на вопрос, противоречит ли национальное право Италии союзному праву. ЕвС отделил в своём решении свободу указания услуг от свободы перемещения и выбора места жительства и постановил, что итальянское законодательство противоречит нормам ЕС. Как следствие решения ЕвС ЕС принял директиву ЕС 98/5/ЕС⁹ «по облегчению занятием адвокатской деятельности в другом государстве ЕС, отличном от того, в котором была получена соответствующая квалификация».

(2) Doc Morris II¹⁰

Голландское акционерное общество¹¹ «DocMorris NV» намеревалось открыть аптеку в немецком городе Саарбрюккен. По §§ 8, 9 Закона об аптеках последние могут открываться только частными лицами и коммерческими организациями, не являющимися юридическими лицами. В § 8 Закона перечислены все корпоративные формы, которым разрешено открывать аптеки. Несмотря на ограничения закона, МинЗдрав Земли Саар выдал разрешение компании DocMorris. Административный суд г. Зарлуи передал дело «Аптекарьская палата против МинЗдрава Земли Саар» в ЕвС.

ЕвС установил в § 8 Закона об аптеках ограничение свободы выбора места жительства. Тем не менее, он оправдал это ограничение тезисом «защиты общего блага».¹² ЕвС объяснил ограничение свободы «особым, исключительным характером» торговли лекарственными средствами. Тем самым, он поддержал существующий в Германии идеал независимого аптекаря, работающего в «собственной» аптеке.¹³

⁸ Решение ЕвС от 30.11.1995 - С-55/94.

⁹ В данном случае ЕС: Европейские Сообщества, действующее до образования Европейского Союза.

¹⁰ Решение ЕвС от 19.05.2009 – С 171/07 и С 172/07.

¹¹ «naamloze vennootschap / NV».

¹² См. критическое обсуждение решения у *Martini*, NJW («Новый правовой еженедельник») 2009, 2112 (2116).

¹³ Не стоит уделять внимание тому факту, что на практике большинство аптекарей являются сотрудниками а не предпринимателями, большую часть лекарств продуют помощники аптекарей, не имеющих фармацевтического образования. Кстати, такую же особенность ЕвС нашел и в торговле очками в Греции.

(3) Ernst Engelmann¹⁴

В Австрии до недавнего времени было запрещено занятие игорным бизнесом (речь идет о казино) без получения соответствующей концессии. Концессия выделялась на срок до 15 лет, причем, только акционерным обществам, основанным и зарегистрированным в Австрии. Невзирая на это ограничение, гражданин Германии Ernst Engelmann открывает казино. Уголовный суд приговаривает его к денежному штрафу. Земельный суд города Линц в качестве апелляционного суда передает дело в ЕвС для решения вопроса о соответствии австрийского закона положению о свободе выбора места жительства. В судебном споре Австрия утверждала, что только корпоративная форма акционерного общества может позволить представителям государства занять места в наблюдательном совете и, тем самым, предохранить игорный бизнес от криминализации.

ЕвС с такой позицией не согласился, так как выдача разрешений на концессию только австрийским АО ограничивает в правах иностранцев и иностранные фирмы. В особенности последние оказываются лишенными возможности открывать филиалы в Австрии. ЕвС отказал Австрии в праве использовать положение о «защите общего блага». По мнению суда, существуют другие, столь же эффективные меры борьбы с преступностью в игорном бизнесе, обладающие одновременно не столь выраженным ограничительным характером¹⁵.

(4) Überseering BV¹⁶

Доли голландского общества с ограниченной ответственностью¹⁷ «Überseering» были проданы немецким гражданам, жившим в г. Дюссельдорфе. Покупатели заняли пост исполнительного органа компании¹⁸. По действовавшему на тот момент немецкому законодательству это означало, что произошло перемещение управления компании из Голландии в Германию. Компания BV подала иск в Верховный земельный суд¹⁹ г. Дюссельдорфа, в удовлетворении которого ей было отказано. По мнению Высшего земельного суда (далее ВЗС) г. Дюссельдорфа у BV отсутствовала правоспособность по немецкому праву. Решение было обосновано главенствующей в Германии теорией оседлости. Федеральный Верховный суд Германии (далее: ФВС ФРГ)²⁰ в качестве ревизионной инстанции отправил дело в ЕвС для выяснения вопроса, не противоречит ли теория оседлости свободе выбора места жительства. В своем запросе ФВС ФРГ подчеркнул, что придерживается позиции правильности теории оседлости. Так же ФВС ФРГ высказался против теории инкорпорации, поскольку применение ее на практике чревато опасностью обхода норм, защищающих третьи лица.

¹⁴ Решение ЕвС от 09.09.2010 - С-64/08.

¹⁵ Например обязанность проведения аудита независимыми экспертами и др.

¹⁶ Решение ЕвС от 05.11.2002 - С-208/00.

¹⁷ «Besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid» / «BV».

¹⁸ «Bestuur».

¹⁹ «Oberlandesgericht».

²⁰ Bundesgerichtshof, BGH.

ЕвС постановил, что лишение правоспособности и/или установление процессуально-правовой дееспособности компании, организованной по праву одной из стран ЕС и поэтому изначально правоспособной, только из-за перенесения ее управляющего органа в другую страну ЕС ограничивает свободу перемещения и выбора место жительства, не имея для этого объяснительной причины.

Из решения ЕвС следует, что внутри ЕС в отношении компаний, основанных по национальному праву, в любой другой стране ЕС следует придерживаться теории инкорпорации.

с. Ситуация в Германии / Trabrennbahn²¹

В 2009 году ФВС ФРГ решал вопрос о признании швейцарского акционерного общества²² правоспособным. Суть проблемы соответствовала ситуации с компанией *Überseering*, за тем исключением, что акционерное общество было основано по праву Швейцарии. В своем решении ФВС ФРГ установил порядок проверки и последствия, к которым может привести перенос места управления иностранной компании в Германию.

Суд отметил, что для компаний из стран, входящих в ЕС или в ЕЭЗ,²³ следует придерживаться теории инкорпорации и признавать их полноправными. Швейцария же, как было отмечено в решении суда, не является ни членом ЕС, ни членом ЕЭЗ.

К тому же, в отличие от США между ФРГ и Швейцарией отсутствуют какие-либо договоры о признании полноправия между компаниями²⁴.

В результате, ФВС ФРГ постановил, что в таких случаях в отношении иностранных компаний справедливой следует считать теорию оседлости. АО, основанное по праву одной страны, переходя в другую, не превращается в АО, основанное по национальному праву этой страны. В Германии компании, которые не до конца довели государственную регистрацию, имеют корпоративный статус товарищества (сообщества)²⁵. Такие сообщества частично²⁶ дееспособны и обладают процессуальными правами, однако ответственность их участников является личной и полной (в том числе, они отвечают всем своим имуществом).

Данное решение суда показало опасность перенесения места управления иностранной (но не союзной) компании в Германию. Несмотря на признание компании (частично) полноправной, у её участников возникает риск полной личной ответственности.

²¹ Решения ВСГ от 27.10.2008 - II ZR 158/06.

²² «Aktiengesellschaft» (AG).

²³ Европейская экономическая зона. Она включает в себя все страны ЕС и три из четырех стран Европейской ассоциации свободной торговли (ЕАСТ/ЕФТА): Исландию, Норвегию и Лихтенштейн. В 2005 году на референдуме граждане Швейцарии проголосовали за вступление страны в Шенгенское соглашение и выход из ЕЭЗ.

²⁴ Между ФРГ и США действует Немецко-американский Договор о дружбе от 29.10.1959.

²⁵ Имеется в виду Personengesellschaft, см. сноску 3.

²⁶ В отношении общества гражданского права (простого товарищества).

III. Иностранцы в качестве органов юридических лиц

Вопрос избрания или назначения органов юридических лиц определяется личным законом юридического лица. Граждане стран ЕС могут быть назначены органами немецких юридических лиц. Законодательство ЕС запрещает дискриминацию граждан ЕС, что приводит к полному равенству в правовом отношении между гражданами Германии и гражданами других стран ЕС.

Ранее,²⁷ граждане стран, не входящих в ЕС, могли занимать место в органах немецких юридических лиц при условии, что они в любой момент имеют право въехать в ФРГ.²⁸ По решениям ВЗС г. Цвайбрюккен²⁹ (Zweibrücken) и ВЗС г. Дюссельдорф³⁰ возможность физического лица въехать в Германию в любой момент больше не является необходимым условием для назначения его директором³¹ юридического лица.³² § 4а Закона об ООО ФРГ³³ и § 5 Закона об АО ФРГ³⁴ позволяют немецким юридическим лицам переносить местонахождения управляющего органа³⁵ за границу. А это означает, что требование права въезда в страну, в которой находится местонахождение юридического лица в любой момент, не может более считаться необходимым.

IV. Перенесение местонахождения за границу

1. Перенос из Германии в другое государство

Принципиально, что перенос местонахождения юридического лица за границу не может быть занесен в Торговый Реестр³⁶ Германии, в котором юридическое лицо было зарегистрировано.³⁷ К тому же, большинство специалистов считают, что такой перенос приводит к прекращению и распаду юридического лица.³⁸

²⁷ До введения Закон о модернизации права ООО (GmbH) и борьбы с злоупотреблениями, MoMiG, от 23.10.2008 в силу.

²⁸ ВЗС г. Целле (Celle), ZIP («Журнал Экономического права») 2007, 1157; ВЗС г. Кёльн, ВВ (журнал «Консультант по вопросам управления») 1999, 493; ВЗС г. Хамм, DNotZ («Немецкая Нотариальная Газета») 2000, 235 и др.

²⁹ Решение от 09.09.2010 - 3 W 70/10.

³⁰ Решение от 06.04. 2009 - 3 Wx 85/09.

³¹ Geschäftsführer.

³² См. также Земельный суд (Landgericht, LG) г. Берлин, решение от 04.03.2004 - 102 Т 6/04; ВЗС г. Дрезден, решение от 06.06.2002 - 7 U 2325/01.

³³ GmbH-Gesetz, текст на немецком и английском языках: <http://www.gesetze-im-internet.de/gmbhg> Далее: ОООЗ-Г.

³⁴ Aktiengesetz (AktG), текст на немецком языке: <http://www.gesetze-im-internet.de/aktg> Далее АОЗ-Г.

³⁵ Надо различать между местом нахождения юридического лица, то есть адресом, по которому юр. лицо зарегистрировано и местом управления, то есть местом, из которого юр. лицо действительно управляется (например, место нахождения главного офиса или дирекции). В России место нахождения юр. лица регулируется п. 2 ст. 54 ГК РФ - место нахождения - адрес регистрации.

³⁶ Реестр торговых фирм.

³⁷ В Германии Handelsregister. Смотри: www.handelsregister.de.

³⁸ ВЗС Мюнхен, решение от 04.10.07 - 31 Wx 36/07; ВЗС Бранденбург, решение от 30.11.2004 - 6 Wx 4/04; и др.; др. мнение на пример *Гуффер (Hüffer)*, Комментарий к АОЗ-Г, 9. издание, § 5, п. 12; *Клайнерт/Шварц (Kleinert/Schwarz)*, GmbHR («Журнал права ООО») 2006, 3655, который рассматривают перенос место нахождения немецкого ООО в другую страну ЕС.

Прекращение деятельности компании в случае переноса её местонахождения за границу, точнее в другую страну ЕС, не противоречит нормам права ЕС. Это постановил ЕвС в деле «Cartesio».³⁹ Данное решение является прецедентным по вопросам переноса местонахождения в другое государство ЕС. По сути, дело свелось к вопросу, имеет ли истец (венгерское товарищество, основанное на вере/коммандитное товарищество) право требовать внесения нового местонахождения компании в Италии в торговый реестр Венгрии. При этом венгерское право не предусматривало переноса местонахождения компании за границу. Многие надеялись, что ЕвС разрешит переносить местонахождение компании в любую страну ЕС. В решение по делу «Centros» ЕвС дал право любой компании, созданной по праву ЕС, требовать от другой страны ЕС зарегистрировать компанию в торговом реестре этой страны. ЕвС отказал товариществу в его иске. Любое коммерческое лицо создается по статуту определенной страны (так называемому, статуту основания). В компетенцию каждого государства ЕС входит установление правил для юридических лиц, созданных по праву данной страны. Запрет переноса местонахождения компании за границу не противоречит европейскому запрету на дискриминацию (ст. 18 ДФЕС), а также свободе передвижения и выбора места жительства (ст. 49 - 55 ДФЕС). Адресатами свобод являются иностранцы. Запрет или непредусмотрение возможности переноса местонахождения компании за границу, который накладывает государство, касается не иностранцев, а резидентов данной страны.

В Германии законодатель предоставил возможность переносить местонахождение управляющего органа в любую точку света. Перенос же местонахождения юридического лица за границу немецким законодательством не предусмотрен. Судебная практика ЕвС (дело «Cartesio») не считает обязательной или необходимой предоставление такой возможности, поэтому законодательство Германии дает корпорациям больше свобод, чем того требуют нормы ЕС.

В России перенос местонахождения органов управления российского юридического лица за пределы России, основанный на решении его компетентного органа управления, не влечет за собой ликвидации юридического лица и его исключения из Единого государственного реестра юридических лиц.⁴⁰ Необходимо отметить, что под переменной местонахождения юридического лица Закон о государственной регистрации юридических лиц понимает изменение местонахождения юридического лица внутри страны, т. е. только в пределах РФ, а не перенос его за границу. В юридической литературе указывается, что правовые последствия переноса местонахождения органов управления юридического лица, учрежденного по законам РФ, за ее пределы отечественным законодательством не урегулированы.⁴¹ Перенесение местонахождения органов юридического лица российского права за границу возможно в случае, если

³⁹ Решение от 16.12.2008 - С 210/06.

⁴⁰ Абова, Т.Е./Богуславский, М. М./Светланов, А.Г. (Ред.), Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, Москва, 2004, ст. 1214.

⁴¹ Аухатов, А.Ю., Перенесение местонахождения правления российского юридического лица за границу и иностранного юридического лица на территорию России, «Бизнес, менеджмент и право», http://bmpravo.ru/show_stat.php?stat=745#8 (Проверка: 20.04.2015).

внесены изменения в учредительные документы этого юридического лица и проведена их государственная регистрация в РФ, и законодательство иностранного государства, в которое переносится местонахождение юридического лица, не предъявляет особых требований к этому процессу.⁴²

Перенос местонахождения юридического лица российского права за границу не возможен, так как не регулируется законом. Перенесение управления возможно, так как закон интересуется только местом нахождения компании, а не местом, откуда ведется фактическое управление.

2. Перенос местонахождения в Германию

Перенос местонахождения юридического лица в Германию с оставлением идентичности этого юридического лица возможен только в тех случаях, когда соблюдено национальное законодательство о преобразовании⁴³ страны происхождения юридического лица.⁴⁴ По решению ЕвС по делу VALE Építési kft⁴⁵ Германия должна предоставлять возможность переноса местонахождения немецкой компании (то есть юридического лица, основанного по праву Германии) в другую страну ЕС. Пока не существует детальных правил перенесения местонахождения в национальных законодательствах стран ЕС. Также отсутствует директива ЕС по перенесению местонахождения. До введения этих правил необходимо:

- Соблюдать требования страны, из которой переносится местонахождения, а также немецкие нормы об основании и преобразовании. К тому же необходимо выполнять требования о перенесении местонахождения, предъявляемые к компании из ЕС (ст. 8 УЕК)⁴⁶.
- Из немецких норм об основании и преобразовании вытекают следующие требования, которые необходимо выполнять: а) Иметь отчет об основании (по аналогии с § 197 Закона о преобразовании); б) соблюсти нормы о защите уставного (акционерного) капитала, по аналогии с § 245, п. 1 § 220 Закона о преобразовании. Другими словами, надо предоставить отчеты, балансы и экспертизу.
- Решение учредительного (акционерного) собрания должно принять Устав юридического лица, по аналогии с п. 1 § 243 Закона о преобразовании.
- Владелец иностранного юридического лица и владелец юридического лица, регистрирующегося в Германии, должны быть одним и тем же лицом, по крайней мере, на этапе регистрации (№ 2 п. 1 § 202 Закона о преобразовании).

⁴² Асосков, А. В., Правовые формы участия юридических лиц в международном коммерческом обороте, Москва, 2003., С. 53"; см. также Аухатов, А.Ю., Перенесение местонахождения правления российского юридического лица за границу и иностранного юридического лица на территорию России, «Бизнес, менеджмент и право».

⁴³ В Германии это Закон о преобразовании, Umwandlungsgesetz. Ст. 190 и др. нормируют преобразование – трансформацию за границу. В России для ООО см. ст. 56 и др. ФЗ об ООО.

⁴⁴ Высший земельный суд г. Нюрнберг, постановление от 19.06.2013 - 12 W 520/13.

⁴⁵ ЕвС, приговор от 12.07.2012 – С-378/10.

⁴⁶ Далее ЕК. Имеется в виду европейская корпоративная форма *Societas Europaea (SE)*, т.е. юр. лицо, учрежденное в соответствии с Уставом европейской компании (далее УЕК).

- Из УЕК, примененного по аналогии, следует, что план перенесения местонахождения на основании п. 2 ст. 8 УЕК должен быть опубликован, а из ст. 13 УЕК вытекает, что необходимо представить доказательства публикации. Решение о согласии с планом перенесения может быть принято не ранее, чем через два месяца после публикации плана. Также необходимо представить доказательства того, что против компании не начато производство по п. 15 ст. 8 УЕК из-за банкротства, ликвидации или прекращения деятельности корпорации. Также необходимо представить доказательства об отсутствии сотрудников из других стран ЕС. Достаточным будет являться Заявление исполнительного органа. Иначе, надо поступать в соответствии со ст. 12 УЕК.
- Во избежание возможных проблем заверять документы желательно у немецкого нотариуса, если это позволяет право страны, из которой переносится в Германию местонахождение компании.

Описанные выше правила должны также соблюдаться и при переносе местонахождения немецкого юридического лица в другую страну ЕС.

Об авторе:



Иван Аладьев, др. права, адвокат, специалист (Fachanwalt) в области торгового и корпоративного права, а также международного экономического права. Родился в 1981 г. в Москве. Работает в адвокатской компании «Wolter Hoppenberg». Специализируется на немецком и международном экономическом и корпоративном праве, внешнеторговым и договорным отношениям и судопроизводстве в национальных и европейских судах и арбитраже. Также имеет большой опыт работы в области конкурентного и антимонопольного права.

Является доцентом SRH Hochschule в г. Хамм по экономическому праву и комплаенсу. Автор многих статей, опубликованных на русском, английском и немецком языках. Член Германно-Российской Ассоциации Юристов и Германно-Российского Форума.

Über Autor:

Dr. Ivan Aladyev, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht sowie für internationales Wirtschaftsrecht. Geboren 1981 in Moskau. Arbeitet bei Wolter Hoppenberg Rechtsanwälte Partnerschaft mbB. Dr. Aladyev berät schwerpunktmäßig im deutschen und internationalen Handels- und Gesellschaftsrecht, sowie im Außenwirtschafts- und Vertragsrecht. Zu weiteren Schwerpunkten gehört Kartell- und Wettbewerbsrecht, Prozessführung und Arbitrage. Herr Dr. Aladyev ist Lehrbeauftragter der SRH Hochschule Hamm für Wirtschaftsrecht und Compliance. Er ist Autor zahlreicher Aufsätze in deutscher, englischer und russischer Sprache. Er ist unter anderem Mitglied des Deutsch-Russischen Forums und der Deutsch-Russischen Juristenvereinigung.

Контактные данные: Mob.: +49 (0) 172/2 82 01 60, aladyev@wolter-hoppenberg.de; iwan.aladieff@gmail.com

Правила электронной коммерции в Германии

Rechtsfragen von E-commerce in Deutschland

Др. Игорь Барабаш (Dr. Igor Barabash)

Der Beitrag liefert einen kurzen Überblick über die deutschen E-Commerce-Regulativen, insbesondere mit dem Schwerpunkt der neuen deutschen E-Commerce-Vorschriften, die zum 13. Juni 2014 in Kraft getreten sind und die die Vorgaben der europäischen Verbraucherrechte-Richtlinie (Richtlinie 2011/83/EU) ins deutsche Recht umsetzen. Im Weiteren geht der Beitrag auf die Anwendbarkeit deutschen Rechtes auf die ausländischen E-Commerce-Anbieter und auf die möglichen Folgen und Risiken bei Verstößen gegen die E-Commerce-Vorschriften ein.

I. Вступление

Торговля с использованием электронных технологий в Германии по-прежнему на подъеме. По последним данным Ассоциации немецкой интернет-индустрии *eco*¹, годовой оборот e-бизнеса в Германии составляет около 21,4 миллиарда евро. При ожидаемом годовом росте оборота более чем на 10% прогнозы продаж путём электронной коммерции в течение следующих двух лет оцениваются в 28,4 миллиарда евро в год.

Под понятием «электронная коммерция» уже давно понимается не только простая продажа товаров через интернет (классическая реализация товаров через торговые площадки), но и многие другие области деятельности, такие как предоставление услуг, электронное здравоохранение („*e-health*“), возможность связи автомобилей с интернетом („*car connectivity*“), разработка и предоставление программного обеспечения и мобильных приложений. Эти сферы услуг также подпадают под действие существующих законов об электронной коммерции.

Данная статья представляет собой краткое изложение правовой ситуации относительно электронной коммерции в Германии. Эта статья является только кратким обзором ситуации, так как юридические положения об электронной коммерции, так же как и сам e-бизнес, очень разнообразны и должны быть индивидуально рассмотрены и проверены для каждого отдельного вида услуг. Нижеприведённая информация сосредоточена на правовых нововведениях, которые вступили в силу в Германии в июне 2014 года.

¹ www.eco.de

II. Правовая ситуация

1. Согласование законоположений стран-членов Европейского Союза (ЕС)

Немецкие правила электронной торговли, которые находятся не только в Гражданском Уложении („*Bürgerliches Gesetzbuch, BGB*“²), § 312b и след. BGB), но и в ряде других законов (например, в Законе о борьбе с недобросовестной конкуренцией („*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG*“³), в Законе о технических средствах коммуникации („*Telemediengesetz, TMG*“⁴) и в Вводном Законе к Гражданскому Уложению („*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, EGBGB*“⁵)), основаны в значительной степени на европейских нормах. По этой причине гармонизация правил на уровне ЕС имеет первостепенное значение для немецких правил электронной коммерции. К европейским нормам относятся, в частности, следующие директивы ЕС, которые были реализованы в немецком праве: Директива 97/7/ЕС от 20 мая 1997 года о защите прав потребителей в отношении договоров, заключаемых дистанционным путём⁶, и Директива 2002/65/ЕС от 23 сентября 2002 года о дистанционных финансовых услугах для потребителей⁷.

В то время как в прошлом многие директивы ЕС предписывали лишь минимальное согласование („*Mindestharmonisierung*“) положений государств-членов, некоторые новые директивы ЕС предписывают полное согласование („*Vollharmonisierung*“). По этой причине 13 июня 2014 года⁸ вступили в силу новые немецкие правила электронной коммерции, которые реализуют Европейскую Директиву прав потребителей (Директива 2011/83/ЕС⁹). Целью Директивы является достижение полной гармонизации законодательства в государствах-членах ЕС и повышение уровня защиты прав потребителей. Правила, входящие в эту директиву, теперь одинаковы во всех государствах-членах ЕС. В прошлом возможные различия (например, в отношении периода права отмены договора „*Widerrufsfrist*“) теперь не существуют. Новые правила электронной коммерции, основанные на Директиве 2011/83/ЕС, включают в себя, в частности, следующие положения:

- Область применения правил о дистанционной продаже теперь ограничена договорами о платных услугах или продажах товара („*entgeltliche Leistungen*“);

² Текст Гражданского Уложения Германии (ГГУ/BGB) на немецком и английском языках: www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html

³ Текст Закона о борьбе с недобросовестной конкуренцией (UWG) на немецком и английском языках: www.gesetze-im-internet.de/uwg_2004/index.html

⁴ Текст Закона о технических средствах коммуникации на немецком языке: www.gesetze-im-internet.de/tmg/index.html

⁵ Текст на немецком и английском языках: www.gesetze-im-internet.de/bgbeg/index.html

⁶ Текст Директивы на немецком языке: eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1997L0007:20050612:DE:PDF

⁷ Текст Директивы на немецком языке: eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002L0065&from=de

⁸ *Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung*; dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP17/500/50037.html

⁹ Текст Директивы на немецком языке: eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:304:0064:0088:de:PDF

- Введены новые специальные правила для цифрового контента („*digitale Inhalte*“);
- Расширена защита потребителей от скрытых затрат („*versteckte Kosten*“);
- Теперь потребитель может заявить об отмене договора и по телефону;
- Введены новые правила, касающиеся обязанности предоставлять определённую информацию.

Многие другие вопросы и проблемные области, такие как обязанности о предоставлении информации, которые следуют из других директив (например, Директива об электронной коммерции (Директива 2000/31/ЕС¹⁰) или Директива об услугах на внутреннем рынке (Директива 2006/123/ЕС¹¹), не согласованы в полной мере. Данные правила электронной коммерции, следовательно, в различных странах ЕС не являются идентичными, хотя они – из-за принципа минимальной гармонизации – очень похожи.

2. Нововведения 13 июня 2014 года

а. Область применения правил¹²

Правила дистанционных продаж и оказания услуг („*Fernsabatzvorschriften*“) теперь применяются только для таких договоров с потребителями, которые регулируют платные услуги или продажу товаров. В предыдущей версии закона это не было прописано в такой отчётливой форме и, следовательно, приводило к несправедливым результатам в офертах по электронной коммерции, которые не предусматривают оплаты услуг или товаров потребителем.

Правила дистанционных продаж и оказания услуг применяются при следующих условиях:

- Платные услуги или продажа товара (некоторые обязанности о предоставлении информации существуют даже при безвозмездных услугах);
- Деловые отношения между предпринимателем и потребителем („*B2C*“);
- Исключительное использование дистанционного средства связи при заключении договора;
- Заключение договора в рамках схемы по организованной дистанционной продаже;
- Отсутствие исключений (например, договоры о поставке продуктов питания).

¹⁰ Текст Директивы на немецком языке: eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:178:0001:0016:DE:PDF

¹¹ Текст Директивы на немецком языке: eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006L0123&from=DE

¹² § 312 Abs. 1 ГГУ (BGB): www.gesetze-im-internet.de/bgb/_312.html

в. Цифровой контент¹³

Введены совершенно новые особые требования к обязанностям о предоставлении информации о цифровом контенте (например, для программного обеспечения, мобильных приложений и электронных книг). Предприниматель должен теперь предоставить сведения о принципе действия цифрового контента, в том числе о соответствующих мерах технической защиты. Кроме того, потребитель должен быть проинформирован о том, каким образом использование предоставленного контента может быть отслежено („*tracking*“) и есть ли ограничения в совместимости цифрового контента.

с. Новые обязанности о предоставлении информации¹⁴

Предприниматель должен предоставить потребителю информацию об обязательном сроке поставки („*verbindlicher Liefertermin*“). На данный момент остается неясным, должна ли быть на самом деле указана точная дата или достаточно указать промежуток времени.

Также введены некоторые новые правила для защиты потребителей от скрытых затрат („*versteckte Kosten*“)¹⁵. При подписке или абонементе предприниматель обязан указать полную стоимость услуг по договору или, если полная стоимость не может быть подсчитана на момент заключения договора, по крайней мере способ расчёта цены. Кроме того, без специального недвусмысленного соглашения предприниматель не имеет права потребовать оплаты дополнительных услуг, которые выходят за пределы оплаты основных услуг (например, дополнительные сборы за обработку заказа, пошлины за отмену заказа или дополнительное страхование товара). В этом контексте потребителю должен быть предложен по крайней мере один способ оплаты без дополнительных затрат. Помимо этого, потребителю должна быть предоставлена возможность бесплатной сервисной службы по вопросам о договоре (то есть, без сборов, выходящих за рамки оплаты обычного телефонного звонка). Но «горячая линия», через которую предоставляется только общая информация о товарах или услугах, не подпадает под это правило.

Характер и масштабы информации, которую необходимо предоставить потребителю, существенно не изменились, но некоторые пункты должны быть предоставлены гораздо раньше, чем по старому законодательству. В принципе, большая часть информации должна быть предоставлена «в понятном виде до отправки заказа» („*vor Abgabe von dessen Bestellung klar und verständlich mitzuteilen*“), и, таким образом, по существу в любое время до отправки заказа. Эта информация включает в себя, например, информацию о личности компании и характеристике товара или услуги. Но есть и исключения. Например, информация об ограничениях при доставке (например, доставка

¹³ § 312f Abs. 3 ГГУ (BGB): www.gesetze-im-internet.de/bgb/_312f.html

¹⁴ Например, § 312i и § 312j BGB: www.gesetze-im-internet.de/bgb/_312i.html и www.gesetze-im-internet.de/bgb/_312j.html

¹⁵ § 312a BGB: www.gesetze-im-internet.de/bgb/_312a.html

только на материке) и о способах оплаты. Эта информация должна быть предоставлена не позднее начала процесса заказа, и, таким образом, прежде чем товар будет добавлен в электронную корзину на интернет-сайте.

Новым правилом является то, что определенная информация должна быть указана непосредственно перед нажатием кнопки заказа. Такой информацией является: основные свойства товара или услуг; общая цена со всеми налогами, пошлинами и затратами на доставку или указанием, что некоторые расходы могут быть добавлены; при договорах на основе подписки общие ежемесячные расходы, срок действия договора и условия прекращения постоянных и автоматически продлеваемых договоров; минимальный срок контракта. Между требуемой информацией и кнопкой заказа не должны находиться никакие другие элементы оформления.

d. Модификация права на отмену („*Widerrufsrecht*“)¹⁶

В соответствии с бывшей правовой ситуацией, чтобы реализовать право на отмену договора, в принципе, было достаточно, если потребитель не принимал заказанный товар или отсылал его обратно без каких-либо комментариев. Но с июня 2014 г. необходимо недвусмысленное заявление потребителя об отмене договора. Для этого потребитель может использовать новый официальный формуляр отмены („*Widerrufsformular*“)¹⁷, содержащийся в приложении к ст. 246а Вводного Закона к Гражданскому Уложению (EGBGB), но также имеет возможность отменить договор по телефону. Это новое правило значительно усложняет работу предпринимателя, так как предусматривает документационную деятельность с его стороны. Кроме того опять изменён официальный образец информации¹⁸, которая должна быть предоставлена потребителю в связи с его правом на отмену контракта („*Widerrufsbelehrung*“).

Новинкой является возможность наложения стоимости возврата товара на потребителя (независимо от стоимости данного товара) и об отмене «вечного права на отмену» при неправильном предоставлении информации об отмене. Право отмены теперь истекает после двенадцати месяцев и 14 дней после получения товаров или услуг по договору.

В случае отзыва договора предприниматель теперь имеет право удержания по отношению к покупной цене („*Zurückbehaltungsrecht*“). Это означает, что до тех пор, пока потребитель не может доказать возвращение товара (например, почтовой квитанцией), предприниматель может отказать в возмещении покупной цены.

¹⁶ § 355 ГГУ (BGB): www.gesetze-im-internet.de/bgb/_355.html

¹⁷ www.gesetze-im-internet.de/bgbeg/art_248anlage_2.html

¹⁸ www.gesetze-im-internet.de/bgbeg/art_248anlage_1.html

е. Льготные условия для мобильных приложений¹⁹

Для предпринимателей, которые используют мобильные приложения, введены льготы в связи с обязанностями о предоставлении информации, если полное исполнение таких обязанностей невозможно по техническим причинам. В случае ограниченных возможностей отображения информации, информация всё же должна быть предоставлена, но это должно быть сделано (за исключением некоторой особо важной информации) «*надлежащим образом*» („*in geeigneter Weise*“) (например, по электронной почте или на веб-сайте).

III. Правонарушения

Остаются вопросы: должны ли вышеназванные положения быть выполнены на все 100 процентов? Кто является адресатом этого законодательства? И каковы возможные правовые последствия нарушений?

1. Применение немецких законов к потенциальным адресатам

а. Предприниматели из Германии

Для предпринимателей, базирующихся в Германии, ответ прост: немецкий закон полностью применим. Предложение товаров и услуг посредством электронной коммерции должно соответствовать всем правилам (в частности, но не только, положениям Гражданского Уложения („*BGB*“), Вводного Закона к Гражданскому Уложению („*EGBGB*“), Закона о борьбе с недобросовестной конкуренцией („*UWG*“) и Закона о технических средствах коммуникации („*TMG*“)).

б. Предприниматели из других стран ЕС

В случае предпринимателей из других стран ЕС возникает вопрос о применимости принципа страны происхождения („*Herkunftslandprinzip*“), т.е. вопрос, достаточно ли, если деятельность предпринимателя соответствует законам об электронной коммерции своей страны, а не немецким нормативным актам.

В целом, общего принципа страны происхождения, который применяется ко всем отраслям права (т.е. в рамках Гражданского Уложения, Закона о борьбе с недобросовестной конкуренцией и Закона о технических средствах коммуникации), не существует²⁰. Тем не менее, есть отдельно идентифицируемые сферы права, которые предоставляют некоторые привилегии в связи с этим принципом. Они включают в себя, например:

¹⁹ Art. 246a § 1 EGBGB: www.gesetze-im-internet.de/bgbeg/art_246a_3.html

²⁰ Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Aufl. 2015, Einleitung, Rn. 5.21.

- Е-бизнес, при условии, что он подпадает под действие Директивы об электронной коммерции (2000/31/ЕС)²¹; § 3 пункт 2 TMG;
- Рекламу в аудиовизуальных средствах коммуникации, которые подпадают под действие Директивы 2010/13/ЕС (Директива о аудиовизуальных СМИ)²².

Что касается других правовых условий: тот, кто предоставляет услуги путем электронной коммерции, которые направлены на немецкий рынок, также подпадает под действие положений немецкого права (т.н. принцип места („*Marktortprinzip*“) и требования второго Римского Регламента („*Rom-II-Verordnung*“))²³. Определение факта целевого направления на немецкий рынок признаётся в случае затрагивания конкурентных отношений или коллективных интересов потребителей на территории Германии²⁴.

Поэтому вполне возможно, что предприниматели из других стран ЕС должны также соблюдать немецкие правовые нормы электронной коммерции. Благодаря прогрессирующей полной, или по крайней мере минимальной, гармонизации правового пространства ЕС, на практике актуальность этой проблемы продолжает уменьшаться.

с. Предприниматели из стран вне ЕС

Для предпринимателей, которые находятся вне ЕС, принцип страны происхождения не работает. Это значит, что такие предприниматели подпадают под все положения немецкого права, если они направляют свою деятельность на немецкий рынок.

2. Юридические последствия нарушений немецких правил электронной коммерции

При принятии своих решений предпринимателю в первую очередь необходимо взвесить риски существенных правовых последствий в случае нарушения немецких правил электронной коммерции. Другими словами: что может произойти в худшем случае и стоит ли идти на такой риск?

Преследование возможных нарушений, в принципе, может последовать с разных сторон:

а. Потребитель („*Verbraucher*“)

Риск, что отдельные потребители будут преследовать возможные нарушения, что приведёт к неприятным правовым последствиям, является относительно небольшим. На

²¹ eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:178:0001:0016:DE:PDF

²² eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:095:0001:0024:DE:PDF

²³ eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:199:0040:0049:DE:PDF

²⁴ Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Aufl. 2015, Einleitung, Rn. 5.5.

практике потребители довольно редко сами борются с нарушениями правил электронной коммерции. Это имеет следующие две причины:

Во-первых, немецкие законы предоставляют отдельным потребителям относительно мало прав. Например, один из самых важных законов, Закон о борьбе с недобросовестной конкуренцией („*UWG*“) не предоставляет права подачи прямого иска для потребителей²⁵.

Во-вторых, для рядового потребителя психологический и материальный порог для собственного преследования нарушений (особенно в судебном порядке) довольно высок из-за высоких расходов и возможности бесплатного подключения организаций по защите прав потребителей. В большинстве случаев типичный потребитель обратится в местную организацию по защите прав потребителей для решения вопроса с помощью её сотрудников. Поэтому прямые действия и иски потребителей к предпринимателям по поводу нарушения правил электронной коммерции встречаются довольно редко.

в. Организации по защите прав потребителей и другие ассоциации

В отличие от индивидуального потребителя организации по защите прав потребителей и прочие индивидуальные ассоциации защиты коммерческих или профессиональных интересов в Германии оснащены прямыми правами для преследования нарушений (например, в § 8 *UWG*). Такие организации и ассоциации очень активны в Германии. Так, например, Центральный офис по борьбе с недобросовестной конкуренцией („*Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.*“) обработал в 2013 году около 13 000 прецедентов, и подал более 700 судебных исков²⁶.

с. Конкуренты

Немецкой особенностью, о которой мало известно во многих других странах, является тот факт, что конкуренты имеют право преследовать нарушения правил электронной коммерции предпринимателем. В частности, у конкурентов есть право потребовать предоставления информации о нарушении („*Auskunftsanspruch*“), право на возмещение ущерба („*Schadenersatzanspruch*“) и право требования прекратить действия, приводящие к нарушению правил электронной коммерции („*Unterlassungsanspruch*“). Эти права конкурентов подразумевают/предполагают нарушение какого-либо положения закона, которое предназначено для регулирования поведения на рынке в интересах участников рынка. Речь идет о таких правилах, которые по крайней мере обеспечивают защиту других участников рынка (например, конкурентов или потребителей)²⁷. Тем не менее, обычно правила о регулировании электронной коммерции считаются положены для регулирования поведения на рынке.

²⁵ § 8 *UWG*: www.gesetze-im-internet.de/uwg_2004/_8.html

²⁶ www.wettbewerbszentrale.de/media/getlivedoc.aspx?id=33610

²⁷ Köhler in Köhler/Bornkamm, *UWG*, 33. Aufl. 2015, § 4 Rn. 11.35b.

Наиболее распространенными нарушениями, которые преследуются конкурентами, являются:

- Неправильная или неполная информация о конфиденциальности в отношении персональных данных („*Datenschutzerklärung*“);
- Неполное описание товаров в электронной корзине;
- Неправильная или неполная информация об условиях отмены договора („*Widerrufsbelehrung*“);
- Ошибки в информации о предпринимателе („*Impressum*“);
- Неправомерные положения в общих условиях заключения торговых сделок („*Allgemeine Geschäftsbedingungen, AGB*“).

В отличие от организаций по защите прав потребителей и других ассоциаций, которые, как правило, могут востребовать у предпринимателя только возмещение собственных расходов на преследование нарушений (например, для Центра защиты от недобросовестной конкуренции в настоящее время это составляет 230 евро без НДС²⁸), конкурент может, в случае законного преследования, востребовать и расходы на специализированных юристов, которым он поручил вести преследование нарушения. То есть, предприниматель, нарушающий правила электронной коммерции, будет обязан не только возместить ущерб конкуренту, но и оплатить его адвокатов.

Для того, чтобы подвести итог этой немецкой особенности: немецкие предприниматели, которые уже находятся на рынке электронной коммерции, очень бдительны. В случае прихода нового участника рынка способ предоставления его услуг, как правило, очень тщательно изучается уже имеющимися предпринимателями на предмет возможного нарушения правил электронной коммерции. В случае установления нарушений немецкие предприниматели не медлят с их преследованием. Поэтому в Германии существует в некотором роде саморегулирующийся рынок, на котором предприниматели сами проверяют конкурентов на предмет нарушения законов.

d. Преследование нарушений в Германии и за рубежом

По вопросу фактического преследования нарушений необходимо учитывать местонахождение предпринимателя. В то время как преследование нарушений в Германии не связано с какими-либо трудностями, преследование в других странах ЕС уже сложнее. Тем не менее, преследование предпринимателей из других стран ЕС не редкость и случается всё чаще. Совсем по-другому стоит вопрос при преследовании нарушений законодательства электронной коммерции вне ЕС (при условии, что немецкие законы вообще применимы). В таком случае преследование нарушений почти

²⁸ Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Aufl. 2015, § 12 Rn. 1.98.

безнадежно и предприниматели, которые находятся вне ЕС, относительно обезопасены от преследования.

IV. Заключение

В заключение можно сказать, что электронная коммерция в Германии находится на подъеме. Существует очень много правовых норм, на которые предпринимателям необходимо обратить внимание. При этом, эти положения становятся все более понятными и простыми.

В частности, прогрессивная гармонизация законодательства ЕС приносит долгожданную синхронизацию между различными юрисдикциями. Международные операции по электронной коммерции становятся всё проще и эффективнее (по крайней мере в пределах ЕС). Для достижения этой цели ЕС хочет в будущем внести дополнительные изменения в правовой режим и добиться ещё более широкой стандартизации национального права стран членов ЕС²⁹.

Особый интерес для предпринимателей представляет следующее: в последние годы почти все новые положения в электронной коммерции были в пользу потребителя. А теперь эта тенденция изменилась. Некоторые новые правила (например, ограничение права отмены договора или стоимость обратной пересылки товара в случае отмены³⁰) отчетливо благоприятствуют предпринимателям, а не потребителям.

Об авторе:



Д-р Игорь Барабаш работает адвокатом в офисе интернациональной компании Pinsent Masons LLP (www.pinsentmasons.com) в Мюнхене. Родным языком Игоря является русский. Он является членом команды по перспективным технологиям и технологическим услугам, а также членом Российско-Украинского отдела. Игорь консультирует международных и немецких

клиентов по всем вопросам права в сфере интеллектуальной собственности и технологических операций, фокусируясь на компаниях в секторах медицины и биотехнологий, а также телекоммуникаций и информационных технологий. Игорь обладает большим опытом работы в сфере торговых знаков и патентного права, а также недобросовестной конкуренции и законов об авторском праве и промышленных образцах. В обязанности Игоря входит консультирование клиентов в разработке стратегии по регистрации и защите интеллектуальной собственности и в проведении

²⁹ EU-Kommissarin Vestager kündigt Vorschlag für eine Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel an: europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4701_de.htm

³⁰ § 355 и § 356 BGB: www.gesetze-im-internet.de/bgb/_355.html и www.gesetze-im-internet.de/bgb/_356.html

правового аудита интеллектуальной собственности. Кроме этого, Игорь Барабаш консультирует русскоговорящих клиентов при выходе на немецкий и европейский рынок, а также по вопросам вывода активов из бывшего Советского Союза в Германию и другие европейские страны (контакт: igor.barabash@pinsentmasons.com).

Zum Author:

Dr. Igor Barabash berät in- und ausländische Unternehmen in allen Bereichen des Gewerblichen Rechtsschutzes und des Technologietransfers. Sein Tätigkeitsschwerpunkt liegt in der Beratung von Unternehmen aus den Bereichen von Life Sciences, Biotech und Telekom/IT. Er verfügt über langjährige Erfahrung in den Bereichen des Marken und Patentrechts sowie des Wettbewerbs-, Design- und Urheberrechts. Zu seinen Aufgabengebieten gehört u. a. die Beratung der Mandanten bei der Entwicklung von IP-Strategien und bei der Durchführung von IP due diligence. Zudem berät Dr. Barabash russischsprachige Mandanten bei ihrem Eintritt in den deutschen und den europäischen Markt. Er ist Mitglied des „Russia and Ukraine Desk (RUD)“ von Pinsent Masons.

Правовой институт оспаривания правовых действий в праве Германии о несостоятельности

Das Rechtsinstitut der Insolvenzanfechtung im deutschen Insolvenzrecht

Ольга Хартунг-Афифи (Olga Hartung-Afify)

Die Insolvenzanfechtung stellt einen unverzichtbaren Bestandteil jeden Insolvenzverfahrens und eins der wichtigsten und wirkungsvollsten Instrumente des Insolvenzverwalters bei der Generierung der Insolvenzmasse dar. Ungeachtet - oder gerade aufgrund - ihrer Bedeutung im Rahmen der Insolvenz stehen die aktuell geltenden Anfechtungsvorschriften und die hierzu ergangene Rechtsprechung in Deutschland massiv in der Kritik seitens der Wirtschaft. Im Rahmen des vorliegenden Artikels soll dem interessierten Leser ein Überblick über die anfechtungsrechtlichen Regelungen im deutschen Recht vermittelt werden, wie sie, eingebettet in die übrigen Vorschriften der InsO, tatsächlich gelebt werden. Unter Berücksichtigung der verfahrensrechtlichen Besonderheiten des deutschen Insolvenzrechts soll neben den Tatbestandsvoraussetzungen und Wirkungen der Insolvenzanfechtung auf die Kritikpunkte eingegangen werden und im Ergebnis eine kurze Bewertung der geltenden Rechtslage erfolgen.

I. Вступление

Оспаривание (Anfechtung) правовых действий как инструмент устранения самих правовых действий или их определенных нежелательных последствий имеет место в правовой системе Германии преимущественно в трех случаях:

- как оспаривание волеизъявления на основании заблуждения или по причине обмана или угрозы в отношении лица, изъявившего волю, на основе Германского Гражданского Уложения (ГГУ - Bürgerliches Gesetzbuch, BGB)¹;
- оспаривание на основании Закона об опротестовании (ЗО - Anfechtungsgesetz, AnfG)² направленное на удовлетворение требования кредитора из имущественных средств должника, отчужденных тем во избежание предоставления их самих или их стоимости кредитору, и

¹ § 119 и далее ГГУ – Германского Гражданского Уложения, Федеральный Закон Германии в редакции от 02.01.2002 с изменениями соответственно Закону от 21.04.2015, <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>.

² Федеральный Закон Германии в редакции от 05.10.1994 с изменениями соответственно ст. 16 Закона от 09.12.2010, http://www.gesetze-im-internet.de/anfg_1999/index.html.

- оспаривание на основании Положения по несостоятельности (ПН - Insolvenzordnung, InsO)³ в рамках делопроизводства по банкротству, являющееся предметом данной статьи.

Право оспаривания правовых действий позволяет назначенному судом по делам несостоятельности управляющему (Insolvenzverwalter) вернуть имущественные ценности и права, отчужденные из имущества должника и недостающие для удовлетворения требований всех его кредиторов. Оспаривание является таким образом одним из самых важных и эффективных правовых инструментов для достижения цели делопроизводства по несостоятельности – соразмерного удовлетворения требований кредиторов должника. Эффективность оспаривания гарантирует в том числе тот факт, что в поле его действия попадают не только неправомерные действия самого должника, кредиторов и иных лиц, но и те, которые совершаются на действующей правовой или законной основе, что и является решающим обстоятельством в преддверии дела по несостоятельности. Именно этот аспект и делает право оспаривания - можно смело сказать - ненавистной для делового мира материей. Со стороны промышленных и торговых объединений приводятся многочисленные аргументы того, какой экономический вред наносит возможность оспаривания предприятиям и организациям, учитывая то, что законодатель предоставляет управляющему многочисленные облегчения при реализации оспаривания. Зачастую встречающееся в разговорной речи сравнение управляющего со „стервятником“ малоприятно, но очень четко. Как и в животном мире, так и в мире экономики есть субъекты, неспособные на выживание. При их гибели, то есть разорении, важно присутствие эффективного инструмента устранения последствий во избежание (дальнейшего) нанесения вреда третьим лицам. Именно таким инструментом и является судопроизводство по несостоятельности. При этом, оно зачастую возможно только благодаря оспариванию правовых действий, в том числе правомерных по §§ 130 и 131 ПН, как будет подробнее описано далее. Это объясняется тем, что компетентный суд вправе открыть судопроизводство по несостоятельности только тогда, когда установлено, что будущей конкурсной массы (Insolvenzmasse) хватит на покрытие расходов делопроизводства. При полностью растроченном на этот момент имуществе должника открытие делопроизводства было бы невозможно без возможности оспаривания. Если учесть, что только при открытии дела по несостоятельности исследуется вопрос, когда фактически наступила несостоятельность должника, и привлекаются к уголовной, гражданской и налоговой ответственности лица, несущие ответственность за своевременную ликвидацию разорившегося предприятия, становится очевидно, какое огромное значение имеет, во-первых, сам правовой институт оспаривания и, во-вторых, возможность его реализации управляющим для всей правовой системы.

Целью данного очерка является общее ознакомление заинтересованного читателя с системой оспаривания в немецком праве. Помимо пояснения нормативных предписаний некоторое внимание хотелось бы уделить как юрисдикции компетентных судов, так и

³ Федеральный Закон Германии в редакции от 05.10.1994, вступивший в силу 01.01.1999 с изменениями соответственно Закону от 31.08.2013, <http://www.gesetze-im-internet.de/insol/>.

практике оспаривания. При этом следует отметить, что систематика судопроизводства по несостоятельности в праве Германии в некоторых аспектах значительно отличается от действующего законодательства в России. В то время как Федеральный закон РФ «О несостоятельности (банкротстве)»⁴ разделяет процедуру банкротства на фазы наблюдения, внешнего управления, конкурсного производства и иные, право Германии исходит, в основном,⁵ из двух стадий – предварительного (vorläufiges Insolvenzverfahren) и основного судопроизводства по несостоятельности (Insolvenzverfahren).

В стадии предварительного судопроизводства на тот момент еще временный конкурсный управляющий (vorläufiger Insolvenzverwalter), наделенный Положением о несостоятельности существенно ограниченными полномочиями (см. §§ 21, 22 ПН), производит оценку положения и имущества субъекта банкротства, которым может быть как юридическое, так и физическое лицо, прилагает усилия по сохранению дееспособности предприятия и, как следствие, рабочих мест. Он также охраняет будущую конкурсную массу от доступа отдельных кредиторов, руководствуясь основным принципом процедуры банкротства – принципом соразмерного удовлетворения всех кредиторов.

По результатам заключения предварительного управляющего⁶, подтвердившего неплатежеспособность (Zahlungsunfähigkeit), ее угрозу у юридического лица (drohende Zahlungsunfähigkeit) или чрезмерную задолженность/недостаточность имущества (Überschuldung) должника, суд по делам о несостоятельности (Insolvenzgericht), являющийся специализированным судом при местном суде общей юрисдикции, принимает решение об открытии дела по несостоятельности. В случае открытия судопроизводства суд одновременно назначает управляющего, которым, как правило, становится действующий до того момента временный управляющий. С этого момента управляющий имеет все полномочия, предусмотренные для него Положением (§ 56 и далее ПН). Он вправе принимать решения о дальнейшей судьбе должника, будучи ограниченным в определенных случаях решениями совета кредиторов (Gläubigerausschuss), интересы которых и являются предпосылкой всех действий управляющего. Сущность этих интересов заключается в наилучшем, но равномерном удовлетворении их требований, но теперь уже не должником, а управляющим.

Целью действий последнего является производство и увеличение конкурсной массы путем реализации требований должника, в отдельных случаях - поддержкой перспективного производства несостоятельного предприятия, и далеко не в последнюю

⁴ Федеральный Закон № 127 от 26.10.2002.

⁵ В результате недавних реформ Положение более весомое значение получил порядок внесудебного делопроизводства на стадии угрозы неплатежеспособности (Eigenverwaltung). По заявлению должника суд предоставляет последнему время и защиту от принудительного взыскания требований отдельными кредиторами для разработки перспективного и обоснованного плана санации при наблюдении уполномоченным - управляющим, имеющим особый статус (Sachwalter/vorläufiger Sachwalter). Уполномоченный в соответствии с ссылкой § 280 ПН вправе оспаривать правовые действия наряду с управляющим.

⁶ При вопросе об открытии дела по несостоятельности в случае уже остановленного производства компетентный суд назначит для оценки ситуации и имущества не временного управляющего, а только эксперта (Gutachter), не имеющего других полномочий кроме права на получение сведений.

очередь - путем оспаривания правовых действий, имеющих место в определенный период до открытия дела о банкротстве.

Нередко к моменту открытия судопроизводства или даже до подачи заявления в суд по несостоятельности объект банкротства уже не владеет ничем, кроме долгов: производство остановлено, имущество вне досягаемости или непригодно для реализации, средства производства переданы в залог. Единственной возможностью в таких случаях для управляющего произвести конкурсную массу, таким образом, как минимум обеспечить оплату собственных услуг и судебных издержек, является тщательная проверка документов должника, в первую очередь бухгалтерии и банковских счетов, на факты возможного опротестования определенных действий самого должника, органов должника-юридического лица или третьих лиц, чьи действия затрагивают конкурсную массу.

Несмотря на очевидные различия в процессе судопроизводства основы оспаривания в российском законодательстве согласно ст. 61 (и далее) ФЗ РФ «О несостоятельности (банкротстве)» имеют много общего с нормативом ПН в праве Германии. Центральные параметры, от наличия которых зависит обоснованность опротестования правового действия на основании ПН, можно также найти в российском законодательстве. Названными параметрами являются: (1) характер оспоренного действия, (2) его имущественное воздействие на кредиторов, (3) сроки его совершения по отношению к моменту открытия судебного делопроизводства, (4) экономическое положение должника на момент его совершения и (5) степень осведомленности другой стороны о последнем. Отличия заключаются в систематике регулирования условий оспаривания, в сути правового последствия и в процедуре реализации.

II. Правовая основа и терминология

Законодательной основой в области банкротства в Германии является Положение о несостоятельности от 05.10.1994, вступившее в силу к 01.01.1999.⁷ Принятию Положения предшествовала продолжительная работа над законопроектами, направленная на фундаментальное реформирование действовавшего до того Положения о конкурсном производстве (Konkursordnung, КО) от 10.02.1877. Данная работа оказала влияние на принятую правовую базу, которая, помимо Положения о несостоятельности, включает в себя частичное новое регулирование гражданского, хозяйственного, трудового, корпоративного и иных отраслей законодательства.⁸

С момента его вступления в силу действующее Положение не раз было дополнено и реформировано, причем и на сегодняшний день уже очевидно, что это развитие и в дальнейшем будет иметь место. Одним из аспектов, подверженных самой активной и

⁷ См. сноску № 3. Перевод Положения о несостоятельности на русский язык, в том числе в: *Пане, Герхард*, Институт несостоятельности. Общие проблемы и особенности правового регулирования в Германии. Комментарий к действующему законодательству. Издательство БЕК, Москва, 2002.

⁸ Общий краткий очерк Положения и его предьстории: *Борк, Райнхард*, Введение к законотексту Положения о несостоятельности в редакции издательства БЕК, Мюнхен, 17-ое издание 2014 г. (*Kurze Einführung zur InsO und ihrer Vorgeschichte von Bork, Reinhard*, in Beck-Texte im dtv, 17. Aufl. 2014).

обширной критике, является рассматриваемый в данном случае правовой институт оспаривания правовых действий.⁹

Реформа законодательства повлекла за собой изменение терминологии в немецком праве. Обозначение «конкурсный управляющий» (Konkursverwalter) используется в немецком языке после вступления в силу Положения о несостоятельности только для определения управляющего во время действия Положения о конкурсном производстве, то есть до 1999 г., и является устаревшим термином.

Относительно терминологии стоит также заметить, что по отношению к институту оспаривания она в переводе с немецкого на русский язык довольно неоднородна. Это начинается с того, что само слово «Anfechtung» может быть переведено как «оспаривание», «опротестовывание» или «обжалование». Как минимум «оспаривание» и «опротестовывание» равноправно встречаются в литературе, что, само по себе, не искажает сути правового института. Более критично стоит оценить терминологию «оспаривание сделок должника», которая пользуется немалой популярностью. В отношении нормативов оспаривания на основе ПН это наименование вдвойне неправильно: оспариванию/опротестовыванию в праве Германии о несостоятельности подлежат далеко не только сделки, а все действия, имеющие правовые последствия (конкретней на эту тему ниже). К тому же могут быть оспоренными не только правовые действия должника, но и третьих лиц.

Нередко можно встретить и термин «признание недействительными сделок должника». Это название не может подразумевать оспаривание в соответствии с Положением о несостоятельности Германии по одной простой причине – никакие правовые действия, будь они совершены должником или иным лицом, Положение о несостоятельности недействительным не признает. Данный факт значительно отличает оспаривание на основании ПН и ЗО¹⁰ от опротестовывания на основе гражданского законодательства (§ 119 и далее ГГУ). Исключительно в последнем случае правовое действие теряет материальное действие задним числом и признается таким образом недействительным. При оспаривании в соответствии с ПН и ЗО, несколько забегая вперед, сто́ит отметить, что изначальная правовая основа оспоренного действия или само действие вследствие оспаривания не теряет силу и не аннулируется, а только меняет свой характер.

Только устаревший в немецком языке термин «конкурсная масса» используется в русском языке соответствующим образом и после принятия Положения о несостоятельности, несмотря на то, что в немецком языке «Konkursmasse» была заменена на «Insolvenzmasse». Так как «Insolvenz» точно переводится как «несостоятельность/банкротство», дословный перевод нового термина на просто непрактичен.

⁹ Шмербах, Ульрих, Франкфуртский комментарий Положения о несостоятельности, предварительное замечание к § 1 (и далее) ПН – Реформирование права несостоятельности ПН, 8-ое издание 2015 г. (Schmerbach, Ulrich, Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung (FK-InsO), Vorbemerkungen vor §§ 1 ff. InsO – Die Reform des Insolvenzrechts durch die InsO, 8. Aufl. 2015).

¹⁰ См. сноски № 1, 2 и 3.

1. Систематика регулирования права оспаривания

Положение о несостоятельности довольно подробно регулирует оспаривание правовых действий в рамках судопроизводства о несостоятельности. §§ 129-147 ПН описывают как общие обстоятельства, так и отдельные факты оспаривания и их последствия для ответчика.

При более пристальном рассмотрении вопросов урегулирования данного предмета нетрудно выделить следующую систематику: существуют своего рода «основные/общие условия оспаривания», изложенные в первую очередь в § 129 ПН, наличие которых требует каждый нормативный состав оспаривания. Только при наличии этих условий управляющий будет проверять присутствие так называемых „особых обстоятельств“, которые определены §§ 130-136 ПН и обозначают свойственность каждого отдельного состава оспаривания.

2. Неплатежеспособность как условие оспаривания

Одним из решающих аспектов оспаривания является вопрос, когда должник достиг стадии неплатежеспособности (*Zahlungsunfähigkeit*) и, в определенных случаях, стадии угрозы неплатежеспособности (*drohende Zahlungsunfähigkeit*). Понятие неплатежеспособности определяется в немецком праве § 17 ПН как «неспособность должника выполнить подлежащие оплате денежные обязательства», что можно предполагать в случае, если должник приостановил осуществление платежей. При оценке могут учитываться только подлежащие оплате и не подверженные возражению требования кредиторов, причем неоплата должна основываться на объективной неспособности погасить задолженность, а не на нежелании должника. Приостановка платежей является, в первую очередь, косвенным доказательством неплатежеспособности, заключение из нее факта неплатежеспособности допускается только тогда, когда она длится более трех недель и недостаток ликвидности превышает 10 %.¹¹ Сопоставимое правило в российском праве содержит ст. 2 абз. 34 Федерального Закона РФ О несостоятельности (банкротстве).

На практике должник нередко затрудняется назвать конкретную дату, а, будучи представителем неплатежеспособного юридического лица, нередко и не желает давать управляющему существенную информацию о моменте наступления неплатежеспособности, зная, в том числе, об уголовной ответственности за несвоевременную подачу заявления на открытие дела о несостоятельности. Исходя из того, что бухгалтерия должников зачастую находится в катастрофическом состоянии, и этот источник, как правило, является малоинформативным.

Каким образом управляющий может доказать, что должник в определенный момент достиг стадии неплатежеспособности, и действия, совершенные после этой даты, подвергаются опротестованию? Помощь в этом отношении оказывает решение

¹¹ Шрёдер, Енс-Зёрен, Гамбургский комментарий к праву о несостоятельности (ГК ПН), 5-ое издание 2015 г., § 17, абз. № 4. (*Schröder, Jens-Sören, Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 5. Aufl. 2015, § 17 Rn. 4.*)

Верховного Федерального Суда Германии (ВФСГ - Bundesgerichtshof, BGH¹²), согласно которому управляющий для выявления конкретной даты наступления неплатежеспособности вправе ссылаться на список неудовлетворенных требований кредиторов, в свое время уже подлежащих оплате, задолженность по которым должник так и не погасил до открытия дела по несостоятельности.¹³ Например: управляющий видит по списку кредиторов, который он обязан составить согласно § 175 ПН, что требования кредиторов в значительном объеме с 1-го марта прошлого года не были оплачены. Тот факт, что на протяжении всего времени с этого дня и до открытия дела по несостоятельности должник так и не сумел погасить очевидную задолженность, является достаточным доказательством неплатежеспособности должника на 1-е марта прошлого года. Соответственно действия, происходящие после этой даты, подлежат – естественно, при наличии остальных условий - оспариванию. В случае судебного рассмотрения по иску об оспаривании управляющий должен представить такой список как доказательство, а должник может только на основании конкретных обстоятельств, имевших место в свое время и изменившихся впоследствии, доказать, что неплатежеспособность к названной дате не имела места, так как, например, в течение нескольких дней обоснованно ожидалось поступление крупного платежа, который в конце концов не был произведен.

Неплатежеспособность по § 17 ПН является наряду с ее угрозой (§ 18 ПН) и чрезмерной задолженностью/недостаточностью имущества (Überschuldung, ст. 19 ПН) основанием для открытия судопроизводства по несостоятельности. Их определения схожи с предписанием российского законодательства в ст. 2 и 3 Федерального закона РФ «О несостоятельности (банкротстве)». Для оспаривания оба фактора имеют по сравнению с неплатежеспособностью второстепенное значение.

3. Компетентность оспаривания

Компетентность оспаривания правовых действий в деле о несостоятельности в праве Германии принадлежит в принципе только управляющему, п. 2 § 129 ПН. Поэтому исходная ситуация оспаривания - открытие дела о несостоятельности и назначение управляющего. Из этого правила существует одно исключение: в рамках процедуры самоуправления (Eigenverwaltung) согласно §§ 270 - 285 ПН суд по делам несостоятельности назначает не управляющего (Insolvenzverwalter), а уполномоченного (Sachwalter), наделенного значительно меньшими полномочиями, чем управляющий. Уполномоченный в соответствии с ссылкой ст. 280 ПН вправе оспаривать действия наряду с управляющим.

В отличие от российского законодательства, предоставляющего в соответствии со ст. 61.9 Федерального Закона РФ «О несостоятельности (банкротстве)» право на оспаривание как внешнему, так и конкурсному управляющему по своей инициативе и по

¹² www.bundesgerichtshof.de.

¹³ Решение ВФСГ от 12.10.2006 - IX ZR 228/03, источник: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=27705dfa1ba2be54efe35eb465cc810e&nr=38002&pos=0&anz=1>.

решению собрания кредиторов, в праве Германии кредиторы не имеют влияния на оспаривание. Еще не так давно это было иначе – в рамках так называемого «упрощенного делопроизводства по несостоятельности потребителей» (*Verbraucherinsolvenzverfahren*) компетентность оспаривания до 01.07.2014 находилась у кредиторов. Они были вправе подавать соответствующие иски в суд, но должны были предоставить полученное в результате оспаривания конкурсной массе, то есть всем кредиторам (п. 2 ст. 313 ПН предыдущей редакции). Возможным было и оспаривание управляющим по поручению совета кредиторов. На практике эта система пользовалась малым спросом, что и понятно, если учесть, что большинство кредиторов не имеет полного доступа ко всем документам судопроизводства, и осведомленность кредиторов, являющихся частными лицами, о правовой системе оспаривания нередко оставляет желать лучшего. Кроме того, кредитор подвергался риску проиграть и понести дополнительные расходы. Последнее значительное изменение ПН к 01.07.2014 отменило § 313 ПН предыдущей редакции и унифицировало правила оспаривания в регулярном и упрощенном делопроизводстве.

III. Общие условия оспаривания

Согласно п. 1 § 129 ПН оспариванию в соответствии с §§ 130 – 146 ПН подлежат правовые действия (*Rechtshandlungen*), совершенные до открытия дела по несостоятельности и причиняющие ущерб кредиторам. При этом п. 2 § 129 ПН уточняет, что оспоренным может быть как и активное действие, так и воздержание от действия/бездействие (*Unterlassung*).

Инициатором оспоренного действия может быть как сам должник, так и любое другое лицо. § 129 ПН не содержит ограничивающих предписаний. Лишь при рассмотрении особых предпосылок отдельных фактов оспаривания играет роль, кто совершил конкретное действие.

1. Оспариваемое действие (*anfechtbare Rechtshandlung*)

К общим условиям оспаривания относится в первую очередь определение правового действия (*Rechtshandlung*), подверженного оспариванию в соответствии с п. 1 § 129 ПН. Под этим термином, подлежащим в немецком праве широкому толкованию¹⁴, подразумевается каждое осознанное действие, которое влечет за собой правовые последствия и которое может нанести ущерб кредиторам, причем воздержание от действия/бездействие приравнивается законодателем к активному действию.¹⁵

Активные правовые действия (*Rechtshandlungen*), подлежащие оспариванию, можно разделить на три категории – волеизъявление (*Willenserklärung*), направленное на заключение и/или расторжение сделок (*Rechtsgeschäft*) и договоров; действия, подобные сделкам (*rechtsgeschäftsähnliche Handlungen*), влекущие за собой правовые последствия, в том числе и реальные действия (*Realakte*) как передача имущества и, в-третьих,

¹⁴ *Hirte, Heribert*, в *Uhlenbruck, Wilhelm* (издатель), комментарий ПН (Уленбрук), 13. издание 2010, Мюнхен, § 129, абз. № 1, (*Hirte, Heribert in Uhlenbruck, Wilhelm* (Hrsg.) *Kommentar zur Insolvenzordnung*, 13. Aufl. 2010, München, § 129, Rn. 62).

¹⁵ ГК ПН, § 129, абз. № 1.

действия и/или воздержание от действий процессуального характера, влекущие за собой материально-правовые последствия - к примеру не-/опротестовывание судебных действий и решений, направленных на отчуждение имущества.¹⁶ Названные требования во многом схожи с регулированием в российском законодательстве.¹⁷

2. Нанесение ущерба кредиторам (Gläubigerbenachteiligung)

Действие должника или другого лица подлежит оспариванию как в российском, так и в немецком праве только в том случае, если оно наносит вред имущественным правам кредиторов, ст. 129 ПН.¹⁸ ВФСГ определяет в своей судебной практике, что такой вред имеет место, если правовое действие либо увеличивает объем долгов должника, либо уменьшает объем активов и тем самым затрудняет или задерживает доступ кредиторов к имуществу должника или делает его невозможным;¹⁹ в то время как удовлетворение требований кредиторов, с экономической стороны, без совершения определенного действия было бы вероятнее.²⁰

Оспариваемое действие должно привести к убыткам кредиторов вследствие уменьшения конкурсной массы, причем косвенное/посредственное причинение убытка (mittelbare Gläubigerbenachteiligung) в общем является достаточным.²¹ Такое имеет место, если, например, из имущества должника до открытия дела по несостоятельности была продана вещь по соразмерной цене, а выручка была потрачена, то есть эквивалент не находится на момент открытия делопроизводства в имуществе должника.

В порядке исключения отдельные составы оспаривания требуют наличия непосредственного причинения убытка кредиторам (unmittelbare Gläubigerbenachteiligung), см. §§ 132, 133 п. 2 ПН. В таком случае речь идет о правовом действии, имеющем уже само по себе отрицательное воздействие на имущество должника, примером которого является безвозмездное отчуждение имущества или его продажа по несоразмерной цене.²² Таким образом, признак «непосредственности» исключает правовые действия, при которых происходит обмен такими равноценными благами, как продажа имущества должника по уместной рыночной цене.

¹⁶ ГК ПН, § 129, абз. № 62.

¹⁷ На эту тему: *Шимарева, Т.П.*, Институт несостоятельности в Германии, издательство Статут, Москва, 2015, стр. 306 и далее.

¹⁸ К регулированию в российском праве: *Шимарева, Т.П.*, стр. 318; ст. 2 абз. 33 Федерального Закона РФ «О несостоятельности (банкротстве)».

¹⁹ Решение ВФСГ от 26.04.2012 - IX ZR 74/11, источник: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=f8f0b96ff4c1f821adf3cd6732714d4d&nr=60256&pos=0&anz=1>.

²⁰ Решение ВФСГ от 19.12.2013, IX ZR 127/11, источник: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=5e5c92c7e32f267abe1f4eb4b0cc990d&nr=66509&pos=0&anz=1>.

²¹ ГК ПН, § 129, абз. № 1.

²² ГК ПН, § 129, абз. № 73.

3. Каузальность (Kausalität)

Систематика оспаривания правовых действий ПН требует каузальности между самим правовым действием и ущербом, нанесенным кредиторам. На основании реальных событий и фактов управляющий должен проверить, насколько оспоренное действие на самом деле повлияло на удовлетворение требований кредиторов.²³ Гипотетическая причинность правового действия для нанесенного ущерба в соответствии с постоянной юрисдикцией ВФСГ является недостаточной.²⁴ Соответственно не имеет значения, что, например, из имущества должника отчужденный объект мог быть независимо от совершения оспариваемого действия в свою очередь продан, конфискован другим кредитором, или, на просто разрушен или уничтожен.

4. Сроки оспаривания правовых действий (Anfechtungszeitraum)

Давность совершения оспариваемого действия по отношению к моменту открытия судопроизводства по несостоятельности играет центральную роль в процессе подготовки оспаривания. Каждый из фактов оспаривания §§ 130-135 ПН определяет собственные сроки, начиная давностью в 10 лет и захватывая период предварительного судопроизводства (vorläufiges Insolvenzverfahren), то есть период времени уже после подачи заявления в суд по несостоятельности, но до открытия делопроизводства. Моментом отсчета является подача заявления в суд по несостоятельности, а конкретно – печать судебного пристава, отмечающая день и время принятия заявления как при передаче лично, так и по факсу или пересылкой по почте. Отсчет ведется от момента подачи первого заявления в случае наличия нескольких заявлений - например со стороны кредитора и самого должника. Кто подал первое заявление, значения не имеет.

Моментом совершения правового действия в соответствии со п. 1 § 140 ПН является момент наступления правовых последствий определенного действия. При действиях в несколько этапов, таких как заключение и исполнение договоров, и в случаях необходимой регистрации сделки, такой как нотариально заверяемый договор о купле-продаже недвижимости (Immobilienkaufvertrag), правовое действие считается совершенным в тот момент, в который все необходимые условия договора выполнены его сторонами и ожидается только соответствующая регистрация юридического акта.²⁵ Таким образом, например, учитывается, что стороны договора, как правило, не имеют влияния на продолжительность обработки заявления о регистрации смены собственника недвижимости в поземельной книге (Grundbuch).²⁶

Систематика определения сроков оспаривания зависит не в последнюю очередь от целенаправленности отдельных фактов опротестования. Их, немного забегаая вперед, можно разделить на своего рода «распределительные» и «карательные».

²³ Решение ВФСГ от 11.05.1989 - IX ZR 222/88, BGH, ZIP 1989, 785.

²⁴ Решение ВФСГ от 25.04.2013 - IX ZR 235/12, источник: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=1ffe56d804d48c5a475ae41172832a16&nr=64120&pos=0&anz=1>.

²⁵ ГК ПН, § 140, абз. № 3 и далее.

²⁶ См. www.grundbuch-portal.de/.

Распределительным является, например, оспаривание в случае согласованного и несогласованного удовлетворения в ст. 130 и 131 ПН, целью которого является исключительно обратное перераспределение имущественных средств в «общий котел», из которого потом конкурсная масса будет распределяться равномерно на всех кредиторов. Оспариванию в таких случаях подвергаются правовые действия, совершенные не раньше, чем за три месяца до подачи заявления в суд по несостоятельности.

В противоположность этому стоит оспаривание по ст. 133 ПН, имеющее карательный характер. Оспаривание направлено в этом случае на санкционирование передачи имущества самим должником с целью причинения ущерба кредиторам, лицу, осведомленному о злоумышленном намерении должника. Срок опротестования распространяется в этом случае на 10 лет до подачи заявления в суд по несостоятельности.

5. Близкие лица (*nahestehende Personen*)

§ 138 ПН имеет сходство со статьей 19 Федерального Закона РФ „О несостоятельности (банкротства)» и определяет понятие «близкого лица», имеющее значение для нескольких фактов оспаривания правовых действий. Речь идет о лицах, имеющих особый доступ к должнику и к информации о его экономическом положении на основании личных, корпоративно-правовых и других связей с ним. Существует предположение, что лица, имеющие такого рода связи с должником, скорее готовы пойти на действия в пользу должника и во вред кредиторам - например, на заключение договоров на особо выгодных для должника условиях.²⁷ По отношению к сделкам с близкими лицами со стороны управляющего должно присутствовать своего рода здоровое недоверие. Законодатель прореагировал на этот аспект упрощением требований к доказательству со стороны управляющего, зафиксированным в §§ 130, 131, 132 и 137 ПН. Признак «близости» должен иметь место на момент наступления правовых последствий определенного действия, зафиксированный § 140 ПН.

Как и в российском законодательстве, определение «близкого лица» зависит от того, является ли должник физическим или юридическим лицом. Пункт 1 § 138 ПН перечисляет близких лиц частного лица. К ним относятся настоящие и бывшие супруги, зарегистрированные партнеры, родственники должника и его супруга по восходящей и нисходящей линии, лица, живущие вместе с должником, не будучи родственниками или супругами/партнерами, а так же юридическое общество или товарищество, если должник или одно из близких ему лиц является членом представительного или наблюдательного органов, полным товарищем (т.е. несущим личную ответственность по обязательствам общества, *persönlich haftender Gesellschafter*), а также участники общества, которым принадлежит более четверти капитала общества. Кроме того учитываются лица, которые в состоянии быть осведомленными об экономическом положении должника на корпоративной или трудовой договорной основе.

²⁷ ГК ПН, § 140, абз. № 1 и далее.

Если должник является юридическим лицом, близкими ему лицами согласно § 138 ПН считаются в первую очередь члены представительного или наблюдательного органов (Mitglieder Vertretungs- und Aufsichtsorgane), полные товарищи и участники общества, которым принадлежит более четверти капитала. Кроме того, согласно № 2 лица или общества/товарищества, которые в состоянии быть осведомленными об экономическом положении должника на корпоративной или трудовой договорной основе. К последним относятся, в первую очередь, прокуристы и руководящие сотрудники общества-должника. В последнюю очередь § 138 абз. 2 № 3 ПН учитывает лиц, имеющих с названными в № 1 и 2 этого абзаца лицами связи, описанные в пункте 1 § 138 ПН.

В отношении всех названных лиц законодатель исходит из того, что они в состоянии оказать влияние на экономическое положение должника или о нем осведомиться, причем уже сама возможность осведомления, именно на основании существующих связей, считается достаточной.²⁸

Следует заметить, что в соответствии с дословным текстом § 138 п. 1 № 4 и п. 2 № 1 ПН названные правила на участников общества-должника, с долей капитала (паем) в размере менее 25 %, не распространяются. Несмотря на это, толкование данной нормы позволяет включить и таких участников в состав «близких лиц», если есть обоснованный повод полагать, что им, несмотря на невысокую долю, на основании других фактов предоставляется возможность быть осведомленными об экономическом положении должника.²⁹

Важно подчеркнуть, что чисто деловые отношения, как таковые, не достаточны для характеристики «близкого лица» в понимании § 138 ПН. Это относится, в первую очередь, к адвокатам, налоговым и другим экономическим консультантам и, помимо этого, банкам, обслуживающим должника. Хотя названным группам лиц и предоставляется, как правило, обширный взгляд на бухгалтерию и общую финансовую ситуацию, систему и политику должника, но, независимо от этого, не достает факта принадлежности этих лиц к сфере должника.³⁰

Лица, охарактеризованные п. 2 № 1 и 2 § 138 ПН «близкими», теряют это свойство при утрате соответствующего статуса - например при расторжении трудового договора или при выходе из общества.³¹

6. Исключение оспаривания при «делках за наличные» (Bargeschäft)

Оспаривание правового действия исключено, если оно является так называемой «делкой за наличные» (Bargeschäft). § 142 ПН подразумевает под этим не только в прямом смысле наличную оплату, например, за приобретенный предмет, а характер сделки, направленный на непосредственный обмен равноценных благ.

²⁸ ГК ПН, § 138, абз. № 18 и далее.

²⁹ ГК ПН, § 138, абз. № 23.

³⁰ ГК ПН, § 138, абз. № 25.

³¹ ГК ПН, § 138, абз. № 28.

Суть данного исключения становится очевидной, если учесть, что большинству фактов оспаривания достаточно наличие косвенного/посредственного нанесения убытка кредиторам. То есть покупка, например, любого средства производства по рыночной цене уже сама по себе способна стать основой для факта оспаривания, так как вследствие обмена благ были отчуждены финансовые средства из имущества должника и, тем самым, сокращено количество активов и, впоследствии, объём предоставленной кредиторам конкурсной массы. Ограничивая возможность оспаривания при обмене равноценных благ в случаях, когда другая сторона доказуемо осведомлена не только о кризисной ситуации должника в преддверии дела о несостоятельности, но и о злоумышленном намерении последнего нанести ущерб кредиторам именно оспариваемым действием, законодатель дает возможность будущему должнику принимать участие в деловых отношениях. В противном случае ни один здравомыслящий и хотя бы минимально осведомленный о правовой системе оспаривания участник торгового рынка не стал бы поддерживать или налаживать торговые отношения с должником, чье финансовое положение оставляет желать лучшего даже в случае очевидно обеспеченной оплаты - например, путем предоплаты.

§ 142 ПН охватывает все действия, имеющие экономическое значение, в том числе удовлетворение и обеспечение требований должника. Решающим является тот факт, что ответная услуга со стороны потенциального ответчика оспаривания на самом деле попала в имущество должника, независимо от того, что с ней произошло позже и то, что она была отдана именно в обмен на отчужденное должником.³²

§ 142 ПН предусматривает привилегию неоспаривания только в случае непосредственного обмена благ, имея в виду и временной аспект. Обмен не должен происходить на месте, как оплата наличными средствами, но находиться в рамках кратковременного исполнения договорных или иных обязанностей. Законодатель не называет конкретных сроков, исходя из индивидуальной оценки каждого случая, хотя в юрисдикции ВФСГ со временем установился срок максимум в 30 дней.³³

Равноценность благ, отданных из и полученных в имущество должника не исключает случая, когда должник получает большее. Решающим остается тот факт, что получено не менее заслуженного, тем самым имуществу должника не наносится убыток, а имеет место перераспределение имущества.³⁴

Изложение и доказательство того, что оспоренное правовое действие представляет собой «делку за наличные», надлежит ответчику оспаривания.

³² Уленбрук, § 142, абз. № 12.

³³ Решение ВФСГ от 15.12.2011 - IX ZR 118/11, источник: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=4e1d41fb8092461d26efa4cdae1404ed&nr=59025&pos=0&anz=1>.

³⁴ ГК ПН, § 142, абз. № 10.

IV. Особые условия оспаривания

Положение о несостоятельности определяет следующие факты оспаривания правовых действий должника и третьих лиц, исходя из наличия названных общих условий:

1. § 130 ПН – оспаривание в случае согласованного удовлетворения (kongruente Deckung)

Исходной позицией является правовое действие, которое обеспечивает или исполняет законное и обоснованное требование кредитора, такое как оплата счета или передача в залог имущества должника. Критическим моментом является фактор времени в совокупности с осведомленностью кредитора об экономическом положении должника. Так, первой альтернативой п. 1 пр. 1 № 1 § 130 ПН определяет оспаривание действия, которое имело место в течение трех месяцев до подачи заявления на открытие дела по несостоятельности, причем не имеет значения кто (сам должник или кредитор - *Eigenantrag/Fremdantrag*) подал его. На момент совершения правового действия должник должен был быть неплатежеспособным и кредитор должен был быть об этом осведомлен.

Вторая альтернатива п. 1 пр. 1 № 2 № 130 ПН исходит от совершения правового действия после подачи заявления в суд по делам несостоятельности. В этом случае определяется, что кредитор должен знать о неплатежеспособности должника или о подаче заявления в суд по несостоятельности.

Ответчиком оспаривания по § 130 ПН может быть только кредитор должника, то есть лицо, имеющее требования к последнему на законной или договорной основе.³⁵ При этом, не имеет значения, принимает ли данный кредитор участие в судопроизводстве по несостоятельности, в рамках которого происходит оспаривание правового действия.³⁶

Так как факт оспаривания по § 130 ПН охватывает именно случаи обслуживания законного и обоснованного требования должника, необходимо исключить случай так называемой «сделки за наличные», то есть определить, насколько взаимосвязаны и равноценны действия должника и кредитора.

На момент совершения оспариваемого действия, а точнее на момент наступления его правовых последствий согласно § 140 ПН должник должен быть неплатежеспособным, п. 1 пр. 1 № 1 § 130 ПН. При этом именно оспариваемое действие может и послужить причиной неплатежеспособности. Важно только то, что неплатежеспособность, наступившая на момент оспариваемого действия, длится до открытия судопроизводства по несостоятельности, то есть временное улучшение финансового статуса должника, приведшее к устранению неплатежеспособности, является препятствием для оспаривания по § 130 ПН.

³⁵ Точное определение термина «кредитор» в понятии ПН содержат §§ 38 и 39.

³⁶ Уленбрук, § 130, абз. № 25.

При совершении действия после подачи заявления в суд по несостоятельности оспаривание производится по п. 1 пр. 1 № 2 § 130 ПН. В этом случае неплатежеспособность не является обязательной предпосылкой. Достаточно наличие угрозы неплатежеспособности (*drohende Zahlungsunfähigkeit*) или финансовой недостаточности/чрезмерной задолженности (*Überschuldung*), то есть фактов, дающих (как и неплатежеспособность) право на подачу заявления на открытие дела по несостоятельности.

Относительно субъективного компонента п. 1 § 130 ПН требует осведомленности кредитора-ответчика о неплатежеспособности должника или подаче заявления в суд по несостоятельности на момент, зафиксированный § 140 ПН, причем именно уверенное знание, а не подозрение считается достаточным.³⁷

Изложить и доказать соответствующую осведомленность кредитора должен управляющий. Нетрудно догадаться, что предоставление такого рода доказательства более чем затруднительно. По этой причине законодатель ввел облегчение для оспаривающего управляющего. Согласно п. 2 § 130 ПН считается достаточным доказательство осведомленности кредитора об обстоятельствах, позволяющих сделать обязательный вывод о неплатежеспособности должника. На практике это следует путем предоставления корреспонденции должника или иных лиц с кредитором, из которой следует, что должник находится в критической экономической ситуации, например на основании переговоров об очередной отсрочке, о частичном погашении долга или при признаках задолженности у других кредиторов.

Открытым остается вопрос, кто именно должен быть осведомлен о факте неплатежеспособности или подаче иска в суд. В отношении кредитора-ответчика оспаривания, являющегося частным лицом, ответ довольно прост - именно он или его представитель, либо законный заместитель для лиц, не полностью дееспособных. В отношении кредиторов, являющихся юридическими лицами, считается достаточной осведомленность одного из членов представительного органа, причем это мнение ВФСГ учитывает и членов представительного органа, которые лично не совершали оспариваемого действия,³⁸ но в принципе имеют обязанность передать значимую информацию компетентным инстанциям. Соответствующий подход действует также в отношении прокуривов, единственных (*Alleingeschafter/Ein-Mann-GmbH*) или доминирующих участников общества (*beherrschender Gesellschafter*), кассиров и т.д, но не в отношении простых акционеров или членов товариществ (*Genossenschaften*). В товариществах (*Personengesellschaften*) достаточна осведомленность одного из участников и тогда, когда внешнее представительство общества возможно только всеми участниками совокупно.

В случае, если ответчик по оспариванию является близким должнику лицом, нормативно предполагается, что он достаточно осведомлен об экономическом положении и, в частности, о неплатежеспособности должника или подаче заявления в

³⁷ ГК ПН, § 130, абз. № 16 и далее.

³⁸ Уленбрук, § 130 абз. № 57 и далее.

суд по делам несостоятельности. В этом случае п. 3 § 130 ПН перекладывает обязанность доказывания обратно на ответчика. Управляющий должен в этом случае лишь изложить и доказать, что правовое действие имело место и что ответчик – близкое должнику лицо.

2. § 131 ПН – оспаривание в случае несогласованного удовлетворения (inkongruente Deckung)

Согласно п. 1 § 131 ПН может быть оспорено правовое действие, которое предоставляет кредитору обеспечение (Sicherung) или удовлетворение (Befriedigung) его требования либо создает возможность такого, если он не имел на это обеспечение или удовлетворение права вообще (nicht zu beanspruchen), данного рода (nicht in der Art) или на данный момент (nicht zu der Zeit).

При оспаривании действия, совершенного в течение одного месяца до подачи заявления в суд по делам несостоятельности или после того, законодатель не требует наличия дальнейших обстоятельств, п. 1 № 1 § 131 ПН.

Оспаривание действия, совершенного в течение второго или третьего месяца до подачи иска, напротив, возможно только при наличии дополнительного фактора – неплатежеспособности должника на момент действия согласно § 140 ПН (п. 1 № 2 § 131), либо осведомленности данного кредитора о нанесении ущерба будущим кредиторам в деле о несостоятельности (п. 1 № 3 § 131).

К присутствию необходимых общих обстоятельств, таких как посредственное/косвенное нанесение ущерба кредиторам и наличие правового действия кредитора в соответствии с § 129 ПН, законодатель добавляет в § 131 ПН факт измененного или даже неправомерного удовлетворения (а также обеспечения и создания возможности такого) кредитора, получение которого делает последнего, на взгляд законодателя, менее заслуживающим правовой защиты.

Неправомерное удовлетворение или обеспечение имеет место, если кредитор, получивший его, вообще не имел на него права, будь то потому что притязание не подлежало на тот момент востребованию (например, в связи с истечением срока давности), либо по другим причинам.

Не того рода (nicht in der Art) обеспечение или удовлетворение имеет место, если кредитору предоставляется иная, но не заранее установленная/оговоренная форма действия. В этом отношении законодатель исходит из того, что задним числом выбранная форма удовлетворения является более ущербной для имущества должника и тем самым для совокупности кредиторов. На практике такие действия имеют место при распоряжении должника по отношению к третьему лицу погасить долг должника или при цессии требования должника к третьему лицу как удовлетворение требования кредитора по отношению к должнику. Классическим случаем является удовлетворение

требования кредитора путем принудительного приведения в действие судебного решения с помощью судебного исполнителя.³⁹

Весомое значение в повседневной практике оспаривания имеют, кроме того, случаи удовлетворения или обеспечения кредитора под непосредственной угрозой приведения в исполнение судебного решения и подачи заявления на открытие дела о несостоятельности должника именно со стороны кредитора, добивающегося удовлетворения или обеспечения своего требования.⁴⁰

Данные требования особо подчеркивают общую целенаправленность всей систематики права оспаривания – достижение соразмерного удовлетворения всех кредиторов путем устранения преимущественного удовлетворения кредиторов, достигших этого особо решительным подходом к делу или своего рода «творческим» путем, таким как принятие не заранее оговоренного вместо того, что должник задолжал на самом деле.

Под удовлетворением или обеспечением требования кредитора, право на которое он не имел на данный момент (*nicht zu der Zeit*), законодатель подразумевает в первую очередь действия, срок которых еще не настал или уже истек.

В части требования осведомленности кредитора о нанесении ущерба остальным кредиторам в будущем деле о несостоятельности (п. 1 № 3 § 131) законодатель исходит из случая, когда кредитор принимает ему надлежащее (например, платеж должника по обоснованным долгам), зная, что финансовые средства должника не достаточны для удовлетворения остальных кредиторов. Признаками этого могут быть, к примеру, долгосрочные попытки должника-предпринимателя или должника-предприятия хотя бы частично погасить долги в отношении этого кредитора, если последнему известно, что должник является работодателем и до сих пор принимает участие в рыночных отношениях.

Очевидную сложность доказательства субъективной осведомленности кредитора законодатель встретил формулировкой п. 2 пр. 1 § 131 ПН, по существу соответствующей п. 2 § 130 ПН, то есть установив, что считает достаточным доказательство осведомленности кредитора об обстоятельствах, позволяющих сделать принуждающий вывод о факте нанесения ущерба будущим кредиторам в следствии совершения оспариваемого действия. В отношении близких лиц в толковании § 138 ПН нормативно предполагается осведомленность о названном факте нанесения ущерба.

В последнюю очередь стоит подчеркнуть, что действие, оспариваемое в соответствии с § 131 ПН, никогда не может быть так называемой «делкой за наличные» по § 142 ПН. Нормативные составы являются взаимоисключающими. Это является очевидным, так как § 131 ПН учитывает именно действия, отклоняющиеся от требований § 142 ПН.

³⁹ ГК ПН, § 131, абз. № 11 и далее.

⁴⁰ ГК ПН, § 131, абз. № 14 и далее.

3. § 132 ПН – оспаривание непосредственно убыточных правовых действий (unmittelbar nachteilige Rechtshandlungen)

Состав оспаривания по § 132 ПН является особым сразу в нескольких отношениях. Так, законодатель конкретно называет оспариваемыми сделки (Rechtsgeschäft), а не правовые действия (Rechtshandlung), причем только заключенные должником, а не третьим лицом. Кроме того, в отличие от предпосылки п. 1 § 129 ПН здесь требуется нанесение непосредственного ущерба кредиторам, которые, в свою очередь, даже не обязаны до совершения сделки являться таковыми, то есть не иметь до того момента требований к должнику.

Законодатель конкретно определяет в п. 1 § 132 ПН оспариваемые сделки должника, непосредственно наносящие ущерб совокупности кредиторов будущего дела по несостоятельности, заключенные в течение трех месяцев до подачи заявления на открытие дела по несостоятельности, если на тот момент должник был неплатежеспособен и другая сторона об этом была осведомлена (№ 1), или заключенные после подачи заявления, если на тот момент другая сторона была в той же мере осведомлена о неплатежеспособности и/или подаче заявления (№ 2).

Пункт 2 § 132 ПН расширяет поле действия п. 1, учитывая в первую очередь воздержания от действий в соответствии с п. 2 § 129 ПН и являясь своего рода дополнительным или подстраховывающим составом (Auffangtatbestand), охватывающим случаи, выпадающие из рамок действия §§ 130, 131 и п. 1 § 312 ПН, но недостаточные для оспаривания по строгим требованиям § 133 ПН.

Особенностью определения § 132 ПН является в первую очередь ограничение на сделки (должника). Законодатель подразумевает под этим установление новых правовых отношений, в частности, волеизъявление, направленное на заключение договоров и на обоснование односторонних сделок (einseitige Rechtsgeschäfte), - например, расторжение или отказ от договора (Kündigung oder Rücktritt vom Vertrag). Упор делается на том, что именно исполнение договорных или иных обязанностей (а уже не заключение обязательств как таковых), таких как удовлетворение или обеспечение, не являются оспариваемыми на основании данной статьи. Оспаривание таковых возможно по §§ 130, 131 ПН.⁴¹

Примером оспариваемого по § 132 ПН действия является заключение договора купли-продажи по значительно заниженной цене или покупка по значительно завышенной цене. Там самым законодатель хочет исключить случаи т.н. «разбазаривания» имущества должника в преддверии дела о несостоятельности.

Согласно п. 3 § 132 ПН облегчение доказательства соответственно п. 2 и 3 § 130 ПН действует и для оспаривания по § 132 ПН.

⁴¹ ГК ПН, § 132, абз. № 3 и далее.

4. § 133 ПН - оспаривание при умышленном нанесении убытков (vorsätzliche Benachteiligung)

Оспариванию по § 133 ПН подлежат правовые действия (Rechtshandlungen) должника, совершенные им в течении 10 лет до подачи заявления на возбуждение дела по несостоятельности или после подачи этого заявления, с целью нанесения ущерба кредиторам при условии, что другая сторона была осведомлена о намерении должника, п. 1 пр. 1. Законодатель исходит в п. 1 пр. 2 из того, что осведомленность имеет место, если другой стороне известна угроза неплатежеспособности должника, а также факт нанесения убытка кредиторам.

Соответственно п. 2 пр. 1 § 133 ПН оспариванию подлежат платные договоры (entgeltliche Verträge), заключенные должником с близкими ему по определению § 138 ПН лицами, при условии, что этот договор непосредственно наносит убыток кредиторам. В пр. 2 данного пункта законодатель ограничивает оспаривание по пр. 1 на договоры, заключенные на протяжении двух лет до подачи заявления на возбуждение дела по несостоятельности, и на случаи осведомленности другой стороны договора о намерении должника нанести ущерб кредиторам.

Термин правового действия п. 1 включает в себя любые правовые действия, если только они совершаются самим должником или при его участии, но именно намеренно и целенаправленно. Поступки третьих лиц не учитываются, а действия заместителя причисляются должнику. Классическим примером действия, оспариваемого по п. 1 § 133 ПН, является поведение должника в условиях принудительного взыскания: решающим является вопрос, имеет ли должник выбор действия, например платить по задолженности или нет, в осознании того, что иначе судебный исполнитель приступит к действию. Если должник решает таким образом погасить долг в преддверии принудительных действий, на данный момент еще не имеющих место, но наверняка ожидаемых, то он лично совершает оспариваемое по § 133 ПН действие. Его действие, напротив, не подлечит оспариванию по § 133 ПН, если должник производит оплату по задолженности уже на месте присутствующему судебному исполнителю. Разграничением понятий является действие по собственной воле должника, не присутствующей в последней ситуации, когда должнику ясно, что в случае его недействия или протеста судебный исполнитель в принудительном порядке выполнит свои обязательства.

Срок оспаривания правового действия по п. 1 § 133 ПН в 10 лет до подачи иска подчеркивает карательную целенаправленность этого состава и является объектом массовой критики, наряду с ниже поясненными облегчениями доказательства в пользу управляющего.

Относительно нанесения ущерба вследствие совершения оспариваемого действия действуют предписания § 129 ПН.

Намеренность должника (Vorsatz des Schuldners) нанести соответственный ущерб кредиторам имеет место, если должник осознанно совершает оспариваемое действие, зная о том, что оно приведет к нанесению ущерба кредиторам и одобряя (billigend in Kauf

nehmen) это последствие.⁴² Следует учесть, что не востребован умысел - безусловная намеренность должника (Absicht, unbedingter Vorsatz – dolus directus) нанести ущерб, то есть абсолютное стремление своим действием достичь именно эту цель; достаточна, как сказано, напротив, менее выраженная степень преднамеренности, направленная на умышленное совершение действия при соглашении с предвиденными последствиями.⁴³ При воздержании должника от действия, приравняемого п. 2 § 129 ПН к самому действию, необходимо также сознание и намеренность должника, своим бездействием достичь обозначенной п. 1 § 133 ПН цели, то есть именно этим воздержанием от действия/бездействием нанести кредиторам ущерб.⁴⁴

Соответствующая намеренность должника, направленная на нанесение ущерба кредиторам, может соответственно сказанному иметь место, если должник совершает правовые действия (например, заключает договоры), осознавая угрозу собственной неплатежеспособности.⁴⁵ Не требуется намеренность нанесения ущерба конкретным, уже присутствующим кредиторам. Достаточно, скорее, осознание того, что данное действие нанесет ущерб будущим кредиторам, так как денежные средства не будут достаточными для удовлетворения всех требований.⁴⁶

Намеренность должника причинить ущерб кредиторам отсутствует в случаях твердой и, главное, обоснованной уверенности должника, подчеркнутой к тому же фактами, которые могут быть доказаны, быть в состоянии своевременно удовлетворить все обязательства.⁴⁷

Одним из особо спорных случаев оспаривания по § 133 ПН являются действия должника, направленные на санацию (восстановления платежеспособности, Sanierung) его предпринимательства. Намеренность нанесения ущерба в таких случаях, несмотря на осознанную критическую экономическую ситуацию должника, не предполагается, если должник действует выполняя свой план санации, который хоть и может быть в определенной мере рискованным, но должен иметь достаточно солидную основу и основанный на конкретных расчетах положительный прогноз экономического развития.⁴⁸ На практике для доказательства обещающей успех санации должник должен предоставить убедительную концепцию, выработанную именно для конкретного случая,

⁴² Решение ВФСГ 30.06.2011 - IX ZR 134/10, источник: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=1d1a87e83983a864d97cef97118ec05c&nr=56902&pos=0&anz=1>.

⁴³ Решение ВФСГ от 27.05.2003 - IX ZR 169/02, источник: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=fb7bd43c7072c94cfda03a2c111d8f66&nr=26710&pos=0&anz=1>.

⁴⁴ Решение ВФСГ от 03.02.2011 - IX ZR 213/09, источник: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=d87d4d7d0f87e76628e8a28c47916ad2&nr=55402&pos=0&anz=1>.

⁴⁵ Решение ВФСГ от 14.06.2012 - IX ZR 145/09, источник: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=7261420f695b923768158933c7cb0762&nr=60835&pos=0&anz=1>.

⁴⁶ Решение ВФСГ от 26.04.2012 - IX ZR 73/11, источник: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=7419ae6a601c2447ab99fa895b9180ec&nr=60323&pos=0&anz=2>.

⁴⁷ ГК ПН, § 133, абз. № 15 с названием дальнейших источников.

⁴⁸ Уленбрук, § 133, абз. № 21.

которая на момент оспариваемого действия уже находилась в исполнении и на основании которой должник мог обоснованно предполагать успешное завершение санации. Перспективность концепции санации определяется с точки зрения объективным экспертом, посвященным в особенности соответствующей отрасли и имеющим доступ ко всем присутствующим документам. Недостаточная проработанность проекта санации может оцениваться как признак небрежного и, в этой связи, несерьезного, подхода к санации, и тем самым не иметь достаточной силы для опровержения приписываемого должнику намерения нанести ущерб кредиторам.⁴⁹

Необходимая для оспаривания по п. 1 пр. 1 § 133 ПН осведомленность другой стороны о намерении должника нанести оспариваемым действием ущерб кредиторам предполагается по пр. 2 в случае осведомленности этого лица об угрозе неплатежеспособности должника и о том, что данное действие способно нанести ущерб кредиторам. При этом стоит отметить, что определение неплатежеспособности соответствует § 17 ПН и учитывает уже содержащееся там предположение о несостоятельности в случае приостановления должником платежей, п. 2 пр. 2 ПН § 17. В совокупности с предположением по п. 1 пр. 2 § 133 ПН оспаривание по п. 1 § 133 ПН основывается на так называемом двойном предположении (*doppelte Vermutung*), то есть на довольно неопределенном предписании, позволяющим охватить широкий спектр действий и являющимся объектом массовой критики со стороны представителей интересов кредиторов. Названные предположения применяются прежде всего по отношению к кредиторам, являющимся определенного рода учреждениями,⁵⁰ которые предположительно осведомлены о наличии сотрудников у предприятия-должника и, соответственно, о наличии обязанностей по отношению к другим учреждениям - например, по социальному страхованию и по уплате налогов.⁵¹

Вследствие предположения п. 1 пр. 2 § 133 ПН обязанность доказательства всех нормативно востребованных обстоятельств опротестования, принципиально принадлежащая оспаривающему управляющему, относительно осведомленности о намерении нанести ущерб кредиторам перекладывается на ответчика. Истцу в этом случае надлежит лишь доказать осведомленность ответчика об угрозе неплатежеспособности должника и о нанесении ущерба кредиторам. Для защиты своих интересов теперь ответчик должен доказать обратное. Так как быть осведомленным об экономическом положении должника и, тем самым, об угрозе неплатежеспособности может быть только тот, кто имеет доступ к обширной информации о предприятии должника, оспаривание по данной норме имеет место, в первую очередь, в отношении вышеназванных кредиторов-учреждений. Так, например, многолетнее обязательство относительно оплаты страховых взносов или налогов или развития банковского счета должника может отражать изменения его экономического положения. Но и действия

⁴⁹ ГК ПН, § 133, абз. 18 с множеством дальнейших ссылок.

⁵⁰ «Institutionelle Gläubiger» – кредиторы, которыми являются в первую очередь банки, организации по медицинскому и пенсионному страхованию, профсоюзы и местные финансовые управления. На эту тему: *Zeitenwende im Insolvenzverfahren: Sozialversicherungsträger gründen Gläubigerschutzvereinigung; Institutionelle Gläubiger fordern mehr Mitbestimmung im Insolvenzverfahren*, ZInsO 2009, III.

⁵¹ ГК ПН, § 133, абз. № 21.

деловых партнеров должника, имеющих многолетние связи с ним, могут быть подвергнуты оспариванию на предположении такого рода осведомленности об угрозе неплатежеспособности.

Относительно осведомленности другой стороны о намерении нанести ущерб кредиторам в соответствии с предположением по п. 1 пр. 2 § 133 ПН достаточна осведомленность о факте нанесения ущерба путем оспариваемого действия. Это, в свою очередь, предполагается в том случае, если другая сторона знает, что данное действие способствует уменьшению активов и увеличению задолженности должника путем оттока существенных финансовых или иных средств, или, что оставшиеся средства должника не будут достаточны для удовлетворения всех обязательств.⁵²

Такие субъективные признаки, как намерение причинить ущерб со стороны должника, могут быть доказаны только с трудом, в первую очередь, на основании объективных признаков, позволяющих, к примеру, соответственно жизненному опыту, делать надлежащие выводы. К таким относится, в первую очередь, несогласованность удовлетворения требований (*inkongruente Deckung*), причем чем более выражена эта несогласованность, то есть чем дальше на самом деле выполненное обязательство от в свое время оговоренного, тем более весомым доказательством считается данный факт. Это заключение обосновывается выводом о том, что должник принципиально не готов в исполнение своего обязательства предоставлять иные блага или услуги, чем те, которые были оговорены изначально, или выполнять свою обязанность раньше назначенного срока. Если же он действует именно таким образом, то его поведение свидетельствует именно о намерении нанести ущерб другим/остальным кредиторам, так как должник знает, что их требования он будет выполнить не в состоянии. Достаточными являются в этом отношении уже первые признаки сбоев в исполнении договорных или иных обязательств. Не требуется ожидать наступления полного кризиса, достаточны сомнения должника в собственной способности удовлетворить надлежащие требования.⁵³

Относительно п. 2 § 133 ПН следует заметить, что он, вопреки первому впечатлению, не представляет собой отдельного факта оспаривания, а конкретизирует лишь признак намеренного нанесения убытков из п. 1 на случай заключения договора с близкими лицами. Судь этого определения опять же заключается в облегчении доказательства со стороны оспариваемого управляющего. Последнему надлежит лишь доказать факт заключения такого рода договора, остальные обстоятельства, такие как субъективные признаки намеренного нанесения ущерба, законно подразумеваются. Не управляющий должен доказать их факт, а ответчик должен доказать, что таковые не имели места.⁵⁴

Соответственно п. 1 и п. 2 требует наличие договора, широко излагая этот термин, при заведении лиц в понимание § 138 ПН. Односторонние волеизъявления при этом не

⁵² Решение Верховного Суда Федеральной земли Нижняя Саксония в г. Целле от 08.05.2002 - 13 U 272/01, ZinsO 2002, 979.

⁵³ Решение ВФСГ от 22.04.2004 - IX ZR 370/00, источник: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=06209065ea900382ca276040dedcb8bb&nr=29331&pos=0&anz=1>; решение ВФСГ от 30.01.1997 - IX ZR 89/96, ZIP 1997, 513, 516.

⁵⁴ ГК ПН, § 133, абз. № 43.

учитываются. Примером являются, наряду с договорами о купле-продаже, предоставление займов, договоренности по отсрочке, погашение задолжности должника близким ему лицом в исполнение собственной задолжности по отношению к должнику и т.д.

В отличие от п. 1 § 133 ПН, п. 2 для состава оспаривания требует непосредственное нанесение ущерба совокупности кредиторов, соответственно предписанию § 132 ПН.⁵⁵

Не углубляясь в отдельные аспекты, можно уже на основании данного очерка заметить, что оспаривание по §. 133 ПН имеет очень широкий спектр действия и довольно высокую эффективность, так как законодатель в большинстве случаев переложил бремя доказательства критических обстоятельств на ответчика. Именно этот фактор и основанная на нем юрисдикция ВФСГ являются предметом массовой критики со стороны экономических объединений⁵⁶, направленной как минимум на существенное изменение данной нормы. Аргументируется это стремление, в первую очередь, надежностью планирования деловых отношений и уверенностью сотрудников в том, что выплаченную им зарплату никто не потребует вернуть в «общий котел».⁵⁷ В противном случае деловой партнер вряд ли сможет предоставлять займы или заключать договоры с лицами, чья экономическая ситуация вызывает хоть малейшее сомнение. Возникающее в результате подобных сомнений нежелание или сдержанность заключать договоры с лицами, нуждающимися в ликвидности для своего испытывающего некоторые экономические сложности предприятия, приведет к тому, что самостоятельная санация предприятий станет абсолютным исключением, а сотрудники предприятия, испытывающего легкие экономические трудности, будут покидать своего работодателя при первом сомнении в его платежеспособности, усугубляя тем самым его ситуацию и, так или иначе, опасаясь того, что в далеком будущем (в течение 10 лет) управляющий, который возможно будет назначен, будет претендовать на возврат полученного.

Одним из дальнейших аргументов является тот аспект, что возбуждение дел по несостоятельности происходит зачастую на основе выявления оспариваемых действий при полном отсутствии прочей конкурсной массы. В этом случае подвергается критике тот факт, что возвращенные путем оспаривания в конкурсную массу средства зачастую едва превышают затраты на издержки суда и оплату управляющего, позволяя тем самым открыть дело по несостоятельности, но не предоставляя участвующим в деле кредиторам, к которым после оспаривания принципиально относится и ответчик оспаривания, ни единого шанса на удовлетворения их требований. Тем самым всей системе оспаривания, и в первую очередь управляющему, приписывается цель нажиться на такого рода делах, не приносящих выгоду никому другому. На основании данной критики в 2013 г. в коалиционный договор 18-го созыва Правительства Германии

⁵⁵ ГК ПН, § 133, абз. № 47.

⁵⁶ К которым относятся Союз немецкой индустрии (Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.), Центральный союз немецких ремесленников (Zentralverband des Deutschen Handwerks) и многие другие.

⁵⁷ На эту тему: „Vertrauensschutz kontra Gesamtgläubigerinteresse – Gedanken zu Auslegung und und Reform des Insolvenzanfechtungsrechts. Zugleich eine Stellungnahme zu den rechtspolitischen Forderungen der Wirtschaftsverbände“, Marotzke, Wolfgang, Professor an der Universität Tübingen, ZInsO 2014, 417-447.

(Koalitionsvertrag der Bundesregierung) было включено решение «подвергнуть проверке» правовую базу оспаривания.⁵⁸

Сторонники действующего законодательства и основанной на нем судебной практики принимают в первую очередь во внимание то, что опасаемые негативные воздействия практики оспаривания на развитие экономики Германии статистически до сих пор не могли быть доказаны. В части открытия дел по несостоятельности, основанных исключительно на востребовании из оспаривания, так называемых «упорядочивающих дел» (Ordnungsverfahren), следует заметить, что зачастую никак иначе невозможно добиться привлечения к ответственности лиц, виновных в банкротстве должника-предприятия. Именно действия управляющего, начиная от составления экспертного заключения в предварительном судопроизводстве, впоследствии предоставляемого судом по делам несостоятельности прокуратуре и налоговым органам, ведут к тому, что соответствующие инстанции узнают о данных составах и приступают к работе. Привлечение некоторых лиц, таких как бывшие директора, к гражданской ответственности за банкротство и нанесение убытков предприятию или кредиторам нормативно закреплено за управляющим. Без возможности открытия дел именно на основании будущего оспаривания незаконные действия заинтересованных лиц оставались бы безнаказанными.

В отношении этой дискуссии следует заметить и то, что ВФСГ довольно заметно прореагировал на данную критику, уделяя особое внимание именно обоснованности предположений в толковании § 133 ПН и фактическим особенностям каждого отдельного иска, в частности, в случаях согласованного удовлетворения.⁵⁹

В отношении намеченных реформ § 133 ПН ожидается, что период оспаривания может быть укорочен - например, вдвое. Такое изменение не должно привести к существенным изменениям на практике, так как действия, совершенные за пять лет до подачи иска и ранее, встречаются довольно редко, зачастую по простой причине отсутствия необходимых документов. Период в четыре года до подачи иска считается и сторонниками действующего законодательства зачастую достаточным.⁶⁰

5. § 134 – оспаривание безвозмездного отчуждения имущества (unentgeltliche Leistung)

В соответствии с п. 1 § 134 ПН оспариванию подлежит безвозмездная передача имущества, имевшая место на протяжении четырех лет до подачи заявления на

⁵⁸ Текст коалиционного договора, стр. 25, http://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2013/2013-12-17-koalitionsvertrag.pdf;jsessionid=871489D0C8CE45B0DC4A2AF731ADC473.s2t2?_blob=publicationFile&v=2.

⁵⁹ На данную тему наглядно: *Борк, Райнхард*, Оспаривание действий как ядро соразмерного удовлетворения требований кредиторов (*Bork, Reinhard, Anfechtung als Krenstück der Gläubigergleichbehandlung*), ZIP 2014, 797.

⁶⁰ *Фринд, Франк*, Оспаривание действий в праве о несостоятельности – необходимое звено для достижения соразмерного удовлетворения требований кредиторов и поддержки порядка или угроза экономическому обороту? (*Frind, Frank, Insolvenzanfechtung - unverzichtbarer Baustein zur gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung und zur Stärkung der Ordnungsfunktion oder Instrument zur Gefährdung des Wirtschaftsverkehrs?*), ZInsO 2014, 1985.

возбуждение дела по несостоятельности. Пункт 2 § 134 ПН исключает оспаривание в случаях, когда данное имущество является недорогим подарком общего пользования (*gebräuchliches Gelegenheitsgeschenk*).

Данный факт оспаривания основывается на предположении, что лицо, получающее выгоду за счет имущества должника, не будучи обязанным к ответной услуге, заслуживает менее высокую правовую защиту чем лицо, передавшее что-то из своего имущества взамен полученному.

Законодатель исходит из оспаривания именно правовых действий должника, а не концентрируется на сделке. Тем самым § 134 ПН учитывает все правовые действия самого должника, направленные на отчуждение его имущественных ценностей в пользу другого лица. Достаточно, если это лицо вследствие оспариваемой передачи определенного предмета имеет возможность им пользоваться и свободно распоряжаться, при этом обретение права собственности не требуется.⁶¹ При этом в виду имеются не только дарственные акты, но и, например, передача в наем или отказ от выгодного для должника права, причем в соответствии с п. 2 § 129 ПН воздержание от такого рода действий оценивается соответственно.

Ответчиком оспаривания является лицо, получившее имущественную ценность из или за счет имущества должника, при чем для принятия решения об оспаривании не играет роли, находится ли данный предмет на момент оспаривания все еще в составе имущества этого лица.⁶² Впрочем, именно этот факт может стать решающим при определении правовых последствий оспаривания по п. 2 § 143, описанных ниже.

Определение безвозмездности оспариваемой передачи имущества не составляет трудности, если ответной услуги не было вообще, независимо от того, была ли она обещана. Сложнее оценка в том случае, если обмен ценностями или услугами на самом деле имеет место, но они не являются равноценными. В таком случае следует определить, является ли переданный должником предмет или предоставленная услуга делимой. Если да, то отданное должником оценивается и оспаривается по частям; если нет, то можно исходить из оспариваемости действия в целом в случае, если оспариваемое действие было направлено в первую очередь на безвозмездную выгоду для получателя.⁶³ Примером этого являются, в первую очередь, дарения недвижимости близким лицам, при которых получатель хоть и берет на себя определенные обязательства (например, погасить оставшуюся ссуду за дом), но этот долг и близко не соответствует стоимости подарка.

В соответствии с общими требованиями оспаривания правовое действие должника должно привести, как минимум, к посредственному/косвенному нанесению ущерба кредиторам должника. При этом не имеет значения, в какой экономической ситуации находился должник на момент совершения оспариваемого действия, суть оспаривания

⁶¹ Решение ВФСГ от 22.03.2001 - IX ZR 373/98, источник: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=9a3b5097a66d978d91056488ad2dc0dc&nr=22778&pos=0&anz=1>.

⁶² ГК ПН, § 134, абз. № 7.

⁶³ Уленбрук, § 134, абз. № 39 и далее.

по § 134 ПН учитывает именно факт безвозмездного отчуждения имущественных ценностей.

Исключение при этом составляют так называемые «недорогие подарки общего пользования». Такими являются, в первую очередь, обычные подарки, не выходящие за рамки общепринятого, подаренные, как правило, но не обязательно, по определенному, принятому, поводу как рождество, свадьба, день рождения, крестины и т.д. При определении уместности подарка учитывается не только повод, но и уровень расходов в соответствии с остальным имуществом должника. Общего определения того, что является уместным и принятым, не существует, каждый факт оценивается как таковой, но, например, подарок стоимостью 1.000 евро уже не считается «недорогим подарком общего пользования».⁶⁴

Все условия оспаривания по § 134 ПН (за исключением того, что действие было совершено в течении четырех лет до подачи иска) должен изложить и доказать оспаривающий управляющий. А ответчик, в свою очередь, должен доказать обратное - в первую очередь то, что действие не было совершено в оспариваемый период или то, что имел место «недорогой подарок общего пользования».

6. § 135 – оспаривание правовых действий в связи с займами участников юридического лица (Anfechtung von Handlungen im Zusammenhang mit Gesellschafterdarlehen)

§ 135 ПН регулирует оспаривание действий, связанных с удовлетворением или обеспечением займов, предоставленных обществу со стороны одного из его участников, при чем п. 1 охватывает также и приравненные к ним действия. Пункт 2 § 135 ПН направлен на оспаривание действий, связанных с займами третьих лиц, погашение которых принимает на себя юридическое лицо по распоряжению участника этого общества, взявшего на себя личную обязанность обеспечения или поручительство за данный займ.

Немного отдаленным от права опротестования является п. 3 § 135 ПН, регулирующий право несостоятельного общества на пользование предметами, в частности, средствами производства, на протяжении судопроизводства по несостоятельности (максимум год), предоставленных ему со стороны одного из участников этого общества. Данная правовая норма является результатом кодификации так называемого «права пользования, заменяющего взнос капитала» (kapitalersetzende Nutzungsüberlassung). В соответствии с предшествующей редакцией § 135 ПН и основанной на ней юрисдикцией ВФСГ управляющий в деле по несостоятельности юридического лица мог потребовать возврата арендной платы за движимые и недвижимые средства производства, предоставленные участником общества таковому на протяжении последних 10 лет.⁶⁵ Во избежание оттока необходимых средств производства законодатель принял п. 3 § 135 3 ПН в данной редакции, предоставляя должнику таким образом возможность на протяжении года

⁶⁴ ГК ПН, § 134, абз. 38 и далее.

⁶⁵ ГК ПН, § 135 абз. № 2, 123 и далее.

пользоваться такими средствами, причем право пользования предоставляется не безвозмездно, а должно быть оплачено по средней цене аренды на протяжении года, предшествующего открытию дела по несостоятельности.

Пункт 1 § 135 ПН представляет собой один из самых обширных и сложных составов оспаривания, что связано не только с имевшими место изменениями законодательства⁶⁶, но и с тесной взаимосвязанностью с корпоративным правом, являющимся тут скорее основной, чем вспомогательной или второстепенной тематикой. Так как корпоративное право не является предметом данного очерка, хотелось бы отметить только общие особенности состава оспаривания п. 1 § 135 ПН с точки зрения права о несостоятельности.

Исходная позиция оспаривания по п. 1 § 135 ПН - займы одного из участников общества своему обществу (Gesellschafterdarlehen). Такие участники являются в соответствии с п. 1 № 5 § 39 ПН не конкурсными кредиторами, а подлежат удовлетворению в порядке очередности, то есть после (в редком случае) полного удовлетворения требований конкурсных кредиторов.⁶⁷ Таковым урегулированием законодатель стремится подстраховать действующую в праве о несостоятельности последовательность кредиторов. Те кредиторы, чьи требования уже по систематике делопроизводства по несостоятельности менее заслуживают защиты (nachrangige Gläubiger, § 39 ПН), путем оспаривания принуждаются возвратить отчужденное имущество в конкурсную массу. Это правило находит свое обоснование в аргументации особой финансовой ответственности лиц, являющихся участниками должника-юридического лица, которые и относятся к названной группе кредиторов.⁶⁸ Это подчеркивается нормативом п. 5 § 39 ПН, исключаяющей действие п. 1 № 5 и тем самым § 135 ПН для участников, чья доля (пай) в обществе не превышает 10 % при условии, что они не являются директорами.

Действие п. 1, 2 § 135 ПН распространяется не только на классическую форму юридического лица – ООО (GmbH, Gesellschaft mit beschränkter Haftung), но и практически на все формы обществ с ограниченной ответственностью.⁶⁹

Пункт 1 исходит из ситуации, в которой должник – юридическое лицо, например ООО, погашает или обеспечивает долги одного из своих участников. Определение

⁶⁶ Серьезные изменения в систему оспаривания по ст. 135 ПН внесла реформа корпоративного права в 2008 году, направленная на модернизацию Закона об ООО и борьбу со злоупотреблением путем принятия соответствующего федерального закона от 23.10.2008 (Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)).

⁶⁷ Следует заметить, что Положение о несостоятельности в отличие от предшествующей законодательной базы не распределяет кредиторов на ранги. Отличаются лишь конкурсные кредиторы (Insolvenzgläubiger), некоторые из которых на особых основаниях имеют право на удовлетворение в порядке предпочтения, так называемые кредиторы массы (Massegläubiger), например имеющие требования на основании сделок управляющего от имени массы. Кроме конкурсных кредиторов присутствует группа остальных кредиторов, требования которых подлежат удовлетворению в порядке очередности (nachrangige Gläubiger), то есть кредиторы, менее заслуживающие соразмерного удовлетворения, ст. 38,39 и 53 ПН. На эту тему *Пане*, стр. 68 и далее.

⁶⁸ ГК ПН, § 135, абз. № 2 и далее.

⁶⁹ ГК ПН, § 135, абз. № 10 и далее.

такого участника происходит по нормативу корпоративного права, в частности «Закона об ООО» (Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, GmbH-Gesetz⁷⁰).

Основой долга может быть в первую очередь займ любого рода, например вещевой займ (Sachdarlehen) и сопутствующие требования (Nebenforderungen), такие как пеня (Verzugszins). Кроме займа состав оспаривания охватывает приравненные к нему требования (gleichgestellte Forderungen), п. 1 § 135 ПН, причем факт приравнивания определяют два параметра : требования, подлежащие удовлетворению или обеспечению должны иметь для должника характер займа и обязывать именно участника общества или лицо, приравненное ему. Последний критерий довольно глубокий и служит для защиты общества-должника от злоупотребления со стороны лиц, хоть и не являющимися его формальными участниками, но занимающими схожую позицию и обладающими возможностью оказывать влияние на интересы общества.⁷¹

Оспариваемым действием по п. 1 § 135 ПН является, в первую очередь, обеспечение требования по отношению к участнику общества со стороны общества, предоставленное задним числом, то есть в дополнение или во изменение первоначальной договоренности после ее заключения. Срок оспаривания составляет в таком случае 10 лет до подачи иска на открытие дела по несостоятельности.

В случае удовлетворения такого же рода требования, причем и этот термин толкуется широко, срок оспаривания составляет только год до подачи иска. Оба состава применяются и в случае совершения оспариваемого действия после подачи иска в суд, но до открытия судопроизводства.⁷²

В соответствии со § 129 ПН состав оспаривания по § 135 ПН, как и большинство других норм, исходит из того, что имело место как минимум посредственное/косвенное нанесение убытка кредиторам.

Пункт 2 § 135 ПН исходит из иной ситуации: в отличие от п. 1 здесь идет речь об удовлетворении требования по займу со стороны третьего лица обществом-должником, имевшим место на протяжении года до подачи иска или после того, если участник этого общества предоставил обеспечение этого требования или взял на себя поручительство по этому долгу. К требованиям по займу законодатель приравнивает другие действия, имеющие сходное экономическое воздействие на имущество общества-должника.

Особенностью данного состава оспаривания является определение основного момента оспаривания не в отношениях общества-должника и третьего лица, которое получает экономическую выгоду, а в отношениях общества-должника и его участника, который фактически является причиной оттока активов, не совершая собственноручно оспариваемого действия.

⁷⁰ Федеральный закон от 20.04.1982 с изменениями от 24.04.2015, источник: <http://www.gesetze-im-internet.de/gmbhg/>.

⁷¹ ГК ПН, § 39, абз. № 29 и далее.

⁷² ГК ПН, § 135, абз. № 33 и далее.

В случае возмещения принятого на себя долга обществом-должником со стороны его участника или ему приравненного лица до открытия судопроизводства по несостоятельности оспаривание по п. 2 § 135 ПН исключено.

Некоторые исключения предусматриваются для мелких участников в соответствии с п. 5 § 39 ПН и в случае попытки санации предприятия, п. 4 § 39 ПН.

7. Особенности §§ 136, 137 ПН

Нормативы §§ 136 и 137 ПН представляют собой своего рода дополнения к вышеописанным составам оспаривания, не имеющие на практике особого значения.

§ 136 ПН регулирует оспаривание возврата пая негласному участнику общества, имевшему место на протяжении года до подачи заявления по делу о несостоятельности, тем самым, особый случай несогласованного удовлетворения соответственно § 131 ПН. Основой санкционирования является факт договоренности негласного участника с ответственными лицами общества-должника, направленный именно на добровольную, то есть как минимум не обоснованную принуждением, выплату доли данного негласного участника. Таким образом, исключено оспаривание выплаты пая на действующей законной или изначальной договорной основе.

Особенностью норматива является порядок исчисления срока оспаривания: в отличие от остальных составов, учитывающих момент совершения правового действия, то есть момент наступления правовых последствий этого действия, § 136 ПН исходит из момента заключения договоренности о выплате пая негласному участнику.

Исходя из того, что негласный участник наряду с формальными членами общества является лицом осведомленным и заинтересованным, законодатель подвергает оспариванию выплату лишь на основании наличия объективных требований. Помимо того, ограничению подвергается состав оспаривания по §§ 136, 131 ПН в том случае, если основание для возбуждения дела по несостоятельности, то есть угроза или наступление несостоятельности или чрезмерная задолженность общества-должника, возникла хоть и на протяжении года до подачи иска, но после заключения договоренности о выплате.

§ 137 ПН регулирует оспаривание платежей по векселю или чеку, учитывая особенности законодательства в данной сфере, в частности ситуацию получателя такого расчетного средства, который подвергается угрозе потери определенных прав в случае отказа от оплаты по предоставленному ему чеку или векселю. Таким образом, § 137 ПН дополняет составы оспаривания по §§ 130 и 132 ПН, поясняя их исключения.

V. Правовые последствия оспаривания

Основной принцип права оспаривания гласит: то, что было изъято из имущества должника, подлежит возврату. Условия и тонкости осуществления этого принципа регулирует § 143 ПН, последствия оспаривания для ответчика предписывает § 144 ПН.

Соответствующие предписания в российском праве содержит ст. 61.1 Федерального Закона РФ «О несостоятельности (банкротстве)».⁷³

§§ 143 ПН устанавливает в п. 1, пр. 1 руководящий принцип, указывая по поводу правовых последствий на предписания гражданского законодательства, в частности, на право неправомерного обогащения (*Bereicherungsrecht*).⁷⁴ Пункт 2 конкретизирует правовые последствия при оспаривании безвозмездной передачи имущества по § 134 ПН, в свою очередь также ссылаясь на предписания неправомерного обогащения, но учитывая в этом случае возможность оспаривания без доказательства корыстных побуждений или осведомленности получателя и ответчика. Однако в данном случае в действие вступает правило § 818 ГГУ, согласно которому получатель обязан возместить стоимость принятого только в той мере, насколько он на данный момент обогащен (*Entreicherungseinwand*). Если же сам предмет оспаривания еще находится во владении ответчика, обязанность вернуть его остается в силе, однако воспользоваться данной привилегией может лишь добросовестный (*gutgläubiger*) ответчик, которому не известно негативное последствие, то есть нанесение ущерба кредиторам, вследствие безвозмездной передачи ему предмета оспаривания. Недобросовестность (*Bösgläubigkeit*) предполагается при этом и в случае неосведомленности вследствие грубой небрежности (*grobe Fahrlässigkeit*), то есть при осведомленности ответчика об обстоятельствах, которые очевидно и ясно дают понять, какого рода негативные последствия следует ожидать от его действий по отношению к кредиторам.⁷⁵

Изначальная правовая основа передачи имущества вследствие оспаривания не теряет силы и не аннулируется, а только трансформируется в обязательство возвращения полученного из имущества должника (*Rückgewährverhältnis*).⁷⁶ Тем самым законодатель в первую очередь не преследует цель санкционирования определенных правовых действий, а стремится к обратному перераспределению имущества должника во избежание нанесения ущерба кредиторам.⁷⁷

Согласно дословному тексту п. 1 пр. 1 § 143 ПН исходит из того, что возвращению подлежит в первую очередь именно изъятый из имущества предмет. Очевидно, что по истечении нескольких лет и в зависимости от особенностей того или иного предмета натуральный возврат не имеет смысла или на просто невозможен. В таком случае управляющий вправе потребовать возмещение стоимости того предмета в соответствии с предписаниями гражданского законодательства, если его требование не может быть удовлетворено передачей законного суррогата, полученного в свою очередь ответчиком оспаривания. Кроме самого предмета возврату подлежит извлеченная или, наоборот,

⁷³ Подробно на эту тему: *Шимарева, Т.П.*, стр. 329 и далее.

⁷⁴ § 812 и далее ГГУ (§ 812 ff. BGB).

⁷⁵ *Крефт, Герхард* (издатель), Хайдельбергский комментарий Положения о несостоятельности, 7. издание 2014 г., § 143, абз. № 31. (*Kreft, Gerhart* (Hrsg.), *Heidelberger Kommentar Zur Insolvenzordnung*, 7. Auflage 2014, § 143, Rn. 31).

⁷⁶ ГК ПН, § 143, абз. № 2.

⁷⁷ Своего рода исключением является состав оспаривания по ст. 133 ПН, см. выше.

безответственно не извлеченная из него выгода (gezogene oder schuldhaft nicht gezogene Nutzungen)⁷⁸ и, в случае ухудшения его состояния, компенсация этого ухудшения.

Право выбора между возвращением самого объекта и выплатой компенсации законодатель не предоставляет, исходя из приоритета первого, хотя на практике нередко имеет место практическая договоренность оспаривающего управляющего с ответчиком.⁷⁹

Размер компенсации при невозможности возврата объекта оспаривания в имущество должника определяется в соответствии со стоимостью предмета в случае воздержания от оспариваемого действия. Таким образом, снижение стоимости учитывается лишь в том случае, если бы оно, и далее находясь у должника, имело место. Повышение стоимости, произошедшее за счет ответчика оспаривания, может в определенных случаях быть компенсировано.

Пункт 3 § 143 ПН регулирует правовые последствия оспаривания правовых действий общества-должника и его участников по § 135 ПН, ориентируясь на предписания корпоративного права. Ответчиком оспаривания является участник общества и приравненные к нему лица, несмотря на то, что оспариваемое действие как таковое совершает общество-должник по отношению к третьему лицу. Решающим является тот аспект, что данное действие совершается в интересах данного участника общества.⁸⁰

При удовлетворении требования управляющего по оспариванию одного из правовых действий возникает вопрос о том, какие последствия это имеет как в первую очередь для ответчика, так и для самой конкурсной массы. Согласно п. 1 § 144 ПН требование ответчика, в свое время полностью или частично удовлетворенное оспоренным действием, возвращается к действию. По факту дела о несостоятельности оно не может быть удовлетворено, но ответчик имеет право на внесение своего требования в реестр по § 175 (и далее) ПН, то есть на удовлетворение наряду с другими кредиторами согласно руководящему принципу соразмерного удовлетворения требований всех кредиторов.

При успешном оспаривании двусторонней сделки ответчик обязан возвратить полученное, а п. 2 § 144 ПН обязывает конкурсную массу в свою очередь вернуть ответчику полученное от него во избежание неправомерного обогащения самой массы. При этом важно, насколько полученное еще присутствует как отделяемый объект в конкурсной массе: если ее отделение возможно - следует передача обратно, если нет - ответчику предоставляется лишь право на заявление своего требования в реестр, то есть на удовлетворение пропорционально с другими кредиторами.

Помимо компенсации стоимости предмета оспаривания управляющий имеет право востребовать пеню за несвоевременную оплату, которая начисляется со дня открытия дела по несостоятельности и превышает актуальный размер учетной ставки

⁷⁸ ГК ПН, § 143, абз. № 57.

⁷⁹ Решение ВФСГ от 29.04.1986 - IX ZR 145/85; Решение ВФСГ от 18.05.1995 - IX ZR 189/94, BGHZ 130, 38.

⁸⁰ ГК ПН, §. 135, абз. № 49.

(Basiszinssatz) на 5 процентных единиц.⁸¹ Так как ответчик оспаривания не может оказывать влияния на делопроизводство управляющего и, тем самым и на момент оспаривания, нередко наблюдается непонимание и протест по поводу начисленной пени, так как оспаривание зачастую производится по истечении нескольких лет после открытия дела по несостоятельности. Крайний срок оспаривания при этом определяет § 146 ПН, согласно которой давность наступает по истечении трех лет со дня открытия дела по несостоятельности. В зависимости от объема и сложности делопроизводства управляющий нередко только незадолго до истечения срока давности получает возможность заявить об оспаривании. В зависимости от суммы интереса такого рода задержка может оказать немалое влияния на востребованную сумму.

VI. Процедура оспаривания

Правом требовать возвращения полученного обладает только сама конкурсная масса, осуществляет это право управляющий от своего имени. На практике это выглядит таким образом, что в большинстве случаев назначенный судом временный управляющий в процессе составления своей экспертизы проверяет предоставленные ему документы на признаки составов оспаривания. Таковыми являются в большинстве случаев выписки из банковских счетов, по которым видны платежи должника в так называемый критический период, то есть незадолго до подачи иска на открытие делопроизводства. Зачастую кредиторы сами предоставляют информацию будущему управляющему - например, прилагая список своих требований, из которого видно, что часть их уже была удовлетворена, например, при помощи судебного исполнителя. В случае, если такого рода удовлетворение имело место на протяжении последнего месяца до подачи иска, управляющий может без дальнейших расследований отметить возможность оспаривания по ст. 131 абз. 1 № 1 ПН.

Нередко исключительно на основании такого рода «находок» временный управляющий приходит к выводу, что будущая конкурная масса будет в состоянии покрыть предполагаемые затраты судопроизводства, и таким образом рекомендует открытие судебного дела.

После открытия судопроизводства теперь уже соответственно уполномоченый управляющий обращается к ответчикам оспариваемого действия с соответственным требованием. При этом законодатель не предписывает для оспаривания формальных требований. Обращение идет скорее в свободной форме со ссылкой на правовую основу оспаривания в соответствии с найденной информацией об имевших место действиях. При начислении пени за просрочку платежа устанавливается срок для выплаты на банковский счет, отведенный данному делопроизводству. До этой стадии судебные органы в процессе оспаривания роли не играют. Только в случае опротестования и неоплаты ответчиком управляющий принимает решение обратиться со своим иском в суд. При этом компетентый суд по делам несостоятельности и в дальнейшем не принимает в оспаривании никакой роли, не считая общего сопровождения

⁸¹ По данным Центрального Банка Германии (Bundesbank) на 12.05.2015 учетная ставка составляет -0,83 %, <https://www.bundesbank.de/Redaktion/DE/Standardartikel/Bundesbank/Zinssaetze/basiszinssatz.html>

делопроизводства. Иск по оспариванию подается в суд общей юрисдикции, за исключением оспаривания выплаты заработной платы, попадающей под юрисдикцию трудового суда.⁸²

Далее имеет место обычное судебное разбирательство, при успешном исходе которого управляющий получает право при помощи судебного исполнителя в принудительном порядке привести решение суда в действие.

Нередко претензии по оспариванию регулируются путем заключения мирового соглашения с ответчиком. К таким мерам управляющий будет готов в первую очередь при оспаривании в отношении лиц, чья платежеспособность вызывает сомнения и при наличии сомнений в успехе судебного иска, например, по причине нехватки доказательств. В целях экономии средств конкурсной массы и во избежание дальнейшей потери времени управляющий может согласиться на выплату значительно меньшей суммы или на отсрочку.

Нередко конкурсная масса на момент оспаривания не располагает денежными средствами, необходимыми на покрытие расходов судопроизводства по делу об оспаривании. При предоставлении соответствующих доказательств управляющий вправе требовать взятия на себя расходов государством, то есть на финансовую помощь, предоставляемую государством лицам, по причине несостоятельности не имеющим возможности преследовать свои законные интересы судебным путем (Prozesskostenhilfe). Такого рода помощь предоставляется конкурсной массе только в том случае, если ни один из заинтересованных кредиторов не в состоянии предоставить массе необходимые денежные средства для преследования иска.

Помимо оспаривания в предварительном делопроизводстве выявленных фактов управляющий на протяжении всего дела по несостоятельности исследует дальнейшую информацию. Предписания ПН предоставляют управляющему довольно обширные полномочия для расследования информации в ходе дела по несостоятельности. Законодатель обязует должника или его ответственных лиц предоставить необходимую информацию управляющему, санкционируя отказ от содействия принудительными мерами, которые назначаются судом по несостоятельности по заявлению управляющего. В отношении должников-потребителей ПН предусматривает санкцию лишения возможности освобождения от остаточного долга при доказательстве недостаточного содействия управляющему.

VII. Итог / Заключение

Исходя из сказанного можно отметить, что в немецком праве законодатель предоставляет управляющему широкие полномочия оспаривания правовых действий и вспомогательные инструменты его реализации. При этом, не упускается из виду и аспект правовой справедливости, то есть разделение кредиторов на категории более и менее

⁸² См. отдельную главу в этом сборнике, посвященную судебной системе Германии.

заслуживающих защиты, в зависимости, в первую очередь, от степени их осведомлении об оспариваемом действии и его последствиях.

В сравнении с системой оспаривания при действии Положения о конкурсном производстве до 1999 г. и основанной на нем судебной практикой правовой институт оспаривания приобрел в немецком праве более весомое значение и стал значительно эффективней. Несмотря на это, нельзя терять из виду существующие и на сегодняшний день недостатки как самой правовой базы, так и возможности реализации оспаривания. Вопреки жалобам со стороны экономических и промышленных субъектов институт оспаривания является по мнению специалистов и на сегодняшний день далеко недостаточно эффективным.⁸³ В соответствии так называемому Титаник-Тезису⁸⁴ количество реализованных на практике оспариваний представляет собой лишь верхушку айсберга. Причиной тому можно назвать в первую очередь момент подачи заявления в суд по несостоятельности, особенно со стороны должников-юридических лиц. Согласно статистическим данным, заявление подается, как правило, через год после наступления чрезмерной задолженности/недостаточности имущества. Несмотря на уголовно преследуемую обязанность своевременной подачи заявления в суд по несостоятельности в отношении представительных органов юридических лиц предпринимательская деятельность ведется на практике до растраты последнего гроша, и только после этого подается заявление на открытие дела по несостоятельности, обоснованное – теперь уже дополнительно наступившей или угрожающей - неплатежеспособностью предприятия. Именно обозначенный промежуток времени и является причиной недостаточности конкурсной массы и, соответственно, низкой доли удовлетворения (*Insolvenzquote*) для конкурсных кредиторов. Решающим фактором для успешного делопроизводства по несостоятельности, индикатором которому является размер доли удовлетворения, можно назвать компетентность назначенного судом управляющего, одной из сложных задач которого является воспроизведение оттока имущественных средств должника в названный критический период. Если сравнить экономическое - и в первую очередь имущественное - положение должника на момент наступления чрезмерной задолженности и на момент открытия дела по несостоятельности, становится очевидным, что при возврате в этом промежутке времени отчужденного имущества удовлетворение конкурсных кредиторов может достичь 50 % и более, на практике оно составляет в среднем 3 – 5 %, только немногие управляющие достигают в течение года среднем двухзначную долю удовлетворения.⁸⁵ Результатом тому является заниженная доля удовлетворения требований конкурсных кредиторов, которая на самом деле еще ниже обозначенной, так как её выплата происходит только по окончании

⁸³ Практика оспаривания в деле о несостоятельности, *Хаармайер, Ханс/Хубер, Михаэль/Шмиттманн, Енс М.* (Изд.), 2012 г., Кёльн, стр. 2-17 (*Praxis der Insolvenzanfechtung, Haarmeyer, Hans/Huber, Michael/Schmittmann, Jens* (Hrsg.), Köln, 2012, S. 2-17.

⁸⁴ *Хубер, Михаэль*, Замечание к решению ВФСГ от 22.04.2004 – IX ZR 128/03, NZI 2004, 497 (*Huber, Michael, Anmerkung zum Urteil es BGH vom 22.04.2004 - IX ZR 128/03, NZI 2004, 497*), источник: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=c4d68ca5a77ce744292c1e5c9148d923&nr=29396&pos=0&anz=1>.

⁸⁵ *Хаармайер/Хубер/Шмиттманн*, стр. 2-17.

делопроизводства по несостоятельности, которое длится, как правило, не менее нескольких лет.

Исходя из этих данных становится видно, что ущерб экономике, и в частности предприятиям и лицам, обязанным в результате оспаривания вернуть полученное в конкурсную массу наносится не столько правовым институтом оспаривания, сколько просроченной подачей заявления в суд по несостоятельности, то есть слишком поздним осознанием собственной несостоятельности со стороны должника. Если законодатель сумеет решить данную проблему, подход к которой он уже давно ищет, можно исходить из того, что оспаривание потеряет в весе.⁸⁶ Но на сегодняшний день оно является неременным средством для достижения главной цели дела по несостоятельности – соразмерного удовлетворения всех конкурсных кредиторов.

Об авторе



Ольга Хартунг-Афифи (Olga Hartung-Afify) - адвокат, специалист в области налогового права (Rechtsanwältin, Fachanwältin für Steuerrecht), специализирующийся на праве несостоятельности. Ольга получила юридическое образование в университете г. Кёльна, где она также приобрела дополнительную квалификацию в праве стран Восточной Европы. Кроме того, Ольга закончила курсы специализации адвокатов по корпоративному, коммерческому, трудовому и налоговому праву, таким образом охватив отрасли права, имеющие прямое отношение к праву несостоятельности. С 2010 года Ольга работает в бюро Lehmkuhler Rechtsanwälte Steuerberater в г. Бонн, где она сопровождает дела по несостоятельности на стороне управляющего и консультирует (на русском и немецком языках) по всем вопросам, связанным с банкротством, в том числе относительно налоговой, уголовной и гражданской ответственности должников и их представительных органов.

www.lehmkuehler-rechtsanwaelte.de

hartung-afify@lehmkuehler-rechtsanwaelte.de

⁸⁶ На эту тему: *Крефт, Герхарт* (бывший председательствующий судья ВФСГ), Своевременное заявление на открытие дела по несостоятельности и профессиональная санация вместо изменения права оспаривания! (*Kreft, Gerhart*, (vors. Richter am BGH a.D.), Frühzeitiger Eröffnungsantrag und professionelle Sanierung statt Änderung des Insolvenzanfechtungsrechts!, ZinsO 2014, 1121.

Медицинский туризм в Германии и его юридические последствия

Medizintourismus in Deutschland und seine rechtlichen Konsequenzen

Мария Смолянская (Maria Smolyanskaya)

Der nachfolgende Beitrag erläutert zunächst, was genau unter Medizintourismus zu verstehen ist und stellt die einzelnen Reisearten dar. Anschließend werden die rechtlichen Voraussetzungen und Konsequenzen des Inbound-Medizintourismus dargestellt. Dabei werden insbesondere Haftungsfragen sowohl nach reiserechtlichen als auch nach medizinrechtlichen Bestimmungen erörtert.

I. Общие положения

Под понятием медицинского туризма подразумевается „выходящее за пределы государства медицинское лечение с целью проведения курса лечения/терапии, реабилитации или профилактики¹“. В настоящее время по всему миру существует большое количество туристических фирм и агентств-посредников, специализирующихся в области медицинского туризма.

В более 40 странах активно рекламируется туризм для привлечения туристов из-за рубежа. Две трети всех медицинских поездок совершается внутри Азии.

Эти статистические данные дают достаточно оснований для рассмотрения юридических вопросов поездки в комбинации с проведением медицинского лечения и, в особенности, для внесения ясности в связанные с этим вопросы правовой ответственности.

Медицинский туризм разделяется на две категории – входящий (Inbound) и исходящий (Outbound) медицинский туризм. При исходящем медицинском туризме с немецкой точки зрения медицинские туристы покидают страну с целью лечения, реабилитации или профилактики за рубежом. При входящем медицинском туризме иностранные медицинские туристы приезжают с такой целью в Германию.

В дальнейшем эта статья рассматривает вопросы связанные с „входящим-медицинским туризмом“, при котором иностранные медицинские туристы приезжают для получения медицинского лечения в Германию и когда в ходе лечения проводится операция или аллопатическое лечение.

¹ www.fakten-uber.de/medizintourismus, выпуск от 28.04.2015.

1. Варианты поездок

Наиболее частые формы медицинского туризма можно разделить на три варианта поездок, которые в зависимости от разных видов организации поездок имеют различные правовые последствия.

а. Паушальные поездки

Паушальная поездка является наиболее частой формой поездок. Она представляет собой предоставление туроператором (Reiseveranstalter) различных видов туристических услуг (перелет, проживание, трансфер, экскурсии и т.д.) в форме единого пакета. Это соответствует понятию „Пакет туристических услуг“ (Gesamtheit von Reiseleistungen), предусмотренному предл. 1 ч. 1 § 651a Гражданского Уложения Германии (Bürgerliches Gesetzbuch = BGB)² и № 1 ст. 2 Директивы ЕС о паушальных поездках (Pauschalreiserichtlinie)³ и является отдельным видом договора⁴.

Соответственно, при медицинско-туристической паушальной поездке медицинское лечение или медицинские услуги предлагаются туроператором в качестве составляющей части общего пакета туристических услуг. Медицинское обслуживание является при этом одной из основных туристических услуг.

б. Принцип модульности

Согласно этой концепции клиент составляет поездку из различных отдельных компонентов, предлагаемых туроператором, которые, по желанию клиента, становятся частью его поездки.⁵

Составленная из различных компонентов поездка регулируется правовыми предписаниями § 651a ff. (и последующий) Гражданского Уложения Германии, в том случае, если „туроператор“ берет на себя роль координатора поездки и в том случае, если отдельные составлявшие части или элементы поездки (включая медицинскую часть) входят в единый пакет. Если же сам турист составляет пакет своего отпуска, другая сторона по договору выступает исключительно в качестве посредника между туристом и исполнителями. В таком случае поездка не является паушальной.

с. Индивидуальные поездки

При индивидуальных поездках туроператор не принимает участия. Турист сам заключает несколько индивидуальных договоров непосредственно с поставщиками предоставленных ему услуг. При этом он может обратиться за помощью в туристическое

² См. В. Бергманн, Гражданское уложение Германии, 4-ое издание, 2015. Текст на немецком и английском языках: www.gesetze-im-internet.de/bgb/.

³ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31990L0314:de:HTML>.

⁴ BGH, NJW 1987, 1931 (1933).

⁵ Führich, Reiserecht, 6. Auflage 2010, Rn. 88b.

бюро и использовать его в качестве посредника, без приобретения туристическим бюро функций туроператора.

В сфере медицинского туризма индивидуальная поездка имеет к примеру место, если турист самостоятельно организывает свой переезд и проживание независимо от предоставляемых ему медицинских услуг⁶.

В этом случае не применяются правила по § 651a ff. (и последующии) Гражданского Уложения Германии, так как в этом случае отсутствует единый созданный туроператором пакет туристических услуг.

2. Право, регулирующее поездку и несение риска

Услуги по предоставлению лечения и медицинского обслуживания несут в себе значительный риск ответственности. Это имеет особое значение для независимого от поставщиков медицинских услуг туроператора, который гарантирует предоставление всех услуг, входящих в тур. С другой стороны для поставщиков медицинских услуг могут действовать предписания права, регулирующего поездки, если они помимо медицинских услуг предлагают другие туристические услуги, которые вместе составляют единый пакет туристических услуг.

а. Контрагент

При паушальной поездке в качестве другой стороны по договору выступает туроператор. Отдельные договорные отношения туриста с лицом, непосредственно предоставляющим услуги, отсутствуют. Они состоят исключительно в договоре с туроператором.

Турист может дополнительно заключить и другие договоры на предоставление ему услуг, которые никак не связаны с заказанным им у туроператора пакетом туристических услуг.

Вопрос о том, кто несет правовую ответственность зависит от того, является ли приведшая к ответственности часть поездки частью пакета туристических услуг и является ли туроператор стороной по договору или нет. Если же речь идет о дополнительных договорных отношениях туриста непосредственно с поставщиками, то вопрос о первичной ответственности туроператора не возникает.

б. Лечение как туристическая услуга

Для рассмотрения вопроса правовой ответственности в области медицинского туризма решающим является тот факт, входят ли медицинские услуги в пакет туристических услуг. В том случае, если туроператор включает медицинские услуги как

⁶ Staudinger/Staudinger, BGB Stand 2011, § 651a BGB, Rn. 19; MüKo/Tonner, BGB Band 4, 6. Auflage 2012, § 651a BGB, Rn. 12.

«свои» услуги в общий пакет, он несет ответственность за общий успех поездки, в том числе за ее медицинскую часть.

В том же случае, если турист самостоятельно без помощи туроператора заключает договор о предоставлении ему медицинских услуг, оценка такой поездки также однозначна. Такая поездка приравнивается к классической индивидуальной поездке.⁷

Другие положения действуют в том случае, если дополнительные туристические услуги предлагаются туроператором лишь дополнительно к его собственному предложению без включения этих услуг в собственный пакет тура. Для клиента в таких случаях должно быть ясно, что туроператор предлагает лишь посреднические услуги. Клиент должен быть поставлен в известность и о том, что медицинские услуги никоим образом не связаны с другими туристическими услугами.⁸

с. Правовая ответственность на основании действующих законов в области туризма

Если медицинские и туристические услуги предлагаются туроператором в виде одного пакета туристических услуг, туроператор несет ответственность за успешность всей поездки в целом. Он несет ответственность не за успешность проводимого медицинского лечения, а за организацию его проведения согласно договоренности. Ответственность включает в себя при этом также возмещение морального ущерба, который в туристическом праве обозначается такими терминами как «потеря удовольствия от отпуска» (*entgangene Urlaubsfreude*) и «бесполезно потраченное время отпуска» (*nutzlos aufgewendete Urlaubszeit*).

Впоследствии возникают проблемы при оценке размера нанесенного морального ущерба. Как правило, его определение ориентируется по стоимости самой поездки.⁹ Размер нанесенного ущерба определяется на основании ч. 2 § 651f Гражданского Уложения Германии при учете права на уменьшение цены (*Minderung*) согласно ч. 1 § 651d Гражданского Уложения Германии. Право на возмещение ущерба (*Schadensersatz*) согласно ч. 1 § 651f Гражданского Уложения Германии все же не зависит от права на уменьшение цены, так что в таком случае туроператор должен заплатить вдвойне (уменьшение цены и возмещение ущерба).

В том случае, если общая стоимость поездки берется в качестве ориентира в особенности для уменьшения цены поездки согласно ч.1 § 651d Гражданского Уложения Германии, то, как правило, дорогостоящее медицинское лечение учитывается также как часть поездки. При этом, турист заинтересован в общем успехе поездки в целом и поэтому отдельные ее части не могут быть исключены из общего контекста¹⁰. Таким образом, существует риск, что медицинские услуги чрезмерно увеличат выплату

⁷ *Führich*, *Reiserecht*, 6. Auflage 2010, § 1 Rn. 10.

⁸ BGH, NJW 1992, 3158 (3159).

⁹ BGH, NJW 2005, 147 (149f.).

¹⁰ BGH, NJW 2000, 1188 (1191); BGH, NJW 2008, 2775 (2775).

и в том случае, если только небольшая часть общей поездки не будет использована (например, запланированная после лечения экскурсия по городу).

Против такого положения говорит тот факт, что фактор отдыха в медицинском туризме играет (если вообще) только дополнительную роль. Так как подобная поездка преследует две различные цели, которые должны быть реализованы независимо друг от друга. Первой целью является успешное медицинское лечение. Другая цель - это независимый от лечения качественный отдых. Обе цели никоим образом не связаны друг с другом. Преимуществом этой точки зрения является то, что успех проведения лечения не зависит от морального ущерба, который может возникнуть в рамках „получаемых в ходе поездки удовольствий“.

Судебная практика придерживается другой точки зрения и не разделяет выше указанные цели, а считает подобную поездку одним целым. Эта точка зрения чревата риском высоких выплат в связи с возмещением возможного ущерба. Финансовые интересы туристов обеспечиваются обычно путем обязательной защиты платёжной несостоятельности (*obligatorische Insolvenzabsicherung*) согласно ч. 1 § 651k Гражданского Уложения Германии¹¹. Эта статья предусматривает покрытие ущерба одного туроператора на общую сумму в размере 110 миллионов евро.

3. Медицинско-правовая ответственность

В принципе, вопрос медицинско-правовой ответственности в отношении иностранных пациентов не может рассматриваться по-другому, чем ответственность в отношении пациентов своей страны.

В ходе медицинского туризма существуют различные виды оценки ответственности. В особенности, если иностранный пациент не владеет немецким языком, могут возникнуть проблемы в связи с объяснениями пациенту запланированного лечения. При этом надо обратить внимание на то, что разъяснение, даваемое пациенту должно привести к пониманию им принимаемого решения о проведении лечения, даже если он не владеет языком, на котором говорит врач.

Одной из проблем медицинского туризма еще являются привезенные с собой мультирезистентные микробы. Существует острая опасность развития инфекции, в особенности у пациентов из областей повышенного риска. Прием и лечение пациентов из областей, отмеченных повышенной степенью риска, может привести к случаям причинения другим пациентам вреда путем их инфицирования. Четкие судебные правовые разъяснения по этому поводу пока отсутствуют, а существующие до сих пор являются очень сдержанными.¹²

Еще одной проблемой является распределение пациентов по клиникам за плату. Посредники, действующие в области медицинского туризма, могут получать от клиник, реабилитационных центров и веллнесс-отелей паушальное вознаграждение в виде

¹¹ Mit weiteren Erläuterungen *Führich*, *Reiserecht*, 6. Auflage 2010, § 651k BGB, Rn. 574ff.

¹² OLG Naumburg, NJW 2012, 1375 (1375ff.).

денежной суммы за каждого направленного к ним пациента.¹³ Гражданское уложение Германии, Уголовный кодекс Германии, антимонопольное и картельное, а также больничное законодательство отдельных федеральных земель Германии содержат запреты и предусматривают уголовную ответственность за такие действия. Ввиду отсутствия устрашающих вынесенных приговоров и существования по большей части низких штрафных санкций, договоренности и контракты о направлении пациентов в медицинские учреждения пользуются и дальше большой популярностью в области медицинского туризма. Из этого вытекает еще одна проблема в связи с отсутствием контроля качества направления пациентов и самой профессии «посредник пациентов».

С этической и медицинской точки зрения проблематичным является растущий сектор трансплантационного туризма. Несмотря на существующий в Германии согласно ч. 1 § 17 Закона о трансплантации (Transplantationsgesetz, TPG)¹⁴ запрет на торговлю трансплантационными органами, не исключено, что входящие медицинские туристы ввозят органы при их поездке в Германию.¹⁵

Что касается профилактики осложнений и наблюдения после проведения лечения, могут возникнуть дополнительные проблемы. При проведении дистанционной диагностики лечащий врач должен предварительно оценить, возможно ли запланированное лечение. Тот же аспект возникает и при проведении послеоперационного лечения, которое должно далее проводиться врачом в стране по месту жительства. Очень часто условия медицинского обеспечения страны проживания разительно отличаются от условий, существующих в Германии, что может привести к осложнениям в ходе послеоперационного лечения.

4. Медицинские учреждения в роли туроператора?

Организации, предлагающие медицинские услуги, в особенности больницы, заинтересованы в привлечении в больницу платежеспособных пациентов. Приводит ли это в дальнейшем к тому, что медицинские учреждения должны руководствоваться положениями выше указанного туристического законодательства, измеряется той ролью, которую они играют при организации поездки, в частности выступают ли они при этом в роли туроператора. При этом имеет значение, что сама комбинация предоставления медицинских услуг и пребывание в больнице не представляют собой общего пакета туристических услуг, так как пребывание или проведение ночи представляют собой дополнительные к предоставляемым медицинским услуги.

Также предлагаемый дополнительно трансфер в клинику не подлежит другой правовой оценке. Проблематичным это является в случаях, если туристическая привлекательность региона, где проводится лечение стоит на первом месте или клиника организует всю туристическую поездку и для родственников пациента. В таких

¹³ Heene, Juristische, ökonomische und ethische Aspekte von Zuweisungsverträgen im Gesundheitswesen, 2013, S. 50ff.

¹⁴ <http://www.gesetze-im-internet.de/tpg/>.

¹⁵ Deutsches Referenzzentrum für Ethik in den Biowissenschaften (DRZE), Organhandel, Stand 2014, <http://www.drze.de/im-blickpunkt/organtransplantation/module/organhandel>, abgerufen am 28.04.2015.

случаях клиника является туроператором и ей приходится сталкиваться с упомянутыми выше проблемами туроператора.

II. Заключение

После всего указанного выше остаются не только социальные и этические проблемы, но и медицинско- и гражданско-правовые трудно решаемые вопросы. Определение халатности медицинских услуг остается трудным и не однозначным, так как приводит к юридическим сложностям в этой области. Социальные конфликты могут возникнуть в отношении оплаты и в частности задержек по оплате, а также непрозрачности расчета в больницах.

Открытое сотрудничество европейских организаций по трансплантации со странами, не являющимися членами ЕС (предложенное Eurotransplant¹⁶) – это уже правильный первый шаг в нужном направлении для прекращения трансплантационного туризма. И наконец, остается отметить, что только большие больницы с соответствующей репутацией могут и дальше извлекать выгоду из медицинского туризма.



Мария Смолянская (Maria Smolyanskaya) является адвокатом и партнером адвокатской конторы «MSH Rechtsanwälte» в г. Дюссельдорфе. Она специализируется на праве иностранцев и гражданском праве (в особенности праве возмещения ущерба, а также банковском и инвестиционном праве). Наряду с этим она предоставляет широкий спектр юридических услуг всвязи с немецко-российскими правоотношениями. В особенности она консультирует и представляет интересы русскоговорящих клиентов на родном языке. Мария Смолянская родилась и выросла в Санкт-Петербурге (Россия). При прохождении подготовки ко второму государственному экзамену она усовершенствовала знания английского языка во время работы в отделении адвокатской конторы в г. Перт, Австралия. После получения лицензии на адвокатскую деятельность в 2013 г., она работала в немецком отделении этой адвокатской конторы, специализируюсь в области права иностранцев и гражданском праве (в особенности праве возмещения ущерба). С 2014 г. она успешно проходит курс специализации по банковскому и инвестиционному праву. Она также является автором статей в издании «Juris Praxisreport Strafrecht» и в совершенстве владеет немецким, русским и английским языками. Подробную информацию Вы можете найти на интернет-странице www.msh-rechtsanwaelte.de.

¹⁶ Фонд европейских организаций по трансплантации со штаб-квартирой в Лейдене (Нидерланды), www.eurotransplant.org. В сотрудничестве участвуют страны Бенилюкс, Германия, Австрия, Словения, Хорватия и Венгрия.

Основы бухгалтерского учета и отчетности в Германии

Grundzüge der Buchführung und Rechnungslegung in Deutschland

Татьяна Ионова (Tatiana Ionova)

Der Beitrag gibt einen Überblick über die deutsche Buchführung und Rechnungslegung. Er stellt Besonderheiten der Bilanzierung und Bewertung ausgewählter Posten des Jahresabschlusses dar. Dabei richtet er sich insbesondere an russischsprachige Bilanzbuchhalter und Controller sowie Geschäftsführer, die mit deutschen Investoren oder Vertragspartnern zusammenarbeiten bzw. in Deutschland investieren wollen.

Процесс гармонизации законодательства в рамках Европейского Союза потребовал от Германии пересмотра национальных норм бухгалтерского учёта. Был принят ряд новых законов и положений, приближающих немецкие стандарты к международным. В то же время бухгалтерский учет и отчетность в Германии имеет ряд особенностей. Это, прежде всего, его взаимосвязь с налоговым учетом, а также направленность на защиту интересов кредиторов. Хозяйственные общества имеют тесные связи с банками, которые являются одними из основных кредиторов и пользователей бухгалтерской отчетности.

В статье рассмотрены некоторые особенности бухгалтерского учета и отчетности в Германии. Эта тема будет в особенности интересна экономистам и бухгалтерам, а также руководителям предприятий, перед которыми учредители ставят задачу подготовить отчетность компании по немецким стандартам учета. Она также будет полезна инвесторам, планирующим выход на рынок Германии.

I. Нормативное регулирование бухгалтерского учета и отчетности в Германии

Основы бухгалтерского учета и отчетности содержатся в Торговом кодексе Германии (Handelsgesetzbuch, HGB), далее Торговый кодекс. Отдельного закона о бухгалтерском учете в Германии нет. Помимо норм бухгалтерского учета Торговый кодекс содержит специальные нормы торгового и корпоративного права.

Торговый кодекс вступил в силу 1 января 1900 года¹ одновременно с Гражданским уложением² и с тех пор подвергался неоднократным изменениям, в том числе в связи с унификацией частного права в Европейском Союзе. В настоящее время Торговый кодекс

¹ Некоторые положения вступили в силу 1 января 1898 года. Текст Торгового кодекса можно найти на немецком языке на сайте Федерального министерства юстиции Германии (Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz) по адресу <http://www.gesetze-im-internet.de>. Здесь можно также найти перевод пятой книги на английский язык. Перевод на русский язык был выпущен издательствами Вольтерс Клувер (WoltersKluwer) и Jourist Verlag ISBN 5466003832, 9785466003833, 3-932864-259-7 по состоянию на 1 января 2005 года.

² Bürgerliches Gesetzbuch, BGB. Текст ГГУ на немецком и английском языках: www.gesetze-im-internet.de/bgb/; см. также русский перевод: Гражданское уложение Германии, 4-ое издание, 2015.

состоит из пяти книг и содержит нормы о торговом сословии (первая книга), торговых обществах и негласных товариществах (вторая книга), торговых книгах (третья книга), торговых сделках (четвертая книга) и морской торговле (пятая книга).

Специальные нормы бухгалтерского учета и отчетности акционерных обществ (AG) и обществ с ограниченной ответственностью (GmbH) содержатся в соответствующих законах. Пятая глава закона «Об акциях»³ содержит специальные положения об отчетности, а также о распределении прибыли акционерных обществ. Закон «Об обществах с ограниченной ответственностью»⁴ содержит специальные положения в отношении обществ с ограниченной ответственностью в § 41 Бухгалтерский учет (Buchführung) и § 42 Баланс (Bilanz).

II. Обязанность ведения бухгалтерского учета и составления отчетности

Обязанность вести бухгалтерский учет лежит на всех коммерсантах (Kaufleute).⁵ Коммерсантом является тот, кто занимается коммерческой деятельностью (Handelsgewerbe). Коммерческой деятельностью считается любая деятельность, кроме случаев, когда она по своему виду (Art) или объему (Umfang) не требует образования коммерческого предприятия.⁶ Например, продажа овощей и фруктов со своего приусадебного участка с небольшим объеме без наличия склада не будет считаться коммерческой деятельностью. К коммерческой деятельности закон относит приобретение и перепродажу товаров и ценных бумаг, осуществление страховых, банковских, транспортных, комиссионных и других сделок.⁷

Не являются коммерсантами в смысле Торгового уложения представители ряда свободных профессий (Freiberufler), такие как, например, переводчики, журналисты, врачи, налоговые консультанты, аудиторы, адвокаты. Критериями для отнесения профессий к свободным являются самостоятельное выполнение работы (Selbständigkeit), постоянный характер деятельности (Nachhaltigkeit), направленность на получение прибыли (Gewinnerzielungsabsicht), участие в отношениях по обмену или продаже товаров и услуг (Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr).⁸ Основным финансовым последствием данного исключения является отсутствие необходимости регистрации в торговой палате (Handelskammer) и уплаты соответствующих взносов и промыслового налога (Gewerbsteuer). Представители свободных профессий не обязаны составлять бухгалтерскую отчетность. Им достаточно вести учет расходов и доходов в соответствии с требованиями налогового законодательства.

³ Aktiengesetz (AktG), текст на немецком языке: www.gesetze-im-internet.de/aktg/.

⁴ Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), текст на немецком и английском языке: www.gesetze-im-internet.de/gmbhg/.

⁵ § 238 Торгового кодекса.

⁶ § 1 Торгового кодекса.

⁷ Creifelds, Юридический словарь, 18-е издание Мюнхен, Beck 2014, перевод издательства Вольтерс Клувер, с. 631.

⁸ П. 1 §18 закона «О подоходном налоге» (EStG), Положение по применению закона «О подоходном налоге» № 15.6 (EStH 15.6).

Различают коммерсантов «по обязанности» (Istkaufmann) и коммерсантов «по гражданско-правовой форме» (Formkaufmann).⁹ Коммерсанты «по обязанности» - это все те, кто занимаются коммерческой деятельностью, за исключением представителей свободных профессий. Коммерсантами по гражданско-правовой форме являются хозяйственные общества, такие как общества с ограниченной ответственностью (GmbH) и акционерные общества (AG).

Размер доходов или наличие сотрудников не влияет на отнесение к коммерсантам. Например, адвокат может иметь несколько сотрудников и выручку в 1 000 000 евро. Тем не менее, он не будет являться коммерсантом в смысле Торгового кодекса, так как является представителем свободных профессий. В случае, если такой адвокат решит ограничить свою ответственность, создав общество с ограниченной ответственностью, он будет причислен к коммерсантам в смысле Торгового кодекса. Соответственно, он должен будет вести бухгалтерский учет и составлять отчетность даже в том случае, если уровень выручки от хозяйственной деятельности будет значительно ниже.

III. Принципы надлежащего бухгалтерского учета и отчетности

Принципы надлежащего бухгалтерского учета и отчетности (Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung, GoB) сложились в результате хозяйственной практики экономических субъектов. Часть принципов была закреплена законодательно, часть – нет. Тем не менее, следование данным принципам является обязательным для коммерсантов. Основной целью принципов бухгалтерского учета и отчетности является защита кредиторов и собственников бизнеса.

Наиболее важными принципами надлежащего бухгалтерского учета являются следующие:

- Основным принципом бухгалтерского учета в Германии является принцип осмотрительности (Vorsichtsprinzip) (п. 1 § 252 Торгового кодекса). В соответствии с данным принципом риски (убытки) и шансы (прибыли) не подлежат одновременному учету. Существует правило о неравенстве учета рисков и шансов (Imparitätsprinzip). Прибыль подлежит учету по методу реализации, т. е. в момент перехода рисков. Ожидаемые убытки, относящиеся к отчетному периоду, признаются, даже если о них стало известно после отчетной даты. В связи с данным принципом учет резервов предстоящих расходов, а также оценочных резервов в немецком учете является обязательным.
- Ясность (Klarheit und Übersichtlichkeit). Бухгалтерский учет должен вестись таким образом, чтобы в пределах разумного срока компетентное третье лицо могло получить представление о хозяйственных операциях и состоянии предприятия. Хозяйственные операции должны прослеживаться в их возникновении и развитии (§ 238 Торгового кодекса).

⁹ П. 2.1 Rainer Buchholz, Grundzüge des Jahresabschlusses nach HGB und IFRS.

- События, наступившие после отчетной даты, подлежат учету в следующем отчетном периоде (wertbegründend). Например, пожар, в результате которого сгорел склад, случился через несколько дней после окончания отчетного периода. Если события наступили в отчетном периоде, а информация о них поступила в следующем отчетном периоде, до момента составления отчетности, события подлежат учету в отчетном периоде (wertaufhellend, Stichtagsprinzip). Например, в результате инвентаризации основных средств было выявлено, что оборудование морально устарело и не используется обществом.
- Показатели баланса на начало года должны соответствовать показателям баланса на конец предыдущего года (Bilanzidentitätsprinzip) (п. 1 § 252 Торгового кодекса).
- Непрерывность деятельности (going concern) (п. 1 § 252 Торгового кодекса).
- Каждый инвентарный объект подлежит отдельному учету (Einzelbewertungsprinzip) (п. 1 § 252 Торгового кодекса).
- Временная определенность фактов хозяйственной деятельности (Periodisierungsprinzip) (п. 1 § 252 Торгового кодекса).
- Методы учета и оценки должны применяться последовательно от года к году (Stetigkeitsprinzip) (п. 3 § 246 и п. 1 § 252 Торгового кодекса).

IV. Соотношение бухгалтерского и налогового учета

В целях оптимизации учета был введен принцип обязательности принципов бухгалтерского учета для налогового баланса (Maßgeblichkeitsprinzip) (предложение 1 п. 1 § 5 закона «О подоходном налоге»), в соответствии с которым для учета активов и обязательств в налоговых целях используются правила бухгалтерского учета, если налоговым законодательством не предусмотрено иное.

До введения в силу закона «О модернизации бухгалтерского учета» (BiMoG) в 2009 г. принцип обязательности бухгалтерского учета для налогового учета применялся более узко. Право выбора порядка налогового учета, предоставляемое налоговым правом, могло быть использовано только если оно нашло отражение в бухгалтерском учёте. В настоящее время права выбора порядка налогового учета могут применяться независимо от бухгалтерской учетной политики.

V. Бухгалтерский учет

Существуют два способа ведения бухгалтерского учета:

- упрощенный бухгалтерский учет (kleinbetriebliche Buchführung) и
- предпринимательский бухгалтерский учет (kaufmännische Buchführung).

1. Упрощенный бухгалтерский учет

Под **упрощенным бухгалтерским учетом** понимается учет доходов и расходов, осуществляемый обычно кассовым методом без проведения инвентаризации. Целью данного учета является определение прибыли в соответствии с законом «О налоге на доходы».¹⁰ Прибыль определяется как разница между выручкой за реализуемые товары и услуги и затратами, связанными с осуществлением предпринимательской деятельности.

Упрощенный бухгалтерский учет предусмотрен для индивидуальных предпринимателей (Einzelkaufmann) в случае, если в течение двух лет выручка от коммерческой деятельности не превышает 500 000 евро и прибыль не превышает 50 000 евро (§ 241a Торгового кодекса). Представители свободных профессий также ведут учет в упрощенном порядке.

Для ведения упрощенного бухгалтерского учета достаточно одного журнала, в котором записывается полученная выручка и затраты по видам. Данный журнал может вестись в электронном виде, в соответствующих компьютерных программах самостоятельно или с привлечением консультанта (обычно налогового консультанта, Steuerberater). На рынке существует ряд компьютерных программ, которые позволяют вести бухгалтерский учет самостоятельно. Налоговые консультанты обычно используют более дорогие виды программного обеспечения, которые также используются для предпринимательского бухгалтерского учета (обычно DATEV).

2. Предпринимательский бухгалтерский учет

Предпринимательский бухгалтерский учет предполагает использование двойной бухгалтерской записи (doppelte Buchführung) и проведение инвентаризации. Каждый коммерсант должен на начало своей коммерческой деятельности составить точную опись принадлежащих ему земельных участков, дебиторской и кредиторской задолженности, суммы наличных денег и прочих имущественных объектов, указав при этом стоимость отдельных имущественных объектов и обязательств (§ 240 Торгового кодекса).

В начале своей деятельности фирма подготавливает баланс с входящими остатками, составленный на момент начала деятельности. Отчетный (финансовый) год может совпадать с календарным. Однако, он может и отличаться от календарного, что может быть связано с сезонным характером деятельности общества. Особенно полезным такое отличие может быть для компаний, пик хозяйственной деятельности которых приходится на конец календарного года.

3. План счетов

Проводки составляются с применением плана счетов. Обычно предприятия применяют стандартизированные планы счетов, адаптируя их под свои потребности.

¹⁰ Körperschaftsteuergesetz (KStG). Текст на немецком языке: www.gesetze-im-internet.de/kstg_1977/.

Планы счетов выпускаются в целях стандартизации отражения хозяйственных операций и имеют рекомендательный характер. План счетов для промышленных предприятий (Industriekontenrahmen) был выпущен Федеральным союзом немецкой промышленности.¹¹ Для прочих хозяйственных отраслей также существуют стандартизированный план счетов (SKR), а также специализированные планы счетов для отдельных отраслей. Данные планы счетов разработаны одним из ведущих поставщиков бухгалтерского программного обеспечения DATEV.

Каждая проводка отражается в двух бухгалтерских книгах: журнале учета операций (Journal) и главной книге (Hauptbuch). В журнале учета операций упорядоченно фиксируются все хозяйственные операции, указываются дата, номер документа, текст бухгалтерской записи, сумма проводки, а также указываются счета по дебету и кредиту. В главной книге операции систематизируются по счетам бухгалтерского учета.

По счетам дебиторской и кредиторской задолженности, заработной платы, складских запасов и производственного оборудования ведутся вспомогательные книги (Nebenbücher). Они дают более подробные пояснения о наличии и движении имущества и обязательств организации.

4. Хранение документов¹²

Хранение бухгалтерских документов организуется в хронологическом порядке по видам учетных документов. Срок хранения составляет десять лет для первичных документов, торговых книг, инвентарных описей, отчетности и учетной политики. Срок хранения коммерческих документов составляет 6 лет. Коммерческими документами являются только документы, касающиеся коммерческих операций.

За исключением отчетности перечисленные выше документы могут сканироваться и храниться в электронном виде при условии, что будет обеспечено, что записи или данные после их преобразования в пригодную для чтения форму будут соответствовать первичным документам и коммерческим документам по форме и прочим перечисленным документам - по содержанию.

VI. Бухгалтерская отчетность

1. Состав и сроки подготовки бухгалтерской отчетности

Годовая отчетность коммерсантов состоит из баланса (Bilanz) и отчета о прибылях и убытках (Gewinn- und Verlustrechnung). Хозяйственные общества дополнительно обязаны составлять пояснения к годовому отчету (Anhang). Помимо этого, крупные и средние общества составляют отчет руководства (Lagebericht, Management Commentary) (п. 1 § 264 Торгового кодекса). Критерии отнесения к средним и крупным хозяйственным обществам представлены в таблице ниже.

¹¹ Bundesverband der Deutschen Industrie, www.bdi.eu.

¹² Книга 3. Подраздел 3 Торгового кодекса.

Отчет о движении денежных средств (Kapitalflussrechnung) не входит в состав отчетности на уровне отдельных компаний. Он составляется в рамках консолидированной отчетности обычно по косвенному методу.

Срок для подготовки годовой отчетности, а также отчета руководства составляет 3 месяца после окончания отчетного года. Малые хозяйственные общества не обязаны (но могут) составлять отчет руководства. Срок для составления отчетности малых хозяйственных обществ составляет до 6 месяцев после окончания отчетного года.

Средние и крупные хозяйственные общества подлежат обязательной аудиторской проверке. Консолидированная отчетность также должна быть проверена аудитором. Без аудиторской проверки отчетность не может быть утверждена собранием акционеров или участников хозяйственных обществ (§ 316 Торгового кодекса).

2. Классификация обществ

Классификация обществ на крупные (große), средние (mittelgroße), малые (kleine) и микрообщества (Kleinstkapitalgesellschaften) преимущественно имеет значение для требований в отношении объема отчетности. Крупные и средние общества помимо баланса, отчета о прибылях и убытках и пояснений к ним также обязаны составлять отчет руководства. Уровень детализации отчетности малых и микрообществ снижен.

Микрообществами являются такие общества, показатели которых не превышают, по крайней мере, двух из трех следующих показателей (§ 267a Торгового кодекса). Малыми хозяйственными обществами являются такие общества, показатели которых не превышают, по крайней мере, двух из трех следующих показателей.

Средними по величине хозяйственными обществами являются такие хозяйственные общества, показатели которых превышают, по крайней мере, два из трех следующих показателей.

Крупными хозяйственными обществами являются такие хозяйственные общества, показатели которых превышают, по крайней мере, два из трех показателей для средних хозяйственных обществ. Хозяйственное общество считается крупным, если оно участвует в торговых сделках на организованном рынке ценных бумаг (§ 267 Торгового кодекса).

	Микро-общества	Малые хозяйственные общества	Средние хозяйственные общества	Крупные хозяйственные общества
Валюта баланса	Не превышает 350 000 евро за вычетом убытков, не покрытых собственным капиталом. •	Не превышает 4 840 000 евро за вычетом убытков, не покрытых собственным капиталом. •	Не превышает 19 250 000 евро за вычетом убытков, не покрытых собственным капиталом. •	Превышает 19 250 000 евро за вычетом убытков, не покрытых собственным капиталом. •
Выручка от продаж за 12 месяцев до отчетной даты	Не превышает 700 000 евро	Не превышает 9 680 000 евро	Не превышает 38 500 000 евро	Превышает 38 500 000 евро
Средняя численность наемных работников ••	Не превышает 10 человек	Не превышает 50 человек	Не превышает 250 человек	Превышает 250 человек

• В соответствии с п. 3 § 268 Торгового кодекса в случае, если собственный капитал вследствие убытков израсходован и статьи пассива превышают статьи актива, то разница отражается отдельно в активе баланса.

•• Средней численностью наемных работников считается четвертая часть от совокупности работающих по состоянию на 31 марта, 30 июня, 30 сентября и 31 декабря.

3. Баланс

Структура бухгалтерского баланса в Германии закреплена в § 266 Торгового кодекса. Она имеет свои особенности и построена исходя из принципа владения или права собственности. Пассив баланса подразделяется на собственный капитал и заемные средства. Согласно такой схеме долги классифицируются не по степени возвратности, а по природе их происхождения.¹³

Крупные и средние хозяйственные общества составляют подробный баланс. Малые хозяйственные общества, а также микрообщества составляют сокращенный баланс, в

¹³ Миславская Н.А «Бухгалтерский учет в Германии».

который включаются статьи первого порядка, обозначенные буквами, а также статьи второго порядка, обозначенные римскими цифрами.

Активы

A. Внеоборотные активы

I. Нематериальные активы:

1. права на промышленную собственность и прочие предметы интеллектуальной собственности, созданные собственными силами
2. приобретенные концессии, права на промышленную собственность и аналогичные права и ценности, а также лицензии на такие права и ценности
3. гудвил
4. авансы уплаченные

II. Основные средства:

1. земельные участки, права, аналогичные правам на земельный участок, и строения, включая строения на чужих земельных участках
2. техническое оборудование
3. иные установки, производственное и торговое оборудование
4. произведенные авансовые платежи и незавершенное строительство

III. Финансовые вложения:

1. доли участия в аффилированных компаниях
2. займы, выданные аффилированным компаниям
3. участие в капитале других компаний
4. займы компаниям, в которых имеется долевое участие
5. ценные бумаги в составе внеоборотных активов
6. прочие ссуды

B. Оборотные активы

I. Запасы:

1. сырье, вспомогательные и производственные материалы
2. не завершенные производством изделия, незавершенные услуги
3. готовые изделия и товары
4. авансы уплаченные

II. Дебиторская задолженность по расчетам с покупателями и заказчиками и прочая дебиторская задолженность:

1. дебиторская задолженность по расчетам с покупателями и заказчиками
2. дебиторская задолженность по расчетам с аффилированными компаниями
3. дебиторская задолженность по расчетам с компаниями, в которых имеется долевое участие
4. прочая дебиторская задолженность

III. Ценные бумаги:

1. доли участия в аффилированных компаниях
2. иные ценные бумаги

- IV. Касса, денежные средства в Федеральном банке, денежные средства на счетах в кредитных организациях и чеки
- C. Расходы будущих периодов
- D. Отложенные налоговые активы
- E. Актив от сальдирования плановых активов и пенсионных обязательств

Обязательства и собственный капитал

- A. Собственный капитал
 - I. Уставный капитал
 - II. Добавочный капитал
 - III. Резервный капитал:
 - 1. резервы, созданные в соответствии с законодательством
 - 2. резерв на доли контролирующей компании•
 - 3. резервы, созданные в соответствии с учредительными документами
 - 4. прочие резервы
 - IV. Нераспределенная прибыль (убыток)
 - V. Прибыль (убыток) текущего периода
- B. Оценочные резервы
 - 1. Резервы по пенсионным и прочим подобным обязательствам
 - 2. Налоговые резервы
 - 3. Прочие резервы
- C. Обязательства
 - 1. Займы полученные, в том числе конвертируемые
 - 2. Обязательства по расчетам с кредитными институтами
 - 3. Авансовые платежи полученные
 - 4. Обязательства по расчетам с поставщиками и подрядчиками
 - 5. Обязательства по расчетам по выданным и полученным векселям
 - 6. Обязательства по расчетам с аффилированными компаниями
 - 7. Обязательства по расчетам с компаниями, в которых имеется долевое участие
 - 8. прочие обязательства, в том числе по уплате налогов, в рамках социального обеспечения
- D. Доходы будущих периодов
- E. Отложенные налоговые обязательства

• Резерв на доли контролирующей компании создается при наличии в активе баланса акций или долей контролирующей компании. Эта мера была введена в целях сохранения размера капитала и защиты интересов кредиторов, т. е. с целью исключения ситуации, в которой материнская компания создает дочернюю со значительным размером уставного капитала, и затем практически возвращает себе уставный капитал дочерней компании путем продажи ей своих акций или долей (п. 4 § 272 Торгового кодекса).

4. Отчет о прибылях и убытках

Отчет о прибылях и убытках составляется по методу общих затрат (Gesamtkostenverfahren) или методу оборотных затрат (Umsatzkostenverfahren). Оба метода предусмотрены § 275 Торгового кодекса. Считается, что метод общих затрат более подходит для учета производства, а метод оборотных затрат – для учета торговли и услуг. Применение одного из данных методов составления отчета о прибылях и убытках не оказывает влияния на величину финансового результата.

а. Метод общих затрат

Традиционным для Германии является метод общих затрат, ориентированный на производство. В его основе лежит представление, что показателем деятельности компании является не только объем продаж, но и объем производства и потребления товарно-материальных запасов и прочих ресурсов. Затраты в таком отчете классифицируются по типам независимо от места их возникновения.¹⁴ Затраты подлежат отражению в полном объеме в отчете о прибылях и убытках, вне зависимости от того, была ли продана готовая продукция.

Финансовый результат корректируется статьей «Уменьшение или увеличение запасов готовых изделий и изделий, не завершенных производством» (№ 2 в таблице ниже). По данной статье отражается изменение нереализованных объемов готовой продукции и незавершенного производства по сравнению с началом отчетного периода.

При применении метода общих затрат отражаются:

<ol style="list-style-type: none">1. Выручка от оборота2. Увеличение или уменьшение запасов готовых изделий и изделий, не завершенных производством3. Иные собственные работы (услуги), учтенные в составе активов4. Прочие операционных доходы5. Расход материалов:<ol style="list-style-type: none">а) расходы на сырье, вспомогательные и производственные материалы и на полученные товарыб) расходы на оказанные услуги6. Расходы на персонал:<ol style="list-style-type: none">а) заработная платаб) социальные выплаты и затраты на обеспечение по старости7. Амортизация:<ol style="list-style-type: none">а) нематериальных активов и основных средствб) снижение стоимости оборотных активов	Прибыль (убыток) до учета процентов и налогов (ЕВІТ)
---	--

¹⁴ п. 2.3. Жарикова Л. А. «Бухгалтерский учет в зарубежных странах».

8.	Прочие операционные расходы	Финансовый результат
9.	Доходы от участия в капитале, в том числе аффилированных компаний	
10.	Доходы от прочих ценных бумаг и выданных займов в составе внеоборотных финансовых активов, в том числе от аффилированных компаний	
11.	Прочие проценты полученные и аналогичные доходы, в том числе от аффилированных компаний	
12.	Снижение стоимости финансовых внеоборотных активов и ценных бумаг в составе внеоборотных активов	
13.	Проценты уплаченные и аналогичные расходы, в том числе по аффилированным компаниям	
14.	Прибыль от операционной деятельности	
15.	Чрезвычайные доходы	
16.	Чрезвычайные расходы	
17.	Сальдо чрезвычайных доходов и расходов	
18.	Налог на прибыль	
19.	Прочие налоги	
20.	Прибыль (убыток) отчетного периода	

в. Метод оборотных затрат

Метод оборотных затрат ориентирован на отражение затрат проданной продукции (товаров), без учета произведенной. Выручке противопоставляется себестоимость проданных товаров.

Отчет о прибылях и убытках по методу оборотных затрат:

1.	Выручка от оборота	Прибыль (убыток) до учета процентов и налогов (ЕБИТ)
2.	Стоимость затрат, произведенных для получения выручки от оборота	
3.	Валовая прибыль (убыток)	
4.	Коммерческие расходы	
5.	Управленческие расходы	
6.	Прочие операционные доходы	
7.	Прочие операционные расходы	
8.	Доходы от участия в капитале, в том числе аффилированных компаний	Финансовый результат
9.	Доходы от прочих ценных бумаг и выданных займов в составе внеоборотных финансовых активов, в том числе от аффилированных компаний	
10.	Прочие проценты полученные и аналогичные доходы, в том числе от аффилированных компаний	

- | | |
|------------|--|
| 11. | Снижение стоимости финансовых внеоборотных активов и ценных бумаг в составе внеоборотных активов |
| 12. | Проценты уплаченные и аналогичные расходы, в том числе по аффилированным компаниям |
| 13. | Прибыль от операционной деятельности |
| 14. | Чрезвычайные доходы |
| 15. | Чрезвычайные расходы |
| 16. | Сальдо чрезвычайных доходов и расходов |
| 17. | Налог на прибыль |
| 18. | Прочие налоги |
| 19. | Прибыль (убыток) отчетного периода |

VII. Особенности учета и оценки отдельных статей отчетности

1. Нематериальные активы (immaterielle Vermögensgegenstände)

В случае приобретения нематериальных активов у третьих лиц они отражаются в балансе по стоимости приобретения. Следует обратить внимание на то, что в отличие от российских прав учета права пользования нематериальными активами (к примеру, лицензиями на пользование программным обеспечением), приобретенные у третьих лиц, также считаются нематериальными активами и подлежат отражению в составе внеоборотных активов.

В случае создания нематериальных активов собственными силами общества могут принять решение об учете данных нематериальных активов самостоятельно. Затраты на научно-исследовательские работы (Forschung) подлежат отражению в составе затрат. Опытно-конструкторские работы (Entwicklung) могут быть отражены в составе нематериальных активов при условии их соответствия установленным критериям. Прямой запрет существует на учет торговых марок, издательских прав, клиентских баз данных, созданных силами самого общества.¹⁵

Гудвил (Firmenwert) может отражаться в отдельной отчетности общества, а именно при приобретении предприятия (Betrieb, Teilbetrieb) в случае, если уплаченная цена выше собственного капитала и скрытых резервов (stille Reserven) приобретенного предприятия (приобретение предприятия/asset deal). Под скрытыми резервами в немецком учете подразумеваются разница между балансовой и рыночной стоимостью активов.

В случае, если приобретаются только доли или акции обществ (share deal), а не предприятие, в отдельной отчетности обществ гудвила не образуется. Данные акции или доли учитываются в составе финансовых активов. В последнем случае гудвил образовывается только при консолидации.

¹⁵ П. 2) § 248 Торгового кодекса.

Гудвил, полученный в результате ведения хозяйственной деятельности, т. е. созданный самим хозяйственным обществом, отражению в учете не подлежит.

Отражение отрицательного гудвила зависит от причин, приведших к его образованию. При удачной покупке предприятия («lucky buy»), если, например, продавец продает дочернее общество для улучшения своей ликвидности, отрицательный гудвил отражается в составе резервов собственного капитала и списывается обычно в случае дальнейшей перепродажи общества. В случае, если причины низкой цены приобретения связаны с каким-либо негативным развитием деятельности приобретенного общества, ожидаемым в будущем, отрицательный гудвил отражается в составе оценочных резервов и списывается при наступлении данных причин.¹⁶

Гудвил считается нематериальным активом с ограниченным сроком пользования (§ 266 Торгового кодекса). Срок полезного пользования определяется обществом самостоятельно на основании экономических предпосылок. Кроме того, гудвил должен регулярно проверяться на обесценение и в случае его обесценения подлежит списанию. В случае, если причин, приведших к списанию гудвила, более не существует, гудвил восстановлению не подлежит (п. 5 § 253 Торгового кодекса).

2. Основные средства (Sachanlagen)

Основные средства отражаются в бухгалтерском учете по стоимости приобретения и изготовления за вычетом амортизации. Торговый кодекс не предусматривает отдельных видов амортизации, поэтому на практике применяются виды амортизации, допустимые в налоговом праве. Это - линейный метод, метод списания стоимости пропорционально объему продукции (работ) и метод снижающего остатка (в отношении движимых основных средств, приобретенных до конца 2010 года).

Малоценные основные средства (geringwertige Wirtschaftsgüter, GWG) могут списываться в периоде поступления. Положения о малоценных основных средствах содержатся в налоговом законодательстве и применяются в бухгалтерском учете. Малоценными основными средствами считаются активы, которые могут быть использованы самостоятельно и стоимость которых без учета НДС составляет 410 евро. Активы, стоимость которых превышает 150 евро, подлежат постановке на учет. Если стоимость активов не превышает 150 евро, они сразу могут быть учтены в составе расходов.¹⁷

Финансовый лизинг подлежит капитализации на основании экономической принадлежности объекта финансового лизинга. В случае, если, например, срок договора финансового лизинга составляет более 90 % срока полезного использования основного средства, может считаться, что объект финансового лизинга был практически приобретен лизингополучателем. Соответственно, он подлежит учету на балансе лизингополучателя.

¹⁶ Rainer Buchholz, Grundzüge des Jahresabschlusses nach HGB und IFRS.

¹⁷ Adolf G. Coenenberg / Axel Haller, Wolfgang Schultze, Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse, с. 164.

3. Финансовые вложения (Finanzanlagen)

Финансовые вложения включают в себя долгосрочные вложения в общества, а также долгосрочные выданные займы. В свою очередь, долгосрочные вложения в общества подразделяются на инвестиции (Beteiligungen) и доли в аффилированных компаниях (verbundene Unternehmen).

Инвестициями считаются вложения в размере более 20 % капитала другой компании. Аффилированной компанией считается та компания, в которой было приобретено более 50% долей.¹⁸

Финансовые вложения учитываются по себестоимости. В случае длительного снижения стоимости финансовых вложений проводится переоценка. В случае недлительного снижения стоимости финансовых вложений переоценка осуществляется по выбору хозяйственного общества. В случае, если причин снижения стоимости больше не имеется, восстановление финансовых вложений является обязательным¹⁹.

4. Товарно-материальные запасы (Vorräte)

К товарно-материальным запасам относятся товары, учитываемые торговыми компаниями, а также сырье и материалы, незавершенное производство и готовая продукция производственных предприятий.

Приобретенные запасы, сырье и материалы, товары отражаются в учете по цене приобретения, которая включает в себя все расходы на их приобретение и приведение в состояние, пригодное для использования, если эти расходы могут быть отнесены к отдельному имущественному объекту (п. 1 § 255 Торгового кодекса).

Незавершенное производство и готовая продукция оценивается по стоимости изготовления, которая включают в себя прямые и накладные расходы. Управленческие расходы и проценты по кредитам могут быть учтены в случае, если они непосредственно связаны с производством.²⁰

Товарно-материальные запасы подлежат оценке по наименьшей стоимости приобретения или изготовления и рыночной стоимости. В случае, если рыночная стоимость не может быть определена, товарно-материальные запасы оцениваются по стоимости замещения (der beizulegende Wert). Если причин, приведших к снижению стоимости товарно-материальных запасов более не существует, стоимость запасов подлежит восстановлению (п. 5 § 253 Торгового кодекса).

В зависимости от вида товарно-материальных запасов, а также их количества на складе рыночная цена определяется по закупочным или продажным ценам:

¹⁸ § 271 Торгового кодекса.

¹⁹ Rainer Buchholz, Grundzüge des Jahresabschlusses nach HGB und IFRS, п. 5 § 253 Торгового кодекса, с. 104.

²⁰ Adolf G. Coenenberg / Axel Haller, Wolfgang Schultze, Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse, с. 214.

	Сырье и материалы (запланированные в производственных целях), незавершенное производство и готовая продукция (если можно приобрести у третьих лиц)	Сырье и материалы (излишки), незавершенное производство и готовая продукция (если нельзя приобрести у третьих лиц)	Товары, незавершенное производство и готовая продукция (излишки или выше запланированного)
Рыночная цена	Закупки	Продажи	Закупки и продажи
Оценка	По цене закупки	По чистой цене продажи (с учетом расходов на продажу)	По наименьшей из цены закупки и чистой цены продажи ²¹

Для оценки себестоимости применяются методы средней себестоимости, ФИФО и ЛИФО.

5. Расчеты с дебиторами и кредиторами

Дебиторская задолженность отражается по номинальной стоимости (Nennwert). В случае, если ожидается, что дебиторская задолженность не будет погашена, она подлежит списанию в порядке, устанавливаемом обществом. Обычно задолженность анализируется на предмет сроков ее погашения и списывается в зависимости от срока ее давности. По общему принципу задолженность должна списываться каждая по отдельности. Исключение составляют общества, имеющие значительное количество контрагентов (например, торговля через интернет или по каталогам). В данном случае допустимо начисление паушального резерва (Pauschalwertberichtigung) на весь остаток задолженности без учета задолженности, которая уже была списана в индивидуальном порядке.

Кредиторская задолженность отражается по стоимости исполнения обязательства.

6. Резервы на оценочные обязательства (Rückstellungen)

Оценочные обязательства относятся к обязательствам, в отношении (а) срока возникновения либо (б) размера которых имеется неопределенность. Начисление оценочных обязательств является обязательным и предусмотрено § 249 Торгового кодекса.

²¹ Adolf G. Coenenberg / Axel Haller, Wolfgang Schultze, Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse, с. 215.

В литературе различают оценочные обязательства по расчетам с внешними контрагентами, в том числе с государством (*Verbindlichkeitsrückstellungen*), а также внутренние оценочные обязательства общества, т. е. резервы по предстоящим затратам (*Aufwandsrückstellungen*).

Критериями для возникновения оценочных обязательств по расчетам с внешними контрагентами являются следующие:

- a) Обязательства по отношению к третьим лицам
- b) Возникновение в отчетном периоде
- c) Вытекают из хозяйственных правоотношений
- d) Неопределенность
- e) Могут быть в достаточной степени конкретизированы.²²

Примером для данных оценочных обязательств могут быть расчеты с бюджетом по налогам и сборам, расчеты с сотрудниками за неиспользованные отпуска, за товары, работы и услуги (в том числе аудиторские и консультационные), полученные в отчетном году, счета по которым еще не поступили на момент составления отчетности.

Оценочные обязательства также начисляются на убытки, связанные с незавершенными сделками (*Drohverluste*), которые были заключены до окончания отчетного периода, в случае, если ожидается, что по данным сделкам будет получен убыток. К примеру, общество обязалось перепродать материалы за фиксированную цену через год. Однако, поставщик материалов поднял цены и общество не имеет возможности приобрести материалы по более низкой цене. На разницу между стоимостью обязательства поставки и закупочной ценой материалов начисляется резерв.

Следующим особым случаем возникновения оценочных обязательств по расчетам с внешними контрагентами является предоставление гарантийных услуг, не предусмотренных законодательством или отдельно в договоре (*Kulanzen*). Резервы по предстоящим затратам начисляются в случае:

- предстоящих в течение первых трех месяцев следующего финансового года расходов на техническое обслуживание, не произведенных в текущем финансовом году, либо
- предстоящих в следующем финансовом году расходов на утилизацию отходов.

Оценочные обязательства отражаются по стоимости исполнения обязательства. В связи с этим, оценочные резервы, срок наступления которых составляет более 1 года после отчетной даты должны быть дисконтированы. В целях дисконтирования используется средняя рыночная процентная ставка за последние семь лет (п. 2 § 253 Торгового кодекса).

²² Rainer Buchholz, Grundzüge des Jahresabschlusses nach HGB und IFRS, с. 56.

VIII. МСФО (IAS/IFRS)

Немецкие компании обязаны составлять отчетность в соответствии с национальным законодательством. На основании этой отчетности происходит распределение дивидендов. В то же время в связи с глобализацией рынков ценных бумаг все большее значение получают международные стандарты финансовой отчетности (МСФО). До 2005 года МСФО не подлежали непосредственному применению немецкими компаниями. С 1 января 2005 года вступил в силу Регламент Европейского Союза 1606/2002 от 19 июля 2002 года. В соответствии с данным Регламентом с 1 января 2005 года МСФО обязательны к применению при составлении консолидированной отчетности компаний, акции которых обращаются на организованном рынке ценных бумаг.

Хозяйственные общества, акции которых не обращаются на организованном рынке ценных бумаг, могут также по выбору составлять консолидированную отчетность в соответствии с МСФО и не обязаны составлять консолидированную отчетность в соответствии с национальным правом.²³

Хозяйственные общества, чья отдельная отчетность подлежит обязательной публикации, могут публиковать отчетность в соответствии с МСФО вместо отчетности, составленной в соответствии с Торговым кодексом.²⁴ Тем не менее, от обязанности составления отдельной отчетности по национальным стандартам они не освобождаются.

	Консолидированная отчетность	Отдельная отчетность
Хозяйственные общества, акции которых обращаются на организованном рынке ценных бумаг	МСФО	Составление: Торговый кодекс Публикация: Торговый кодекс или МСФО
Прочие хозяйственные общества	МСФО или Торговый кодекс	Распределение дивидендов: Торговый кодекс

²³ абз. 3 §315a Торгового кодекса

²⁴ п. 2.2 Rainer Buchholz, Grundzüge des Jahresabschlusses nach HGB und IFRS

Об авторе:



Татьяна Ионова является российским налоговым консультантом. Помимо консультаций по российскому налоговому праву и бухгалтерскому учету Татьяна оказывает услуги по составлению отчетности в соответствии с МСФО, а также консолидированной отчетности.

Татьяна является автором публикаций по налоговой и бухгалтерской тематике. Недавно вышла ее книга «Бухгалтерский учет и отчетность в России» на немецком языке во втором издании. Более подробно об авторе можно узнать на сайте www.taxlawrussia.com.

Über die Autorin:

Tatiana Ionova ist freiberufliche Beraterin für internationale und russische Rechnungslegung sowie das russische Steuerrecht. Sie unterstützt Unternehmen in Fragen der Rechnungslegung und des Reportings sowie bei steuerplanerischen und Managementaufgaben. Insbesondere bietet sie die Erstellung der Abschlüsse nach IFRS, Konsolidierung sowie Beratung zur russischen Rechnungslegung und zum russischen Steuerrecht an.

Frau Ionova ist als Fachbuchautorin tätig. Zuletzt ist ihr Buch Rechnungslegung in Russland in der 2. Auflage erschienen. Auf www.taxlawrussia.com erfahren Sie mehr über die Autorin.

Нотариальные доверенности на передачу распорядительских прав

Notarielle Vorsorgevollmachten

Нотариус-ассессор др. Владимир Примаченко
Notarassessor Dr. Vladimir Primaczenko

Bei psychischer Krankheit, geistiger und seelischer Behinderung, aber auch bei einer lediglich körperlichen Behinderung kann durch die staatlichen Gerichte für die betroffene volljährige Person eine (gesetzliche) Betreuung angeordnet werden. Eine Betreuung ist gemäß § 1896 Abs. 2 Satz 1 BGB dann nicht erforderlich, soweit die Angelegenheiten durch einen Bevollmächtigten ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können. Eine solche Vollmacht ermächtigt nach deutschem Recht eine Person im Falle einer Notsituation alle oder bestimmte Aufgaben für den Vollmachtgeber zu erledigen, so dass der Bevollmächtigte an Stelle des nicht mehr entscheidungsfähigen Vollmachtgebers handeln kann. Da eine sog. Vorsorgevollmacht in der Regel als Generalvollmacht ausgestellt wird, ist für den Vollmachtgeber eine qualifizierte rechtliche Beratung notwendig, die in der Praxis auch durch Notare sichergestellt wird.

I. Введение: Роль и значение доверенностей на практике

Практически каждый нотариус в Германии сталкивается ежедневно с доверенностями распорядительного характера. Такие доверенности часто заверяются по желанию клиентов или же используются в сделках, подлежащих процессу заверения. Дать точное понятие такой доверенности по немецкому праву (*Vorsorgevollmacht*) представляется трудным. Существующие переводы с немецкого языка (медицинская доверенность, доверенность на медицинский уход, заблаговременная доверенность на случай болезни и т.д.) с точки зрения автора не являются совсем верными и поэтому не отражают точное содержание такой доверенности, для которой в этой статье употребляется термин "доверенность на передачу распорядительских прав". Обычно она выдается одним лицом другому с целью опеки о самом доверителе и его имуществе в целом или для ведения определенного круга дел на случай какой-либо чрезвычайной ситуации. Что касается чрезвычайной ситуации, то речь здесь идет о таких ситуациях, когда уполномочивающий не в состоянии самостоятельно принимать решения в связи с наступившей недееспособностью или (продолжительной) болезнью.

Значение таких доверенностей в Германии в последнее время очень возросло, что показывает объем распространяемой информации для граждан. Эта информация предоставляется различными ведомствами, в том числе Министерством юстиции

Германии, судами, нотариальными палатами, а также организациями, исполняющими благотворительные функции. Понять возросшее значение доверенностей можно, обратившись к законодательным нормам о попечительстве. Согласно п. 2 § 1896 Германского гражданского уложения (ГГУ),¹ назначаемое судом попечительство не является необходимым, если дела лица, интересы которого затрагиваются, могут быть улажены выбранным им доверенным лицом. Нередко именно это обстоятельство является основным мотивом выдать доверенность, которая в таких случаях оформляется в виде генеральной доверенности (*Generalvollmacht*), кому-либо из членов семьи, чтобы избежать назначения попечителя судом.

В данной статье автор хотел бы описать кратко общие черты доверенностей на передачу распорядительских прав, а также раскрыть их типичное содержание. Помимо этого будут затронуты некоторые актуальные проблемы таких доверенностей, с которыми сталкиваются юристы и, в первую очередь, нотариусы на практике.

II. Основные критерии, форма и другие условия действительности

Характерным признаком такой генеральной доверенности является то, что она выдается без какого либо временного ограничения и остается в силе до отмены полномочий доверенного самим доверителем или его наследниками. Тем самым следует установить, что действие доверенности не прекращается с момента смерти доверителя. После его смерти доверенное лицо может продолжать совершать какие-либо действия, но уже по поручению наследников. Также доверенность остается в силе и на момент наступления недееспособности доверителя. Именно в случае отсутствия такой обширной доверенности, суды, после наступления этого факта, назначают попечительство.

Особая форма для доверенностей распорядительского характера законом в основном не предписывается. Поэтому, чтобы избежать назначения попечительства судом, достаточно оформления доверенности в простой письменной форме. Лишь только в некоторых особых случаях закон требует соблюдения как минимум письменной формы (напр. в отношении определенных аспектов лечения или принудительного размещения пациента). Тем не менее на практике рекомендуется выдача доверенности в нотариальной форме. При этом нотариус может лишь заверять подпись доверителя (*Unterschriftsbeglaubigung*), когда текст доверенности подготовлен самим клиентом. Здесь стоит отметить, что на практике существует масса различных бланков и формуляров, которые можно легко найти в интернете, например на сайте Министерства юстиции.² Но не всегда такие документы, к сожалению, соответствуют необходимым требованиям. Помимо "простого" заверения подписи, нотариус может оформить доверенность в процессе заверения (*Beurkundung*), когда весь документ читается нотариусом и при этом его содержание разъясняется клиенту. В первую очередь нотариальная форма необходима тогда, когда действия доверенного лица повлекут за

¹ Текст ГГУ на немецком и английском языках: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>; см. также русский перевод: Гражданское уложение Германии, 4-ое издание, 2015.

² http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Broschueren/Anlagen/Vorsorgevollmacht_Formular.

собой внесение записей в поземельную книгу (*Grundbuch*).³ Это следует из того, что внесение производится только в том случае, если разрешение на производство внесения или иные заявления, необходимые для внесения, подтверждены официальными документами или документами, заверенными в официальном порядке (п. 1 § 29 Положения о поземельных книгах – *Grundbuchordnung*).⁴ В случаях, если доверенное лицо совершает сделки с недвижимостью на основании генеральной доверенности, такая доверенность должна быть оформлена нотариально. Преимущество нотариальной доверенности заключается также в том, что нотариус при оформлении таких документов устанавливает дееспособность доверителя, что является необходимым условием для выдачи доверенности. Этот факт фиксируется в нотариальной доверенности непосредственно и поэтому не ведет на практике (за исключением редких случаев) к оспариванию.

III. Правовое оформление относительно вступления в силу

Доверенности, о которых идет речь в данной статье, отличаются от "обычных" доверенностей, так как они выдаются на случай наступления каких-либо чрезвычайных обстоятельств в сфере доверителя в будущем. Пока он сам может улаживать свои дела, он не заинтересован в том, чтобы доверенное лицо совершало действия по его поручению на основании доверенности. Учитывая это, оформление вступления в силу такой доверенности является основной проблемой при их (нотариальном) оформлении. В немецкой нотариальной практике были разработаны различные методы подхода, которые были предметом некоторых судебных решений.⁵

1. Отлагательное условие

Во-первых, доверенность может быть выдана при отлагательном условии (*aufschiebende Bedingung*, п. 1 § 158 ГГУ), когда таковым является наступление недееспособности доверителя или необходимость его попечительства. На данный момент этот метод следует, однако, считать непригодным на практике, что подтверждает ряд судебных решений.⁶ Основная трудность заключается в том, как доказать наступление обстоятельств условия, особенно тогда, когда требуется особая форма, напр. при внесении записей в поземельную книгу. Так как для целей п. 1 § 29 Положения о поземельных книгах необходимо заверение в официальной форме, то и заключение врача, выдающего справку о наступлении недееспособности его пациента, должно быть выдано в соответствующей форме. Учитывая возникающие проблемы доказательства наступления условия, уполномоченное лицо в отдельных случаях будет не в состоянии уладить дела доверителя, из-за чего суды считают необходимым назначение попечительства.⁷ Так как избежание попечительства часто является решающим мотивом

³ См. www.grundbuch-portal.de/.

⁴ Текст на немецком языке: www.gesetze-im-internet.de/gbo/.

⁵ См. подробно *Kordel*, in: *Kersten/Bühling*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 24. Auflage 2014, § 96 Rn. 59 ff.

⁶ OLG Köln, Beschl. v. 10.04.2007 – 2 Wx 2007; OLG Koblenz, Urt. v. 08.03.2007 – 5 U 1153/06.

⁷ KG Berlin, Beschl. v. 19.11.2009 – 1 W 49/09.

клиента, выдача доверенностей с отлагательным условием не рекомендуется в действующей нотариальной практике.

2. Выдача без условий для частного хранения

Во-вторых, доверенность может быть выдана без соблюдения каких-либо условий и должна будет храниться у доверителя (дома) или у других, назначенных им лиц. При таком оформлении уполномоченное лицо может так и не узнать о выданной ему доверенности, особенно тогда, когда наступит недееспособность уполномочивающего. До выдачи доверенности отсутствует также выражение волеизъявления, поэтому такая доверенность не является действительной. Если нотариус, и прежде всего его клиент, выбирают этот метод, то тогда необходимо – с целью защиты доверителя – выдать доверенному лицу хотя бы простую (незаверенную) копию доверенности.

3. Задержка выдачи доверенности нотариусом при соответствующем указании

В-третьих, нотариусу можно дать указание выдать копию документа, имеющую силу оригинала (дубликат), только при выполнении определенных условий, напр. предоставление справки врача. Какое-то время этот метод являлся стандартным в нотариальной практике. Однако и он связан с определенными недостатками. Так нотариус вынужден (долгое время) следить за выполнением условий выдачи доверенности. Возможен также и случай, когда ему будут предоставлены различные справки врачей, которые противоречат друг другу.

4. Безусловная выдача с внутренними указаниями

Наконец, на данный момент самым распространенным методом в нотариальной практике является выдача доверенности с указанием доверенному лицу совершать действия на основании доверенности только при наступлении определенных обстоятельств. Такое указание имеет силу только во внутренних отношениях между уполномочивающим и уполномоченным им лицом. Для избежания недоразумений необходимо в самой доверенности четко указать, что это ограничение действует только во внутренних отношениях. Что касается правоотношений, возникающих в отношении к третьим лицам (внешние отношения), то доверенность действует без ограничений и будет вести к возникновению прав и обязанностей у доверителя. При этом подходе существует определенный риск злоупотребления доверенностью, на что указывается в нотариально оформленных доверенностях. Учитывая это, следует выдавать генеральные доверенности по возможности только лицам из узкого круга семьи (супруги или дети).

IV. Объем и содержание доверенностей

Доверенности на передачу распорядительных прав генерального характера регулируют различные вопросы, улаживание которых становится необходимым при

наступлении упомянутых чрезвычайных обстоятельств. В основном, здесь можно различать действия уполномоченного лица по имущественно-правовым вопросам, а также дела из сферы опеки.

1. Представительство по имущественно-правовым делам

Исходя из цели избежать назначения судом попечительства, доверенное лицо должно получить возможность иметь полномочия, объем которых не меньше тех, которыми наделен попечитель. Именно поэтому такие доверенности выдаются как генеральные доверенности. С их помощью уполномоченное лицо может заключать от имени доверителя любые сделки, а также совершать другие действия, сходные со сделкой (квазисделки), при которых законом предусмотрена возможность представительства. Генеральный характер доверенности ведет к тому, что любая сделка, заключенная на основании доверенности, будет действительной, даже если она не упоминается в самой доверенности. В действующей практике применяются однако различные перечисления наиболее частых сделок (напр. приобретение и продажа недвижимости, совершение платежей, открытие и закрытие банковских счетов и т.д.). Безусловно такое перечисление помогает клиенту понять суть выдаваемой им доверенности и ее последствий, а также ведет к повышению ее признания в правовом обороте.

Однако, в каждом каталоге будут содержаться пробелы и при соответствующем упоминании вида сделки такие действия могут быть оспорены заинтересованными лицами. Поэтому в нотариальной литературе не редко советуют, исходя из генерального характера доверенности, применять только абстрактные формулировки и тем самым не включать каталоги с соответствующими перечислениями видов сделок.⁸ При таком оформлении возможно использовать обратный метод, исключая определенные сделки из сферы действия доверенности (напр. сделки с недвижимостью, ведомственные дела и т.д.).

2. Представительство по делам из сферы опеки

Кроме вышеупомянутых дел, доверенности в действующей практике также обычно охватывают аспекты из сферы опеки. Этот ранее спорный вопрос немецкий законодатель решил позитивно, введя соответствующие законодательные нормы. Теперь в п. 5 § 1904 и п. 5 § 1906 ГГУ доверенность упомянута непосредственно, из чего следует возможность ее выдачи также касательно мер медицинского характера (напр. медицинское обследование, лечение или какое-либо другое медицинское вмешательство), включая меры принудительного лечения. В отличие от действий по имущественно-правовым делам доверенное лицо может, однако, действовать подобным образом лишь тогда, когда доверитель сам не в состоянии принимать соответствующие решения. Для того, чтобы доверенное лицо могло выступать на основании доверенности,

⁸ G. Müller, Würzburger Notarhandbuch, 3. Aufl. 2012, Teil 3 Kap. 3 Rn. 11; Renner, in: Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 4. Aufl. 2015, Rn. 341.

необходимо четкое перечисление таких мер медицинского характера в самой доверенности. Таким образом, формулировки генерального характера недостаточны.⁹ Упомянув возможные меры в тексте доверенности, доверитель получает возможность понять содержание и сферу действия доверенности на момент ее выдачи. Буквальная передача текста закона не является обязательной. Для целей доверенности достаточно употреблять формулировки опираясь на текст закона. Несмотря на такую доверенность, в определенных случаях остается необходимым согласие суда по делам опеки (*Betreuungsgericht*) на проведение отдельных мер медицинского характера. Это в первую очередь ситуации, когда не исключается смерть пациента вследствие проведения каких-либо лечебных мер. На этот аспект, т.е. необходимость согласия суда в отдельных случаях, нотариус должен указывать в доверенности.

3. Распорядительские доверенности в сфере предпринимательства

Учитывая широкий объем генеральной доверенности, нет особой необходимости включать в составляемую доверенность дополнительные формулировки, если доверенность выдается предпринимателем. В нотариальной литературе рекомендуется, однако, дополнить "обычную" доверенность на передачу распорядительных прав конкретными указаниями о выполнении действий (*Handlungsanweisungen*), если к затронутому имуществу доверителя относится предприятие или доля участия в обществе.¹⁰ Такие указания, напр. относительно продолжения деятельности предприятия, его продажа или ликвидация, касаются внутренних отношений между доверителем и доверенным лицом и рекомендуются в литературе прежде всего для индивидуальных предпринимателей, а также для участников обществ, являющихся юридическим лицом (например, общества с ограниченной ответственностью, ГмбХ) и состоящим из одного участника, который одновременно исполняет функции управляющего компанией.

V. Объединение с другими заявлениями уполномочивающего

Выдавая доверенность на случай чрезвычайных обстоятельств, для доверителя является важным дать доверенному лицу, и именно этому лицу, полную свободу действий. Поэтому в доверенность на практике включены дополнительные заявления доверителя. В первую очередь, речь идет о распоряжении пациента, т.е. передачи другому лицу прав по принятию важных медицинских решений в случае утраты дееспособности (*Patientenverfügung*). С недавнего времени такое распоряжение регулируется законом (§ 1901a ГГУ), где указаны необходимые предпосылки для передачи соответствующих прав. В целом, это распоряжение охватывает проведение различных мер или соответствующий отказ (*Behandlungsabbruch*) за рамками активной эвтаназии, которая по немецкому праву остается уголовно наказуемой.

⁹ OLG Stuttgart DNotZ 1995, 687.

¹⁰ Langenfeld, ZEV 2005, 52 ff.

Также доверенность часто состоит из распоряжения о попечительстве (*Betreuungsverfügung*), которое принимается на случай признания доверенности недействительной (напр. из-за недееспособности доверителя). С этой точки зрения, распоряжение содержит рекомендацию для суда назначить попечителем выбранное доверителем доверенное лицо. В то время, когда доверенность выдается в том числе с целью избежания попечительства, в распоряжении о попечительстве заявитель активно влияет на установление рамок попечительства и его содержания.¹¹ В последнее время стало типичным вносить в доверенности также распоряжение о донорстве при пересадке органов (*Organspende*). Здесь прежде всего ставится общий вопрос, согласен ли пациент с таким донорством или нет.

VI. Механизм защиты от злоупотребления доверенностью

Проблема злоупотребления доверенностью возникает особенно тогда, когда доверитель выдает несколько доверенностей. Это является на практике очень частым случаем, когда супруги обоюдно назначают себя доверенными лицами, а также – в порядке замены – своих детей. Но и в общем, злоупотребление не исключено даже при наличии одного доверенного лица, учитывая генеральный характер доверенности. Коллективное представительство не имеет больших преимуществ, а наоборот может привести к тому, что дела доверителя не будут улаживаться адекватным образом. Действия одного уполномоченного лица стоит признать более эффективным методом. На практике часто советуется не выдавать доверенности, предназначенные для (совершеннолетних) детей, сразу, а лишь тогда, когда главное уполномоченное лицо (супруг) не в состоянии действовать от имени доверителя. Таким образом, число доверенностей, находящихся в обороте уменьшается, что ведет к уменьшению риска злоупотребления.

Важным остается также вопрос, как поступать в случае отзыва доверенности доверителем. Пока сам документ находится на руках уполномоченного, он может совершать действия от имени доверителя. Закон защищает в этом плане контрагента, который полагается на действие доверенности (п. 2 § 172 ГГУ). Уполномоченное лицо может потребовать от нотариуса выдачи новой доверенности (дубликата), умалчивая при этом факт отзыва доверенности. В нотариальной доверенности поэтому должен регулироваться механизм выдачи новой доверенности уполномоченному лицу.¹² Такая выдача при утверждаемой потере документа возможна с согласия доверителя или предъявления медицинской справки, из которой, например, следует, что доверитель находится в состоянии недееспособности. Также необходимо указывать, что документ остается собственностью доверителя и подлежит возврату при востребовании без предъявления встречных требований.

¹¹ Kordel, in: Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 96 Rn. 21.

¹² См. G. Müller, Würzburger Notarhandbuch, Teil 3 Kap. 3 Rn. 63 ff.

VII. Некоторые практические проблемы

1. Признание доверенностей кредитными организациями

Даже если доверитель, в преддверии каких-то чрезвычайных ситуаций, выдал соответствующую генеральную доверенность своему уполномоченному лицу, на практике возникают еще некоторые проблемы, касающиеся признания таких доверенностей в правовом обороте. В то время, когда ведомства, суды, нотариусы и частные лица не ставят такие доверенности под сомнение, приходится наблюдать, что некоторые банки и сберегательные кассы отказываются признавать предоставленные им доверенности. Основная проблема здесь состоит в том, что кредитные организации настаивают на применении их собственных формуляров банковских доверенностей. Специальная доверенность на совершение банковских действий, однако, не является необходимой, если доверитель выдал генеральную доверенность, которая охватывает все виды сделок, в том числе и такие из банковской сферы, о чем так категорично и наглядно свидетельствует одно из последних судебных решений.¹³ Особенно в отношении нотариальной доверенности аргументы кредитных организаций не являются убедительными. Если следовать требованиям банков, то в обороте могут находиться две или более доверенностей, которые могут противоречить друг другу и, таким образом, вести к проблемам разграничения их сферы действия. На сегодняшний день стоит отметить, что число кредитных организаций, относящихся скептически к (нотариальным) доверенностям распорядительного характера заметно уменьшается.

2. Наследование имущества доверителя (единственным) доверенным лицом

Другая проблема, на которой автор этой статьи хотел бы остановить свое внимание, имеет более юридическую подоплеку. Часто доверитель назначает своими уполномоченными лицами членов своей семьи, которые позже по его соображениям будут наследниками его имущества. Проблема здесь заключается в том, что после смерти доверителя с юридической точки зрения происходит слияние должника и кредитора в одном лице. Это обстоятельство ведет к прекращению обязательственных отношений (*Konfusion*). В данной ситуации, в отношении доверенности, которая в большинстве случаев должна продолжать действовать и после смерти доверителя, можно утверждать, что уполномочивающим и уполномоченным лицом является одно и то же лицо. Если доверенное лицо становится лишь сонаследником, то доверенность не теряет свою силу, на что указывают некоторые судебные решения.¹⁴ Более спорной следует признать ситуацию, когда доверенное лицо становится единственным наследником доверителя. В одном из последних судебных решений, затрагивающих такие доверенности, один из судов установил, что доверенность прекращает свою силу.¹⁵ Это решение подверглось в последствии массивной критике в (нотариальной) литературе. Даже если исходить из того, что доверенность теряет свою силу, то следует учесть, что последствия в любом случае касаются единственного наследника, действия которого на основании

¹³ LG Detmold, Urt. v. 14.01.2015 – 10 S 110/14.

¹⁴ OLG Schleswig, Beschl. v. 15.07.2014 – 2 W 48/14.

¹⁵ OLG Hamm, Beschl. v. 10.01.2013 – I-15 W 79/12.

доверенности следует поэтому признать легитимными.¹⁶ Остается надеяться, что это судебное решение будет рассматриваться как единственный случай и другие суды последуют распространенному мнению в литературе.

VIII. Регистрация доверенностей

В отличие от возможности сдачи на хранение завещаний (*Testament*) при суде по наследственным делам (*Nachlassgericht*), на данный момент в Германии не существует единой возможности для сдачи на хранение доверенностей на передачу распорядительских прав. Учитывая это (неудовлетворительное) состояние, Федеральная нотариальная палата Германии (*Bundesnotarkammer*)¹⁷ создала в 2004 г. единый центральный реестр для регистрации доверенностей (*das Zentrale Vorsorgeregister – ZVR*).¹⁸ С помощью этого реестра суды по делам опеки могут устанавливать наличие соответствующих доверенностей и тем самым необходимость назначения попечителя. Регистрация нотариальных доверенностей осуществляется обычно самим нотариусом, который передает в реестр соответствующие данные. Если в начальной стадии регистрировались только нотариальные доверенности, то сейчас можно совершить регистрацию любой доверенности, в том числе оформленной в простой письменной форме. Создание такого реестра можно считать большим успехом: на данный момент в нем зарегистрировано около 2,7 миллионов доверенностей; ежемесячно происходят около 20 тысяч запросов в реестр судами по делам опеки.

IX. Заключение

Настоящая статья показала, что доверенности на передачу распорядительских прав получили в Германии в последнее время большое распространение. Не последнюю роль в этом сыграл немецкий законодатель, который не только внес в ГГУ необходимые поправки и дополнения, особенно в области медицинских мер, а также в отношении решений пациента при наступлении предсмертной фазы, но и в целом отвел институту попечительства субсидиарную роль. Даже несмотря на то, что ряд вопросов остается на практике спорным, стоит признать, что выдача такой доверенности генерального характера обеспечивает соблюдение правового порядка и тем самым улучшает правовые гарантии граждан.

В этом плане нотариальные доверенности приобретают особое значение, если учесть, что только с их помощью возможны сделки с недвижимостью, совершаемые доверенным лицом. Благодаря экспертизе нотариусов, клиент получает юридический документ, в котором адекватно учтены риски, возникающие в различных ситуациях. Судьба имущества собственника зависит на сегодняшний день не только от квалифицированно составленного завещания, но также и от соответствующей доверенности на передачу распорядительских прав.

¹⁶ Renner, in: Müller/Renner, *Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis*, Rn. 335.

¹⁷ www.bnotk.de.

¹⁸ www.vorsorgeregister.de.

Об авторе:



Др. Владимир Примаченко нотариус-ассессор при нотариальной палате Саксонии, Дрезден, ранее работал адвокатом в адвокатской конторе "Фрешфильдс Брукхаус Дерингер" (г. Кельн), защитил докторскую диссертацию в Германии по теме связанной с российским правом ("Доверительное управление имуществом по российскому праву"), является доцентом в различных учреждениях, в том числе для специалистов и студентов из России (контакт: primaczenko@gmail.com).

Бизнес-иммиграция в Германию

Business Immigration nach Deutschland

*Получение разрешения на жительство в соответствии с немецким правом в
теории и на практике*

Aufenthaltserlaubnis nach deutschem Recht, Theorie und Praxis

Франк Шмидер (Frank Schmieder)

Der Begriff „Business Immigration“ ist für sich genommen eher irreführend, da er sich in der deutschen Rechtssprache nicht wiederfindet. Er wird vor allem häufig in der russischen Umgangssprache synonym verwendet für das dauerhafte Aufenthaltsrecht eines Ausländers (Aufenthaltserlaubnis), wenn er sich mit einem eigenen „Business“ in Deutschland wirtschaftlich betätigen will. Ein anderer Schlüsselbegriff in Russland ist ВНЖ, вид на жительство, was dem Titel Aufenthaltserlaubnis sicherlich näher kommt.

Vorliegender Artikel soll einerseits einen Überblick über die gesetzlichen Regelungen (Aufenthaltsrecht) geben. Andererseits wird jedoch vor allem die Anwendungspraxis (Verwaltungspraxis) dargestellt. Das deutsche Aufenthaltsrecht regelt einheitlich, aber häufig nur allgemein, die Rahmenbedingungen. Sehr unterschiedlich ist hingegen die individuelle Anwendung durch die deutschen Behörden. Zudem gibt es auf diesem Gebiet vergleichsweise wenig einschlägige Rechtsprechung. Dies dürfte vor allem daran liegen, dass ablehnende Bescheide seltener gerichtlich angegriffen werden. Häufig werden die Antragsunterlagen überarbeitet und neu eingereicht, nicht selten in einem anderen Bundesland, einer anderen Stadt. Die gerichtliche Auseinandersetzung würde zudem zu lange dauern, der Ausländer beabsichtigt jedoch in aller Regel einen raschen Zuzug (Zuwanderung) nach Deutschland.

Der Artikel wendet sich sowohl an Juristen als auch an Laien und soll ein Gesamtverständnis zur Thematik verschaffen, einen Leitfaden für die anwaltliche Praxis bilden.

I. Введение

Существует множество причин для иммиграции. Политическая стабильность, устойчивый экономический рост, социальная защищённость, более высокое качество жизни, широкий выбор возможностей обучения, хорошее медицинское обслуживание – всё это и многое другое может послужить нам в данном случае в качестве соответствующего примера. Другими словами, на сегодняшний день иммиграцию в Германию можно назвать уже вполне сложившейся тенденцией.

С другой стороны, порой в стране существует самая настоящая потребность во въезде иностранных граждан, и снова Германия может прекрасно проиллюстрировать вышесказанное. Старение населения и его естественное сокращение, недостаток квалифицированных работников, потребность ориентированной на экспорт экономики в международной интеграции являются уже достаточными причинами для создания политически благоприятных условий для иммиграции населения.

Таким образом, в Германии имеются, можно сказать, идеальные условия для того, чтобы именно здесь попытаться получить разрешение на временное пребывание или даже вид на жительство. Одновременно с этим, возможности иммиграции здесь строго регламентированы, а в отношении бизнес– иммиграции, по непонятным на то причинам, существует самая настоящая тенденция принятия ограничительных мер.

II. Цель пребывания

В немецком законодательстве (Aufenthaltsgesetz - AufenthG¹) прописаны различные цели пребывания в стране.

1. По политическим соображениям

Принимая во внимание величину потока переселенцев из России, Германия переняла на себя ответственность за содействие и осуществление еврейской иммиграции (jüdische Immigration) и въезда так называемых русских немцев – поздних переселенцев (Spätaussiedler).

2. Защита прав семьи и брака

Конституционно защищённые права семьи и брака² позволяют осуществлять иммиграцию в рамках, так называемого, воссоединения семьи (Familienzusammenführung). В данном случае подразумевается, к примеру, переезд супруга/супруги и несовершеннолетних детей. В немецком законодательстве, касающемся права проживания в стране, этой тематике посвящён целый раздел.³

Мы предлагаем немного задержаться на этом вопросе, так как он часто имеет непосредственное отношение к бизнес-иммиграции. Если иностранный гражданин на законных основаниях пользуется правом пребывания на территории Германии (Aufenthaltserlaubnis, Niederlassungserlaubnis), тогда у его семьи есть возможность переехать к нему. Теория в данном случае соответствует практике, ибо право пребывания семьи на территории республики основывается на праве пребывания в ней одного или сразу двух родителей. В таком случае необходимо учесть, что заявление на воссоединение с семьёй необходимо подавать одновременно с ходатайством на

¹ Интернет предоставляет множество различных источников, в которых упоминается ключевое слово Aufenthaltsgesetz. Например, здесь имеется в виду сайт <http://www.gesetze-im-internet.de/>, подготовленный федеральным министерством юстиции и по защите прав потребителя.

² Статья 6 Основного Закона (Конституции) Германии.

³ Раздел 6, §§ 27-36 AufenthG – Aufenthalt aus familiären Gründen.

получение разрешения по осуществлению бизнес-иммиграции. Однако, как показывает та же самая практика, сначала имеет смысл подачи заявления одним из членов семьи (отцом или матерью). Нередко бывали случаи, когда заявки целой семьи рассматривались менее лояльно, чем каждого члена по отдельности. Если хотя бы у одного иностранного гражданина уже будет разрешение на пребывание в стране, то органам власти будет сложнее отказать в выдаче разрешения его родным, так как в данном случае возможность принятия решения, ориентируясь только на личные соображения, сильно ограничена. Таким образом данный вопрос представляется нам с юридической точки зрения, в соответствии с имеющимся опытом консультации в подобных вопросах.

3. Образование, повышение квалификации, гуманитарные цели

Подготовка молодых квалифицированных кадров поощряется также, как и привлечение новых учащихся к посещению языковых и иных учебных курсов⁴, семинаров, прохождению профессионального обучения, получению образования в иных учебных заведениях.

Безусловно, в рамках вопроса о бизнес-иммиграции этот аспект не имеет особого практического значения.

В отдельных случаях данную цель можно использовать в качестве начального этапа для получения в будущем права на долгосрочное пребывание на территории республики. К примеру, после обучения в немецком университете или высшем профессиональном учебном заведении гораздо легче получить разрешение на ведение несамостоятельной трудовой деятельности на каком-либо немецком предприятии (*Aufenthaltserlaubnis für eine nichtselbständige Tätigkeit*). Процедура получения будет упрощена.

Этот аспект также имеет некоторые особенности, которые стоит упомянуть, говоря о теме бизнес-иммиграции. Если дети иностранного предпринимателя являются уже совершеннолетними, но при этом они также хотят переехать с семьей в Германию, то существует возможность запросить для них разрешение на пребывание с целью получения образования на территории страны. Стабильность их финансового положения будет гарантирована благодаря наличию родительских средств, одновременно с этим можно будет в качестве дополнительного аргумента применить положение о воссоединении семьи.

Исходя из необходимости проведения профессионального медицинского лечения⁵, можно также запросить разрешение на пребывание. Как бы то ни было, его выдача строго регламентирована, особенно в вопросах, касающихся продолжительности пребывания.

⁴ §§ 16 ff. AufenthG – Studium, Sprachkurse, Schulbesuch, sonstige Ausbildungszwecke.

⁵ §§ 7, 22, 25 AufenthG – Aufenthalt aus humanitären Gründen.

4. Экономическое развитие

Наконец, – и тут мы уже обращаемся к основной теме нашей статьи – по политическим соображениям, приветствуется открытие в Германии филиалов процветающих предприятий и переезд успешных предпринимателей, а также высококвалифицированных рабочих кадров. Речь в данном случае идёт о получении разрешения на пребывание на территории страны с целью ведения трудовой деятельности (*Aufenthalt zum Zweck der Erwerbstätigkeit*). Хотя данной теме и посвящён целый раздел иммиграционного права, он включает в себя всего несколько параграфов.⁶ Однако, существуют и дальнейшие законы и предписания, регулирующие данный вопрос. Хотя, несмотря на это, становится очевидно, что чем более сложен вопрос, тем меньше правовых предписаний, его регулирующих. Ответственность за интерпретацию положений ложится на цепь последующих департаментов, которые осуществляют их применение на практике. Позже мы ещё вернёмся к данному вопросу.

II. Длительность и статус пребывания

На данный аспект также стоит обратить внимание, так как длительность пребывания имеет непосредственную связь с целью пребывания.

1. Краткосрочное пребывание

Для запуска процесса бизнес-иммиграции обычно требуется получение разрешения на краткосрочное пребывание на территории Германии. Это связано с необходимостью проведения исследования рынка, переговоров с потенциальными деловыми партнёрами, юристами, налоговыми консультантами и консультантами по ведению бизнеса для того, чтобы выяснить, является ли экономически целесообразным ведение данного вида деловой деятельности в стране.

Для такой цели немецким законодательством предусмотрена выдача Шенгенской визы (*Schengenvisum*). Иностранному гражданину, помимо всего прочего, может быть выдана транзитная виза для пересечения территории других государств Шенгенской зоны или виза (*Schengenvisum*)⁷ на трёхмесячное пребывание в данном регионе в течение каждого периода в полгода, начиная с даты въезда.

В обиходе в данном случае принято пользоваться понятием деловой визы (*Geschäftsvisum*).

Обычно на практике получение этого документа не вызывает сложностей. Необходимым в данном случае является получение официального письма-приглашения со стороны юриста или возможного делового партнёра (*Einladungsschreiben*). Необходимо предоставить доказательство того, что приглашающая сторона существует на самом деле, посредством приложения выписки из Торгового реестра (*Handelsregister*) или разрешения на ведение адвокатской деятельности. Важным является также аспект

⁶ Abschnitt 4, §§ 18-21 AufenthG – Aufenthalt zum Zweck der Erwerbstätigkeit.

⁷ § 6 AufenthG – Visum.

несения расходов, связанных с пребыванием иностранного гражданина на территории ФРГ, как например, возможных расходов на его содержание в больнице или расходов, связанных с необходимостью депортации иностранного гражданина из страны. В том случае, если все расходы перенимает на себя приглашающая фирма, это необходимо чётко обозначить в приглашении.⁸ Если иностранный гражданин сам несёт все расходы, то необходимо предоставить бумаги, доказывающие наличие материальных средств в достаточном для этого объёме. В большинстве случаев проведение этой процедуры оказывается сложнее, чем перенятие расходов принимающей стороной. На практике часто требуется наличие определённой суммы на немецком заблокированном счёте.

Решающим фактором в данном случае является то, что при наличии такой визы ведение трудовой деятельности (Erwerbstätigkeit) запрещено. Теоретически исключается, что человек, въехав на территорию республики по вышеупомянутой бизнес-визе, проводит все необходимые мероприятия для учреждения фирмы и незамедлительно начинает ведение деловой деятельности. На практике, как бы то ни было, обычно так и происходит. В данном случае необходимо обратить пристальное внимание на временные ограничения сроков действия визы и её тип. К данному вопросу мы вернёмся чуть позже. Важным в данном случае является также определение понятия трудовой деятельности.

2. Долгосрочное пребывание, ограниченное определёнными временными рамками (срочное разрешение на пребывание)

Бизнес-иммиграция предполагает длительное пребывание на территории страны, то есть, более 6 месяцев в течение одного года. В связи с такими временными рамками в данном случае въезжающим не походит обычная Шенгенская виза.

В данном случае речь идёт уже о выдаче разрешения на временное пребывание⁹ (Aufenthaltserlaubnis). Оно является по своей сути ограниченным видом на жительство. Ограничения связаны с предполагаемой целью пребывания на территории страны и временными рамками. В данном случае термин «ограничение» может звучать весьма дезориентирующе. Имеется в виду не то, что такое разрешение накладывает определённые ограничения в течение года, а то, что само право пребывания на территории страны ограничено временными рамками.

Касательно цели пребывания на территории страны речь велась выше (Aufenthaltszweck). В случае бизнес-иммиграции разрешение на пребывание выдаётся, как правило, на срок от года до трёх лет.

В связи с понятием «разрешение на пребывание» очень часто возникает упоминание понятия «национальной визы» (nationales Visum). При этом всегда возникает некое замешательство, так как этот тип визы часто путают с вышеупомянутой Шенгенской визой. Национальная виза¹⁰ тоже выдаётся на длительный срок пребывания в стране.

⁸ Расходы в соответствии с §§66-68 AufenthG.

⁹ § 7 AufenthG – Aufenthaltserlaubnis.

¹⁰ § 6 AufenthG – Visum.

Однако, когда речь идёт о бизнес-иммиграции, то национальная виза является лишь предварительным этапом перед получением разрешения на пребывание, своеобразным разрешением на въезд. Другими словами, сначала выдаётся национальная виза, которая делает возможным въезд в страну, далее уже внутри Германии происходит проверка всех необходимых формальностей, после чего принимается решение о выдаче разрешения на пребывание.

3. Долгосрочное пребывание, не ограниченное временными рамками (бессрочное разрешение на пребывание)

Получение бессрочного разрешения на пребывание или вида на жительство¹¹ (Niederlassungserlaubnis) следует за получением срочного разрешения на пребывание.

Вид на жительство служит основанием для ведения трудовой деятельности и выдётся иностранному гражданину, который

- уже 5 лет владеет срочным разрешением на пребывание на территории ФРГ,
- имеет стабильное материальное состояние,
- обладает достаточными знаниями немецкого языка, а также начальными знаниями о социальном и правовом устройстве Германии,
- имеет достаточную жилую площадь, пригодную как для его проживания, так и для проживания членов его семьи.

Мы не будем сейчас подробно останавливаться на отдельных дополнительных условиях и предпосылках для получения вида на жительство, так как они очень непросты. Одному только вопросу, связанному с наличием достаточных материальных средств, в миграционном праве посвящён целый параграф¹² с соответствующими замечаниями и возможностями применения.

Можно сказать, что ещё до истечения срока действия срочного разрешения на пребывание имеет смысл позаботиться о выполнении всех предпосылок, необходимых для получения неограниченного вида на жительство.

4. Краткие итоги

В общем и целом можно сказать, что для получения бессрочного разрешения на пребывание необходимо предпринять следующие шаги: бизнес-виза – национальная виза – срочное разрешение на пребывание – бессрочный вид на жительство. Принимая во внимание длительность процедуры подачи заявления и его рассмотрения, следует ориентироваться на временной промежуток от 6 до 7 лет от появления бизнес-идеи до получения вида на жительство (Niederlassungserlaubnis).

Следует помнить, что получение разрешения на пребывание на территории ФРГ всегда непосредственно связано с какой-либо целью пребывания. В противном случае,

¹¹ § 9 AufenthG – Niederlassungserlaubnis.

¹² § 9c AufenthG – Lebensunterhalt.

может грозить наложение как административной, так и уголовной ответственности на нарушителя.

Релевантными в данном случае можно назвать две группы граждан:

- Иностранцы, которые получили разрешение на временное пребывание (Aufenthaltserlaubnis) с целью получения образования, но затем основали собственную компанию и таким образом из разряда учащихся перешли в разряд ведущих трудовую деятельность. Следует помнить о том, что если разрешение на временное пребывание однозначно не предусматривает такого варианта развития событий, то лучше всего строго следовать букве закона, то есть, подать прошение о выдаче нового разрешения на временное пребывание.
- Иностранцы, которые имеют разрешение на временное пребывание в одной из стран Шенгенского соглашения, основавшие в Германии собственную компанию и переехавшие затем в страну с целью ведения предпринимательской деятельности. Фактически, они не имеют права находиться на территории Федеративной Республики дольше трёх месяцев. В противном случае, это будет считаться нарушением правил пребывания на территории Шенгенской зоны, а также норм Германии, касающихся ведения экономической деятельности на её территории. Выдача разрешения на временное пребывание всегда регулируется национальным законодательством того или иного государства, а также одновременно с этим соответствует общим правилам, установленным на территории ЕС.

III. Бизнес-иммиграция

Как уже было оговорено выше, термин бизнес-иммиграция (Business-Immigration) можно использовать в качестве синонима словосочетания «получение разрешения на временное пребывание» (Aufenthaltserlaubnis), чьим законным основанием становится ведение хозяйственной деятельности на территории Германии.

В этой связи законодательно предусмотрено чёткое разграничение того, что называется самостоятельным ведением экономической деятельности (selbständige Tätigkeit) и наёмным трудом (unselbständige Tätigkeit). Говоря более простым языком, необходимо чётко представлять себе различие между трудом частного предпринимателя и работой по найму в рамках трудового договора. Границы данных понятий очень подвижны, а потому этому вопросу стоит уделить особое внимание прежде чем подавать запрос на получение разрешения на проживание.

1. Различия между частным предпринимательством и наёмным трудом

В немецком законодательстве не существует чётких критериев, позволяющих отделить одно понятие от другого.

В любом случае, вопрос о том, является то или иное лицо частным предпринимателем или наёмным работником, часто поднимается в юридической практике. В первую очередь это необходимо понимать для того, чтобы верно определить такие правовые

моменты, как величина налогообложения, взнос отчислений в фонды социального страхования. Получается, что часто в практике применения миграционного права используются понятия, идентичные тем, которыми оперируют при составлении социально-правовых норм Германии.¹³

Довольно просто составить представление о различиях, если иностранный гражданин просто хочет устроиться на работу в одно из уже существующих немецких предприятий. В таком случае, речь идёт в первую очередь о наёме труда.

Более проблематичным представляется собой разграничение в том случае, когда иностранный гражданин имеет намерение основать собственное предприятие или учредить фирму с ещё несколькими партнёрами.

В первом случае иностранный гражданин является руководителем данного предприятия, поэтому здесь можно довольно однозначно сказать, что речь идёт о ведении самостоятельной предпринимательской деятельности.

Если же предприятие было основано совместно с другим партнёрами, но вышеуказанное лицо тем не менее является его руководителем, решение данного вопроса уже не представляется столь очевидным, а потому всё зависит от сугубо индивидуальных оценок. Если иностранный гражданин обладает более 50% акций всего предприятия, то он будет считаться индивидуальным предпринимателем. Он не только как руководитель данной фирмы, но и как её участник/акционер может влиять на её деятельность и несёт все связанные с таковой деятельностью предпринимательские риски.

Чем меньше доля участия иностранного гражданина в предприятии, тем сложнее будет подобрать аргументы, доказывающие ведение самостоятельной предпринимательской деятельности. В этом случае внимание уделяется уставу предприятия. Чем меньше доля участия гражданина в фирме, тем больше у него должно быть прав оказания воздействия на деятельность предприятия, к примеру, в рамках постановлений, принимаемых участниками общества, т.е. совладельцами предприятия. Абсолютной границей в данном случае является обладание 26% акций в случаях, когда для принятия решения требуется $\frac{3}{4}$ голосов участников общества.

Остальные критерии зависят уже непосредственно от содержания договора между руководителем и самим предприятием, в данном случае учитываются такие пункты, как: личная зависимость, связанность указаниями, свобода при организации процесса проведения и организации деятельности предприятия, предпринимательская инициатива, определение гонорара за проделанную работу, размер жалования и т.д.

В данном случае не приходится полагаться на административную практику, решения по данным вопросам принимаются строго индивидуально, все они должны быть чётко и точно аргументированы. В отношении описываемой нами ситуации можно привести следующий пример: мать вместе с сыном принимают решение об учреждении общества с ограниченной ответственностью (GmbH). Мать является обладательницей 80% акций

¹³ § 2 Absatz II AufenthaltG i.V.m. § 7 четвертая книга Sozialgesetzbuch (SGB IV) (Кодекса социального права).

предприятия, сын – всего лишь 20%. Они оба являются членами правления. Решения, касающиеся деятельности предприятия, принимаются по принципу большинства голосов. Тем не менее, следует понимать, что сын в данном случае почти не имеет возможности оказывать влияние на деятельность компании. Предпринимательский риск, который он несёт, также не высок. Однако, отдел виз и регистраций иностранных граждан выдал обоим разрешение на проживание на основании ведения самостоятельной предпринимательской деятельности. Этот пример помогает отчётливо проиллюстрировать, насколько индивидуален каждый случай. Вопросу оценки возможности принятия того или иного решения в пользу иностранного гражданина стóит уделить особое внимание.

2. Наёмный труд

Наёмный труд (*unselbständige Tätigkeit, Beschäftigung*¹⁴) является классическим примером договорных трудовых отношений. Допуск иностранного гражданина к работе на территории ФРГ должен в первую очередь основываться на экономических потребностях региона, в котором он желает получить рабочее место. Многое зависит от того, существует ли реальная необходимость трудоустройства того или иного лица. Учитывать следует как региональные различия, так и состояние рынка труда в целом.

При наличии конкретного предложения вопрос о трудоустройстве подлежит согласованию с федеральным агентством занятости (*Bundesagentur für Arbeit*), при этом будет проведена проверка таких конкретных условий работы, как величина заработной платы и прочее.

В рамках нашей статьи мы не станем более подробно останавливаться на данном вопросе. С одной стороны, речь здесь идёт скорее о редких случаях бизнес-иммиграции, с другой стороны, каждый такой случай подлежит индивидуальной проверке. В этом отношении вряд ли можно привести общие принципы.

3. «Голубая карта» - Blue Card

Особенно следует принять во внимание законодательную инициативу 2012 года, которая имеет своей целью привлечение высококвалифицированных рабочих кадров (*Blue Card EU*¹⁵). Собственно говоря, она является внедрением одной из директив Европейского Союза.

Согласно соответствующим положениям, предпочтение отдаётся работникам, имеющим официально признанный иностранный диплом о получении высшего образования и получающим определённый минимальный заработок при наличии конкретного рабочего места.

¹⁴ § 18 AufenthG.

¹⁵ § 19a AufenthG – Blue Card EU. См. Также портал www.bluecard-eu.de/.

На одном из информационных порталов¹⁶, каждый потенциальный претендент на рабочее место имеет возможность заранее ознакомиться с информацией о том, признаётся ли его документ о получении высшего образования за границей или нет. Если у иностранного гражданина нет в этом уверенности, то наилучшим вариантом представляется отправка документов в специальное ведомство, которое может провести проверку по данному вопросу. Хотя данная процедура является платной и может длиться вплоть до 6 месяцев, у неё имеются свои преимущества: к примеру, отделу виз и регистраций иностранных граждан не потребуется проводить подобную проверку самостоятельно, что могло бы растянуть процесс получения визы на ещё больший срок. Заявления с приложенными к ним результатами проверки обрабатываются гораздо быстрее.

Минимальный размер заработной платы для таких сотрудников должен составлять в 2015 году чуть более 4.000 евро в месяц брутто (т.е. до уплаты налогов и социальных отчислений). Что касается таких редких профессий, как, естествоиспытатель, математик, инженер, врач и IT – специалист, то для них минимальный размер оплаты труда составляет примерно 3.150 евро в месяц брутто.

Для обладателей голубой карты (Blue Card) также упрощена процедура воссоединения с семьёй и получения вида на жительство.

Практика показала, что этот путь является самым быстрым и простым для получения разрешения на временное пребывание. Это связано с тем, что если соблюдены все условия, необходимые для получения этой карты, то у отдела по выдаче виз не остаётся возможности для принятия решения по собственному усмотрению.

У вышеуказанного органа остаётся ещё множество иных возможностей проявить свою власть при принятии решений касательно выдачи разрешения тому или иному иностранному лицу. Иностранцы довольно часто пользуются следующей схемой действий: при помощи третьего лица они учреждают предприятие, а для себя в качестве наёмного сотрудника подают заявление на получение голубой карты. В таком случае отдел по выдаче виз или в некоторых случаях местная Торгово-промышленная палата проводят более тщательную проверку предприятия. Целью создания последнего не должно быть исключительно получение разрешения на временное пребывание для иностранного лица. Это очень очевидно, однако, в некоторых случаях, при наличии определённых общих условий, такая возможность может быть всё-таки использована. Сюда, к примеру, можно отнести учреждение предприятия с целью покупки недвижимости для дальнейшего управления ею.

4. Самостоятельная предпринимательская деятельность

Основным элементом бизнес-иммиграции всё же составляют иностранные граждане, ведущие самостоятельную предпринимательскую деятельность.

¹⁶ Портал, информирующий о процедуре признания иностранных дипломов об образовании: <http://anabin.kmk.org/>

Для того, чтобы в данном случае лучше понять систематику законодательства и практику его применения, необходимо коротко обратиться к правовым нормам, существовавшим в прошлом.

В более ранней версии норм миграционного права говорилось о том, что на территориальном уровне должна иметься заинтересованность в привлечении предпринимателей, занимающихся ведением какой-то конкретной экономической деятельностью. Она, в свою очередь, должна оказывать позитивное воздействие на экономику Германии. К тому же, финансирование предприятий должно было вестись исключительно за счёт собственных средств. Это условие считалось выполненным, если сумма инвестиций достигала определённого размера. Изначально она составляла 500.000 евро, затем 250.000 евро. Более того, требовалось создание 10 рабочих мест, после эта квота была снижена до 5.

Однако, очень быстро пришло понимание того, что выставляемые требования вводят в заблуждение отдел по выдаче виз и регистрации иностранных граждан. Его представители считали, что именно к таким масштабам и показателям должны приблизиться те, кто подаёт документы на получение разрешения на временное пребывание. Подобные требования пугали и самих заявителей, так как они были убеждены, что все вышеперечисленные условия должны быть полностью выполнены. Однако, законодатели подразумевали следующее: при соблюдении этих критериев, отдел по выдаче виз и регистрации иностранных граждан обязан выдавать разрешение на временное пребывание, то есть, в данном случае предполагался однозначно положительный ответ. Как бы то ни было, неверная трактовка стала причиной фактического отсутствия столь желаемого притока иностранных предпринимателей.

С 2012 года вышеуказанные критерии были удалены из миграционного права. Предписания получили более лояльные формулировки. Отныне для ведения самостоятельной экономической деятельности (*selbständige Tätigkeit*¹⁷) необходимо следующее:

Иностранному гражданину может быть выдано разрешение на временное пребывание для ведения самостоятельной экономической деятельности при условии, что:

1. существует региональный интерес или региональная потребность в том или ином виде деятельности
 2. ожидается, что деятельность окажет положительное влияние на экономику государства в целом
- и
3. финансирование реализации будет полностью обеспечено благодаря использованию собственных средств или предоставленных кредитов.

¹⁷ § 21 AufenthG.

При таких условиях возможность принятия решения, так сказать, «по своему усмотрению», тесно связано, а можно даже сказать, что и вытекает из формулировки «*может* быть выдано».

Кроме того, как для профессиональных юристов, так и для новичков в этом деле, становится ясно, что эти понятия являются относительно размытыми и подлежат более полному толкованию. На практике всё вышесказанное находит довольно чёткое отражение. Документы заявителей рассматриваются по-разному. Существует множество примеров, когда власти города или какого-либо муниципалитета отклонили выдачу разрешения на временное пребывание в то время, как иные органы по выдаче виз и регистрации граждан при наличии тех же самых документов дали положительный ответ.

Для тех, кто собирается подавать документы для получения разрешения на временное пребывание, в качестве решающих критериев и руководящих принципов стоит привести следующие: общая оценка бизнес-идеи, опыт ведения предпринимательской деятельности, размер уставного капитала, общее влияние на рынок труда внутри страны, инновационность проекта, исследования, проводимые в его рамках.

В данном случае также будет справедливо вышесказанное: ведение предпринимательской деятельности не может быть самоцелью, предприятие не может служить только для получения прибыли его владельцем. Фирма, ориентированная прежде всего на личное пользование не будет иметь успеха.

Таким образом, можно сказать, что проверке на предмет успешности ведения экономической деятельности на рынке будут подвергнуты запланированные к учреждению или уже учреждённые предприятия. Параллельно проверке подвергнется и сам предприниматель.

Многие заявители считают, что могут учредить предприятие и управлять им, не имея для этого соответствующей квалификации. Такой вариант вполне вероятен. Однако, как бы то ни было, требуется наличие доказательств, как ходатайствующее лицо может быть полезным или необходимым в учреждаемом предприятии. При абсолютном отсутствии квалификации или же при наличии квалификации, не имеющей точек соприкосновения со сферой деятельности предприятия, дать ответы на подобные вопросы будет весьма затруднительно.

К документам, требующимся от предприятия, относятся: профиль компании, бизнес план с приложенным к нему анализом рынка, план, отражающий потребность в капитале, план по финансированию предприятия, план ликвидности, предварительная смета расходов и доходов на ближайшие 3-5 лет, предпочтительный размер заработной платы заявителя в качестве руководителя предприятия в месяц – более 2.000 евро, учредительные документы по мере их готовности, или же нотариальные проекты документов.

К документам, требующимся от заявителя, относятся: заявление, резюме, документы, свидетельствующие о наличии необходимой квалификации: дипломы, аттестаты, справки с места работы, трудовая книжка, рекомендательные письма, доказательства

наличия средств к существованию, медицинской страховки, доказательства наличия пенсионных накоплений в достаточном объёме для заявителей старше 45 лет.

Все документы должны быть предоставлены на немецком языке, русские документы – в оригинале с переводом, при необходимости на них должен быть проставлен апостиль, в отдельных случаях потребуются привлечение присяжного переводчика. Всё во многом зависит от органов, занимающихся рассмотрением данного дела, к примеру, от посольства ФРГ и компетентного отдела по выдаче виз и регистрации граждан.

5. Отдельные вопросы и дополнительные правовые положения

Иммиграционное законодательство как в ФРГ, так и в других странах, имеет пробелы или противоречия, на которые следует обратить внимание или которыми при возможности можно воспользоваться.

Иностранное лицо, которое является директором основанного им предприятия и чья деятельность по указанным выше критериям классифицируется как самостоятельная предпринимательская деятельность, теоретически, в согласии с вышеуказанными условиями, не может работать на фирме при отсутствии у него разрешения на временное пребывание с указанием соответствующей цели. Часто иностранные граждане не постоянно находятся на территории Германии, а приезжают туда лишь периодически. Немецкое законодательство принимает это во внимание и освобождает предпринимателя от необходимости получения разрешения на временное пребывание, если эта деятельность охватывает не более 6 месяцев в год. Предписание, регулирующее деятельность иностранных лиц (*Beschäftigungsverordnung - BeschV¹⁸*), регламентирует подобные случаи. Здесь речь не идёт о работе по найму в том значении, что указано в миграционном праве.

Существуют исключения, имеющие отношение к представителям отдельных профессий¹⁹, которые находятся на территории Германии временно.

Кроме этого, следует упомянуть о многочисленных перекрёстных ссылках на стандарты и директивы ЕС, а также на иные национальные правовые положения, как, например, постановления касательно прав пребывания (*AufenthV²⁰*). Их совокупность необходимо учитывать при рассмотрении отдельных случаев. В основном, в национальное право Германии были внедрены требования директив ЕС.

V. Официальная практика, процесс рассмотрения заявлений

На практике настоятельно рекомендуется предоставлять документы, связанные с подачей заявления на бизнес-иммиграцию, к рассмотрению профессиональным консультантам, которые могут проверить шансы на успех.

¹⁸ § 30 *BeschV i.V.m.* § 3 *BeschV – Beschäftigungsaufenthalte ohne Aufenthaltstitel*, текст закона, см. сноску сверху.

¹⁹ Там же.

²⁰ Текст закона, см. Сноску сверху.

Немецкие органы по выдаче виз и регистрации иностранных граждан не проверяют документы заранее. В данном случае не существует никаких законных предписаний. Это и логично, так как вышеуказанные органы и без того перегружены, в связи с чем существует опасность принятия решений, которые впоследствии, в связи с изменениями фактического состояния дел и содержанием документов, будут уже не релевантны. Это может показаться удивительным, однако, суд также не проверяет заранее, имеет ли поданная жалоба шансы на успех или нет. Ходатайствующее лицо или истец должен взять этот риск на себя. Однако, в некоторых регионах и общинах Германии имеется возможность вступить в контакт с такими учреждениями, как отдел по выдаче виз или местной торгово-промышленной палатой (Industrie- und Handelskammer, ИНК), с целью проверки существующей бизнес-идеи на предмет её актуальности в определённом регионе. На результаты подобных исследований и оценок полагаются в первую очередь относительно слабо развитые регионы, которые имеют особый интерес в привлечении предпринимателей и связанных с ними улучшениях на рынке труда и налоговых поступлениях. В многочисленных регионах существуют также общества по развитию экономики, имеющие непосредственный контакт с отделами регистрации и выдачи виз, а также с местными представительствами торгово-промышленных палат. При соответствующей подготовке документов и соблюдении последовательности действий предпринимателем подобные общества также могут оказать поддержку в том, что заявка будет заблаговременно проверена соответствующими органами. В подобных случаях они и в дальнейшем самостоятельно отслеживают течение дел, способствуя таким образом успеху предприятия.

После подачи документов в соответствующие органы зарубежного представительства, в основном, в немецкие посольства, (здесь следует упомянуть о наличии возможности назначить дату встречи онлайн), они будут перенаправлены в соответствующие органы по выдаче виз и регистрации граждан. Этот процесс занимает от 2 до 6 недель.

Проверка документов отделом по выдаче виз и регистрации длится довольно долго, если, как уже было описано ранее, не была проведена процедура предварительного рассмотрения дела. В зависимости от каждого конкретного случая отдел по выдаче виз должен получить разрешение от федерального агентства по занятости и/или местного представительства торгово-промышленной палаты. Нередко, по усмотрению отдела по выдаче виз, проводится собеседование с заявителем или консультантом, для выяснения нюансов по некоторым вопросам. Не существует предписаний о сроках, поэтому временные рамки обработки документов могут сильно различаться. При наличии некоторых обстоятельств данный процесс может занимать вплоть до 6 месяцев. При этом надо отметить, что в больших городах обработка документов, как правило, будет займет значительно больше времени, чем в маленьких регионах или муниципалитетах.

После выдачи национальной визы, со сроком действия до трех месяцев, заявитель имеет право на въезд на территорию страны. После этого он должен зарегистрироваться по месту жительства в соответствующих органах.

Выдача разрешения на временное пребывание происходит в компетентных органах по выдаче виз и регистрации граждан в Германии. Как правило, эта процедура представляет собой чистую формальность. В отдельных случаях могут потребоваться дополнительные документы. К примеру, это относится к тем случаям, когда предприятие уже учреждено, а с момента подачи заявления прошло несколько месяцев. Тогда отдел по выдаче виз и регистрации иностранных граждан должен убедиться, что предприятие уже ведёт экономическую деятельность и, в определённых ситуациях, уже получает доход. Однако, в данном случае можно привести следующий аргумент: предприятие ещё не развило свою деятельность в полную меру именно в связи с тем, что невозможно управлять внутригосударственной деятельностью компании, находясь при этом за пределами соответствующей страны. Было бы странно, если бы предприятие успешно развивалось, хотя иностранный предприниматель не имеет возможности заниматься им в полной мере. Такими доводами пользуются даже отдельные органы по выдаче виз и регистрации иностранных граждан. Если бы предприятие могло бы одинаково успешно развиваться, независимо от того, находится ли предприниматель на территории ФРГ или за её пределами, тогда перед ним не стояла бы необходимость получения разрешения на временное пребывание. В итоге, вид на жительство должен быть выдан.

В связи с вышесказанным необходимо также упомянуть, что сотрудники ведомств в больших городах более загружены. На практике возникает впечатление, что этот аспект нередко ведёт к ограничительному применению миграционного права.. Это подтверждают некоторые высказывания сотрудников отдела по выдаче виз и регистрации граждан, указывающие на то, что они руководствуются строгими требованиями при рассмотрении заявлений.

С другой стороны, сотрудникам отдела по выдаче виз и регистрации в небольших муниципалитетах и регионах тоже приходится нелегко, так как у них не так много практического опыта в рассмотрении дел, связанных с бизнес-иммиграцией, а также теоретической базы, необходимой для этого. Такое положение дел можно воспринимать двояко: и как недостаток, и как преимущество, в связи с тем, что у заявителя появляется больше возможностей предоставления различных аргументов в свою пользу. Установление контакта с мэром города также может сослужить хорошую службу, как и личный звонок соответствующему сотруднику. Как и в других случаях, хорошие межлические контакты часто могут стать ключом ко множеству дверей.

VI. Вывод

Немецкое миграционное законодательство предлагает разнообразные возможности для бизнес-иммиграции. В отличие от норм других областей права вышепредставленные нормы имеют очень обобщённую формулировку, а потому их можно толковать по-разному. Органы, занимающиеся рассмотрением заявлений, принимают это во внимание. Данной особенности стоит уделить отдельное внимание. Такое положение вещей гарантирует, к примеру, успех предпринимателям с хорошей бизнес-идеей, но минимальным капиталом, в то время, как предприниматели, обладающие крупной

суммой инвестиций, но неопределённой концепцией ведения дел, могут потерпеть неудачу.

Об авторе:



Франк Шмидер / Frank Schmieder
Управляющий Партнер / Partner

Schmieder & Eckstein
www.schmieder-eckstein.de

Франк Шмидер родился в городе Радебойль в 1970 году. Ещё в самом раннем детстве ему выдалась уникальная возможность пожить как на территории существовавшей в то время ГДР, так и на территории теперь уже бывшего Советского Союза.

Он изучал юриспруденцию в университете города Потсдам, а в рамках референдиата успешно прошёл стажировку в таких городах, как Франкфурт-на-Одере и Санкт-Петербург. Профессиональная деятельность привела его сначала в Москву, где он возглавил юридический отдел швейцарской фирмы, оказывающей консультационную помощь предприятиям, затем в Гамбург, а потом уже и в Берлин, где в 2004 году он стал партнёром целой группы адвокатских бюро, имеющих офисы не только в Германии, но и в России, а также Франции и Швейцарии, которым является и по сей день.

Франк Шмидер оказывает юридическую помощь русскоговорящим клиентам преимущественно в областях немецкого имущественного и корпоративного права, а также в вопросах, связанных с получением разрешения на жительство в целях, так называемой, бизнес-иммиграции. Благодаря наличию хороших отношений с другими партнёрскими адвокатскими бюро, он также имеет возможность обрабатывать поступающие к нему запросы, выходящие уже на международный уровень. В течение многих лет Франк Шмидер консультирует немецкие предприятия среднего бизнеса по вопросам комплайэнса (Compliance) в русскоговорящем регионе и является омбудсменом предприятий с мировым именем во всех русскоговорящих странах.

Frank Schmieder wurde 1970 in Radebeul geboren. Seit frühester Kindheit lebte er sowohl in der damaligen DDR als auch in der ehemaligen Sowjetunion.

Er studierte Rechtswissenschaften in Potsdam und absolvierte sein Referendariat in Frankfurt/Oder und in St. Petersburg. Seine beruflichen Stationen führten ihn in anwaltlicher Tätigkeit nach Moskau, wo er die Rechtsabteilung einer Schweizer Unternehmensberatungsfirma leitete, über Hamburg nach Berlin, wo er seit 2004 Partner einer

mittelständigen Kanzleigruppe mit Büros in Russland, Deutschland, der Schweiz und Frankreich ist.

Frank Schmieder berät russischsprachige Mandanten vornehmlich auf dem Gebiet des deutschen Immobilien- und Gesellschaftsrechts sowie in Fragen des Aufenthaltsrechts im Sinne einer sog. Business-Immigration. Wegen der Verbindung zu den Partnerbüros werden zudem länderübergreifende Sachverhalte bearbeitet. Seit mehreren Jahren berät Frank Schmieder mittelständige, deutsche Unternehmen in Compliance-Fragen im russischsprachigen Raum und ist Ombudsmann eines weltweit agierenden Unternehmens für sämtliche russischsprachigen Länder.

РАЗДЕЛ 3.

УГОЛОВНОЕ ПРАВО И УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС

Сделка со следствием в уголовном процессе (Мария Дерра), с. [284 - 295](#)

Учение о правовом благе и расширение уголовной ответственности в (немецком) экономическом уголовном праве (Уве Хелльманн, перевод с немецкого, примечания: Павел Головненков), с. [296 - 308](#)

Систематика норм и международные аспекты криминального банкротства в уголовном праве Германии (Павел Головненков), с. [309 – 323](#)

Уголовно-правовой институт конфискации имущества в Германии и России: сущность, виды и проблемы применения (Павел Головненков, проф. Татьяна Понятовская), с. [324 – 339](#)

Территориальный принцип в киберпространстве: сравнительно-правовой анализ законодательства России и Германии (Светлана Парамонова), с. [340 - 349](#)

Сделка со следствием в уголовном процессе

Verständigung im Strafverfahren

Мария Дерра (Maria Derra)

Der folgende Artikel beschäftigt sich mit dem Thema „Verständigung im Strafverfahren“, welches dank zweier großer Strafverfahren der letzten Jahre wieder stark an Aktualität gewonnen hat. Als Verständigung im Strafverfahren, häufig auch als „deal“ bezeichnet, wird eine auf ein Rechtsgespräch folgende Absprache bezeichnet, bei der die Folgen einer Verurteilung zwischen den Beteiligten abgestimmt werden sollen. Die Verständigung im Strafverfahren war zunächst gesetzlich nicht geregelt. In der rechtswissenschaftlichen Literatur wurde demnach häufig darauf hingewiesen, die Strafprozessordnung sei anders als der Zivilprozess grundsätzlich vergleichsfeindlich ausgestaltet. Ein „Handel mit der Gerechtigkeit“ sei dem Rechtsstaat fremd und habe daher zu unterbleiben. Angesichts des gleichwohl zur Einsparung prozessualer Ressourcen bestehenden Bedürfnisses nach derartigen Absprachen sind sie jedoch zunehmend ein Teil der Strafprozesswirklichkeit geworden, bis auch der Bundesgerichtshof zögernd die Zulässigkeit von Absprachen anerkannte, gleichzeitig jedoch versuchte, die Grenzen dieser Praxis aufzuzeigen. So darf eine Absprache grundsätzlich nur über den Rechtsfolgenausspruch, keinesfalls über den Schuldspruch erfolgen. Auch ist es dem Gericht verwehrt, sich im Zusammenhang mit einer Absprache versprechen zu lassen, dass die Verfahrensbeteiligten auf Rechtsmittel verzichten werden. Mit dem „Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren“ wurde durch den 2009 neu eingefügten § 257c StPO die Verständigung im Strafverfahren erstmals gesetzlich geregelt, wobei sich der Gesetzgeber erkennbar an den in der Rechtsprechung erarbeiteten Grundsätzen orientiert hat.

I. Введение

Немецкому уголовно-процессуальному праву чужды соглашения какого-либо рода, так как в отличие от гражданского процесса, в котором, как известно, господствует принцип диспозитивности (Dispositionsmaxime),¹ основополагающим принципом уголовного процесса является принцип официального установления обстоятельств дела

¹ Принцип, в соответствии с которым возникновение процесса, его движение, переход из стадии в стадию, определение предмета иска, определение основания иска, определение спорящих сторон зависят от воли лично заинтересованного субъекта.

(Amtsermittlungsgrundsatz),² п. 1 § 160, п. 2 § 244 Уголовно-Процессуального Кодекса Германии (Strafprozessordnung, StPO; далее: УПК).³ Тем не менее, практика заключения сделок (Verständigung) между следственными органами (Strafverfolgungsorgane) и обвиняемым (Beschuldigter), предполагающая смягчение наказания в случае, если обвиняемым будет признана его вина и оказана действенная помощь следствию, де факто существовала всегда.

Благодаря двум громким процессам, подобные сделки со следствием в последние годы снова попали в центр внимания.⁴

Основной причиной, по которой следственные органы шли на подобные сделки, являлось желание избежать утомительного сбора доказательств виновности подозреваемого (Verdächtiger), особенно если речь шла о сложных, трудоемких процессах в области экономического права (Wirtschaftsrecht). Поэтому несмотря на абсолютно обоснованные опасения нарушения таких основополагающих конституционных и уголовно-процессуальных принципов, как:

- **принцип справедливого процесса** (Grundsatz des fairen Verfahrens),⁵ ст. 2 (1), ст. 20 (3) Основного Закона Германии (Grundgesetz),⁶
- **принцип законности** (Legalitätsprinzip), п. 2 § 152, § 170 УПК,⁷
- **принцип наступления уголовной ответственности только при наличии вины** (Schuldgrundsatz), § 46 Уголовного кодекса Германии (Strafgesetzbuch),

² Принцип, согласно которому следственные органы обязаны выяснять обстоятельства дела в служебном порядке.

³ Текст Уголовно-Процессуального Кодекса Германии на немецком и английском языках: www.gesetze-im-internet.de/stpo/. См. также: Павел Головненков/Наталья Спица, Уголовно-процессуальный кодекс Федеративной Республики Германия, Научно-практический комментарий и перевод текста закона ; со вступительной статьей профессора Уве Хелльманна «Введение в уголовно-процессуальное право ФРГ», 2010, <https://publishup.uni-potsdam.de/opus4-ubp/frontdoor/index/index/docId/6039>.

⁴ Президент «Формулы-1» Берни Экклстоун (Bernie Ecclestone) согласился урегулировать уголовное судебное разбирательство, которое в отношении него вел земельный суд г. Мюнхена в 2014 году по обвинению в даче взятки в особо крупном размере. В результате договоренности со следствием 5 августа 2014 года производство по делу было прекращено в обмен на выплату Экклстоуном суммы в размере 100 миллионов долларов США: www.lto.de/recht/hintergruende/h/lg-muenchen-beschluss-5kls405js16174111-einstellung-bestechung-ecclestone/. Бывший президент Германии Кристиан Вульф (Christian Wulff), подавший в отставку с поста главы государства в феврале 2012 года в связи с подозрениями в злоупотреблении служебным положением, отказался пойти на сделку со следствием. Прокуратура г. Ганновера предлагала прекратить производство по делу, если Вульф выплатит 20 000 Евро. 27 февраля 2014 года земельный суд г. Ганновера вынес оправдательный приговор: www.lto.de/recht/hintergruende/h/lg-hannover-urteil-40kls612-wulff-korruption-freispruch/.

⁵ Принцип, призванный обеспечивать независимость суда, право на участие в судебном заседании, право на эффективную защиту в процессе и принцип «равенства оружия» между прокуратурой и обвиняемым.

⁶ Текст Основного Закона Германии на немецком и английском языках: <http://www.gesetze-im-internet.de/gg/>.

⁷ Принцип, обязывающий прокуратуру возбуждать уголовное преследование во всех случаях совершения кем-либо преступления.

- **исследовательский принцип** (Untersuchungsgrundsatz), п. 2 § 155, п. 2 § 244 УПК,⁸
- **принцип гласности** (Öffentlichkeitsprinzip), § 169 Закона о судоустройстве (Gerichtsverfassungsgesetz),⁹
- **принцип непосредственности** (Unmittelbarkeitsgrundsatz), § 261 УПК,¹⁰
- **презумпция невиновности** (Unschuldsvermutung), ст. 20 (3), ст. 28 (1) Основного Закона Германии, и «**nemo tenetur se ipsum accusare**» – **принцип**, § 136 УПК,¹¹

практика заключения сделок со следствием получила в Германии достаточно широкое распространение.

Примечательно, однако, что т. н. гигантские процессы (Mammutverfahren), которыми суды оправдывали - и оправдывают по сей день - необходимость заключения сделки, составляют наименьшую часть всех уголовных процессов в Германии. Так, например, в 2012 году немецкая прокуратура возбудила 4 564 814 уголовных дел, 727 112 из них рассматривались участковыми судами (Amtsgerichte), 13 890 – земельными судами (Landgerichte) и всего лишь 25 высшими земельными судами (Oberlandesgerichte) в первой инстанции.¹² Таким образом, лишь незначительная часть всех заведенных прокуратурой уголовных дел передается в суд и относится, как правило, к компетенции участковых судов, а процессы, действительно требующие немалых финансовых и временных затрат и рассматриваемые земельными судами, не составляют и 1% от общего количества уголовных дел, не говоря уже о единичных случаях передачи дел в высшие земельные суды.

II. История развития

Сделки со следствием были урегулированы законом сравнительно недавно: около 6 лет назад, 4 августа 2009 года в УПК Германии появилась новая статья - § 257c -,¹³ созданию которой предшествовала интенсивная и контroversная дискуссия относительно допустимости заключения сделки со следствием в немецком уголовном процессе, которая длилась десятилетиями и велась не только в узких профессиональных

⁸ Принцип, согласно которому суд обязан исследовать все предоставленные ему по делу факты.

⁹ Принцип, согласно которому суд рассматривает дела в открытых заседаниях в присутствии граждан, не являющихся участниками процесса, представителей средств массовой информации, которые имеют свободный доступ в зал судебного заседания.

¹⁰ Принцип, согласно которому судьи, разрешающие уголовное дело, должны лично воспринимать собранные по делу доказательства, и разрешение дела должно быть основано лишь на исследованных и проверенных в судебном заседании доказательствах.

¹¹ Каждый обвиняемый в совершении преступления считается невиновным, пока его виновность не будет доказана и никто не обязан сам себя обвинять.

¹² Данные германского ведомства статистики (Statistisches Bundesamt): www.destatis.de > Rechtspflege.

¹³ Текст которой (с переводом на русский язык) представлен вниманию читателей в конце данной статьи в Приложении № 1.

кругах, но и вовлекла высшие судебные органы Германии: Верховный федеральный суд (Bundesgerichtshof) и Федеральный конституционный суд (Bundesverfassungsgericht), неоднократно рассматривавшие данную проблематику, а иногда и пересматривавшие свои собственные решения по этому вопросу.

1. До прецедентного решения Верховного федерального суда Германии

Верховный федеральный суд Германии вынес еще в далеком 1997 году свое первое решение о сделках со следствием, ставшее прецедентным (Grundsatzentscheidung). До этого решения сделки со следствием нигде не были урегулированы. Более того, считалось, что немецкий уголовный процесс носит, по большей части, «инквизиционный» характер, а потому и соглашений или сделок между участниками уголовного процесса нет и быть не может, хотя они, бесспорно, были и, будучи не связанными никакими законодательными рамками, получали все большее распространение.

Кто и когда положил начало ведению подобных «согласованных» уголовных процессов, не урегулированных ни одним законом страны, неизвестно. Однако еще в 1982 году «Детлеф Диль из Маушельгаузена» (Detlef Deal aus Mauschelhausen) критически отметил в своей статье,¹⁴ что договоренности в судебной практике существуют и « [...] *практически каждый об этом знает, практически каждый их заключает, но только никто о них не говорит*» („ [...] fast jeder kennt, fast jeder praktiziert, nur keiner spricht darüber“).

«Детлеф Диль из Маушельгаузена» - это псевдоним, под которым в 1982 году адвокат Ганс-Йоахим Вайдер (Hans-Joachim Weider) открыл в одном из журналов по уголовному праву дискуссию на практически табуированную на тот момент тему сделок со следствием. Взятый псевдоним является «говорящим» и был выбран, конечно, неслучайно. «Детлеф» (Detlef) – это типичное немецкое имя, означающее «сын народа» („Sohn des Volkes“) или «живущий в народе» („der im Volk lebende“). «Диль» (Deal) – слово, пришедшее в немецкий язык из английского языка и означающее в переводе на русский язык «договор, уговор, договоренность, соглашение». «Маушельгаузен» - выдуманное адвокатом Вайдером название несуществующего населенного пункта, состоящее из двух частей: первая - «Маушель» - происходит от немецкого глагола «mauscheln», который употребляется исключительно в разговорной речи и имеет отрицательное коннотативное значение «обманывать, надувать, заниматься темными делами», и вторая - «гаузен» - (hausen) является типичным для названий немецких населенных пунктов окончанием.

После публикации этой статьи сделки со следствием в одночасье и на очень долгое время стали самой обсуждаемой и спорной темой немецкого уголовного процесса. При этом мнения судов и процессуальной литературы по данному вопросу расходились кардинально. Если представители судебной власти радели за законодательное регулирование сделок со следствием, то в литературе они категорически не

¹⁴ Deal, StV 1982, 545.

признавались. Более того, их считали «недостойными правового государства» („*eines Rechtsstaates unwürdig*“)¹⁵ и называли не иначе как: «произвол» („*Willkür*“),¹⁶ «позор юстиции» („*Schande der Justiz*“),¹⁷ «смертный грех против духа УПК» („*Todsünde wider den Geist der StPO*“),¹⁸ «катастрофа» („*Katastrophe*“),¹⁹ «гибель правовой культуры» („*Untergang der Rechtskultur*“),²⁰ «лицемерие» („*Heuchelei*“),²¹ «ларец Пандоры» („*Büchse der Pandora*“),²² «не правосудие, а властвование» („*keine Rechtsprechung, sondern Machtausübung*“)²³ и др.

2. Прецедентное решение Верховного федерального суда Германии от 28.08.1997 года

Однако, лишь спустя 15 лет после выхода в свет вышеупомянутой статьи Четвертый Сенат Верховного федерального суда по уголовным делам (4. Strafsenat des BGH, далее: Сенат) вынес 28.08.1997 года решение, согласно которому сделки со следствием были признаны допустимыми.²⁴

Следует отметить тот интересный факт, что в решении Сената дословно говорится не о том, что сделки со следствием, в принципе, допустимы, а о том, что они «не совсем недопустимы» („*nicht generell unzulässig*“). И хоть двойное отрицание в современном немецком языке, в отличие от большинства других европейских языков, и означает подтверждение, выбранная Сенатом в данном случае непростая формулировка не может не наводить на мысль о том, что решение в пользу допустимости сделок далось Сенату нелегко или что, по крайней мере, этому решению предшествовали долгие дебаты.

При этом Сенат обозначил основные рамки,²⁵ соблюдение которых должно было бы гарантировать правомерное заключение сделок, соответствующее основополагающим принципам уголовного процесса правового государства (*rechtsstaatliches Strafverfahren*), и, казалось бы, проблема заключения сделок в судебной практике была наконец-то решена.

Тем не менее, далеко не все суды придерживались установленных правил и, несмотря на решение Сената, а зачастую даже вопреки ему, продолжали заключать сделки без соблюдения обозначенных рамок, что подтверждается, прежде всего, резко возросшим

¹⁵ Gössel FS Böttcher 2007, 79, 92.

¹⁶ Duttge FS Böttcher 2007, 53, 56.

¹⁷ Fischer StraFO 2009, 187, 188.

¹⁸ Hettings FS Egon Müller 2008, 261, 272.

¹⁹ Hettings JZ 2011, 202, 301.

²⁰ Schünemann FS 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des DAV 2009, 827, 832.

²¹ Murmann ZIS 2009, 526, 534.

²² Trüg/Kerner FS Böttcher 2007, 191, 211.

²³ Wagner FS Gössel 2002, 585, 590.

²⁴ BGHSt 43, 195.

²⁵ Например, такие как: гласность процесса (*Öffentlichkeit des Prozesses*), т.е. договоренность должна быть достигнута во время открытого заседания между всеми участниками процесса; ограничение предмета договоренности (*Begrenzung des Absprachegegenstandes*), в особенности, недопустимость заключения сделки относительно вынесения/невывнесения обвинительного приговора и т. д.

после решения Сената количеством поданных кассационных жалоб (Revision), предметом которых были исключительно условия заключенной сделки.²⁶

Главной проблемой оставался отказ обвиняемого от обжалования судебного решения (Rechtsmittelverzicht) как одно из главных условий заключения сделки, которое гарантировало судам «безнаказанность» за несоблюдение обозначенных Сенатом границ и, соответственно, за вынесение неправомερных решений.

Становилось очевидным, что принципиальная возможность обжалования судебного решения после заключения сделки была единственным гарантом ее правомерности.

3. Решение Большого Сената Верховного федерального суда Германии от 03.03.2005 года

Для решения этой проблемы Верховный федеральный суд Германии созвал в 2005 году т. н. Большой Сенат по уголовным делам (Großer Senat für Strafsachen; далее: Большой Сенат),²⁷ которому и предстояло вынести решение относительно правомерности отказа обвиняемого от обжалования судебного решения.

В своем решении²⁸ Большой Сенат сначала еще раз подтвердил принципиальную допустимость заключения сделок со следствием и признал отказ от обжалования судебного решения действительным только в том случае, если суд разъяснил подозреваемому, что независимо от заключенной сделки он вправе подать апелляцию.

Кроме того, Большой Сенат указал на острую необходимость создания законодательного акта, регулирующего допустимость, правовые предпосылки и ограничения при заключении сделок, обозначив при этом минимальные стандарты,²⁹ от соблюдения которых зависит ее правомерность:

- сделка заключается во время открытого заседания между всеми участниками процесса (что, однако, не исключает предварительные переговоры вне заседания);
- результат заключенной сделки должен быть запротоколирован, § 274 УПК;
- до вынесения решения суд не имеет права «обещать» определенное наказание. Допустимо только название верхнего предела наказания (Strafobergrenze), переступить который суд не намерен. Но и этим «обещанием» суд не связан, если во время заседания выяснятся новые веские обстоятельства, говорящие не в пользу обвиняемого;

²⁶ BGHSt 45, 51; 45, 227; BGH NStZ 2000, 386; BGH StV 2001, 557; BGH NStZ-RR 2002, 114; BGH StraFo 2004, 21.

²⁷ Большой Сенат при Верховном федеральном суде Германии состоит, как правило, из президента Верховного суда и по одному члену от каждого из сенатов (в настоящий момент существует 5 сенатов по уголовным делам) и созывается в тех случаях, когда один из сенатов намерен принять решение по конкретному вопросу, отличное от предыдущего решения другого сената по этому же вопросу.

²⁸ BGHSt 50, 40.

²⁹ Правда, всего лишь как obiter dictum (от лат.: «мнение или высказывание судьи, не носящее нормоустановительного характера»).

- признание обвиняемого не освобождает суд от обязанности установления истины. В достоверности сделанного признания суд должен быть убежден;
- наказание должно быть соизмеримо с тяжестью преступления;
- суд не имеет права влиять на отказ обвиняемого от возможности обжалования решения;
- отказ обвиняемого от обжалования решения, сделанный после его оглашения, считается действительным только в том случае, если в рамках разьяснения судом права на обжалование и порядка его подачи обвиняемому было разьяснено, что он имеет на это право вне зависимости от достигнутой договоренности.³⁰

По следующим пунктам суд счел сделки недопустимыми:

- обвинительный приговор (Schuldspruch);
- меры исправления и безопасности (Maßregeln der Besserung und Sicherung);
- правовые последствия (Rechtsfolgen), на которые суд не имеет влияния;³¹
- преследование иных целей, чем наказание;³²
- отказ от права на обжалование решения до его оглашения.

III. Законодательная новелла от 04.08.2009 года

Итак, Верховный федеральный суд Германии призвал законодателя к действию и потребовал разработки и принятия соответствующего законодательного акта.

Прошло еще 4 года, прежде чем 28.05.2009 года Бундестаг (Bundestag)³³ утвердил законопроект о регулировании сделок со следствием в уголовном процессе (Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren),³⁴ а вступивший в силу 04.08.2009 года одноименный закон³⁵ впервые ввел в УПК Германии механизм заключения сделки со следствием.

³⁰ Т. н. квалифицированное разьяснение (qualifizierte Belehrung).

³¹ Например, последующие процессы, подпадающие в юрисдикцию других судов; приведение наказания в исполнение (Strafvollstreckung).

³² Например, возмещение ущерба (Schadenswiedergutmachung).

³³ От нем. „Bund“ («союз, федерация») и „Tag, Tagung“ («собрание, заседание») — нижняя палата парламента Германии.

³⁴ <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/117/1611736.pdf>.

³⁵ Закон «О регулировании сделок со следствием в уголовном процессе» („Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren“): www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl.

Рассмотрим ключевые моменты центральной нормы данного закона - § 257с УПК:

а. Формальные аспекты

Говоря о формальной стороне, прежде всего, стоит отметить открытость и прозрачность (Öffentlichkeit und Transparenz) сделки, которая, как уже было сказано выше, должна быть заключена во время открытого судебного заседания, п. 1 § 257с УПК.

Разумеется, допускаются предварительные переговоры участников процесса до начала или вне судебного заседания, содержание которых, однако, должно быть, согласно п. 2 § 160b, п. 2 § 202a, § 212 УПК, в обязательном порядке запротоколировано и оглашено на судебном заседании, п. 4 § 243 УПК.

Кроме того, согласно п. 3 § 267 УПК, условия сделки должны быть отражены в мотивировочной части судебного решения (Urteilsgründe).

Примечательно, что в протокол судебного заседания должен быть занесен не только факт заключения сделки (и ее условий), но и факт ее отсутствия.

Другим условием заключения сделки, с формальной точки зрения, является согласие и обвиняемого (Angeklagter) и прокуратуры (Staatsanwaltschaft) с предложением суда, п. 3 § 257с УПК. Субъектами сделки являются, таким образом, суд, прокуратура и обвиняемый.

в. Материально-правовые аспекты

В законе четко обозначены допустимые предмет и содержание сделки, п. 2 и п. 3 § 257с УПК. Это, во-первых, признание обвиняемого, которое, по замыслу законодателя, должно быть обязательной составляющей сделки, а во-вторых, «обещания» суда относительно содержания и последствий выносимого решения.

Прежде чем согласиться с предложением суда, обвиняемому - по вполне понятным причинам - было бы важно знать, какое конкретно наказание его ожидает в случае заключения сделки. Однако, именно это и запрещено законом. Согласно п. 3 § 257с УПК суд может только обозначить верхнюю и нижнюю границу (Ober- und Untergrenze) наказания.

В то же время предметом сделки могут быть только правовые последствия (Rechtsfolgen), но не сам обвинительный приговор (Schuldspruch).

И наконец, отказ от обжалования судебного решения, как уже было сказано выше, также не может быть предметом сделки, открывая, тем самым, возможность ее последующего контроля.

с. Действие сделки

Заключив сделку, все участники процесса, как правило, связаны данными ими обещаниями. И только обвиняемый вправе изменить свое решение и «забрать назад» сделанное им признание, а в дальнейшем отрицать свою вину. Суд же связан условиями

заключенной сделки намного сильнее: в случае, если обвиняемый сдержал свое обещание и признал вину, суд обязан выполнить и свое обещание тоже, иначе позиция обвиняемого была бы недопустимо поставлена под угрозу.

Если же суд в своем решении отклоняется от условий достигнутой договоренности, то признание обвиняемого не может быть использовано в процессе как доказательство его вины, п. 4 § 257с УПК.

d. Возможность последующего контроля

Как уже говорилось выше, ограничение права обвиняемого на обжалование приговора было предметом долгих и горячих дискуссий.

Так, например, один из законопроектов, предложенный Бундесратом (Bundesrat)³⁶ в 2006 году предусматривал полное исключение возможности подачи апелляции (Berufung) и предлагал ограничиться лишь кассационным обжалованием решения (Revision), вынесенного в результате сделки.³⁷

Другой законопроект, предложенный в том же 2006 году Министерством Юстиции Германии,³⁸ также предлагал убрать одну из ступеней обжалования решения, только на этот раз предусматривалось исключение возможности подачи кассационного обжалования. В итоге было принято решение никак не ограничивать возможность последующего контроля.

Что касается уже знакомой читателю проблемы отказа от обжалования решения, то тут законодатель полностью последовал решению Большого Сената 2005 года, а именно: суд не может требовать от обвиняемого отказаться от права на обжалование решения в обмен на смягчение приговора. Кроме того, при оглашении приговора суд обязан еще раз разъяснить обвиняемому, что, несмотря на заключенную между ними сделку, он волен принять решение об обжаловании приговора, п. 5 § 257с УПК.

IV. Ответственность защитника

Несмотря на то, что участниками сделки являются суд, прокуратура и обвиняемый, на практике ведение переговоров и заключение сделки от имени обвиняемого является прерогативой его защитника, со всеми вытекающими отсюда не только правами, но и, прежде всего, обязанностями, которые заключаются в следующем: выяснение обстоятельств дела (Sachverhaltsermittlung), предусматривающее ознакомление с заведенным в прокуратуре делом (Akteneinsicht), беседа с клиентом (Mandantengespräch),³⁹ и последующая выработка и обсуждение с клиентом стратегии защиты (Verteidigungsstrategie).

³⁶ Дословно: «Федеральный совет» — «верхняя палата парламента Германии». Состоит из членов земельных правительств, представляющих 16 земель Германии.

³⁷ Entwurf eines Gesetzes zur Regelung von Absprachen im Strafverfahren, BR-Drs. 235/06.

³⁸ www.gesmat.bundesgerichtshof.de/gesetzmaterialien/16_wp/reg_verst_strafv/pm_bmj_19_05_06.pdf.

³⁹ Без выяснения обстоятельств дела адвокату запрещено вести со следствием даже предварительные переговоры (Sondierungsgespräche).

Обязанности защитника (Strafverteidiger) просты и понятны в теории, однако их нередко приходится подгонять под рамки реальности. В любом случае, защитники находятся в непростом положении, каждый раз балансируя на грани между стремлением помочь своему клиенту, советуя сознаться в своей вине и, тем самым, получить более мягкое наказание, и вероятностью несения профессиональной ответственности за фатально неверную стратегию защиты в случае ее провала.

Показательным примером непростой дилеммы, в которую защитники попадают, сами того не желая, является следующий случай из практики.⁴⁰

Невиновному подозреваемому вменялось изнасилование собственной дочери на заднем сидении автомобиля. В первый же день судебного заседания защите удалось добиться реконструкции (якобы совершенного) преступления, которая однозначно показала объективную невозможность совершения описанного жертвой преступления ввиду плотного телосложения подозреваемого. Тем не менее, суд предложил защите – абсолютно неправомерно – заключить сделку, согласно которой подозреваемый может рассчитывать на условное осуждение, если он признает хоть «*какую-нибудь малость*» („*irgendetwas Kleines*“). Защитник посоветовал своему клиенту согласиться с предложением суда, которое тот возмущенно отверг, отказался от услуг такого «защитника» и добился приостановления судебного разбирательства. Когда слушание по делу было возобновлено, подозреваемый был обвинен в совершении вышеназванного преступления и осужден к лишению свободы на максимально возможный срок. История закончилась возобновлением производства (Wiederaufnahme des Verfahrens) по делу и оправдательным приговором (Freispruch) – правда, только после того, как осужденный, уже полностью отбыв срок, вышел на свободу.

Подобные случаи, к счастью, единичны, но они наглядно показывают, насколько велика вероятность патологического развития судебной практики в области заключения сделок: совет защитника в описанном выше случае был объективно противоправным, но уберечь бы подзащитного от многолетнего тюремного срока.

Об авторе:



Мария Дерра

Окончив с отличием факультет иностранных языков в РГПУ им. А. И. Герцена в г. Санкт-Петербурге, обучалась с 2004 по 2009 год на юридическом факультете университета им. Фридриха-Александра Эрланген-Нюрнберг (Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg). С 2010 по 2012 год проходила референдариат (Referendariat) при Высшем Земельном Суде г. Нюрнберга (Oberlandesgericht

Nürnberg).

⁴⁰ Sabine Rückert, „Unrecht im Namen des Volkes“ 2007.

Во время учебы и референдариата проходила стажировку в германо-итальянском адвокатском бюро и Германо-итальянской Внешнеторговой палате в г. Милане. К профессиональной адвокатской деятельности приступила в 2012 году в качестве внештатного сотрудника (freie Mitarbeiterin) сначала в германо-итальянском адвокатском бюро, а затем в германо-китайской коллегии адвокатов и налоговых консультантов в г. Мюнхене. С 2013 по 2015 год работала в российском отделе международной адвокатской коллегии в г. Берлине. В настоящее время работает в адвокатском бюро в г. Мюнхене, где занимается консультированием италогворящих и русскоговорящих клиентов по вопросам договорного, корпоративного, наследственного, семейного и трудового права, а также представлением и защитой интересов клиентов в суде. Является членом германо-российской, германо-итальянской и германо-китайской ассоциаций юристов.

Языки: английский, испанский, итальянский, китайский, немецкий, русский, шведский.

Контактные данные: kontakt@derra-legal.eu

Приложение № 1

§ 257c УПК⁴¹

П. 1. В соответствии с нижеследующими пунктами суд может в подходящих случаях заключить с участниками процесса сделку относительно его дальнейшего хода и результата. П. 2 § 244⁴² остается в силе.

(1) Das Gericht kann sich in geeigneten Fällen mit den Verfahrensbeteiligten nach Maßgabe der folgenden Absätze über den weiteren Fortgang und das Ergebnis des Verfahrens verständigen. § 244 Absatz 2 bleibt unberührt.

П. 2. В качестве предмета такой сделки могут выступать только те правовые последствия, которые могут быть содержанием приговора и относящихся к нему решений, прочие процессуальные меры в процессе рассмотрения дела по существу, а также поведение в процессе его участников. Составной частью каждой сделки должно быть⁴³ признание вины. Обвинительный приговор и меры исправления и безопасности не могут быть предметом сделки.

(2) Gegenstand dieser Verständigung dürfen nur die Rechtsfolgen sein, die Inhalt des Urteils und der dazugehörigen Beschlüsse sein können, sonstige verfahrensbezogene Maßnahmen im zugrundeliegenden Erkenntnisverfahren sowie das Prozessverhalten der Verfahrensbeteiligten.

⁴¹ http://www.gesetze-im-internet.de/stpo/_257c.htm.

⁴² http://www.gesetze-im-internet.de/stpo/_244.html.

⁴³ Правильнее было бы перевести «должно бы быть», т. к. в немецком тексте употреблен глагол „sollen“ (выражающий пожелание), а не „müssen“ (выражающий долженствование).

Bestandteil jeder Verständigung soll ein Geständnis sein. Der Schuldspruch sowie Maßregeln der Besserung und Sicherung dürfen nicht Gegenstand einer Verständigung sein.

П. 3. Суд сообщает, с каким содержанием может быть заключена сделка. При этом он может также назвать верхнюю и нижнюю границу наказания с учетом всех обстоятельств дела и общих соображений определения размера наказания. Участники процесса имеют возможность высказать свою точку зрения. Сделка заключается, если обвиняемый и прокуратура согласны с предложением суда.

(3) Das Gericht gibt bekannt, welchen Inhalt die Verständigung haben könnte. Es kann dabei unter freier Würdigung aller Umstände des Falles sowie der allgemeinen Strafzumessungserwägungen auch eine Ober- und Untergrenze der Strafe angeben. Die Verfahrensbeteiligten erhalten Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Verständigung kommt zustande, wenn Angeklagter und Staatsanwaltschaft dem Vorschlag des Gerichtes zustimmen.

П. 4. «Связанность» суда обязательствами сделки отпадает, если юридически или фактически значимые обстоятельства были упущены из виду или если они были вновь выявлены и суд пришел к убеждению, что обещанные пределы наказания больше не соизмеримы с тяжестью преступления. То же правило действует, если дальнейшее поведение обвиняемого в процессе не соответствует тому поведению, которое суд положил в основу своего прогноза. В этих случаях признание обвиняемого не может быть использовано в качестве доказательства. Суд должен незамедлительно сообщить об отклонении от сделки.

(4) Die Bindung des Gerichtes an eine Verständigung entfällt, wenn rechtlich oder tatsächlich bedeutsame Umstände übersehen worden sind oder sich neu ergeben haben und das Gericht deswegen zu der Überzeugung gelangt, dass der in Aussicht gestellte Strafrahmen nicht mehr tat- oder schuldangemessen ist. Gleiches gilt, wenn das weitere Prozessverhalten des Angeklagten nicht dem Verhalten entspricht, das der Prognose des Gerichtes zugrunde gelegt worden ist. Das Geständnis des Angeklagten darf in diesen Fällen nicht verwertet werden. Das Gericht hat eine Abweichung unverzüglich mitzuteilen.

П. 5. Обвиняемому должны быть разъяснены условия и последствия отклонения судом от обещанного результата, согласно п. 4.

(5) Der Angeklagte ist über die Voraussetzungen und Folgen einer Abweichung des Gerichtes von dem in Aussicht gestellten Ergebnis nach Absatz 4 zu belehren.

Учение о правовом благе и расширение уголовной ответственности в (немецком) экономическом уголовном праве

Rechtsgutslehre und Ausdehnung der Strafbarkeit im (deutschen) Wirtschaftsstrafrecht

*Уве Хелльманн (Uwe Hellmann), Dr. iur. habil., профессор,
заведующий кафедрой уголовного и экономического
уголовного права Потсдамского университета (г. Потсдам)*

*Перевод с немецкого, примечания:
Павел Головненков (Pavel Golovnenkov), Dr. iur., assessor iuris,
главный научный сотрудник кафедры уголовного и экономического
уголовного права Потсдамского университета (г. Потсдам),
адвокат (г. Берлин)*

Der Beitrag versucht die Frage zu beantworten, ob den Tendenzen zur Ausdehnung der Strafbarkeit im deutschen Wirtschaftsstrafrecht durch eine stärkere Beachtung des rechtsgüterschützenden Charakters des Strafrechts begegnet werden kann. Die nähere Analyse einiger ausgewählter Bereiche des Wirtschaftsstrafrechts (Vorverlagerung der Betrugsstrafbarkeit, Kapitalmarktstrafrecht, strafbare Werbung) zeigt, dass diese untersuchten Straftatbestände durchaus dem Schutz der Rechtsgüter des Individuums oder der Allgemeinheit dienen. Die eigentlichen Probleme resultieren eher aus dem Bestreben des Gesetzgebers, den Rechtsgüterschutz durch eine Ausdehnung der Strafbarkeit in das Vorfeld der Verletzung oder konkreten Gefährdung eines Rechtsguts durch die Schaffung von abstrakten Gefährdungsdelikten auszuweiten.

I. Уточнение предмета исследования

Название настоящей статьи не следует понимать в том смысле, что её предметом является развитие самостоятельного учения о правовом благе, действующего в (немецком) экономическом уголовном праве. Предположительно, это начинание было бы изначально обречено на неудачу. Во всяком случае, подобное исследование не уместилось бы в рамки настоящей статьи. Вместо этого в настоящей работе проводится фрагментарное¹ исследование немецкого экономического законодательства с целью

¹ Исчерпывающее исследование представляется невозможным в силу того, что уголовное законодательство является в определённых областях экономического уголовного права практически «всеобъемлющим», см. напр. *Hellmann*, Festschrift für Krey, Stuttgart 2010, S. 169 (185 f.).

установить, насколько направленное на защиту правовых благ уголовное законодательство ведёт в все более усложняющихся экономических условиях к расширению уголовной ответственности или правильно понятое учение о правовом благе как раз противодействует подобному расширению.

В основу данного исследования заложено «либеральное понятие правового блага, исторические корни которого находятся в эпохе просвещения, хотя это понятие должно, конечно, также ориентироваться на жизненные условия индивида в современном обществе», как считает, например, *Roxin*². Таким образом, уголовное право служит (во всяком случае, в принципе) защите правовых благ посредством обеспечения свободного и мирного сосуществования граждан с учётом гарантированных Конституцией основных прав.³

Надо полагать, дискуссия на эту тему может вестись весьма оживлённо и многие вопросы должны будут остаться без ответа. Является ли применение уголовного права легитимным только в случае, если его направленность на защиту правового блага эмпирически доказана? Является ли защита определённых моральных представлений посредством уголовного права с политико-правовой точки зрения нелегитимной или с позиции конституционного права вообще «иллегальной»?⁴ В состоянии ли представители учения о правовом благе убедительно обосновать свою либеральную позицию или для этого необходимы иные критерии?⁵

Несмотря на все недостатки, представляется все же интересным выяснить, насколько учение о правовом благе ведёт в экономическом уголовном праве к расширению уголовной ответственности или оно имеет в этой связи скорее ограничительный характер. Условием для постановки этого вопроса является, однако, что понятие правового блага будет пониматься не в методическом («присущим уголовно-правовой системе») смысле (т.е. как простое подспорье для толкования состава). Это понятие необходимо понимать в «системно-критическом»⁶ или «законодательно-критическом»⁷, т.е. уголовно-ограничительном смысле.

Вместе с тем, на основании учения о правовом благе легитимно защищённым правовым благом могут считаться не только индивидуальные, но и общественные правовые блага. Критике в данной связи зачастую подвергается возможное злоупотребление, которое имеет место, если «при помощи неопределённых общих понятий предпринимается попытка сконструировать общественное правовое благо в тех случаях, когда по идее защищаемые индивидуальные правовые блага не подвергаются нарушению, достойному уголовного наказания». Примером такому «фиктивному правовому благу» может служить, например, «эффективность страховочной

² *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil Band I, 4. Aufl. München 2006, § 2 Rn. 8.

³ *Roxin*, Указ. соч., Rn. 7.

⁴ Федеральный Конституционный суд ФРГ оставил в своём решении от 26.02.2008 (BVerfGE 120, 224, 241 ff. - „Inzestentscheidung“) ответ на этот вопрос открытым.

⁵ См., напр. *Greco*, ZIS 2008, 234 ff.

⁶ Подробно *Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens – Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre, Frankfurt/M. 1973.

⁷ *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil Band I, 4. Aufl. München 2006, Rn. 12 ff.

деятельности»⁸ в контексте § 265 Уголовного уложения ФРГ (УУ ФРГ)⁹. В данном критическом отношении можно видеть причину для того, чтобы при помощи учения о правовом благе ограничить перенос наказуемости на более раннюю стадию совершения экономического преступного деяния, поскольку именно в экономическом уголовном праве подобные «фиктивные правовые блага» часто используются для обоснования уголовной ответственности.

II. Перенос наказуемости за мошенничество посредством т.н. «предварительных составов»

«Классическим» примером тому являются §§ 264, 264a, 265b УУ ФРГ, которые были введены в Уголовное уложение Первым и Вторым законом о борьбе с экономической преступностью (1. и 2. WiKG). Диспозиции этих норм предусматривают уголовную ответственность за совершение определённых обманных действий в преддверии мошенничества. При этом для воплощения этих составов не требуется наличия прочих предпосылок (заблуждения, распоряжения имуществом, ущерба и цели обогащения), предусмотренных в общем составе мошенничества (§ 263 УУ ФРГ). Так, экстренный комитет по проведению реформы уголовного законодательства определил общественную заинтересованность в действенной государственной поддержке экономики, а вместе с тем, в праве дотирующего органа свободно планировать и распределять субсидии, в качестве правового блага, защищённого составом мошенничества, направленного на получение субсидий, в § 264 УУ ФРГ.¹⁰ Экономическая система кредитования была названа комитетом в качестве защищённого правового блага в составе мошенничества, направленного на получение кредита, в § 265b УУ ФРГ.¹¹ По мнению авторов проекта 2. WiKG, состав мошенничества при капиталовложении (§ 264a УУ ФРГ) защищает (кроме прочего) общественный интерес в работоспособности рынка капиталовложений.¹²

В данной статье не представляется возможным полностью осветить все спорные моменты, связанные вышеназванными составами. Однако основные проблемы можно проследить на примере состава мошенничества, направленного на получение субсидий (§ 264 УУ ФРГ), который в отличие от §§ 264a, 265b УУ ФРГ имеет хотя бы определённое практическое значение.

Особенно спорным моментом в данной связи является вопрос, какое именно правовое благо защищает § 264 УУ ФРГ. В соответствии с господствующим мнением в немецкой юридической литературе этот состав защищает правовые блага **в двух направлениях**. Во-первых, защищённым правовым благом является общественная заинтересованность

⁸ *Roxin*, Указ. соч., Rn. 10.

⁹ См.: *Головненков П.В.* Уголовное уложение (Уголовный кодекс) Федеративной Республики Германия. Текст и научно-практический комментарий. 2-е издание. М.: Проспект 2014 г. Краткий обзор немецкого уголовного законодательства и уголовно-правовой науки *Хелльманн У./Рарог А.И./Головненков П.В.* Введение в уголовное право Федеративной Республики Германия. Там же. С. 9-30.

¹⁰ BT-Drucks. 7/5291, 5.

¹¹ BT-Drucks. 7/5291, 14.

¹² BT-Drucks. 10/318, 22.

в эффективности государственной поддержки экономики и, во-вторых, - государственное имущество.¹³ Имущественный характер данного деликта основывается на том, что § 264 УУ ФРГ не представляет собой абсолютный «*aliud*» в отношении § 263 УУ ФРГ. Кроме того, этот состав призван защищать государственные дотации как важный инструмент государственного экономического управления, а также цели, заложенные в основу этой государственной деятельности.¹⁴ Другие авторы (в том числе вышеназванный экстренный комитет¹⁵) утверждают, что **общественная заинтересованность в действенной государственной поддержке экономики** является единственным защищённым правовым благом § 264 УУ ФРГ.¹⁶ Утрата финансовых средств, сопряжённая с самим фактом государственного дотирования, не входит в сферу защиты § 264 УУ ФРГ, тем более что эти средства были изначально предназначены для расхода.¹⁷ Правильным представляется, однако, что именно **государственное имущество является единственным защищённым благом** состава мошенничества, направленного на получение субсидий¹⁸. Трудно оспорить, что § 264 УУ ФРГ (во всяком случае также) защищает имущество субсидирующего органа. История становления этой нормы доказывает, что основанием для её введения в уголовный закон являлась прежде всего необходимость преодоления сложностей, связанных с проблемами доказывания всех предпосылок состава § 263 УУ ФРГ, имущественный характер которого неоспорим. Согласиться с господствующим мнением следует при этом в том смысле, что недостижение цели субсидирования, поставленной владельцем имущества, причиняет ему имущественный ущерб.¹⁹ Наконец, эффективность поддержки экономики в целом не может представлять собой правовое благо, находящееся под защитой § 264 УУ ФРГ, потому что одно единственное мошенничество в сфере экономики, как правило, не ведёт к измеримому нарушению общественного интереса. К этому последствию может привести только неправомерный перевод общественных средств во множестве случаев. Если бы законодатель действительно хотел посредством этого состава защитить действенность государственной поддержки экономики, он бы предусмотрел уголовную ответственность также за несоответствующее цели датирования «расточение» общественных финансовых средств со стороны субсидирующего органа.

¹³ *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 36. Aufl. Heidelberg 2013, Rn. 684; *Lackner/Kühl*, StGB, 28. Aufl. München 2014, § 264 Rn. 1; *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. München 2014, § 264 Rn. 4; *Mitsch*, Strafrecht Besonderer Teil 2, Teilband 2, Berlin u.a. 2001, § 3 Rn. 37.

¹⁴ *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. München 2014, § 264 Rn. 4.

¹⁵ BT-Drucks. 7/5291, 5.

¹⁶ OLG Hamburg NStZ 1984, 218; OLG Karlsruhe NJW 1981, 1383; *Heinz GA* 1977, 225 (225 f.); *Tiedemann*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 11. Aufl. Berlin 1992 ff., § 264 Rn. 14. Того же мнения *Wohlers/Mühlbauer*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. München 2014, § 264 Rn. 8 ff., которые считают, что «общественный интерес в работоспособности системы субсидирования» является защищённым правовым благом в § 264 УУ ФРГ.

¹⁷ *Tiedemann*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 11. Aufl. Berlin 1992 ff., § 264 Rn. 11.

¹⁸ *Göhler*, wistra 1985, 125 (129); Hellmann/Beckemper. Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. Stuttgart 2013, Rn. 801; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Teilband 1, 10. Aufl. Heidelberg 2009, § 41 Rn. 21. Того же мнения *Kindhäuser*, in: Lehr- und Praxiskommentar zum StGB, 5. Aufl. Baden-Baden 2013, § 264 Rn. 1 и *Wattenberg*, in: Achenbach/Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. Heidelberg 2012, IV 2 Rn. 11.

¹⁹ *Kindhäuser*, Указ. соч., § 263 Rn. 163; *Lackner/Kühl*, StGB, 28. Aufl. München 2014, § 263 Rn. 56; *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. München 2014, § 263 Rn. 104. Иного мнения, например, *Mitsch*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 1. Teilband, 2. Aufl. Berlin u.a. 2003, § 7 Rn. 35 ff.

В контексте настоящего исследования научный спор о защищённом правовом благе не имеет решающего значения. Существование § 264 УУ ФРГ легитимно и в том случае, если в его основу заложить учение о правовом благе в описанном выше смысле, поскольку данный состав вполне может быть понят как имущественный. Диспозиция этой нормы не предусматривает даже «настоящего» переноса уголовной ответственности на более раннюю стадию деяния, поскольку предусмотренные в ней действия воплощают, как правило, предпосылки наказуемого покушения на мошенничество по §§ 263, 22, 23 УУ ФРГ. Однако ссылка на общественную заинтересованность в действенной государственной поддержке экономики в качестве защищённого правового блага, во всяком случае, облегчила введение § 264 в Уголовное уложение. Оправдание для истинной цели введения этой нормы, а именно преодоления трудностей, связанных с процессуальным доказыванием предпосылок общего состава мошенничества, было бы, вероятно, найти труднее, если бы в качестве защищённого правового блага изначально было бы названо лишь имущество субсидирующего органа. Поскольку объективная сторона состава § 264 УУ ФРГ ограничена лишь определёнными действиями и не требует наличия дальнейших предпосылок мошенничества (включая имущественный ущерб), проблемы доказывания соответственно сокращаются. Ещё сложнее может сложиться ситуация с **доказыванием субъективной стороны состава мошенничества**, если речь идёт об обманном получении субсидий, поскольку многочисленные нормативные понятия, заложенные в законодательстве о государственных субсидиях, открывают для преступника широкое поле возможностей неоспоримо сослаться на ошибку в отношении этих понятий.²⁰ Подобной ситуации противодействует, во-первых, § 264 (абз. 1) УУ ФРГ посредством т.н. «ампутации предпосылок, сокращающей нужду доказывания»²¹, поскольку для воплощения состава не требуется доказывание ни умысла, направленного на нанесение имущественного ущерба, ни намерения получения имущественной выгоды. Во-вторых, состав § 264 (абз. 4) УУ ФРГ, предусматривающий уголовную ответственность за грубую неосторожность, преграждает преступнику путь отговориться, что он все данные в своём заявлении на получение субсидии якобы ошибочно считал полными и правдивыми.

Учение о правовом благе также не могло бы привести какие-либо убедительные аргументы против введения § 264 УУ ФРГ. Однако определённая специфика этого состава заключается в том, что он не нуждается в каком-либо последствии инкриминированного действия. Этот факт свидетельствует о его характеристике как деликта абстрактной опасности.²² Если не принимать во внимание §§ 264a, 265b УУ ФРГ,

²⁰ *Eberle*, Der Subventionsbetrug nach Paragraph 264 StGB – ausgewählte Probleme einer verfehlten Reform, Göttingen 1983, S. 9 f.; *Hillenkamp*, Recht und Wirtschaft, Köln u.a. 1985, S. 221 (239); *Tiedemann*, ZStW 87 (1975), 253 (276).

²¹ *Hillenkamp*, Recht und Wirtschaft, Köln u.a. 1985, S. 221 (239).

²² OLG München NStZ 2006, 630, 631; OLG Jena, BeckRS 2007, 05411, S. 9; *Dannecker*, in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Aufl. München 2007; Kap. 2 Rn. 133; *Eberle*, Der Subventionsbetrug nach Paragraph 264 StGB – ausgewählte Probleme einer verfehlten Reform, Göttingen 1983, S. 146; *Lackner/Kühl*, StGB, 28. Aufl. München 2014, § 264 Rn. 2; *Mitsch*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 1. Teilband, 2. Aufl. Berlin u.a. 2003, § 3 Rn. 36; *Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. München 2014, § 264 Rn. 5; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Teilband 1, 10. Aufl. Heidelberg 2009, § 41 Rn. 16. Иного мнения ВТ-Drucks. 7/5291, 5 (деликт конкретной опасности); *Göhler/Wilts*, DB 1976, 1609 (1613); *Hoyer*, in: Systematischer Kommentar zum StGB, § 264 Rn. 19 (деликт абстрактно-конкретной

которые были созданы по примеру § 264 УУ ФРГ, или § 265 УУ ФРГ, который угрожает уголовным наказанием за определённые подготовительные действия к мошенничеству, то этот деликтный характер представляет собой отклонение от общей системы имущественных деликтов Уголовного уложения ФРГ, которые всегда требуют наличия преступного последствия, выраженного в повреждении имущества или имущественном ущербе. Фактически § 264 УУ ФРГ превращает покушение на мошенничество в завершённый деликт. Однако истинная специфика этого состава заложена в положениях, установленных в § 264 (абз. 4) УУ ФРГ, который предусматривает уголовную ответственность за воплощение первых трёх альтернатив § 264 (абз. 1) УУ ФРГ по грубой неосторожности. Похожего состава, который предусматривает наказание за грубо неосторожную «ложь» даже в том случае, если она не имеет никаких негативных последствий для адресата заявления, не существует. В дополнительном уголовном законодательстве ФРГ хотя и имеет место сравнимый состав (§ 378 Положения о взыскании налогов, сборов и пошлин ФРГ (АО) «Создание опасности для налогообложения»), являющейся «предварительным составом» по отношению к уклонению от уплаты налогов по § 370 АО, он представляет собой состав административного правонарушения. Поэтому введение в диспозицию § 264 УУ ФРГ альтернативы, предусматривающей уголовное наказание за грубую неосторожность (абз. 4), подверглось обширной критике в немецкой юридической литературе.²³

Хотя создание имущественных деликтов, которые могут быть воплощены неосторожными или грубо неосторожными действиями, скорее всего и на основании учения о правовом благе не являлось бы *per se* «нелегитимным», законодателю было бы, вероятно, чрезвычайно сложно объяснить введение состава, который основываясь исключительно на защите имущественных интересов, угрожал бы уголовными санкциями за (грубо) неосторожное совершение покушения на мошенничество.

III. Уголовное законодательство в области рынка капиталовложений

Дальнейшими примерами составов преступного деяния, для обоснования которых законодатель опирался на «фиктивные правовые блага», являются составы манипуляции рынка и запрещённой торговли ценными бумагами с использованием инсайдерской информации.

Отчасти в отношении защищённого правового блага в составе манипуляции рынка по § 38 (абз. 2) в сочетании с § 20а Закона о рынке ценных бумаг, сформулированного законодателем в качестве бланкетного состава, в немецкой юридической литературе высказывается мнение, которого уже придерживалась большая часть авторов в отношении нормы, содержащей в прошлом данный состав (старая редакция § 88 Закона о бирже).²⁴ Эти авторы считают, что единственным правовым благом, защищённым данным составом, является общественный интерес в обеспечении работоспособности

опасности); Walter, GA 2001, 131 (140) (материальный состав); Wohlers/Mühlbauer, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. München 2014, § 264 Rn. 13 (кумулятивный деликт).

²³ См. Wohlers/Mühlbauer, Указ. соч., § 264 Rn. 15 ff.

²⁴ BVerfG, NJW 2003, 501 (503); OLG München, NJW 2003, 144 (145 ff.); Möhrenschrager, wistra 1983, 17; Schmitz, wistra 2002, 208 (211).

рынка капитала. Поэтому, по мнению этих авторов, данный состав защищает инвесторов исключительно как сообщество потенциальных вкладчиков, а не их индивидуальные интересы²⁵. Поскольку защита отдельно взятого инвестора является лишь рефлексом, данный состав не применяется в сочетании с § 823 (абз. 2) Гражданского кодекса ФРГ²⁶ (возмещение убытков при воплощении уголовного закона, защищающего индивидуальные интересы – *прим. П.Г.*). Другие авторы придерживаются мнения, что состав преступного деяния запрещённой манипуляции рынка защищает «комплексное правовое благо, состоящее из индивидуальных и общественных элементов»²⁷. Бланкетные составы преступного деяния запрещённой торговли ценными бумагами с использованием инсайдерской информации по § 38 (абз. 1) в сочетании с § 14 Закона о рынке ценных бумаг защищают в соответствии с господствующим мнением в первую очередь также общественный интерес в обеспечении работоспособности рынка капитала и доверие инвесторов к ценообразованию. Сами инвесторы защищены данным составом лишь косвенно.²⁸

Особенно после финансового кризиса (кризиса рынка капитала) последних лет никто не может всерьёз сомневаться в том, что работоспособность рынка капитала является неотъемлемой предпосылкой благосостояния государства и индивида. Однако этот факт ещё не свидетельствует о том, что это правовое благо должно быть защищено средствами уголовного права. Кроме того, по многим причинам представляется сомнительным, насколько уголовное право вообще было пригодно и в состоянии внести значимый вклад в предотвращение причин последнего финансового кризиса или в предупреждение сравнимых будущих (глобальных) кризисов. С уверенностью можно утверждать, что современное уголовное право, являющееся по своей сути национальным, не в состоянии решить эту задачу, поскольку из-за глобальной организации финансовых рынков, уголовно-правовые нормы отдельных государств не принесли бы ощутимого результата. Даже унифицированные составы преступного деяния в области деятельности Европейского Союза были бы непригодны для защиты финансовых рынков. Для достижения этой цели необходимо применяемое во всем мире международное уголовное законодательство в области рынка капиталовложений, которое, однако, в международном содружестве не представляется осуществимым. В довершение к этому следует отметить, что кризисы подобного масштаба не являются следствием индивидуальных нарушений, а представляют собой «сбой системы». Поэтому подобные

²⁵ *Kümpel*, Bank- und Kapitalmarktstrafrecht, 3. Aufl. Köln 2004, Rn. 16.157.

²⁶ В отношении старой редакции § 88 Закона о биржах см. *BT-Drucks. 12/7918*, 96, 102; *BVerfG*, NJW 2003, 501 (503); *BGHZ* 160, 134 (139 ff.) („Infomatec“); *OLG München*, NJW 2003, 144 (145 ff.); *LG Augsburg*, WM 2002, 592 (593 f.); *Groß*, WM 2002, 477 (484); *Körner*, NJW 2004, 3386; *Kort*, AG 2005, 21 (23). В отношении § 20a Закона о рынке ценных бумаг см.: *LG Berlin*, wistra 2005, 277 (278 f.); *Eichelberger*, Das Verbot der Marktmanipulation, Berlin 2006, S. 363 ff.; *Schwark*, in: Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrechts-Kommentar, 4. Aufl. München 2010, § 20a WpHG Rn. 5; *Vogel*, in: Assmann/Schneider, Wertpapierhandelsgesetz, 6. Aufl. Köln 2012, § 20a Rn. 31.

²⁷ *Vogel*, Указ. соч., § 20a Rdnr. 30. Эту «двойную» направленность поддерживает также *Schröder*, Kapitalmarktstrafrecht, 2. Aufl. Köln 2010, Rn. 372 f.; *Tripmaker*, wistra 2002, 288 (291); *Ziouvas*, ZGR 2003, 113 (143 f.).

²⁸ *EuGH*, NJW 2006, 133; *Assmann*, AG 1994, 196 (204); *Lenenbach*, Kapitalmarkt- und Börsenrecht, 2. Aufl. Köln 2010, Rn. 13.84; *Tippach*, WM 1993, 1269 (1272); *Waßmer*, in: Fuchs, Wertpapierhandelsgesetz, München 2009, § 38 Rn. 3.

ситуации с большой вероятностью будут происходить и будущем, если не будет проведена реформа международных правил для финансового рынка. Кроме того, без применения соответствующих административно-правовых мер у составов преступного деяния отсутствует «точка опоры», на которую можно было бы ориентировать поведение индивида и определять таким образом определённое поведение как нарушение. Разумеется, тем самым не отрицается действенность (национального) уголовного права в процессе ликвидации последствий кризиса финансового рынка. Напротив: если в отдельном случае установлено индивидуальное нарушение, оно, несомненно, должно санкционироваться в соответствии с действующим уголовным законодательством.

Подробное рассмотрение проблемы, насколько доверие инвесторов к ценообразованию является защищённым правовым благом в составе преступного деяния запрещённой торговли ценными бумагами с использованием инсайдерской информации, а также насколько доверие в работоспособность отдельных рынков может быть защищено составами преступного деяния экономического уголовного законодательства, вышло бы за рамки настоящего исследования. Некоторые авторы в немецкой юридической литературе справедливо и убедительно отвергают эту тезу. Ведь чтобы получить возможность признать понятие «доверие» в качестве защищённого уголовным законодательством правового блага, недостаточно лишь указать на его значимость и очевидное существование. Возможным должно быть придание этому феномену чёткого контура. Однако определение этого понятия представляется на удивление сложным.²⁹ Поведенческие науки различают понятия межличностного и системного доверия. При этом межличностное доверие понимается не в качестве эмоции, а в качестве расчёта. Исходя из этого, речь здесь идёт не о доверии, а лишь о коалиционном поведении, которое не может быть защищено в правовом смысле, потому что оно выступает наравне с правом, т.е. имеет сферу применения только в том случае, если право даёт осечку.³⁰ Системное доверие также не может быть защищённым правовым благом. Хотя оно (доверие – прим. П.Г.) является в данном случае эмоцией и поэтому соответствует представлению уголовно-правовой науки о доверии, индивид не может нарушить это благо своим поведением, поскольку не адекватное поведение индивида как таковое, а лишь системное допущение этого нарушения в состоянии подрвать так понятое доверие.³¹

Собственно говоря, для того чтобы предать составу манипуляции рынка и составу запрещённой торговли ценными бумагами с использованием инсайдерской информации достаточную политико-правовую основу не требуется обращения к работоспособности рынка капитала или к доверию к ценообразованию. Это объясняется тем, что в соответствии со справедливым мнением в немецкой юридической литературе оба состава защищают имущество. Защищённым правовым благом в §§ 38 (абз. 2), 20a Закона о рынке ценных бумаг (манипуляция рынка) является имущество инвесторов.³² Этому убеждению не противоречит, что административно-правовые нормы Закона о

²⁹ Beckemper, ZIS 2011, 318.

³⁰ Beckemper, ZIS 2011, 318 (319 ff.).

³¹ Beckemper, ZIS 2011, 318 (321 ff.).

³² Altenhain, BB 2002, 1874 (1875); Hellmann/Beckemper, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. Stuttgart 2013, Rn. 67.

рынке ценных бумаг призваны обеспечивать свободное от манипуляций ценообразование и работоспособность контролируемых рынков. Уголовный запрет давать ложные сведения об обстоятельствах, релевантных для рыночных курсов, направлен на предотвращение убыточных имущественных сделок, заключаемых инвесторами на основании ложной информации. Запрет инсайдерской деятельности в контексте §§ 38 (абз. 1), 14 Закона о рынке ценных бумаг защищает имущество³³, потому что надлежащее функционирование рынка капитала защищено не как таковое, а с целью предотвращения убыточных имущественных сделок, которые в соответствующих условиях заключают инвесторы, веря в то, что все участники рыночных отношений имеют одинаковые шансы на доступ к информации.

Эти составы преступного деяния, направленные на защиту имущества, необходимы, потому что понятие имущественного ущерба в основном уголовном праве (напр., в контексте состава мошенничества по § 263 УУ ФРГ) не учитывает особенности рынка капиталовложений. Как известно, имущественный ущерб рассчитывается посредством сравнения имущественного состояния непосредственно до и после распоряжения имуществом.³⁴ В соответствии с господствующим мнением решающим критерием при этом расчёте является, как правило, рыночная стоимость или рыночный курс.³⁵ В случае применения определённых рыночных инструментов ценообразование происходит на соответствующем рынке (например, курс акции определяется на бирже).

Уголовно-правовой состав манипуляции рынка требует наличия криминального последствия, который в соответствии с § 38 (абз. 2) Закона о рынке ценных бумаг выражается в воздействии на биржевой курс или рыночную стоимость. В отличие от этого, само по себе совершение действий, указанных в § 20a (абз. 1) Закона о рынке ценных бумаг (не повлёкших вышеуказанного криминального последствия – *прим. П.Г.*), представляет собой лишь административное правонарушение по § 39 (абз. 1 № 1, 2; абз. 2 № 11) Закона о рынке ценных бумаг. Даже если манипулирующее рынок поведение ведёт к падению биржевого курса, акционер не претерпел бы имущественного ущерба в понимании этого термина в соответствии с основным уголовным правом, поскольку его акции по-прежнему имеют рыночную стоимость.³⁶ А стоимость финансового инструмента может быть определена только в соответствии с биржевым курсом, потому что для определения его «истинной» стоимости не существует другого действенного критерия.³⁷ Однако даже в том случае, если имущество акционера, таким образом, не сокращено, он все же претерпевает убыток. Ведь если преступник не совершил бы манипулирующие рынок действие, то биржевой курс акции не упал бы. Если же

³³ *Hellmann/Beckemper*, Указ. соч., Rn. 30; *Kümpel*, Bank- und Kapitalmarktstrafrecht, 3. Aufl. Köln 2004, Rn. 16.69; *Ziouvas*, Das neue Kapitalmarktstrafrecht, Köln 2005, S. 206.

³⁴ BGHSt 16, 220 (221); BGH, wistra 2008, 149 (150); *Fischer*, StGB, 62. Aufl., München 2015, § 263 Rn. 71; *Krey/Hellmann/Heinrich*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 16. Aufl. Stuttgart 2012, Rn. 643.

³⁵ *Hellmann/Beckemper*, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. Stuttgart 2013, Rn. 714.

³⁶ Иного мнения *Schröder*, Kapitalmarktstrafrecht, 2. Aufl. Köln 2010, Rn. 632 ff., который путём сложных и трудоёмких процессов считает возможным определить размеры ущерба, составляющего разницу между стоимостью, возникшей в результате манипуляции, и стоимостью, которой обладал бы финансовый инструмент без обманных действий.

³⁷ *Hellmann/Beckemper*, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. Stuttgart 2013, Rn. 178 ff.

манипуляция рынка ведёт к росту биржевого курса, то имущество прежнего владельца акций увеличивается. Однако покупатели этих акций вынуждены платить более высокую цену, чем та цена, которую они заплатили бы, если на рынке не было бы совершено манипулятивных действий. Хотя и в этом случае стоимость акций соответствует биржевому курсу, учитывать необходимо то, что после раскрытия или по прошествии «действенности» манипуляции курс акций опять упадёт, а это приведёт к сокращению имущества инвестора. В этих случаях состав манипуляции рынка имеет характер деликта имущественной опасности.

Если в данной связи рассматривать состав запрещённой торговли ценными бумагами с использованием инсайдерской информации, то сделки купли-продажи ценных бумаг с использованием инсайдерской информации, запрещённые в соответствии с положениями § 14 (абз. 1 № 1) Закона о рынке ценных бумаг, также ведут к определённому убытку. При этом в виду не имеется фактический ущерб, потому что продавец получает за отчуждённый им финансовый инструмент его рыночную цену, а покупатель в то же время – за рыночную цену соответствующий финансовый инструмент. Однако если преступник продаёт свои акции при использовании убыточной инсайдерской информации, т.е. информации, раскрытие которой может привести к падению курса, то покупателю грозит опасность сокращения его имущества. Если «инсайдер» покупает акции при использовании прибыльной инсайдерской информации, то опасность сокращения имущества грозит продавцу, поскольку он лишается возможности получить прибыль от ожидаемого роста курса. Что касается дальнейших запретов (сообщение инсайдерской информации в соответствии с § 14 (абз. 1 № 2) Закона о рынке ценных бумаг и рекомендация заключения сделки при использовании инсайдерской информации в соответствии с § 14 (абз. 1 № 3) Закона о рынке ценных бумаг), защита правовых благ переносится на более раннюю стадию совершения деяния. Эти действия могут быть лишены каких-либо последствий, если лицо, получившее это сообщение или эту рекомендацию, ими не воспользуется. Однако остаётся опасность того, что эти сообщения или рекомендации будут использованы для заключения вредоносных инсайдерских сделок. Разумеется, можно спорить о том, насколько оправдано перемещение имущественной защиты на столь раннюю стадию. Немецкий законодатель в определённой степени «сократил проблемность» этого вопроса, определив, что только т.н. «первоначальные» инсайдеры подлежат уголовной ответственности (§ 38 абз. 1 № 2 Закона о рынке ценных бумаг). К ним относятся члены руководящих и контрольных органов эмитента, лица, которые на основании участия в капитале эмитента, профессии, рода деятельности или поручения в силу этих обстоятельств или в процессе подготовки или совершения преступного деяния получили доступ к инсайдерской информации. Сообщение инсайдерской информации и рекомендация заключения сделки при использовании инсайдерской информации, совершенные «второстепенным» инсайдером, т.е. лицом, не указанным в § 38 (абз. 2) Закона о рынке ценных бумаг, и получившим доступ к инсайдерской информации, являются лишь административными правонарушениями в соответствии с § 39 (абз. 2 № 3, 4) Закона о рынке ценных бумаг.

IV. Уголовно наказуемая реклама

Последним пунктом проверки пригодности учения о правовом благе для ограничения уголовной наказуемости может служить состав наказуемой рекламы. Универсальным составом преступного деяния является в данной связи § 16 (абз. 1) Закона о пресечении недобросовестной конкуренции. Дальнейшие составы преступного деяния, предусматривающие уголовные санкции за недобросовестную рекламу, установлены, кроме прочего, в § 59 (абз. 1, № 7) в сочетании с § 11 (абз. 1, предл. 1) Уложения о продуктах питания человека, предметах первой необходимости и корме животных (LFBG), в § 59 (абз. 1, № 13) в сочетании с § 27 (абз. 1, предл. 1) LFBG в отношении рекламы косметических средств и в § 14 в сочетании с § 3 Закона о рекламе в области целебного дела.

Для определения защищённого правового блага в § 16 (абз. 1) Закона о пресечении недобросовестной конкуренции некоторые авторы³⁸ попросту переносят указанные в § 1 того же закона правовые блага, а именно: одинаково защищённые законом интересы конкурентов и потребителей, а также заинтересованность общественности добросовестности конкуренции, в сферу защиты состава. Однако это мнение не является неоспоримым уже потому, что не существует убедительного объяснения необходимости защиты добросовестности конкуренции средствами уголовного права. Поэтому справедливым представляется мнение, что основная функция § 16 (абз. 1) Закона о пресечении недобросовестной конкуренции заключается в защите потребителя от распоряжения имуществом³⁹, причиняющего ему ущерб и не соответствующего цели расхода.⁴⁰ Защищённым правовым благом в данном составе является имущество потребителя.⁴¹ Справедливость этой точки зрения подтверждается, кроме того, тем, что в соответствии с общепризнанным мнением⁴² § 16 (абз. 1) Закона о пресечении недобросовестной конкуренции применяется в сочетании с § 823 (абз. 2) Гражданского кодекса ФРГ (возмещение убытков при воплощении уголовного закона, защищающего индивидуальные интересы – *прим. П.Г.*). Защита конкуренции и экономики является, в отличие от этого, лишь рефлексом защиты имущественных интересов потребителя.

Таким образом, § 16 (абз. 1) Закона о пресечении недобросовестной конкуренции представляет собой состав, переносящий уголовную ответственность в подготовительную стадию мошенничества. Это утверждение корреспондирует с точкой зрения авторов правительственного законопроекта к новой редакции Закона о пресечении недобросовестной конкуренции. Во многих случаях недобросовестной рекламы имеет место мошенничество; значение самостоятельного состава § 16 (абз. 1)

³⁸ *Alexander*, WRP 2004, 407 (409); *Ekey*, in: Heidelberg Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. Heidelberg 2005, § 16 UWG Rn. 4; *Rengier*, in: Fezer, Lauterkeitsrecht, Band 2, München 2010, § 16 UWG Rn. 9.

³⁹ *Hellmann/Beckemper*, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. Stuttgart 2013, Rn. 445; *Ohly/Sosnitza*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 6. Aufl. München 2014, § 16 UWG Rn. 4.

⁴⁰ Об этом аспекте старой редакции § 4 Закона о пресечении недобросовестной конкуренции см. *Otto*, in: Großkommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 1. Aufl., Berlin 2006, § 4 UWG a.F. Rn. 5.

⁴¹ *Köhler/Bornkamm*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 32. Aufl. München 2014, § 16 UWG Rn. 2.

⁴² BGHSt 52, 227 Rn. 87; *Köhler/Bornkamm*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 32. Aufl. München 2014, § 16 UWG Rn. 29; *Ohly/Sosnitza*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 6. Aufl. München 2014, § 16 UWG Rn. 4, 29.

Закона о пресечении недобросовестной конкуренции приобретает как раз за счёт того, что его предпосылкой не является причинение имущественного ущерба.⁴³ Поэтому наказуемость за обманную рекламу отходит на второй план, если полностью воплощены предпосылки мошенничества в соответствии с § 263 УУ ФРГ, а именно, если преступник с намерением получения имущественной выгоды средствами, установленными в § 16 (абз. 1) Закона о пресечении недобросовестной конкуренции, вводит потребителя в заблуждение, побуждает его к распоряжению имуществом и причиняет ему таким образом имущественный ущерб.⁴⁴ Небезынтересно отметить, что деликт абстрактной опасности в § 16 (абз. 1) Закона о пресечении недобросовестной конкуренции нередко делает возможной уголовную ответственность, если факт мошеннического причинения имущественного ущерба потребителям недоказуем на основании того, что невозможно или неоправданно сложно установить конкретных потребителей, которым посредством недобросовестной рекламы был причинён конкретный имущественный ущерб.

V. Итог

В силу необозримого количества составов преступного деяния в экономическом уголовном праве Германии, приведённые примеры, конечно, не могут однозначно доказать, что индивидуальные и признанные общественные правовые блага являются универсально защищёнными правовыми благами в экономическом уголовном законодательстве ФРГ. Однако эти примеры демонстрируют, что составы экономического уголовного законодательства, во всяком случае как правило, защищают индивидуальные правовые блага и не являются поэтому также на основе учения о правовом благе *per se* «нелегитимными». Отчасти эти составы представляют собой реакцию на определённые особенности в экономической жизни (напр. изменения действительности на рынке капиталовложений). Многочисленные деликты переносят уголовную ответственность на чрезвычайно раннюю стадию совершения деяния, т.е. на стадию, в которой ещё отсутствует само нарушение правового блага или создание конкретной опасности для него. Это касается в особенности защиты имущества или здоровья (в области продовольственного и фармацевтического уголовного законодательства). Обосновать этот перенос целью защиты индивидуальных правовых благ представляется особенно сложным, поскольку основной целью этой законодательной техники является противодействие процессуальным проблемам доказывания. Привлечение «мнимых правовых благ» в сферу защиты облегчает оправдание существования подобных норм и камуфлирует при этом основную проблему, а именно, вопрос правовых границ легитимного расширения наказуемости посредством деликтов абстрактной опасности. Но это уже другая тема.

⁴³ BT-Drucks. 15/1487, 26.

⁴⁴ Hellmann/Beckemper, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. Stuttgart 2013, Rn. 445.

Об авторе:

Уве Хелльманн, Dr. iur. habil. [хабилитированный доктор права], профессор. С 1994 года профессор Хелльманн является заведующим кафедрой уголовного и экономического уголовного права юридического факультета Потсдамского университета. К сфере его научных интересов относятся: имущественные деликты Уголовного уложения ФРГ, экономическое уголовное право, налоговое уголовное право и уголовный процесс. Наряду с научной и преподавательской деятельностью Уве Хелльманн участвует в экономических и налоговых уголовных процессах в качестве эксперта и защитника. Кроме того, он является председателем Германского Представительства Союза Криминалистов и Криминологов (СКК) и членом Германно-Российской Ассоциации Юристов (DRJV), а также входит в Редакционный совет нескольких российских научных правовых журналов. В настоящее время профессор Хелльманн занимает должность Председателя Сената Потсдамского университета.

Prof. Dr. Uwe Hellmann ist seit 1994 Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, insbesondere Wirtschaftsstrafrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam. Zu seinen Forschungsschwerpunkten gehören die Eigentums- und Vermögensdelikte des StGB, das Wirtschaftsstrafrecht, das Steuerstrafrecht und das Strafprozessrecht. Neben seiner Tätigkeit in Forschung und Lehre tritt er in Wirtschafts- und Steuerstrafverfahren als Gutachter und Strafverteidiger auf. Er ist Vorsitzender der deutschen Repräsentanz des Internationalen Verbandes der Kriminalisten und Kriminologen (CKK) und Mitglied der Deutsch-Russischen Juristenvereinigung (DRJV). Außerdem gehört er mehreren Redaktionsbeiräten russischer juristischer Zeitschriften an. Derzeit ist Professor Hellmann Vorsitzender des Senats der Universität Potsdam.

Систематика норм и международные аспекты криминального банкротства в уголовном праве Германии

Die Systematik und transnationale Bezüge der Insolvenzdelikte im deutschen Strafrecht

Павел Головненков (Pavel Golovnenkov), Dr. iur., assessor iuris,
главный научный сотрудник кафедры уголовного и экономического
уголовного права Потсдамского университета (г. Потсдам),
адвокат (г. Берлин)

Unbestritten stellt das Insolvenzstrafrecht eine der komplexesten Regelungsmaterien des deutschen Wirtschaftsstrafrechts dar. Ist ein Insolvenz Sachverhalt durch das Vorliegen eines Auslandselements erschwert, ist die strafrechtliche Beurteilung des delinquenten Verhaltens umso schwieriger. Obwohl der vorliegende Beitrag – wegen des begrenzten Umfangs – keineswegs einen Anspruch auf die Vollständigkeit der Problembehandlung erhebt (und erheben kann), wird dennoch ein Versuch unternommen, die strafrechtlichen Regelungen der deutschen Insolvenzdelikte zu systematisieren und die im Zusammenhang mit den möglichen Auslandsbezügen entstehenden Probleme aufzuzeigen.

I. Введение

Традиционно уголовное право считается одной из самых «национальных» областей юриспруденции. Не менее устоявшимся является мнение, что правовая оценка делинквентного поведения, связанного с несостоятельностью, относится к одной из наиболее комплексных и дискуссионных проблем немецкого экономического уголовного права. И если первое утверждение представляется (особенно в настоящее время всеобъемлющей глобализации экономических отношений и усиливающегося влияния Европейского права) абсолютно ошибочным, со вторым трудно спорить. При этом причины тому заложены лишь отчасти в системности уголовно-правового регулирования банкротства. Основные проблемы скрываются, как правило, в сложности применения существующих (безусловно трудоёмко сформулированных) уголовно-правовых норм и в толкования заложенных в них понятий. Если же при этом гражданско-правовые отношения, связанные с несостоятельностью должника, осложнены наличием иностранного элемента (будь то несостоятельность иностранного должника на территории Германии или национального должника за границей), возникают дополнительные проблемы, связанные с оценкой возможной делинквентности его действий в соответствии с нормами немецкого уголовного права. Речь здесь идёт о целом комплексе проблем, начиная от применения национального уголовного закона за рамками территориального принципа в случае криминального банкротства

национального должника за границей и заканчивая возможностью и границами применения иностранного права для толкования немецких уголовно-правовых норм в случае воплощения соответствующего состава иностранным должником на территории Германии.¹

В немецкой юридической литературе, посвящённой уголовно-правовым последствиям транснациональной деятельности в хозяйственно-предпринимательской сфере, связанным с криминальным банкротством, ведётся дискуссия, вызванная недавними решениями Европейского суда о свободе выбора места жительства и трудоустройства в Европейском Союзе.² В этой дискуссии речь идёт не только о национальном корпоративно-правовом признании зарубежных компаний в соответствии с правом страны их учреждения, но также о проблемах, связанных с фактическими обстоятельствами несостоятельности компаний в пределах Европейского Союза и с уголовно-правовыми последствиями для ответственных лиц таких компаний внутри страны. В большинстве случаев такая дискуссия ограничивается фактическими обстоятельствами, при которых английская компания, учреждённая в организационно-правовой форме «*Private Company Limited by shares*» (*Ltd*), создаёт на территории Германии филиал и переносит при этом в Германию центр своих основных (экономических) интересов (т.н. «*center of main interest*» - *COMI*).³ В действительности данная судебная практика имеет огромное практическое значение также для организационно-правовых образований, созданных в соответствии с законодательством стран, не являющихся членами Европейского Союза, но в отношении деятельности которых за границей в силу межгосударственных или супранациональных соглашений действует привязка к корпоративному праву страны учреждения.⁴

Разумеется, ограниченные рамки настоящей статьи не позволят всеобъемлюще проанализировать уголовно-правовой институт, регулирующий ответственность за криминальное банкротство. Тем не менее, возможным представляется кратко осветить системность уголовно-правовых норм, связанных с несостоятельностью, а также обозначить круг проблем, делающих этот правовой институт столь комплексным и сложным для восприятия. Особое внимание хотелось бы уделить транснациональным аспектам криминального банкротства, т.е. аспектам, связанным с мобильностью

¹ Подробно см.: П.В. Головненков. Уголовно-правовые последствия корпоративно-правового признания «компаний третьих стран» при совершении преступных деяний в сфере несостоятельности // *Lex Russica* 2015. – № 2. – С. 81-89.

² EuGH, приговор от 09.03.1999 г. – Rs. C-212/97 – Slg. 1999 I-1459 „Centros“; EuGH NJW 1999, 2027; EuGH GmbHR 1999, 474, приговор от 05.11.2002 г. – Rs. C-208/00 – Slg. 2002 I-9919 „Überseering“; EuGH NJW 2002, 3460; EuGH GmbHR 2002, 1137, приговор от 30.09.2003 г. – Rs. C-167/01 – Slg. 2003 I-10155 „Inspire Art“; EuGH NJW 2003, 3331; EuGH GmbHR 2003, 1260. См. также соответствующие решения Федерального Верховного суда ФРГ: BGHZ 154, 185; 164, 148, 151; 178, 192, 196; BGH NSiZ 2010, 632, 633 с дальнейшими ссылками.

³ См. в частности: *Hirte*, in: *Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften*, § 1 Rn. 35 ff. с дальнейшими ссылками; *Hirsch, A./Britain*, NZG 2003, 1100, 1103; *Rönnau*, ZGR 2005, 832 ff. с дальнейшими ссылками; *Westhoff*, ZInsO 2004, 289 и GmbHR 2006, 525 f.; *Weiß*, Strafbare Insolvenzverschleppung durch den director einer Ltd., 2009, S. 145 ff.

⁴ См. напр. ст. XXV (абз. 5 предл. 2) Договора между ФРГ и США о дружбе, торговле и морских перевозках от 20.10.1954 (BGBl. 1956 II S. 487).

современного предпринимательства не только в рамках Европейского Союза, но и с привлечением капитала третьих стран.

II. Систематика уголовно-правового регулирования криминального банкротства

1. Деликты, связанные с несостоятельностью

Господствующее мнение в немецком экономическом уголовном праве различает комплекс деликтов, связанных с несостоятельностью, в узком смысле (криминальное банкротство как таковое) и деликты, связанные с несостоятельностью, в широком смысле.⁵

К первому комплексу деликтов относятся: необъявление о несостоятельности, а точнее - неподача либо несвоевременная подача управомоченным лицом ходатайства о возбуждении конкурсного производства (§ 15a Положения о несостоятельности ФРГ),⁶ банкротство (§ 283 Уголовного уложения - УУ ФРГ⁷), нарушение обязанности ведения бухгалтерского учёта (§ 283b УУ ФРГ), неправомерное предоставление преимущества кредитору (§ 283c УУ ФРГ), а также неправомерное предоставление преимущества должнику (§ 283d УУ ФРГ).

Деликтами, «сопровождающими» криминальное банкротство являются: мошенничество (§ 263 УУ ФРГ), злоупотребление доверием (§ 266 УУ ФРГ), мошенничество, направленное на получение кредита (§ 265b УУ ФРГ), мошенничество, направленное на получение субсидий (§ 264 УУ ФРГ), присвоение (§ 246 УУ ФРГ), воспрепятствование принудительному исполнительному производству (§ 288 УУ ФРГ), а также удержание и растрата заработной платы (§ 266a УУ ФРГ). Поскольку деликты, связанные с несостоятельностью, в широком смысле лишь «сопровождают» криминальное банкротство, т.е. они затрагивают гражданско-правовую процедуру несостоятельности лишь косвенно, уголовно-правовая оценка действия или бездействия, инкриминированного в этих составах, в принципе, в данном контексте не проблематична. Поэтому более подробно хотелось бы остановиться на деликтах криминального банкротства как такового.

2. Правовые блага, защищённые конкурсным уголовным законодательством

Чрезвычайно спорным является вопрос, какие собственно интересы защищены конкурсным уголовным законодательством.⁸ Большинство авторов согласны с тем, что деликты криминального банкротства в первую очередь защищают интересы кредиторов (или единственного кредитора) от неправомерного нарушения их (его) имущественных

⁵ См.: Borchardt, in: Schmidt, HKInsR, 3. Aufl. 2009, Vorbemerkung zum Insolvenzstrafrecht, Rn. 4; Golovnenkov, Das transnationale Insolvenzstrafrecht im Verhältnis zu Russland, 2012, S. 37; Köhler, in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Aufl. 2014, Kap. 7 Rn. 3; Tiedemann, in: LKStGB, § 283 Rn. 2.

⁶ Дословно: затягивание несостоятельности [*Insolvenzverschleppung*].

⁷ См.: Головненков П.В., Уголовное уложение (Уголовный кодекс) Федеративной Республики Германия - Strafgesetzbuch (StGB) - Научно-практический комментарий и перевод текста закона - 2-е изд., Москва, 2014, С. 31 и след.

⁸ Подробно Radtke, in: MüKoStGB, Vor §§ 283 ff. Rn. 11 ff.

требований (индивидуальные интересы).⁹ Если наличествует сообщество кредиторов, основным защищённым правовым благом не являются отдельные имущественные интересы. Защищённой является конкурсная масса должника в интересах всех существующих кредиторов.¹⁰ Насколько помимо этого правового блага посредственно, второстепенно или в качестве рефлекса конкурсные деликты также защищают неиндивидуальные интересы, т.е. общие экономические интересы, интерес работников предприятия в сохранении рабочего места или работоспособность кредитно-финансового сектора, является вопросом крайне спорным.¹¹ Тем не менее, именно в зависимости от ответа на этот вопрос определяется характер деликтов криминального банкротства. Некоторые авторы, причисляют все конкурсные деликты к деликтам абстрактной опасности, поскольку, по их мнению, законодатель ни в одной из альтернатив не предусматривает определённого инкриминированного последствия или хотя бы конкретной опасности для интересов сообщества кредиторов.¹² Однако данное мнение представляется ошибочным, если в сферу защиты конкурсного уголовного права (хотя бы посредственно) вовлечены общие экономические интересы, поскольку в этом случае экономически безответственные действия, наказуемые в рамках криминального банкротства, представляли бы конкретную угрозу для доверия общественности в работоспособность кредитно-финансового сектора.¹³ Для определения характера деликтов криминального банкротства верным представляется учитывать необходимость совершения деяния в кризисной ситуации, что ведёт к отнесению этих составов к деликтам абстрактно-конкретной опасности.¹⁴ Деликты криминального банкротства действительно не предусматривают причинения конкретного ущерба или конкретной опасности для имущественных интересов кредиторов (достаточно абстрактной опасности). Однако эта абстрактная опасность конкретизируется, если принять во внимание экономическую кризисную ситуацию должника. Ведь действия исполнителя подлежат уголовной ответственности не просто за их абстрактную опасность, а только если они совершены на предприятии, находящимся в экономически критическом положении.¹⁵ Исключение представляет собой, пожалуй, лишь нарушение обязанности ведения бухгалтерского учёта в диспозиции § 283b УУ ФРГ, не требующей наличия

⁹ BGHSt 24, 309, 311; 28, 371, 373; BGH NStZ 1987, 23; OLG Frankfurt, NStZ 1997, 551; *Hellmann*, in: *Hellmann/Beckemper*, *Wirtschaftsstrafrecht*, 4. Aufl. 2013 Rn. 251; *Hoyer*, in: *SKStGB*, Vor § 283 Rn. 3 ff.; *Kindhäuser*, in: *NKStGB*, Vor § 283 Rn. 30; *Mitsch*, BT 2/2, § 5 Rn. 139; *Radtke*, in: *MüKoStGB*, Vor §§ 283 ff. Rn. 1, 8, 16, 27; *Tiedemann*, in: *LKStGB*, Vor § 283 Rn. 45.

¹⁰ BGHSt 28, 371, 373; *Kindhäuser*, in: *LPKStGB*, vor §§ 283-283d Rn. 3; *Köhler*, in: *Wabnitz/Janovsky*, 4. Aufl. 2014, Kap. 7 Rn. 90; *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, *StGB*, 28. Aufl. 2014, § 283 Rn. 1; *Heine/Schuster*, in: *Schönke/Schröder*, 29. Aufl. 2014, Vorbem. §§ 283 ff. Rn. 2 с дальнейшими ссылками.

¹¹ Подробно см.: *Golovnenkov*, *Das transnationale Insolvenzstrafrecht im Verhältnis zu Russland*, 2012, S. 144 ff. с дальнейшими ссылками.

¹² *Borchardt*, in: *Schmidt*, *HKInsR*, 3. Aufl. 2009, § 283 StGB Rn. 3; *Kindhäuser*, in: *NKStGB*, Vor § 283 Rn. 19.

¹³ *Tiedemann*, in: *LKStGB*, § 283 Rn. 7, § 283b Rn. 1.

¹⁴ *Hellmann*, in: *Hellmann/Beckemper*, *Wirtschaftsstrafrecht*, 4. Aufl. 2013 Rn. 251; *Hoyer*, in: *SKStGB*, § 283 StGB Rn. 5; *Schröder*, *JZ* 1967, 522 ff.

¹⁵ Отчасти деликты криминального банкротства причисляются к деликтам конкретной опасности, поскольку совершение действия в кризисной ситуации расценивается в качестве конкретной угрозы для индивидуальных интересов кредиторов, см.: *Radtke*, in: *MüKoStGB*, Vor §§ 283 ff. Rn. 20 ff.; *Trüg/Habetha*, *wistra* 2007, 365, 370.

кризисной ситуации. Данный состав представляет собой второстепенный по отношению к банкротству состав абстрактной опасности.¹⁶

III. Неподача ходатайства о возбуждении конкурсного производства

Важным аспектом уголовно-правового регулирования криминального банкротства является его системное расположение в немецком экономическом уголовном законодательстве. Речь идёт о том, что деликты, связанные с несостоятельностью, в широком смысле закреплены в основном уголовном законодательстве ФРГ (т.е. в Уголовном уложении Германии - *Strafgesetzbuch*) лишь отчасти. До вступления в силу Федерального закона о модернизации законодательства об обществах с ограниченной ответственностью и о борьбе со злоупотреблениями от 23.10.1998¹⁷ подача либо несвоевременная подача уполномоченным лицом ходатайства о возбуждении конкурсного производства (*Insolvenzantrag*) представляла собой уголовно наказуемое деяние, предусмотренное в соответствующих составах многочисленных отраслевых законов,¹⁸ каждый из которых в свою очередь содержал соответствующую обязанность руководителя. Таким образом, каждая из диспозиций этих норм предъявляла свои требования к специальному субъекту соответствующего преступного деяния и отсылала для конкретизации обязанности подачи ходатайства об открытии конкурсного производства к соответствующей норме соответствующего закона. Так, § 92 (абз. 2 предл. 2) Закона об акционерных обществах предусматривал обязанность правления акционерного общества (*Aktiengesellschaft - AktG*) в случае неплатёжеспособности¹⁹ общества незамедлительно²⁰, самое позднее по истечении трёх недель со дня наступления неплатёжеспособности, ходатайствовать в суд по подсудности (т.н. конкурсный суд)²¹ о возбуждении конкурсного производства. Такая же обязанность наличествовала также в случае наступления сверхзадолженности²² акционерного общества. Нарушение этой обязанности вело в соответствии с § 401 (абз. 1 № 2) Закона об акционерных обществах к уголовной ответственности. В соответствии с § 53 (абз. 1) Закона о европейских хозяйственных обществах (*Societas Europaea, SE*) данные

¹⁶ OLG Hamburg, NJW 1987, 1342, 1343. Подробно: *Hellmann*, in: *Hellmann/Beckemper, Wirtschaftsstrafrecht*, 4. Aufl. 2013 Rn. 319 ff. с дальнейшими ссылками.

¹⁷ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), BGBl 2008 I S. 2026.

¹⁸ Т.е. законов, предметом которых служит та или иная организационно-правовая форма.

¹⁹ Неплатёжеспособность [*Zahlungsunfähigkeit*] имеет место, если должник за отсутствием соответствующих средств предположительно на длительное время не в состоянии исполнить срочные денежные обязательства (см. BGH NJW 2000, S. 156), требования по которым выставлены кредитором (см. *Heine/Schuster*, in: *Schönke/Schröder*, 29. Aufl. 2014, § 283 Rn. 52). Подробно см. Головненков П.В., Уголовное уложение (Уголовный кодекс) Федеративной Республики Германия - *Strafgesetzbuch (StGB)* - Научно-практический комментарий и перевод текста закона - 2-е изд., Москва, 2014, С. 230.

²⁰ Дословно: без виновного (необоснованного) промедления [*ohne schuldhaftes Zögern*].

²¹ Возбуждение и ведение конкурсного производства подведомственно на всей территории судебного округа Земельного суда в соответствии с § 2 (абз. 1) Положения о несостоятельности участковому суду, на участке которого находится данный Земельный суд [*Insolvenzgericht*].

²² Сверхзадолженность [*Überschuldung*] имеет место, если пассив больше актива и таким образом ценность имущества должника не покрывает его долги (см. § 19 абз. 2 предл. 1 Положения о несостоятельности ФРГ. Подробно см. *Головненков П.В.*, Уголовное уложение (Уголовный кодекс) Федеративной Республики Германия - *Strafgesetzbuch (StGB)* - Научно-практический комментарий и перевод текста закона - 2-е изд., Москва, 2014, С. 230.

положения Закона об акционерных обществах применялись также в отношении директора европейского хозяйственного общества. Корреспондирующие нормы содержались также в Законе об обществах с ограниченной ответственностью (*Gesellschaften mit beschränkter Haftung - GmbH*); § 64 (абз. 1) данного закона предусматривал обязанность управляющего делами общества ходатайствовать о возбуждении конкурсного производства, а § 84 (абз. 1 № 2) – уголовную ответственность за нарушение этой обязанности. Что касается хозяйственных товариществ (*Personengesellschaften*), не имеющих в соответствии с немецким корпоративным правом статуса юридического лица, обязанность ходатайства о возбуждении конкурсного производства в отношении открытого хозяйственного товарищества (*Offene Handelsgesellschaft - OHG*) была предусмотрена в § 130a Торгового кодекса (*Handelsgesetzbuch - HGB*), а ответственность за ее нарушение – в § 130b. Эти же нормы действовали в соответствии с § 177a Торгового кодекса в отношении коммандитных товариществ (*Kommanditgesellschaften - KG*).²³

Несмотря на то, что подобное правовое регулирование нередко встречается в немецком дополнительном уголовном праве, оно неоднократно подвергалось критике в немецкой юридической литературе.²⁴ Ведь подобная «разбросанность» уголовно-правовых норм неизбежно ведёт к излишнему усложнению восприятия и применения норм экономического уголовного права в целом и конкурсного уголовного права в частности. Кроме того, подобное «фрагментарное» регулирование хотя и выигрывает за счёт непосредственной близости к регулируемой материи, оно обременено преобладающим количеством недостатков. Речь идёт, например, о проблемах, связанных с невозможностью однозначного отнесения конкурсных обязанностей в область конкурсного права (ведь соответствующие отраслевые законы относятся в преобладающей части к корпоративному праву), о трудностях однозначного определения субъекта преступных деяний, связанных с затягиванием несостоятельности и т.д. Эти проблемы являются особенно ярко выраженными в случаях, в которых речь идёт о несостоятельности признанных в Германии обществ зарубежного права.²⁵

С введением в действие вышеназванного Федерального закона о модернизации законодательства об обществах с ограниченной ответственностью и о борьбе со злоупотреблениями в Положение о несостоятельности ФРГ был внесён новый § 15a, регулирующий обязанность руководителя ходатайствовать при определённых условиях о возбуждении конкурсного производства (независимо от организационно-правовой

²³ См также похожие положения §§ 148 (абз. 1 № 2) в сочетании с § 99 (абз. 1) Закона о кооперативах, § 36 (абз. 1) Закона о европейских товариществах (*Societas Cooperativa Europaea, SCE*) и § 15 в сочетании с § 11 (абз. 2) Закона о введении в действие Постановления Европейского экономического сообщества об европейских объединениях. Подробно см.: *Hellmann*, in: *Hellmann/Beckemper, Wirtschaftsstrafrecht*, 4. Aufl. 2013, Rn. 349.

²⁴ См.: *Hellmann*, in: *Hellmann/Beckemper, Wirtschaftsstrafrecht*, 4. Aufl. 2013, Rn. 348; *Tiedemann*, *GmbH-Strafrecht*, 4. Aufl. 2002, Rn. 87; *Verjans*, in: *Böttger (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht in der Praxis*, 2011, Kap. 4, Rn. 156 ff.

²⁵ Подробно об этих проблемах также в отношении обществ российского права см.: *Golovnenkov*, *Das transnationale Insolvenzstrafrecht im Verhältnis zu Russland*, 2012.

формы хозяйственного общества²⁶ или товарищества²⁷) и устанавливающий уголовную ответственность за нарушение этой обязанности.²⁸ Одновременно было упразднено все вышеназванное регулирование в отраслевых законах. Данная реформа конкурсного уголовного права приветствуется господствующим мнением в немецкой юридической литературе,²⁹ поскольку, кроме прочего, благодаря ей был разрешён долговременный правовой спор о том, является ли руководитель иностранной компании специальным субъектом деликта неподачи ходатайства о возбуждении конкурсного производства, в пользу мнения, в соответствии с которым руководитель предприятия, учреждённого в зарубежной организационно-правовой форме (напр. *director [директор]* английской Ltd.) и действующего на территории Германии, и до упомянутой реформы обладал свойствами специального субъекта.³⁰ Неподача ходатайства о возбуждении конкурсного производства в контексте § 15a (абз. 4 и 5) Положения о конкурсном производстве ФРГ по-прежнему является (истинным) деликтом со специальным субъектом, однако, предпосылки § 15a (абз. 1 предл. 1 и 2) Положения о конкурсном производстве ФРГ не касаются теперь определённой организационно-правовой формы, так что они применяются к членам представительских органов и к ликвидаторам *всех* юридических лиц. Необходимой предпосылкой является лишь, чтобы речь шла о юридическом лице, признанном таковым в Германии. Это, в свою очередь, предполагает, что законодательство страны учреждения допускает «отток» компаний из страны с сохранением их организационно-правовой формы, а немецкое право допускает соответствующий «приток» таких компаний. Вышеназванная юрисдикция Европейского суда в решениях, касающихся свободы учреждения филиалов компаний на территории

²⁶ В немецком корпоративном праве только хозяйственные общества (*Kapitalgesellschaften*) являются юридическими лицами (*juristische Personen*).

²⁷ Хозяйственные товарищества немецкого права (*Personengesellschaften*) в принципе не являются юридическими лицами, а представляют собой т.н. общества без правовой идентичности (*Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit*). Однако в контексте § 15a (абз. 1 предл. 2) Положения о несостоятельности ФРГ речь идет только о тех хозяйственных товариществах, которые представляют собой, так сказать, «квази-юридические лица», т.е. товарищества, в которых персональная ответственность за долги товарищества лежит на участвующем в товариществе юридическом лице (напр. GmbH&Co KG).

²⁸ § 15a (абз. 1 и абз. 2) Положения о несостоятельности ФРГ нормирует при наличии дальнейших предпосылок обязанность подачи ходатайства об открытии конкурсного производства для всех юридических лиц и определённых хозяйственных товариществ. В абз. 4 данной нормы введён состав преступного деяния, который предусматривает наказание в виде лишения свободы на срок до трёх лет или денежного штрафа за нарушение установленных в абз. 1 и 2 обязанностей. Адресатом данного состава являются «члены представительского органа и ликвидаторы» юридического лица и «наделённые правом представительства участники и ликвидаторы» хозяйственного товарищества.

²⁹ См. напр., *Wegner*, in: Achenbach/Ransiek, *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 3. Aufl. 2012, VII 2, Rn. 84 с дальнейшими ссылками.

³⁰ *Hellmann/Beckemper*, *Wirtschaftsstrafrecht*, 4. Aufl. 2013 Rn. 360 с дальнейшими ссылками; *те же авторы*, *Fallsammlung zum Wirtschaftsstrafrecht*, 3. Aufl. 2013, Rn. 482 ff.; *Weiß*, *Strafbare Insolvenzverschleppung durch den Director einer Ltd.*, 2009, S. 145 с дальнейшими ссылками. С недавнего времени также господствующее мнение, см.: *BT-Drs.* 16/640, S. 55, 82; *Altenhain/Wietz*, *NZG* 2008, 569, 570; *Bittmann*, *NStZ* 2009, 113, 114; *Borchardt*, in: Schmidt, *HKInsR*, 3. Aufl. 2009, § 15a Abs. 4, 5 *InsO* Rn. 6 с дальнейшими ссылками; *Knierim*, in: Dannecker/Knierim, *Insolvenzstrafrecht*, Rn. 515; *Radtke/Hoffmann*, *EuZW* 2009, 404, 407; *Wegner*, in: Achenbach/Ransiek, *HWStR*, 3. Aufl. 2012, VII 2 Rn. 84; *Weiß*, *Strafbare Insolvenzverschleppung durch den Director einer Ltd.*, 2009, S. 217.

Европейского Союза³¹, а также судебная практика немецких судов³² признают такие компании в качестве юридических лиц зарубежного права - во всяком случае, это касается переезжающих в Германию иностранных хозяйственных обществ, учреждённых в одном из других государств-членов Европейского Союза. Хотя решения Европейского суда по данному вопросу, разумеется, не распространяются на компании третьих стран с местонахождением в Германии, применимость теории места учреждения³³ к ним и, следовательно, признание их правосубъектности может быть обосновано коллизионно-правовой привязкой к корпоративному праву страны учреждения, сформулированной в соответствующем межгосударственном или супранациональном соглашении.³⁴

Тем не менее, остался так же ряд нерешённых проблем. Так, дискуссионным остаётся вопрос об отраслевой принадлежности обязанности ходатайствовать о возбуждении конкурсного производства конкурсному праву.³⁵ Ответ на этот вопрос является основополагающим для решения проблемы наказуемости руководителя (зарубежного) предприятия в соответствии с § 15а (абз. 4) Положения о несостоятельности ФРГ, поскольку уголовная ответственность наступает только в случае нарушения обязанности, обоснованной немецким правом (см. § 15а абз. 1 Положения о несостоятельности ФРГ).

В отношении возбуждения конкурсного производства, права на подачу ходатайства о возбуждении конкурсного производства и обязанности подачи такого ходатайства для иностранных компаний из государств-членов Европейского Союза с местонахождением в Германии действует немецкое право. Этот вывод следует из того, что в статье 4 (абз. 1) Постановления Европейского Союза о конкурсном производстве³⁶, являющейся

³¹ См., например, EuGH, приговор от 05.11.2002 г. – Rs. C-208/00 – Slg. 2002 I-9919 „Überseering“; EuGH NJW 2002, 3460; EuGH GmbHR 2002, 1137. В этом решении Европейский суд отклонил - основывающееся на «теории местонахождения» - мнение VII. Судебной коллегии по гражданским делам Федерального Верховного суда ФРГ (NZG 2000, 926) и установил, что коммерческая компания, законно учреждённая в соответствии с законодательством государства-члена ЕС, в соответствии со ст. 43 и 48 Договора об основании Европейского Союза (статья 49, 54 Договора о режиме работы (функционировании) Европейского Союза) согласно своему уставу остаётся правоспособной и процессуально-правоспособной даже в том случае, если она перенесла центр своей предпринимательской деятельности в другое государство-член Европейского Союза.

³² BGHZ 154, 185; 164, 148, 151; 178, 192, 196; BGH NStZ 2010, 632, 633 с дальнейшими ссылками.

³³ В отличие от т.н. теории местонахождения [*Sitztheorie*]. В соответствии с данной теорией не допускается перенос фактического местонахождения иностранной корпорации на территорию Германии с сохранением её (иностранной) организационно-правовой формы. По мнению представителей теории местонахождения, такая корпорация должна считаться «правовым нулём» (впрочем, не иначе представители данного мнения обходятся и с «оттоком» отечественных корпораций за рубеж). С этим мнением категорически не согласны представители теории места учреждения [*Gründungstheorie*], в соответствии с которой при соблюдении определённых условий вполне допустимы как «приток» иностранных, так и «отток» отечественных компаний с сохранением их национальной организационно-правовой формы. Подробно и с дальнейшими ссылками см.: *Golovnenkov, Das transnationale Insolvenzstrafrecht im Verhältnis zu Russland*, 2012, S. 89 ff.

³⁴ Подробно и с дальнейшими ссылками и примерами см.: П.В. Головненков. Уголовно-правовые последствия корпоративно-правового признания «компаний третьих стран» при совершении преступных деяний в сфере несостоятельности // *Lex Russica* 2015. – № 2. – С. 81-89.

³⁵ Подробно *Golovnenkov, Das transnationale Insolvenzstrafrecht im Verhältnis zu Russland*, 2012, S. 119 ff.

³⁶ EUInsVO – Постановление (EG) Nr. 1346/2000 Совета от 20.05.2000г. о конкурсном производстве, ABl. EG 2000 Nr. L 160/1.

наднациональной общей коллизионной нормой, законодатель устанавливает применимость конкурсного права того государства, суды которого согласно статье 3 (абз. 1) Постановления Европейского Союза о конкурсном производстве имеют международную подсудность для возбуждения дела (*lex fori concursus*). В соответствии с этим предписанием открытие конкурсного производства находится в компетенции судов того государства-члена Европейского Союза, на территории которого находился центр основных интересов (*COMI*) должника на момент подачи ходатайства о возбуждении конкурсного производства. Это также касается и компаний третьих стран, центр основных интересов которых находится в Германии, поскольку верным представляется мнение, что сфера применения Постановления Европейского Союза о конкурсном производстве открыта уже при наличии односторонней связи с государством-членом Европейского Союза (т.н. простой связи).³⁷ Требование двусторонней связи (т.н. квалифицированной связи)³⁸ означало бы, что имущество, которое имеется у должника из «неевропейской страны» в третьей стране, не было бы учтено в конкурсном производстве. Иными словами, конкурсное производство в отношении имущества, документально подтвержденного в третьей стране, без всякой необходимости подчинялось бы другим правилам, чем производство в отношении имущества, находящегося в государстве-члене Европейского Союза. Кроме этого, Постановление Европейского Союза о конкурсном производстве явно исходит из простой транснациональной связи, поскольку 14-ый пункт декларативной части связан лишь с центром основных интересов должника в Европейском Союзе.

Поскольку обязанность подачи ходатайства о возбуждении конкурсного производства относится к правовому регулированию несостоятельности и эту обязанность следует квалифицировать как конкурсно-правовую³⁹, её правовое регулирование определяется не законодательством страны учреждения компании, а, согласно статьям 4 (абз. 1), 3 (абз. 1) Постановления Европейского Союза о конкурсном производстве, - национальным конкурсным правом. Таким образом, § 15 (абз. 1) Положения о конкурсном производстве ФРГ применим к руководителю находящейся в стране компании из государства-члена Европейского Союза или из привилегированного третьего государства, из чего следует, что имеется коллизионная привязка для применения национального конкурсного права и § 15a (абз. 1) Положения о конкурсном производстве ФРГ к руководителю иностранной компании, осуществляющей свою деятельность в стране. Следовательно, руководитель такой компании с местонахождением в Германии может совершить уголовно наказуемое деяние, связанное с неподачей или несвоевременной подачей ходатайства о возбуждении конкурсного производства, согласно § 15a (абз. 4, 5) Положения о конкурсном производстве ФРГ.

³⁷Bittmann, NStZ 2009, 113, 114; Haubold, in: Gebauer/Westphal, Zivilrecht, Kap. 30 Rn. 30; Westphal/Wilkens, EWiR 2004, 847, 848.

³⁸ Так, например, Eidenmüller, in: Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften, § 9 Rn. 8; Ehrike/Ries, JuS 2003, 313, 314; Duursma-Kepplinger, in: Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky, EuInsO, Art. 1 Rn. 52, 53; Leible/Staudinger, KTS 2000, 533, 539; Pannen/Riedemann, NZI 2004, 646, 651; Vallender, KTS 2005, 283, 285.

³⁹ Golovnenkov, Das transnationale Insolvenzstrafrecht im Verhältnis zu Russland, 2012, S. 125 ff., 127 с дальнейшими ссылками.

Несколько иначе обстоят дела в случае „оттока“ немецкой корпорации за рубеж. В отношении правового регулирования статуса немецких хозяйственных обществ, которые перенесли фактическое местонахождение своих административных органов и (или) основное поле деятельности за границу, немецкий законодатель признал на основании Закона о модернизации законодательства, касающегося обществ с ограниченной ответственностью, и о борьбе со злоупотреблениями (*MoMiG*) действие теории места учреждения компании. Согласно новой редакции § 4а Закона ФРГ об обществах с ограниченной ответственностью (*GmbHG*) и § 5 Закона ФРГ об акционерных обществах (*AktG*) свобода перемещения для немецких компаний в принципе является полной и неограниченной⁴⁰, по крайней мере, это касается государств-членов Европейского Союза⁴¹ и третьих стран, компании которых на основании соответствующих соглашений пользуются в Германии правом свободного выбора места деятельности⁴². Однако, как сказано выше, обязанность подачи ходатайства о возбуждении конкурсного производства (заявления должника) касается материи конкурсного права и, следовательно, относится к правовому регулированию несостоятельности компании. Поэтому ответственное лицо немецкой компании с основным полем деятельности за границей нарушало бы соответствующую конкурсно-правовую обязанность, установленную зарубежным законодательством. Следует, однако, учесть, что бланкетная диспозиция § 15а (абз. 4) Положения о конкурсном производстве ФРГ содержит прямую ссылку на § 15а (абз. 1) того же закона, в котором установлена обязанность подачи ходатайства о возбуждении конкурсного производства согласно немецкому праву. Лишь за нарушение этой обязанности в немецком уголовном законодательстве предусмотрена уголовная ответственность. В случае нарушения соответствующей иностранной обязанности уголовная ответственность в соответствии с немецким правом не наступает.⁴³

⁴⁰ BT-Drs. 16/6140, S. 68 f.; *Golovnenkov*, Das transnationale Insolvenzstrafrecht im Verhältnis zu Russland, 2012, S. 94; *Hoffmann*, ZIP 2007, 1581, 1586, 1589; *Leible/Hoffmann*, BB 2009, 58, 62; *Goette*, DStR 2009, 128, 129; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 4a Rn. 15; *Romermann*, GmbHR 2006, 673, 678. См. также Pkt. 2 а) заявление Федерального министерства юстиции ФРГ для средств массовой информации от 26.06.2008г. „Schwerpunkte des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)“.

⁴¹ За ограничение возможности «оттока» немецких компаний с сохранением национальной организационно-правовой формы на территорию Европейского Союза выступают *Paefgen*, in: Ulmer/Habersack/Winter, GK-GmbHG, ErgBd MoMiG, § 6 Rn. 13; *там же автор*, WM 2009, 529, 530 f.; *Kindler*, AG 2007, 721, 725 f.; *там же автор*, NJW 2008, 3249, 3251. По мнению этих авторов данная реформа корпоративного законодательства ФРГ является лишь реакцией немецкого законодателя на упомянутые выше решения Европейского суда, что должно вести к соответствующему ограничению сферы применения реформированных норм. Однако данное мнение не опирается на букву закона и не находит оправдания с политико-правовой точки зрения. Подробно см.: *Golovnenkov*, Das transnationale Insolvenzstrafrecht im Verhältnis zu Russland, 2012, S. 93 f. с дальнейшими ссылками.

⁴² За неограниченную возможность «оттока» немецких компаний с сохранением национальной организационно-правовой идентичности в целях сохранения их конкурентоспособности и соблюдения равных условий: *Golovnenkov*, Das transnationale Insolvenzstrafrecht im Verhältnis zu Russland, 2012, S. 93 f.; *Hoffmann*, ZIP 2007, 1581, 1586, 1589; *Leible/Hoffmann*, BB 2009, 58, 62; *Roth*, in Roth/Altmeppen, GmbHG, § 4a Rn. 1.

⁴³ *Golovnenkov*, Das transnationale Insolvenzstrafrecht im Verhältnis zu Russland, 2012, S. 202.

IV. Криминальное банкротство

Системное расположение прочих составов конкурсного уголовного права в большей степени соответствует требованиям определённости уголовно-правовых норм. Комплекс этих деликтов представляет собой часть основного уголовного права. Он расположен в §§ 283 – 283d двадцать четвёртого раздела Уголовного уложения ФРГ «Преступные деяния, связанные с несостоятельностью».

Что касается структуры деликтов криминального банкротства, их можно распределить в зависимости от отношения к объекту правонарушения (сохранность относящегося к конкурсной массе имущества должника и информация об имуществе) и к обстоятельствам деяния (ситуации экономического кризиса).⁴⁴ Составы криминального банкротства §§ 283 (абз. 1, 2), 283b УУ ФРГ охватывают две группы альтернативно совершаемых деяний: деяния, направленные против сохранности конкурсной массы, и деяния, нарушающие обязанность предоставлять определённую информацию об имуществе должника⁴⁵. В случае деяний, направленных против сохранности конкурсной массы (§ 283 абз. 1 № 1 альт. 1, 3, № 2, 3, № 8 альт. 1 УУ ФРГ), исполнитель в ситуации экономического кризиса предприятия (сверзадолженность, наступившая или грозящая неплатёжеспособность) совершает определённые действия, сокращающие конкурсную массу. В случае деяний, нарушающих обязанность предоставлять информацию об имуществе должника (§ 283 абз. 1 № 1 альт. 2, № 4, № 5-7, № 8 альт. 2 УУ ФРГ), исполнитель в той же ситуации кризиса манипулирует информацией об имуществе должника или нарушает определённые обязанности бухгалтерского учёта. Если исполнитель посредством этих действий создаёт кризисную ситуацию, уголовная ответственность за криминальное банкротство наступает в соответствии с § 283 (абз. 2) УУ ФРГ.

Поскольку неподобающий бухгалтерский учёт (или его отсутствие) и вне кризисной ситуации может привести к тяжким экономическим последствиям⁴⁶, положения § 283b УУ ФРГ переносят уголовную ответственность за нарушение обязанности ведения бухгалтерского учёта в преддверие криминального банкротства в контексте § 283 (абз. 1 № 5-7) УУ ФРГ. Таким образом, уголовному наказанию подлежат действия (бездействие), нарушающие обязанность ведения бухгалтерского учёта, совершенные исполнителем в ситуации, когда экономический кризис предприятия ещё не наступил (либо он не состоит в необходимой взаимосвязи с нарушением правил бухгалтерского учёта)⁴⁷, но наличествуют объективные предпосылки наказуемости, предусмотренные в § 283d (абз. 3) в сочетании с § 283 (абз. 6) УУ ФРГ («экономический крах должника», т.е. прекращение текущих платежей, открытие конкурсного производства или отклонение ходатайства об открытии конкурсного производства за отсутствием конкурсной массы). Иными словами, нарушение бухгалтерского учёта вне кризисной ситуации в контексте § 283b УУ ФРГ представляет собой второстепенный по отношению к § 283

⁴⁴ Подробно *Radtke*, in: *MüKoStGB*, Vor § 283 ff. Rn. 28 ff.

⁴⁵ *Kindhäuser*, in: *NKStGB*, § 283 Rn. 6 ff., 25 ff.; *Krause*, *Ordnungsgemäßes Wirtschaften*, S. 35 ff., 447; *Radtke*, in: *MüKoStGB*, Vor § 283 ff. Rn. 27 ff.

⁴⁶ *BT-Drs. 7/3441*, S. 38, *Hellmann*, in: *Hellmann/Beckemper*, *Wirtschaftsstrafrecht*, 4. Aufl. 2013 Rn. 319.

⁴⁷ *Hellmann*, in: *Hellmann/Beckemper*, *Wirtschaftsstrafrecht*, 4. Aufl. 2013 Rn. 320.

(абз. 1 № 5-7) УУ ФРГ состав, призванный восполнить пробел наказуемости, если не доказана необходимая для уголовной ответственности за банкротство взаимосвязь с кризисной ситуацией.⁴⁸

В диспозициях §§ 283c и 283d УУ ФРГ предусмотрена уголовная ответственность за действия, как правило, направленные против сохранности конкурсной массы.⁴⁹ Речь идёт об удовлетворении требований кредиторов в нарушение установленного порядка (предоставление преимущества кредиторы)⁵⁰ и о сокращении конкурсной массы должника третьим лицом (предоставление преимущества должнику).

В отношении уголовной ответственности руководителя признанной в Германии в качестве юридического лица иностранного права коммерческой организации, учреждённой за границей, центр основных интересов которой в форме филиала или представительства находится в Германии, или руководителя немецкого коммандитного товарищества, в котором такая зарубежная коммерческая организация выступает участником, ответственным всем своим имуществом по обязательствам товарищества (*nanpr. Ltd. & Co KG*) за совершение деяния криминального банкротства согласно §§ 283 и след. УУ ФРГ следует учитывать некоторые особенности.

В первую очередь это касается сферы действия уголовного законодательства Германии в отношении подобных констелляций. В соответствии с §§ 3, 9 УУ ФРГ в этих случаях подлежит применению немецкое уголовное право, поскольку, во-первых, место совершения деяния находится в Германии и, во-вторых, местом возникновения последствий всех составов преступного деяния, связанных с несостоятельностью, является Германия, ведь в качестве объективного условия наказуемости во всех этих деликтах необходим «экономический крах» должника (§ 283 абз. 6 УУ ФРГ)⁵¹. При этом следует учитывать, что как признаки экономического кризиса (сверхзадолженность и неплатёжеспособность), так и объективное условие наказуемости (прекращение платежей по требованиям кредиторов, открытие конкурсного производства, отклонение ходатайства об открытии конкурсного производства за отсутствием конкурсной массы) относятся к правовому регулированию несостоятельности компании, так что согласно положениям, установленным в ст. 3 (абз. 1 предл. 1), ст. 4 (абз. 1) Постановления Европейского Союза о конкурсном производстве (которые применимы также в

⁴⁸ В противном случае уголовная ответственность наступает в соответствии с § 283 (абз. 1 № 5-7) УУ ФРГ как *lex specialis*. См.: BGH NStZ 1998, 192, 193; *Hellmann*, in: *Hellmann/Beckemper*, *Wirtschaftsstrafrecht*, 4. Aufl. 2013 Rn. 319 с дальнейшими ссылками.

⁴⁹ За исключением альтернативы утаивания информации о части имущества должника (§ 283d абз. 1 альт. 2 УУ ФРГ), которая, как и § 283 (абз. 1 № 1 альт. 2) УУ ФРГ, предусматривает уголовную ответственность за нарушение определённых информационных обязанностей, см.: *Radtke*, in: *MüKoStGB*, Vor § 283 ff. Rn. 31.

⁵⁰ *Borchardt*, in: *Schmidt*, *HKInsR*, 3. Aufl. 2009, § 283c StGB Rn. 1; *Fischer*, *StGB*, 62. Aufl. 2015, § 283c Rn. 1; *Heine/Schuster*, in: *Schönke/Schröder*, 29. Aufl. 2014, § 283c Rn. 1; *Tiedemann*, in: *LKStGB*, § 283c Rn. 1.

⁵¹ Под действие § 9 (абз. 1 альт. 3) УУ ФРГ подпадают в соответствии с верным господствующим мнением также такие последствия, которые содержатся в объективных условиях наказуемости, в квалификационных признаках или примерах особо тяжких случаев. См.: BGHSt 42, 235, 242 f.; *Möhrenschläger*, в: *Wabnitz/Janowsky*, 4. Aufl. 2014, Kap. 3 Rn. 38; *Tiedemann*, в: *LKStGB*, § 283 Rn. 242a.

отношении зарубежных коммерческих организаций, действующих на территории Германии)⁵², на них распространяется исключительно немецкое право.

Практически все деликты конкурсного уголовного права Германии, предусмотренные Уголовным уложением ФРГ, являются специальными, т.е. могут быть совершены определенным, указанным в законе (специальным) субъектом.⁵³ Исключение представляет собой § 283d УУ ФРГ (предоставление преимущества должнику), который не подпадает под определение специального деликта, поскольку может быть совершён любым лицом, разумеется, - кроме самого должника. В остальном, субъектом криминального банкротства в контексте §§ 283 и след. Уголовного уложения ФРГ может выступать только должник.⁵⁴ Если же речь идёт о несостоятельности юридического лица или правоспособного хозяйственного товарищества, то только эти субъекты обладают установленным особым индивидуальным признаком, а не руководитель как физическое лицо, действующее в конечном итоге в ущерб кредитору. Однако немецкое уголовное право руководствуется принципом индивидуальной ответственности с тем следствием, что юридическое лицо или хозяйственное товарищество, являясь недееспособным и невменяемым образованием, не может действовать виновно в уголовно-правовом смысле и, следовательно, быть привлечено к уголовной ответственности. Данный пробел наказуемости восполняет § 14 УУ ФРГ, предусматривающий общий уголовно-правовой механизм, в соответствии с которым возможно вменение указанных в специальном составе признаков действующему физическому лицу. Данный механизм позволяет переносить «особые индивидуальные признаки», предусмотренные диспозицией соответствующего специального деликта Особенной части УУ ФРГ (в данном случае признак «должник»), на действующих от имени предприятия физических лиц (*Überwälzung*), которыми являются указанные в § 14 (абз. 1) УУ ФРГ органы юридического лица, обладающие правом представительства участники правоспособного хозяйственного товарищества, а также законные представители. В соответствии с § 14 (абз. 2) УУ ФРГ к кругу этих физических лиц относятся также лица, которым поручено управление предприятием или ответственное исполнение отдельных обязанностей собственника предприятия.⁵⁵ Если должником является признанное в Германии организационно-правовое образование иностранного права, то перенос особых индивидуальных признаков на действующего руководителя в соответствии с § 14 (абз. 1 или абз. 2) УУ ФРГ зависит от того, каким правовым статусом он обладает согласно

⁵² См.: *Golovnenkov*, Das transnationale Insolvenzstrafrecht im Verhältnis zu Russland, 2012, S. 133 ff. с дальнейшими ссылками.

⁵³ См.: BGH, wistra 2013, 150, 151; *Hellmann*, in: Hellmann/Beckemper, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2013 Rn. 252, 336; *Köhler*, in: Wabnitz/Janovsky, 4. Aufl. 2014, 7. Kap., Rn. 96, *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2014, § 283 Rn. 2.

⁵⁴ *Golovnenkov*, Das transnationale Insolvenzstrafrecht im Verhältnis zu Russland, 2012, S. 150 с дальнейшими ссылками; *Hellmann*, in: Hellmann/Beckemper, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2013 Rn. 252 с дальнейшими ссылками.

⁵⁵ Подробно о механизме переноса особых индивидуальных признаков в соответствии с § 14 УУ ФРГ, а также о связанных с этим проблемах см.: *Hellmann/Esakov/Golovnenkov*, Bestimmung des Sondersubjekts bei Wirtschaftsstraftaten im deutschen und russischen Recht – Определение субъекта преступных деяний в российском и немецком уголовном праве, 2010, S. 60 ff.

соответствующему зарубежному корпоративному праву (орган юридического лица или управомоченное лицо).⁵⁶

Что касается воплощения конкретных предпосылок соответствующего состава криминального банкротства, особое внимание следует уделить нормам, предусматривающим уголовную ответственность за нарушение правил ведения бухгалтерского учёта. Так, руководитель признанного иностранного предприятия с центром основных интересов в Германии⁵⁷ подлежит уголовной ответственности за преступное деяние в сфере несостоятельности в соответствии с §§ 283 (абз. 1 № 5-7), 283b УУ ФРГ, если он совершает указанные в диспозициях этих норм действия, нарушая бухгалтерские и балансовые обязательства, установленные законодательством страны учреждения компании. Применимость иностранного законодательства, касающегося ведения бухгалтерского учёта, следует из того, что согласно верному мнению в немецкой юридической литературе обязанности ведения бухгалтерского учёта и составления балансов, которые по своему регулятивному содержанию подлежат торговому праву и касаются внутренней структуры имущества и организации компании, относятся не к конкурсной, а к корпоративной сфере регулирования деятельности коммерческой организации⁵⁸ и, следовательно, определяются согласно праву государства, в котором учреждена компания. Таким образом, в этом отношении предпосылки, предусмотренные в диспозициях §§ 283 (абз. 1 № 5-7), 283b УУ ФРГ, конкретизируются иностранными (не уголовно-правовыми) обязанностями. В данном случае не возникает сомнений в правомерности применения иностранных правовых норм, поскольку эти положения не касаются состава преступного деяния как такового, а служат исключительно для толкования его отдельных признаков, предусмотренных немецким уголовным законом.

V. Заключение

Уголовно-правовое регулирование криминального банкротства представляет собой комплекс норм, отдельные предпосылки которых требуют конкретизации посредством корпоративного, торгового и конкурсного законодательства. Учитывая все более распространённые международные аспекты современного предпринимательства и следуя импульсам европейского права, немецкий законодатель значительно модернизировал правовое регулирование предпринимательской деятельности зарубежных компаний на территории Германии и правовой базы для деятельности национальных организационно-правовых образований за рубежом. Однако

⁵⁶ Подробно также в отношении необходимости двойного применения § 14 УУ ФРГ для переноса особого индивидуального признака на действующего руководителя юридического лица зарубежного права, являющегося полным товарищем немецкого командитного товарищества (напр. Ltd.&Co KG) см.: *Golovnenkov*, Das transnationale Insolvenzstrafrecht im Verhältnis zu Russland, 2012, S. 152 ff. с дальнейшими ссылками; *Hellmann*, in: *Hellmann/Beckemper*, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2013 Rn. 915 f. с дальнейшими ссылками.

⁵⁷ В отношении уголовной ответственности руководителя немецкого предприятия за совершение деяния, связанного с несостоятельностью, за границей см.: *П.В. Головненков*. Уголовно-правовые последствия корпоративно-правового признания «компаний третьих стран» при совершении преступных деяний в сфере несостоятельности // *Lex Russica* 2015. – № 2. – С. 81, 87.

⁵⁸ *Heinz*, Die englische Limited, § 12 Rn. 25; *Rönnau*, ZGR 2005, 832, 846 с дальнейшими ссылками; *Westhoff*, в: *Hirte/Bücker*, Grenzüberschreitende Gesellschaften, § 17 Rn. 31 и след.

либерализация корпоративного законодательства требует от уголовного права соответствующей реакции на возможные злоупотребления в области транснациональной несостоятельности. В особенности национальные уголовные суды, применяя немецкое уголовное право, все в большем объеме будут сталкиваться с необходимостью использовать зарубежное законодательство для конкретизации соответствующих признаков состава преступного деяния.

Сведения об авторе:

Павел Головненков: Dr. iur. [доктор права], ass. iur. [ассессор права], главный научный сотрудник кафедры уголовного и экономического уголовного права юридического факультета Потсдамского университета (г. Потсдам), адвокат (г. Берлин). К сфере его научных интересов относятся: материальное уголовное право, уголовный процесс, германское, европейское и транснациональное экономическое уголовное право, международное уголовное право и сравнительное правоведение. Особый интерес представляет экономическая и правовая интеграция в странах-членах ЕАЭС, а также исследование распространения трансграничной преступности между государствами-членами ЕАЭС и ЕС. Павел Головненков является автором более 70 научных публикаций, изданных на немецком, русском, английском и китайском языках. Кроме этого, он является членом Германского Представительства Союза Криминалистов и Криминологов (СКК) и Германно-Российской Ассоциации Юристов (DRJV), а также входит в Редакционный совет нескольких российских научных правовых журналов.

RA Dr. iur. Pavel Golovnenkov ist Wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Strafrecht, insbesondere Wirtschaftsstrafrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam und Rechtsanwalt in Berlin. Zu seinen Forschungsschwerpunkten gehören das allgemeine Strafrecht, Strafprozessrecht, deutsches, europäisches und transnationales Wirtschaftsstrafrecht, Völkerstrafrecht und Rechtsvergleichung. Sein besonderes wissenschaftliches Interesse gilt der wirtschaftlichen und rechtlichen Integration in den Mitgliedstaaten der EAWU und der Erforschung der transnationalen Verbreitung der Wirtschaftskriminalität zwischen den Mitgliedstaaten der EAWU und EU. Pavel Golovnenkov ist Autor von über 70 wissenschaftlichen Publikationen, die in deutscher, russischer, englischer und chinesischer Sprache erschienen sind. Zudem ist er Mitglied der deutschen Repräsentanz des Internationalen Verbandes der Kriminalisten und Kriminologen (CKK) und der Deutsch-Russischen Juristenvereinigung (DRJV). Außerdem gehört er mehreren Redaktionsbeiräten russischer juristischer Zeitschriften an.

Уголовно-правовой институт конфискации имущества в Германии и России: сущность, виды и проблемы применения

Rechtsnatur, Erscheinungsformen und Anwendungsprobleme der Vermögenskonfiskation im deutschen und russischen Strafrecht

*Павел Головненков (Pavel Golovnenkov), Dr. iur., assessor iuris,
главный научный сотрудник кафедры уголовного и экономического
уголовного права Потсдамского университета (г. Потсдам),
адвокат (г. Берлин)*

*Татьяна Понятовская (Tatiana Ponyatovskaya), доктор юридических наук,
профессор, Московский государственный юридический
университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА) (г. Москва)*

Der Beitrag beschäftigt sich mit den Problemen der Vermögenskonfiskation im deutschen und im russischen Strafrecht. Zunächst geht der Beitrag auf die Vermögenskonfiskation im deutschen Strafrecht ein, wobei bemerkenswert ist, dass das deutsche Strafrecht einen solchen Oberbegriff eigentlich nicht kennt. Als Vermögenskonfiskation im eigentlichen Sinn wird die – im StGB immer noch vorgesehene, aber wegen der Verfassungswidrigkeit der Norm heute nicht anwendbare – Vermögensstrafe behandelt. Besondere Beachtung finden hier die Entstehungsgründe dieser strafrechtlichen Sanktion und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des BGH zu den Fragen der Auslegung und der Verfassungswidrigkeit des § 43a StGB. Des Weiteren setzt sich der Beitrag mit dem Verfall und der Entziehung auseinander, indem die wesentlichen Fragen zur Rechtsnatur dieser Rechtsinstitute und die sich daraus ergebenden Anwendungsprobleme behandelt werden. In der Analyse der rechtlichen Regulierung der russischen Normen zur Vermögenskonfiskation zeichnet der Beitrag zunächst die geschichtliche Entwicklung dieses Rechtsinstituts auf und beschäftigt sich mit der umstrittenen Rechtsnatur der Vermögenskonfiskation sowie den Problemen der Normanwendung. Im vorliegenden Beitrag wird also ein Versuch unternommen, die einzelnen Erscheinungsformen der Vermögenskonfiskation aufzuzeigen und rechtsvergleichend zu analysieren. Dabei wird deutlich, dass die Probleme bei der Bestimmung der Rechtsnatur einzelner Arten und insbesondere bei der Anwendung dieses Rechtsinstituts in beiden Strafrechtssystemen durchaus verwandt sind.

I. Введение

Во всех российских уголовных кодексах (УК РСФСР 1922, 1926, 1960 годов, УК РФ 1996 г. до изменений, внесённых Федеральным законом от 27.07.2006 № 153 - ФЗ) конфискация имущества предусматривалась как вид наказания, что существенно

отличало её значение от того, которое в настоящее время придаётся конфискации имущества в уголовном праве ФРГ. В действующей редакции УК РФ конфискация имущества предусматривается в разделе VI («Иные меры уголовно-правового характера»), что, напротив, обуславливает сходство с германским уголовным правом, но лишь в той мере, в какой сущность конфискации имущества отделяется от сущности наказания. Общность трактовок конфискации имущества в российском и германском уголовном праве сводится к тому, что конфискация имущества рассматривается (в Германии, во всяком случае в смысле применяемых в настоящее время норм) как уголовно-правовое последствие преступления, отличное от наказания.

II. Конфискация имущества в уголовном праве Германии

Немецкое уголовное право предусматривает несколько форм лишения имущества, которые можно рассматривать как конфискацию в широком смысле.

1. Имущественный штраф

а. Сущность имущественного штрафа

В первую очередь речь идёт о (ныне не применяемом) имущественном штрафе (*Vermögensstrafe*) в соответствии с § 43а УУ ФРГ, т.е. конфискации имущества как таковой. Данная норма была введена в Уголовное уложение Германии (*Strafgesetzbuch*) [УУ ФРГ]¹ Законом о борьбе с незаконной торговлей наркотиками и иными формами организованной преступности от 15 июля 1992 года (*OrgKG*).² В изначальной законодательной концепции имущественный штраф был задуман как некий симбиоз уголовного наказания и меры лишения преступника преступных доходов, т.е. как уголовное наказание, используемое в качестве исполняющего функции превенции и безопасности инструмента конфискации преступно нажитого имущества.³ Однако, как сам *OrgKG*⁴, так и законодательные пояснения к нему⁵ ни в одной стадии законодательного процесса не оставляли сомнения в том, что имущественный штраф (несмотря на свою «превентивную оболочку»⁶) является исключительно уголовным наказанием⁷, а именно, особой формой денежного штрафа, назначаемого не в соответствии с системой дневных ставок (§ 40 УУ ФРГ), а ограниченного исключительно размером имущества осуждённого.⁸ Основным отличием от денежного штрафа

¹ Перевод и комментарий положений Уголовного уложения ФРГ см.: Головченко П.В. Уголовное уложение (Уголовный кодекс) Федеративной Республики Германия – *Strafgesetzbuch* (StGB) – Научно-практический комментарий и перевод текста закона. 2- изд. М.: Проспект. 2014.

² Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (BGBl 1992 I 1302 ff.).

³ См. напр. пояснения к проекту Закона о борьбе с незаконной торговлей наркотиками и иными формами организованной преступности, BT-Drs. 12/989, S. 22.

⁴ BT-Drs. 12/989, S. 5 ff.

⁵ См. RegE, BT-Drs. 11/5461, S. 5, BT-Drs. 12/989, S. 22.

⁶ См. BVerfGE 105, 135 (Pkt. 77).

⁷ Так же BGHSt. 41, 20, 24 f., который указал на карательный характер § 43а УУ ФРГ и поэтому счёл невозможным рассматривать эту норму как инструмент лишения организованной преступности незаконно полученных доходов. См. также BVerfGE 105, 135 (Pkt. 77).

⁸ BT-Drs. 12/989, S. 22.

(*Geldstrafe*) является, таким образом, определение размера имущественного штрафа в абсолютных единицах (а не в дневных ставках, как в случае «обычного» денежного штрафа) и его ориентация не на доход⁹, а на имущество осуждённого (§ 43a абз. 1 УУ ФРГ).

в. Цель и сфера применения

Положения § 43a УУ ФРГ предоставляют суду возможность наряду с пожизненным лишением свободы или лишением свободы сроком более двух лет назначить осуждённому имущественный штраф (т.е. уплату определённой суммы, размер которой ограничен стоимостью его имущества). Однако данная возможность ограничена лишь особо тяжкими случаями организованной преступности, что проистекает из законодательно установленной сферы применения имущественного штрафа лишь в случаях, в которых закон в перечислении правовых последствий деяния прямо отсылает к данному положению. Подобная отсылка существует в целом ряде деликтов Особенной части УУ ФРГ и дополнительного уголовного права, как напр.: в деликтах, направленных против сексуального самоопределения (§§ 181c, 181a абз. 1 № 2 УУ ФРГ), тяжкой краже бандой (§ 244a абз. 3 УУ ФРГ), разбое и вымогательстве, совершенных бандой (§ 256 абз. 2 УУ ФРГ), скупке краденого бандой §§ 260 (абз. 3), 260a УУ ФРГ, мошенничестве и подделке документов (§ 263 абз. 7 УУ ФРГ), некоторых корыстных деяниях, совершенных бандой (§ 286 абз. 1 УУ ФРГ), некоторых преступных деяниях против свободной конкуренции (§ 302 абз. 2 УУ ФРГ) и некоторых должностных преступных деяниях (§ 338 абз. 2 УУ ФРГ), а также деликтах, связанных с незаконным хранением и распространением наркотиков (§ 30c Федерального закона об обращении наркотических средств).¹⁰

Целью введения имущественного штрафа в каталог уголовно-правовых санкций стала необходимость усиления борьбы с финансированием организованной преступности (в первую очередь – наркопреступности) и недостаточность существующих и закреплённых в §§ 73 и след. УУ ФРГ норм о конфискации того, что было приобретено преступным путём (*Verfall*), для достижения этой цели. Это объясняется тем, что имущественный штраф (в отличие от конфискации по § 73 УУ ФРГ) мог назначаться в отношении имущества осуждённого, установление преступного происхождения которого не требуется.¹¹ Более того, согласно § 43a (абз. 1 предл. 2) УУ ФРГ при определении размеров имущественного штрафа (в том числе при оценке имущества по § 43a абз. 1 предл. 3 УУ ФРГ) не учитывается преступно приобретённое имущество, которое должно быть конфисковано в соответствии с §§ 73, 73d УУ ФРГ. Данные положения о конфискации приоритетны по отношению к имущественному штрафу.¹²

⁹ Как этого требует § 40 (абз. 2 предл. 1) УУ ФРГ в случае «обычного» денежного штрафа.

¹⁰ Следует учесть, что в настоящее время все указанные отсылки не имеют практического действия, поскольку Федеральным Конституционным судом Германии § 43a признан противоречащим Основному закону (Конституции) ФРГ и ничтожным.

¹¹ BT-Drs. 12/989, S. 22, BGHSt 41, 20, 25.

¹² *Tröndle/Fischer*, StGB, 49. Aufl. (1999), § 43a Rn. 3a. В силу ничтожности § 43a УУ ФРГ актуальное издание *Fischer*, StGB, 62. Aufl. (2015) более не содержит комментария к данной норме.

с. Проблемы конституционности

Ещё в законодательном процессе¹³ и сразу после вступления в силу правовой институт имущественного штрафа вызвал оживлённую дискуссию в литературе¹⁴ и правоприменительной практике¹⁵ на предмет конституционности данной нормы. Федеральный Верховный суд ФРГ (*Bundesgerichtshof*; далее: ФВС ФРГ)¹⁶ признал карательный характер имущественного штрафа. Однако, в опровержение критике в литературе, ФВС ФРГ счёл при определённых условиях конституционное толкование § 43а УУ ФРГ возможным. Иными словами, при строгой ориентации данной нормы на принцип виновности и при её применении в соответствии с общими принципами определения размеров наказания, положения § 43а УУ ФРГ могут (по мнению ФВС ФРГ) толковаться и применяться таким образом, чтобы не противоречить конституционным принципам. Для этого суд обязан в каждом конкретном случае определять размеры наказания в виде лишения свободы и имущественного штрафа таким образом, чтобы их сумма соответствовала степени вины осуждённого. Иначе говоря, при определении размеров наказания в виде лишения свободы суд обязан учитывать наложенный имущественный штраф, что должно вести к соответствующему снижению срока лишения свободы.

Данный спор был в конечном итоге разрешён Федеральным Конституционным судом ФРГ (*Bundesverfassungsgericht*), который в своём решении от 20 марта 2002 года¹⁷ установил, что § 43а УУ ФРГ не соответствует конституционному принципу определённости уголовно-правовых норм, заложенному в ст. 103 (абз. 2) Основного Закона ФРГ (*Grundgesetz – GG*). Поскольку данный конституционный принцип действует не только в отношении признаков состава преступного деяния, но и в отношении уголовно-правовых последствий деяния, законодатель обязан при введении новой формы уголовного наказания обеспечить его соответствие принципу определённости. В случае имущественного штрафа в контексте § 43а УУ ФРГ речь идёт об уголовном наказании, которое (особенно в виду его комбинации с наказанием в виде лишения свободы и возможности его распространения на все имущество осуждённого) особо интенсивно затрагивает основные конституционные права граждан. Поэтому к данной норме предъявляются особые требования в отношении её определённости.¹⁸ Этим требованиям § 43а УУ ФРГ не соответствует по нескольким причинам. Во-первых, законодателем недостаточно однозначно установлены случаи, в которых осуждённому может быть назначен имущественный штраф.¹⁹ Во-вторых, в данной норме законодатель

¹³ См. напр. *Arzt*, NStZ 1990, S. 1 ff., 6; *Eser*, in FS für Stree und Wessels, S. 833, 842, которые выражали опасение, что имущественный штраф может служить основанием для конфискации имущества (дохода) по простому подозрению незаконности его происхождения.

¹⁴ Подробно и с дальнейшими ссылками *Tröndle/Fischer*, StGB, 49. Aufl. (1999), § 43a Rn. 3 ff., 3b.

¹⁵ См. BGHSt 41, 20 ff.

¹⁶ BGHSt 41, 20, 24 f.

¹⁷ Решение Федерального Конституционного суда ФРГ - 2 BvR 794/95 - от 20.03.2002 г. (BGBl 2002 I S. 1340), BVerfGE 105, 135.

¹⁸ BVerfGE 105, 135 (Pkt. 79). В силу карательного характера имущественного штрафа, открытым может оставаться вопрос, насколько принцип определённости ст. 103 (абз. 2) GG распространяется также на меры исправления и безопасности. См. BVerfGE 74, 102, 126; 83, 119, 128.

¹⁹ BVerfGE 105, 135 (Pkt. 80 ff., 87 ff.).

не определил рамки наказания, в которых суд может устанавливать конкретный размер имущественного штрафа в соответствии со степенью вины осуждённого.²⁰ Этот пробел усугубляется к тому же возможностью оценки имущества осуждённого.²¹ В-третьих, при кумулятивном назначении уголовного наказания существует опасность коллизии с принципом виновности и назначения наказания, выходящего за рамки вины осуждённого.²² Таким образом, на основании установленной неконституционности § 43а УУ ФРГ, Федеральный Конституционный суд ФРГ признал все правовое регулирование имущественного штрафа *ничтожным*. В настоящее время § 43а УУ ФРГ, а также отсылки к нему в Особенной части УУ ФРГ и дополнительном уголовном праве хотя и не удалены из текста закона, они не применяются уголовными судами.

2. Конфискация имущества в широком смысле

Далее немецкое уголовное законодательство предусматривает особые виды конфискации имущества, не являющиеся ни уголовным наказанием, ни мерой исправления и безопасности. Речь идёт о (уже упомянутых выше) конфискации того, что было приобретено преступным путём (*Verfall*, §§ 73, 73d УУ ФРГ), изъятии предметов и средств совершения деяния (*Einziehung*, §§ 74, 74а УУ ФРГ), а также изъятии и приведении предметов в негодность (*Einziehung und Unbrauchbarmachung*, §§ 74d и след. УУ ФРГ). Все эти виды конфискации имущества представляют собой принудительные меры в понимании § 11 (абз. 1 № 8) УУ ФРГ,²³ причём правовой характер отдельных мер является крайне дискуссионным.²⁴

а. Конфискация противоправно приобретенного имущества

аа. Сущность конфискации

В соответствии с § 73 (абз. 1 предл. 1) УУ ФРГ немецкое уголовное право предусматривает *обязательную*²⁵ конфискацию у преступника всего, что было им приобретено преступным путём *в рамках конкретного преступления*, являющегося предметом обвинительного заключения, и по которому выносится решение суда.²⁶ Во исполнение лежащего в основе этого правового института принципа «преступление не выгодно» (*«crime doesn't pay»*)²⁷, конфискация имущества по положениям §§ 73 и след. УУ ФРГ призвана осуществлять функцию лишения исполнителя или соучастника преступления, а также (при определённых условиях, предусмотренных в § 73 абз. 3, 4

²⁰ BVerfGE 105, 135 (Pkt. 92 ff.).

²¹ BVerfGE 105, 135 (Pkt. 103).

²² BVerfGE 105, 135 (Pkt. 98).

²³ См.: BGHSt 55, 174, 177; *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), Vor § 73 Rn. 1; *Salinger*, in: NK StGB, 4. Aufl. (2013), § 11 Rn. 66; Vor §§ 73 ff. Rn. 1.

²⁴ Подробно: *Hellmann/Beckemper*, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. (2013), Rn. 985 ff.

²⁵ Fischer, StGB, 62. Aufl. (2015) § 73 Rn. 6; *Hellmann/Beckemper*, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. (2013), Rn. 985.

²⁶ BGHSt 28, 369; BGH StV 81, 627; BGH StraFo 2003, 283; BGH NStZ-RR 2004, 347.

²⁷ BVerfG NJW 2004, 2073 ff.; *Hellmann/Beckemper*, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. (2013), Rn. 984; *Salinger*, in: NK StGB, 4. Aufl. (2013), Vor §§ 73 ff. Rn. 2.

УУ ФРГ) третьих лиц той выгоды, которую они прямо или косвенно²⁸ получили непосредственно (хотя бы на короткое время²⁹) за совершение³⁰ или в результате³¹ противоправного, не обязательно виновно³² совершенного деяния. По смыслу положений § 73e (абз. 1) УУ ФРГ, под предметом конфискации понимается не только имущество (вещи любого вида, земельные участки и пр.), но и вещные или обязательственные права³³. Право собственности на вещь (или утраченное в результате конфискации право), если таковая (таковое) является предметом обогащения, переходит государству³⁴. Денежные средства обращаются в государственный доход. Однако, согласно § 73 (абз. 1 предл. 2) УУ ФРГ, учитывая в первую очередь интересы потерпевшего, конфискация не назначается, если потерпевший в результате совершенного против него деяния получил право на претензию, исполнение которой лишало бы исполнителя или соучастника стоимости того, что было приобретено в результате деяния.

§ 73 (абз. 2) УУ ФРГ восполняет пробел первого абзаца, который распространяет конфискацию только на выгоду, полученную *непосредственно* от совершения противоправного деяния³⁵. Так, в соответствии с данной нормой назначение конфискации в *обязательном порядке* распространяется также на выгоду (§§ 99, 100 Гражданского кодекса ФРГ – *Bürgerliches Gesetzbuch*; далее: ГК ФРГ), *действительно* полученную от пользования приобретённым имуществом или правом на имущество. Наряду с этим, *по усмотрению суда* конфискация может распространяться на предметы, которые преступник получил путём отчуждения приобретённого предмета или путём его замены в случае уничтожения, поломки или изъятия, либо на основании реализации приобретённого права (конфискация суррогата, § 818 абз. 1 ГК ФРГ).³⁶ Кроме того, § 73a УУ ФРГ предписывает конфискацию соответствующей денежной суммы вместо лишения неправомерно приобретённого имущества, если конфискация определённого предмета невозможна³⁷ или не назначается конфискация суррогата в соответствии с § 73

²⁸ Например, через посредника. См: BGH NStZ-RR 2006, 266, 2012, 81, 82; *Lackner/Kühl*, StGB, 28. Aufl. (2014), § 73 Rn. 5; *Fischer*, StGB, 62. Aufl. (2015) § 73 Rn. 13, 15.

²⁹ BGH NStZ 2011, 83, 86.

³⁰ Например, вознаграждение за совершение преступления. Подробно с другими примерами: *Fischer*, StGB, 62. Aufl. (2015) § 73 Rn. 12.

³¹ Например, добытое посредством преступления имущество как таковое, BGH NStZ-RR 2011, 283; BGH NStZ 2011, 229; BGH wistra 2011, 298; BGH NStZ-RR 2012, 81; BGH NJW 2012, 2051. Подробно с другими примерами: *Salinger*, in: NK StGB, 4. Aufl. (2013), § 73 Rn. 6.

³² BT-Drs. V/4095, S. 39; *Fischer*, StGB, 62. Aufl. (2015) § 73 Rn. 2a; *Lackner/Kühl*, StGB, 28. Aufl. (2014), § 73 Rn. 2.

³³ Подробно: *Fischer*, StGB, 62. Aufl. (2015) § 73 Rn. 9 f.

³⁴ Учитывать следует, однако, что согласно § 73e (абз. 1 предл. 2) УУ ФРГ права добросовестных третьих лиц на предмет конфискации сохраняются. Подробно см.: *Salinger*, in: NK StGB, 4. Aufl. (2013), § 73e Rn. 3.

³⁵ *Lackner/Kühl*, StGB, 28. Aufl. (2014), § 73 Rn. 7.

³⁶ Данный перечень косвенных выгод, подлежащих конфискации, является закрытым (BGH NStZ 1996, 332). На прочие виды и формы косвенного дохода, выходящие за рамки данной нормы (напр., доход от инвестиции полученных от преступления денег или выигрыш в лото) конфискация не распространяется (см.: BGH NStZ 1996, 332, 334 f.; OLG Köln, NStZ-RR 2008, 107; *Fischer*, StGB, 62. Aufl. (2015) § 73 Rn. 28; *Lackner/Kühl*, StGB, 28. Aufl. (2014), § 73 Rn. 7).

³⁷ Например, из-за состава приобретённого (т.е. в случае, если речь идет о сэкономленных расходах, праве пользования или смешанных денежных купюрах и пр.) или по другой причине (напр., в силу утраты предмета или передачи собственности (уступки права) добросовестному третьему лицу). Подробно с другими примерами *Fischer*, StGB, 62. Aufl. (2015) § 73a Rn. 3 ff.

(абз. 2 предл. 2) УУ ФРГ³⁸. В случае, если предмет конфискации обесценился, суд назначает наряду с конфискацией самого предмета, конфискацию денежной суммы, соответствующей разнице в стоимости вещи в момент приобретения и в момент принятия судебного решения о конфискации.

bb. Расширенная конфискация противоправно приобретенного имущества

Особым³⁹ (хотя и субсидиарным по отношению к § 73 УУ ФРГ⁴⁰) видом конфискации того, что было приобретено преступным путём, является расширенная конфискация согласно § 73d УУ ФРГ (*Erweiterter Verfall*)⁴¹, которая при менее строгих условиях (по сравнению с требованиями § 73 УУ ФРГ) открывает суду доступ к неправомерным доходам от преступлений, типичных для криминальной среды нарко- или иной организованной преступности.⁴² Так, расширенная конфискация назначается за противоправные деяния, предусмотренные законом, отсылающим к данному положению (преимущественно преступные деяния, связанные с организованной преступностью⁴³), даже в том случае, если обстоятельства допускают лишь предположение, что предметы, подлежащие конфискации, приобретены за совершение *других* противоправных деяний или в их результате.⁴⁴ Однако в рамках конституционного толкования закона правоприменительная практика требует убеждения судьи в преступном происхождении предметов, полученного в результате сбора и оценки доказательств.⁴⁵ Соответствие

³⁸ Конфискация суррогата может не назначаться, например, по соображениям экономии судебных ресурсов или в случае, если последующая реализация суррогата представляется сомнительной. См.: *Fischer*, StGB, 62. Aufl. (2015) § 73a Rn. 6; *Salinger*, in: NK StGB, 4. Aufl. (2013), § 73a Rn. 5.

³⁹ *Lackner/Kühl*, StGB, 28. Aufl. (2014), § 73d Rn. 3. Иного мнения придерживается *Fischer*, StGB, 62. Aufl. (2015) § 73d Rn. 8, который считает, что расширенная конфискация является абсолютно самостоятельным инструментом.

⁴⁰ BGH NStZ-RR 2012, 312 (3 StR 144/11); BGH NStZ-RR 2012, 312, 313 (4 StR 76/12). *Fischer*, StGB, 62. Aufl. (2015) § 73d Rn. 9 справедливо подчёркивает в этой связи, что § 73d УУ ФРГ не является *lex specialis* по отношению к § 73 УУ ФРГ.

⁴¹ § 73d УУ ФРГ был введён в Уголовное уложение OrgKG от 15 июля 1992 г. (BGBl 1992 I 1302 ff.) наряду с имущественным штрафом. В отличие от имущественного штрафа расширенная конфискация выдержала проверку конституционности Федеральным Конституционным судом ФРГ (BVerfGE 110, 1; BVerfG NJW 2004, 2073).

⁴² VT-Drs. 12/989, S. 23 f.; *Lackner/Kühl*, StGB, 28. Aufl. (2014), Vor § 73 Rn. 1.

⁴³ Например: §§ 150 (абз.1), 181c, 184 (абз. 7), 244a (абз. 3), 260 (абз. 3), 260a (абз. 3), 261 (абз. 7), 263 (абз. 7), 286 (абз. 1), 302, 338 УУ ФРГ, а также многочисленные нормы дополнительного уголовного права, в первую очередь, - § 33 Федерального закона об обращении наркотических средств. Подробно: *Lackner/Kühl*, StGB, 28. Aufl. (2014), Vor § 73 Rn. 1, § 73d Rn. 1; *Salinger*, in: NK StGB, 4. Aufl. (2013), § 73d Rn. 5 ff.

⁴⁴ В рамках расширенной конфискации также учитываются приоритетные требования пострадавших в соответствии с § 73 (абз. 1 предл. 2) УУ ФРГ. См.: § 73d (абз. 1 предл. 3) УУ ФРГ. Кроме того, расширенная конфискация назначается также в отношении косвенных выгод и суррогатов (§ 73d абз. 1 предл. 3 в сочетании с § 73 абз. 2 УУ ФРГ). § 73a УУ ФРГ о конфискации соответствующей денежной суммы вместо лишения неправомерно приобретённого имущества применяется соответственно (см. § 73d абз. 2 УУ ФРГ).

⁴⁵ BGHSt 40, 371 f., 373; BGH NStZ-RR 1998, 297; BGH NStZ 2000, 137; 2001, 531. В данной связи следует уточнить, что раньше правоприменительная практика (BGH NStZ-RR 2003, 75; 2010, 255) требовала от суда перед назначением расширенной конфискации по § 73d УУ ФРГ в процессе сбора и оценки доказательств однозначно установить, что предмет конфискации происходит не из преступления, являющегося основанием для назначения конфискации (в противном случае конфискация должна назначаться в соответствии с приоритетными положениями §§ 73, 73a УУ ФРГ), а из другого противоправного деяния (лишь в этом случае назначение конфискации возможно по § 73d УУ ФРГ). В настоящее время достаточным является убеждение суда в преступности происхождения предмета

конституционным принципам подобного толкования нормы подтверждено Федеральным Конституционным судом ФРГ.⁴⁶

сс. Конфискация у третьих лиц

Как сказано выше, конфискация неправомерно приобретённого имущества в соответствии с §§ 73 (абз. 1 предл. 1, абз. 2), 73d (абз. 1 предл. 1) УУ ФРГ назначается, в принципе, только в отношении исполнителей или соучастников преступления, получивших право фактического распоряжения предметами конфискации (§ 73 УУ ФРГ)⁴⁷ или ставших их собственниками (правообладателями) (§ 73d УУ ФРГ)⁴⁸.

Конфискация имущества непричастных к преступлению третьих лиц возможна лишь в двух случаях.

Во-первых, в соответствии с § 73 (абз. 4) УУ ФРГ конфискации подлежит имущество, находящееся в собственности третьего лица, которое, хотя и не участвовало в преступлении, но предоставило своё имущество за совершение преступления или зная обстоятельства преступления и содействовало, таким образом, приросту имущества исполнителя (соучастника) преступления. Целью данной нормы является распространение конфискации на имущество третьих лиц, которые, не участвуя в преступлении, осознанно способствовали тому, что их имущественные ценности были задействованы в совершении преступления.⁴⁹ Основной сферой применения данной нормы являются случаи, в которых, например, продавец наркотиков получает от третьего лица денежную сумму в качестве платы «за товар», но в силу гражданско-правовой недействительности сделки (§§ 134, 138 ГК ФРГ) не становится законным собственником денег; им формально остаётся «покупатель».⁵⁰ Конфискация денег назначается продавцу в соответствии с § 73 (абз. 4) УУ ФРГ, а проданные наркотики изымаются на основании § 33 (абз. 2) Федерального закона об обращении наркотических средств⁵¹. Следует учесть, что в соответствии с § 73d (абз. 1 предл. 2) УУ ФРГ для назначения расширенной конфискации гражданско-правовая действительность перехода права собственности на предмет конфискации значения не имеет, не зависимо от того, было ли третье лицо, формально являющееся собственником имущества, осведомлено об обстоятельствах преступления или нет.

конфискации (BGH NStZ-RR 2012, 312). Иными словами, применяемую норму (§ 73 или § 73d УУ ФРГ) суд может выбирать в зависимости от обстоятельств дела, учитывая при этом subsidiarность § 73d УУ ФРГ. Подробно о дискуссии в данной связи и с дальнейшими ссылками *Salinger*, in: NK StGB, 4. Aufl. (2013), § 73d Rn. 14 и след.

⁴⁶ BVerfGE 110, 1 ff.; BVerfG NJW 2004, 2073 ff.

⁴⁷ BGH NStZ-RR 1997, 262; BGH NStZ 2003, 198; BGHSt 51, 65, 68; *Fischer*, StGB, 62. Aufl. (2015) § 73 Rn. 13, 29; *Lackner/Kühl*, StGB, 28. Aufl. (2014), § 73 Rn. 5, 8; *Salinger*, in: NK StGB, 4. Aufl. (2013), § 73 Rn. 18.

⁴⁸ *Fischer*, StGB, 62. Aufl. (2015), § 73d Rn. 15; *Lackner/Kühl*, StGB, 28. Aufl. (2014), § 73d Rn. 7; *Salinger*, in: NK StGB, 4. Aufl. (2013), § 73d Rn. 9.

⁴⁹ *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 73 Rn. 40; *Salinger*, in: NK StGB, 4. Aufl. (2013), § 73 Rn. 37; *Schmidt*, in: LK StGB, § 73 Rn. 64 ff.

⁵⁰ См. BGHSt 36, 251.

⁵¹ BGH NStZ-RR 2010, 141, 142; BGH NStZ 2011, 100.

Во-вторых, если исполнитель конкретного преступного деяния (или его соучастник) действовал в интересах другого лица, и это лицо в результате содеянного что-либо приобрело, то конфискации на основании положений § 73 (абз. 3) УУ ФРГ подлежит и это, приобретённое имущество. Это может касаться как физических, так и юридических лиц или хозяйственных товариществ (не являющихся в немецком корпоративном праве юридическими лицами).⁵² В случае совершения преступного деяния сотрудником предприятия, которое на основании этого преступного деяния обогатилось, предприятие подлежит лишению предмета обогащения.⁵³

dd. Правовая природа и проблемы правоприменения

В немецкой юридической литературе и правоприменительной практике остро дискуссионным является вопрос, в каком объёме подлежит конфискации преступно приобретённое имущество, а также тесно связанный с этой проблемой вопрос о правовой природе конфискации имущества в соответствии с §§ 73, 73d УУ ФРГ.

До изменения в тексте § 73 (абз. 1 предл. 1) УУ ФРГ обозначения предмета конфискации с «*имущественной выгоды*» («*Vermögensvorteil*») на неопределённый термин «*что-либо*» («*etwas*»)⁵⁴ конфискации подлежал только чистый доход от преступного деяния (т.н. «принцип нетто-конфискации»). То есть, при назначении конфискации принимались во внимание затраты, совершенные преступником или третьим лицом на получение дохода от преступного деяния.⁵⁵ Поэтому правовая природа конфискации определялась практически бесспорно её восстановительной функцией.⁵⁶ На сегодняшний день по воле законодателя⁵⁷ процедура конфискации подчиняется т.н. «принципу брутто-конфискации», которая распространяется абсолютно на всё, что было нажито преступным путём. Применение принципа брутто-конфискации проблематично с догматической точки зрения, поскольку в её результате исполнитель лишается большего, чем он в конечном итоге «нажил» от совершения преступления, что свидетельствует о карательном характере данной меры, хотя в законодательной концепции её применение не требует действия принципа виновности.⁵⁸ Особенно остро эта проблема встаёт, если для неправомерного деяния используются очевидно легальные средства, как это часто бывает в экономическом уголовном праве (например,

⁵² См. BGHSt 47, 369, 373; BGH wistra 1999, 477, 478.

⁵³ Подробно: Hellmann/Beckemper, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. (2013), Rn. 987 ff.

⁵⁴ См.: Ст. 3 Закона о внесении изменений в Закон о внешнеторговой деятельности, Уголовное уложение и другие законы от 28.02.1992 г. (BGBl 1992 I 372).

⁵⁵ См.: BGHSt 28, 369; 31, 145; BGH StV 1981, 627; BGH MDR 1986, 973; BGH NStZ 1981, 18; BGH NJW 1986, 1624.

⁵⁶ Господствующее мнение. См. с дальнейшими ссылками Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 73 Rn. 18.

⁵⁷ BT-Drs. 12/1134, S. 12. См. также BGHSt 47, 369, 370 ff., BGHSt 51, 65, 66; BGH NJW 2002, 2257, 2258; BGH NStZ 2001, 312; BGH wistra 2002, 225.

⁵⁸ Подробно Salinger, in: NK StGB, 4. Aufl. (2013), § 73 Rn. 13.

приобретение акций с использованием инсайдерской информации или дача взятки для получения определённого заказа для предприятия)⁵⁹.

Тем не менее, ФВС ФРГ настаивает на том, что и конфискация имущества, превышающая «чистый доход» от преступления, наказанием не является, а преследует, как особая восстановительная мера, лишь превентивные цели.⁶⁰ Следует, однако, отметить, что отдельные коллегии ФВС ФРГ не едины в определении объёма предмета брутто-конфискации, в отдельных решениях несколько смягчая её последствия. Так, например, суд счёл, что если сотрудник посредством дачи взятки добился для своего предприятия получения заказа, то предприятие приобрело в результате преступного деяния не сам заказ, а лишь «особую выгоду», которая состоит в случае взяточничества в оказании этому предприятию предпочтения перед конкурентами. Поэтому в конкретном случае суд, применяя принцип брутто-конфискации, лишил предприятие не всей суммы, которая была выплачена за строительство мусоросжигательной установки, а лишь суммы, которая на основании взятки находилась «сверх цены».⁶¹

Федеральный Конституционный суд ФРГ также не усмотрел в конфискации имущества, следующей принципу брутто-конфискации, характера уголовного наказания, требующего применения принципа виновности.⁶² Кроме того, ФКС ФРГ указал, что несоразмерное воздействие конфискации может быть смягчено посредством применения норм об исключении чрезмерной жёсткости при конфискации (§§ 73c, 73d абз. 4 УУ ФРГ).

С мнением правоприменительной практики в данной связи сложно согласиться, поскольку в действующей редакции конфискация имущества является восстановительной мерой лишь постольку, поскольку она охватывает лишь чистый доход от преступления. Если конфискации подлежит имущество «сверх» чистого дохода, она приобретает двойкий характер и становится в объёме, превышающим чистый доход, мерой, схожей с уголовным наказанием.⁶³ Поэтому абсолютно верным представляется требование литературы о телеологической редукции и конституционном толковании норм о конфискации имущества, которые заключаются в том, что в целях соответствия принципу виновности конфискация имущества сверх «чистого дохода» от преступления может применяться только в отношении виновно действующего адресата конфискации.⁶⁴

⁵⁹ Подробно о правоприменительной практике в данной связи *Hellmann/Beckemper*, *Wirtschaftsstrafrecht*, 4. Aufl. (2013), Rn. 991.

⁶⁰ BGHSt 51, 65, 67; 52, 248; 53, 67; BGH NStZ 2011, 83.

⁶¹ BGHSt 50, 299, 309. Подробно с дальнейшими ссылками и примерами *Hellmann/Beckemper*, *Wirtschaftsstrafrecht*, 4. Aufl. (2013), Rn. 991

⁶² BVerfG NJW 2004, 2073, 2074 ff.

⁶³ См. с дальнейшими ссылками: *Fischer*, StGB, 62. Aufl. (2015) § 73 Rn. 3; *Hellmann*, GA 1997, 503, 521 f.; *Hellmann/Beckemper*, *Wirtschaftsstrafrecht*, 4. Aufl. (2013), Rn. 994; *Wittig*, *Wirtschaftsstrafrecht*, § 9 Rn. 3. Иного мнения придерживаются: BVerfGE 110, 1, 15 ff.; BGHSt 47, 369, 373.

⁶⁴ См. с дальнейшими ссылками: *Hellmann/Beckemper*, *Wirtschaftsstrafrecht*, 4. Aufl. (2013), Rn. 994; *Lackner/Kühl*, StGB, 28. Aufl. (2014), § 73 Rn. 4b. Иного мнения придерживается BGHSt 47, 369, 376 f.

в. Изъятие предметов

Далее к конфискации имущества в широком смысле относятся изъятие предметов и средств совершения деяния (§§ 74, 74а УУ ФРГ), а также изъятие и приведение предметов в негодность (§§ 74d и след. УУ ФРГ).

Предметы, которые были созданы в процессе или в результате умышленного деяния, или которые были использованы или предназначены для совершения или для подготовки этого деяния, могут быть изъяты в соответствии с § 74 и последующими нормами УУ ФРГ. Это означает, что право собственности на эти предметы переходит к государству при условии, что они принадлежат исполнителю или соучастнику, составляют опасность для общества или могут служить совершению новых противоправных деяний.

§ 74d УУ ФРГ содержит специальные положения в отношении изъятия письменных материалов и приведения в негодность предметов, которые использовались или были предназначены для их изготовления.

Назначение конфискации и изъятия имущества может быть осуществлено и впоследствии (*Nachträgliche Anordnung*, § 76 УУ ФРГ). В § 76а УУ ФРГ предусмотрена возможность самостоятельного назначения конфискации и изъятия (*Selbständige Anordnung*), если определённое лицо в силу фактических оснований (например, в случае побега или смерти) или названных в § 76а УУ ФРГ правовых оснований не подлежит уголовному преследованию.

III. Конфискация имущества в уголовном праве России

1. Сущность конфискации

Конфискация имущества предусмотрена в статьях 104¹, 104² и 104³ УК РФ. Она представляет собой принудительное безвозмездное изъятие и обращение в собственность государства денег, ценностей и иного имущества: 1) полученных в результате совершения преступления, предусмотренного статьей, указанной в п. «а» ч. 1 ст. 104¹ УК РФ; 2) полученных в результате преобразования доходов от преступления, предусмотренного статьей УК РФ, указанной в п. «а» ч. 1 ст. 104¹ УК РФ; 3) используемых или предназначенных для финансирования терроризма, организованной группы, незаконного вооруженного формирования, преступного сообщества (преступной организации); 4) орудий, оборудования или иных средств совершения преступления. Статьями 104², 104³ УК РФ регламентированы порядки конфискации денежных сумм взамен имущества и порядок возмещения вреда при конфискации имущества.

До принятия и вступления в силу Федерального закона от 27 июня 2006 г. № 153-ФЗ конфискация имущества исполняла функцию дополнительного наказания, порядок применения которой строго регламентировался уголовным законом и связывался с характером и повышенной степенью общественной опасности преступления. Указанный выше Федеральный закон в корне изменил уголовно-правовое значение конфискации

имущества, вычеркнув ее из перечня уголовных наказаний и поместив в раздел УК об иных мерах уголовно-правового характера.

Конфискация имущества не была, как следует, подготовлена к новой для нее роли. Законодатель потрудился лишь над определением предметов конфискации имущества, но оставил без внимания вопросы условий и оснований ее применения (ст. 104¹ УК РФ). Поэтому не ясно, относится ли конфискация имущества только к компетенции суда, или она может применяться несудебным порядком. Не ясно, каким может усмотрение в вопросах применения конфискации имущества: является ли конфискация имущества обязательной или факультативной мерой. В действующем УК РФ пока нет ответов на эти вопросы.

По УК РФ сущность конфискации имущества ближе к мерам безопасности, выступающим родовым (доктринальным) понятием, объединяющим ее с принудительными мерами медицинского характера (гл. 15 УК РФ), сходными по правовому значению с помещением в психиатрическую клинику (§ 63 УУ ФРГ). Сравнение сущности конфискации имущества с сущностью принудительных мер медицинского характера, законодательное объединение этих различных во всех отношениях мер в рамках одного раздела УК РФ, к сожалению, не разъясняет вопроса о природе рассматриваемой меры. Научная общественность, юристы-практики недоумевают по поводу природы и порядка применения конфискации и часто высказывают «тоску» по ее прошлому как вида наказания⁶⁵.

2. Концепция правового регулирования

Концепцию конфискации имущества можно строить на различных уголовно-политических основаниях⁶⁶. Эту меру можно трактовать как наказание или как меру безопасности (иную меру уголовно-правового характера). При достаточной разработке и качественном юридическом оформлении конфискация имущества может эффективно функционировать в любом из указанных качеств, поскольку определение ее социально-политической функции – вопрос не уголовно-правовой, а политической. По этой причине мы не можем присоединиться к тем авторам, которые выступают под лозунгом: «Верните конфискацию имущества в систему наказаний!», только потому, что в качестве

⁶⁵ *Егоров В.* Сложности применения норм о конфискации имущества / В. Егоров // Уголовное право. – 2009. – № 1; *Каплунов В.Н.* Новая конфискация имущества как иная мера уголовно-правового характера и новые проблемы / В.Н. Каплунов, В.А. Широков // Российский следователь. – 2008. – № 6; *Лужбин А.В.* Конфискация имущества – новая мера уголовно-правового характера и новые проблемы / А.В. Лужбин, К.А. Волков // Российская юстиция. – 2006. – № 9; *Мартыненко Э.В.* Достоинства и недостатки конфискации имущества как иной меры уголовно-правового характера / Э.В. Мартыненко // Российский следователь. – 2009. – № 16; *Рагулин А.* Проблемы применения конфискации имущества в уголовном праве / А. Рагулин // Уголовное право. – 2007. – № 1; *Скобликов П.* Конфискация имущества как наказание: доводы за и против / П. Скобликов // Уголовное право. – 2004. – № 2.

⁶⁶ *Лопашенко Н.А.* Уголовная политика России на примере конфискации имущества; *Рарог А.И.* Конфискация имущества нуждается в совершенствовании; *Ивлиев Г.П.* Гарантии законности применения конфискации имущества; *Кленова Т.В.* Конфискация имущества как средство уголовной политики в России; *Векленко С.В.* Конфискация и «иная» мера уголовно-правового характера: проблемы решения и правоприменения // Институт Конфискации имущества в законодательстве государств – членов Совета Европы и в российском законодательстве: Материалы международного семинара. – Барнаул, 2008.

иной меры уголовно-правового характера ее применение затруднительно. Однако и возвращение конфискации имущества в систему наказаний не снимает проблему ее содержания. По существу, указанное выше требование подразумевает возвращение конфискации имущества в прежнее состояние, при котором общая конфискация имущества рассматривалась как мера наказания, а специальная – как уголовно-процессуальная мера. Представляется, что прежде чем обратиться к уголовно-правовой действительности вспять и вернуться в прошлое, полезно взглянуть на него и убедиться, что оно – именно та почва, на которой прорастет правовое благо.

а. Развитие правового института конфискации имущества

Н.С. Таганцев отмечал, что среди дополнительных наказаний конфискация имущества имела наибольшее практическое значение. По дореволюционному российскому уголовному праву предусматривалось два ее вида. *Конфискация всего имущества*, «и в особенности недвижимого, в нашем праве, как и на Западе, была весьма распространена не только в древнейшем удельном периоде и в эпоху Судебников, но и в XVII веке. Отобрание всего имущества назначалось и за служебные, и за общеуголовные проступки. В Уложении Царя Алексея Михайловича, например, конфискация всего имущества назначалась и за разбой, и за взяточничество, и за политические преступления. Конфискация весьма часто употреблялась правительством и в XVIII веке, обыкновенно тогда, когда преступник приговаривался к смертной казни и вечной, а иногда и срочной ссылке»⁶⁷.

По мере своего развития российское уголовное право стало постепенно ограничивать предмет конфискации. Так, Жалованной грамотой дворянству 1787 г. ограничивалось применение конфискации в отношении законно унаследованного имущества. В дальнейшем это положение распространилось и на другие состояния (купеческое, мещанское и земледельческое). Однако такое ограничение предмета конфискации имущества не коснулось ответственности за «участие в бунте против государя и государства», заговор или измену.

В целом конфискацию всего имущества можно охарактеризовать как карательную меру, уголовно-политическая роль которой состояла, если можно так выразиться, в социальном (имущественном) уничтожении преступника. Со временем ее правовая несостоятельность стала общепризнанной, так что после 1871 г. в последующих редакциях Уложения о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. конфискация всего имущества уже не упоминалась.

Специальная конфискация распространялась на своего рода избранное имущество. Уложением о наказаниях уголовных и исправительных предусматривалось *три вида предметов конфискации*. К *перовому* виду относились предметы, изъятые из гражданского оборота.

⁶⁷ Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Часть Общая : в 2 т. / Н.С. Таганцев. – Тула: Автограф, 2001. – Т. 2, с. 217.

Второй вид предметов конфискации – вещи, предназначавшиеся или служившие орудиями или средствами совершения преступления. Конфискации предметов этого вида придавалось двойное значение. Во-первых, она рассматривалась как превентивная мера (мера безопасности). Другое ее значение связывалось с особым видом имущественного взыскания.

Третий вид предметов конфискации – имущество, специально указанное в уголовном законе. Как правило, к нему относилось имущество, добытое преступным путем. Подобная конфискация осуществлялась на основании принципа «Никто не может обогащаться или доставлять себе выгоды посредством нарушения закона» (можно сравнить с восстановительной функцией конфискации по УУ ФРГ). Поскольку конфискация предметов второго и третьего видов трактовалась, по существу, как лишение или ограничение имущественных прав, ее применение связывалось с законодательным предписанием и только в отношении лица, признанного обвинительным приговором суда виновным в совершении преступления.

Таким образом, специальной конфискации имущества по дореволюционному российскому уголовному праву отводилась роль наказания, специфика которого заключалась в том, что помимо кары (имущественное взыскание с виновного есть форма проявления его карательной сути) оно преследовало цель обеспечения безопасности общества путем устранения условий, способствующих совершению преступлений. *Предпочтение специальной конфискации означало, что этой мере была придана позитивная социально-политическая функция, что являлось прогрессивным шагом на пути развития российского уголовного права.*

По УК РСФСР 1922, 1926 и 1960 гг. в качестве дополнительного наказания предусматривалась *общая конфискация* имущества – *регресс с точки зрения позитивной социально-политической функции уголовного права*. Однако советская уголовная политика строилась на основе качественно иной концепции, согласно которой уголовное право рассматривалось как инструмент социального регулирования в соответствии с интересами власти. Поэтому возврат к общей конфискации имущества как к карательной мере понятен: при помощи этого инструмента решались задачи: а) социальной изоляции преступника; б) перераспределения общественного продукта; в) экспроприации ценностей. Об этом свидетельствует феноменология конфискаций по УК 1922 и 1926 гг. Не был исключением и УК РСФСР 1960 г. По УК РСФСР политическая функция конфискации имущества как уголовно-правового средства экспроприации ценностей, может быть, и отошла со временем на второй план, но две другие задачи решались успешно. Такой механизм уголовно-правового регулирования не предназначен для решения позитивных (созидательных) уголовно-политических задач, и приспособить его каким-либо образом к этому невозможно. Так что, прежде чем придать конфискации имущества то значение, которое придавалось ей УК РСФСР, придется ответить на вопрос, что является причиной возврата к уголовной политике России XVII, XVIII вв., первой половины XIX в. и как перераспределение общественного продукта (реальный социально-политический результат общей конфискации) согласуется с задачами уголовного права.

Специальная конфискация – предмет для перспективной уголовно-политической и уголовно-правовой разработки. Как уже отмечалось, она имеет двойственную природу. Как имущественное взыскание конфискация имущества содержит карательный элемент. Однако ее основная социально-политическая функция является предупредительной (в этом и заключается ее позитивное социально-политическое начало). Согласно этой функции, она должна являться по своей сущности мерой безопасности. Классики, отмечая двойственную природу конфискации, отвели ей роль наказания, преследующего особые цели. Представляется политически допустимым (может быть, оправданным) сместить акценты в пользу мер безопасности. Законодатель решил этот политический вопрос. Однако теория российского уголовного права по-прежнему возлагает на конфискацию имущества карательные надежды.

в. Действующее правовое регулирование и взгляд de lege ferenda

Ученые и практики имеют множество обоснованных претензий к положениям гл. 15¹ УК РФ (ст. 104¹, 104², 104³). Несмотря на их коррекцию в 2008, 2011, 2012, 2013 и 2014 годов, сложностей с практическим применением (назначением и исполнением) конфискации имущества не уменьшилось. По-прежнему не ясен вопрос, является ее применение правом или обязанностью суда, в том числе по делам о преступлениях, указанных в перечне п. «а» ч. 1 ст. 104¹ УК РФ. Не выдерживает критики и сам перечень. Многие из указанных в нем преступлений не отвечают целям конфискации как меры, направленной на экономическую блокаду такой преступной деятельности, которая является затратной (нуждается в значительном финансировании), имеет организованный и длящийся характер.

По примеру УУ ФРГ конфискации имущества может быть придана и восстановительная функция⁶⁸. Для решения этих задач перечень преступлений, при совершении которых применяется конфискация имущества в целях предупреждения, экономической блокады преступной деятельности, утрачивает свое значение и нуждается в качественно ином наполнении. Различия между восстановительными и предупредительными функциями обуславливают и своеобразие предметов конфискации имущества. Эти и многие другие проблемы законодательного оформления и практического применения конфискации имущества могут быть решены только при условии решения вопроса о сущности этой меры в соответствии с тем уголовно-политическим направлением, которое будет избрано законодателем. Просто нужно проявить политическую волю и сделать выбор.

Сведения об авторах:

Павел Головненков: Dr. iur. [доктор права], ass. iur. [ассессор права], главный научный сотрудник кафедры уголовного и экономического уголовного права юридического факультета Потсдамского университета (г. Потсдам), адвокат (г. Берлин). К сфере его

⁶⁸ Головненков П.В. Уголовное уложение (Уголовный кодекс) Федеративной Республики Германия: науч.-практ. коммент. и пер. текста закона / П.В. Головненков. – 2-е изд. – М.: Проспект, 2014.

научных интересов относятся: материальное уголовное право, уголовный процесс, германское, европейское и транснациональное экономическое уголовное право, международное уголовное право и сравнительное правоведение. Особый интерес представляет экономическая и правовая интеграция в странах-членах ЕАЭС, а также исследование распространения трансграничной преступности между государствами-членами ЕАЭС и ЕС. Павел Головненков является автором более 70 научных публикаций, изданных на немецком, русском, английском и китайском языках. Кроме этого, он является членом Германского Представительства Союза Криминалистов и Криминологов (СКК) и Германно-Российской Ассоциации Юристов (DRJV), а также входит в Редакционный совет нескольких российских научных правовых журналов.

Татьяна Понятовская: доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры Уголовного права Московского Государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). Научные интересы: философия и методология уголовного права; уголовно-политические и уголовно-правовые концепции; социальная, политическая и правовая обусловленность понятий, институтов уголовного права и уголовно-правовых запретов; качество уголовного закона; меры безопасности; концепция уголовной ответственности несовершеннолетних. Опубликовано 70 работ.

RA Dr. iur. Pavel Golovnenkov ist Wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Strafrecht, insbesondere Wirtschaftsstrafrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam und Rechtsanwalt in Berlin. Zu seinen Forschungsschwerpunkten gehören das allgemeine Strafrecht, Strafprozessrecht, deutsches, europäisches und transnationales Wirtschaftsstrafrecht, Völkerstrafrecht und Rechtsvergleichung. Sein besonderes wissenschaftliches Interesse gilt der wirtschaftlichen und rechtlichen Integration in den Mitgliedstaaten der EAWU und der Erforschung der transnationalen Verbreitung der Wirtschaftskriminalität zwischen den Mitgliedstaaten der EAWU und EU. Pavel Golovnenkov ist Autor von über 70 wissenschaftlichen Publikationen, die in deutscher, russischer, englischer und chinesischer Sprache erschienen sind. Zudem ist er Mitglied der deutschen Repräsentanz des Internationalen Verbandes der Kriminalisten und Kriminologen (CKK) und der Deutsch-Russischen Juristenvereinigung (DRJV). Außerdem gehört er mehreren Redaktionsbeiräten russischer juristischer Zeitschriften an.

Prof. Dr. Tatiana Ponyatovskaya ist Professorin am Lehrstuhl für Strafrecht an der Moskauer Staatlichen Juristischen O.E.Kutafin-Universität (MGJuA). Zu ihren Forschungsschwerpunkten gehören: Philosophie und Methodologie des Strafrechts; kriminalpolitische und strafrechtswissenschaftliche Konzeptionen; sozialer, politischer und rechtlicher Hintergrund der Begriffe, strafrechtlichen Institute und strafbewehrten Verbote; die Qualität der strafrechtlichen Gesetzgebung; Sicherungsmaßnahmen; das Konzept des Jugendstrafrechts. Professor Ponyatovskaya veröffentlichte 70 wissenschaftliche Arbeiten.

Территориальный принцип в киберпространстве: сравнительно-правовой анализ законодательства России и Германии

Das Territorialprinzip im Cyberspace: eine rechtsvergleichende Analyse des russischen und deutschen Rechts

*Др. Парамонова Светлана Леонидовна
(Dr. Svetlana Paramonova)*

Dieser Beitrag erläutert einige Fragen, die bei der Anwendung des Territorialitätsprinzips im Cyberspace zu beantworten sind. Bei traditionellen Straftaten (etwa Mord) ist in der Regel davon auszugehen, dass durch die auf einem bestimmten Territorium begangene Tat dort auch die schädlichen Konsequenzen eintreten. Nur ausnahmsweise ist mit einem tatbestandlichen Erfolg im Ausland zu rechnen. Bei einer Bestrafung am Tatort kann zudem dem lokalen sozialen, kulturellen und wirtschaftlichen Hintergrund der Tat am besten Genüge getan werden. Die zentrale Rolle des Territorialitätsprinzips ist also in diesem Bereich nur konsequent. Im Cyberraum ist es hingegen häufig der Regelfall, dass die inkriminierte Handlung auf einem Territorium erfolgt, die schädlichen Konsequenzen aber (vor allem) im Ausland eintreten, während eine Identität von Handlungs- und Erfolgsort eher die Ausnahme ist (z.B. beim Verbreiten von Computerviren oder von illegalen Inhalten im Internet).

I. Введение

Интернет-пространство имеет ряд значительных особенностей по сравнению с “реальным измерением”, которые вызывают массу вопросов, в том числе и юрисдикционных. Специфика онлайн режима диктует необходимость по-новому решать проблемы уголовной юрисдикции в Интернет-пространстве путем толкования традиционных принципов применения права и (или) путем соответствующих изменений законодательства.

В данной статье проводится сравнительно-правовой анализ законодательства России и Германии, касающегося применения уголовного права на основании территориального принципа.¹

¹ См. Парамонова С. Л., Уголовная юрисдикция в Интернет-пространстве: территориальный принцип в российском и немецком законодательстве. In: Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения / Journal for Foreign and Comparative Law (The Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation), 2009, N 4, с. 77 – 84.

II. Традиционные юрисдикционные принципы - действующие принципы для Интернет-пространства

Нормы, на основании которых определяется уголовная юрисдикция, закрепляются в нормах внутреннего законодательства. Эти нормы базируются на определенных юрисдикционных принципах: территориальный принцип, принцип гражданства, реальный принцип, универсальный и др.² Всякое государство может *определять юрисдикцию только в пределах собственной территории*, исходя из принципов международного права, закрепленных на международном уровне³, в частности, из принципа суверенного равенства государств и принципа невмешательства во внутреннюю компетенцию любого государства.

Несмотря на то, что при применении юрисдикционных принципов национальное право может “пересекать” собственные границы (например, при привлечении к уголовной ответственности собственного гражданина, находящегося за границей, на основе принципа гражданства), они являются *по своей природе нормами национального права*, определяющими сферу действия внутреннего права.⁴

В большинстве стран данные принципы определяют юрисдикцию государства относительно всех видов преступлений. В некоторых государствах, в частности некоторых штатах США⁵, имеются на сегодняшний день специальные внутренние законодательные акты или отдельные нормы, дополнительно регулирующие юрисдикцию в киберпространстве. Что касается российского и немецкого права, то *юрисдикция в Интернет-пространстве определяется на основе традиционных принципов юрисдикции (ст. 11-13 УК РФ⁶; §§ 3-9 УК ФРГ⁷)*, так как отсутствуют специальные законодательные предписания, касающиеся юрисдикции онлайн. В данной работе анализируются соответствующие нормы Российской Федерации и Федеративной Республики Германии, закрепленные в уголовных кодексах обеих стран и относящиеся к территориальному принципу.

² Paramonova, S. Internationales Strafrecht im Cyberspace: Strafrechtliche Analyse der Rechtslage in Deutschland, Russland und den USA. Wiesbaden / Berlin, Springer-Verlag, 314 S., 2013.

³ Заключительный акт СБСЕ, Хельсинки, 1 августа 1975 г., дата принятия: 01.08.1975: <http://www.law.edu.ru/norm/norm.asp>; Декларация о принципах международного права ООН, утвержденная резолюцией 2625 (XXVI) Генеральной Ассамблеи от 24.10.1970: <http://www.un.org/russian/document/declarat/internlaw.htm>

⁴ Спор о природе юрисдикционных принципов имеет место быть в немецкой доктрине, т.к. совокупность норм, регулирующих применение немецкого права, большинством авторов называется “*международное*” или “*транснациональное уголовное право*”. При этом отмечается национальная природа данных норм: Eser A., Internet und Internationales Strafrecht, S. 305; Oehler D., Internationales Strafrecht, 2. Auflage, Köln, 1982, S. 1 ff.

⁵ Например, Computer crime legislation of Arkansas: Ark. Code Ann. § 5-27-606 (2003); North Carolina: N.C. Gen. Stat. § 14-453.2 (2002).

⁶ Уголовный Кодекс РФ, 17.06.1996, N 63-ФЗ. Режим доступа законов online: <http://www.consultant.ru/>, www.garant.ru.

⁷ Уголовный Кодекс ФРГ (Deutsches Strafgesetzbuch) от 15.05.1871. Bundesministerium der Justiz BRD (Министерство юстиции ФРГ). Режим доступа законов online: <http://www.bmj.bund.de>. Текст на немецком и английском языках: www.gesetze-im-internet.de/stgb/. См. также: Головненков П.В., Уголовное уложение (Уголовный кодекс) Федеративной Республики Германия - Strafgesetzbuch (StGB) - Научно-практический комментарий и перевод текста закона - 2-е изд., Москва, 2014.

III. Новые формы традиционных юрисдикционных принципов уголовного права в Интернет-пространстве. Территориальный принцип

1. *Центральный офис немецкого банка Д. в Берлине подвергся атаке хакеров, находящихся в России и являющихся гражданами РФ, с помощью компьютеров, зарегистрированных на территории РФ. Это привело к большим финансовым потерям банка Д. (решение см. ниже).*

2. *Гражданин Австралии А., родившийся и проживший некоторое время в Германии выставил в Интернет через сервер, зарегистрированный в Австралии, на английском и немецких языках материалы о том, что массового уничтожения евреев в истории Германии не существовало. Все материалы преподносились с претензией на то, что это научно доказанные факты и немецкая нация была по политическим и расовым мотивам оклеветана и опозорена. Гражданин во время очередного путешествия в Германию был арестован (решение см. ниже).⁸*

3. *Гражданин РФ, находясь на территории Канады, выставил в Интернет через сервер, зарегистрированный в Канаде, на английском и русском языках материалы о том, что концлагерей в России не существовало, все жертвы вымышленные, со ссылкой на якобы научные источники.*

Территориальный принцип (*Territorialitätsprinzip*)⁹ является главным, на котором базируются юрисдикционные нормы традиционного уголовного права. Остается ли данный факт неизменным по отношению к Интернет-преступлениям, следует выяснить.

Данный принцип - основной из принципов, признаваемый всеми странами мира, закрепленный на международном уровне за всеми государствами.¹⁰ Именно через осуществление государственной власти на собственной территории любое государство проявляет свой суверенитет. Это “самый справедливый и непосредственно применимый”¹¹ принцип в уголовном праве в силу того, что преступление совершено и наказывается в рамках одной и той же культурной, экономической и социальной среды, и преступник, непосредственно находясь на территории государства, должен соблюдать и быть осведомлен о противоправности определенных деяний в данном обществе.¹² Для данного принципа не имеет значение гражданская принадлежность лица, т.к. основная привязка между содеянным и установленной нормой запрета - территориальная.

В РФ (11 УК РФ), как и в Германии (§ 3 УК ФРГ), законодательное закрепление основных положений данного принципа сводится к следующему: принцип ограничивает

⁸ BGN (Bundesgerichtshof, Верховный Суд Германии), 12.12.2000, AZ 1 StR 184/00.

⁹ Парамонова С. Л., Уголовная юрисдикция в Интернет-пространстве: территориальный принцип в российском и немецком законодательстве. In: Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения, 2009, N 4, с. 77 – 84.

¹⁰ Oehler D., Internationales Strafrecht, S. 136; Seidl-Hohenveldern I., Völkerrecht, Rdn. 1069; Simma, B., Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis, 1. Auflage, Berlin, 1984.

¹¹ Oehler D., Internationales Strafrecht, S. 133.

¹² Lehle T., Der Erfolgsbegriff und die deutsche Strafrechtzuständigkeit im Internet, S. 40.

действие уголовного права государственной территорией и распространяет свое действие на такие деяния, которые были совершены на территории, на которую распространяется юрисдикция государства. При этом гражданская принадлежность потерпевшего или жертвы не имеет значения.¹³

Таким образом, ключевыми понятиями являются “государственная территория”, “территория, на которую распространяется юрисдикция государства” и “место совершения преступления”.

“Государственная территория” РФ и Германии законодательно определены сушей, водной территорией, воздушным пространством, недрами, континентальным шельфом и исключительной экономической зоной в пределах соответствующей государственной границы.¹⁴

“Территорией, на которую распространяется юрисдикция государства” (п. 3 ст. 11 УК РФ) является “судно, приписанное к порту РФ, находящееся в открытом водном или воздушном пространстве, а также военный корабль или военное воздушное судно РФ независимо от места их нахождения”. Германия, в силу так называемого **“принципа флага”** (*Flaggenprinzip*) - фикции территории - устанавливает, что “немецкое уголовное право действует в отношении деяний, совершенных на корабле или самолете, правомерно следующими под флагом или опознавательным знаком ФРГ, независимо от права места совершения деяния”(§ 4 УК ФРГ).

Возвращаясь к правовой ситуации с немецким банком Д, описанной выше, можно предложить следующее ее решение, на основе территориального принципа, учитывая законодательные положения как РФ, так и ФРГ.

Решение случая с немецким банком Д.:

Здесь местом совершения преступления будет являться территория Германии. На основании § 3 и п. 1 § 9 УК ФРГ территорией совершения преступления будет признаваться не только место, где совершено преступное действие (здесь: Россия, где находились российские хакеры), но и “место наступления преступных последствий” (см. ниже). Немецкая доктрина исходит из широкого понимания “места совершения преступления”. Таким образом, Германия имеет законное основание, базирующееся на *территориальном принципе*, для распространения собственной уголовной юрисдикции на российских хакеров.

Тем не менее, возможность применения немецкого права в данном случае на основании п. 1 ст. 13 УК РФ (граждане РФ, совершившие преступление на территории иностранного государства, не подлежат выдаче этому государству) исключена. По отношению к хакерам может быть применен российский уголовный закон на основании персонального принципа, при наличии надлежащего состава преступления в УК РФ, например, при квалификации деяния как неправомерного доступа к компьютерной

¹³ Wessels J./Beulke W., Allgemeiner Teil, Strafrecht, Rn. 64 ff; Наумов А., Российское уголовное право. Общая часть. Том 1. 5-ое изд. М. 2011, с. 223-237.

¹⁴ Ст. 5 ФЗ "О Государственной границе РФ" от 10.08.1994 N 23-ФЗ.

информации (ст. 272 УК РФ). Российское право также исходит в данном случае из *территориального принципа, согласно которому преступление должно быть совершено в пределах российской территории* (п. 1, 2 ст. 11 УК РФ, ст. 5 ФЗ “О Государственной границе”). Здесь преступление совершено лицами, находящимися на территории РФ и с помощью компьютеров, зарегистрированных на территории РФ.

Данный случай характеризуется тем, что территориальная юрисдикция российского государства достаточно легко может быть обоснована на основании ст. 11 УК РФ, в частности, физическим местонахождением нарушителя и средства совершения преступления - компьютера - на ее территории.

Тем не менее, другие случаи, в частности, связанные с распространением нелегальной информации в Интернете, которые не так тесно связаны с территорией государства и не легитимированные на основании иных юрисдикционных принципов российского права, могут стать проблематичными для распространения на них юрисдикции РФ. В этих случаях требуется как применение дополнительных юрисдикционных принципов (важную роль играет персональный принцип), так и более широкое, специальное определение территориального принципа.

Киберпространство задает иные правила нежели “реальное пространство”, где зачастую непредсказуемы физические границы того места, где наступают последствия от преступных действий человека, пребывающего в совершенно другом месте. В Интернет-пространстве могут совершаться разные виды преступлений с различными характеристиками. Однако, их общая черта – использование каким-то образом компьютерных технологий – автоматически распространяет на них действие особенностей Интернета, которые в определенной степени “отрицают” измерения реального пространства.

Так, решающими привязками к тому или иному праву могут служить критерии, характеризующие личность, которая “несет в себе” частичку территориальности своего государства либо признаки, характеризующие определенные преступные последствия. Это может достигаться расширением действия персонального, реального принципов, спецификации территориального принципа относительно киберпространства.

Определение территории (специально для Интернет-преступлений¹⁵ или распространение на данные случаи традиционного уголовного права¹⁶) может быть слишком разнообразным и во многих случаях пересекающимся по законодательству разных стран, и, как следствие, например, иметь множество государств, претендующих на распространение своей юрисдикции – позитивный юрисдикционный конфликт.

Перед тем как рассмотреть решение второго случая (с гражданином Австралии), обратимся к одному из ключевых понятий в территориальном принципе - “**место**

15 W. Va. Code Ann. § 61-3C-20 (2004) - Уголовный Кодекс штата Вирджинии о компьютерных правонарушениях.

16 УК РФ, УК ФРГ.

совершения преступления”. Именно от законодательного (не)закрепления данной категории будет (не)обосновано применение уголовной национальной юрисдикции.

В РФ “место совершения преступления” законодательно не определено. Однако, исходя из доктринальной трактовки, преступление считается совершенным на территории РФ не только когда оно начато и окончено на территории РФ, но и в том случае, если оно начато в РФ, а преступный результат наступил за пределами РФ.¹⁷ При этом могут возникнуть случаи пересечения, например, с немецкой юрисдикцией (см. случай с немецким банком Д.).

Согласно п. 2 § 9 УК ФРГ местом совершения преступления (*Ort der Tat*) считается или “место, где было непосредственно совершено преступление”, или, в случае бездействия, “место, где должно было быть совершено действие”, или “место, где наступили преступные последствия” или “место, где по представлению преступника, данный последствия должны были наступить”. Таким образом, место совершения преступления определяется по “принципу неограниченности” (*Ubiquitätsprinzip*).¹⁸

В немецкой доктрине данная широкая трактовка “места совершения преступления” (место преступного действия, или бездействия, или место наступления преступного результата или предполагаемого его наступления) в отношении Интернет-преступлений вызывает немало споров и разногласий.¹⁹ В особенности, что касается правонарушений, связанных с распространением информации и материалов нелегального содержания. При том, что например, могут не совпадать государства, где зарегистрирован сервер, на котором хранится вредоносная информация, где наступили последствия и где находится преступник. Ведь преступный результат данного вида преступлений может потенциально и реально наступить в любом государстве мира, для чего достаточно простого нажатия на компьютерную клавишу, чтобы получить информацию в открытом доступе в Интернете. Так как п. 1 § 9 УК ФРГ “местом совершения преступления” называет и территорию, где наступили преступные последствия, то немецкая юрисдикция применима практически ко всем информационным преступлениям.

При данном положении вещей юрисдикция Германии, во-первых, ограничивается иными юрисдикционными принципами и дополнительными условиями (например, необходимость наличия уголовного наказания в ряде случаев в стране непосредственного совершения преступления). Во-вторых, ограничение существует со стороны суверенных прав других государств. Данный подход расширенной интерпретации территориального принципа через объемное определение “места совершения преступления” при Интернет-преступлениях, в сочетании с другими юрисдикционными принципами и дополнительными условиями, позволяет применять немецкое уголовное право в случаях отрицательного конфликта юрисдикции, т.е. когда ни одно государство не претендует на применение собственного права.

¹⁷ Макаров И.С., Терёхина А.М., Уголовное право. Учебник для вузов. - М.: Норма, 2007, с. 55.

¹⁸ Sieber U., Internationales Strafrecht im Internet, NJW 1999, 2066.

¹⁹ Sieber U., Internationales Strafrecht im Internet, NJW 1999, 2065, 2069; Bremer K., Strafbare Internet-Inhalte in internationaler Hinsicht. Ist der Nationalstaat wirklich überholt? Peter Lang, Frankfurt am Main, 2001. S. 174.

Например, согласно § 7 УК ФРГ, если деяние совершено за границей против гражданина ФРГ, и данное деяние является уголовно наказуемым в месте его совершения, то применимо немецкое право.²⁰ Например, распространение нелегальной информации. Однако, если данное деяние не преследуется уголовным законом в месте его совершения и не подпадает под иные юрисдикционные нормы немецкого права, то законным основанием для применения собственной юрисдикции будет расширенное толкование территориального принципа (например, наступление преступных последствий на территории Германии, п. 1 § 9 УК ФРГ).

Подобная широкая трактовка “места совершения преступления” весьма спорна. Тем не менее, широкая трактовка “места совершения преступления” через § 9 УК ФРГ (фактически расширение территориального принципа) может создать вполне оправданное легитимационное основание распространения немецкой юрисдикции, в случаях пробелов других юрисдикционных принципов. В противном случае государство не имеет законного основания применять свою юрисдикцию. Ярким примером являлся случай с гражданином Австралии (2), рассмотренный Верховным федеральным судом Германии 12 декабря 2000 года.²¹

Во-первых, здесь следует обозначить то, что материальное уголовное право Германии и Австралии (в том числе США, Канады) в этой области различается. Например, пропаганда национал-социализма, некоторые высказывания, направленные на разжигание розни по признакам расы, национальности, языка, происхождения и т.д., совершенные, в том числе, с использованием Интернет-технологий, в Австралии, США и Канаде будут находиться под охраной свободы слова.²² На этом основании гражданин Австралии А. не мог быть привлечен к уголовной ответственности.

Во-вторых, в данном случае Верховный федеральный суд Германии признал немецкое право применимым именно на основании расширенного толкования территориального принципа (§ 9 УК ФРГ) - наступление преступных последствий на территории Германии. Поскольку доступ к данной запрещенной информации мог получить любой пользователь Интернета в Германии, что представляет собой “оскорбление памяти умерших”²³ и направлено на возбуждение ненависти и вражды между народами (§ 130 УК ФРГ: разжигание розни между народами, *Volksverhetzung*).

Иные юрисдикционные принципы не могли создать законного основания для применения немецкого уголовного права. Возможными применимыми принципами здесь могли выступать: принцип охраны и ограниченный персональный принцип.

§ 5 УК ФРГ (**принцип охраны**, *Schutz- oder Realprinzip*) в данном случае не мог быть применен, поскольку в нем устанавливается исчерпывающий список правовых благ,

²⁰ Здесь не берутся во внимание случаи, когда немецкое право будет применимо независимо от уголовного наказуемости деяния в стране его совершения, например, п. 2 § 5 УК ФРГ: государственная измена. п. 6 § 6 УК ФРГ: распространение порнографических материалов.

²¹ BGH (Bundesgerichtshof, Верховный Суд Германии), 12.12.2000, AZ 1 StR 184/00.

²² Brenner W., Bert-Jaap Koops. Approaches to Cybercrime Jurisdiction, 4 J. High Tech. L. 1 (2004), p.3ff., Sieber U., Internationales Strafrecht im Internet, NJW 1999, 2065.

²³ BGH (Bundesgerichtshof, Верховный Суд Германии), 12.12.2000, AZ 1 StR 184/00.

нарушение которых за границей независимо от правового регулирования в иностранном государстве, будет преследоваться немецким уголовным законом. § 130 УК ФРГ в этом списке отсутствует.

Дополняющий его **ограниченный персональный принцип** (*eingeschränktes aktives Personalitätsprinzip*), п. 2 § 7 УК ФРГ, также не мог быть применен, поскольку ставит требованием то, что деяние должно быть наказуемо в стране его совершения. В Австралии, как указывалось выше, высказывания, направленные на разжигание национальной розни, не преследуются по уголовному закону.

Таким образом, лишь применение **территориального принципа в расширенном его толковании**: (§ 3 в сочетании с § 9 УК ФРГ) оказалось обоснованным. Так, § 3 УК ФРГ объявляет применение уголовного права ФРГ ко всем преступлениям, совершенным на территории ФРГ. § 9 УК ФРГ дает широкое понятие территории, в том числе, “место, где наступили преступные последствия”. Гражданин Австралии был осужден по Уголовному Кодексу ФРГ на основании § 130 УК ФРГ за разжигание национальной розни (*Volksverhetzung*).²⁴

Несмотря на всю важность и значимость территориального принципа, не существует государства, которое бы помимо данного принципа не применяло бы и иные.²⁵ Ведь, если бы территориальный принцип был единственно применимым в вопросах юрисдикции, то это могло бы привести в некоторых случаях к тяжелым последствиям.²⁶ Территории государств, на чьей территории бы скрывались преступники, совершившие уголовно наказуемое деяние за границей, превратились бы в убежище для нарушителей, поскольку бы не существовало иного легитимного основания юрисдикции запрашивающего государства.

Если обратиться к аналогичному **случаю с российским гражданином (3)** с возможной российской юрисдикцией, то на основе расширенного территориального принципа применение российского уголовного права не может распространяться на своего гражданина. Здесь будет применен *персональный принцип*. Немецкое право в данном случае для применения персонального принципа требует наличие криминализации деяния в стране совершения действия (§ 5, п. 2 § 7 УК ФРГ). В отличие от немецкого права, при нарушении таковых правовых благ своим гражданином (которые также охраняются УК РФ: ст. 282, возбуждение ненависти либо вражды, а равно унижение человеческого достоинства) российское право не ставит условием наличие криминализации деяния в иностранном государстве, где совершено преступление. Так, согласно уголовному закону РФ (п. 1 ст. 12 УК РФ) здесь применяется **персональный принцип** к гражданину своей страны.

Таким образом, одна и та же правовая ситуация с позиции соответствующего национального законодательства будет разрешаться на основе различных юрисдикционных принципов (здесь: на основании территориального принципа по

²⁴ BGH (Bundesgerichtshof, Верховный Суд Германии), 12.12.2000, AZ 1 StR 184/00.

²⁵ Lehle T., Der Erfolgsbegriff und die deutsche Strafrechtzuständigkeit im Internet, S. 41.

²⁶ Binding K., Handbuch des Strafrechts I, Leipzig 1885, S. 382.

немецкому законодательству и персонального принципа по российскому законодательству). Основной причиной является разный объем и интерпретация данных принципов в уголовном законодательстве стран.

IV. Вывод

Идея применения территориальной привязки в уголовном праве заключается в том, что ключевое значение имеет культурная среда, запреты, традиции, действующие на данной территории. Это базовый принцип, на основе которого любой человек (гражданин этого государства, иностранный подданный или апатрид) должен быть минимально осведомлен о правилах, характерных и принятых в данном обществе, и соблюдать их. Исходя из этой идеи, государство требует соблюдения порядка именно на своей территории, а не территории всех других стран. В киберпространстве традиционное восприятие территориального принципа теряет свою “справедливость” и “непосредственное действие”, поскольку в виртуальном пространстве нет необходимости физического присутствия на месте совершения преступления и самые тяжелые последствия могут наступать независимо от места совершения преступления.

Об авторе:



Парамонова Светлана Леонидовна (Svetlana Paramonova), LL.M., доктор права, старший научный сотрудник Макс-Планк-Института по иностранному и международному уголовному праву, г. Фрайбург, Германия. Светлана Парамонова родилась в Тыве (Россия, Сибирь). Окончив школу в России (г. Красноярск) и США по стипендии правительства США, Future Leaders Exchange, (г. Дулут, штат Миннесота), она получила юридическое образование в Сибирском федеральном университете, СФУ, (Россия, г. Красноярск). Во время учебы Светлана была ответственной за международные программы обмена (отделение сравнительного правоведения, СФУ), в течение трех лет работала в юридической клинике университета по оказанию бесплатной юридической помощи нуждающимся слоям населения, а также приняла участие в обменной программе Темпус ЕС, пройдя обучение в Университете (Ernst-Moritz-Arndt Universität) г. Грайфсвальда (Германия). Она неоднократно получала гранты для прохождения зарубежных стажировок. Кроме того, Светлана работала юристом в юридическом отделе Сибирского федерального университета, в Центре восточного партнерства в рамках проекта DSG (проект DAAD) в университете г. Пассау (Германия), а также в муниципальной администрации г. Красноярска (Департамент внешнеэкономических связей и международных связей), где она участвовала в проекте «Юридический консалтинг для иностранных инвесторов». В университете г. Пассау она получила степень магистра права (LL.M.) и позже доктора юридических наук (Dr. jur.). С 2008 года Светлана Парамонова является научным

сотрудником Макс-Планк-Института по иностранному и международному уголовному праву, г. Фрайбург, Германия. В круг ее научных интересов входит международное право, в том числе международное уголовное право, права человека, киберпреступность, инвестиционное законодательство, уголовное право и процесс, философия права. Помимо русского языка, который для Светланы является родным, она свободно владеет английским и немецким языками, а также основами французского и итальянского языков.

E-mail: paramonova-svetla@yandex.ru

Zur Autorin:

Dr. Svetlana Paramonova, LL.M. wurde in Tywa (Russland, Sibirien) geboren. Während der Abiturzeit erhielt sie ein Stipendium (Freedom Support Act: Future Leaders Exchange, US-Regierung) für einen einjährigen Studienaufenthalt in den USA, den sie an der Duluth High School in Minnesota absolvierte. Während des juristischen Diplomstudiums (2000 – 2006) an der Sibirischen Föderalen Universität in Krasnojarsk war Svetlana Paramonova für die internationalen Austauschprogramme der Abteilung für Rechtsvergleichung zuständig und erteilte auf ehrenamtlicher Basis Rechtsberatung für bedürftige Personen. Während ihres Jurastudiums nahm sie am EU-Tempus-Austauschprogramm teil und studierte ein Jahr an der Ernst-Moritz-Arndt-Universität in Greifswald (Deutschland). Im Anschluss an das Studium absolvierte sie verschiedene Rechtspraktika in Krasnojarsk, Leipzig und Passau. Ferner arbeitete sie als Juristin in der Rechtsabteilung der Sibirischen Föderalen Universität. Während ihres LL.M-Studiums an der Universität Passau, welches vom DAAD unterstützt wurde, war Svetlana Paramonova als studentische Hilfskraft bei der Stelle für Ostpartnerschaften im Rahmen des DSG-Projekts (DAAD-Projekt) tätig. Seit 2008 ist Svetlana Paramonova als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg i. Br. tätig. Daneben promovierte sie 2013 an der Universität Passau im Bereich Cybercrime. Zu ihren Forschungsschwerpunkten zählen Menschenrechte, Cybercrime, (Straf)rechtsvergleichung, Internationales Strafrecht, Russisches Straf- und Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie.

E-mail: paramonova-svetla@yandex.ru

РАЗДЕЛ 4. ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРАВО. РАЗРЕШЕНИЕ СПОРОВ

Судебная система Германии. Краткий обзор (Дмитрий Маренков), с. [351 - 380](#)

Германия как место третейского разбирательства (Рихард Хапп / Анна Башкова),
с. [381 - 400](#)

Судебная система Германии. Краткий обзор

Das deutsche Gerichtssystem im Überblick

Дмитрий Маренков (Dmitry Marenkov)

Der folgende Beitrag stellt eine Übersicht über das deutsche Gerichtssystem dar. Es werden die wichtigsten Rechtsquellen, die einzelnen Gerichtsbarkeiten sowie einige relevante Aspekte des Zivilprozesses beleuchtet. Dabei werden Statistiken zur Verfahrensdauer und zum Gegenstand der Gerichtsprozesse angeführt. Es werden ferner die Kammern für Handelssachen und die jüngste Initiative zur Einführung von Englisch als Verfahrenssprache in bestimmten Prozessen vor deutschen Gerichten vorgestellt. Darüber hinaus sind einzelne Abschnitte dem Anwaltszwang, der Gewährleistung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe, dem Vorabentscheidungsverfahren, der Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Gerichtsentscheidungen sowie dem Verhältnis zwischen der staatlichen Gerichtsbarkeit und dem Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit gewidmet.

I. Введение

Данная статья вкратце представляет судебную систему Германии.¹ Кроме общей структуры судебной власти и источников процессуального права в статье представлен ряд отдельных вопросов, касающихся участия адвокатов в судебных разбирательствах, оплаты судебных расходов, обеспечения единства судебной практики и т.д. Особое внимание уделяется особенностям, не имеющих аналога в праве РФ и других странах СНГ. Повествование сопровождается некоторыми статистическими данными, в особенности в отношении предмета и продолжительности судебных процессов. Особое внимание уделяется гражданскому (и коммерческому) процессу. Кроме того, освещается вопрос признания и исполнения иностранных судебных решений, а также соотношения судебной системы с третейскими судами.

II. Взгляд со стороны – судебная система в международных рейтингах

Перед тем, как начать описание отдельных аспектов структуры и функционирования судебной системы Германии, предлагается заглянуть в существующие международные рейтинги, чтобы увидеть, какую оценку она получает «извне».

¹ См. портал юстиции Германии: www.justiz.de/. См. также Бройхманн/Эрнеманн, Разрешение споров в государственных и третейских судах Германии, журнал «Исполнительное право», № 2, 2011, с. 33-36; Rützel/Wegen/Wilske, Commercial Dispute Resolution in Germany, 2005.

В ежегодном докладе Всемирного банка «Ведение бизнеса» (2015 г.) Германия в категории «Обеспечение исполнения договоров» (Enforcing contracts) занимает 13-ое место из 179 возможных.² Эта категория характеризует «эффективность принудительных мер по соблюдению условий контрактов путем рассмотрения эволюции платежных споров и исследования времени, затрат и процедур с момента подачи иска в суд до осуществления платежа». Примечательно, что Российская Федерация занимая в последнем докладе «Ведение бизнеса» (2015 г.) 14-ую позицию, уступает лишь одно место. Республика Беларусь даже входит в первую мировую десятку (7-ое место).³

Стоит привести и другой рейтинг, который призван изучать независимость судебной системы (Judicial independence). Речь идет о ежегодном докладе «Глобальная конкурентоспособность» (Global Competitiveness Report), который издается Всемирным экономическим форумом (ВЭФ).⁴ По результатам этого доклада ВЭФ за 2014/2015 г. Германия занимает 15-ое место (из 144), в то время как РФ заняла лишь 109-ое место.⁵

Согласно «Индексу верховенства закона» (Rule of Law Index 2014),⁶ который издается неправительственной организацией World Justice Project, Германия в категории гражданского процесса (Civil Justice) занимает третью позицию среди 99 исследуемых стран, лишь незначительно уступая Норвегии и Нидерландам.⁷ Категория гражданского процесса отражает доступность системы правосудия, отсутствие дискриминации, коррупции и ненадлежащего вмешательства представителей государства, а также разумные сроки продолжительности судебных разбирательств и эффективное исполнение судебных решений.

Все эти данные приводятся здесь без оценки их правильности и справедливости. Они, однако, позволяют получить представление о том, как судебная система страны воспринимается со стороны, какой репутацией она пользуется.

III. Репутация судебной системы и судей

В Германии существует распространенная поговорка, знакомая, пожалуй, каждому немцу: „Vor Gericht und auf hoher See ist man in Gottes Hand“ („В суде и в открытом море находишься в руках Господа“).⁸ Поговорка выражает мысль о том, что никогда заранее не известен исход судебного разбирательства. Она, однако, вовсе не свидетельствует о недоверии к судебной системе в немецком обществе. Напротив, граждане и предприниматели в Германии широко доверяют судебной системе, в том числе в

² См. <http://russian.doingbusiness.org/data/exploreconomies/germany#enforcing-contracts>.

³ См. <http://russian.doingbusiness.org/data/exploretopics/enforcing-contracts>.

⁴ World Economic Forum (WEF), см. www.weforum.org/reports/global-competitiveness-report-2014-2015.

⁵ Результаты других стран СНГ: Казахстан (86-ое место), Азербайджан (99-ое место), Армения (107-ое место), Кыргызская Республика (119-ое место), Украина (140-ое место), Молдова (141-ое место). Примечательно, что некоторые страны ЕС получили весьма негативную оценку, например Болгария (126-ое место) и Словакия (130-ое место).

⁶ См. http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/files/country_profiles.pdf.

⁷ Для сравнения: Республика Беларусь (30-ое место), Украина (49-ое место), Узбекистан (59-ое место), Казахстан (66-ое место), Россия (68-ое место), Кыргызская Республика (74-ое место), Молдова (76-ое место).

⁸ От латинского: „Coram iudice et in alto mari sumus in manu Dei“.

процессах, когда одной из сторон выступает государственная или муниципальная структура. Автор никогда не встречался с публикациями или высказываниями, в которых содержались бы сомнения относительно беспристрастности или профессионализме немецких судей. Также неизвестны случаи, связанные с обвинениями или расследованиями относительно возможной коррупции в судебной системе Германии.

Судья Верховного федерального Суда⁹ ФРГ Вольфганг Баль в интервью порталу Право.ru в июле 2012 г. отметил: „В Германии не существует такой проблемы, как недоверие к судам. Нет никаких опасений со стороны общества, что юстиция сделает что-то такое, что может ущемить интересы граждан. В особенности Конституционный суд обладает отличной репутацией.“¹⁰

Юридические профессии в целом, но в особенности судьи и нотариусы, пользуются широким уважением и признанием в Германии. Различные «рейтинги» относительно популярности и репутации профессий фиксируют, что судьи, нотариусы, а также адвокаты и профессора ВУЗов, относятся к десятке самых престижных и уважаемых профессий. Только наилучшие выпускники имеют шанс стать судьей.¹¹

Брошюра «Право – сделано в Германии»,¹² призванная подчеркнуть конкурентные преимущества немецкой правовой системы в глобальном контексте, отмечает «независимость, быстроту и экономичность» немецких судов. Публикация подчеркивает, что Германия гордится своими судами, которые руководствуются верховенством закона.

IV. Конституционные основы правосудия в Германии

Глава IX (ст. 92 – 104) Основного Закона Германии (Grundgesetz, в дальнейшем: ОЗ)¹³ посвящена правосудию. Согласно ст. 92 «Судебная власть вверяется судьям; она осуществляется Федеральным конституционным судом, Верховным федеральным судом, федеральными судами, предусмотренными в настоящем Основном законе, и судами земель».

Часть 1 статьи 95 ОЗ предусматривает следующее: «В области общей, административной, финансовой, трудовой и социальной юрисдикции Федерация учреждает в качестве высших судебных инстанций: Федеральный верховный суд, Федеральный административный суд, Федеральный финансовый суд, Федеральный суд по трудовым спорам и Федеральный суд по социальным вопросам.» При этом, согласно ч. 3 ст. 95 ОЗ «для обеспечения единства правосудия создается Единый сенат судов,

⁹ Bundesgerichtshof (BGH), www.bundesgerichtshof.de.

¹⁰ См. текст интервью: <http://pravo.ru/review/view/74490/>.

¹¹ См. Böttcher, The Role of the Judiciary in Germany, German Law Journal Vol. 5 [2004], No. 10, pp. 1317-1330, www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol05No10/PDF_Vol_05_No_10_1317-1330_Legal_Culture_Boettcher.pdf.

¹² Версия брошюры на немецком и русском языках: www.lawmadeingermany.de/pdfs/Law-Made_in_Germany_RUS.pdf.

¹³ Основной Закон является Конституцией Германии. Текст Основного Закона на немецком и английском языках: www.gesetze-im-internet.de/gg/.

указанных в абзаце 1. Подробности регулируются федеральным законом.» (см. пункт VII. «Обеспечение единства судебной практики»).

Согласно ч. 1 ст. 97 ОЗ «судьи независимы и подчиняются только закону». «Профессиональные судьи, назначенные на постоянной основе в установленном порядке, могут быть уволены против их желания, окончательно или временно освобождены от должности, переведены на другое место или уволены в отставку до истечения срока службы лишь на основании судебного решения и только по причинам и в формах, предписанных законом» (ч. 2 ст. 97 ОЗ).

V. Основные законы, регулирующие судебную систему

К основным законам, регулирующим устройство и функционирование судебной системы относятся:

- Закон об устройстве судебной системы (Gerichtsverfassungsgesetz – GVG);
- Закон о судьях (Deutsches Richtergesetz - DRiG);
- Закон о социальных судах (Sozialgerichtsgesetz - SGG);
- Финансовое процессуальное уложение (Finanzgerichtsordnung – FGO);
- Закон о трудовых судах (Arbeitsgerichtsgesetz – ArbGG);
- Закон об административном производстве (Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO);
- Гражданское процессуальное уложение (Zivilprozessordnung – ZPO);
- Уголовно-процессуальный кодекс (Strafprozessordnung – StPO);
- Закон об обеспечении единства судебной практики верховных судов ФРГ (Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes);
- Закон о Федеральном Конституционном суде (Gesetz über das Bundesverfassungsgericht - BVerfGG).¹⁴

VI. Устройство судебной системы

1. Ветви судебной системы

Судебная система Германии состоит из нескольких ветвей:

- суды общей юрисдикции (Gerichte der ordentlichen Gerichtsbarkeit);
- трудовые суды (Arbeitsgerichte);
- административные суды (Verwaltungsgerichte);
- социальные суды (Sozialgerichte);

¹⁴ Текст этих законов на немецком языке на портале Федерального министерства юстиции и защиты потребителей: www.gesetze-im-internet.de/. Портал также содержит перевод ряда законов на английский язык: www.gesetze-im-internet.de/Teilliste_translations.html.

- финансовые суды (Finanzgerichte).¹⁵

В каждой ветви судебной системы существует своя апелляционная и кассационная инстанции, включая самостоятельный суд высшей инстанции в соответствующей области.¹⁶ Также действуют собственные процессуальные нормы. Тот факт, что суды высшей инстанции во всех 5 ветвях судебной системы, а также Федеральный Конституционный суд, расположены в различных (нестоличных) городах хорошо отражает децентрализованность Германии.¹⁷

Следует обратить внимание на то, что в Германии не существует отдельной системы судов для разрешения коммерческих споров наподобие арбитражных судов в России и хозяйственных судов в Украине и Республике Беларусь. Эта категория дел рассматривается судами общей юрисдикции.

2. Трудовые суды

Трудовые споры рассматриваются в 111 трудовых судах (Arbeitsgerichte, ArbG).¹⁸ Их решения могут быть обжалованы в 18 земельных трудовых судах (Landesarbeitsgerichte – LAG). Высшей инстанцией является Федеральный суд по трудовым спорам (Bundesarbeitsgericht – BAG),¹⁹ расположенный в г. Эрфурте. Действует Закон о трудовых судах (Arbeitsgerichtsgesetz – ArbGG).²⁰ Трудовые суды разрешают гражданско-правовые споры между работниками и работодателями, а также в сфере коллективного трудового права между работодателями и профсоюзами. В отдельных случаях могут возникнуть вопросы разграничения компетенции между трудовыми судами и судами общей юрисдикции. Так, к примеру, Единый сенат верховных судов 27 сентября 2010 г. постановил, что иск арбитражного управляющего против работников должника должен рассматриваться в трудовых судах, а не в судах общей юрисдикции (см. пункт VII. Обеспечение единства судебной практики).

Согласно данным федерального ведомства статистики²¹ в 2013 г. трудовые суды рассмотрели 403.457 дел, 379.574 из которых (94%) были инициированы работниками или профсоюзами. Наибольшую подгруппу дел (более 150.000 дел в 2013 г., 37%)

¹⁵ См. Э.Р. Ахметзянова, Потенциал использования опыта специализированных судов Германии в судебной системе Российской Федерации, Международное публичное и частное право, № 5/2011. См. также краткий обзор на английском языке о судебной системе Германии: www.eu-verbraucher.de/fileadmin/user_upload/eu-verbraucher/PDF_Englisch/Brochures/Legal_sytem_Germany.pdf.

¹⁶ Исключения составляют социальные суды, насчитывающие только две инстанции (см. пункт VI.4. в этой статье).

¹⁷ Суды высшей инстанции расположены в г. Эрфурте, г. Лейпциге, г. Каселе, г. Мюнхене и г. Карлсруэ. Федеральный Конституционный суд находится также в г. Карлсруэ.

¹⁸ См., например, трудовой суд г. Кельна (www.arbg-koeln.nrw.de/) и трудовой суд г. Штутгарта: (www.arbg-stuttgart.de).

¹⁹ См. www.bundesarbeitsgericht.de.

²⁰ Текст на немецком языке: www.gesetze-im-internet.de/arbogg/. См. комментарии к ArbGG: Germellmann/Matthes/Prütting (8-ое издание, 2013), Grunsky/Waas/Greiner (8-ое издание, 2014), Natter/Gross (2-ое издание, 2013).

²¹ См. www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/GerichtePersonal/Arbeitsgerichte. См. Также данные на сайте Федерального министерства по трудовым и социальным вопросам (BMAS): www.bmas.de/DE/Themen/Arbeitsrecht/Statistik-zur-Arbeitsgerichtsbarkeit/inhalt.html.

составляют иски, оспаривающие увольнение сотрудника (Kündigungsschutzklage). Примечательно, что около 60% всех процессов закончились заключением мирового соглашения (Vergleich). Примерно в 15% случаев истец отзывал свой иск. Рассмотрение трудового спора в первой инстанции занимало в среднем 2,7 месяца. При этом, около 29% дел было разрешено в течение одного месяца. В тех случаях, когда суд выносил решение, процесс в первой инстанции продолжался в среднем 6,6 месяцев.

Подобная статистика объясняется тем, что в трудовом процессе действует т.н. принцип ускорения (Beschleunigungsgrundsatz, п. 1 § 9 Закона о трудовых судах). Это выражается в укороченных по сравнению с гражданским процессом процессуальных сроках, проведении – по возможности – только одного судебного слушания (п. 1 § 57 Закона о трудовых судах) и быстром вынесении решения (как правило, в конце устного слушания; судебное решение должно быть доставлено сторонам в письменном виде в течение трех недель). Принцип ускорения в особенной степени действует в отношении исков, связанных с увольнением сотрудника (§ 61a, п. 8 § 64 Закона о трудовых судах).

Важной частью трудового процесса является предварительная встреча сторон и судьи, которая проводится в течение двух недель с момента подачи иска и в рамках которой обсуждаются обстоятельства дела и предпринимается попытка достичь мирового соглашения (Gütetermin или Güteverhandlung, § 54 Закона о трудовых судах). Суд в течение всего процесса должен стремиться к заключению мирового соглашения (п. 2 § 57 Закона о трудовых судах). Приведенная статистика показывает, что на практике это нередко удается.

Участие адвоката в трудовом процессе не требуется законом, но допускается. Стороны могут участвовать в процессе самостоятельно или через представителя (например, представитель профсоюза или ассоциация работодателей). Особенностью разбирательства в трудовых судах первой инстанции является тот факт, что – в отличие от правил гражданского процесса - проигравшая сторона не обязана возмещать расходы победившей стороны на адвоката/представителя, п. 1 § 12a Закона о трудовых судах.

Трудовой суд первой инстанции заседает в составе одного профессионального судьи в качестве председателя (Vorsitzender) и двух непрофессиональных заседателей (ehrenamtliche Richter), один из которых выбирается из сферы работодателей (например, представитель органов управления какого-либо предприятия или представитель ассоциации работодателей), а другой из сферы работников (например, представитель профсоюза), см. §§ 6, 16, 20-31 Закона о трудовых судах.²² Непрофессиональные заседатели не участвуют в предварительном заседании, проводимой с целью заключения мирового соглашения (Gütetermin или Güteverhandlung, см. выше).

²² См. Bader/Hohmann/Klein, Die ehrenamtlichen Richterinnen und Richter in der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit, 2012; Stein, Legitimation, Praxisnähe, Transparenz - zur Rolle der ehrenamtlichen Richter in der Arbeitsgerichtsbarkeit, BB 2007, S. 2681-2686.

3. Административные суды

Административные суды (Verwaltungsgerichte)²³ разрешают споры, возникающие на основе публично-правовых отношений. На практике, речь чаще всего идет о вопросах хозяйственно-административного права (госзакупки, выдача разрешений, субсидии и т.д., всего около 20%), вопросах предоставления политического убежища (16%), полицейского и экологического права (11%), государственной службы (9%), и т.д.²⁴

Первую инстанцию составляет 51 административный суд (Verwaltungsgerichte, VG).²⁵ В качестве апелляционной инстанции действуют 15 высших административных судов (Oberverwaltungsgericht - OVG).²⁶ Высшей инстанцией является Федеральный Административный Суд (Bundesverwaltungsgericht, BVerwG), расположенный в г. Лейпциге.²⁷ Все аспекты деятельности административных судов изложены в Законе об административном производстве (Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO).²⁸

В 2013 г. административные суды рассмотрели около 146.000 дел. В среднем административно-судебный процесс в первой инстанции продолжался около 9 месяцев. В последние годы средняя продолжительность административных процессов значительно сократилась. Так, в 1999 г. разбирательство в административном суде длилось в среднем 18 месяцев, а в 2006 г. - 14 месяцев.

Более подробно административно-судебный процесс представлен в статье «Административный процесс в Германии» в этом сборнике.²⁹

4. Социальные суды

Система социальных судов насчитывает 68 социальных судов (Sozialgerichte, SG), действующих в качестве первой инстанции. На уровне второй инстанции существуют 14 земельных социальных судов (Landessozialgerichte, LSG). Последнюю инстанцию по спорам в отношении социального обеспечения составляет Федеральный суд по социальным вопросам (Bundessozialgericht, BSG),³⁰ расположенный в г. Каселе. Структура и делопроизводство закреплены в Законе о социальных судах (Sozialgerichtsgesetz, SGG).³¹ Социальные суды компетентны рассматривать публично-

²³ См. М.С. Сиявская, Административная юстиция в Германии: особенности административного судопроизводства, «Российский судья», № 1/2013.

²⁴ www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/GerichtePersonal/Verwaltungsgerichte.html.

²⁵ См., например, административный суд г. Ганновер (www.verwaltungsgericht-hannover.niedersachsen.de/) или административный суд г. Мюнхен (www.vgh.bayern.de/vgmuenchen/).

²⁶ В каждой из земель ФРГ существует высший административный суд, в Берлине и соседней земле Бранденбург действует совмещенный высший административный суд (Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, www.berlin.de/sen/justiz/gerichte/ovg/index.html).

²⁷ См. www.bverwg.de.

²⁸ Текст Закона об административном производстве на немецком и английском языке: www.gesetze-im-internet.de/vwgo/. См. также Административно-процессуальное право Германии (под редакцией В.Бергманна), 2-е издание, Москва/Берлин 2013.

²⁹ А.Бергер/Н.Веш, Административный процесс в Германии, с. 32 - 47.

³⁰ См. www.bsg.bund.de.

³¹ Текст на немецком языке: www.gesetze-im-internet.de/sgg/.

правовые споры в отношении обязательного медицинского и пенсионного страхования, страхования на случай потребности в постороннем уходе, социальной помощи и т.д.³²

5. Финансовые суды

Налоговые споры и жалобы на решения налоговых органов рассматриваются в 18 финансовых судах (Finanzgerichte, FG). Их решения могут быть оспорены в Федеральном финансовом суде (Bundesfinanzhof, BFH)³³ в г. Мюнхене. Таким образом, в этой сфере существуют лишь две инстанции. Структура и процедура закреплены в Финансовом процессуальном уложении (Finanzgerichtsordnung – FGO).³⁴ Финансовые суды рассматривают споры и жалобы, связанные с решениями государственных финансовых органов, в частности налоговой службы (Finanzamt) и таможенной службы (Zollbehörde).³⁵

6. Суды общей юрисдикции

Система судов общей юрисдикции в Германии насчитывает 650 районных судов (Amtsgerichte – AG) и 115 земельных судов (Landgerichte – LG), которые могут выступать в качестве первой инстанции, в зависимости от конкретной категории дела (см. ниже). Одним уровнем выше существуют 24 высших земельных суда (Oberlandesgerichte – OLG). Судом высшей инстанции, рассматривающим кассационные иски против решений нижестоящих судов, является Верховный федеральный суд (Bundesgerichtshof – BGH) в г. Карлсруэ.

Суды общей юрисдикции рассматривают уголовные и гражданские, включая коммерческие, дела.

При районных судах ведутся торговый реестр (Handelsregister)³⁶ и поземельная книга (Grundbuch).³⁷

7. Федеральный Конституционный Суд

Федеральный Конституционный Суд (Bundesverfassungsgericht, BVerfG)³⁸ согласно ч. 1 ст. 93 Основного Закона Германии выносит решения:

«1. о толковании Основного закона в связи со спорами об объеме прав и обязанностей какого-либо верховного органа власти Федерации или других сторон, наделенных

³² См. § 51 Закона о социальных судах (Sozialgerichtsgesetz - SGG). Текст на немецком: www.gesetze-im-internet.de/ssg/.

³³ См. www.bundesfinanzhof.de.

³⁴ Текст на немецком языке: www.gesetze-im-internet.de/fgo/.

³⁵ См. А. Юлдашев, Финансовые суды в Германии, 2000.

³⁶ См. www.handelsregister.de.

³⁷ См. www.grundbuch-portal.de/.

³⁸ www.bundesverfassungsgericht.de. См. подробно Изензее/Кирххоф, Государственное право Германии, 1994, том I, с. 272-310; Е.В. Гриценко, Роль конституционного суда в обеспечении прямого действия Конституции в Германии и России, Журнал конституционного правосудия, № 1/2013.

Основным законом или регламентом верховного органа власти Федерации правами, которые они могут осуществлять самостоятельно;

2. при наличии разногласий или сомнений относительно того, соответствует ли федеральное право или право земли по своей форме или своему содержанию Основному закону, либо относительно того, соответствует ли право земли другому федеральному праву - по ходатайству Федерального правительства, правительства земли или одной трети членов Бундестага;

2а. при наличии разногласий относительно того, отвечает ли закон предпосылкам ч. 2 ст. 72 - по ходатайству Бундесрата, правительства земли либо народного представительства земли;

3. при наличии разногласий относительно прав и обязанностей Федерации и земель, в частности, при применении землями норм федерального права и при осуществлении федерального надзора;

4. по другим публично-правовым спорам между Федерацией и землями, между различными землями или в пределах одной земли, если не предусмотрен иной порядок судебного рассмотрения;

4а. по конституционным жалобам, которые могут быть поданы любым лицом, утверждающим, что государственная власть нарушила одно из его основных прав или одно из прав, указанных в ч. 4 ст. 20 и ст. 33, 38, 101, 103 и 104;

4б. по конституционным жалобам общин или объединений общин по поводу нарушения каким-либо законом их права на самоуправление, предусмотренного ст. 28; в отношении законов земли это возможно лишь в случае, если жалоба не может быть подана в конституционный суд земли;

5. в других случаях, предусмотренных Основным законом.»

Полномочия и функционирование Суда регулируются в Законе о Федеральном Конституционном Суде (Gesetz über das Bundesverfassungsgericht – BVerfGG),³⁹ который в § 13 содержит дополнительное положение о его компетенции.

Наиболее часто Федеральный Конституционный Суд рассматривает конституционные жалобы (Verfassungsbeschwerde).⁴⁰ Число подаваемых конституционных жалоб достигает 6.000 в год. При этом, статистическая вероятность того, что в рамках конституционной жалобы действительно будет установлено нарушение конституционных норм, составляет менее двух процентов.⁴¹

Федеральный Конституционный Суд находится в г. Карлсруэ. Он насчитывает 16 судей и аппарат из 260 человек.

³⁹ Текст на немецком языке: www.gesetze-im-internet.de/bverfagg/.

⁴⁰ См. отдельную статью в этом сборнике «Конституционная жалоба в Германии и структура проверки нарушения конституционных прав человека и гражданина» (Анастасия Бергер / Нина Веш), с. 19-31.

⁴¹ См. статистику на сайте Федерального Конституционного Суда: www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2013/gb2013/A-IV-2.html.

В связи с федеративным устройством государства и наличием своих конституций у федеральных земель (Landesverfassung) в Германии помимо Федерального Конституционного Суда существуют конституционные суды земель.⁴²

8. Схема

Наглядно судебную систему Германии можно изобразить в виде следующей схемы.⁴³



9. Распределение дел в суде

Часть 1 ст. 101 Основного Закона гласит: «Чрезвычайные суды не допускаются. Никто не может быть изъят из ведения своего законного судьи».⁴⁴ Принцип «законного судьи» (gesetzlicher Richter) обозначает, что каждый имеет право на рассмотрение его дела судьей, чья компетенция заранее определена по объективным критериям. Этот принцип является проявлением правового государства и по определению Федерального конституционного суда должен «предотвращать опасность, что судебная система будет при помощи манипуляций подвержена неуместному влиянию».⁴⁵ Его цель состоит в защите граждан от манипуляций и укреплении независимости суда. Другими словами,

⁴² См., например, конституционный суд земли Северный Рейн – Вестфалия (Verfassungsgerichtshof NRW, www.vgh.nrw.de/) и земли Бранденбург (www.verfassungsgericht.brandenburg.de/).

⁴³ См. также схему на английском языке на сайте Совета Европы (www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/profiles/CourtSystemGermany.pdf) и информацию на сайте Федерального министерства юстиции и защиты потребителей (www.bmjv.de/DE/Service/GerichtsStAFinder/node.html).

⁴⁴ Такое же положение содержится в § 16 Закона об устройстве судебной системы (Gerichtsverfassungsgesetz, GVG).

⁴⁵ BVerfGE 95, 322, 327; Jarass/Pieroth, Grundgesetz Kommentar [Комментарий к Основному Закону], Art. 101, Rn. 1.

должны быть исключены «подтасовки», когда, например, решением председателя суда определенным судьям поручается рассмотрение конкретных дел.

Руководствуясь этим принципом в немецких судах до начала каждого года принимается план распределения дел (Geschäftsverteilungsplan).⁴⁶ План принимается президиумом суда заранее на год и доступен в открытом режиме, в частности на сайте суда в интернете. Согласно такому плану дела могут распределяться, к примеру, по начальной букве фамилии или названия ответчика. Таким образом, например, заранее известно, что судья по фамилии Шнайдер рассматривает в текущем году все дела в отношении ответчиков, чье имя или название начинается на буквы А – D, а судья Майер – все дела в отношении ответчиков на буквы Е – Н и т.д.⁴⁷

10. Публикация судебных решений

Судебные решения принимаются «от имени народа» („Im Namen des Volkes“). Примечательно, что в отличие от практики российских судов резолютивная часть решения предшествует мотивировочной части.

Судебные решения публикуются только в анонимной форме. Таким образом, в тексте решения речь может идти об «обществе с ограниченной ответственностью А» и «директоре В». При этом, публикуются далеко не все судебные решения.

Решения Верховного федерального суда публикуются на сайте суда⁴⁸ и в соответствующих сборниках «BGHZ» и «BGHSt». Наиболее интересные решения нижестоящих судов можно найти в специализированных юридических журналах и в платных базах данных Juris и Beck Online.

VII. Участие адвоката в судебном разбирательстве

1. Обязательное участие адвоката

Определенные виды судебных разбирательств требуют участия адвоката (Rechtsanwalt). Это требование служит защите юридически некомпетентной стороны, равенству сторон и обеспечению функционирования юстиции. Федеральный Конституционный Суд постановил, что это требование не нарушает положений Основного Закона.⁴⁹ Согласно позиции Европейского суда по правам человека положения об обязательном участии адвоката также соответствуют ст. 6 ЕКПЧ.⁵⁰

⁴⁶ См. например план районного суда г. Кельн: www.ag-koeln.nrw.de/aufgaben/geschaeftsverteilung/index.php.

⁴⁷ Этот пример исходит из рассмотрения дела единоличным судьей. Такое же правило действует в отношении судебных составов.

⁴⁸ См. www.bundesgerichtshof.de/DE/Entscheidungen/EntscheidungenBGH/entscheidungenBGH_node.html.

⁴⁹ BVerfG, 11.10.1976 (1 BvR 373/76) und 20.8.1992 (2 BvR 1000/92).

⁵⁰ EGMR, 10.5.2007, №76680/01 (A.S./Deutschland).

В гражданском процессе согласно § 78 Гражданского процессуального уложения (Zivilprozessordnung, далее – ГПУ)⁵¹ стороны обязаны вести свои дела при помощи адвоката в земельных судах (Landgerichte) и высших земельных судах (Oberlandesgerichte). А в районных судах (Amtsgerichte) участие адвоката обязательно лишь в семейных делах.⁵² Необязательно участие адвоката также в трудовых и налоговых спорах.

При рассмотрении кассационных исков по гражданским (и коммерческим делам) в Верховном федеральном суде обязательно должен участвовать один из представителей специальной адвокатуры при этом суде. Она насчитывает около 45 адвокатов.⁵³ При оспаривании приговоров в уголовном процессе в Верховном федеральном суде участвовать могут любые немецкие адвокаты, т.е. не только члены упомянутой специальной адвокатуры.

2. Адвокатура в Германии

Необходимо отметить, что статус адвоката в Германии (Rechtsanwalt) отличается от статуса адвоката в РФ. Статус адвоката в Германии имеют все практикующие юристы в больших и малых юридических фирмах и частных практиках, а также многие корпоративные юристы, работающие в юридических отделах предприятий (юрисконсульты). Для получения статуса адвоката требуется сдать оба государственных экзамена⁵⁴ и подать заявку на членство в адвокатскую палату (Rechtsanwaltskammer)⁵⁵ по месту деятельности, оплатить вступительный и ежегодный взносы, заключить договор о страховании профессиональной ответственности и принести присягу. Таким образом, деятельность и статус адвокатов в Германии не требуют дополнительных экзаменов или квалификации. По данным Федеральной Палаты адвокатов (Bundesrechtsanwaltskammer, BRAK)⁵⁶ на 1 января 2015 г. в Германии существовало около 163.000 адвокатов,⁵⁷ наибольшее количество в г. Мюнхене (около 20.000) и г. Франкфурте-на-Майне (около 18.000).

⁵¹ Текст ГПУ на немецком и английском языках: <http://www.gesetze-im-internet.de/zpo/>. См. также перевод на русский язык: Гражданское процессуальное уложение Германии, 2006.

⁵² См. отдельную статью М. Дерра о бракоразводном процессе в этом сборнике, с. 402 - 418.

⁵³ См. www.bundesgerichtshof.de/DE/BGH/Rechtsanwaelte/rechtsanwaelte_node.html и www.rak-bgh.de/.

⁵⁴ См. отдельную статью М. Дерра, посвященную юридическому образованию в Германии, в этом сборнике, с. 433 - 454.

⁵⁵ См. памятку о деятельности адвокатов на русском языке на сайте палаты адвокатов г. Франкфурта-на-Майне: www.rechtsanwaltskammer-ffm.de/raka/rub_aboutus/docs/web_booklet_ru.pdf.

⁵⁶ См. www.brak.de/.

⁵⁷ См. www.brak.de/fuer-journalisten/zahlen-zur-anwaltschaft/.

3. Оплата адвокатов

Оплата адвокатов⁵⁸ может производиться на основе почасового гонорара (Stundenhonorar) или согласно положениям Закона об оплате адвокатов (Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, RVG).⁵⁹

При заключении договора о вознаграждении (Vergütungsvereinbarung)⁶⁰ в большинстве случаев гонорар немецкого адвоката будет составлять от 150 до 250 евро в час. В случае ведущих юристов известных юридических фирм почасовой гонорар может достигать 500 и более евро в час. Согласно судебной практике подобные ставки сами по себе, т.е. при отсутствии каких-либо дополнительных обстоятельств, не противоречат «добрым нравам» в смысле § 138 Гражданского уложения Германии и, таким образом, не ведут к ничтожности договора об оказании юридических услуг.⁶¹

Адвокат и клиент также могут договориться о применении ставок, заложенных в Законе об оплате адвокатов (RVG). В таком случае сумма адвокатского вознаграждения зависит от суммы иска. Закон предусматривает формулы подсчета гонорара, зависящие от того, потребовалась ли досудебная консультация или адвокат участвовал в судебном процессе, а также от ряда других аспектов, например, было ли заключено мировое соглашение. Принимается во внимание и сложность конкретного дела. Вознаграждение по Закону об оплате адвокатов (RVG) будет производиться и по умолчанию, т.е. тогда, когда стороны не заключили договора о вознаграждении и четко не зафиксировали (не обговорили) применение ставок RVG.

В зависимости от суммы иска и количества времени, которое предположительно потребуется для ведения дела, в каждом конкретном случае для адвоката и/или клиента может быть более выгодна та или иная форма вознаграждения.⁶² Поэтому на практике могут применяться договоренности о гонораре, привязанные к сумме согласно RVG и учитывающие интересы адвоката и клиента, таким образом составляя комбинацию упомянутых подходов. При этом, в случае судебного разбирательства не допускаются договоренности о более низком вознаграждении, чем предусматривает RVG.

Гонорар успеха (Erfolgshonorar) разрешается с 2008 г. при выполнении определенных условий (§4a RVG), «если сторона иначе ввиду своего финансового положения будет вынуждена отказаться от предъявления претензий в судебном порядке».⁶³

⁵⁸ См. памятку Федеральной Палаты адвокатов: www.brak.de/fuer-anwaelte/gebuehren-und-honorare/.

⁵⁹ Текст Закона об оплате адвокатов на немецком и английском языках: www.gesetze-im-internet.de/rvg/.

⁶⁰ См. § 3a RVG.

⁶¹ См. например OLG Celle, 18.11.2009 (3 U 115/09).

⁶² Возможны случаи, когда при высокой сумме иска потребуется лишь небольшое количество часов работы адвоката. И наоборот, процесс в отношении сравнительно небольшой денежной суммы может потребовать большого количества времени.

⁶³ Kilian, Das Gesetz zur Neuregelung des Verbots der Vereinbarung von Erfolgshonoraren, NJW 2008, S. 1905-1910; В. Meyer, Das Erfolgshonorar für Anwälte – Chancen & Schwierigkeiten, DRIZ 2008, S. 199-201.

VIII. Некоторые аспекты гражданского процесса

1. Первая инстанция

В качестве судов первой инстанции могут выступать районные суды (Amtsgerichte) и земельные суды (Landgerichte). Подсудность дел определяется Законом об устройстве судебной системы (Gerichtsverfassungsgesetz, GVG).⁶⁴ Согласно §§ 23, 23a GVG подсудность районных судов дана для споров с суммой иска, не превышающей 5.000 евро, и – независимо от суммы иска – для семейных споров и дел, касающихся регистров (торговый реестр, поземельная книга). Иски относительно сумм более 5.000 евро и по ряду споров, вытекающих из корпоративного права (независимо от суммы иска), согласно § 71 GVG подаются в земельный суд.

Как уже было упомянуто выше, в районных судах участие адвоката необязательно (за исключением дел из сферы семейного права, например, бракоразводного процесса).⁶⁵ В земельных же судах стороны должны быть представлены немецкими адвокатами.

В районных судах дела слушаются одним судьей (Einzelrichter, § 22 GVG), в земельных судах, как правило, суд состоит из трех судей (§ 75 GVG).

Все аспекты гражданского (и коммерческого) процесса изложены в Гражданском процессуальном уложении Германии (Zivilprozessordnung, ZPO, далее – ГПУ).⁶⁶

Иск, как правило, подается по месту жительства или местонахождению ответчика (§§ 12, 17 ГПУ). Но существует также специальная подсудность, например по месту исполнения спорного обязательства (Besonderer Gerichtsstand des Erfüllungsorts, § 29 ГПУ) и в месте, где было совершено недозволенное действие (деликтные обязательства, Besonderer Gerichtsstand der unerlaubten Handlung, § 32 ГПУ),⁶⁷ а также специальная подсудность встречного иска (Besonderer Gerichtsstand der Widerklage, § 33 ГПУ). Истец согласно § 35 ГПУ вправе выбрать один из компетентных судов. Кроме того, стороны могут заключить пророгационное соглашение (Gerichtsstandsvereinbarung, §§ 38-40 ГПУ), которое, однако, не может распространяться на иски, для которых предусмотрена исключительная подсудность (ausschließlicher Gerichtsstand).⁶⁸

Исковое заявление (Klageschrift) согласно п. 2, 3 § 253 ГПУ должно содержать наименование сторон и суда, определенное указание предмета и основания предъявленного требования, а также ходатайство. Кроме того, в исковом заявлении должно упоминаться, предшествовала ли подаче иска попытка проведения медиации или другой процедуры внесудебного разрешения споров, а также имеются ли причины для ее непроведения. Далее необходимо указать цену предмета спора, если от этого зависит

⁶⁴ Текст на немецком и английском языках: <http://www.gesetze-im-internet.de/gvg/>.

⁶⁵ См. статью М.Дерра «Бракоразводный процесс в Германии» в этом сборнике, с. 402 - 418.

⁶⁶ Текст ГПУ на немецком и английском языках: <http://www.gesetze-im-internet.de/zpo/>. См. также перевод на русский язык: Гражданское процессуальное уложение Германии, 2006. К основным комментариям к ГПУ (ZPO-Kommentar) относятся (по фамилиям авторов-составителей): Vaumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann; Musielak/Voit; Thomas/Putzo; Zöller, а также Münchener Kommentar.

⁶⁷ См. статью А. Шмагина о деликтном праве в этом сборнике, с. 126 – 144.

⁶⁸ Исключительная подсудность предусмотрена, в том числе, для вещных исков (§ 24 ГПУ), для споров из найма или аренды помещений (§ 29a ГПУ), для дел, касающихся окружающей среды (§ 32a ГПУ).

подсудность дела и предмет спора не заключается в определенной денежной сумме, а также изложить возможные возражения против рассмотрения дела единоличным судьей. Исковое заявление должно быть собственноручно подписано истцом или адвокатом истца (в процессах с обязательным участием адвоката, см. пункт VII).

По правилам ГПУ процессуальные расходы несет проигравшая сторона. § 91 ГПУ гласит:

«Сторона, против которой состоялось решение, несет расходы по спору, в частности, должна возместить расходы, понесенные другой стороной, если их необходимость связана с целесообразным осуществлением правового требования или правовой защиты.»

Согласно § 92 ГПУ в случаях, когда решение принято частично в пользу и частично против каждой из сторон, то расходы взаимно погашаются либо распределяются пропорционально.

В 2013 г. в районные суды было подано около 1,14 млн гражданских процессов.⁶⁹ При этом, предмет спора распределился следующим образом:

Предмет спора (иски в районные суды)	Доля в общем кол-ве исков
аренда квартир	23,4%
купля-продажа	13,2%
дорожные аварии	11,4%
гонорары	4,1%
договоры страхования	3%
аренда	2,8%
туристический договор	2,4%

Кроме того, около 349.000 дел в 2013 г. было рассмотрено в земельных судах в качестве первой инстанции. Дела касались следующих сфер:

Предмет спора (иски в земельные суды)	Доля в общем кол-ве исков
аренда/кредит/лизинг	11%
строительные споры	8,3%
купля-продажа	7%
вложение капитала	5,9%
интеллектуальная собственность	4,9%

⁶⁹ Здесь приведены данные Федерального ведомства статистики (Statistisches Bundesamt): www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/GerichtePersonal/Zivilgerichte.html.

В отношении средней продолжительности гражданских процессов в Германии получается следующая картина:

Продолжительность	Районные суды (Amtsgerichte)	Земельные суды (Landgerichte, в качестве 1-ой инстанции)
До 3 месяцев	48,6%	26,4%
От 3 до 6 месяцев	26,6%	23,1%
От 6 до 12 месяцев	16,6%	26,1%
От 12 до 24 месяцев	6%	16,4%
Средняя продолжительность	4,8 месяцев	9,4 месяцев

Примечательно, что около 25% гражданских процессов заканчиваются мировым соглашением (Vergleich). Это во многом связано с положением п. 1 § 278 ГПУ, согласно которому «суд на каждой стадии разбирательства должен стремиться к разрешению спора мировым соглашением».⁷⁰ При этом, п. 2 § 278 ГПУ предписывает, что «устному разбирательству предшествует примирительная процедура».⁷¹

2. Пособие по уплате процессуальных расходов

Сторона, которая в силу своего личного или имущественного положения не может уплатить расходы, связанные с ведением процесса, может согласно §§ 114-127 ГПУ подать ходатайство о предоставлении пособия по уплате процессуальных расходов (Prozesskostenhilfe). Пособие предоставляется, если заявленные правовые требования или правовая защита обнаруживают достаточно шансов на успех и не представляются недобросовестными.

Предоставление пособия по уплате процессуальных расходов возможно также и для иностранных граждан без постоянного места жительства в Германии. При определенных условиях пособие может предоставляться и для юридических лиц, зарегистрированных в Германии или иных странах Европейского Союза или странах Соглашения о Европейском экономическом пространстве⁷²: «...если ни они, ни лица, экономически заинтересованные в предмете спора, не могут уплатить расходы и если воздержание от заявления правовых требований или правовой защиты противоречило бы общим интересам».

⁷⁰ «Das Gericht soll in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits oder einzelner Streitpunkte bedacht sein.»

⁷¹ Der «mündlichen Verhandlung geht zum Zwecke der gütlichen Beilegung des Rechtsstreits eine Güteverhandlung voraus [...]»

⁷² Членами Соглашения о Европейском экономическом пространстве (Europäischer Wirtschaftsraum, EWR) являются Исландия, Лихтенштейн и Норвегия.

3. Страхование расходов на юридическую помощь

В Германии распространено т.н. страхование расходов на юридическую помощь (Rechtsschutzversicherung).⁷³ В случае, если застрахованному лицу потребуются юридическая помощь, такая страховка покрывает гонорар адвоката по выбору застрахованного лица в рамках тарифов по закону RVG, судебные сборы и издержки, а также, в зависимости от условий страхового договора, и расходы другой (победившей) стороны. При этом, обычно предусмотрено участие страхователя в размере 150-250 евро за каждый страховой случай. При заключении страхового договора возможна спецификация. Так, страховка может распространяться на определенные случаи, например только трудовые споры или разбирательства в связи с ДТП. Стоимость страховки, как правило, составляет 250-400 евро в год. Как правило, договоры о страховании расходов на юридическую помощь заключаются на основе общих условий (Allgemeine Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung, ARB),⁷⁴ разработанных ассоциацией страхового бизнеса Германии (Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft).

4. Заочное решение (Versäumnisurteil)

Гражданский процесс предусматривает возможность вынесения заочных решений против не явившейся стороны (§§ 330 – 347 ГГУ). Если истец не является на устное разбирательство в суде, то по соответствующему ходатайству принимается заочное решение об отказе истцу в иске. В случае неявки ответчика по ходатайству истца о принятии заочного решения устные утверждения истца в отношении обстоятельств дела считаются признанными. Если утверждения истца обосновывают искомое требование, суд должен его удовлетворить. Если такое обоснование отсутствует, то иск должен быть отклонен (§ 331 ГГУ).

Сторона, против которой вынесено заочное решение, может оспорить его в течение двух недель (§§ 338-339 ГГУ). Если оспаривание допустимо, то дело возвращается в положение, в котором оно находилось до установления факта неявки на судебное заседание (§ 342 ГГУ). Связанные с неявкой расходы возлагаются на отсутствующую сторону (§ 344 ГГУ). В случае повторной неявки отсутствующая сторона не может повторно оспаривать заочное решение (§ 345 ГГУ).

5. Палаты для рассмотрения коммерческих дел

При земельных судах существуют специализированные палаты для коммерческих дел (Kammern für Handelssachen),⁷⁵ которые заседают в составе одного профессионального судьи и двух предпринимателей (ehrenamtliche Richter, Handelsrichter,⁷⁶ своего рода

⁷³ См. подробную информацию на сайте ассоциации страхового бизнеса Германии (на немецком языке): www.gdv.de/versicherungen/rechtsschutzversicherung/.

⁷⁴ См. www.gdv.de/downloads/versicherungsbedingungen/rechtsschutzversicherung/.

⁷⁵ См. §§ 93-107 Закона об устройстве судебной системы.

⁷⁶ См. www.handelsrichter.eu.

«арбитражные заседатели»). Кандидатуры непрофессиональных судей, которые должны быть коммерсантами (Kaufmann) в понимании законодательства или занимать руководящую должность в хозяйственном обществе, предлагаются Торгово-Промышленными палатами.

Закон об устройстве судебной системы (Gerichtsverfassungsgesetz – GVG) в § 95 содержит подробный список категорий споров, которые могут рассматриваться палатами для коммерческих дел (Handelssachen). К таковым относятся гражданско-правовые споры, в которых иск направлен против коммерсанта в понимании Торгового уложения Германии (Handelsgesetzbuch – HGB)⁷⁷ и сделка, составляющая предмет спора является торговой сделкой (Handelsgeschäft), а также споры в области корпоративного права (в т.ч. иск об оспаривании решений общего собрания), защиты торговых знаков, права конкуренции и т.д.

Дело рассматривается палатой для коммерческих споров в случае соответствующего заявления истца в исковом заявлении. В случае подачи иска в палату по гражданским делам ответчик может потребовать рассмотрения дела в палате для коммерческих дел, если категория спора является коммерческой (см. выше).

По результатам исследования, опубликованном в 2010 г.,⁷⁸ в Германии в последние годы в определенных областях права наблюдается заметное уменьшение роли государственных судов. В особенности в сфере трансграничных коммерческих споров, а также в сфере слияний и поглощений компаний (M & A), все большее количество споров решаются в третейских судах и международных арбитражах. В то же время количество дел в палатах для коммерческих споров немецких земельных судов, несмотря на интернационализацию торговли, заметно падает. При этом, доля дел с иностранным элементом в палатах для коммерческих споров немецких земельных судов составляет не более 13%, хотя на экспорт приходится около 45% ВВП Германии.

6. Судебное разбирательство на английском языке?

В настоящее время в Германии рассматривается возможность законодательного нововведения о рассмотрении определенных категорий дел в немецких судах на английском языке.⁷⁹ Соответствующий законопроект⁸⁰ был внесен Бундесратом повторно в апреле 2014 г., после того как первоначальный законопроект 2010 г. не был рассмотрен парламентом предыдущего созыва. Законопроект упоминает, что несмотря на то, что право и судебная система Германии пользуются высоким признанием в мире, иностранцы редко готовы вести процессы в немецких судах из-за незнания немецкого

⁷⁷ См. §§ 1-7 Торгового уложения. Текст Торгового уложения Германии на немецком языке: www.gesetze-im-internet.de/hgb/.

⁷⁸ Hoffmann/Maurer, Bedeutungsverlust staatlicher Zivilgerichte – einem empirischen Nachweis auf der Spur, TranState Working Papers No. 133, см. www.sfb597.uni-bremen.de/pages/download.php?ID=170&SPRACHE=DE&TABLE=AP&TYPE=PDF.

⁷⁹ См. Müller-Piepenkötter, Englisch als Gerichtssprache, DRIZ 2010, S. 2-5; Salger, Handelssprache Englisch auch als Gerichtssprache, AnwBl 2012, S. 40-43.

⁸⁰ BT-Drucksache 18/1287, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/18/012/1801287.pdf>.

языка. Поэтому значимые коммерческие споры разрешаются или в судах других стран или в международном арбитраже. Этот аспект влияет также и на выбор применимого материального права. Таким образом, по мнению авторов законопроекта (федеральные земли Гамбург, Северный Рейн-Вестфалия и Нижняя Саксония), языковой аспект является препятствием для популярности немецких судов и немецкого права в целом, что имеет негативные последствия для немецких компаний.

Уже с начала 2010 г. суды в округе высшего земельного суда г. Кельна, в частности земельные суды г. Ахена, Бонна и Кельна, в качестве эксперимента создали палаты, в которых устные слушания в международных коммерческих спорах при согласии обеих сторон могут проводиться на английском языке. Однако, из-за положения § 184 Закона о судебной системе («язык судебного разбирательства – немецкий») вся письменные документы, включая иск, отзыв на иск и судебное решение, должны быть на немецком языке. Надо отметить, что на практике данные палаты пока не пользуются большим спросом.

Законопроект предполагает, что при земельных судах будут созданы палаты для международных коммерческих дел (*Kammern für internationale Handelssachen*), которые при согласии обеих сторон смогут рассматривать дела на английском языке. Предусмотрено, что § 184 Закона о судебной системе будет видоизменен и, таким образом, на английском языке смогут проводиться не только устные слушания, но и составляться судебные протоколы и выноситься судебные решения.

Законопроект отмечает, что в Германии достаточно судей, получивших хорошее дополнительное юридическое образование в зарубежных университетах (например, в рамках курсов LL.M.) и способных вести процесс и выносить решения на английском языке.

7. Апелляция (Berufung)

Решение суда первой инстанции может быть оспорено в апелляционной инстанции (§§ 511-541 ГПУ). Апелляции против решений районного суда (AG) рассматриваются земельным судом (LG). Если решение в первой инстанции было вынесено земельным судом (LG), то апелляцию рассматривает высший земельный суд (OLG). Срок подачи апелляции составляет 1 месяц. Обоснование апелляции должно быть представлено в течение двух месяцев.

Согласно § 511 ГПУ апелляция возможна, если цена предмета жалобы превышает 600 евро или если суд допускает апелляцию (спор имеет принципиальное значение или постановление апелляционного суда необходимо для совершенствования права или для обеспечения единообразия правосудия).

Апелляция может быть обоснована только тем, что судебное решение явилось результатом нарушений права (§ 546 ГПУ: право нарушено, если положения закона не применены или неправильно применены) или факты, которые должны быть взяты за основу согласно § 529 ГПУ, позволяют принять другое решение. В рамках апелляции

рассматриваются факты и доказательства в отношении обстоятельств дела. Таким образом, апелляционный суд проверяет решение первой инстанции не только на правовые ошибки.

8. Ревизия (Revision)

Против апелляционных решений земельных и высших земельных судов может подаваться ревизионная жалоба (§§ 542 – 567 ГПУ). Ревизионная жалоба направляется в Верховный федеральный Суд (BGH). Срок подачи ревизионной жалобы составляет один месяц с момента получения апелляционного решения, обоснование должно быть представлено в течение двух месяцев.

Ревизия возможна, если она разрешена апелляционным судом (в случае принципиального значения или необходимости для совершенствования или обеспечения единообразия правосудия) или ревизионным судом при обжаловании отказа в разрешении ревизии. В рамках ревизии проверяется, является ли решение результатом нарушения права, т.е. правовые нормы не применены или неправильно применены. § 547 ГПУ содержит абсолютные основания для ревизии, т.е. перечисляет случаи, когда судебное решение в любом случае должно рассматриваться как результат нарушения права, например если состав суда не соответствовал закону, были нарушены правила о публичности процесса или решение суда не содержало обоснования (мотивировочной части).

При определенных условиях возможна прямая ревизия (Sprungrevision) против решения первой инстанции, т.е. в обход апелляции, которая направляется в Верховный федеральный Суд (BGH).

VII. Обеспечение единства судебной практики

Как уже было сказано выше, в Германии сосуществуют 5 ветвей судебной власти, каждая из которых имеет свой суд высшей инстанции. Таким образом, Германия обходится без единого Верховного Суда, который бы имел последнее слово в толковании и применении всех аспектов права. Следовательно, теоретически возможен сценарий, при котором различные суды высшей инстанции примут разные решения в отношении правовых вопросов, касающихся двух или более областей права, подведомственных разным ветвям судебной системы.

Для решения этой (потенциальной) проблемы согласно Закону об обеспечении единства судебной практики верховных судов ФРГ,⁸¹ указанных в ч. 1 ст. 95 Основного закона, создается Единый сенат этих верховных судов (Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe) в г. Карлсруэ. Единый сенат принимает решения в случае, если один из

⁸¹ Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes. Текст на немецком языке: www.gesetze-im-internet.de/resprenhg/BJNR006610968.html. Перевод на русский язык на сайте немецкого фонда международного правового сотрудничества (IRZ): www.irz.de/images/downloads/russisch/gesetz_einheitlichkeit_rechtsprechung_bund_ru.pdf.

верховных судов ФРГ при рассмотрении правового вопроса планирует отступить от решения другого верховного суда или Единого сената (п. 1 § 2).

Участниками являются вносящий вопрос сенат и сенат верховного суда, от решения которого хочет отступить вносящий вопрос сенат (п. 1 § 4). Единый сенат состоит из президентов верховных судов, председательствующих судей участвующих сенатов и по одному судье от участвующих сенатов (п. 1 § 3). Решения принимаются большинством голосов (§ 6).

Председатель Единого сената информирует верховные суды о внесении вопроса. Верховные суды сообщают Единому сенату, с каким результатом и с каким обоснованием они приняли решение по спорному правовому вопросу и какие связанные с этим правовые вопросы должны быть разрешены (§ 12). Единый сенат принимает решение только по правовому вопросу. Решение должно быть обосновано и направлено участникам процесса (§ 15). Решение Единого сената по рассматриваемому делу является обязательным для рассматривающего суда (§ 16).

На практике решения Единого сената, однако, очень редки. На сайте Федерального верховного Суда (BGH) упомянуты всего 4 случая (2000 г., два решения 2010 г. и 2012 г.).⁸²

В решении от 5 апреля 2000 г. (GmS-OGV 1/98) Единый сенат постановил, что некоторые заявления или документы (в данном случае – обоснование апелляции) в процессах, в которых необходимо участие адвоката (см. пункт «Участие адвоката»), могут подаваться в электронной форме по факсу с отсканированной подписью адвоката. 27 сентября 2010 г. Единый сенат принял решение (GmS-OGV 1/09), что иски арбитражного управляющего против работников должника должны рассматриваться в трудовых судах, а не судах общей юрисдикции. Другой случай в 2010 г., который касался пособия по уплате процессуальных расходов, не привел к вынесению решения, т.к. заявитель отозвал свое обращение. Решение от 22 августа 2012 г. касалось ценовой политики в отношении лекарств, для которых требуется рецепт. Федеральный социальный суд и Федеральный верховный суд в преддверии решения Единого сената разошлись в оценке о применении скидок при заказе лекарств в интернет-аптеках.

VIII. Компенсация за нарушение права на судопроизводство в разумный срок

С декабря 2011 г. Закон об устройстве судебной системы (Gerichtsverfassungsgesetz – GVG)⁸³ содержит положения о компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок (Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren, §§ 198-201).⁸⁴ До этого существовали лишь косвенные способы защиты. Европейский суд по правам человека,

⁸² См.:

www.bundesgerichtshof.de/DE/BGH/GemeinsamerSenat/EntscheidungenGemSenat/entscheidungenGemSenat_node.html.

⁸³ Текст на немецком и английском языках: www.gesetze-im-internet.de/gvg/.

⁸⁴ См. сайт Федерального министерства юстиции и защиты прав потребителей:

www.bmjv.de/DE/Themen/Gesellschaft/UeberlangeGerichtsverfahren/ueberlange_gerichtsverfahren_node.html.

рассматривая жалобы против Германии, в контексте ст. 6 Европейской Конвенции о защите прав человека (право на справедливое судебное разбирательство) обратил на это внимание и призвал немецкого законодателя принять соответствующие нормы.⁸⁵

Вопрос «разумного срока» разрешается в каждом отдельном случае, принимая во внимание сложность и значение дела, а также поведение всех участников дела. Компенсация (Entschädigung) за нематериальный ущерб (immaterieller Schaden) выплачивается в размере 1200 евро за каждый год, но суд в конкретном случае может присудить иную сумму. Кроме этого возможна компенсация за материальный вред, например, если медленное рассмотрение дела привело к банкротству. Однако иск, направленный на компенсацию, может быть предъявлен не ранее чем через 6 месяцев после направления участником процесса соответствующей жалобы (Verzögerungsrüge) в суд, рассматривающий дело. Таким образом, требовать компенсацию

Федеральное Правительство проанализировало применение этого нового инструмента в первые два года его существования.⁸⁶ Исследование показало, что чаще всего жалобы и иски в связи с утверждением нарушения «разумного срока» предъявлялись в социальных судах (но вероятность успеха подобных исков составила лишь около 13%). В гражданских, уголовных и административных процессах иски, направленные на компенсацию за чрезмерно длительное разбирательство, подавались реже, но были удовлетворены гораздо чаще (30%, 44% и 58% соответственно).

IX. Предварительное решение в случаях применения права Европейского Союза

В последние годы заметно возросло количество сфер, законодательная компетенция в отношении которых принадлежит органам ЕС, а не национальному законодателю отдельных стран ЕС. Таким образом, немалое число норм немецкого права, также как и национальное право остальных 27 стран-членов ЕС, основано на положениях норм ЕС. Речь может идти о Регламентах,⁸⁷ непосредственно применимых и обязательных во всех странах ЕС, или о Директивах,⁸⁸ изданных также с целью унификации норм во всех странах ЕС, но требующих внедрения путем принятия соответствующего национального законодательства парламентом страны. Это может касаться самых разных сфер права, например положений о защите прав потребителей, корпоративного права или коллизионного права. Таким образом, и в немецком праве существует множество положений, основанных на Директивах ЕС: к примеру, нормы о торговом представителе

⁸⁵ EGMR, 8.6.2006, № 75529/01 (Sürmeli v. Deutschland).

⁸⁶ BT-Drucksache 18/2950, см.: <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/18/029/1802950.pdf>.

⁸⁷ По-немецки: «Verordnung», по-английски: «Regulation». См. п. 2 ст. 288 Договора о функционировании Европейского Союза.

⁸⁸ По-немецки «Richtlinie», по-английски: «Directive». См. п. 3 ст. 288 Договора о функционировании Европейского Союза.

(Handelsvertreter)⁸⁹ или Закон об ответственности товаропроизводителя за качество выпускаемой продукции (Produkthaftungsgesetz).⁹⁰

Для достижения унификации права на уровне ЕС предельно важны единое толкование и применение подобных норм. Поэтому Суд Европейского Союза,⁹¹ расположенный в Люксембурге, согласно ст. 267 Договора о функционировании Европейского Союза⁹² наделен компетенцией выносить решения в преюдициальном порядке о толковании договоров ЕС, а также о действительности и толковании актов, принятых органами или учреждениями ЕС.⁹³

При этом, любой суд страны-члена ЕС *может* запросить Суд Европейского Союза вынести свое решение по толкованию норм ЕС, если считает, что решение по этому вопросу является необходимым для разрешения им дела по существу. Суды, решения которых согласно национальному праву не подлежат судебному обжалованию (речь идет не только о судах высшей инстанции), *обязаны* в таких ситуациях обратиться в Суд Европейского Союза.

В таких случаях разбирательство в немецком суде будет приостановлено до вынесения соответствующего решения Суда ЕС о толковании норм. По данным Суда Европейского Союза средняя продолжительность дела о вынесении решения в преюдициальном порядке о толковании норм составляет 15 месяцев.⁹⁴ В последние годы имела место тенденция сокращения продолжительности разбирательств в Суде ЕС.

Суд ЕС получает ежегодно около 400 запросов в соответствии с описанной здесь процедурой. Это составляет более половины всех дел Суда ЕС. Наибольшее количество запросов о вынесении решения в преюдициальном порядке о толковании норм в 2014 г. касалось налогового права (54), свободы и безопасности (49), а также защиты прав потребителей (34).

За период с 1952 г. вплоть до конца 2014 г. в Суд ЕС поступило всего 8.710 запроса о вынесении решения в преюдициальном порядке о толковании норм. 2.137 из них (24,5%) поступили из Германии. Таким образом, Германия – явный лидер, опережая Италию (1.279) и Нидерланды (909). Но и по данным за прошедшие два года Германия лидирует (184 дела за 2013 и 2014 г.), заметно оторвавшись от Италии (114 дел за 2013 и 2014 г.),

⁸⁹ Положения о торговом представителе закреплены в §§ 84-92с Торгового уложения Германии (Handelsgesetzbuch, HGB). Текст Торгового уложения Германии на немецком и английском языках: www.gesetze-im-internet.de/hgb/. Эти нормы имплементируют положения Директивы № 86/653/ЕЭС.

⁹⁰ Текст Закона об ответственности товаропроизводителя за качество выпускаемой продукции: www.gesetze-im-internet.de/prodhaftg/. Закон внедряет положения Директивы № 85/374/ЕС.

⁹¹ По-немецки: Europäischer Gerichtshof (EuGH), по-английски: European Court of Justice (ECJ). См.: <http://curia.europa.eu/>.

⁹² По-немецки: Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), по-английски: Treaty on the Functioning of the European Union. См. текст на русском языке: <http://eulaw.ru/treaties/tfeu>.

⁹³ По-немецки эта процедура называется „Vorabentscheidungsverfahren“, по-английски: Preliminary Ruling.

⁹⁴ Все цитируемые в этой главе статистические данные взяты из годового отчета Суда ЕС за 2014 г.

Немецкая версия: http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-04/de_ecj_annual_report_2014_pr1.pdf. Годовой отчет Суда ЕС составлен и на других языках, включая английский.

Нидерландов (76 дел), Бельгии (49 дел), Румынии (45 дел), Франции (44 дел) и Венгрии (43 дела).

Те 2.137 запросов о вынесении решения в преюдициальном порядке о толковании норм, которые поступили в Суд ЕС в период с 1952 г. вплоть до конца 2014 г. из Германии, были направлены следующими немецкими судами:

Немецкий суд	Количество запросов о вынесении решения в преюдициальном порядке о толковании норм в Суд ЕС
Федеральный конституционный суд	1
Федеральный верховный суд	194
Федеральный административный суд	116
Федеральный финансовый суд	303
Федеральный трудовой суд	26
Федеральный социальный суд	76
Остальные (нижестоящие) суды	1.421

Х. Признание и исполнение иностранных судебных решений

На уровне ЕС действует Регламент № 1215/2012 Европейского Парламента и Совета от 12 декабря 2012 года «О подсудности и признании и исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам»,⁹⁵ который 10 января 2015 г. сменил предыдущую версию Регламента № 44/2001 (т.н. Регламент Брюссель-1), действовавшую с 2002 г. Разработке Регламента⁹⁶ предшествовала Брюссельская Конвенция по вопросам юрисдикции и принудительного исполнения судебных решений в отношении гражданских и коммерческих споров от 27 сентября 1968 года.

Согласно Регламенту ЕС № 1215/2012 все судебные решения по гражданским и коммерческим спорам признаются в других странах ЕС без какой-либо промежуточной процедуры (см. ст. 36 – 57 Регламента) и могут быть исполнены на всей территории ЕС. При этом, в отличие от положений Регламента № 44/2001, больше не проводится формальная процедура признания и не требуется вынесение постановления по ходатайству об исполнении судебного решения. Выдача экзекватуры отменена в связи с наличием взаимного доверия в осуществлении правосудия, стремлением уменьшить сроки и стоимость трансграничных разбирательств. Таким образом, судебное решение по гражданским и торговым делам, принятое в одной стране ЕС, должно

⁹⁵ Текст Регламента № 1215/2012 на немецком языке: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0001:0032:de:PDF>.

⁹⁶ Регламент (по-немецки: «Verordnung», по-английски: «Regulation») имеет общее действие. Он является обязательным в полном объеме и подлежит прямому применению во всех государствах-членах, см. п. 2 ст. 288 Договора о функционировании Европейского Союза.

рассматриваться, как если бы оно было вынесено в другой стране ЕС, где оно исполняется (см. п. 26 преамбулы к Регламенту и ст. 36, 39 Регламента № 1215/2012).

В отношении стран, не являющихся странами ЕС, признание и исполнение зависит от наличия соответствующего межгосударственного договора или соблюдения принципа взаимности, закрепленного в п. 1 № 5 § 328 ГПУ.

При этом, по сформулированным Федеральным верховным судом принципам,⁹⁷ для взаимности необходимы в общем и целом схожие условия признания иностранных судебных решений в правовых системах обеих стран. Однако, не требуется полного совпадения условий признания и не должен применяться чрезмерно формальный подход по вопросу взаимности.

Обеспечение взаимности (*Verbürgung der Gegenseitigkeit*) предполагает постоянную практику признания судебных решений из конкретной страны. В ряде случаев предпринимались попытки признать и исполнить решения российских судов в Германии. Так, например, в 2004 г. Ганзейский высший земельный суд в г. Гамбурге отказал в признании решения арбитражного суда г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области, сославшись на то, что взаимность не установлена.⁹⁸ При этом суд подчеркнул, что соответствие принципу взаимности напрямую зависит от двусторонних правовых отношений. Т.е. к примеру, не имеет значения, если в России признаются решения из других стран (напр. Нидерландов или Англии).⁹⁹

Чтобы на практике определить, считается ли принцип взаимности выполненным по отношению к конкретной стране, немецким юристам и судьям достаточно заглянуть в один из стандартных комментариев к ГПУ. Комментарии, как правило, содержат список всех стран и примечанием касательно обеспечения взаимности. Немецкая юридическая литература и судебная практика исходят из того, что между Германией и отдельными странами СНГ не существует постоянной практики взаимного признания и исполнения судебных решений, т.е. принцип взаимности не соблюден.¹⁰⁰

На данный момент ситуация во многом выглядит как «заколдованный круг». Немецкие суды в прошлом давали понять, что были бы готовы признать судебные решения из России, если заявитель сможет представить примеры из российской судебной практики о признании решений из Германии. Как отмечалось выше, при этом

⁹⁷ BGHZ 42, 194, 197 = BGH NJW 64, 2350; BGHZ 141, 286, 289 = BGH NJW 1999, 3198.

⁹⁸ Hans. OLG Hamburg, 28.10.2004 (№ 6U 89/04), текст решения в немецком оригинале опубликован в журнале Германно-Российской ассоциации юристов DRJV-Mitteilungen, выпуск № 28-29/2006, с. 48 – 53, см. www.drjv.org/index.php/mitteilungshefte.html.

⁹⁹ К вопросу признания и исполнения судебных решений между Германией и Россией см. также Meyer-Laucke, Zur Frage der Anerkennung russischer Urteile auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts, IPRax 2013, 94; Kurzynsky-Singer, Anerkennung ausländischer Urteile durch russische Gerichte, RabelsZ 2010, 493; Laptew/Kopylov, Zum Erfordernis der Gegenseitigkeit bei der Vollstreckung ausländischer Urteile zwischen der Russischen Föderation und der Bundesrepublik Deutschland, IPRax 2008, 143; Gerasimchuk, Die Urteilsanerkennung im deutsch-russischen Rechtsverkehr, 2007; Laptew, Zur Vollstreckbarkeit russischer Gerichtsentscheidungen in Deutschland: Neue Entwicklungen, WiRO 2006, 198.

¹⁰⁰ Например: Zöller R., Geimer R., Greger R., Kommentar zur ZPO. 31. Aufl., 2015. Anhang V; Münchener Kommentar zur ZPO. 4. Aufl. Bd. 1. 2012. § 328; Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 7. Aufl., 2015, Anhang II.

будет недостаточно, что в России в отдельных случаях признавались решения из других европейских стран. Необходимы именно примеры в отношении немецких судебных решений. В свою очередь российские суды с наибольшей вероятностью сошлутся на отсутствие примеров о признании и исполнении российских судебных решений из России. Таким образом, разрешение этой ситуации сводится к тому, «кто сделает первый шаг».

В одном конкретном случае, по которому решение вынес Верховный земельный суд г. Мюнхена в 2012 г.,¹⁰¹ заявитель попытался признать и исполнить решение арбитражного суда Калининградской области в Германии, сославшись на положения Нью-Йоркской Конвенции о признании иностранных арбитражных решений 1958 г. Как известно, эта Конвенция, подписанная и ратифицированная 154 странами, применяется к решениям международных арбитражей и третейских судов. В данном случае имела место распространенная ошибка перевода «арбитражного суда» как «Schiedsgericht», т.е. как «третейский суд». В практике оформления договоров термин «арбитражный суд», т.е. государственный суд по экономическим спорам в России, нередко при переводе на немецкий или английский языки ошибочно искажается и «становится» третейским судом (т.е. арбитражным судом в контексте международного арбитража). Верховный земельный суд г. Мюнхена разобрался с этими особенностями российской юридической терминологии и ошибками перевода и справедливо указал на отсутствие применимости Нью-Йоркской Конвенции к решениям судов иностранных государств и отказал в исполнении решения арбитражного суда Калининградской области.

По-иному обстоят дела в сфере применения Конвенции о договоре международной перевозки грузов автомобильным транспортом (КДПГ / CMR). Земельный суд г. Аугсбурга признал решение арбитражного суда Московской области, сославшись на п. 3 ст. 31 КДПГ.¹⁰² Согласно этому положению «решение, вынесенное судом одной из стран, участвующих в Конвенции, подлежит исполнению в этой стране, это решение становится также подлежащим исполнению в любой из других участвующих в Конвенции стран немедленно по сообщении предписанных для этого формальностей в этой стране. Формальности эти не могут иметь предметом пересмотр дела.» В рамках действия КДПГ вопрос взаимности не является ключевым и был оставлен этим судом открытым.

XI. Судебные процессы и третейские разбирательства

Несмотря на хорошо функционирующую судебную систему, отсутствие коррупционных рисков в ней и относительно непродолжительные сроки рассмотрения дел в судах Германии, большой популярностью пользуется разрешение споров путем

¹⁰¹ OLG München, 28.2.2012 (Az.: 34 Sch 30/10), текст решения в немецком оригинале опубликован в журнале Германно-Российской ассоциации юристов DRJV-Mitteilungen, выпуск № 55/2013, с. 51 – 56, см. www.drjv.org/index.php/mitteilungshefte.html.

¹⁰² Landgericht (LG) Augsburg, 9.7.2013 (Az.: 81O 3956/12), RdTW 2013, 323.

третейского/арбитражного разбирательства.¹⁰³ Особенно заметно это в сфере трансграничных договоров и сделок с участием немецких компаний, где важную роль играют такие факторы как «нейтральный форум» (т.е. вне судебных систем стран сторон), свобода выбора языка разбирательства, а также вопрос исполнения решения, который в международном арбитраже обеспечивается Нью-Йоркской Конвенцией о признании и исполнении иностранных арбитражных решений 1958 г.

По некоторым оценкам около 80-90% внешнеторговых договоров немецких компаний содержат арбитражную оговорку.¹⁰⁴ Нередко арбитражные соглашения встречаются во «внутренних» коммерческих контрактах, т.е. без иностранного элемента, а также в уставах немецких юридических лиц.

Статистика Международного арбитражного суда Международной торговой палаты (МТП / ICC),¹⁰⁵ Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма,¹⁰⁶ МКАС при ТПП РФ,¹⁰⁷ МКАС при ТПП Украины,¹⁰⁸ где немецкие компании по числу арбитражей ежегодно находятся среди лидеров, показывает, как широко немецкий бизнес пользуется международным арбитражем. Немецкая институция по арбитражному делу (DIS)¹⁰⁹ администрирует от 120 до 180 дел в год. Кроме того, в Германии распространены третейские разбирательства «ad hoc», т.е. проходящие без участия конкретной арбитражной институции.¹¹⁰ Ввиду стабильно высокого количества и даже роста третейских разбирательств на фоне падения числа дел в палатах для коммерческих споров в судах Германии¹¹¹ третейские/арбитражные суды могут в какой-то степени рассматриваться как «победители глобализации».¹¹²

Понятие «арбитрабельности», т.е. возможности передачи определенных видов споров на рассмотрение в третейские суды, в праве Германии толкуется очень широко (см. § 1030 ГПУ).¹¹³ Таким образом, стороны вправе заключить третейское/арбитражное соглашение в отношении почти любого спора и, тем самым, исключить его из компетенции государственных судов. При наличии третейского/арбитражного

¹⁰³ См. статью „Германия как место третейского разбирательства“ (Р.Хапп/А.Башкова) в этом сборнике, с. 381 – 400.

¹⁰⁴ К.-П. Berger, Aufgaben und Grenzen der Parteiautonomie in der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, RIW 1994, S. 12. См. также Schmidt-Diemitz, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit – eine empirische Untersuchung, DB 1999, S. 369 – 372; Hesse, Schiedsgerichtsbarkeit in der Investitionsgüterindustrie - eine empirische Untersuchung, in: Berger/Bredow/Fortier/Briner (Hrsg.), Festschrift Böckstiegel, 2001, S. 277 – 289.

¹⁰⁵ www.iccarbitration.org.

¹⁰⁶ www.sccinstitute.com.

¹⁰⁷ <http://mkas.tpprf.ru/ru/>.

¹⁰⁸ <http://arb.ucci.org.ua/icac/ru/icac.html>.

¹⁰⁹ www.disarb.org.

¹¹⁰ По некоторым оценкам количество третейских разбирательств «ad hoc» в Германии может достигать 1000 в год, см. Wilske, Ad hoc proceedings in Germany, in: Böckstiegel/Kröll/Nacimient, Arbitration in Germany, 2-ое издание, 2015.

¹¹¹ См. пункт VI.5 Палаты для рассмотрения коммерческих дел, с. 367-368.

¹¹² Hoffmann, Schiedsgerichte als Gewinner der Globalisierung?, SchiedsVZ 2011, 233.

¹¹³ См., например, Trittmann/Hanefeld, Commentary to §1030 German Code of Civil Procedure, in: Böckstiegel/Kröll/Nacimient, Arbitration in Germany, 2-ое издание, 2015; Schmidt-Ahrendts/Covi, Arbitrability of Corporate Disputes: a German Perspective, Вестник международного коммерческого арбитража № 1(8) 2014, с. 110.

соглашения суд согласно п. 1 § 1032 ГПУ должен отклонить иск как недопустимый, если ответчик до начала устного слушания заявит соответствующее возражение.

Государственные суды Германии относятся к третейскому/арбитражному разбирательству лояльно и без лишней ревности или враждебности. Государственные и третейские суды согласно действующему арбитражному законодательству, основанному на Типовом Законе ЮНСИТРАЛ и содержащемуся в 10-ой книге ГПУ (§§ 1025 – 1066),¹¹⁴ взаимодействуют по ряду вопросов, например при отводе арбитров (п. 3 § 1037 ГПУ), оспаривании решения третейского суда (состава арбитража) о собственной компетенции (п. 3 § 1040 ГПУ) и в случае содействия суда при исследовании доказательств (§ 1050 ГПУ). Судебная практика германских судов является предсказуемой и не создает препятствий для развития международного арбитража. Это можно продokumentировать многочисленными судебными решениями, учитывающими особенности международного арбитража и способствующими признанию и исполнению иностранных арбитражных решений.¹¹⁵

Примечательно, что согласно § 1062 ГПУ первоочередной компетенцией по рассмотрению следующих вопросов наделены не суды первой инстанции, а высшие земельные суды (Oberlandesgerichte):

- 1) назначения арбитра (§ 1034, § 1035), отвода арбитра (§ 1037) или прекращения мандата арбитра (§ 1038);
- 2) установления допустимости либо недопустимости арбитражного разбирательства (§ 1032) или решения арбитражного суда в форме постановления по вопросу предварительного характера, в котором он утвердительно высказался о своей компетенции (§ 1040);
- 3) исполнения, отмены либо изменения распоряжения арбитражного суда о принятии обеспечительных мер (§ 1041);
- 4) отмена арбитражного решения (§ 1059) или признание арбитражного решения (§ 1060) или отказ в признании и исполнении иностранного арбитражного решения (§ 1061).

Согласно официальному пояснительному документу к законопроекту в рамках принятия арбитражного законодательства¹¹⁶ в качестве аргументов в пользу подобных правил подсудности были приведены:

- противодействие перегрузке судов первой инстанции;
- сопоставление третейского разбирательства с первой инстанцией;

¹¹⁴ Сайт Немецкая институции по арбитражному делу (DIS) содержит перевод немецкого арбитражного законодательства на русский и другие языки: www.disarb.org (Materialien / Materials).

¹¹⁵ Многочисленные решения немецких судов в отношении третейских разбирательств в немецком оригинале и кратком изложении на английском языке можно найти в свободном доступе в базе данных Немецкой институции по арбитражному делу (DIS): www.disarb.org (Datenbanken/Databases). См. также обзоры судебной практики: Kröll, Die Entwicklung des Schiedsrechts 2013 bis 2014, NJW 2015, 833-839; Kröll, Die Entwicklung des Schiedsrechts 2011 bis 2012, NJW 2013, 3115-3141.

¹¹⁶ Bundestag-Drucksache 13/5274, S. 63.

- концентрация соответствующей судебной компетенции в одном или немногочисленных судах, заложенная в ст. 6 Типового закона ЮНСИТРАЛ;
- зарубежный опыт (например, Швейцарии).

Немецкие суды довольно рестриктивно применяют основания для отказа иностранных арбитражных решений, содержащихся в ст. V Нью-Йоркской Конвенцией о признании и исполнении иностранных решений 1958 г. Таким образом, судебная практика германских судов способствует признанию и исполнению иностранных арбитражных решений. Существуют многочисленные примеры признания решений третейских судов из России, Украины и Республики Беларусь.¹¹⁷

В особенности, нарушение публичного порядка, в отличие от многих стран постсоветского пространства, играет лишь очень ограниченную роль как основание для отказа в признании иностранного арбитражного решения. Стоит отметить, что при признании иностранных арбитражных решений действует масштаб международного публичного порядка (*ordre public international*), более либеральный и более способствующий признанию и исполнению, чем концепт, применяемый в рамках исполнения третейских решений на национальном уровне. Таким образом, при наличии иностранного решения допускается большее количество отклонений от норм и принципов правовой политики, являющихся основой правовой системы Германии.

XII. Заключение

Судебная система Германии заслуженно имеет хорошую репутацию. Она лишена коррупционных проявлений и функционирует сравнительно быстро и недорого. Судебная система Германии обладает некоторыми интересными чертами. К ним относятся, в частности, наличие пяти автономных ветвей судебной власти, отсутствие одного единого верховного суда, наличие заранее определенного плана распределения дел в судах, обязательное участие адвоката в определенных процессах, наличие особой подсудности по некоторым вопросам международного арбитража и т.д. Некоторые из этих аспектов, по мнению автора, заслуживают изучения иностранными коллегами на предмет их возможного внедрения в правовой системе своей страны. В то же время, немецкая судебная система, по мнению автора, могла бы воспользоваться опытом России и некоторых других стран постсоветского пространства в отношении использования электронных (онлайн) ресурсов и более широкого опубликования судебной практики.

¹¹⁷ См. подробно: Маренков, Признание и исполнение решений МКАС при ТПП РФ, МКАС при ТПП Украины и МАС при БелТПП в Германии, Вестник международного коммерческого арбитража № 2, 2011, с. 34-62.

Об авторе



Дмитрий Маренков получил юридическое образование в университетах г. Кельна и Лондона. В настоящее время он работает старшим юристом в агентстве по привлечению иностранных инвестиций и поддержке внешней торговли Germany Trade & Invest в г. Бонне. Дмитрий Маренков является членом правления Германно-Российской ассоциации юристов и координирует рабочую группу по процессуальному праву и международному арбитражу. Дмитрий Маренков также является преподавателем в университетах г. Бонна и Франкфурта-на-Майне и регулярно выступает на юридических конференциях. Он участвовал в ряде международных третейских разбирательств в качестве арбитра. Дмитрий Маренков опубликовал ряд статей о международном экономическом праве и международном коммерческом арбитраже на русском, немецком и английском языках. Контактные данные: marenkov@t-online.de.

Германия как место третейского разбирательства*

Deutschland als Schiedsort

Др. Рихард Ханн (Dr. Richard Happ)
Анна Башкова (Anna Bashkova, LL.M.)

Dieser Artikel soll einen Überblick über die Regeln für Schiedsverfahren in Deutschland verschaffen. Nach einer kurzen Erläuterung der historischen Entwicklung des Schiedsverfahrensrechts in Deutschland, wird die Aufmerksamkeit den wichtigsten Fragestellungen im Laufe eines Schiedsverfahrens gewidmet: von den Voraussetzungen für die Wirksamkeit einer Schiedsklausel/Schlichtungsvereinbarung, über die Schiedsrichterernennung und die Durchführung des Schiedsgerichtsverfahrens, bis zum Erlass des Schiedsspruches sowie seine Aufhebung, Anerkennung und Vollstreckung.

Введение

Германия представляет собой классический пример так называемой „страны среднего класса“, в которой государственные учреждения и в особенности государственные суды пользуются высоким уважением и признанием. Поэтому подавляющее большинство споров по-прежнему рассматривается в немецких государственных судах.

Тем не менее, в последние годы количество споров, рассматриваемых третейскими судами¹, резко возросло. Причина данной тенденции отчасти связана с тем, что делая выбор в пользу арбитража, стороны могут избрать специализированных судей с большим опытом, а также сохранить сам факт разбирательства неразглашенным. Также не стоит забывать о том, что Германия является страной-экспортером, которая, в частности, зависит от международной торговли. В поисках подходящего форума для разрешения возможных споров участники международных экономических отношений часто делают выбор в пользу немецких арбитражных судов.² Одним из решающих факторов, при этом, является возможность признания и приведения в исполнение арбитражных решений как на территории Германии, так и за ее пределами (например, в Российской Федерации).

* См. подробнее: Richard Happ, Chapter 7: Germany // Choice of venue in international arbitration // Edited by Michael Ostrove, Claudia T Salomon, Bette Shifman, Oxford University Press, 2014, стр. 166-188.

¹ В данной статье слова «третейский суд» и «арбитраж» используются как синонимы.

² См. подробнее: Rolf A. Schütze, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, Verlag C.H. Beck München, 5. издание. 2012, стр. 1-15.

I. Краткая история становления и источники арбитражного права в Германии

Начнем с представления краткого обзора исторических предпосылок третейского судопроизводства в Германии, а также его нынешней правовой основы.

1. История становления института арбитража в Германии³

Институт третейского судопроизводства, особенно в вопросах, касающихся разрешения коммерческих споров, имеет долгую историю в Германии. Несмотря на то, что первые правовые нормы, закрепляющие данный институт, появились в прусском законодательстве лишь в 1794 году в Общем Уложении для прусских земель (*1794 Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*), корни арбитража в Германии были заложены уже в средние века.⁴

Первая кодификация немецкого арбитражного права состоялась в 1879 году⁵, через восемь лет после становления Германской империи в качестве независимого единого государства. С тех пор данные нормы содержатся в Книге десятой немецкого Гражданского процессуального уложения (*Zivilprozessordnung (ZPO)*, далее - ГПУ). В период до 1 января 1998 года положения ГПУ, регулирующие арбитражное разбирательство (§§ 1025 - 1066 ГПУ), подвергались лишь некоторым незначительным поправкам, в частности в вопросах о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений.

Некоторые положения кодифицированного законодательства об арбитражных судах уже в то время были достаточно современными и остались в кодексе в своем первоначальном виде (например, решения третейских судов исполнялись без пересмотра спора государственным судом по существу). Другие положения не были столь удачными и впоследствии были изменены в соответствии с международной практикой (например, ранее, в том случае, когда стороны не договорились о количестве арбитров, спор должен был рассматриваться двумя арбитрами, что не всегда способствовало скорейшему и непредвзятому разбирательству споров).⁶

Вскоре после принятия Типового Закона ЮНСИТРАЛ в 1985 году⁷, Немецкий институт арбитражного дела (*Deutsches Institut für Schiedsgerichtswesen*) создал рабочую группу, которая должна была пересмотреть существовавшие правила третейского арбитража в Германии. Целью работы данной группы было приведение немецкого

³ См. в *Richard Happ, Chapter 7: Germany // Choice of venue in international arbitration // Edited by Michael Ostrove, Claudia T Salomon, Bette Shifman, Oxford University Press, 2014, стр. 166-167.*

⁴ См. подробнее: Hermann Krause, *Die geschichtliche Entwicklung des Schiedsgerichtswesens in Deutschland*, С. Неуманн, 1930, стр. 3-5.

⁵ Текст Гражданского процессуального кодекса был принят 30 января 1877 года и вступил в силу 1 октября 1879 года.

⁶ См. подробнее: Karl-Heinz Böckstiegel (вместе с соавторами S. Kröll и P. Nacimiento), *Germany as a Place for International and Domestic Arbitrations -- General Overview*, Vol. 6 (1) TDM (март 2009), текст доступен в интернете <http://www.arbitration-icca.org/media/1/13234293353100/5-germany_as_a_place_for_international_arbitration.pdf> (по состоянию на 1 июня 2015).

⁷ Текст Типового закона ЮНСИТРАЛ с изменениями, принятыми в 2006 году, доступен в интернете <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-arb/07-87000_Ebook.pdf> (по состоянию на 1 июня 2015).

законодательства по данному вопросу в соответствии с международными стандартами и повышение привлекательности Германии как места третейского разбирательства. По результатам работы данной группы в 1989 году был опубликован доклад. В 1991 году Министерство Юстиции создало официальную комиссию, которая должна была предложить изменения в существовавшее законодательство об арбитраже. По результатам работы данной группы в 1994 году был опубликован законопроект, принятие которого длилось еще несколько лет. Таким образом, немецкое законодательство об арбитраже было реформировано и вступило в силу лишь в 1998 году.⁸

2. Основы регулирования института третейского судопроизводства

Как уже было отмечено выше, правила третейского судопроизводства в Германии регулируются Книгой десятой ГПУ Германии.⁹

Немецкое арбитражное законодательство основывается на принципе автономии сторон, и, следовательно, структура арбитражного процесса в соответствии с ГПУ определяется сторонами и лишь вторично составом арбитража. Книга десятая ГПУ содержит лишь несколько норм императивного характера.¹⁰ Стороны, тем самым, имеют возможность избежать обязательного применения большинства законодательных предписаний путем исключения данных положений или самостоятельного регулирования вопросов в договоре.

Положения десятой Книги ГПУ базируются на Типовом законе ЮНСИТРАЛ 1985 года и со времени реформы 1998 года подвергались лишь некоторым изменениям в 2001 и 2013 годах.¹¹ Одной из особенностей немецкого арбитражного законодательства является то, что действие Книги десятой ГПУ распространяется как на внутренний, так и на международный арбитраж. Подробнее отдельные положения ГПУ будут рассмотрены в последующих разделах.

Говоря о правовых источниках, регулирующих третейское судопроизводство важно отметить, что в данной связи большое значение играют также международные и двусторонние договоры и соглашения, такие как: Нью-Йоркская Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года¹², Договор к

⁸ Положения Типового закона ЮНСИТРАЛ впоследствии были использованы большим числом государств в качестве образца для пересмотра правил, регулирующих третейское судопроизводство, что способствовало международной гармонизации арбитража. См. подробнее: Jens Bredow, *Das neue 10. Buch der ZPO - ein Überblick*, Beilage zu BB 1998 Heft 12, стр. 2-6; Karl-Heinz Böckstiegel, *Die Schiedsgerichtsbarkeit in Deutschland – Standort und Stellenwert*, SchiedsVZ 2009, стр. 3-8.

⁹ Текст соответствующих положений ГПУ доступен на английском и немецком языках в интернете <<http://www.gesetze-im-internet.de/zpo/index.html>> (по состоянию на 1 июня 2015). Несколько устаревший перевод данных положений на русский язык доступен на сайте DIS <<http://www.dis-arb.de/>> (по состоянию на 1 июня 2015).

¹⁰ См. подробнее: Berger, *Herausforderungen für die (deutsche) Schiedsgerichtsbarkeit*, SchiedsVZ 2009, стр. 294 и Lachmann, *Zehn Jahre Rechtsprechung zum 10. Buch der ZPO*, SchiedsVZ 2009, стр. 17.

¹¹ Изменению подверглись § 1031 (4), § 1063 (1) и § 1065 ГПУ.

¹² Текст Конвенции доступен на русском языке в интернете <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_r.pdf> (по состоянию на 1 июня 2015).

Энергетической хартии¹³, Европейская Конвенция о внешнеторговом арбитраже 1961 года¹⁴ и другие. Данные договоры и соглашения, вместе с §§ 1060 *et seq.* ГПУ, регулируют процедуру признания и исполнения решений третейских судов.

ГПУ также регулирует вопрос передачи компетенции в отношении споров, связанных с арбитражным судопроизводством, в руки Высших земельных судов Германии (*Oberlandesgerichte* или *OLGs*). Большинство *OLGs* создали специальные палаты для рассмотрения таких споров, обеспечивая тем самым консолидацию необходимого опыта по рассмотрению дел, связанных с вопросами третейского судопроизводства. Решения данных палат формируют практику толкования законодательных положений, касающихся третейского судопроизводства.

Важный вклад в развитие практики третейского судопроизводства в Германии вносит также Немецкая институция по арбитражному делу (*Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. DIS*, далее ДИС). ДИС была сформирована первого января 1992 года путем объединения двух немецких арбитражных институтов: Немецкого комитета по арбитражному делу (*Deutscher Ausschuss fuer Schiedsgerichtswesen - DAS*) и Немецкого института арбитражного дела. ДИС состоит из более чем 1200 членов, а также объединяет более 1000 молодых практикующих специалистов в сфере арбитража, которые входят в группу *DIS 40*.¹⁵ В 2013 году ДИС зарегистрировала 132 новых разбирательств (41 спор с иностранным участием), на общую сумму исков в 1,534 миллиарда евро. В 2014 году секретариат ДИС зарегистрировал 147 новых разбирательств, 38 из которых представляют споры с иностранным участием. Общая сумма всех исков, поданных в ДИС в 2014 году, составила 2,024 миллиарда евро.¹⁶

II. Основа компетенции третейского суда: арбитражная оговорка

Споры в арбитражном порядке рассматриваются лишь в том случае, если стороны заключили соответствующее арбитражное соглашение. Данное соглашение может быть заключено в виде отдельного соглашения (арбитражное соглашение, *Schiedsabrede*) или в виде оговорки в договоре (арбитражная оговорка, *Schiedsklausel*).¹⁷

1. Предмет арбитражного соглашения

В соответствии с положением § 1029 (1) ГПУ стороны могут передать на рассмотрение в порядке третейского судопроизводства споры, которые возникли или могут возникнуть между ними в связи с каким-либо конкретным правоотношением. При

¹³ Текст Договора доступен на русском языке в интернете <http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/RU.pdf> (по состоянию на 1 июня 2015).

¹⁴ Текст Конвенции доступен на русском языке в интернете http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_2717/ (по состоянию на 1 июня 2015).

¹⁵ Более подробную информацию о DIS40 можно найти в интернете <<http://www.dis-arb.de/de/0/content/dis40-id45>> (по состоянию на 1 июня 2015).

¹⁶ Данная информация содержится в ежегодном статистическом отчете ДИС за 2014 год, полученном авторами по электронной почте от сотрудников секретариата ДИС.

¹⁷ См. § 1029 (2) ГПУ.

этом арбитражный суд может принять решение только по спорам, которые могут быть предметом судебного разбирательства.¹⁸

Предметом арбитражного соглашения могут являться настоящие и будущие споры, возникающие из конкретного правоотношения, независимо от того, носит ли данное правоотношение договорный характер или нет.¹⁹

2. Арбитрабельность спора

Другой важной основой арбитражного соглашения является арбитрабельность предмета спора (*Schiedsfähigkeit*). Если предмет спора не арбитрабелен, то данный факт ведет к недействительности арбитражного соглашения. При этом следует различать субъективную и объективную арбитрабельность спора.

При субъективной арбитрабельности речь идет о том, уполномочены ли сами стороны арбитражного соглашения участвовать в арбитражном судопроизводстве. В принципе, все физические и юридические лица могут участвовать в арбитражном разбирательстве, если они наделены право- и дееспособностью.²⁰

Объективная арбитрабельность спора регулируется в § 1030 ГПУ и касается вопроса о том, может ли требование или спор быть предметом арбитражного соглашения. При этом норма § 1030 (1) ГПУ различает имущественные и неимущественные требования. В соответствии с § 1030 ГПУ любое имущественное требование может быть предметом арбитражного соглашения.²¹

Арбитражное соглашение по неимущественным требованиям, в сравнение, имеет силу постольку, поскольку стороны правомочны заключить по предмету спора мировое соглашение. Так, ГПУ предусматривает недействительность арбитражного соглашения, заключенного по вопросу наличия между сторонами договора аренды жилого помещения на территории Германии.²² Также право на заключение мирового соглашения отсутствует, например, при разрешении споров, касающихся расторжения брака, вопросов опеки и попечительства, а также при разрешении вопросов «добровольной юрисдикции» (*Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*).²³

3. Форма арбитражного соглашения

Требования к форме арбитражного соглашения содержатся в § 1031 ГПУ. Как правило, арбитражное соглашение требует соблюдения письменной формы и должно

¹⁸ См. § 13 Закона о судоустройстве (*Gerichtsverfassungsgesetz, GVG*) и § 3 (1) Вводного закона к Гражданскому процессуальному кодексу (*Gesetz, betreffend die Einführung der Zivilprozeßordnung, EGZPO*). См. также: *Münch*, в: *Münchener Kommentar zur ZPO*, 4. издание. 2013, § 1029 Rn. 76-81.

¹⁹ См. § 1029 (1) ГПУ.

²⁰ Ранее соблюдение данных условий было проблематично для простых товариществ (*Gesellschaft bürgerlichen Rechts*). См. например: *Wiegand, Die „neue“ Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Schiedsverfahren*, *SchiedsVZ* 2003, стр. 52-58.

²¹ См.: *Voit*, в: *ZPO*, 12. издание 2015, § 1030 Rn. 2-3.

²² См. подробнее: *Münch*, в: *Münchener Kommentar zur ZPO*, 4. издание. 2013, § 1030 Rn. 25-30.

²³ См. *Wolf/Eslami*, в *Beck'scher Online-Kommentar ZPO*, § 1030 Rn. 8 (по состоянию на 1 марта 2015).

содержаться либо в документе, подписанном сторонами, либо может быть заключено путем обмена надлежащими письмами, телефаксами, телеграммами или с использованием других видов телекоммуникаций, содержащих зафиксированный текст соглашения.²⁴

Согласно немецкому законодательству, арбитражные оговорки и соглашения могут быть действительными даже при отсутствии соблюдения требования о письменной форме. Параграф 1031 (2) ГПУ предусматривает, например, что надлежащая письменная форма считается соблюденной тогда, когда арбитражное соглашение содержится в документе, переданном одной стороной другой стороне или третьим лицом обеим сторонам, при условии, что это соглашение не повлекло за собой возражений. Содержание такого документа считается частью договора в соответствии с общепринятыми нормами.²⁵

Таким образом, арбитражные оговорки, содержащиеся в односторонних контрактах, при отсутствии возражения, могут быть признаны действительными в соответствии с законодательством Германии. Параграф 1031 (4) ГПУ ранее также явно признавал действительность арбитражных соглашений, содержащихся в транспортных накладных.²⁶ Отдельные, более формальные и строгие правила в отношении формы арбитражного соглашения содержатся в пункте 5 § 1031 ГПУ, регулирующем взаимоотношения, в которых одной из сторон является потребитель (*Verbraucher*). Если одной из сторон арбитражного соглашения является потребитель²⁷, то в соответствии с предложениями 1 и 3 § 1031 (5) ГПУ арбитражное соглашение в данном случае должно быть заключено в виде отдельного документа, который должен быть подписан сторонами.²⁸

Облегченные требования к форме арбитражной оговорки и возможность последующего «преодоления» несоблюдения данной формы²⁹ призвано расширить возможности рассмотрения дел посредством третейского разбирательства и тем самым снизить загруженность государственных судов. Также данные нормы помогают разрешить возникающую на практике проблему, когда сторона сделки, которой было направлено арбитражное соглашение, оставляет его без внимания и никаким образом не реагирует на полученное сообщение.³⁰

²⁴ См. § 1031 (1) ГПУ.

²⁵ См. *Wolf/Eslami*, в Beck'scher Online-Kommentar ZPO, § 1031 Rn. 13 (по состоянию на 1 марта 2015).

²⁶ § 1031 (4) ГПУ утратил свою силу 25.4.2013. В соответствии с § 522 (1) Торгового кодекса Германии (*Handelsgesetzbuch*) соглашения, на которые в коносамент содержится лишь отсылка, не являются его содержанием. См. также: *Wolf/Eslami*, в Beck'scher Online-Kommentar ZPO, § 1031 Rn. 16-17 (по состоянию на 1 марта 2015).

²⁷ В соответствии с § 13 Германского гражданского уложения (*Bürgerliches Gesetzbuch*).

²⁸ См. подробнее: *Münch*, в: Münchener Kommentar zur ZPO, 4. издание. 2013, § 1031 Rn. 44-61, а также *Wolf/Eslami*, в Beck'scher Online-Kommentar ZPO, § 1031 Rn. 21 (по состоянию на 1 марта 2015).

²⁹ § 1031 (6) ГПУ. См. также: BGH, 29. Juni. 2005 - III ZB 65/04: *Heilung eines Formmangels durch rügelose Einlassung ohne ausdrücklichen Vorbehalt hinsichtlich des Formmangels*, SchiedsVZ 2005, стр. 259.

³⁰ См. подробнее: *Münch*, в: Münchener Kommentar zur ZPO, 4. издание. 2013, § 1031 Rn. 62-70. Изменения, принятые в 2006 году в статью 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ также учитывают необходимость разрешения данной проблемы.

4. Сфера действия

Арбитражное соглашение изначально действует между сторонами, которые заключили соглашение и их правопреемниками.³¹ Согласно преобладающему мнению, права и обязанности, вытекающие из арбитражного соглашения, также переходят на правопреемника в случае уступки права требования в соответствии с применением § 401 Германского гражданского уложения по аналогии.³² Заключение нового дополнительного арбитражного соглашения, соответствующего требованиям § 1031 ГПУ, в таком случае не требуется.³³

Главным параметром для определения сферы применения, на которую распространяется арбитражное соглашение, является воля сторон. Общая тенденция трактовки положений арбитражных соглашений в Германии сводится к широкому толкованию данных положений. Государственные и третейские суды при этом исходят из предположения, что стороны желают разрешения все споров в отношении определенного правоотношения посредством арбитража.³⁴

При формулировании арбитражного соглашения благоразумным является обращение к стандартным формулировкам этих соглашений, предложенным отдельными институционными (постоянно действующими) третейскими судами,³⁵ и детальное регулирование вопросов, которые по желанию сторон не должны быть переданы на рассмотрение третейскому суду³⁶. Так, например, DIS предлагает включение в договор следующего текста стандартной арбитражной оговорки:

«Все споры, возникающие в связи с настоящим договором или в связи с его действительностью, подлежат окончательному урегулированию в соответствии с Арбитражным Положением Немецкой институции по арбитражному делу (ДИС), с исключением подсудности общим судам.»³⁷

³¹ См.: Saenger, в: Zivilprozessordnung, 6. Издание 2015, § 1029 Rn. 20; Mathias Habersack, Die Personengesellschaft und ihre Mitglieder in der Schiedsgerichtspraxis, SchiedsVZ 2003, стр. 243.

³² См.: Wolf/Eslami, в Beck'scher Online-Kommentar ZPO, § 1029 Rn. 16 (по состоянию на 1 марта 2015).

³³ См.: Saenger, в: Zivilprozessordnung, 6. Издание 2015, § 1029 Rn. 20. Подробнее в Schütze, Kollisionsrechtliche Probleme der Schiedsvereinbarung, insbesondere der Erstreckung ihrer Bindungswirkung auf Dritte, SchiedsVZ 2014, стр. 276-278.

³⁴ См. подробнее: Münch, в: Münchener Kommentar zur ZPO, 4. издание. 2013, § 1029 Rn. 105-115.

³⁵ К наиболее известным институционным арбитражам относятся Международный арбитражный суд Международной торговой палаты – ICC, Лондонский международный третейский суд – LCIA, Арбитражный институт Стокгольмской торговой палаты – SCC, Американская арбитражная ассоциация – AAA и Международный центр по урегулированию инвестиционных споров – ICSID.

³⁶ Речь идет, например, о таких мелких спорах, которые может быть неэффективно и невыгодно передавать на рассмотрение в третейский суд с финансовой точки зрения.

³⁷ См. текст в интернете <http://www.dis-arb.de/de/17/klauseln/dis-Арбитражное-Соглашение-98-id25> (по состоянию на 1 июня 2015).

5. Последствие заключения арбитражного соглашения

Согласно § 1032 (1) ГПУ

Суд, в который подан иск по вопросу, являющемуся предметом арбитражного соглашения, должен, если ответчик заявит возражение против этого до начала слушания по существу спора, отказать истцу в иске ввиду его недопустимости, если не найдет, что это арбитражное соглашение ничтожно, недействительно или не может быть исполнено.

Таким образом, в соответствии с § 1032 (3) ГПУ, арбитражное разбирательство может быть начато или продолжено, в то время как производство в национальном государственном суде в соответствии с § 1032 (1) ГПУ находится на стадии рассмотрения. Данный факт может привести к потенциальным конфликтам, если арбитражный суд подтвердить свою юрисдикцию (либо в окончательном решении по существу, либо в предварительном постановлении в соответствии с § 1040 (3) ГПУ), прежде чем государственный суд вынесет свое решение об отсутствии компетенции на рассмотрение спора у арбитражного суда. Однако окончательное решение о подсудности спора арбитражу (о компетенции арбитража) принимает высший земельный суд (принцип компетенции-компетенции (*Kompetenz-Kompetenz*)³⁸).

В том случае, если государственный суд придет к решению, что третейский суд не обладает компетенцией по рассмотрению спора, а третейский суд придет к противоположному выводу, то суд общей юрисдикции все равно дождется окончания рассмотрения арбитражным судом спора и вынесения решения.³⁹ Данное решение может быть впоследствии признано недействительным. В таком случае, сторонам стоит обратиться в суд с требованием отмены арбитражного решения, чтобы обезопасить себя от хоть и маловероятной, но возможной процедуры исполнения подобного арбитражного решения.⁴⁰

III. Арбитражное разбирательство

1. Общие правила ведения арбитражного разбирательства

Если стороны договорились о Германии как о месте арбитража, то к разбирательству применяются положения статей 1025 *et seq.* ГПУ.

Основываясь на принципе автономии воли сторон, стороны арбитражного разбирательства имеют право самостоятельно определять ход арбитражного

³⁸ См.: Kasolowsky, Steup, *Umfang und Grenzen der Kompetenz-Kompetenz von Schiedsgerichten*, IPRax 2012, 179; Schwab/Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 7. издание 2005, Rn 9-10; Richard Happ, Chapter 7: Germany // *Choice of venue in international arbitration* // Edited by Michael Ostrove, Claudia T Salomon, Bette Shifman, Oxford University Press, 2014, стр. 172-174.

³⁹ См.: Geimer/Zöller, *Zivilprozessordnung*, 29 издание 2012, § 1032 Rn. 14, а также Huber, в Böckstiegel et al (eds), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, Wolters Kluwer, 2007, § 1032 Rn. 30 и следующие.

⁴⁰ См.: Richard Happ, Chapter 7: Germany // *Choice of venue in international arbitration* // Edited by Michael Ostrove, Claudia T Salomon, Bette Shifman, Oxford University Press, 2014, стр. 169-170, 186.

разбирательства, при условии соблюдения минимальных стандартов надлежащей правовой процедуры и императивных положений Книги десятой ГПУ.⁴¹ Стороны могут, например, самостоятельно выбирать процедуру назначения и количество арбитров, место арбитража, язык арбитражного разбирательства, объем и процедуру предоставления доказательств⁴², применимое право и разрешать вопрос распределения расходов на третейское судопроизводство.⁴³

В отсутствие соглашения сторон к арбитражному разбирательству применяются нормы Книги десятой ГПУ, а в отсутствие соответствующих положений ГПУ, арбитражный суд самостоятельно выбирает надлежащий образ ведения арбитражного разбирательства.⁴⁴

2. Инициирование процедуры арбитражного разбирательства

Время начала арбитражного разбирательства зависит от выбранных сторонами правил разбирательства. В соответствии с § 1044 ГПУ и при отсутствии иной договоренности между сторонами, арбитражное разбирательство в отношении конкретного спора начинается в день, в который ответчик получает просьбу о передаче спора в арбитраж. При этом такая просьба должна содержать наименования сторон, ссылку на арбитражное соглашение и указывать на предмет спора. Следующим шагом является подача искового заявления в соответствии с § 1046 ГПУ.

В том случае, если стороны договорились о применении Арбитражного Регламента ДИС (*DIS-Schiedsgerichtsordnung*)⁴⁵ для разрешения возникающих между ними споров, то начало арбитражного разбирательства привязано к моменту поступления иска в один из секретариатов ДИС. При этом, такой иск должен содержать не только наименование сторон, определенное ходатайство, факты и обстоятельства, на которых основываются исковые требования и воспроизводить арбитражное соглашение. Исковое заявление должно содержать предложения по назначению арбитра, сведения о размере цены иска, а также сведения о месте арбитража, языке разбирательства и нормах, применимых к существу спора.⁴⁶

⁴¹ К императивным положениям ГПУ относятся, например, § 1042 (1) и (2) ГПУ, а также правила, касающиеся компетенции государственного суда в отношении вопросов юрисдикции.

⁴² Подробнее по данной теме см.: Kneisel/Lecking, *Verteidigungsstrategien gegen die Anordnung der Document-Production* - - insbesondere nach den IBA-Regeln zur Beweisaufnahme in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, SchiedsVZ 2013, стр. 150-158; Geercken/Holden/Rath/Surguy/Stretton, *Irreconcilable Differences? Navigating Cross-Border E-Discovery*, CRi 2/2013, стр. 44-55.

⁴³ См.: *Münch*, в: Münchener Kommentar zur ZPO, 4. издание. 2013, § 1042 Rn. 77.

⁴⁴ См.: предложение 1 § 1042 (4) ГПУ.

⁴⁵ Текст Арбитражного Регламента ДИС на русском языке доступен в интернете <<http://www.dis-arb.de/de/16/regeln/dis-Положение-об-арбитражном-суде-98-id12>> (по состоянию на 1 июня 2015).

⁴⁶ См.: § 6 Арбитражного Регламента ДИС.

3. Формирование состава арбитража⁴⁷

Как правило, стороны имеют право самостоятельно определять число арбитров, рассматривающих спор, а также способ их назначения. В том случае, когда соглашение сторон по данному вопросу отсутствует, немецкое законодательство предусматривает рассмотрение спора тремя арбитрами.⁴⁸ Национальные суды вмешиваются в процесс выбора состава арбитража только в том случае, если арбитражное соглашение не предоставляет равных прав обеим сторонам спора («ассиметричная арбитражная оговорка», § 1034 (2) ГПУ) или когда возникают проблемы при назначении арбитров (§ 1035 ГПУ).

Параграф 1034 (2) ГПУ был перенят из арбитражного процессуального права Германии 1879 года и гласит:

В случае, если арбитражное соглашение предоставляет одной стороне перевес в составе арбитражного суда, ущемляющий другую сторону, эта сторона может просить суд назначить арбитра или арбитров в порядке, отклоняющемся от произведенного назначения или согласованной процедуры назначения. Такая просьба должна быть подана не позднее, чем по истечении двух недель после того, как сторона узнала о составе арбитражного суда. Пункт 3 § 1032 действует соответственно.

Цель этого положения заключается в обеспечении соблюдения принципа равенства сторон уже на самой ранней стадии разбирательства.⁴⁹ Перевес в составе арбитража наличествует в том случае, если одна из сторон имеет большее влияние на назначение единоличного арбитра или председателя арбитражного суда, чем другая.⁵⁰ Наличие такого влияния признается, в частности, если сторона в одностороннем порядке предлагает арбитражную оговорку с конкретной кандидатурой единоличного арбитра, или если назначение арбитров происходит из реестра ассоциаций, в которых только одна из сторон договора является членом.⁵¹

Также не будет признано действительным соглашение сторон, в соответствии с которым право назначения кандидатуры арбитра одной стороны договора должно быть передано другой стороне, если сторона не сумеет назначить арбитра в оговоренный срок.⁵²

В зависимости от причин наличия асимметрии в составе арбитража, суд может заменить «предвзятого» арбитра нейтральным арбитром, либо заменить весь состав

⁴⁷ См. в *Richard Happ*, Chapter 7: Germany // *Choice of venue in international arbitration* // Edited by Michael Ostrove, Claudia T Salomon, Bette Shifman, Oxford University Press, 2014, стр. 170-172.

⁴⁸ См.: § 1034 (1) ГПУ.

⁴⁹ См.: *Münch*, в: *Münchener Kommentar zur ZPO*, 4. издание. 2013, § 1034 Rn. 2;

⁵⁰ См.: *Lachmann*, *Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis*, O. Schmidt, 3. издание 2008, Rn. 932.

⁵¹ См.: *Nacimiento/Abt*, в *Böckstiegel et al (eds), Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, Wolters Kluwer, 2007, § 1034 Rn. 13-17.

⁵² *Voit*, в: *ZPO*, 12. издание 2015, § 1035 Rn. 4.

арбитража, а также определить новый механизм назначения арбитров, используя механизм, предусмотренный арбитражным законодательством по умолчанию⁵³.

Вспомогательная роль суда в назначении арбитров регулируется § 1035 (3) - (5) ГПУ:

(3) В отсутствие соглашения сторон о назначении арбитров при арбитраже с единоличным арбитром, если стороны не договорятся его назначении, по просьбе любой стороны арбитр назначается судом. При арбитраже с тремя арбитрами каждая сторона назначает одного арбитра, и два назначенных таким образом арбитра назначают третьего арбитра – председателя арбитражного суда. Если сторона не назначит арбитра в течение одного месяца по получении просьбы об этом от другой стороны или если два арбитра в течение одного месяца с момента их назначения не договорятся о третьем арбитре, по просьбе любой стороны арбитр назначается судом.

(4) В случае, если при процедуре назначения, согласованной сторонами, одна из сторон не соблюдает такой процедуры, или стороны или два арбитра не могут достичь соглашения в соответствии с такой процедурой, или третье лицо не выполняет какой-либо функции, возложенной на него в соответствии с такой процедурой, любая сторона может просить суд принять необходимые меры, если только соглашение о процедуре назначения не предусматривает иных способов обеспечения назначения.

(5) При назначении арбитра суд учитывает любые требования, предъявляемые к арбитру в соответствии с соглашением сторон, и такие соображения, которые могут обеспечить назначение независимого и беспристрастного арбитра. В случае назначения единоличного или третьего арбитра суд также принимает во внимание желательность назначения арбитра иного гражданства, нежели гражданство сторон.

Стороны могут влиять на порядок назначения арбитров, предусмотренный § 1035 ГПУ, соглашаясь на иные правила назначения арбитров. Данное соглашение может быть предусмотрено в договоре в виде непосредственных правил назначения арбитров, либо в виде ссылки на арбитражный регламент..

4. Обязательные правила арбитражного разбирательства

Каждой стороне арбитражного разбирательства должны быть предоставлены все возможности для изложения своей позиции. Данное правило распространяется не только на время устного разбирательства, но на все время арбитражного разбирательства

⁵³ См.: *Wolf/Eslami*, в Beck'scher Online-Kommentar ZPO, § 1034 Rn. 16-19 (по состоянию на 1 марта 2015) и *Nacimiento/Abt*, в Böckstiegel et al (eds), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, Wolters Kluwer, 2007, § 1034 Rn. 30.

(предложение 2 § 1042 (1) ГПУ). К сторонам также должно быть равное отношение (предложение 1 § 1042 (1) ГПУ).

Стороны должны иметь возможность представить факты и доказательства, на которых они основывают свою позицию, а также ознакомиться с обстоятельствами дела. Так, третейский суд должен информировать стороны арбитражного разбирательства о предмете разбирательства, о фактах и обстоятельствах, представленных другой стороной, а также о результатах сбора доказательств и предоставлять им возможность высказать свои замечания и предоставить свою позицию по данным вопросам.⁵⁴

Кроме того, не допускается исключение адвокатов в качестве уполномоченных на участие в процессе (§ 1042 (2) ГПУ).

5. Роль государственных судов в арбитражном процессе

Немецкие государственные суды вмешиваются в деятельность третейских судов лишь на столько, насколько это предусмотрено Книгой десятой ГПУ.⁵⁵

В случае необходимости они оказывают поддержку в вопросах назначения арбитров, применения немедленных обеспечительных мер, а также при снятии свидетельских показаний и в вопросах признания и исполнения решений арбитражных судов. Государственные суды также могут разрешать вопрос о допустимости спора (*Zulässigkeit*) до того, как третейский суд был сформирован. Вопрос “допустимости”, как правило, связан с фактом наличия действительной арбитражной оговорки и возможностью ее практического применения и исполнения, а также с арбитрабельностью спора.⁵⁶

6. Процесс доказывания

Объем и порядок предоставления доказательств в соответствии с ГПУ также может регулироваться соглашением сторон. Стороны третейского разбирательства могут, например, согласиться на процедуру собирания/предоставления и оценки доказательств, предусмотренную немецким ГПУ (в соответствии с §§ 355-494а ГПУ), либо на процедуру досудебного раскрытия доказательств (*pre-trial discovery*⁵⁷), широко применяемую в американской системе права.⁵⁸

В том случае, если стороны разбирательства не урегулировали рамки и порядок предоставления доказательств, арбитражный суд самостоятельно определяет допустимость собирания доказательств, проводит сбор доказательств и оценивает

⁵⁴ См.: *Saenger*, в: *Zivilprozessordnung*, 6. издание 2015, § 1042 Rn. 6.

⁵⁵ § 1026 ГПУ.

⁵⁶ См.: *Münch*, в: *Münchener Kommentar zur ZPO*, 4. издание. 2013, § 1032 Rn. 24.

⁵⁷ См.: Schönknecht, *Beweisbeschaffung in den USA zur Verwendung in deutschen Verfahren*, GRURInt 2011, стр. 1000-1009.

⁵⁸ В данном случае работа по сбору и предоставлению доказательств может привести к росту издержек, связанных с арбитражным процессом.

полученные результаты по своему усмотрению.⁵⁹ Так как арбитражный суд правомочен осуществлять не все судебные действия, то он сам или сторона с согласия арбитражного суда может обратиться в государственный суд с просьбой о содействии в собирании доказательств или о совершении иных судебных действий.⁶⁰ К таким судебским действиям относятся, например, снятие свидетельских показаний со свидетелей и экспертов, которые не предстают перед арбитражным судом добровольно, а также приведение свидетелей и экспертов к присяге.⁶¹

Содействие в собирании доказательств в соответствии с § 1050 ГПУ отнесено к компетенции суда первой инстанции (*Amtsgericht*).⁶² Государственный суд выполняет просьбу о содействии, если он не сочтет ее недопустимой, в соответствии со своими правилами собирания доказательств или иного судебного действия.

При этом стоит иметь в виду, что роль арбитров в Германии традиционно является несколько более активной, нежели чем во многих других странах. Так, арбитры имеют право не только присутствовать при снятии государственным судом свидетельских показаний, но и задавать допрашиваемым лицам интересующие их вопросы.⁶³

7. Применение обеспечительных мер

В соответствии с § 1041 ГПУ арбитражный суд может распоряжаться о принятии обеспечительных мер в отношении предмета спора, если стороны не договорились об ином и не ограничили компетенцию арбитражного суда по данному вопросу.

В принципе, арбитражные суды, так же, как и государственные суды, имеют право распорядиться о принятии обеспечительных мер.⁶⁴ При этом арбитражный суд может принять обеспечительные меры «в отношении предмета спора, которые он считает необходимыми», что закреплено в § 1041 ГПУ. Государственные же суды ограничены возможностью принятия мер из строго перечня и поэтому не всегда могут предложить наиболее подходящий инструментарий для разрешения конкретной ситуации. Однако разрешение на принудительное применение обеспечительных мер выдается по просьбе любой стороны уже соответствующим государственным судом. Суд может также постановить распоряжение, отклоняющееся от содержания просьбы стороны, если это необходимо для надлежащего исполнения такой меры.⁶⁵

Для того чтобы сократить время между ходатайством об исполнении обеспечительных мер и получением распоряжения на принудительное исполнение данных, можно и даже целесообразно получить *ex parte* распоряжение суда о "временном

⁵⁹ См.: предложение 2 § 1042 (4) ГПУ, а также см.: Kneisel/Lecking, *Verteidigungsstrategien gegen die Anordnung der Document-Production - insbesondere nach den IBA-Regeln zur Beweisaufnahme in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, SchiedsVZ 2013, стр. 151.

⁶⁰ См.: Saenger, в: *Zivilprozessordnung*, 6. издание 2015, § 1050 Rn. 1-9.

⁶¹ См. также: Saenger, в: *Zivilprozessordnung*, 6. издание 2015, § 1042 Rn. 17.

⁶² См. также: § 1062 (4) ГПУ.

⁶³ См., например: Münch, в: *Münchener Kommentar zur ZPO*, 4. издание. 2013, § 1050 Rn. 34.

⁶⁴ См.: §§ 916-945b ГПУ.

⁶⁵ См., подробнее: Münch, в: *Münchener Kommentar zur ZPO*, 4. издание. 2013, § 1041 Rn. 29-48.

исполнении" меры.⁶⁶ Суд может по своему усмотрению решить предоставлять ли обеспечительной мере данную предварительную юридическую силу.⁶⁷ Другая сторона спора может отменить эффект предварительной исполнимости обеспечительной меры путем предоставления обеспечения исполнения суду. Ходатайство о предоставлении временно исполняемого характера обеспечительной мере, таким образом, так или иначе оказывает необходимую защиту обеспечения.

Если арбитражный суд предписывает стороне воздержаться от выполнения определенных действий, то любое ходатайство об исполнении распоряжения о применении обеспечительных мер должно сопровождаться заявлением на принудительный штраф. Связано это с тем, что в соответствии с немецким законодательством исполнение подобного рода распоряжений требует возможности предоставления другой стороне судебного предупреждения о принудительном штрафе в случае несоблюдения распоряжения суда.⁶⁸

8. Вынесение арбитражного решения

а. Правовая основа принятия решения

Материальное право, на основании которого будет разрешаться спор и вынесено решение, зависит, в основном, от воли сторон.⁶⁹ Таким образом, при арбитражном разбирательстве, проводимом в Германии, стороны уполномочены выбрать материальное право любого другого государства. Если стороны не используют данное право, то применяется право того государства, с которым наиболее тесно связан предмет разбирательства.⁷⁰

Стороны арбитражного разбирательства до разрешения спора арбитражным судом также могут уполномочить арбитражный суд принимать решение *ex aequo et bono* (в соответствии с принципом справедливости) или в качестве «дружеского посредника».⁷¹ Согласно § 1051 (4) ГПУ, при принятии своего решения арбитражный суд в любом случае учитывает условия договора и торговые обычаи, применимые к конкретной сделке.

б. Компетенция на вынесение решения

Компетенция арбитражного суда при вынесении арбитражного решения в целом соответствует компетенции судьи при рассмотрении разбирательства в государственном

⁶⁶ См.: § 1063 (3) ГПУ.

⁶⁷ См.: § 1041 (2) ГПУ.

⁶⁸ См. Более подробно: *Richard Happ, Chapter 7: Germany // Choice of venue in international arbitration // Edited by Michael Ostrove, Claudia T Salomon, Bette Shifman, Oxford University Press, 2014, стр. 177-178; Happ, Schiedsverfahren, in Kleveman (ed), Anwaltshandbuch Einstweiliger Rechtsschutz, O. Schmidt, 2. издание, 2013, § 8 Rn. 38.*

⁶⁹ См., например: *Voit*, в: *ZPO*, 12. издание 2015, § 1051 Rn. 2.

⁷⁰ См. подробнее: *Wilske/Markert*, в *Beck'scher Online-Kommentar ZPO*, § 1051 Rn. 1-3 (по состоянию на 1 марта 2015).

⁷¹ См.: *Münch*, в: *Münchener Kommentar zur ZPO*, 4. издание. 2013, § 1051 Rn. 44-57.

суде. Кроме того, как уже было отмечено выше, стороны могут наделить третейский суд дополнительными полномочиями.⁷²

с. Решение третейского суда

В соответствии с § 1056 (1) ГПУ арбитражное разбирательство прекращается вынесением окончательного арбитражного решения или постановлением о прекращении арбитражного разбирательства. Дополнительно к указанным основаниям, разбирательство также прекращается в случае достижения сторонами мирового соглашения. В данном случае, однако, сторонам необходимо прийти к соглашению касательно способа прекращения арбитражного разбирательства.⁷³ Данное соглашение может, например, быть зафиксировано арбитражным судом в виде арбитражного решения на согласованных условиях, если содержание такого мирового соглашения не противоречит публичному порядку (*ordre public*).⁷⁴

Любое решение арбитражного суда по спору, который рассматривается более чем одним арбитром, должно быть вынесено большинством всех членов арбитражного суда. Хотя и в данном случае стороны вольны предусмотреть исключение из данного правила.⁷⁵

Решение третейского суда должно быть вынесено в письменной форме и подписано единоличным арбитром или арбитрами.⁷⁶ При этом, если арбитражное разбирательство рассматривается более чем одним арбитром, то, при условии указания причины отсутствия других подписей, достаточно наличия подписей большинства всех членов арбитражного суда. В нем также должны быть указаны дата его вынесения и место арбитража.⁷⁷

За исключением тех случаев, когда стороны договорились об обратном, в арбитражном решении должны указываться мотивы, на которых оно основано.⁷⁸ Исключением из данного правила является вынесение третейским судом решения, которое лишь фиксирует урегулирование спора на добровольно согласованных условиях.⁷⁹

Вынесенное арбитражное решение имеет для сторон действие судебного решения, вступившего в законную силу.⁸⁰

⁷² См.: Schütze, *Die gerichtliche Überprüfung von Entscheidungen des Schiedsgerichts*, SchiedsVZ 2009, стр. 241-247.

⁷³ См. подробнее: Gerstenmaier, *Beendigung des Schiedsverfahrens durch Beschluss nach § 1056 ZPO*, SchiedsVZ 2010, стр. 284-285.

⁷⁴ § 1053 (1) ГПУ.

⁷⁵ § 1052 (1) ГПУ.

⁷⁶ § 1054 (1) ГПУ.

⁷⁷ Подробнее см.: *Wilske/Markert*, в Beck'scher Online-Kommentar ZPO, § 1054 Rn. 1-25 (по состоянию на 1 марта 2015).

⁷⁸ См.: *Voit*, в: ZPO, 12. издание 2015, § 1054 Rn. 4.

⁷⁹ См.: *Voit*, в: ZPO, 12. издание 2015, § 1053 Rn. 9.

⁸⁰ См., например: *Saenger*, в: *Zivilprozessordnung*, 6. издание 2015, § 1055 Rn. 1-11.

IV. Обжалование, признание и приведение в исполнение арбитражных решений

1. Обжалование арбитражного решения

Арбитражное решение может быть обжаловано в национальном суде только путем подачи ходатайства об отмене арбитражного решения.⁸¹ Ходатайство об отмене должно быть подано в суд в течение трех месяцев, если стороны не договорились об ином. Основанием для отмены решения могут быть предоставление доказательства того, что

«а) одна из сторон в арбитражном соглашении, указанном в §§ 1029, 1031, была в какой-либо мере недееспособна, или это соглашение недействительно по законам, которым стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания – по законам Германии; или

б) она не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве, или по другим причинам не могла представить свои объяснения; или

с) решение вынесено по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением или не подпадающему под арбитражную оговорку, или содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения, с тем, однако, что если постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением, могут быть отделены от тех, которые не охватываются таким соглашением, то может быть отменена только та часть арбитражного решения, которая содержит постановления по вопросам, не охватываемым арбитражным соглашением; или

д) сформирование арбитражного суда или арбитражная процедура не соответствовали какому-либо положению настоящей Книги или допустимому соглашению сторон и следует предполагать, что это повлияло на арбитражное решение;»⁸²

а также в том случае, если суд определит

«а) что объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по законам Германии; или

б) признание либо приведение в исполнение арбитражного решения приведет к результату, который противоречит публичному порядку (ordre public).»⁸³

Ходатайство об отмене арбитражного решения не может подаваться в суд, если какой-либо немецкий национальный суд объявил данное арбитражное решение исполнимым.⁸⁴

⁸¹ § 1059 (1) ГПУ.

⁸² § 1059 (2) пп.1 ГПУ.

⁸³ § 1059 (2) пп.2 ГПУ.

⁸⁴ См.: *Münch*, в: *Münchener Kommentar zur ZPO*, 4. издание. 2013, § 1059 Rn. 69.

2. Признание и приведение в исполнение арбитражного решения

Признание и приведение в исполнение арбитражных решений в Германии осуществляется в соответствии с положениями §§ 1061-1065 ГПУ.

Параграф 1061 ГПУ фактически отсылает к правилам соответствующих международных договоров и конвенций. Согласно данному параграфу «иностранное арбитражное решение признается обязательным и приводится в исполнение в соответствии с Конвенцией о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений от 10 июня 1958 г.⁸⁵» При этом положения других государственных договоров о признании и приведении в исполнение арбитражных решений не затрагиваются.⁸⁶

В соответствии с подпунктом 4 § 1062 (1) ГПУ компетенцией об объявлении немецкого арбитражного решения исполнимым обладает OLG, указанный в арбитражном соглашении, или - в отсутствие такого указания – находящийся на территории округа, в котором находится место арбитража.

Параграф § 1064 ГПУ содержит требования к содержанию ходатайства об объявлении арбитражного решения исполнимым. В соответствии с его положениями, кроме самого ходатайства необходимо также предоставить арбитражное решение либо его засвидетельствованную копию. В случае предоставления копии арбитражного решения, его достоверность может засвидетельствовать участвующий в деле адвокат. При этом в немецком законодательстве отсутствует обязанность предоставления арбитражного соглашения, а также перевода арбитражного решения на немецкий язык.⁸⁷

Интересным является также тот факт, что в отличие от российского законодательства, в немецком законодательстве отсутствуют процессуальные сроки давности для признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений.

Решение государственного суда об объявлении немецкого арбитражного решения исполнимым может быть в единичных случаях обжаловано в Верховный Федеральный Суд ФРГ (*Bundesgerichtshof* или *BGH*). Подобного рода жалоба допустима лишь только в тех случаях, если дело имеет принципиальное значение (*grundsätzliche Bedeutung*), либо решение суда по конкретному вопросу необходимо для обеспечения единообразия судебной практики (*Rechtseinheit*) и для развития права (*Rechtsfortbildung*).⁸⁸

⁸⁵ Федеральный вестник законов, 1961 г., часть II, с. 121 (Bundesgesetzblatt 1961 II S. 121).

⁸⁶ Помимо Нью-Йоркской конвенции 1958 года, Германия, как уже указывалось выше, также является участницей иных многосторонних двухсторонних международных договоров, касающихся международного арбитража. К их числу относится также Вашингтонская конвенция 1965 года «О порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами». Текст доступен в интернете <http://sccinstitute.com/media/69150/icsid_convention_ru.pdf> (по состоянию на 1 июня 2015). См. подробнее: *Münch*, в: *Münchener Kommentar zur ZPO*, 4. издание. 2013, § 1061 Rn. 1-36.

⁸⁷ См.: *Wilske/Markert*, в *Beck'scher Online-Kommentar ZPO*, § 1064 Rn. 4 (по состоянию на 1 марта 2015), а также *BGH, Anforderungen an den Antrag auf Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Schiedsspruchs*, *SchiedsVZ* 2003, 281-282.

⁸⁸ См.: *Münch*, в: *Münchener Kommentar zur ZPO*, 4. издание. 2013, § 1065 Rn. 5.

V. Некоторые вопросы правоприменительной практики⁸⁹

Несмотря на то, что в десятую Книгу ГПУ с 1998 года не вносились существенные поправки, правоприменительная практика в сфере арбитража не стоит на месте и решения Верховного Федерального Суда ФРГ и Высших земельных судов Германии продолжают приносить ясность в вопросы применения законодательных норм, касающихся третейского судопроизводства.

Так, например, своим решением от 6 апреля 2009 года BGH разрешил вопрос об арбитрабельности споров между акционерами, постановив, что данный споры могут быть предметом разбирательства в арбитражном споре,⁹⁰ если они выполняют следующие правила:

- арбитражное соглашение связывает всех акционеров,
- все акционеры были должным образом уведомлены об инициировании арбитражного разбирательства, и
- все акционеры имели возможность участвовать в данном разбирательстве.⁹¹

Также в 2012 году был решен вопрос, касающийся возможности возмещения расходов на адвоката в международном арбитражном процессе, превышающих адвокатский гонорар, предусмотренный в Законе об оплате услуг адвоката (*Rechtsanwaltsvergütungsgesetz* или *RVG*). Данный вопрос возник из-за того, что в 2005 году BGH принял решение о том, что гонорар иностранных адвокатов, участвующих во внутренних судебных разбирательствах, подлежит возмещению только в том случае, если расходы были необходимыми и не превышали установленный в *RVG* гонорар для немецких адвокатов.

Вопрос величины возмещаемого гонорара в том случае, если иностранный либо немецкий адвокат участвует в арбитражном процессе, все еще оставался открытым. И лишь решение OLG г. Мюнхена от 11 апреля 2012 года разрешило эту дилемму в пользу возмещения такого гонорара в случае наличия иностранного арбитражного решения.⁹²

⁸⁹ См. в *Richard Happ, Chapter 7: Germany // Choice of venue in international arbitration // Edited by Michael Ostrove, Claudia T Salomon, Bette Shifman, Oxford University Press, 2014, стр. 167-168.*

⁹⁰ В своем более раннем решении 1996 года BGH придерживался позиции, что корпоративные споры не могут быть рассмотрены арбитражным судом, так как данные споры не могут иметь тот же эффект на держателей акций, не являющихся стороной в споре, как решение государственного суда. См. подробнее: BGH, дело № II ZR 124/95. решение от 29 марта 1996, NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 1996, 1753.

⁹¹ Вскоре после принятия данного решения, указанные требования к "групповому иску" в арбитраже были внесены во многие существующие арбитражные оговорки. Дис, например, разработала специальные правила для разрешения корпоративных споров (*DIS-Ergänzende Regeln für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten*). См. также: Niemeyer/Häger, *Fünf Jahre „Schiedsfähigkeit II“ – ein Überblick unter besonderer Berücksichtigung der ergänzenden Regeln für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten der DIS*, BB 2014, S. 1737-1743.

⁹² OLG München, дело № 34 SCH 21/11, решение от 11 апреля 2012, SchiedsVZ 2012, 156-159.

Заключение

Разрешение споров в государственных судах и с помощью института арбитража в Германии предоставляет сторонам разбирательства практически одинаковый уровень правовой защиты. Преимущества рассмотрения спора третейским судом, такие как возможность гибкого регулирования процедуры рассмотрения спора, верховенство принципа автономии сторон, конфиденциальность и менее конфронтационный характер арбитражного процесса, ведут к тому, что данный способ для рассмотрения потенциальных споров продолжает набирать все большую популярность.

При наличии большого выбора возможных мест рассмотрения арбитражных разбирательств, важным является возможность получения обзора законодательных норм, регулирующих третейское судопроизводство в конкретной стране, и правоприменительной практики каждого из этих мест.

Многие страны в данном контексте, как правило, стремятся усилить роль своей страны в качестве места международного арбитража и приблизить регулирование данной сферы к международным стандартам. Германия не является исключением из данной тенденции и предлагает современные, а также эффективные правовые рамки для рассмотрения спора в порядке международного арбитражного судопроизводства.

Информация об авторах:



Др. Рихард Хапп

Адвокат и партнер юридической компании **Luther**. Практика разрешения споров.

Рихард Хапп изучал право в Киле и в Суррей (Великобритания). После получения докторской степени в 2000 году и прохождения референдарата в Киле, Гамбурге и Брюсселе он начал работать в качестве адвоката в гамбургском офисе **Luther** в сфере ведения судебного процесса и разрешения споров. Др. Рихард Хапп консультирует и представляет интересы предприятий и государств в сложных судебных и арбитражных процессах. Основными направлениями его деятельности являются инвестиционный

арбитраж и третейские разбирательства в энергетическом секторе. Он также имеет опыт работы арбитром.

Контактные данные:

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Генземаркт 45

20354 Гамбург

Телефон: +49 40 18067 12766

E-mail: richard.happ@luther-lawfirm.com



Анна Башкова, LL.M.

Юрист и экономист в юридической компании **Luther**. Практика разрешения споров.

Анна Башкова изучала право и экономику в Москве и обладает степенью LL.M. в сфере международного экономического права Кильского университета имени Кристиана Альбрехта. До прихода в **Luther** в 2012 году она работала юрисконсультантом в крупной импортирующей торговой компании в Москве в сфере защиты интеллектуальной собственности.

Основными направлениями ее деятельности являются инвестиционный и международный коммерческий арбитраж, а также трансграничные сделки с участием российской стороны. Анна Башкова активно участвует в деятельности Русского направления (Russian Desk) компании и является, среди прочего, членом Германо-российской ассоциации юристов, Российской Арбитражной Ассоциации и членом клуба выпускников Германо-Российского Форума.

Контактные данные:

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Генземаркт 45

20354 Гамбург

Телефон: +49 40 18067 24759

E-mail: anna.bashkova@luther-lawfirm.com

РАЗДЕЛ 5.

СЕМЕЙНОЕ ПРАВО

Бракоразводный процесс в Германии (Мария Дерра), с. [402 - 418](#)

Приложение № 1. Количество разводов в Германии в год в период с 1990 года по 2013 год

Приложение № 2. Соотношение браков и разводов в 2013 году

Приложение № 3. Дюссельдорфская таблица на 2015 год

Бракоразводный процесс в Германии

Scheidungsverfahren in Deutschland

Мария Дерра (Maria Derra)

Der folgende Artikel macht den Leser mit den wesentlichen Aspekten der Ehescheidung nach deutschem Recht bekannt. Das deutsche Recht sieht die Ehe als lebenslange Institution, deren besonderer Schutz in Art. 6 des Grundgesetzes gefordert wird. Die Ehe kann daher nur durch den Tod, durch Scheidung oder durch Aufhebung beendet werden. Die Ehe kann geschieden werden, wenn sie gescheitert ist. Das ist der Fall, wenn die eheliche Lebensgemeinschaft nicht mehr besteht und eine Wiederherstellung nicht mehr zu erwarten ist. Das Gesetz vermutet das Scheitern der Ehe, wenn die Eheleute ein Jahr getrennt leben und beide Ehegatten einen Scheidungsantrag stellen. Um den Ehegatten eine genaue Untersuchung des Merkmals „Scheitern“ zu ersparen, gibt das Gesetz dem entscheidenden Richter zwei Vermutungen an die Hand: Leben die Ehegatten mehr als ein Jahr getrennt, so wird die Zerrüttung vermutet, sofern diese als „nicht heilbar“ angesehen wird. Nach drei Jahren Trennung kann die Ehe auch gegen den Willen des anderen Ehegatten geschieden werden. Das Verfahren der Scheidung findet vor dem Amtsgericht – Familiengericht – statt. Anders als bei anderen Verfahren vor dem Amtsgericht besteht in Scheidungsverfahren Anwaltszwang, das heißt, jedenfalls der Antragsteller muss sich von einem Anwalt vertreten lassen.

I. Введение

В немецком праве институт брака охраняется Конституцией (ст. 6 Основного Закона Германии).¹ Практически все основные аспекты семейных правоотношений в Германии, в том числе вступление в брак, нахождение в браке и его расторжение, находятся в сфере регулирования четвертой книги Гражданского Уложения Германии (4. Buch des Bürgerlichen Gesetzbuches, далее: ГГУ).² С точки зрения закона, вступление в брак приобретает юридическую силу лишь с момента его регистрации в органах ЗАГС (Standesamt), в то время как расторжение брака возможно в Германии только через суд.

¹ Статья 6 (1) Основного Закона гласит: «Брак и семья находятся под особой защитой государства». Текст Основного Закона (Grundgesetz) на немецком и английском языках: <http://www.gesetze-im-internet.de/gg/>.

² Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Текст Гражданского Уложения на немецком и английском языках: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>. См. также русский перевод: Гражданское уложение Германии, 4-ое издание, 2015.

И как показывает неутешительная статистика,³ – в Германии распадается каждый второй брак - суды по семейным делам (Familiengerichte) загружены и зачастую даже перегружены, чем и объясняется сравнительно высокая продолжительность бракоразводного процесса.

II. Условия и процедура расторжения брака

1. Подача заявления

Итак, развод через ЗАГС в Германии не предусмотрен, даже если у супругов нет ни претензий друг к другу, ни совместных несовершеннолетних детей. Соответственно, и заявление на развод (Scheidungsantrag) подается не в органы ЗАГС, а в суд по семейным делам.⁴

Как правило, заявление подается в суд по месту последнего совместного проживания супругов. Только если в браке есть несовершеннолетние дети, заявление подается в суд по месту жительства ребенка.

В Германии не предусмотрена подача «общего» заявления на развод обоих супругов, даже если они оба желают развестись. Заявление на развод подает каждая сторона отдельно.⁵

Немецкий путь расторжения брака длителен даже при наличии согласия на развод обоих супругов. До начала процедуры развода супруги должны прожить раздельно не менее 1 года, а срок рассмотрения дела в суде может затянуться до 3 лет.

Принцип вины (Verschuldensprinzip) между супругами по германскому праву отменен, поэтому главным и единственным основанием для развода по действующему законодательству является распад семьи (Zerrütung der Ehe), урегулированный в п. 1 § 1565 ГГУ,⁶ согласно которому брак может быть расторгнут, если он фактически распался, т.е. если супруги не ведут совместную жизнь и возобновление супружеской жизни не предвидится.

Помимо таких критериев, как раздельное проживание (Getrenntleben) супругов, наличие у одного из супругов (или у обоих) серьезных отношений с новым партнером или прекращение интимных отношений между супругами, для определения распада семьи зачастую бывает достаточно твердого намерения одного из супругов на развод.⁷

³ В конце данной статьи вниманию читателей представлена статистика расторжения брака в Германии с 1990 по 2013 год (Приложение № 1), а также соотношение браков и разводов в Германии в 2013 году (Приложение № 2).

⁴ Согласно ст. 23 б Закона о судостроительстве Германии (Gerichtsverfassungsgesetz), суды по семейным делам являются с 1976 года подразделениями участковых судов (Abteilung des Amtsgerichts), занимающимися исключительно вопросами семейного права.

⁵ Как правило, достаточно заявления одного из супругов. Другой супруг должен в таком случае только подтвердить свое согласие на развод.

⁶ http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_1565.html.

⁷ OLG Brandenburg NZFam 2015, 379.

2. Раздельное проживание

а. Не менее 1 года

Согласно п. 1 § 1566 ГГУ,⁸ супруги должны прожить раздельно не менее 1 года (Trennungsjahr), прежде чем подавать заявление на развод. При таком сроке раздельного проживания считается, что брак распался, если оба супруга желают развестись или ответчик по заявлению согласен на развод. Подача заявления «заранее» не допускается.⁹ Даже если супруги решили развестись сразу же после церемонии заключения брака, подача заявления на развод возможна только по истечении 1 года. В противном случае суд не примет к рассмотрению или отклонит заявление на развод.

в. Раздельное проживание более 1 года, но менее 3 лет

Если супруги проживают раздельно более 1 года, но менее 3 лет и один из супругов не дает согласие на расторжение брака, заявитель должен доказать в суде, что брак окончательно распался.

с. Раздельное проживание более 3 лет

Согласно п. 2 § 1566 (2) ГГУ¹⁰ считается, что брак окончательно распался, если супруги проживают раздельно более 3 лет. Дополнительные доказательства распада семьи не требуются, достаточно внести соответствующую информацию в заявление о расторжении брака.

д. Раздельное проживание в совместной квартире

Раздельно проживать можно и в стенах одного дома или одной квартиры. Однако, для выполнения предусмотренных законом требований недостаточно иметь раздельные спальни или просто не общаться друг с другом. Раздельное проживание в одной квартире подразумевает под собой абсолютное разделение всех сфер жизни: закупкой продуктов, стиркой, глажкой, уборкой, приготовлением пищи и т. д. занимается каждый из супругов отдельно. Не должно быть ни совместных приемов пищи, ни общего досуга (телевизор, кино, прогулки на выходных, пикники и т. д.), ни даже - как бы странно это ни звучало – общих продуктов в холодильнике. Даже при наличии совместных детей раздельно проживающие в одной квартире супруги должны организовать свой распорядок дня таким образом, чтобы как можно реже видеться и встречаться друг с другом.

Не менее важным является также абсолютное разделение финансов (wirtschaftliche Trennung) супругов. Их зарплата должна перечисляться на разные счета в банке, доступа к счетам друг друга быть не должно. При возникновении финансовых затруднений супруги не могут рассчитывать на материальную поддержку друг друга.

⁸ http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_1566.html.

⁹ На практике подача заявления на развод возможна уже по истечении 9-10 месяцев раздельного проживания. С учетом проведения процедуры выравнивания пенсионных накоплений, о которой пойдет речь чуть ниже и которая нередко длится 3-4 месяца, решение о расторжении брака как раз и будет вынесено спустя 1 год раздельного проживания.

¹⁰ http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_1566.html.

Однако стоит отметить, что никаких доказательств раздельного проживания в одной квартире суду предоставлять не нужно.¹¹ Вполне достаточно, если оба супруга заявят в суде, что они хоть и живут в одной квартире, но проживают раздельно, согласно изложенным выше требованиям.

е. Доказательство раздельного проживания

Начало раздельного проживания нигде не фиксируется, кроме как в собственной памяти. В Германии не существует никакого специального учреждения, которое бы принимало заявление о начале года раздельного проживания.

Если в суде оба супруга назовут одну и ту же дату,¹² никаких документов, подтверждающих выполнение условия раздельного проживания, не потребуется. Если на вопрос судьи о длительности раздельного проживания супруги назовут разные даты, но при этом оба срока превысят 1 год, суд также не предпримет никаких дополнительных мер по выявлению истинности сделанных заявлений, а возьмет за основу минимальный из двух названных сроков.

Сложности начинаются, если один из супругов отрицает раздельное проживание более 1 года. В таком случае супругу, утверждающему обратное, нужно предоставить суду дополнительные доказательства, такие как:

- договор аренды (новой) квартиры (Mietvertrag),
- справка о постановке на учет по (новому) месту жительства (Meldebescheinigung),
- свидетели (Zeugen).¹³

По обоюдному согласию супругов, начало раздельного проживания может зафиксировать в письменной форме адвокат одного из них.

f. Исключения

Подача заявления на развод без соблюдения условия годичного раздельного проживания допускается, согласно п. 2 § 1565 ГГУ,¹⁴ в тех случаях, когда продолжение брака представляет для заявителя особые непреодолимые трудности по причинам, заключающимся в самой сущности другого супруга. В законе говорится о наличии т. н. «тяжелых случаев» (Härtefälle), таких как:

- чрезмерное употребление другим супругом алкоголя или наркотических средств,¹⁵

¹¹ Другими словами, ни один судья не придет ни к кому домой, чтобы убедиться в том, что супруги действительно раздельно проживают.

¹² Приблизительных данных, например, «с начала мая 2014 года» вполне достаточно.

¹³ Как правило, родственники, зачастую даже дети.

¹⁴ http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_1565.html.

¹⁵ OLG Bamberg FamRZ 1980, 577.

- беременность супруги от другого мужчины, с которым она проживает вместе, фактически создав новую семью,¹⁶
- рукоприкладство, насилие, унижения сексуального характера,
- попытка совершения или совершение тяжкого преступления в отношении заявителя.

Сильные ссоры или проживание одного из супругов с новым партнером, как правило, не рассматриваются судами как «тяжелый случай».¹⁷

III. Участие адвоката

Согласно § 114 Закона о производстве по семейным делам и вопросам добровольной подсудности (Familienverfahrgesetz = FamFG),¹⁸ в бракоразводном процессе обязательно участие (хотя бы одного) адвоката, которого нанял заявитель и который от имени заявителя составляет, подписывает и подает в суд заявление на развод. Другому супругу адвокат для развода не нужен, даже если он не согласен с разводом.

Адвокат потребует, однако, и второму супругу в том случае, если помимо развода, решаются вопросы выплаты алиментов, раздела пенсионных накоплений, опеки над несовершеннолетними детьми, а также, если супруги желают заключить в суде соглашение, например, касательно размера выплачиваемых алиментов или права посещать ребенка.¹⁹

IV. Необходимые при подаче заявления на развод документы

Вместе с заявлением на развод в суд подаются следующие документы:

- Копия свидетельства о заключении брака (Heiratsurkunde),²⁰
- Нотариально заверенный брачный договор (notarieller Ehevertrag), если таковой имеется, или нотариально заверенное соглашение супругов относительно последствий развода (notarielle Scheidungsfolgenvereinbarung),²¹

¹⁶ OLG Hamm, NZFam 2015, 174.

¹⁷ Стоит особо отметить, что германские суды достаточно редко и неохотно выносят решения о расторжении брака по причине «тяжелого случая». Автор статьи неоднократно сталкивалась с такими ситуациями, когда суд не признавал наличие «тяжелого случая» даже в случаях насилия и рукоприкладства в семье.

¹⁸ http://www.gesetze-im-internet.de/famfg/_114.html.

¹⁹ Примечательно, что даже в таких случаях обращаться за помощью к адвокату для ведения всего бракоразводного процесса необязательно. Как правило, вполне достаточно обратиться к сидящему перед залом суда и ожидающего своего заседания (незнакомому) адвокату с просьбой зайти на несколько минут в зал суда и заключить от имени одного из супругов соглашение. Это является достаточно распространенной практикой в германских судах по семейным делам и обходится обратившемуся за такой помощью клиенту сравнительно недорого (100-150 евро).

²⁰ Оригинал свидетельства о заключении брака должен быть в обязательном порядке представлен суду на заседании. Без предъявления оригинала свидетельства развод невозможен. В случае, если свидетельство о заключении брака составлено не на немецком языке, в суд подается заверенный присяжным переводчиком перевод на немецкий язык.

²¹ Например, отказ от проведения выравнивания пенсионных накоплений.

- Копии свидетельств о рождении (Geburtsurkunde) совместных несовершеннолетних детей,²²
- Копии паспортов или других документов, удостоверяющих личность.²³

V. Возможность забрать заявление на развод

Заявление на развод можно забрать до тех пор, пока судебное решение не вынесено или не вступило в силу. При этом возможны следующие варианты:

- **Только один из супругов представлен адвокатом:**

В таком случае забрать заявление на развод можно даже во время судебного заседания, причем заявитель может сделать это сам, без участия своего адвоката.

Однако, и после вынесения решения, а именно: до тех пор, пока судебное решение не вступило в силу,²⁴ заявитель может забрать свое заявление, уведомив об этом суд в письменной форме.

- **Оба супруга представлены адвокатами:**

Дальнейший ход бракоразводного процесса зависит в таком случае от того, как поведет себя ответчик на заявление.

До вынесения судебного решения забрать заявление можно, если ответчик был не согласен с разводом.

После вынесения судебного решения и до его вступления в силу забрать заявление можно только в том случае, если ответчик даст на это свое согласие. В противном случае, заявителю остается только обжаловать (Beschwerde einlegen) решение суда.

Если заявление на развод было подано обоими супругами, то и забирать заявления должны также оба супруга. В случае если заявление заберет только один супруг, брак будет разведен - разумеется, при наличии выше изложенных (предусмотренных законом) условий.

VI. Дети

1. Право опеки

Как правило, право опеки (Sorgerecht) над детьми сохраняется после развода за обоими родителями. По заявлению сторон суд может передать право опеки одному из родителей, но это не является лишением родительских прав. Родитель, которому передано право опеки, самостоятельно (т. е. без согласования с другим родителем) принимает решения о местонахождении ребенка, о смене места жительства, о выезде за границу, о лечении ребенка в случае заболевания и т. д.

²² В том случае, если помимо развода, в судебном порядке решаются вопросы опеки, выплаты алиментов на детей и т. д.

²³ На судебном заседании документы должны быть представлены суду в оригинале.

²⁴ В течение 1 месяца с момента получения решения суда на руки.

2. Право на общение с ребенком

Передача права опеки одному из родителей, однако, не ограничивает право другого родителя на общение с ребенком (Umgangsrecht). Порядок общения с ребенком родителя, не имеющего права опеки, определяется либо соглашением сторон, либо по решению суда. Суд в таком случае устанавливает периодичность, длительность, время и место общения родителя с ребенком.

VII. Алименты на ребенка

1. Несовершеннолетние дети

Содержание детей (Kindesunterhalt) должно быть обеспечено обоими родителями и после развода до тех пор, пока не закончено школьное и высшее (или профессиональное) образование.²⁵ До совершеннолетия ребенка считается, что тот родитель, с которым ребенок проживает, выполняет свою обязанность по содержанию повседневной заботой, уходом и воспитанием ребенка.²⁶ Другой родитель, соответственно, обязан ежемесячно выплачивать алименты,²⁷ размер которых зависит от его собственного дохода²⁸ (нетто): чем выше доход, тем выше размер алиментов, который определяется т. н. Дюссельдорфской таблицей (Düsseldorfer Tabelle).²⁹

Дюссельдорфская таблица была разработана судами по семейным вопросам и построена следующим образом: доход плательщика алиментов поделен на 11 групп, а возраст ребенка на 4 группы. В зависимости от размера дохода плательщика и возраста ребенка определяется минимальный размер выплачиваемых ребенку алиментов. В случае если один из родителей не предоставляет содержание своему несовершеннолетнему ребенку, средства на его содержание взыскиваются в судебном порядке.

2. Совершеннолетние дети

Как уже было сказано выше, родители обязаны содержать также своих совершеннолетних детей, если те оказываются - не по своей вине – не в состоянии обеспечить себя сами. Как правило, речь идет о следующих случаях:

²⁵ Т.е. алиментные обязанности родителей не заканчиваются по достижении ребенком совершеннолетия (18 лет), а длятся до тех пор, пока не будет окончено образование. Содержать совершеннолетнего ребенка, не получающего образования, родители, таким образом, не обязаны.

²⁶ Т. н. алименты в «натуральной форме» (Naturalunterhalt).

²⁷ Т.н. алименты в наличной форме (Barunterhalt).

²⁸ Размер дохода того родителя, с которым проживает ребенок, не имеет при этом никакого значения, т.е. даже если ребенок проживает с матерью, имеющей высокий доход, он все равно имеет право на получение алиментов от отца.

²⁹ http://www.olg-duesseldorf.nrw.de/infos/Duesseldorfer_tabelle/Tabelle-2015/index.php. Дюссельдорфская таблица не имеет законной силы, а представляет собой, скорее, некую директиву, служащей ориентиром для судов по семейным делам. Дюссельдорфская таблица на 2015 год составлена по результатам координационных переговоров с участием всех Высших земельных судов Германии (Oberlandesgerichte) и представлена вниманию читателей в конце данной статьи в приложении № 3.

- Получение школьного образования (Schulausbildung),³⁰
- Получение высшего образования (Hochschulausbildung),
- Получение профессионального образования (Berufsausbildung),
- Нетрудоспособность по состоянию здоровья,
- Безработность не по своей вине.

VIII. Алименты между супругами

Что касается алиментных обязательств между супругами (Ehegattenunterhalt), то тут закон различает два временных отрезка: до вступления в силу судебного решения о разводе, когда выплачиваются т. н. алименты во время раздельного проживания (Trennungunterhalt) и после вступления судебного решения в силу, т. н. алименты после развода (nachehelicher Unterhalt).

1. Алименты во время раздельного проживания

Для получения алиментов во время раздельного проживания существует практически одно-единственное условие: доход одного супруга должен превышать доход другого.

Это означает, что супруг, имеющий меньший доход, имеет право на сохранение того финансового уровня или жизненного стандарта (Lebensstandard), который он имел во время брака и который рассчитывается следующим образом: сначала суммируются доходы обоих супругов,³¹ затем от этой суммы отнимаются имеющиеся общие задолженности и оставшаяся сумма делится пополам.

2. Алименты после развода

После развода каждый из (бывших) супругов обязан, как правило, заботиться о себе сам и только в исключительных случаях, предусмотренных законом, может требовать алименты на свое содержание:

- Забота о детях (Kinderbetreuung), § 1570 ГГУ,³²
- По возрасту (wegen Alters), § 1571 ГГУ,³³
- По болезни (wegen Krankheit), § 1572 ГГУ,³⁴
- По безработице (Erwerbslosigkeit), п. 1 § 1573 ГГУ,³⁵
- Для выравнивания доходов (Aufstockungsunterhalt), п. 2 § 1573 ГГУ,³⁶

³⁰ Школьное обучение (гимназия) длится в Германии 13 лет, т.е. немецкие школьники заканчивают школу в 20-летнем возрасте.

³¹ Если один из супругов находится в отпуске по уходу за ребенком, то его доходом считается родительское пособие (Elterngeld), которое он получает от государства.

³² http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_1570.html.

³³ http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_1571.html. Те случаи, когда один из супругов в силу своего возраста больше не может найти работу.

³⁴ http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_1572.html. Те случаи, когда один из супругов больше не может работать по состоянию здоровья.

³⁵ http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_1573.html. Те случаи, когда один из супругов уже ищет, но еще не нашел место работы.

³⁶ http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_1573.html. Те случаи, когда один из супругов работает, но еще недостаточно зарабатывает для собственного содержания.

- До окончания получения образования (Ausbildungsunterhalt), § 1575 ГГУ.³⁷

Следует отметить, что в случае, если супруг, получающий алименты, вступает в новый брак, выплата алиментов на его содержание бывшим супругом прекращается.

IX. Выравнивание пенсионных накоплений

Обязательной частью³⁸ бракоразводного процесса в Германии является т. н. выравнивание пенсионных накоплений (Versorgungsausgleich), заключающееся в разделении пополам «заработанной» за время брака пенсии супругов. Данный инструмент предусмотрен германским законодательством для того, чтобы уравнивать пенсию супругов, прежде всего, в таких браках, в которых один из супругов длительное время занимался ведением домашнего хозяйства и/или воспитанием детей и за отсутствием отчислений в пенсионную кассу не смог сам обеспечить свою старость.

Выравнивание пенсионных накоплений в бракоразводном процессе регулируется судом автоматически. Это означает, что никакого дополнительного заявления на проведение выравнивания пенсионных накоплений подавать не нужно, достаточно подать заявление на развод.

Суд высылает каждому из супругов опросные листы (Fragebögen zum Versorgungsausgleich), в которых они должны указать все имеющиеся у них страховки,³⁹ страховой номер, дату уплаты последнего страхового взноса и т. д. Опросные листы заполняются каждым супругом в трех экземплярах и отсылаются обратно в суд. В случае, если один из супругов не заполнил или (вовремя) не отослал опросные листы в суд и, тем самым, пытается затянуть процедуру развода, суд может наложить на него денежный штраф (Zwangsgeld) в размере до 25 000 евро.

Получив заполненные опросные листы назад, суд делает запрос в организации, управляющие пенсионным страхованием (Träger der Rentenversicherung), относительно размера (будущей) пенсии каждого из супругов, и направляет полученную им информацию каждой из сторон для осведомления и возможной корректировки. Выравнивание пенсионных накоплений как таковое происходит во время судебного заседания, когда судья выносит решение, согласно которому половина пенсионных накоплений каждого из супругов должна будет отчисляться в Пенсионный фонд другого супруга, когда тот достигнет пенсионного возраста.

Таким образом, брак не может быть расторгнут, прежде чем будут урегулированы вопросы, касающиеся выравнивания пенсионных накоплений. Однако в тех случаях,

³⁷ http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_1575.html. Те случаи, когда один из супругов еще не закончил образование или проходит переподготовку.

³⁸ От которой, однако, судья может отказаться только в том случае, если брак длился менее трех лет или накопления обоих супругов являются минимальными. В случае, если развод осуществляется не по германскому семейному праву, а также при наличии соответствующего нотариально заверенного соглашения супругов, выравнивание пенсионных накоплений не проводится.

³⁹ Государственное пенсионное страхование (gesetzliche Rentenversicherung), производственное пенсионное страхование (betriebliche Rentenversicherung) и любые другие накопления пенсионного характера.

когда бракоразводный процесс длится уже более трех месяцев, а вопрос касательно выравнивания пенсионных накоплений все еще не решен, несмотря на то, что оба супруга заполнили и в срок отослали в суд опросные листы, суд может принять решение об отдельном рассмотрении вопросов относительно самого развода и выравнивания пенсионных накоплений.

Х. Расходы на ведение бракоразводного процесса

1. Обычный развод

Стоимость бракоразводного процесса в Германии зависит от двух основных факторов: дохода супругов и количества спорных вопросов между ними (алименты, раздел имущества, опека над ребенком и т. д.). Немаловажную роль играет наличие (или отсутствие) детей у супругов. При этом учитываются не только совместные дети, но и дети от предыдущих браков каждого из супругов (если таковые были), а также внебрачные дети, если супруг их содержит.

В случае если один из супругов имеет высокий доход, а другой нет, то последний имеет право на оплату услуг своего адвоката за счет «состоятельного» супруга, согласно п. 4 § 1360a ГГУ.⁴⁰

Как правило, ведение бракоразводного процесса обходится в несколько тысяч евро. Помимо государственной пошлины (Gerichtskosten), которая делится между супругами пополам, каждый из них еще оплачивает услуги своего адвоката (Rechtsanwaltsgebühren).

2. Государственная помощь на ведение процесса

Принцип равенства перед законом и судом позволяет малоимущим гражданам в Германии получить от государства помощь по оплате процессуальных расходов (Verfahrenskostenhilfe), урегулированную в § 114⁴¹ Гражданско-процессуального Уложения Германии (Zivilprozessordnung).

Для получения такой помощи адвокат должен подать от имени своего клиента соответствующее заявление (Antrag auf Verfahrenskostenhilfe) в тот же суд, который будет впоследствии заниматься самим бракоразводным процессом. Заявитель должен заполнить специальный бланк, т. н. заявление о личном и финансовом положении (Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse),⁴² в котором указываются его личные данные (имя и фамилия, дата рождения, адрес, контактные данные, семейное положение, место работы) и материальное положение (доходы, расходы, сбережения, страховки и т. д.).

На основании представленных документов суд может отказать в предоставлении государственной помощи, разрешить безвозмездно воспользоваться помощью государства либо выделить помощь на возвратной основе.

⁴⁰ http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_1360a.html.

⁴¹ http://www.gesetze-im-internet.de/zpo/_114.html.

⁴² <http://www.dpma.de/docs/service/formulare/allgemein/a9541.pdf>.

XI. Новое европейское законодательство, применимое при расторжении браков

21 июня 2012 года вступил в силу Регламент ЕС под названием «Рим III» (по-немецки: Rom-III-Verordnung),⁴³ который определяет, какое законодательство применяется в случаях расторжения браков, которые каким-то образом связаны с иностранным государством.

Суды в Германии⁴⁴ будут впредь определять на основе Регламента «Рим III», право какого государства они применяют при расторжении конкретного брака.

На фоне увеличения мобильности граждан и растущего количества как двунациональных браков, так и людей, имеющих более, чем одно гражданство, Регламент «Рим III» призван создать единые правила относительно применимого при расторжении конкретного брака права. В соответствии с этим Регламентом главную роль теперь играет место постоянного пребывания супругов (*gewöhnlicher Aufenthalt*), а не их гражданство (*Staatsangehörigkeit*).

Кроме того, Регламент «Рим III» должен расширить возможности выбора применимого права. Таким образом, супруги вправе сами определить, какое право будет применяться в отношении расторжения их брака. При этом они, например, имеют право сделать выбор в пользу права того государства, гражданством которого обладает один из супругов на момент принятия решения о применимом праве. Если один из супругов является гражданином Российской Федерации, то супруги вправе выбрать российское право.

1. Значение Регламента «Рим III»

Если супруги не договорились о применимом праве, то расторжение их брака подлежит применению права того государства, в котором находится место постоянного пребывания супругов на момент обращения в суд.

Если у супругов больше нет совместного места постоянного пребывания, то применяется право того государства, в котором супруги имели свое последнее место постоянного пребывания, разве что оба супруга перестали проживать в этом месте или один из супругов перестал там проживать более, чем год спустя. В этом случае применяется право того государства, гражданством которого обладали оба супруга на момент обращения в суд. Если у супругов нет единого гражданства, то применяется право государства, в котором находится суд, в который поступило обращение по делу.

2. Применимое бракоразводное право

Положения Регламента «Рим III» распространяются на материальное бракоразводное право (*materielles Scheidungsrecht*). Сюда относятся предпосылки для расторжения брака,

⁴³ На немецком языке: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:343:0010:0016:de:PDF>; на английском языке: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:343:0010:0016:en:PDF>.

⁴⁴ А также Австрии, Бельгии, Болгарии, Венгрии, Испании, Италии, Латвии, Литве, Люксембурге, Мальте, Португалии, Румынии, Словении и Франции.

например, уже известный читателю установленный минимальный срок раздельной жизни супругов.

На имущественно-правовые вопросы, связанные с браком, и обязанности по уплате алиментов (как и на вопросы, связанные с выбором фамилии (бывших) супругов, родительскими правами, а также наследственные вопросы), Регламент «Рим III» не распространяется.

Иностранное бракоразводное право применяется также и в тех случаях, если соответствующее государство не является участником Регламента «Рим III». Только тогда, когда иностранное право вовсе не предусматривает возможность расторжения брака или когда один из супругов по половому признаку не пользуется равноправным доступом к инструменту расторжения брака, данное право применять не следует, а вместо него будет применяться право государства, где находится суд, в который поступило обращение по делу. Помимо этого, запретить применение какого-то положения применимого права возможно лишь тогда, когда применение данного положения противоречит общественному порядку (*ordre public*) государства суда, в который поступило обращение по делу, т. е. грубо нарушает основополагающие принципы права данного государства.

3. Место постоянного пребывания

Место постоянного пребывания человека находится там, где обстоятельства, в которых этот человек проживает, указывают на то, что он пребывает в данном месте или на данной территории не только временно. Данный вопрос рассматривается с учетом фактических обстоятельств, при этом устанавливается, где человек поддерживает главные социальные контакты, в частности, в семейном и профессиональном отношении. Всегда и с самого начала как не временное рассматривается запланированное непрерывное пребывание в одном месте на протяжении более шести месяцев, причем случаи краткосрочного отсутствия не учитываются. В связи с этим, место постоянного пребывания лица либо супружеской пары может меняться уже с момента переезда в другое место. Это относится не только к лицам, переезжающим за границу на постоянное жительство, но и к тем, кто только на время выезжает за границу, по крайней мере, в том случае, если командировка данного лица предусмотрена на период, превышающий шесть месяцев, и если центр жизненных интересов данного лица переносится туда.

4. Выбор применимого права

а. Временные аспекты

Регламент «Рим III» открывает возможность по согласованию выбрать применимое при расторжении брака право. Решение по выбору права может быть принято еще непосредственно перед обращением в суд или даже еще во время рассмотрения дела. Тем не менее, целесообразно принять решение заблаговременно. Выбор применимого права, сделанный и зафиксированный в брачном контракте до вступления в силу Регламента

«Рим III», остается действительным. Однако, брачные контракты, заключенные между супругами, имеющими единое гражданство, как правило, не содержат положений о выборе применимого права, поскольку раньше для таких супружеских пар не существовала возможность выбрать право, применимое в случае расторжения брака. (Допускаемый и раньше) выбор применимого права в отношении имущественно-правовых последствий брака не представляет собой выбор права, применимого в случае расторжения брака, предусмотренный Регламентом «Рим III».

в. Формальные аспекты

Регламент «Рим III» предусматривает письменную форму (например, написание документа на компьютере с проставлением даты и подписей обоих супругов). Если место постоянного пребывания обоих супругов находится в государстве, не участвующем в Регламенте «Рим III», то для выбора применимого права достаточна письменная форма, даже если супруги собираются развестись в одном из судов Германии.

Однако, если на момент выбора применимого права место постоянного пребывания обоих супругов находится в государстве, участвующем в Регламенте «Рим III» (или одного из супругов – в таком государстве, а у другого – в государстве, не участвующем в Регламенте «Рим III»), и законодательство этого государства предусматривает дополнительные или иные формальные требования, то обязательно должны соблюдаться формальные требования этого государства. Действующие в Германии формальные требования по согласованию применимого права предусматривают необходимость нотариального засвидетельствования. Эти требования применяются в обязательном порядке (только в том случае), если на момент принятия решения о применимом праве место постоянного пребывания обоих супругов находится в Германии или у одного супруга – в Германии, а у другого – в государстве, не участвующем в Регламенте «Рим III». Формальные требования, действующие в Германии, применяются как возможный вариант, если место постоянного пребывания одного супруга находится в Германии, а другого – в другом государстве-участнике Регламента «Рим III».

5. Место проведения бракоразводного производства

Один из супругов может обратиться в суд по совместному месту жительства за границей. После того, как супруги разошлись в заграничном месте жительства, один из супругов по возвращении в Германию при определенных условиях имеет право обратиться в суд, в территориальную подсудность которого входит его новое место жительства в Германии. Если оба супруга имеют гражданство Германии, то даже супружеские пары, проживающие за границей, могут произвести развод в Германии,⁴⁵ если они не хотят разводиться за границей.

⁴⁵ В участковом суде Берлин-Шёнеберг (Amtsgericht Berlin-Schöneberg).

Об авторе:



Мария Дерра

Окончив с отличием факультет иностранных языков в РГПУ им. А. И. Герцена в г. Санкт-Петербурге, обучалась с 2004 по 2009 год на юридическом факультете университета им. Фридриха-Александра Эрланген-Нюрнберг (Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg). С 2010 по 2012 год проходила референдариат (Referendariat) при Высшем Земельном Суде г. Нюрнберга (Oberlandesgericht Nürnberg).

Во время учебы и референдариата проходила стажировку в германо-итальянском адвокатском бюро и Германо-итальянской Внешнеторговой палате в г. Милане. К профессиональной адвокатской деятельности приступила в 2012 году в качестве внештатного сотрудника (freie Mitarbeiterin) сначала в германо-итальянском адвокатском бюро, а затем в германо-китайской коллегии адвокатов и налоговых консультантов в г. Мюнхене. С 2013 по 2015 год работала в российском отделе международной адвокатской коллегии в г. Берлине. В настоящее время работает в адвокатском бюро в г. Мюнхене, где занимается консультированием италоговорящих и русскоговорящих клиентов по вопросам договорного, корпоративного, наследственного, семейного и трудового права, а также представлением и защитой интересов клиентов в суде. Является членом германо-российской, германо-итальянской и германо-китайской ассоциаций юристов.

Языки: английский, испанский, итальянский, китайский, немецкий, русский, шведский.

Контактные данные: kontakt@derra-legal.eu

Приложение № 1

Количество разводов в Германии в год в период с 1990 года по 2013 год⁴⁶

Год	Количество разводов
2013	169 833
2012	179 147
2011	187 640
2010	187 027
2009	185 817
2008	191 948
2007	187 072
2006	190 928
2005	201 693
2004	213 691
2003	213 975
2002	204 214
2001	197 498
2000	194 408
1999	190 590
1998	192 416
1997	187 802
1996	175 550
1995	169 425
1994	166 052
1993	156 425
1992	135 010
1991	136 317
1990	154 786

⁴⁶ <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/228/umfrage/anzahl-der-ehescheidungen-seit-1990/>.

Приложение № 2

Соотношение браков и разводов в 2013 году⁴⁷

Федеральная земля	браки	разводы	браки	разводы
	Общее количество		на 10 000 человек	
Баден - Вюртемберг	48 426	20 933	45,7	19,8
Бавария	59 623	24 797	47,5	19,7
Берлин	12 963	6 628	38,1	19,5
Бранденбург	12 245	5 003	50,0	20,4
Бремен	2 619	1 404	39,9	21,4
Гамбург	6 746	3 199	39,0	18,4
Гессен	26 894	13 180	44,6	21,9
Мекленбург – передняя Померания	10 269	2 903	64,2	18,2
Нижняя Саксония	37 405	17 307	48,0	22,2
Северный Рейн - Вестфалия	79 895	40 450	45,5	23,0
Рейнланд - Пфальц	19 223	9 377	48,1	23,5
Саарланд	4 502	2 237	45,4	22,5
Саксония - Анхальт	10 083	4 220	44,8	18,7
Шлезвиг - Гольштиния	15 861	6 683	56,4	23,8
Тюрингия	9 578	4 240	44,2	19,6
Германия	373 655	169 833⁴⁸	46,3	21,1

⁴⁷ http://www.statistik-portal.de/statistik-portal/de_jb01_jahrtab3a.asp.

⁴⁸ 52 % заявлений на развод было подано женщинами, 40 % - мужчинами, 8 % - обоими супругами.

Приложение № 3

Дюссельдорфская таблица на 2015 год⁴⁹

	Доход (нетто) плательщика алиментов	От 0 до 5 лет	С 6 до 11 лет	С 12 до 17 лет	С 18 лет	В процентном отношении
1.	До 1 500 ⁵⁰	328	376	440	504	100
2.	1 501 – 1 900	345	395	462	530	105
3.	1 901 – 2 300	361	414	484	555	110
4.	2 301 – 2 700	378	433	506	580	115
5.	2 701 – 3 100	394	452	528	605	120
6.	3 101 – 3 500	420	482	564	646	128
7.	3 501 – 3 900	447	512	599	686	136
8.	3 901 – 4 300	473	542	634	726	144
9.	4 301 – 4 700	499	572	669	767	152
10.	4 701 – 5 100	525	602	704	807	160
11.	От 5 101	Определяется в каждом конкретном случае отдельно				

⁴⁹ С учетом изменений к 01.08.2015г.

⁵⁰ Все суммы указаны в Евро.

РАЗДЕЛ 6.

НАЛОГОВОЕ ПРАВО

О некоторых вопросах применения соглашения об избежании двойного налогообложения между Российской Федерацией и Германией (Екатерина Болдинова),
с. [420 - 431](#)

О некоторых вопросах применения соглашения об избежании двойного налогообложения между Российской Федерацией и Германией

Einige Fragen der Anwendung des deutsch-russischen Doppelbesteuerungsabkommens

Екатерина Болдинова (Ekaterina Boldinova)

Der vorliegende Artikel stellt die Regelungen des deutsch-russischen Doppelbesteuerungsabkommens vom 29.5.1996 dar. Der Beitrag geht dabei insbesondere auf zwei praxisrelevante und komplexe Fragen der Besteuerung von Dividenden sowie Darlehen, die von deutschen Gesellschaften an russische Gesellschaften gewährt werden, ein. Der Text des Doppelbesteuerungsabkommens in russischer Fassung findet sich im Anhang zu diesem Artikel (S. [453 - 483](#)).

I. Введение

Соглашение об избежании двойного налогообложения между Российской Федерацией и Федеративной Республикой Германия в отношении налогов на доходы и имущество (далее – СИДН)¹ было подписано 29 мая 1996 года и ратифицировано федеральным законом от 18.12.1996 № 158-ФЗ. Как разъяснила Госналогслужба РФ в письме от 24.04.1997 № ВЕ-6-06/318, данный документ применяется в отношении всех налогов с 1 января 1997 года.

Протоколом от 15.10.2007 года положения пункта 1 статьи 10 СИДН и статья 26 СИДН были изменены. Соответствующие изменения были ратифицированы Федеральным законом от 22.12.2008 № 260-ФЗ, вступили в силу на территории РФ с 15.05.2009 и применяются на территории обоих Договаривающихся Государств с 01.01.2010.

СИДН² регламентирует вопросы, связанные с налогообложением доходов и имущества, подлежащим уплате в соответствии с налоговым законодательством каждого из договаривающихся государств, независимо от способа их взимания. Законодательство Российской Федерации признает международные договоры с участием РФ в качестве

¹ См. текст Германно-Российского Соглашения об избежании двойного налогообложения на русском языке в приложении к этому сборнику, с. 453 – 483.

² Соглашение об избежании двойного налогообложения на немецком языке сокращается, как правило, как „DBA“ (Doppelbesteuerungsabkommen).

источника права. Так, в соответствии с п. 4 ст. 15 Конституции РФ, *«если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора»*.

Для целей налогового законодательства специальные правила применения СИДН описываются в ст. 7 Налогового кодекса РФ (далее – НК РФ), в соответствии с которой *«если международным договором Российской Федерации, содержащим положения, касающиеся налогообложения и сборов, установлены иные правила и нормы, чем предусмотренные настоящим Кодексом и принятыми в соответствии с ним нормативными правовыми актами о налогах и (или) сборах, то применяются правила и нормы международных договоров Российской Федерации»*.

При этом для целей применения положений международных договоров (в том числе, СИДН), НК РФ вводит ряд дополнительных правил. Так, в соответствии с п. 2 ст. 7 НК РФ фактическое право на доход имеют следующие лица (далее – фактические получатели):

- те, кто в силу определенных обстоятельств вправе самостоятельно пользоваться и (или) распоряжаться таким доходом. К данным обстоятельствам относятся, в частности, прямое и (или) косвенное участие в организации, контроль над ней;
- те, в чьих интересах иное лицо имеет право распоряжаться таким доходом.

При определении фактического получателя доходов учитываются выполняемые им либо указанным иным лицом функции, а также риски, которые несут эти лица.

Если согласно международному договору иностранное лицо вправе применять пониженные ставки налога или освобождение от его уплаты в отношении доходов от источников в РФ (далее – «российские доходы»), названное лицо в некоторых случаях не может быть признано фактическим получателем. Это происходит, в частности, если оно обладает ограниченными полномочиями по распоряжению «российскими доходами», осуществляет в отношении таких доходов посреднические функции в интересах иного лица, не выполняя никаких других функций, не принимает на себя никаких рисков, прямо или косвенно выплачивает доходы (полностью или частично) данному иному лицу.

В случаях, когда источнику выплаты известен фактический получатель «российских доходов» (их части), но при этом выплата производится иностранному лицу, которое не имеет на них фактического права и местом нахождения которого является государство (территория), заключившее с РФ международный договор по вопросам налогообложения, применяется иной порядок:

- если фактический получатель этих доходов (их части) обладает статусом налогового резидента РФ³, то налогообложение производится по правилам части

³ Налоговым резидентом в соответствии с действующим НК РФ признаются физические лица, фактически находящиеся в Российской Федерации не менее 183 календарных дней в течение 12 следующих подряд месяцев и российские организации.

второй Налогового кодекса РФ, которые предусмотрены для лиц, имеющих такой статус. Налог в отношении данных доходов у источника выплаты не удерживается при условии информирования инспекции по месту постановки на учет организации - источника выплаты доходов. Как указал Минфин России в письме от 21.01.2015 № 03-08-05/69519, в этом случае не имеет значения, в каком государстве согласно условиям международного договора должен облагаться доход, выплачиваемый названному иностранному лицу;

- если фактический получатель «российских доходов» (их части) является иностранным лицом и на него распространяется действие указанных международных договоров, то применяются соответствующие положения этих актов (пп. 2 п. 4 ст. 7 НК РФ).

СИДН распространяется на следующие виды налогов:

- в Российской Федерации: налог на прибыль предприятий и организаций; налог на доходы физических лиц; налог на имущество предприятий и налог на имущество физических лиц (по тексту СИДН эти налоги именуется «российскими налогами»);
- в Федеративной Республике Германия: подоходный налог (Einkommensteuer), налог с корпораций (Körperschaftsteuer), налог на имущество (Vermögensteuer), промысловый налог (Gewerbesteuer) и налоговая надбавка в поддержку солидарности (Solidaritätszuschlag) (по тексту СИДН эти налоги именуется «германскими налогами»).

Для целей СИДН выражение «резидент Договаривающегося Государства» (ansässige Person) означает любое лицо, которое по законодательству этого Государства подлежит в нем налогообложению на основе своего местожительства, своего постоянного местопребывания, места своей регистрации в качестве юридического лица, места нахождения своего руководящего органа или иного аналогичного критерия. При этом если физическое лицо является резидентом одновременно и РФ и Германии, действуют следующие правила:

- лицо считается резидентом того Государства, в котором оно располагает постоянным жилищем; а если лицо располагает постоянным жилищем в обоих Государствах, то оно считается резидентом того Государства, в котором оно имеет наиболее тесные личные и экономические связи (центр жизненных интересов);
- в случае, если Государство, в котором лицо имеет центр жизненных интересов, не может быть определено, или если лицо не располагает постоянным жилищем ни в одном из Государств, оно считается резидентом того Государства, в котором оно обычно проживает;
- если лицо обычно проживает в обоих Государствах или если оно обычно не проживает ни в одном из них, оно считается резидентом того Государства, гражданином которого оно является;

- если каждое из Договаривающихся Государств рассматривает лицо в качестве своего гражданина или если ни одно из Договаривающихся Государств не считает его таковым, то компетентные органы Договаривающихся Государств решают вопрос о резидентстве этого лица по взаимному согласию.

Для юридических лиц, являющихся одновременно резидентом обоих Договаривающихся Государств, действует правило, что такое лицо считается резидентом того Договаривающегося Государства, в котором расположен его фактический руководящий орган.

При применении СИДН наиболее проблемными и сложными в российской правоприменительной практике являются обычно вопросы налогообложения дивидендов и вопросы налогообложения займов в случаях, когда займ предоставляется российской дочерней организации.

II. Налогообложение дивидендов

Согласно п. 2 ст. 10 СИДН под дивидендами (Dividenden) понимаются доходы по акциям, в том числе акциям горнодобывающей промышленности, по правам или сертификатам на участие в прибыли, учредительским паям или другим, за исключением долговых требований, правам на участие в прибыли, а также прочие доходы, которые по законодательству Государства, резидентом которого является компания, распределяющая прибыль, приравниваются в налоговом отношении к доходам по акциям.

В соответствии с положениями ст. 10 СИДН дивиденды, выплачиваемые компанией, являющейся резидентом одного Договаривающегося Государства, резиденту другого Договаривающегося Государства, могут облагаться налогом в том Договаривающемся Государстве, резидентом которого является компания, выплачивающая дивиденды, в соответствии с его законодательством. Налог при этом, однако, не должен превышать:

- пяти процентов валовой суммы дивидендов, если лицом, фактически обладающим правом собственности на них, является компания, которая непосредственно располагает по меньшей мере десятью процентами уставного или складочного капитала выплачивающей дивиденды компании, и эта доля участия в капитале составляет не менее чем 80.000 евро или эквивалентную сумму в рублях;
- пятнадцати процентов от валовой суммы дивидендов во всех остальных случаях.

Указанное условие о доле участия в капитале должно быть соблюдено на момент первоначального осуществления инвестиций и не подлежит ежегодному перерасчету при выплате дивидендов (см. п. 4 Письма МНС России от 06.02.2004 № 23-1-10/9-419@, Постановления ФАС Приволжского округа от 15.02.2005 по делу № А57-12937/03-9, ФАС Московского округа от 25.07.2005 по делу № КА-А40/6616-05).

Однако описанное правило не распространяется на немецкого инвестора, если отечественная компания выплачивает ему дивиденды через его постоянное

представительство в России (п. 3 ст. 10 Соглашения). В этом случае применяются положения ст. 7 Соглашения, которая устанавливает порядок налогообложения доходов от предпринимательской деятельности.

Кроме того, в случае, если компания, являющаяся резидентом одного Договаривающегося Государства, получает прибыль или доходы из другого Договаривающегося Государства, то это другое Государство не может ни облагать налогом дивиденды, выплачиваемые этой компанией (за исключением случаев, когда такие дивиденды выплачиваются резиденту этого другого Государства или когда участие, в отношении которого выплачиваются дивиденды, реально связано с расположенными в этом другом Государстве постоянным представительством или постоянной базой), ни облагать прибыль такой компании налогом на нераспределенную прибыль, даже если выплаченные дивиденды или нераспределенная прибыль полностью или частично состоят из сумм прибыли или доходов, полученных в этом другом Государстве.

III. Налогообложение процентов по займам

Мы рассмотрим данный вопрос в контексте ситуации, когда российская организация является заемщиком, а немецкая организация – заимодавцем.

В соответствии с положениями п. 1 ст. 11 СИДН, проценты (*Zinsen*), возникающие в одном Договаривающемся Государстве и выплачиваемые резиденту другого Договаривающегося Государства, могут облагаться налогом *только в этом другом Государстве, если этот резидент фактически обладает правом собственности на проценты.*

При этом сам термин «проценты» означает доходы от долговых требований любого вида, включая и случаи, когда требования обеспечены залоговым правом на земельные участки или содержат право на участие в прибыли должника, и, в частности, доходы по государственным займам и облигациям, включая премии и выигрыши по выигрышным займам. Пени за несвоевременную выплату не считаются процентами для целей настоящей статьи.

Правило, предусмотренное в п. 1 ст. 11 СИДН, не применяется, если резидент одного Договаривающегося Государства, фактически обладающий правом собственности на проценты, осуществляет предпринимательскую деятельность в другом Договаривающемся Государстве, в котором они возникают, через расположенное в нем постоянное представительство (*Betriebsstätte*) или оказывает в этом другом Государстве независимые личные услуги через находящуюся в нем постоянную базу, и долговое требование, по которому выплачиваются проценты, реально относится к такому постоянному представительству или такой постоянной базе.

При этом СИДН исходит из того, что проценты возникают в Договаривающемся Государстве, если их плательщиком является само это Государство в лице созданных в нем органов государственной власти, включая местные органы власти, или резидент

этого Государства. Если, однако, плательщик процентов, независимо от того, является ли он резидентом Договаривающегося Государства или нет, имеет в Договаривающемся Государстве постоянное представительство или постоянную базу, и если задолженность, по которой выплачиваются проценты, образовалась для нужд постоянного представительства или постоянной базы, и если расходы по выплате процентов несут постоянное представительство или постоянная база, то считается, что проценты возникают в том Государстве, в котором расположены постоянное представительство или постоянная база.

Все рассмотренные положения СИДН достаточно логичны, понятны и не вызывают вопросов. Однако п. 5 ст. 11 СИДН указывает, что если вследствие **особых отношений между плательщиком и лицом**, фактически обладающим правом собственности на проценты, или между ними обоими и каким-либо третьим лицом сумма процентов, относящаяся к долговому требованию, на основании которого она выплачивается, превышает сумму, которая была бы согласована между плательщиком и лицом, фактически обладающим правом собственности на проценты, при отсутствии таких отношений, то положения настоящей статьи применяются только к последней упомянутой сумме. В таком случае избыточная сумма может облагаться налогом в соответствии с законодательством каждого из Договаривающихся Государств и с учетом других положений настоящего Соглашения. Наличие такого положения фактически свидетельствует о допустимости переквалификации процентов, превышающих рыночные, в дивиденды, если национальным законодательством предусмотрена переквалификация процентов в дивиденды. При этом переквалификация процентов, превышающих рыночные, в дивиденды и удержание налога с них не нарушает принцип недискриминации, заложенный в СИДН.

В рамках российского законодательства подход, позволяющий переквалифицировать избыточные проценты в дивиденды предусмотрен правилами «тонкой капитализации», зафиксированными в ст. 269 НК РФ. Положения данной статьи определяют порядок расчета рыночного уровня процентов по долговым обязательствам с участием взаимозависимых лиц для целей ограничения расходов.

Для того, чтобы определить, применимы ли в каждой конкретной ситуации правила «тонкой капитализации», необходимо рассмотреть два аспекта: возникает ли контролируемая задолженность и не превышены ли ее пределы с точки зрения российского законодательства.

Ответы на оба этих вопроса содержатся в тексте п. 1 ст. 269 НК РФ, сложная формулировка которого фактически описывает три возможных ситуации.

Ситуация № 1. Российская компания имеет прямой долг перед контролирующей (немецкой) иностранной организацией (рис. 1).

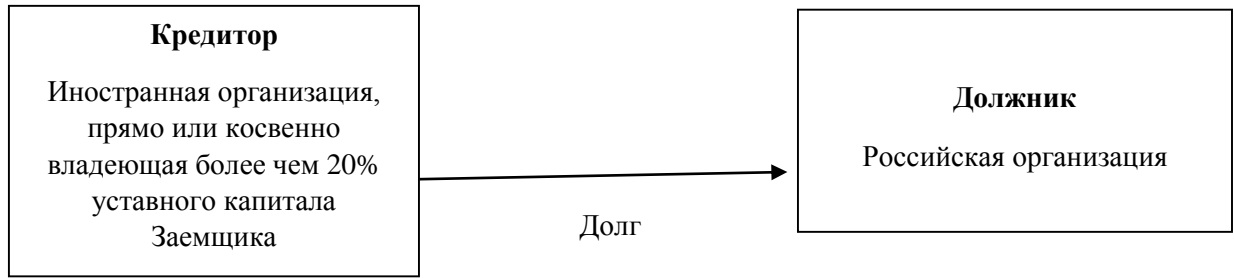


Рис. 1. Прямой долг перед контролирующей иностранной организацией

Аналогичный случай был подробно изучен в деле ООО УК «Северный Кузбасс» (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 15.11.2011 N 8654/11 по делу N А27-7455/2010). В нем государство защитило налоговые интересы, ограничивая вычет процентов, причитающихся иностранной контролирующей компании и не облагаемых в России, из налоговой базы российского налогоплательщика.

При этом суд отклонил довод плательщика о том, что правила недостаточной капитализации вступают в противоречие с положениями о недискриминации, содержащимися в международных соглашениях об избежании двойного налогообложения.

Ситуация № 2. Долг перед российской организацией, аффилированной с иностранной контролирующей организацией.

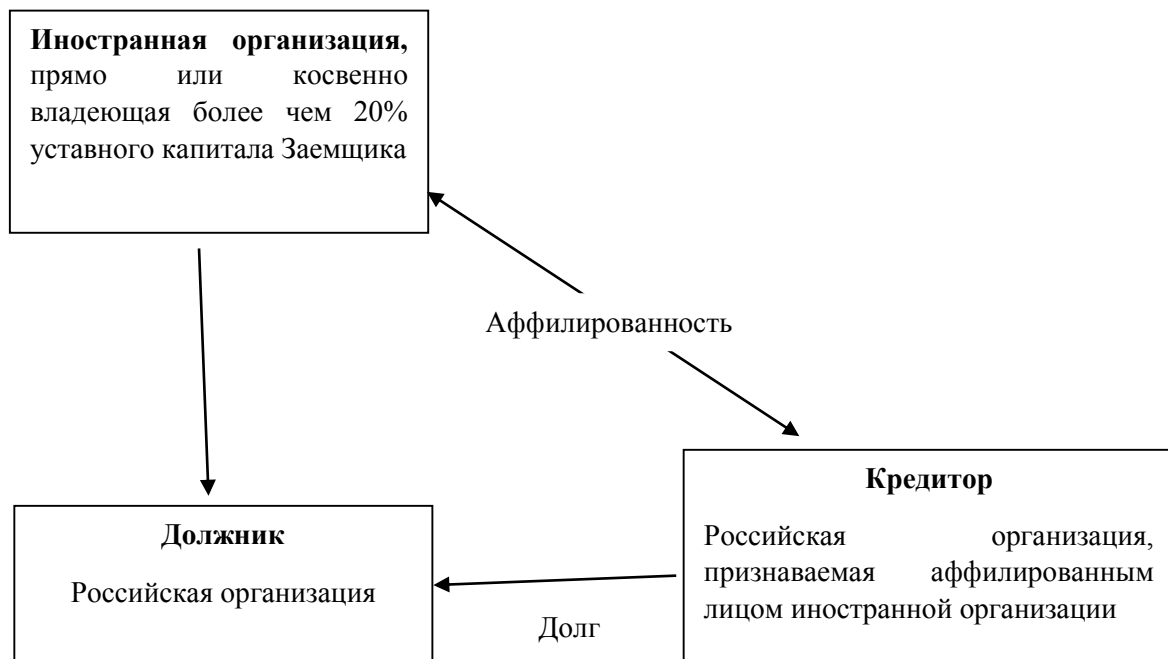


Рис. 2. Долг перед российской организацией, аффилированной с контролирующей иностранной организацией

Данная схема описывается фразой: «если налогоплательщик – российская организация имеет непогашенную задолженность по долговому обязательству перед российской организацией, признаваемой в соответствии с законодательством Российской Федерации аффилированным лицом указанной (то есть прямо или косвенно владеющей более чем 20% уставного (складочного) капитала (фонда) должника – прим. авторов) иностранной организации».

Ситуация № 3. Долг перед сторонней российской организацией под обеспечение:

- российской организации, аффилированной с иностранной контролирующей организацией (вариант 1);
- под обеспечение самой иностранной контролирующей организации (вариант 2).

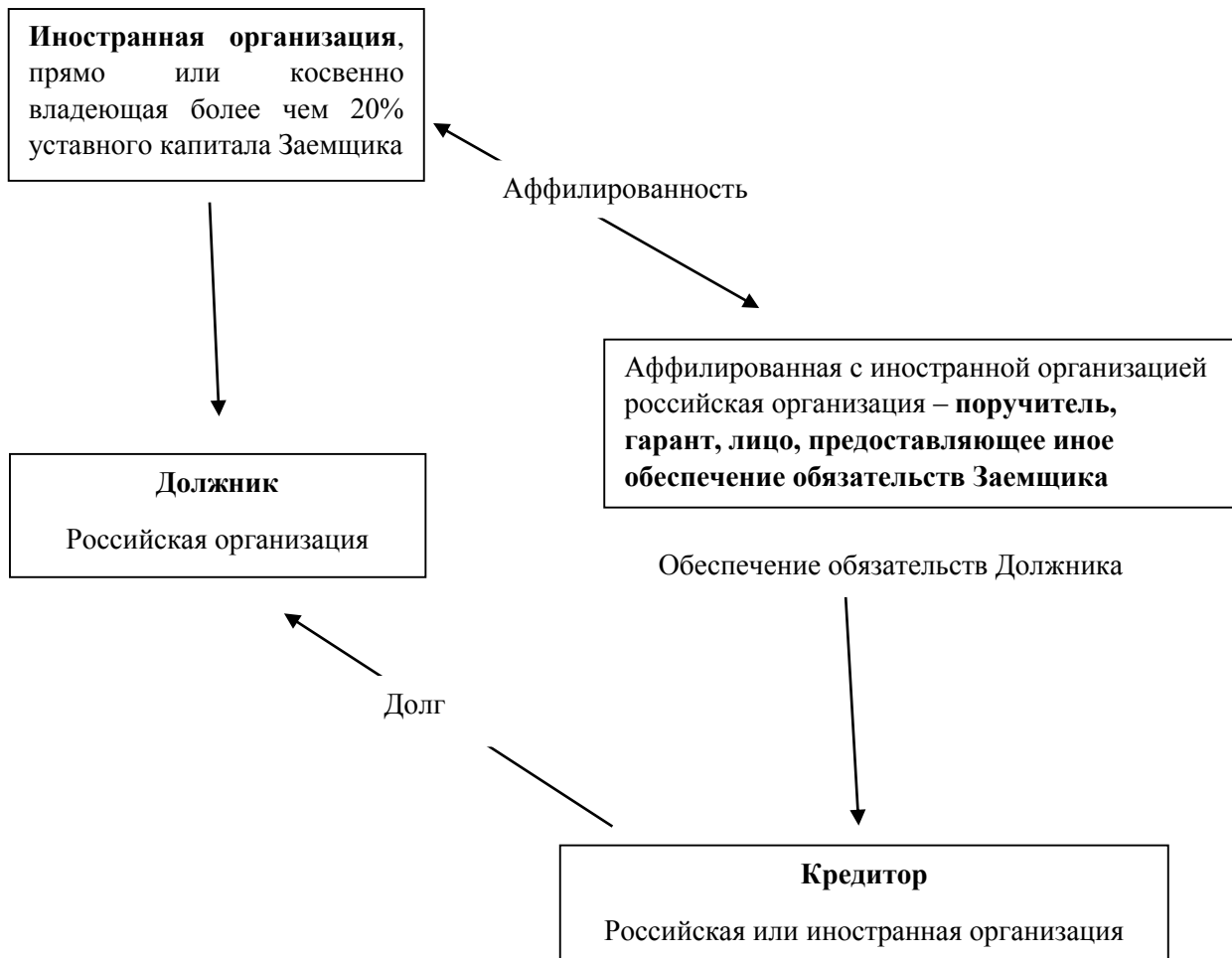


Рис. 3. Вариант 1

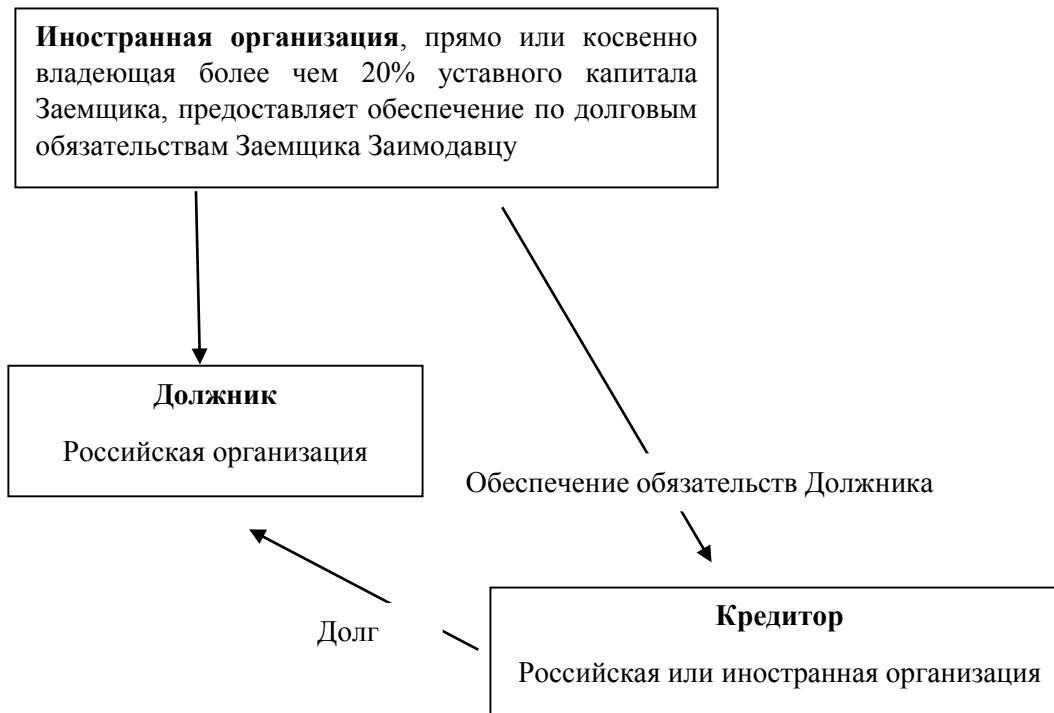


Рис. 4. Вариант 2

Два варианта данной схемы описываются фразой: «если налогоплательщик – российская организация имеет непогашенную задолженность долговому обязательству, в отношении которого такое аффилированное лицо (*то есть аффилированное лицо иностранной организации, прямо или косвенно владеющей более чем 20% уставного (складочного) капитала (фонда) должника – прим. авторов*) и (или) непосредственно эта (*то есть прямо или косвенно владеющая более чем 20% уставного (складочного) капитала (фонда) должника – прим. авторов*) иностранная организация выступают поручителем, гарантом или иным образом обязуются обеспечить исполнение долгового обязательства российской организации».

В отношении третьей ситуации можно сделать важный вывод: кредитором в данной схеме может оказаться любая российская организация, в т. ч. никак не аффилированная ни с должником, ни с лицом, предоставляющим обеспечение. Данный вывод следует из буквального толкования нормы п. 2 ст. 269 НК РФ и обескураживает многих, кто впервые сталкивается с такими ситуациями. Ведь получается, что применение правил тонкой капитализации может тем или иным образом затронуть даже интересы совершенно посторонней по отношению к кредитуемой группе лиц. Пример того, как это происходит, мы проанализируем ниже.

Собственно правила тонкой капитализации согласно пп. 2–4 ст. 269 НК РФ состоят в следующем.

Плательщик обязан на последнее число каждого отчетного (налогового) периода исчислять предельную величину признаваемых расходом процентов по контролируемой задолженности путем деления суммы процентов, начисленных в каждом отчетном (налоговом) периоде по контролируемой задолженности, на коэффициент капитализации, рассчитываемый на последнюю отчетную дату соответствующего отчетного (налогового) периода.

При этом коэффициент капитализации определяется путем деления величины соответствующей непогашенной контролируемой задолженности на величину собственного капитала, соответствующую доле прямого или косвенного участия этой иностранной организации в уставном (складочном) капитале (фонде) российской организации, и деления полученного результата на 3 (для банков и организаций, занимающихся лизинговой деятельностью, - на 12,5).

Проценты по контролируемой задолженности, рассчитанные в соответствии с приведенными выше правилами, включаются в состав расходов, но не более фактически начисленных процентов. Положительная разница между начисленными процентами и предельными процентами приравнивается в целях налогообложения к дивидендам, уплаченным иностранной организации, в отношении которой существует контролируемая задолженность, и облагается налогом в соответствии с п. 3. ст. 284 НК РФ.

Рассчитать предельные суммы для контролируемой задолженности можно с использованием положений п. 1.2 и 1.3 ст. 269 НК. Предельные значения процентных ставок по долговым обязательствам установлены следующим образом:

1) по долговым обязательствам, оформленным в рублях:

по долговому обязательству, оформленному в рублях и возникшему в результате сделки, признаваемой контролируемой, - от 0 до 180 процентов (на период с 1 января по 31 декабря 2015 года), от 75 до 125 процентов (начиная с 1 января 2016 года) ключевой ставки Центрального банка Российской Федерации⁴;

по долговому обязательству, оформленному в рублях и возникшему в результате сделки, не признаваемой контролируемой, - от 75 процентов ставки рефинансирования Центрального банка Российской Федерации⁵ до 180 процентов ключевой ставки Центрального банка Российской Федерации (на период с 1 января по 31 декабря 2015 года), от 75 до 125 процентов (начиная с 1 января 2016 года) ключевой ставки Центрального банка Российской Федерации;

2) по долговому обязательству, оформленному в евро, - от Европейской межбанковской ставки предложения (EURIBOR) в евро, увеличенной на 4

⁴ По состоянию на 30.04.2015 ключевая ставка Центрального Банка Российской Федерации составила 14 процентов годовых.

⁵ По состоянию на 30.04.2015 ставка рефинансирования Центрального Банка Российской Федерации составила 8,25 процентов годовых.

процентных пункта, до ставки EURIBOR в евро, увеличенной на 7 процентных пунктов;

3) по долговому обязательству, оформленному в китайских юанях, - от Шанхайской межбанковской ставки предложения (SHIBOR) в китайских юанях, увеличенной на 4 процентных пункта, до ставки SHIBOR в китайских юанях, увеличенной на 7 процентных пунктов;

4) по долговому обязательству, оформленному в фунтах стерлингов, - от ставки ЛИБОР в фунтах стерлингов, увеличенной на 4 процентных пункта, до ставки ЛИБОР в фунтах стерлингов, увеличенной на 7 процентных пунктов;

5) по долговому обязательству, оформленному в швейцарских франках или японских йенах, - от ставки ЛИБОР в соответствующей валюте, увеличенной на 2 процентных пункта, до ставки ЛИБОР в соответствующей валюте, увеличенной на 5 процентных пунктов;

6) по долговому обязательству, оформленному в иных валютах, - от ставки ЛИБОР в долларах США, увеличенной на 4 процентных пункта, до ставки ЛИБОР в долларах США, увеличенной на 7 процентных пунктов.

Рассчитав предельные размеры процентов, российский налогоплательщик вправе признать доходом процент, исчисленный исходя из фактической ставки по таким долговым обязательствам, если эта ставка превышает минимальное значение интервала предельных значений или признать расходом процент, исчисленный исходя из фактической ставки по таким долговым обязательствам, если эта ставка менее максимального значения интервала предельных значений. Положительная разница между начисленными процентами и предельными процентами приравнивается в целях налогообложения к дивидендам, уплаченным иностранной организации, в отношении которой существует контролируемая задолженность, и облагается налогом в соответствии с п. 3. ст. 284 НК РФ.

Общая ставка налога на дивиденды для иностранных организаций в такой ситуации составляет 15 процентов. Однако, в соответствии со ст. 10 СИДН, как уже отмечалось выше, налог не должен превышать:

- а) пяти процентов валовой суммы дивидендов, если лицом, фактически обладающим правом собственности на них, является компания, которая непосредственно располагает по меньшей мере десятью процентами уставного или складочного капитала выплачивающей дивиденды компании, и эта доля участия в капитале составляет не менее чем 80.000 евро или эквивалентную сумму в рублях;
- б) пятнадцати процентов от валовой суммы дивидендов во всех остальных случаях.

Согласно п. 4 ст. 269 НК РФ положительная разница между **начисленными** процентами и предельными процентами, приравнивается в целях налогообложения к **дивидендам, уплаченным иностранной организации**, в отношении которой существует контролируемая задолженность. Таким образом, законодатель ставит знак

равенства между начисленными дивидендами и уплаченными процентами. При этом в соответствии с положениями пп. 1 п. 1 ст. 309 НК РФ и п. 1 ст. 310 НК РФ налог с доходов, полученных иностранной организацией от источников в Российской Федерации, **исчисляется и удерживается** российской организацией, выплачивающей доход иностранной организации, **при каждой выплате доходов**. Приравнивание начисленных процентов к уплаченным дивидендам вызывает вопрос о том, должен ли налоговый агент (российская организация-заемщик) уплачивать налог в бюджет непосредственно в момент начисления процентов по рассматриваемым договорам займа или же налог должен быть удержан с немецкого заимодавца и уплачен в бюджет в момент фактической выплаты процентов займодавцу. При этом следует учитывать, что за невыполнение обязанностей налогового агента статьей 123 НК РФ предусмотрена ответственность (штраф в размере 20 процентов от суммы, подлежащей удержанию и (или) перечислению). Более того, как разъяснил ВАС РФ в Постановлении Пленума от 30.07.2013 № 57, *«в случае **неудержания** налога при выплате денежных средств иностранному лицу с налогового агента могут быть взысканы как налог, так и пени, начисляемые до момента исполнения обязанности по уплате налога»*.

Об авторе:

Екатерина Болдинова



Работает с 2014 года в Юридической фирме «ЮСТ» (г. Москва). Старший юрист практики налогового и таможенного права, специализируется в области налогового права. Начала карьеру в 2002 году, в городе Иркутске. Работала налоговым юристом в крупных производственных компаниях и в консалтинге. Владеет английским и французским языками.

Контактная информация: 119002, Москва, пер. Сивцев Вражек, 43
тел. +7 (495) 795-08-44 | факс +7 (499) 241-19-48

Email: boldinova@yust.ru



РАЗДЕЛ 6.

ЮРИДИЧЕСКОЕ ОБРАЗОВАНИЕ

Получение юридического образования в Германии (Мария Дерра), с. [433 - 452](#)

Приложение № 1. Юридические факультеты Германии

Приложение № 2. Топ 10 юридических факультетов Германии

Получение юридического образования в Германии

Juristenausbildung in Deutschland

Мария Дерра (Maria Derra)

Der folgende Artikel beschäftigt sich mit dem Thema „Juristenausbildung in Deutschland“ und hat zum Ziel, den Leser mit den wesentlichen Besonderheiten des deutschen juristischen Ausbildungssystems vertraut zu machen. Die erforderliche Ausbildung für den Zugang zu juristischen Berufen ist in Deutschland zweistufig, das heißt, sie besteht aus einem Universitätsstudium und einem Rechtsreferendariat. Beinahe jede deutsche geisteswissenschaftliche Universität bietet einen juristischen Studiengang an. Die Studienordnungen unterscheiden sich von Bundesland zu Bundesland, ebenso die Regelstudienzeit, die gewöhnlich viereinhalb bis fünf Jahre beträgt. Beim klassischen Ausbildungsweg für Juristen wird das Studium mit der sogenannten Ersten Juristischen Staatsprüfung abgeschlossen. Im darauffolgenden zweijährigen Referendariat erwirbt der angehende Jurist die zur Ausübung seines Berufes notwendige praktische Erfahrung. Wer in Deutschland das Zweite Juristische Staatsexamen erfolgreich abgelegt hat, ist berechtigt, die Bezeichnung „Assessor“ zu führen und wird umgangssprachlich als „Volljurist“ bezeichnet. Volljuristen haben die Befähigung zum Richteramt und können als Rechtsanwälte zugelassen werden.

I. Введение

Одной из наиболее важных особенностей юридического образования в Германии является сочетание элементов теоретического и практического обучения. После многовекового господства римского права, конец которому был окончательно положен лишь в 1896 году в связи с кодификацией гражданского права, юридическое образование, являвшееся до тех пор в высшей степени теоретизированным, было реформировано с целью усиления практической подготовки юристов.

Современная модель юридического образования в Германии является, таким образом, двухступенчатой или двухуровневой. Первая ступень - университетское образование (Universitätsstudium) – заканчивается Первым Государственным Экзаменом (Erste Juristische Staatsprüfung), вторая – референдарият (Referendariat)

– является практическим подготовительным периодом, по окончании которого сдается Второй Государственный Экзамен (Zweites Juristisches Staatsexamen).

II. Университетское образование

1. Общая характеристика

В Германии отсутствует федеральный закон, который бы определял структуру и особенности подготовки студентов по юридическому направлению. Регулирование университетского образования в Германии является компетенцией федеральных земель (Bundesländer), в результате чего в стране существует 16 Законов о юридическом образовании (Juristenausbildungsgesetze) и каждый из 44 юридических факультетов Германии имеет свой учебный план (Studienplan).

Некое единство юридического образования обеспечивается, тем не менее, федеральным Законом о судьях (Deutsches Richtergesetz).¹ Причиной тому служит еще одна важная особенность юридического образования в Германии: пригодность к судейской деятельности (Befähigung zum Richteramt) является критерием работы во всех остальных юридических профессиях (адвокат, нотариус, прокурор, юрисконсульт и т.д.), а стать судьей можно только, получив высшее юридическое образование, ст. 5 Закона о судьях.²

Федеральное право преподается на всех юридических факультетах страны, в то время как право отдельных земель преподается лишь в университетах, находящихся на их территории. В связи с тем, что доля регионального законодательства особенно велика в административном праве, возникает некий парадокс: выпускники юридических факультетов Германии могут работать в любой из земель, однако их знания регионального права (в частности, строительного, муниципального, полицейского права) ограничиваются правом той земли, на территории которой они получили образование.

За исключением городов-миллионеров (Берлин, Гамбург, Мюнхен), в Германии действует правило «один город – один университет», что нередко находит отражение в названии университета, полностью соответствующем названию города, в котором он находится.

Из 44 университетов Германии, имеющих юридический факультет, только один является частным.³ В отличие от государственных университетов, которые уже отменили введенную не так давно плату за обучение (400 – 600 евро/семестр), обучение в частном вузе является платным и составляет около 48 000 евро⁴ (4 000 евро/триместр).

¹ <http://www.gesetze-im-internet.de/drjg/>

² Ст. 5 на немецком языке: http://www.gesetze-im-internet.de/drjg/_5.html; на английском языке: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_drjg/englisch_drjg.html#p0024

³ Высшая юридическая школа им. Буцериуса в Гамбурге (Bucerius Law School, Hamburg).

⁴ За весь период обучения.

Получить высшее юридическое образование в Германии можно в любом университете, имеющем юридический факультет. Список юридических факультетов Германии с соответствующими веб-ссылками находится в конце данной статьи в Приложении № 1. В Приложении № 2 вниманию читателей представлен актуальный рейтинг 10 лучших юридических факультетов Германии.

2. Условия приема на юридический факультет

Еще не так давно допуск к обучению на юридическом факультете осуществлялся централизованно по всей стране созданным специально для этой цели Центральным Ведомством по распределению учебных мест (Zentralstelle zur Vergabe von Studienplätzen). С 2001 года прием студентов осуществляют сами университеты, проводящие отбор и зачисление, согласно своим собственным критериям.

Вступительных экзаменов в Германии не существует. Главным условием для зачисления на юридический факультет являются высокие оценки абитуриента (Abiturnote) в аттестате об окончании гимназии (Abiturzeugnis). В том случае, если количество абитуриентов превышает число мест на факультете, оценки в аттестате становятся решающим критерием отбора.

3. Учебный план

Общим для всех 44 юридических факультетов является то, что обучение длится 9 семестров⁵ и состоит из двух частей: базовый курс (Grundstudium) и основной этап (Hauptstudium).

а. Базовый курс

На первых 3 семестрах студенты изучают, прежде всего, такие дисциплины, как:

- общая часть Гражданского Уложения Германии (allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches),
- общая часть обязательственного права (allgemeines Schuldrecht),
- общая часть уголовного права (allgemeiner Teil des Strafrechts),
- конституционное право (Verfassungsrecht),
- государственное право (Staatslehre),
- история права (Rechtsgeschichte),
- философия права (Rechtsphilosophie),
- социология права (Rechtssoziologie).

По окончании каждого семестра сдается экзамен в письменной форме, т. н. «клаузура» (Klausur) по каждому предмету, представляющая собой решение

⁵ Фактически требуется 10-12 семестров.

заданного, одинакового для всех, кейса (Fall). Только при успешном написании «клаузур» студент получает право приступить к основному этапу обучения. Согласно статистике, успешно сдать промежуточные экзамены (Zwischenprüfungen) и, тем самым, завершить базовый курс обучения, удается лишь 50 - 60% студентов.

в. Основной этап

Содержание и продолжительность лекций с 4 по 9 семестр сильно разнятся в зависимости от университета. Перечень преподаваемых дисциплин, однако, примерно одинаков:

- особенная часть обязательственного права (besonderes Schuldrecht),
- вещное право (Sachenrecht),
- семейное и наследственное право (Familien- und Erbrecht),
- трудовое право (Arbeitsrecht),
- гражданско-процессуальное право (Zivilprozessrecht),
- торговое право (Handelsrecht),
- корпоративное право (Gesellschaftsrecht),
- особенная часть уголовного права (besonderer Teil des Strafrechts),
- уголовно-процессуальное право (Strafprozessrecht),
- административное право (Verwaltungsrecht),
- строительное право (Baurecht),
- полицейское право (Polizeirecht),
- муниципальное право (Kommunalrecht),
- административно-процессуальное право (Verwaltungsprozessrecht),
- право европейских сообществ (Europarecht),
- международное право (Völkerrecht).

По завершении каждого семестра студенты должны подготовить курсовую работу (Hausarbeit)⁶ и сдать определенное количество «клаузур».

с. Специализация

На 7-8 семестрах (в некоторых университетах уже с 5-6 семестра) начинается специализация по различным отраслям права (Schwerpunktbereich). Каждый студент может выбрать для себя одно из 8-10 направлений, например, «Право европейских сообществ и международное право», и обязан посещать лекции и коллоквиумы по данному направлению, а по завершении этой части учебы сдать экзамен, либо написав «клаузуру», либо подготовив курсовую работу.

⁶ Курсовая работа объемом 20-30 страниц пишется, как правило, во время каникул и сдается перед началом нового семестра, представляет собой решение предложенного случая из практики.

d. Ключевые квалификации

С недавнего времени обучение на юридическом факультете включает в себя также приобретение т. н. ключевых квалификаций (Schlüsselqualifikationen), таких как:

- риторика (Rhetorik),
- медиация (Mediation),
- урегулирование споров (Streitschlichtung),
- ведение беседы (Gesprächsführung),
- ведение переговоров (Verhandlungsmanagement),
- проведение допроса (Vernehmungslehre) и т.д.

4. Продолжительность обучения

Как уже было сказано выше, нормативный период обучения (Regelstudienzeit) в университете составляет 9 семестров, однако он не всегда выдерживается и в силу разных обстоятельств, обусловленных достаточной сложностью поставленных перед студентами в процессе обучения задач, нередко составляет 10-12 семестров.

Продолжительность обучения на юридическом факультете зависит, прежде всего, от самого студента, его успеваемости и самоорганизации.

Во-первых, немецкие студенты совершенно самостоятельно планируют график своего обучения и сами составляют расписание занятий, разумеется, в соответствии с предложенными университетом учебными стандартами. Таким образом, ответственность за сроки обучения и успешность личной подготовки ложится на самого студента. Гибкость в отношении планирования порядка и выбора дисциплин накладывает личные обязательства на студента уметь определять и распределять свои силы.

Во-вторых, в университете не формируются академические группы. Студенты посещают занятия в соответствии со своим индивидуальным расписанием. Аудиторная нагрузка составляет не более 12-15 часов в неделю. Остальное время предусматривается на самостоятельную подготовку.

В-третьих, ни Первый ни Второй Государственный Экзамен не имеют право принимать те профессора и преподаватели, которые читают лекции и ведут практические занятия. Государственные экзамены принимает комиссия, состоящая из юристов-практиков, представителей министерства юстиции, судей, профессоров других вузов и т.д. Перечень экзаменационных вопросов отсутствует как таковой. Экзаменаторы вправе задать любой вопрос из области всех изученных за время обучения в университете предметов. Это серьезное испытание для студентов породило в Германии такое явление, как репетиторство (Repetitorium), не характерное и совершенно не знакомое для вузов других европейских стран.

Репетитор – это, как правило, практикующий юрист или молодой специалист, недавно сам прошедший через процедуру экзамена. Студенты углубленно повторяют с репетиторами весь пройденный за 8 семестров правовой материал в форме, больше похожей на школьные занятия; репетиторы «натаскивают» своих подопечных на то, как успешно написать «клаузуру». Около 90-95% студентов юридических факультетов посещают репетиторов и инвестируют, тем самым, немалые суммы⁷ в подготовку к Первому Государственному Экзамену. Наиболее популярными среди студентов являются в настоящее время такие репетитории, как «Альпманн Шмидт» (Alpmann Schmidt)⁸ и «Хеммер» (Hemmer)⁹.

5. Дидактика

а. Лекции

Лекции (Vorlesung), посещение которых, как правило, добровольное, являются основной формой проведения занятий на юридическом факультете. На лекции присутствуют 150–200 студентов. Тематика лекционных занятий известна заранее на период всего семестра. Перед лекцией студенты самостоятельно изучают теоретический материал по теме лекционного занятия и письменно решают представленные лектором на сайте факультета задачи – конкретные случаи из практики. В ходе лекции задачу решает сам лектор, подробно рассуждая, затрагивая теоретические вопросы, а студенты следят за ходом рассуждений лектора по решению задачи и корректируют свое решение в тетради. Нередко лектор обращается с вопросом к отдельному студенту, призывая его изложить свои размышления.

б. Рабочие группы

Для закрепления пройденного материала студентам начальных курсов предлагается участие в рабочих группах (Arbeitsgemeinschaft). По содержанию данная форма проведения занятий мало отличается от лекций. В рабочих группах также рассматриваются конкретные случаи. Отличие состоит лишь в том, что группа состоит, как правило, из 15–20 человек и свое решение излагают, прежде всего, сами студенты.

На старших курсах аналогом рабочих групп являются т.н. tutorии (Tutorien), коллоквиумы (Kolloquien) и упражнения (Übungen).

6. Учеба за рубежом

На юридических факультетах Германии право иностранных государств как таковое не изучается. Однако во многих университетах студентам предлагаются специализированные курсы иностранных языков для юристов, которые, как

⁷ 100-180 евро в месяц.

⁸ <http://www.alpmann-schmidt.de/>

⁹ <http://www.hemmer.de/>

правило, носят название «Введение в английскую (французскую/испанскую/итальянскую/русскую/турецкую и т.д.) юридическую терминологию» (Einführung in die englische (französische/italienische/spanische/russische/ türkische) Rechtssprache) и делятся от 1 до 4 семестров.

В университете Саарбрюкена, расположенного на границе с Францией, студентам предоставляется возможность в течение двух лет изучать французское право с обязательным посещением лекций и семинаров во французском университете – партнере.¹⁰

Однако самым распространенным способом не только познакомиться с правовой системой другого государства, но и выучить соответствующий иностранный язык, является учеба за рубежом (как правило, 1-2 семестра) в университете, с которым установлены партнерские отношения и разработаны программы по обмену студентами.

7. Практический опыт

Одним из условий допуска студента к сдаче Первого Государственного Экзамена является пройденная им во время учебы практика (всего 3 месяца, но как минимум, в 3 разных местах). Проходить практику студент может везде, где работают юристы: органы юстиции, административные органы, адвокатские бюро и т. д. Поиск подходящего места для прохождения практики студенты занимаются сами.

8. Первый Государственный Экзамен

8.1. Статистика

Процесс получения высшего юридического образования в Германии считается одним из самых сложных. Как показывает статистика, Первый Государственный Экзамен (Erste Juristische Staatsprüfung), которым завершается университетское образование, ежегодно не сдают примерно 30% студентов, а количество оценок «отлично» не превышает 1%. Так, например, из 11 848 экзаменуемых в 2013 году, экзамен не сдали 3 524 человека (29,74%), оценку «отлично» получили 25 человек (0,21%).¹¹ При этом студенты, не сдавшие Первый Государственный Экзамен и со второй попытки, навсегда утрачивают право на получение юридического образования в Германии.¹²

¹⁰ www.uni-saarland.de/campus/studium/studienangebot/internationale-studienprogramme/doppelabschluesse/rechtswissenschaft-programm-lille-saarbruecken-warwick.html.

¹¹ <http://www.lto.de/jura/studium/erste-juristische-staatspruefung/>.

¹² Для постсоветской системы образования данные цифры выглядят ужасающе, поскольку, как известно, государственные экзамены в университетах на постсоветском пространстве являются завершающей стадией процесса обучения, которую за редким исключением проходят все. Наличие такого жесткого отбора призвано снизить конкуренцию на рынке юридических услуг.

8.2. Сдача экзамена

Первый Государственный Экзамен состоит из 2 частей: экзамен по обязательным предметам (Pflichtfachprüfung) и экзамен по специализации (Schwerpunktbereichprüfung).

8.2.1. Экзамен по обязательным предметам

Экзамен по обязательным предметам включает в себя письменную и устную часть, причем к устной части допускаются только студенты, успешно сдавшие письменную часть. Во время сдачи экзамена (как устной, так и письменной части) студентам разрешается пользоваться печатными сборниками нормативных актов строго определенных издательств.

8.2.1.1. Экзаменаторы

Экзамен по обязательным предметам принимается государственной экзаменационной комиссией, состоящей из практикующих юристов (судьи, нотариусы, прокуроры, адвокаты). Примечательно, что преподаватели университета, в котором обучался студент, принимать экзамен по обязательным предметам не имеют права.

8.2.1.2. Экзаменационные задания

В каждой федеральной земле существуют специальные отделы аттестации юридических кадров (Landesjustizprüfungsamt), рассылающие задания для Первого Государственного Экзамена, но не участвующие в их подготовке. Для этого в Германии создаются специальные базы данных, содержащие подготовленные практикующими юристами кейсы, за счет чего достигается максимально возможная объективность в подготовке и проведении экзамена: какие задания из базы данных будут использованы на экзамене, никому не известно.

8.2.1.3. Письменная часть

Сначала студенты пишут 6-7 (в зависимости от земли) «клаузур»: 3 по гражданскому праву, 1-2 по уголовному праву, 2 по публичному праву. На написание каждой «клаузуры» отводится 5 часов. Таким образом, сдача письменной части экзамена занимает чуть больше недели (первая неделя - каждый день с понедельника по пятницу; вторая неделя – понедельник, вторник). Проверка письменных работ длится около 3 месяцев. Вместе с результатами письменной части экзамена студентам сообщаются место и дата проведения устной части экзамена, а также состав экзаменационной комиссии, состоящей из юристов-практиков.

8.2.1.4. Устная часть

К подготовке к устному экзамену студенты приступают практически сразу после окончания письменной части, т.е. примерно за 3-4 месяца до самого экзамена и, что

примечательно, не зная результатов письменной части, а соответственно, не зная, будут ли они допущены к устному экзамену.

В некоторых землях устный экзамен начинается с того, что студенты получают случай из практики и в течение часа должны подготовить доклад по делу (Aktenvortrag), представить комиссии свое решение и ответить на заданные вопросы членов комиссии.

Затем члены комиссии опрашивают студентов (группа из 4-5 человек) в режиме «вопрос-ответ» по всем предметам. Вопросы задаются каждому из экзаменуемых по очереди. В случае возникновения затруднений у одного из экзаменуемых, вопрос может быть переадресован другому студенту. Продолжительность такого опроса составляет, как правило, 5-6 часов (с перерывами на 5 минут и обеденным перерывом на 1 час). Таким образом, экзаменационный день может длиться с 09:00 до 16:00 часов.

8.2.2. Экзамен по специализации

Экзамен по специализации сдается в том университете, в котором студент проходил обучение и состоит из 2 частей: семинарской работы и устного собеседования.

Семинарскую работу (Seminararbeit) объемом в 30-50 страниц на узкую теоретическую тему, сформулированную профессором, студент пишет, как правило, на 6-7 семестре. Написание работы дается ровно 1 месяц. Тема работы выдается студенту в деканате в закрытом конверте, в получении которого студент расписывается, фиксируя тем самым, день начала написания работы и определяя, соответственно, день ее сдачи. Защита семинарской работы проходит на семинаре. Для защиты готовится презентация, после которой студент отвечает на вопросы профессора и других участников семинара. Многие университеты предпочитают проводить семинары не в стенах факультета, а на природе, выезжая на 4-5 дней летом к озеру, а зимой – на горнолыжные курорты. Студенту выставляются 2 оценки: первая за письменную работу, вторая - за презентацию и дискуссию. В случае успешной сдачи семинарской работы студент допускается ко второй части экзамена – собеседованию. Собеседование проходит в малых группах по 3-4 человека, в ходе которого профессор опрашивает каждого из экзаменуемых в течение 20-25 минут.

8.2.3. Итоговая оценка

Итоговая оценка складывается на 70% из оценки за экзамен по обязательным предметам и на 30% из оценки за экзамен по специализации. Знания студентов оцениваются по шкале от 0 до 18 баллов (Punkte):

- 16 – 18 баллов: «очень хорошо» (sehr gut),
- 13 - 15 баллов: «хорошо» (gut),
- 10 – 12 баллов: «полностью удовлетворительно» (vollbefriedigend),

- 7 – 9 баллов: «удовлетворительно» (befriedigend),
- 4 – 6 баллов: «достаточно удовлетворительно» (ausreichend),
- 1-3 баллов: «недостаточно» (mangelhaft),
- 0 баллов: «неудовлетворительно» (ungenügend).

Студенты, получившие за экзамен 3 и меньше баллов, могут один раз пересдать экзамен. В случае повторной неудовлетворительной оценки студент теряет право получения юридического образования в Германии. Единственное исключение делается для студентов, которые уже после 8 семестра делают первую попытку (Freischuss). В случае успешной сдачи эта попытка может быть засчитана по желанию студента, в случае не сдачи она не учитывается.

Студенты, успешно сдавшие Первый Государственный Экзамен, называются дипломированными юристами (Diplom-Jurist).

III. Референдарият

После сдачи Первого Государственного Экзамена большинство выпускников принимает решение продолжить обучение в референдарияте (Referendariat).

Референдарият представляет собой двухлетнее практическое обучение юристов при одном из 24 Высших земельных судов (Oberlandesgericht) Германии,¹³ по окончании которого сдается Второй Государственный Экзамен (Zweites Juristisches Staatsexamen), и не является обязательным, поскольку и дипломированные юристы получают право работать по специальности. Однако, их возможности ограничены, так как только после Второго Государственного Экзамена можно занимать должность нотариуса, судьи, прокурора или адвоката.¹⁴

Заявление о зачислении в референдарият подается на рассмотрение президенту соответствующего Высшего земельного суда и может быть отклонено лишь по определенным причинам (осуждение к лишению свободы сроком не менее 1 года, медицинские противопоказания и др.).

Во время референдарията студенты, которые уже называются «референдариями» (Referendar), учатся применять приобретенные в университете теоретические знания на практике.

За 2 года референдарияты должны пройти практическую подготовку по следующим направлениям (Stationen):

- гражданское (Zivilstation): 4 месяца в суде по гражданским делам,
- уголовное (Strafstation): 3 месяца в прокуратуре или суде по уголовным делам,

¹³ Список Высших Земельных Судов Германии: www.jusline.de/Oberlandesgerichte_Verzeichnis.html.

¹⁴ Высшее юридическое образование в Германии оценивается настолько высоко, что сразу после сдачи Второго Государственного Экзамена ассессор приобретает право быть судьей.

- административное (Verwaltungsstation): 4 месяца в административном учреждении,
- адвокатура (Anwaltsstation): 9 месяцев в адвокатском бюро,¹⁵
- стажировка по выбору (Wahlstation): 3 месяца по выбору, как правило, за границей.

По окончании каждого из перечисленных выше направлений референдару выдается документ (Stationszeugnis), содержащий перечень выполненных им работ и характеристику его деятельности, с оценкой по шкале от 0 до 18 баллов.

Во время прохождения стажировки референдарам выплачивается денежное пособие (Unterhaltsbeihilfe) в размере 850-1200 евро¹⁶ из бюджета земли, на территории которой они ее проходят.

После 18 месяцев стажировки референдары обязаны¹⁷ сдавать Второй Государственный Экзамен, который также называется ассессорским (Assessorexamen). Как и Первый, он состоит из письменной и устной части. Письменная часть заключается в написании «клаузур», на написание каждой из которых отводится 5 часов. Количество «клаузур» определяют земли. Так, например, в Баварии референдары пишут 11 «клаузур», в то время как их коллеги в некоторых «северных» землях всего лишь 5 - 6.¹⁸

При условии успешного написания «клаузур», которые проверяются в течение 3 месяцев¹⁹ – то время, которое часто используется для прохождения стажировки за границей, - референдары допускаются к сдаче устного экзамена, который проходит в уже знакомом читателю режиме собеседования. Из сдавших Первый Государственный Экзамен и прошедших референдариат еще 10-15% не сдают Второй Государственный Экзамен.

После сдачи Второго Государственного Экзамена референдар называется ассессором (Assessor) или «полным юристом» (Volljurist) и теоретически имеет право работать на всех юридических должностях.²⁰ Однако, несмотря на то, что все выпускники получают в Германии квалификацию юриста широкого профиля, только референдары с самыми высокими оценками допускаются к работе

¹⁵ 3 месяца из 9 разрешается пройти в юридическом отделе на предприятии.

¹⁶ Размер денежного пособия в каждой из 16 федеральных земель: <http://www.lto.de/jura/rechtsreferendariat/verguetung-gehalt/>

¹⁷ Второй Государственный Экзамен пишут все референдары на 19 месяце стажировки, независимо от уровня подготовки и/или готовности. Для сравнения: время сдачи Первого Государственного Экзамена студенты определяют, по большому счету, сами.

¹⁸ Де юре хоть и считается, что сложность Второго Государственного Экзамена одинакова во всех землях, де факто сдать экзамен в «южных» землях значительно сложнее, чем в «северных».

¹⁹ Каждая «клаузура» проверяется двумя экзаменаторами. При небольшом отличии выставленных ими оценок берется средняя арифметическая величина. В случае сильного расхождения – решение принимает председатель экзаменационной комиссии.

²⁰ Зарплата начинающего юриста составляет от 35 000 до 100 000 евро в год (до уплаты налогов), в зависимости от федеральной земли и места работы: <https://www.staufenbiel.de/jura/gehalt/juristen-berufseinstieg.html>

нотариусом (не менее 12 баллов) или судьей (не менее 9 баллов). Таким образом, оценка за Второй Государственный Экзамен практически предопределяет негласный рейтинг профессии.

Об авторе:



Мария Дерра

Окончив с отличием факультет иностранных языков в РГПУ им. А. И. Герцена в г. Санкт-Петербурге, обучалась с 2004 по 2009 год на юридическом факультете университета им. Фридриха-Александра Эрланген-Нюрнберг (Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg). С 2010 по 2012 год проходила референдариат (Referendariat) при Высшем Земельном Суде г. Нюрнберга (Oberlandesgericht Nürnberg).

Во время учебы и референдариата проходила стажировку в германо-итальянском адвокатском бюро и Германо-итальянской Внешнеторговой палате в г. Милане. К профессиональной адвокатской деятельности приступила в 2012 году в качестве внештатного сотрудника (freie Mitarbeiterin) сначала в германо-итальянском адвокатском бюро, а затем в германо-китайской коллегии адвокатов и налоговых консультантов в г. Мюнхене. С 2013 по 2015 год работала в российском отделе международной адвокатской коллегии в г. Берлине. В настоящее время работает в адвокатском бюро в г. Мюнхене, где занимается консультированием италоговорящих и русскоговорящих клиентов по вопросам договорного, корпоративного, наследственного, семейного и трудового права, а также представлением и защитой интересов клиентов в суде. Является членом германо-российской, германо-итальянской и германо-китайской ассоциаций юристов.

Языки: английский, испанский, итальянский, китайский, немецкий, русский, шведский.

Контактные данные: kontakt@derra-legal.eu

Приложение № 1

Юридические факультеты Германии²¹

1.	Юридический факультет университета Аугсбург	Juristische Fakultät der Universität Augsburg	http://www.jura.uni-augsburg.de/
2.	Факультет экономики и права университета Байройт	Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Universität Bayreuth	http://www.rw.uni-bayreuth.de/
3.	Юридический факультет Свободного Университета Берлин	Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin	http://www.fu-berlin.de/jura/
4.	Юридический факультет университета им. Гумбольдта Берлин	Juristische Fakultät der Humboldt-Universität Berlin	http://www.rewi.hu-berlin.de/
5.	Факультет юриспруденции университета Билефельд	Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld	http://www.jura.uni-bielefeld.de/index.html
6.	Юридический факультет Рурского университета Бохум	Juristische Fakultät der Ruhr-Universität Bochum	http://www.ruhr-uni-bochum.de/jura/
7.	Факультет государственного и права Рейнского	Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der	http://www.jura.uni-bonn.de/

²¹ Университеты перечислены в (немецком) алфавитном порядке.

	университета им. Фридриха-Вильгельма Бонн	Rheinischen Friedrich-Wilhelms- Universität Bonn	
8.	Юридический факультет университета Бремен	Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Bremen	http://www.jura-bremen.de/
9.	Юридический факультет технического университета Дрезден	Juristische Fakultät der Technischen Universität Dresden	http://tu-dresden.de/die_tu_dresden/fakultaeten/juristische_fakultaet/
10.	Юридический факультет университета им. Генриха Гейне Дюссельдорф	Juristische Fakultät der Heinrich-Heine- Universität Düsseldorf	http://www.jura.uni-duesseldorf.de/
11.	Факультет экономики и права университета им. Фридриха-Александра Эрланген-Нюрнберг	Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Friedrich-Alexander- Universität Erlangen- Nürnberg	http://www.uni-erlangen.de/einrichtungen/fakultaeten/rw/index.shtml
12.	Юридический факультет университета им. Вольфганга Гёте Франкфурт-на-Майне	Fachbereich Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main	http://www.jura.uni-frankfurt.de/
13.	Юридический факультет Европейского университета	Juristische Fakultät der Europa- Universität Viadrina	http://www.rewi.euv-frankfurt-o.de/

	«Виадрина» (Франкфурт-на-Одере)	(Frankfurt an der Oder)	
14.	Юридический факультет университета им. Альберта-Людвига Фрейбург	Rechtswissenschaftliche Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg	http://www.jura.uni-freiburg.de/
15.	Юридический факультет университета им. Юстуса-Либига Гиссен	Fachbereich Rechtswissenschaften der Justus-Liebig-Universität zu Gießen	http://www.recht.uni-giessen.de/
16.	Юридический факультет университета им. Георга-Августа Гёттинген	Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen	http://www.jura.uni-goettingen.de/
17.	Факультет государственного права им. Эрнста-Моритца-Арндта Грейфсвальд	Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald	http://www.rsf.uni-greifswald.de/
18.	Юридический факультет университета заочного обучения Хаген	Fachbereich Rechtswissenschaft der Fernuniversität Hagen	http://www.fernuni-hagen.de/REWI/welcome.html
19.	Факультет экономики и права университета им. Мартина Лютера Галле-Виттенберг	Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg	http://www.jura.uni-halle.de/

21.	Высшая юридическая школа им. Буцериуса Гамбург	Bucerius Law School - Hochschule für Rechtswissenschaft Hamburg	http://www.law-school.de/
22.	Юридический факультет университета им. Лейбница Ганновер	Juristische Fakultät der Leibniz Universität Hannover	http://www.jura.uni-hannover.de/
23.	Юридический факультет университета им. Рупрехта-Карла Гейдельберг	Juristische Fakultät der Ruprecht-Karls- Universität Heidelberg	http://www.jura-hd.de/
24.	Юридический факультет университета им. Фридриха Шиллера Йена	Rechtswissenschaftliche Fakultät der Friedrich-Schiller- Universität Jena	http://www.rewi.uni-jena.de/
25.	Юридический факультет университета им. Кристиана-Альбрехта Киль	Juristische Fakultät der Christian- Albrechts-Universität Kiel	http://www.uni-kiel.de/fakultas/jura/
26.	Юридический факультет университета Кёльн	Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Köln	http://www.uni-koeln.de/jur-fak/
27.	Юридический факультет университета Констанц	Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Konstanz	http://www.jura.uni-konstanz.de/rechtswissenschaft/

28.	Юридический факультет университета Лейпциг	Juristenfakultät der Universität Leipzig	http://www.uni-leipzig.de/~jura/
29.	Юридический факультет университета им. Йоганнеса Гутенберга Майнц	Fachbereich Rechtswissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität Mainz	http://www.jura.uni-mainz.de/
30.	Факультет политэкономии и права университета Мангейм	Fakultät für Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre der Universität Mannheim	http://www.juravwl.uni-mannheim.de/
31.	Юридический факультет университета Марбург	Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Marburg	http://www.uni-marburg.de/fb01
32.	Юридический факультет университета им. Людвига-Максимилиана Мюнхен	Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München	http://www.jura.uni-muenchen.de/
33.	Юридический факультет Вестфальского университета им. Вильгельма Мюнстер	Rechtswissenschaftliche Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster	http://www.jura.uni-mienster.de/

34.	Юридический факультет университета Оснабрюк	Juristische Fakultät Universität Osnabrück	http://www.jura.uni-osnabrueck.de/
35.	Юридический факультет университета Пассау	Juristische Fakultät der Universität Passau	http://www.jura.uni-passau.de/
36.	Юридический факультет университета Потсдам	Juristische Fakultät der Universität Potsdam	http://www.uni-potsdam.de/jurfak/
37.	Юридический факультет университета Регенсбург	Juristische Fakultät der Universität Regensburg	http://www.uni-regensburg.de/Fakultaeten/Jura/
38.	Юридический факультет университета Росток	Juristische Fakultät der Universität Rostock	http://www.jura.uni-rostock.de/
39.	Факультет экономики и права университета Саарланда (Саарбрюкен)	Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Universität des Saarlandes (Saarbrücken)	http://www.uni-saarland.de/de/fakultaeten/fak1/rewifak
40.	Факультет экономических наук, экономической информатики и экономического права университета Зиген	Fachbereich Wirtschaftswissenschaften, Wirtschaftsinformatik und Wirtschaftsrecht der Universität Siegen	http://www.uni-siegen.de/fb5/dekanat/

41.	Юридический факультет университета Трир	Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Trier	http://www.jura.uni-trier.de/
42.	Юридический факультет университета им. Эбергарда Карла, Тюбинген	Juristische Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen	http://www.jura.uni-tuebingen.de/
43.	Юридический факультет университета ЭБС Висбаден	Juristische Fakultät der EBS Universität Wiesbaden	http://www.ebs.edu/law-school/
44.	Юридический факультет университета Вюрцбург	Juristische Fakultät der Universität Würzburg	http://www.jura.uni-wuerzburg.de/

Приложение № 2

Топ 10 юридических факультетов Германии

Согласно рейтингу, проведенному Центром развития высшего образования (Centrum für Hochschulentwicklung = CHE)²² в 2014-2015 году, в десятку лучших вошли юридические факультеты следующих университетов:

- **1 место:** университет им. Карла-Рупрехта (**Гейдельберг**),
- **2 место** поделили: университет им. Альберта-Людвига (**Фрейбург**), Вестфальский университет им. Вильгельма (**Мюнстер**), университет им. Людвига-Максимилиана (**Мюнхен**),
- **5 место:** университет **Пассау**,
- **6 место:** высшая юридическая школа им. Буцериуса (**Гамбург**),
- **7 место:** университет им. Гумбольдта (**Берлин**),
- **8 место** поделили: университет **Кёльна**, университет им. Фридриха Шиллера (**Йена**),
- **10 место:** Рейнский университет им. Фридриха-Вильгельма (**Бонн**).

²² на немецком языке: <http://ranking.zeit.de/che2014/de/>; на английском языке: <http://ranking.zeit.de/che2014/en/>

Приложение I.

Германо-российское соглашение об избежании двойного налогообложения

СОГЛАШЕНИЕ

от 29 мая 1996 года

между Российской Федерацией и Федеративной Республикой

Германия об избежании двойного налогообложения

в отношении налогов на доходы и имущество¹

Российская Федерация и Федеративная Республика Германия,
руководствуясь желанием заключить Соглашение об избежании двойного налогообложения в отношении налогов на доходы и имущество,
согласились о нижеследующем:

Статья 1

Лица, к которым применяется Соглашение

Настоящее Соглашение применяется к лицам, которые являются резидентами одного или обоих Договаривающихся Государств.

Статья 2

Налоги, на которые распространяется Соглашение

1. Настоящее Соглашение применяется к налогам на доходы и имущество, подлежащим уплате в соответствии с налоговым законодательством каждого из Договаривающихся Государств, независимо от способа их взимания.
2. Налогами на доходы и имущество считаются налоги, устанавливаемые на совокупный доход, совокупное имущество или на части дохода или имущества, включая налоги с доходов от отчуждения движимого или недвижимого имущества.

¹ Текст Соглашения на немецком языке на сайте Федерального министерства финансов Германии: www.bundesfinanzministerium.de/Web/DE/Themen/Steuern/Internationales_Steuerrecht/Staatenbezogene_Informationen/Russische_Foederation/russische_foederation.html.

3. К действующим в настоящее время налогам, на которые распространяется действие настоящего Соглашения, в частности, относятся:

а) в Российской Федерации:

налог на прибыль предприятий и организаций;

подоходный налог с физических лиц;

налог на имущество предприятий и налог на имущество физических лиц,

далее именуемые "российские налоги";

б) в Федеративной Республике Германия:

подоходный налог;

налог с корпораций;

налог на имущество;

промысловый налог и налоговая надбавка в поддержку солидарности,

далее именуемые "германские налоги".

4. Настоящее Соглашение применяется также к любым подобным или по существу аналогичным налогам, которые будут устанавливаться после даты подписания настоящего Соглашения в дополнение или вместо существующих налогов. Компетентные органы Договаривающихся Государств будут уведомлять друг друга по мере необходимости об изменениях в их налоговых законодательствах.

Статья 3

Общие определения

1. Для целей настоящего Соглашения, если иное не вытекает из контекста:

а) выражения "Договаривающееся Государство" и "другое Договаривающееся Государство" означают, в зависимости от контекста, Российскую Федерацию (Россию) или Федеративную Республику Германия, включая их территории, а также исключительные экономические зоны и континентальные шельфы;

б) термин "лицо" означает физические лица, компании и любые другие объединения лиц;

в) термин "компания" означает юридические лица и любые другие образования, которые для целей налогообложения рассматриваются как корпоративные;

г) выражения "предприятие Договаривающегося Государства" и "предприятие другого Договаривающегося Государства" означают предпринимательскую

деятельность, которую осуществляет резидент одного или соответственно другого Договаривающегося Государства;

е) выражение "международные морские и воздушные перевозки" означает любую перевозку морским или воздушным судном, эксплуатируемым предприятием одного Договаривающегося Государства, кроме случаев, когда морское или воздушное судно эксплуатируется исключительно между пунктами, расположенными в другом Договаривающемся Государстве;

г) выражение "компетентный орган" означает применительно к Российской Федерации Министерство финансов Российской Федерации или уполномоченный им орган, а применительно к Федеративной Республике Германия - Федеральное министерство финансов или уполномоченный им орган.

2. При применении Договаривающимся Государством настоящего Соглашения любой не определенный в Соглашении термин, если из контекста не вытекает иное, имеет то значение, которое придается ему законодательством этого Государства в отношении налогов, на которые распространяется действие настоящего Соглашения.

Статья 4

Резидент

1. Для целей настоящего Соглашения выражение "резидент Договаривающегося Государства" означает любое лицо, которое по законодательству этого Государства подлежит в нем налогообложению на основе своего местожительства, своего постоянного местопребывания, места своей регистрации в качестве юридического лица, места нахождения своего руководящего органа или иного аналогичного критерия. Указанное выражение не распространяется, однако, на лиц, которые подлежат налогообложению в этом Государстве только в отношении доходов из источников в этом Государстве или в отношении имущества, расположенного в этом Государстве.

2. В случае, если согласно положениям пункта 1 настоящей статьи физическое лицо является резидентом обоих Договаривающихся Государств, действуют следующие положения:

а) лицо считается резидентом того Государства, в котором оно располагает постоянным жилищем; если оно располагает постоянным жилищем в обоих Государствах, то оно считается резидентом того Государства, в котором оно имеет наиболее тесные личные и экономические связи (центр жизненных интересов);

б) в случае, если Государство, в котором лицо имеет центр жизненных интересов, не может быть определено, или если лицо не располагает постоянным жилищем ни

в одном из Государств, оно считается резидентом того Государства, в котором оно обычно проживает;

с) если лицо обычно проживает в обоих Государствах или если оно обычно не проживает ни в одном из них, оно считается резидентом того Государства, гражданином которого оно является;

d) если каждое из Договаривающихся Государств рассматривает лицо в качестве своего гражданина или если ни одно из Договаривающихся Государств не считает его таковым, то компетентные органы Договаривающихся Государств решают этот вопрос по взаимному согласию.

3. В случае, если согласно положениям пункта 1 настоящей статьи лицо, иное чем физическое лицо, является резидентом обоих Договаривающихся Государств, то оно считается резидентом того Договаривающегося Государства, в котором расположен его фактический руководящий орган.

Статья 5

Постоянное представительство

1. Для целей настоящего Соглашения выражение "постоянное представительство" означает постоянное место предпринимательской деятельности, через которое деятельность предприятия осуществляется полностью или частично.

2. Выражение "постоянное представительство", в частности, включает:

a) место управления;

b) отделение;

c) контору;

d) фабрику;

e) мастерскую и

f) рудник, нефтяную или газовую скважину, карьер или любое другое место добычи природных ресурсов.

3. Строительная площадка или монтажный объект являются постоянным представительством только в случаях, если продолжительность их деятельности превышает 12 месяцев.

4. Несмотря на предыдущие положения настоящей статьи, следующие виды деятельности не рассматриваются как осуществляемые через постоянное представительство:

a) содержание объектов исключительно для целей хранения, демонстрации или поставки изделий или товаров, принадлежащих предприятию;

- b) содержание запасов изделий и товаров, принадлежащих предприятию, исключительно для целей хранения, демонстрации или поставки;
- c) содержание запасов изделий или товаров, принадлежащих предприятию, исключительно для целей их обработки или переработки другим предприятием;
- d) использование постоянного места предпринимательской деятельности исключительно для целей закупки для предприятия изделий или товаров или сбора информации для него;
- e) использование постоянного места предпринимательской деятельности исключительно для целей осуществления для предприятия любых других видов деятельности подготовительного или вспомогательного характера;
- f) использование постоянного места предпринимательской деятельности исключительно для целей осуществления деятельности, перечисленной в подпунктах а) - е) настоящего пункта, при условии, что вытекающая из этого совокупная деятельность этого постоянного места имеет подготовительный или вспомогательный характер.

5. Если лицо, за исключением независимого агента, указанного в пункте 6 настоящей статьи, осуществляет деятельность для предприятия и имеет в Договариваемом Государстве полномочия на заключение контрактов от имени этого предприятия и обычно осуществляет указанные полномочия в этом Государстве, то такое предприятие, несмотря на положения пунктов 1 и 2 настоящей статьи, рассматривается как имеющее постоянное представительство в этом Государстве в отношении любой деятельности, осуществляемой этим лицом в интересах предприятия, если только эта деятельность не ограничивается видами, указанными в пункте 4 настоящей статьи, которые в случае их осуществления через постоянное место предпринимательской деятельности в соответствии с указанным пунктом не превращают данное место в постоянное представительство.

6. Предприятие не будет рассматриваться как имеющее постоянное представительство в Договариваемом Государстве лишь только потому, что оно осуществляет в нем свою деятельность через брокера, комиссионера либо другого независимого агента при условии, что такие лица действуют в рамках своей обычной деятельности.

7. Тот факт, что компания, являющаяся резидентом одного Договариваемого Государства, контролирует компанию или контролируется компанией, которая является резидентом другого Договариваемого Государства или осуществляет в нем свою деятельность (либо через постоянное представительство, либо иным образом), сам по себе не означает, что одна из этих компаний превращается в постоянное представительство другой.

Статья 6

Доходы от недвижимого имущества

1. Доходы, получаемые резидентом одного Договаривающегося Государства от недвижимого имущества (включая доходы от сельского и лесного хозяйства), расположенного в другом Договаривающемся Государстве, могут облагаться налогом в этом другом Государстве.
2. Выражение "недвижимое имущество" имеет то значение, которое оно имеет по законодательству того Договаривающегося Государства, в котором расположено данное имущество. Это выражение в любом случае включает имущество, вспомогательное по отношению к недвижимому имуществу, скот и оборудование, используемые в сельском и лесном хозяйстве, права, к которым применяются положения земельного законодательства, узуфрукт недвижимого имущества и права на переменные или фиксированные платежи в качестве компенсации за разработку или право на разработку минеральных запасов, источников и других природных ресурсов. Морские, речные и воздушные суда не считаются недвижимым имуществом.
3. Положения пункта 1 настоящей статьи применяются к доходам от прямого использования недвижимого имущества, сдачи его внаем или в аренду, а также от использования недвижимого имущества в любой другой форме.
4. Положения пунктов 1 и 3 настоящей статьи также применяются к доходам от недвижимого имущества предприятия и к доходам от недвижимого имущества, используемого для осуществления деятельности по оказанию независимых личных услуг.

Статья 7

Прибыль от предпринимательской деятельности

1. Прибыль предприятия Договаривающегося Государства может облагаться налогом только в этом Государстве, если только предприятие не осуществляет свою деятельность в другом Договаривающемся Государстве через расположенное в нем постоянное представительство. Если предприятие осуществляет свою деятельность вышеуказанным образом, то его прибыль может облагаться налогом в другом Государстве, но только в той части, которая может быть отнесена к этому постоянному представительству.
2. В случае, если предприятие одного Договаривающегося Государства осуществляет свою деятельность в другом Договаривающемся Государстве через расположенное в нем постоянное представительство, то с учетом положений пункта 3 настоящей статьи в каждом Договаривающемся Государстве к этому постоянному представительству относится прибыль, которую оно могло бы

получить, если бы оно осуществляло такую же или аналогичную деятельность при таких же или аналогичных условиях, будучи самостоятельным предприятием и полностью независимым от предприятия, постоянным представительством которого оно является.

3. При исчислении прибыли постоянного представительства расходы, понесенные для нужд такого постоянного представительства, включая управленческие и общеадминистративные расходы, подлежат вычету независимо от того, возникли ли они в Государстве, в котором расположено постоянное представительство, или где-либо в другом месте.

4. Если в Договариваемом Государстве в исключительных случаях не представляется возможным определять прибыль, относящуюся к постоянному представительству, в соответствии с положениями пункта 2 настоящей статьи, или если это связано с чрезмерными трудностями, то пункт 2 настоящей статьи не исключает возможности определять прибыль, относящуюся к постоянному представительству, посредством распределения общей суммы прибыли предприятия по его различным подразделениям; выбранный способ распределения прибыли должен, однако, соответствовать по своим результатам принципам настоящей статьи.

5. Никакая прибыль не относится к постоянному представительству на основании лишь закупки им изделий или товаров для предприятия.

6. При применении положений предыдущих пунктов настоящей статьи прибыль, относящаяся к постоянному представительству, каждый год должна быть исчислена одним и тем же методом, если только не имеется достаточных причин для его изменения.

7. Если прибыль включает доходы, рассматриваемые в других статьях настоящего Соглашения, то положения этих других статей не затрагиваются положениями настоящей статьи.

Статья 8

Доходы от международных морских и воздушных перевозок

1. Доходы резидента Договариваемого Государства от эксплуатации морских или воздушных судов в международных морских и воздушных перевозках могут облагаться налогом только в этом Договариваемом Государстве. Это положение применяется соответственно в отношении доходов от эксплуатации речных судов.

2. Положения пункта 1 настоящей статьи применяются также в отношении доходов от использования, содержания или сдачи внаем контейнеров (включая трейлеры и сопутствующее оборудование для контейнерного транспорта), если такое

использование, содержание или сдача внаем относятся к эксплуатации морских, речных или воздушных судов в международных морских и воздушных перевозках.

3. Положения пунктов 1 и 2 настоящей статьи также распространяются на доходы от участия в пуле, в совместной деятельности или в международной организации по эксплуатации транспортных средств.

Статья 9

Корректировка прибыли

В случае, если:

а) предприятие одного Договаривающегося Государства прямо или косвенно участвует в управлении, контроле или капитале предприятия другого Договаривающегося Государства или

б) одни и те же лица прямо или косвенно участвуют в управлении, контроле или капитале предприятия одного Договаривающегося Государства и предприятия другого Договаривающегося Государства

и в указанных случаях оба предприятия в их коммерческих или финансовых отношениях обязаны соблюдать согласованные или возложенные на них условия, отличающиеся от тех, которые имели бы место между независимыми предприятиями, то прибыль, которая могла бы быть получена одним из предприятий без таких условий, но не была получена в силу этих условий, может быть отнесена к прибыли данного предприятия и соответственно обложена налогом.

Статья 10

Дивиденды

1. Дивиденды, выплачиваемые компанией, являющейся резидентом одного Договаривающегося Государства, резиденту другого Договаривающегося Государства, могут облагаться налогом в том Договаривающемся Государстве, резидентом которого является компания, выплачивающая дивиденды, в соответствии с его законодательством. Налог при этом, однако, не должен превышать:

а) пяти процентов валовой суммы дивидендов, если лицом, фактически обладающим правом собственности на них, является компания, которая непосредственно располагает по меньшей мере десятью процентами уставного или складочного капитала выплачивающей дивиденды компании, и эта доля участия в капитале составляет не менее чем 80.000 евро или эквивалентную сумму в рублях;

b) пятнадцати процентов от валовой суммы дивидендов во всех остальных случаях.

Положения настоящего пункта не затрагивают налогообложения компании в отношении прибыли, из которой выплачиваются дивиденды.

2. Употребляемый в настоящей статье термин "дивиденды" означает доходы по акциям, в том числе акциям горнодобывающей промышленности, по правам или сертификатам на участие в прибыли, учредительским паям или другим, за исключением долговых требований, правам на участие в прибыли, а также прочие доходы, которые по законодательству Государства, резидентом которого является компания, распределяющая прибыль, приравниваются в налоговом отношении к доходам по акциям.

3. Положения пункта 1 настоящей статьи не применяются, если резидент одного Договаривающегося Государства, фактически обладающий правом собственности на дивиденды, осуществляет предпринимательскую деятельность в другом Договаривающемся Государстве, резидентом которого является компания, выплачивающая дивиденды, через расположенное в нем постоянное представительство или оказывает в этом другом Государстве независимые личные услуги через находящуюся в нем постоянную базу, и участие, в отношении которого выплачиваются дивиденды, реально связано с таким постоянным представительством или такой постоянной базой. В таком случае применяются соответственно положения статьи 7 или статьи 14 настоящего Соглашения.

4. В случае, если компания, являющаяся резидентом одного Договаривающегося Государства, получает прибыль или доходы из другого Договаривающегося Государства, то это другое Государство не может ни облагать налогом дивиденды, выплачиваемые этой компанией (за исключением случаев, когда такие дивиденды выплачиваются резиденту этого другого Государства или когда участие, в отношении которого выплачиваются дивиденды, реально связано с расположенными в этом другом Государстве постоянным представительством или постоянной базой), ни облагать прибыль такой компании налогом на нераспределенную прибыль, даже если выплаченные дивиденды или нераспределенная прибыль полностью или частично состоят из сумм прибыли или доходов, полученных в этом другом Государстве.

Статья 11

Проценты

1. Проценты, возникающие в одном Договаривающемся Государстве и выплачиваемые резиденту другого Договаривающегося Государства, могут облагаться налогом только в этом другом Государстве, если этот резидент фактически обладает правом собственности на проценты.

2. Употребляемый в настоящей статье термин "проценты" означает доходы от долговых требований любого вида, включая и случаи, когда требования обеспечены залоговым правом на земельные участки или содержат право на участие в прибыли должника, и, в частности, доходы по государственным займам и облигациям, включая премии и выигрыши по выигрышным займам. Пени за несвоевременную выплату не считаются процентами для целей настоящей статьи.
3. Положения пункта 1 настоящей статьи не применяются, если резидент одного Договаривающегося Государства, фактически обладающий правом собственности на проценты, осуществляет предпринимательскую деятельность в другом Договаривающемся Государстве, в котором они возникают, через расположенное в нем постоянное представительство или оказывает в этом другом Государстве независимые личные услуги через находящуюся в нем постоянную базу, и долговое требование, по которому выплачиваются проценты, реально относится к такому постоянному представительству или такой постоянной базе. В таком случае применяются соответственно положения статьи 7 или статьи 14 настоящего Соглашения.
4. Считается, что проценты возникают в Договаривающемся Государстве, если их плательщиком является само это Государство в лице созданных в нем органов государственной власти, включая местные органы власти, или резидент этого Государства. Если, однако, плательщик процентов, независимо от того, является ли он резидентом Договаривающегося Государства или нет, имеет в Договаривающемся Государстве постоянное представительство или постоянную базу, и если задолженность, по которой выплачиваются проценты, образовалась для нужд постоянного представительства или постоянной базы, и если расходы по выплате процентов несут постоянное представительство или постоянная база, то считается, что проценты возникают в том Государстве, в котором расположены постоянное представительство или постоянная база.
5. Если вследствие особых отношений между плательщиком и лицом, фактически обладающим правом собственности на проценты, или между ними обоими и каким-либо третьим лицом сумма процентов, относящаяся к долговому требованию, на основании которого она выплачивается, превышает сумму, которая была бы согласована между плательщиком и лицом, фактически обладающим правом собственности на проценты, при отсутствии таких отношений, то положения настоящей статьи применяются только к последней упомянутой сумме. В таком случае избыточная сумма может облагаться налогом в соответствии с законодательством каждого из Договаривающихся Государств и с учетом других положений настоящего Соглашения.

Статья 12

Авторские вознаграждения и лицензионные платежи

1. Авторские вознаграждения и лицензионные платежи, возникающие в одном Договариваемом Государстве и выплачиваемые резиденту другого Договариваемого Государства, могут облагаться налогом только в этом другом Договариваемом Государстве, если получатель авторских вознаграждений и лицензионных платежей фактически обладает правом собственности на них.

2. Употребляемое в настоящей статье выражение "авторские вознаграждения и лицензионные платежи" означает вознаграждения любого вида, которые выплачиваются за использование или за предоставление права использования авторских прав на произведения литературы, искусства или науки, включая кинематографические фильмы, записи на пленку или другие носители для использования в радио- и телевизионных передачах, или другие средства воспроизведения и распространения информации, компьютерные программы, за патенты, торговые знаки, чертежи или модели, схемы, секретные формулы или технологии, или за использование либо за предоставление права использования промышленного, коммерческого или научного оборудования, или за передачу информации, касающейся промышленного, коммерческого или научного опыта.

3. Положения настоящей статьи применяются также к платежам за оказание технических услуг, если эти услуги оказываются в связи с продажей товаров или оборудования, а также в связи с передачей прав или передачей информации, касающейся опыта в соответствии с положениями пункта 2 настоящей статьи.

4. Положения пункта 1 настоящей статьи не применяются, если резидент одного Договариваемого Государства, фактически обладающий правом собственности на авторские вознаграждения и лицензионные платежи, в другом Договариваемом Государстве, в котором возникают такие платежи, осуществляет предпринимательскую деятельность через расположенное в нем постоянное представительство или оказывает в этом другом Государстве независимые личные услуги через находящуюся в нем постоянную базу, и права или имущественные ценности, в отношении которых выплачиваются авторские вознаграждения и лицензионные платежи, реально связаны с таким постоянным представительством или такой постоянной базой. В таком случае применяются соответственно положения статьи 7 или статьи 14 настоящего Соглашения.

5. Считается, что авторские вознаграждения и лицензионные платежи возникают в Договариваемом Государстве, если их плательщиком является само это Государство в лице созданных в нем органов государственной власти, включая местные органы власти, или резидент этого Государства. Если, однако, плательщик авторских вознаграждений и лицензионных платежей, независимо от того, является ли он резидентом Договариваемого Государства или нет, имеет в Договариваемом Государстве постоянное представительство или постоянную

базу, и если обязательство выплачивать такие авторские вознаграждения и лицензионные платежи было принято для нужд постоянного представительства или постоянной базы, и если постоянное представительство или постоянная база несут расходы по выплате авторских вознаграждений и лицензионных платежей, то считается, что такие платежи возникают в том Государстве, в котором расположены постоянное представительство или постоянная база.

6. Если вследствие особых отношений между плательщиком и лицом, фактически обладающим правом собственности на авторские вознаграждения и лицензионные платежи, или между ними обоими и каким-либо третьим лицом сумма этих платежей, исходя из объема соответствующих услуг, превышает сумму, которая была бы согласована между плательщиком и лицом, фактически обладающим правом собственности на эти платежи, при отсутствии таких отношений, то положения настоящей статьи применяются только к последней упомянутой сумме. В таком случае избыточная сумма может облагаться налогом в соответствии с законодательством каждого из Договаривающихся Государств и с учетом других положений настоящего Соглашения.

Статья 13

Доходы от отчуждения имущества

1. Доходы, получаемые резидентом одного Договаривающегося Государства от отчуждения недвижимого имущества, которое расположено в другом Договаривающемся Государстве, могут облагаться налогом в этом другом Государстве.

2. Доходы от отчуждения движимого имущества, представляющего собой активы постоянного представительства, которое предприятие одного Договаривающегося Государства имеет в другом Договаривающемся Государстве, или относящегося к постоянной базе, которой располагает резидент одного Договаривающегося Государства для оказания независимых личных услуг в другом Договаривающемся Государстве, включая доходы, получаемые вследствие отчуждения такого постоянного представительства (отдельно или вместе с остальным предприятием) или такой постоянной базы, могут облагаться налогом в этом другом Государстве.

3. Доходы резидента Договаривающегося Государства от отчуждения морских или воздушных судов, эксплуатируемых в международных морских или воздушных перевозках, речных судов, а также от отчуждения движимого имущества, предназначенного для эксплуатации таких транспортных средств, могут облагаться налогом только в этом Договаривающемся Государстве.

4. Доходы от отчуждения имущества, не обозначенного в пунктах 1 - 3 настоящей статьи, могут облагаться налогом только в том Договаривающемся Государстве, в котором лицо, отчуждающее это имущество, является резидентом.

Статья 14

Доходы от независимых личных услуг

1. Доходы, получаемые резидентом одного Договаривающегося Государства от оказания профессиональных услуг или от прочей деятельности независимого характера, могут облагаться налогом в другом Договаривающемся Государстве только в случае, если это лицо располагает в нем для осуществления своей деятельности постоянной базой. При этом могут облагаться налогом только те доходы, которые могут быть отнесены к этой постоянной базе.
2. Выражение "профессиональные услуги" включает, в частности, независимо осуществляемую научную, литературную, воспитательную или преподавательскую деятельность, независимо осуществляемую деятельность в области искусств, а также независимую деятельность врачей, адвокатов, инженеров, архитекторов, стоматологов и экспертов в области бухгалтерского дела.

Статья 15

Доходы от работы по найму

1. С учетом положений статей 16, 18 и 19 настоящего Соглашения жалованье, заработная плата и аналогичные вознаграждения, получаемые резидентом одного Договаривающегося Государства от работы по найму, могут облагаться налогом в другом Договаривающемся Государстве только тогда, когда работа выполняется в нем.
2. Несмотря на положения пункта 1 настоящей статьи, вознаграждения, получаемые резидентом одного Договаривающегося Государства в связи с работой по найму, осуществляемой в другом Договаривающемся Государстве, могут облагаться налогом только в первом упомянутом Государстве, если соблюдаются все нижеперечисленные условия:
 - a) получатель пребывает в другом Государстве в общей сложности не более чем 183 дня в течение любого двенадцатимесячного периода, начинающегося или заканчивающегося в соответствующем налоговом году; и
 - b) вознаграждения выплачиваются работодателем или от имени работодателя, который не является резидентом другого Государства; и
 - c) расходы по выплате вознаграждений не несут постоянное представительство или постоянная база, которые работодатель имеет в другом Договаривающемся Государстве.
3. Несмотря на предыдущие положения настоящей статьи, вознаграждения за работу по найму, которая осуществляется на борту морского или воздушного

судна, эксплуатируемых в международных морских и воздушных перевозках, или на борту речного судна, могут облагаться налогом в том Договариваемом Государстве, в котором предприятие, эксплуатирующее такие транспортные средства, является резидентом.

Статья 16

Вознаграждения членам наблюдательных советов и советов директоров

Вознаграждения за деятельность в наблюдательных советах или в советах директоров и аналогичные платежи, получаемые резидентом одного Договариваемого Государства в качестве члена наблюдательного совета или совета директоров компании, являющейся резидентом другого Договариваемого Государства, могут облагаться налогом в этом другом Государстве.

Статья 17

Доходы от деятельности артистов и спортсменов

1. Несмотря на положения статей 7, 14 и 15 настоящего Соглашения, доходы, получаемые резидентом одного Договариваемого Государства в качестве артиста - исполнителя, такого, как артиста театра, кино, радио и телевидения, или музыканта, а также в качестве спортсмена от его лично осуществляемой деятельности в другом Договариваемом Государстве, могут облагаться налогом в этом другом Государстве.

2. В случае, если доходы от деятельности, лично осуществляемой артистом или спортсменом в таком качестве, начисляются не самому артисту или спортсмену, а иному лицу, то, несмотря на положения статей 7, 14 и 15 настоящего Соглашения, эти доходы могут облагаться налогом в том Договариваемом Государстве, в котором артист или спортсмен осуществляет эту свою деятельность.

3. Положения пунктов 1 и 2 настоящей статьи не применяются к доходам от деятельности, осуществляемой артистами или спортсменами в Договариваемом Государстве, если их выступления в этом Государстве полностью или более чем наполовину финансируются за счет государственных средств другого Договариваемого Государства или созданных в нем органов государственной власти, включая местные органы власти, либо учреждением, признанным в этом другом Государстве благотворительной организацией. В таком случае доходы могут облагаться только в том Государстве, в котором артист или спортсмен является резидентом.

Статья 18

Пенсии

С учетом положений пункта 1 статьи 19 настоящего Соглашения пенсии и подобные вознаграждения, выплачиваемые резиденту Договаривающегося Государства за прежнюю работу по найму, могут облагаться налогом только в этом Государстве.

Статья 19

Доходы от деятельности в рамках государственной службы

1. Вознаграждения, включая пенсии, выплачиваемые Договаривающимся Государством в лице созданных в нем органов государственной власти, включая местные органы власти, физическому лицу за службу, осуществляемую для этого Государства в лице указанных органов, могут облагаться налогом только в этом Государстве. Эти вознаграждения могут, однако, облагаться налогом только в другом Договаривающемся Государстве, если эта служба осуществляется в этом другом Государстве и физическое лицо является резидентом этого Государства и не является гражданином первого упомянутого Государства.

2. В отношении вознаграждений и пенсий за услуги, оказанные в связи с предпринимательской деятельностью от имени Договаривающегося Государства в лице созданных в нем органов государственной власти, включая местные органы власти, применяются положения статей 15, 16 и 18 настоящего Соглашения.

3. Компенсационные выплаты, которые Договаривающееся Государство в лице созданных в нем органов государственной власти, включая местные органы власти, производит в форме пенсии, пожизненной ренты и других периодических или единовременных выплат за ущерб, понесенный вследствие военных действий или политического преследования, могут облагаться налогом только в этом Государстве.

Статья 20

Преподаватели, студенты и другие обучающиеся лица

1. Физические лица, находящиеся по приглашению Договаривающегося Государства или университета, высшей школы, школы, музея или какого-либо другого учреждения культуры этого Договаривающегося Государства или в рамках официального культурного обмена в этом Государстве не более двух лет исключительно с целью преподавательской деятельности, чтения лекций или исследовательской работы в одном из перечисленных учреждений и являющиеся

резидентами другого Договаривающегося Государства или вплоть до выезда в первое упомянутое Государство являвшиеся таковыми, освобождаются от налогообложения в этом первом Государстве в отношении полученных за указанную деятельность вознаграждений при условии, что данные вознаграждения получены из источников за пределами этого Государства.

2. Выплаты, предназначенные для проживания, обучения или подготовки, которые получают студенты, практиканты или учащиеся, находящиеся в Договаривающемся Государстве исключительно с целью обучения или подготовки и являющиеся резидентами другого Договаривающегося Государства или вплоть до выезда в первое упомянутое Государство являвшиеся таковыми, не подлежат налогообложению в первом упомянутом Государстве, если источники этих выплат находятся за пределами этого Государства.

Статья 21

Другие доходы

Доходы, получаемые резидентом Договаривающегося Государства, которые не рассматривались в предыдущих статьях настоящего Соглашения, могут без учета их происхождения облагаться налогом только в этом Государстве.

Статья 22

Имущество

1. Недвижимое имущество, принадлежащее резиденту одного Договаривающегося Государства и расположенное в другом Договаривающемся Государстве, может облагаться налогом в этом другом Государстве.

2. Движимое имущество, представляющее собой активы постоянного представительства, которое предприятие одного Договаривающегося Государства имеет в другом Договаривающемся Государстве, или относящееся к постоянной базе, которой располагает резидент одного Договаривающегося Государства для оказания независимых личных услуг в другом Договаривающемся Государстве, может облагаться налогом в этом другом Государстве.

3. Морские, речные и воздушные суда, эксплуатируемые предприятием, являющимся резидентом Договаривающегося Государства, в международных морских и воздушных перевозках, а также движимое имущество, служащее эксплуатации таких транспортных средств, могут облагаться налогом только в этом Договаривающемся Государстве.

4. Все другие виды имущества резидента Договаривающегося Государства могут облагаться налогом только в этом Государстве.

Статья 23

Устранение двойного налогообложения

1. Применительно к резидентам Российской Федерации двойное налогообложение устраняется следующим образом:

если резидент Российской Федерации получает доходы или владеет имуществом, которые в соответствии с положениями настоящего Соглашения могут облагаться налогом в Федеративной Республике Германия, сумма налога на такие доходы или имущество, уплаченного в Федеративной Республике Германия, будет вычтена из налога, взимаемого с такого лица в Российской Федерации. Такой вычет, однако, не может превышать сумму налога, исчисленного с таких доходов или имущества в соответствии с законодательством и правилами Российской Федерации.

2. Применительно к резидентам Федеративной Республики Германия двойное налогообложение устраняется следующим образом:

а) доходы из Российской Федерации, а также расположенные там имущественные ценности, которые в соответствии с настоящим Соглашением могут там облагаться налогом, будут освобождены от обложения германскими налогами, если они не подлежат зачету в соответствии с подпунктом б) настоящего пункта. Федеративная Республика Германия оставляет, однако, за собой право учитывать освобожденные таким образом доходы или имущественные ценности при установлении налоговой ставки.

Для дивидендов освобождение применяется только в случае, если эти дивиденды выплачиваются компании, являющейся резидентом Федеративной Республики Германия, компанией, являющейся резидентом Российской Федерации, капитал которой принадлежит не менее чем на десять процентов непосредственно германской компании.

Долевые участия освобождаются от обложения налогом на имущество тогда, когда дивиденды по ним в случае, если они выплачиваются или были бы выплачены, подлежат или подлежали бы освобождению согласно положениям предыдущей части настоящего подпункта;

б) при обложении нижеприведенных доходов, происходящих из Российской Федерации, и расположенных там имущественных ценностей германскими подоходным налогом, налогом с корпораций и налогом на имущество производится, с учетом положений германского налогового законодательства о производстве зачета иностранных налогов, зачет российских налогов, уплаченных в соответствии с российским законодательством и настоящим Соглашением по:

аа) дивидендам, не подпадающим под действие подпункта а) настоящего пункта;

bb) вознаграждениям членам наблюдательных советов и советов директоров;

cc) доходам артистов и спортсменов;

с) несмотря на положения подпункта а) настоящего пункта, доходы в соответствии со статьями 7 и 10 настоящего Соглашения и прибыль от отчуждения активов постоянного представительства, а также имущественные ценности, лежащие в основе такой прибыли, только тогда исключаются из обложения германскими налогами, если резидент Федеративной Республики Германия приведет доказательство, что постоянное представительство в том хозяйственном (отчетном) году, в котором оно получило прибыль, или компания, являющаяся резидентом Российской Федерации, в том хозяйственном (отчетном) году, в счет которого она распределила прибыль, получали свой валовой доход исключительно или почти исключительно от видов деятельности, подпадающих под действие номеров 1 - 6 пункта 1 параграфа 8 Закона Федеративной Республики Германия о внешних налогах, или от долевых частей, подпадающих под действие пункта 2 параграфа 8 этого Закона;

d) в случае использования компанией, являющейся резидентом Федеративной Республики Германия, доходов из Российской Федерации для распределения прибыли положения подпункта а) настоящего пункта не исключают компенсационного обложения налогом с корпораций распределяемой суммы в соответствии с правилами германского налогового законодательства;

е) несмотря на положения подпункта а) настоящего пункта, двойное налогообложение устраняется посредством налогового зачета в соответствии с подпунктом b) настоящего пункта:

aa) если в Договаривающихся Государствах доходы или имущество относятся к разным положениям Соглашения или причисляются разным лицам (кроме положений статьи 9 настоящего Соглашения) и этот конфликт нельзя урегулировать процедурой в соответствии с положениями пункта 3 статьи 25 настоящего Соглашения, и если ввиду такого различного отнесения или причисления соответствующие доходы или имущественные ценности не были бы подвергнуты налогообложению или были бы подвергнуты недостаточному налогообложению; или

bb) если одно Договаривающееся Государство после надлежащих консультаций и с учетом ограничений согласно его национальному законодательству уведомляет другое Договаривающееся Государство дипломатическим путем о других доходах, в отношении которых оно предполагает применять положения настоящего подпункта. Уведомление вступает в действие только с первого дня календарного года, следующего за годом, в котором было передано уведомление и выполнены все условия в соответствии с национальным законодательством передавшего уведомление Государства для вступления его в действие.

Статья 24

Недопущение налоговой дискриминации

1. Граждане одного Договаривающегося Государства не могут подвергаться в другом Договаривающемся Государстве налогообложению или связанному с ним обязательству, иным или более обременительным, чем налогообложение или связанные с ним обязательства, которым подвергаются или могут подвергаться граждане этого другого Государства при тех же обстоятельствах. Данное положение применяется также ко всем юридическим лицам, простым товариществам и другим объединениям лиц, учрежденным в соответствии с действующим в одном из Договаривающихся Государств законодательством.
2. Налогообложение в отношении постоянного представительства, которое имеет предприятие одного Договаривающегося Государства в другом Договаривающемся Государстве, не может быть менее благоприятным, чем налогообложение в отношении предприятий другого Договаривающегося Государства, осуществляющих аналогичную деятельность. Это положение не должно истолковываться как обязывающее одно Договаривающееся Государство предоставлять резидентам другого Договаривающегося Государства не облагаемые налогом суммы, налоговые льготы или скидки, которые оно предоставляет только своим резидентам.
3. В случаях, когда не подлежат применению положения статьи 9, пункта 5 статьи 11 или пункта 6 статьи 12 настоящего Соглашения, проценты, авторские вознаграждения и лицензионные платежи, а также другие выплаты, которые производит предприятие одного Договаривающегося Государства резиденту другого Договаривающегося Государства, подлежат вычету при исчислении налогооблагаемой прибыли этого предприятия на таких же условиях как платежи, предназначенные резиденту первого упомянутого Государства. Соответственно долги, которые это предприятие имеет по отношению к резиденту другого Договаривающегося Государства, подлежат вычету при исчислении налогооблагаемого имущества этого предприятия на тех же условиях, как долги перед резидентом первого упомянутого Государства.
4. Предприятия одного Договаривающегося Государства, капитал которых полностью или частично, прямо или косвенно принадлежит резиденту другого Договаривающегося Государства или нескольким таким лицам или контролируется ими, не могут подвергаться в первом упомянутом Государстве налогообложению или связанному с ним обязательству, иным или более обременительным, чем налогообложение или связанные с ним обязательства, которым подвергаются или могут подвергаться аналогичные предприятия первого упомянутого Государства.

Статья 25

Взаимосогласительная процедура

1. Если лицо считает, что действия одного или обоих Договаривающихся Государств приводят или приведут к налогообложению в отношении его, которое не соответствует настоящему Соглашению, то оно может, независимо от средств защиты, предусмотренных национальным законодательством этих Государств, представить заявление по своему делу для рассмотрения компетентному органу Договаривающегося Государства, в котором оно является резидентом. Заявление по делу должно быть представлено в течение трех лет с момента первого уведомления о действии, приводящем к налогообложению, которое не соответствует положениям настоящего Соглашения.
2. Если компетентный орган сочтет возражение обоснованным и сам не в состоянии прийти к удовлетворительному решению, то он будет стремиться урегулировать дело путем согласования с компетентным органом другого Договаривающегося Государства таким образом, чтобы избежать налогообложения, не соответствующего настоящему Соглашению. Достигнутое путем согласования урегулирование должно выполняться, несмотря на сроки, установленные национальным законодательством Договаривающихся Государств.
3. Компетентные органы Договаривающихся Государств будут стремиться устранять по взаимному согласию трудности или сомнения, возникающие при толковании или применении Соглашения. Они могут также консультироваться о том, каким образом может быть достигнуто избежание двойного налогообложения в случаях, которые не рассматриваются настоящим Соглашением.
4. Компетентные органы Договаривающихся Государств принимают по взаимному согласию решения о том, как реализовать предусмотренные настоящим Соглашением нормы, касающиеся удержания налогов у источника.
5. Компетентные органы Договаривающихся Государств в целях достижения согласия в соответствии с положениями предыдущих пунктов настоящей статьи могут вступать в непосредственные контакты друг с другом.

Статья 26

Обмен информацией

1. Компетентные органы Договаривающихся Государств обмениваются информацией, которая может считаться существенной для осуществления настоящего Соглашения или для администрирования и исполнения национального законодательства Договаривающихся Государств в отношении налогов любого вида или наименования, взимаемых от имени Договаривающегося Государства, в той части, в какой налогообложение по этому законодательству не противоречит

настоящему Соглашению. Обмен информацией не ограничивается положениями статей 1 и 2 настоящего Соглашения.

2. Любая информация, полученная Договаривающимся Государством согласно пункту 1 настоящей статьи, должна считаться конфиденциальной так же, как информация, получаемая на основании национального законодательства этого Государства, и может быть предоставлена только лицам или органам (включая суды и административные органы), которые занимаются начислением или взиманием налогов, упомянутых в пункте 1 настоящей статьи, принудительным взысканием или уголовным преследованием, принятием решений по возражениям и жалобам в отношении этих налогов, либо надзором за такой деятельностью. Эти лица или органы могут использовать информацию только в указанных целях. Они могут раскрывать данную информацию в ходе открытых судебных заседаний или в судебных решениях.

3. Положения пунктов 1 и 2 настоящей статьи не должны истолковываться как обязывающие Договаривающееся Государство:

а) проводить в целях предоставления информации административные мероприятия, противоречащие законодательству или административной практике этого или другого Договаривающегося Государства;

б) предоставлять информацию, которая в соответствии с законами или имеющейся административной практикой этого или другого Договаривающегося Государства не может быть получена;

с) предоставлять информацию, которая раскрывала бы какую-либо торговую, промышленную, предпринимательскую или профессиональную тайну либо торговый процесс, или предоставление которой противоречило бы государственной политике.

4. Если Договаривающееся Государство запрашивает информацию согласно положениям настоящей статьи, то другое Договаривающееся Государство предпринимает имеющиеся в его распоряжении меры для получения запрошенной информации даже в случае, если это другое Государство для собственных налоговых целей в такой информации не нуждается. Обязательство, предусмотренное в предыдущем предложении настоящего пункта, подлежит ограничениям, установленным пунктом 3 настоящей статьи, за исключением случаев, когда эти ограничения препятствуют Договаривающемуся Государству предоставлять информацию только на том основании, что оно само в национальных налоговых целях в такой информации не заинтересовано.

5. Пункт 3 настоящей статьи ни в коем случае не должен истолковываться как позволяющий Договаривающемуся Государству отказать в предоставлении информации только лишь на том основании, что такой информацией располагает банк, иная кредитная организация, номинальный держатель, агент или

доверительный управляющий или что такая информация касается имущественных интересов применительно к какому-либо лицу.

6. Если на основании настоящего Соглашения и согласно национальному законодательству передаются сведения, касающиеся физических лиц, то с учетом правовых норм каждого Договаривающегося Государства дополнительно действуют следующие положения:

a) использование сведений получателем допускается только в указанных целях и только в соответствии с условиями, предусмотренными передающим учреждением;

b) получатель ставит в известность передавшее сведения учреждение по его просьбе о применении переданных сведений и полученных с их помощью результатах;

c) сведения, касающиеся физических лиц, могут быть переданы только в компетентные учреждения. Их последующая передача другим учреждениям может происходить только с предварительного согласия передающего учреждения;

d) передающее учреждение обязано следить за достоверностью передаваемых сведений, а также за их необходимостью и адекватностью целям, которые преследуются передачей сведений. При этом следует учитывать действующие в рамках национального законодательства запреты на передачу сведений. Если оказывается, что были переданы неверные сведения или сведения, не подлежащие передаче, то об этом необходимо незамедлительно известить получателя. Он обязан подвергнуть их исправлению или уничтожению;

e) по заявлению заинтересованного лица ему выдается справка о передаче касающихся его сведений, а также о предполагаемых целях их использования. Выдача справки не обязательна, если анализ показывает, что государственные интересы в отказе в выдаче справки преобладают над интересами соответствующего лица в ее получении. В остальном права заинтересованного лица на получение справки об имеющихся о нем сведениях регулируются национальным законодательством того Договаривающегося Государства, на территории которого запрашивается справка;

f) если кому-либо был противоправно нанесен ущерб вследствие передачи сведений в рамках обмена информацией по настоящему Соглашению, ответственность в связи с этим несет принимающее учреждение в соответствии с его национальным законодательством. Оно не может в отношении понесшего ущерб лица сослаться себе в оправдание на то, что ущерб был причинен передающим учреждением;

g) если национальное законодательство, в рамках которого действует передающее учреждение, предусматривает в отношении переданных сведений, касающихся физических лиц, особые правила уничтожения, то передающее учреждение

указывает на это получателю. Независимо от этого законодательства переданные сведения, касающиеся физических лиц, подлежат уничтожению, если они не требуются более для целей, для которых они были переданы;

h) Договаривающиеся Государства обязаны документально зарегистрировать передачу и получение сведений, касающихся физических лиц;

i) передающее и принимающее учреждения обязаны охранять переданные в отношении физических лиц сведения от доступа к ним, их изменения и разглашения лицами, не имеющими на то право.

Статья 27

Дипломатические и консульские привилегии

Положения настоящего Соглашения не затрагивают налоговых привилегий, предоставляемых дипломатическим представительствам и консульским учреждениям, а также их сотрудникам и членам семей сотрудников в соответствии с нормами международного права или на основании специальных соглашений.

Статья 28

Вступление в силу

1. Настоящее Соглашение подлежит ратификации. Обмен ратификационными грамотами состоится в возможно короткие сроки.

2. Настоящее Соглашение вступит в силу в день обмена ратификационными грамотами и его положения будут применяться:

a) в отношении удерживаемых у источника налогов с дивидендов, процентов и авторских вознаграждений и лицензионных платежей - к суммам, которые выплачиваются 1 января либо после 1 января календарного года, следующего за годом, в котором настоящее Соглашение вступит в силу;

b) в отношении прочих налогов - к суммам налогов, которые взимаются за период, начиная с 1 января календарного года, следующего за годом, в котором настоящее Соглашение вступит в силу.

3. С вступлением настоящего Соглашения в силу в отношениях между Российской Федерацией и Федеративной Республикой Германия Соглашение Союза Советских Социалистических Республик и Федеративной Республики Германии об избежании двойного налогообложения доходов и имущества, подписанное 24 ноября 1981 года, утрачивает силу:

a) в отношении удерживаемых у источника налогов с дивидендов, процентов и авторских вознаграждений и лицензионных платежей - к суммам, которые

выплачиваются 1 января либо после 1 января календарного года, следующего за годом, в котором настоящее Соглашение вступит в силу;

б) в отношении прочих налогов - к суммам налогов, которые взимаются за период, начиная с 1 января календарного года, следующего за годом, в котором настоящее Соглашение вступит в силу.

Статья 29

Срок действия

Настоящее Соглашение остается в силе на неопределенный срок, однако каждое из Договаривающихся Государств после истечения пяти лет с даты вступления настоящего Соглашения в силу может денонсировать его путем письменного уведомления другого Договаривающегося Государства по дипломатическим каналам не позднее чем до 30 июня любого календарного года. В таком случае настоящее Соглашение не подлежит дальнейшему применению:

а) в отношении удерживаемых у источника налогов с дивидендов, процентов и авторских вознаграждений и лицензионных платежей - к суммам, которые выплачиваются 1 января либо после 1 января календарного года, следующего за годом, в котором заявлено о денонсации Соглашения;

б) в отношении прочих налогов - к суммам налогов, которые взимаются за период, начиная с 1 января календарного года, следующего за годом, в котором заявлено о денонсации Соглашения.

Совершено в Москве 29 мая 1996 года в двух экземплярах, каждый на русском и немецком языках, причем оба текста имеют одинаковую силу.

За Российскую Федерацию

(подпись)

За Федеративную Республику Германия

(подпись)

ПРОТОКОЛ

Российская Федерация

и

Федеративная Республика Германия

при подписании Соглашения между обоими Государствами об избежании двойного налогообложения в отношении налогов на доходы и имущество, состоявшемся 29 мая 1996 года в Москве согласились о нижеследующих положениях, которые являются неотъемлемой частью Соглашения:

1. К статье 2

Считается согласованным, что Соглашение применяется к упомянутым в статье 2 налогам, установленным на федеральном, региональном и местном уровнях.

2. К статье 7

а) к строительной площадке или объекту монтажа в Договариваемом Государстве, в котором находится постоянное представительство, могут быть отнесены лишь те суммы прибыли, которые вытекают непосредственно из этой деятельности. Суммы прибыли, получаемые от поставки товаров, произведенных в связи с этой деятельностью или без всякого отношения к ней головным подразделением либо другим постоянным представительством предприятия или третьим лицом, не подлежат отнесению к строительной площадке или объекту монтажа;

б) доходы резидента Договариваемого Государства, связанные с осуществлением им в этом Договариваемом Государстве проектных, проектно-конструкторских или научно-исследовательских работ, а также технических услуг, связанных с постоянным представительством в другом Договариваемом Государстве, не относятся к этому постоянному представительству.

3. К статьям 7 и 9

Считается согласованным, что суммы процентов, которые выплачивает компания, являющаяся резидентом одного Договариваемого Государства и в которой участвует резидент другого Договариваемого Государства, подлежат неограниченному вычету при исчислении налогооблагаемой прибыли этой компании в первом упомянутом Государстве, независимо от того, выплачиваются ли эти суммы процентов банку или другому лицу, и независимо от срока действия

ссуды. Такой вычет, однако, не может превышать сумм, которые согласовывались бы независимыми предприятиями при сопоставимых условиях. Соответствующее положение применяется к издержкам на рекламу. Предыдущие положения также распространяются на суммы процентов на рекламу, выплачиваемые постоянным представительством.

4. К статье 10

Термин "дивиденды" включает также выплаты по инвестиционным паям паевого инвестиционного фонда, а применительно к Федеративной Республике Германия также доходы негласного участника от его долевого участия как такового.

5. К статьям 10 и 11

Несмотря на положения указанных статей, доходы, возникающие в Договаривающемся Государстве, могут облагаться налогом в соответствии с законодательством этого Государства, если они:

- a) основаны на правах или долговых требованиях, предусматривающих участие в прибыли (применительно к Федеративной Республике Германия, включая доходы негласного участника, получаемые им от долевого участия как такового, доходы от ссуд, содержащих право на участие в прибыли, и облигаций с правом на участие в прибыли) и
- b) подлежат вычету при исчислении прибыли плательщика этих доходов.

6. К статье 15

Считается согласованным, что несмотря на положения статьи 15, вознаграждения, выплачиваемые за счет государственных средств в Федеративной Республике Германия сотрудникам Института имени Гете или Академической службы "Дойчер академишер аустаушдинст", направленным в Российскую Федерацию, могут облагаться налогом только в Федеративной Республике Германии. Если указанные вознаграждения не облагаются там налогом, то применяются положения статьи 15. Компетентные органы могут согласовать адекватное применение указанных положений к вознаграждениям, выплачиваемым лицам, направляемым аналогичными учреждениями Договаривающихся Государств.

Положения настоящего пункта Протокола применяются также к вознаграждениям, выплачиваемым в рамках осуществления программ технической помощи Федеративной Республикой Германия, одной из ее земель или одним из их территориально-административных образований исключительно за счет своих средств лицам, направленным в Российскую Федерацию, если такие программы

согласованы с соответствующими российскими органами государственной власти или управления либо органами местного самоуправления.

7. К статье 25

а) Договаривающиеся Государства едины в том, что положения статьи 24 применяются также к налогам, не указанным в статье 2, и что возможные проблемы при этом рассматриваются согласно процедуре, предусмотренной положениями статьи 25;

б) каждое Договаривающееся Государство разработает процедуры, обеспечивающие выплату доходов без удержания либо с удержанием суммы налога, предусмотренной Соглашением, применительно к доходам, не подлежащим налогообложению согласно положениям его статей 10, 11 и 12 или подлежащим сниженному налогообложению в государстве - источнике этого дохода. Если при таких выплатах была удержана более высокая сумма налога, чем предусмотренная Соглашением, то излишняя сумма возвращается в течение одного года со дня поступления заявления, требующегося для этих целей.

За Российскую Федерацию

(подпись)

За Федеративную Республику Германию

(подпись)

ПРОТОКОЛ

от 15 октября 2007 года

о внесении изменений в соглашение между Российской Федерацией и Федеративной Республикой Германия об избежании двойного налогообложения в отношении налогов на доходы и имущество от 29 мая 1996 года и протокол к нему от 29 мая 1996 года

Российская Федерация и Федеративная Республика Германия,

руководствуясь желанием заключить Протокол о внесении изменений в Соглашение между Российской Федерацией и Федеративной Республикой Германия об избежании двойного налогообложения в отношении налогов на доходы и имущество от 29 мая 1996 года (в дальнейшем - Соглашение) и Протокол к нему от 29 мая 1996 года (в дальнейшем - Протокол от 29 мая 1996 года),

согласились о нижеследующем:

Статья 1

Подпункт а) пункта 1 статьи 10 Соглашения изложить в следующей редакции:

"а) пяти процентов валовой суммы дивидендов, если лицом, фактически обладающим правом собственности на них, является компания, которая непосредственно располагает по меньшей мере десятью процентами уставного или складочного капитала выплачивающей дивиденды компании, и эта доля участия в капитале составляет не менее чем 80.000 евро или эквивалентную сумму в рублях;"

Статья 2

Статью 26 Соглашения изложить в следующей редакции:

"Статья 26

Обмен информацией

1. Компетентные органы Договаривающихся Государств обмениваются информацией, которая может считаться существенной для осуществления настоящего Соглашения или для администрирования и исполнения национального законодательства Договаривающихся Государств в отношении налогов любого вида или наименования, взимаемых от имени Договаривающегося Государства, в той части, в какой налогообложение по этому законодательству не противоречит настоящему Соглашению. Обмен информацией не ограничивается положениями статей 1 и 2 настоящего Соглашения.

2. Любая информация, полученная Договаривающимся Государством согласно пункту 1 настоящей статьи, должна считаться конфиденциальной так же, как информация, получаемая на основании национального законодательства этого Государства, и может быть предоставлена только лицам или органам (включая суды и административные органы), которые занимаются начислением или взиманием налогов, упомянутых в пункте 1 настоящей статьи, принудительным взысканием или уголовным преследованием, принятием решений по возражениям и жалобам в отношении этих налогов, либо надзором за такой деятельностью. Эти лица или органы могут использовать информацию только в указанных целях. Они могут раскрывать данную информацию в ходе открытых судебных заседаний или в судебных решениях.

3. Положения пунктов 1 и 2 настоящей статьи не должны истолковываться как обязывающие Договаривающееся Государство:

а) проводить в целях предоставления информации административные мероприятия, противоречащие законодательству или административной практике этого или другого Договаривающегося Государства;

б) предоставлять информацию, которая в соответствии с законами или имеющейся административной практикой этого или другого Договаривающегося Государства не может быть получена;

с) предоставлять информацию, которая раскрывала бы какую-либо торговую, промышленную, предпринимательскую или профессиональную тайну либо торговый процесс, или предоставление которой противоречило бы государственной политике.

4. Если Договаривающееся Государство запрашивает информацию согласно положениям настоящей статьи, то другое Договаривающееся Государство предпринимает имеющиеся в его распоряжении меры для получения запрошенной информации даже в случае, если это другое Государство для собственных налоговых целей в такой информации не нуждается. Обязательство, предусмотренное в предыдущем предложении настоящего пункта, подлежит ограничениям, установленным пунктом 3 настоящей статьи, за исключением случаев, когда эти ограничения препятствуют Договаривающемуся Государству предоставлять информацию только на том основании, что оно само в национальных налоговых целях в такой информации не заинтересовано.

5. Пункт 3 настоящей статьи ни в коем случае не должен истолковываться как позволяющий Договаривающемуся Государству отказать в предоставлении информации только лишь на том основании, что такой информацией располагает банк, иная кредитная организация, номинальный держатель, агент или доверительный управляющий или что такая информация касается имущественных интересов применительно к какому-либо лицу.

6. Если на основании настоящего Соглашения и согласно национальному законодательству передаются сведения, касающиеся физических лиц, то с учетом правовых норм каждого Договаривающегося Государства дополнительно действуют следующие положения:

а) использование сведений получателем допускается только в указанных целях и только в соответствии с условиями, предусмотренными передающим учреждением;

б) получатель ставит в известность передавшее сведения учреждение по его просьбе о применении переданных сведений и полученных с их помощью результатах;

с) сведения, касающиеся физических лиц, могут быть переданы только в компетентные учреждения. Их последующая передача другим учреждениям может происходить только с предварительного согласия передающего учреждения;

- d) передающее учреждение обязано следить за достоверностью передаваемых сведений, а также за их необходимостью и адекватностью целям, которые преследуются передачей сведений. При этом следует учитывать действующие в рамках национального законодательства запреты на передачу сведений. Если оказывается, что были переданы неверные сведения или сведения, не подлежащие передаче, то об этом необходимо незамедлительно известить получателя. Он обязан подвергнуть их исправлению или уничтожению;
- e) по заявлению заинтересованного лица ему выдается справка о передаче касающихся его сведений, а также о предполагаемых целях их использования. Выдача справки не обязательна, если анализ показывает, что государственные интересы в отказе в выдаче справки преобладают над интересами соответствующего лица в ее получении. В остальном права заинтересованного лица на получение справки об имеющихся о нем сведениях регулируются национальным законодательством того Договаривающегося Государства, на территории которого запрашивается справка;
- f) если кому-либо был противоправно нанесен ущерб вследствие передачи сведений в рамках обмена информацией по настоящему Соглашению, ответственность в связи с этим несет принимающее учреждение в соответствии с его национальным законодательством. Оно не может в отношении понесшего ущерб лица сослаться себе в оправдание на то, что ущерб был причинен передающим учреждением;
- g) если национальное законодательство, в рамках которого действует передающее учреждение, предусматривает в отношении переданных сведений, касающихся физических лиц, особые правила уничтожения, то передающее учреждение указывает на это получателю. Независимо от этого законодательства переданные сведения, касающиеся физических лиц, подлежат уничтожению, если они не требуются более для целей, для которых они были переданы;
- h) Договаривающиеся Государства обязаны документально зарегистрировать передачу и получение сведений, касающихся физических лиц;
- i) передающее и принимающее учреждения обязаны охранять переданные в отношении физических лиц сведения от доступа к ним, их изменения и разглашения лицами, не имеющими на то право".

Статья 3

Пункт 4 Протокола от 29 мая 1996 года к статье 10 Соглашения изложить в следующей редакции:

"Термин "дивиденды" включает также выплаты по инвестиционным паям паевого инвестиционного фонда, а применительно к Федеративной Республике Германия также доходы негласного участника от его долевого участия как такового".

Статья 4

1. Настоящий Протокол подлежит ратификации; обмен ратификационными грамотами состоится в в возможно короткие сроки.
2. Настоящий Протокол вступит в силу в день обмена ратификационными грамотами и будет применяться в обоих Договаривающихся Государствах с 1 января календарного года, следующего за годом, в котором настоящий Протокол вступит в силу.

Совершено в г. Висбадене 15 октября 2007 года в двух экземплярах, каждый на русском и немецком языках, причем оба текста имеют одинаковую силу.

За Российскую Федерацию
(Подпись)

За Федеративную Республику Германия
(Подпись)

Приложение II.

Список литературы о праве Германии на русском языке (2010 – 2015)

Германно-Российская Ассоциация юристов составила следующий список существующей литературы о праве Германии на русском языке за 2010 – 2015 г. Если Вам известны иные книги и статьи, посвященные немецкому праву или сравнительному правоведению (Россия/Германия), просим Вас сообщить нам об этом по электронной почте на info@drjv.org.

2015

Уголовное уложение (Уголовный кодекс) Федеративной Республики. Научно-практический комментарий и перевод текста закона. Автор: Павел Головненков, 2015

Приобретение права собственности по договору в концепции вещного права Германии. К дискуссии о развитии российского вещного права. Автор: Владимир Будилов

Институт несостоятельности в России и Германии. Автор: Татьяна Шишмарева, 2015

Правовое регулирование межбюджетных отношений в ФРГ. Автор: Ольга Морозова

Основы наследственного права России, Франции, Германии (под общей редакцией Е.Ю. Петрова), 2015

Конституционно-правовые основы защиты персональных данных в России и Германии в истолковании органов конституционного правосудия (Проскуракова М.И.) ("Сравнительное конституционное обозрение", 2015, N 1)

Об институте медиации в Германии (Бирюков П.Н., Пронин А.В.) ("Российский судья", 2015, N 2)

2014

Гражданское право Германии. Хрестоматия избранных произведений Франца Бернхейфта и Йозефа Колера, Авторы: Франц Бернхейфт, Йозев Колер, Переводчик: В. Нечаев, Составители: Роман Куракин, Е. Семенова, 2014

Публично-частное партнерство в муниципальной сфере: германский и российский опыт. Под редакцией Е.Гриценко, Г.Манссена, А. Химмельрайх, 2014

Исковая защита вещных прав на объекты недвижимости в гражданском праве России и правопорядках германского типа: актуальные проблемы, Сергей Андреевич Сеницын, 2014

Уголовное уложение (Уголовный кодекс) Федеративной Республики Германия. Научно-практический комментарий и перевод текста закона. Автор: Павел Головненков, 2-ое издание, 2014

Сравнительно-правовой анализ действия прав человека и гражданина в частном праве Германии и России (Анастасия Бергер) («Сравнительное Конституционное Обозрение» № 1 (98), 2014, с. 100-113)

Понятие и значение судебного руководства рассмотрением дела по существу в гражданском процессе Германии (Брановицкий, К.Л.)(«Закон» 2014)

Имплементация норм международного уголовного права о геноциде во внутреннее законодательство Российской Федерации и Германии (Анна Серебренникова) («Юридические записки» №1/2014, с. 31-35)

В поисках утраченных идеалов: российская муниципальная реформа и опыт Германии (Гриценко Е.В.) ("Сравнительное конституционное обозрение", 2014, N 6)

Особенности правового регулирования подрядных отношений в России и Германии (Антипова Е.Б.) ("Современное право", 2014, N 12)

Здания и сооружения как составные части земельного участка. Сравнительный анализ по российскому и германскому праву (Калиниченко К.С.) ("Закон", 2014, N 12)

Сравнительно-правовой анализ оснований исполнения обязательства должника третьим лицом в правопорядках России и Германии (Есауленко О.В.) ("Вестник гражданского права", 2014, N 6)

Новые подходы к обеспечению устойчивого развития туризма в деятельности федеральных органов исполнительной власти и негосударственных структур Германии (Антропов Р.В.) ("Туризм: право и экономика", 2014, N 4)

Право на доступ к информации, находящейся в распоряжении органов государственной власти и местного самоуправления: сопоставление моделей, нашедших отражение в федеральном законодательстве России и Германии (Агеев А.С.) ("Конституционное и муниципальное право", 2014, N 11)

О некоторых альтернативных способах разрешения споров (ADR) государств, входящих в ВТО (на примере США, Австралии, Франции, Германии,

Великобритании, Российской Федерации) (Коровяковский Д.Г.) ("Российский судья", 2014, N 11)

Уголовный процесс Германии (Бэст Э.) ("Уголовное судопроизводство", 2014, N 4)

Правовое регулирование в сфере защиты конкуренции в Федеративной Республике Германия и в Англии: актуальные вопросы (Оводов А.А.) ("Конкурентное право", 2014, N 4)

Зарубежный опыт подготовки специалистов по специальности "таможенное дело": Великобритания, Германия, Австралия, Литва, Казахстан (Коровяковский Д.Г., Губин А.В.) ("Таможенное дело", 2014, N 3)

Влияние принципа федерализма на организацию системы органов конституционного судебного контроля Германии и развитие институтов гражданского общества (Павликов С.Г., Баташев К.И.) ("Гражданское общество в России и за рубежом", 2014, N 3)

Принцип прямого действия Конституции и федеративные основы организации судебной системы Германии и России (Баташев К.И.) ("Международное публичное и частное право", 2014, N 5)

Групповой иск и групповое производство в Германии (Долганичев В.В.) ("Арбитражный и гражданский процесс", 2014, N 8)

Участие государства в предупреждении банкротства банков в Германии (Калитов Д.Е.) ("Банковское право", 2014, N 4)

Изъятие в пользу частного лица: практика Германии и США (Поветкина Е.Л., Кучин С.А.) ("Вестник ВАС РФ", 2014, N 7)

Становление и развитие конституционного правосудия Германии (начало XIX - середина XX в.) (Боташев К.И.) ("История государства и права", 2014, N 15)

Нотариальная форма сделок по действующему германскому праву (Арсланов К.М.) ("Нотариус", 2014, N 5)

Защита основных прав средствами конституционного правосудия в Германии (Блохин П.Д.) ("Сравнительное конституционное обозрение", 2014, N 3)

Исторические предпосылки формирования судебных систем в европейских государствах (на примере Германии и Франции) (Даниелян Д.Р.) ("История государства и права", 2014, N 14)

Публичная регламентация экономической конкуренции между организациями в Федеративной Республике Германия (Оводов А.А.) ("Юридический мир", 2014, N 6)

Банковская система современной Германии (Тарасенко О.А.) ("Банковское право", 2014, N 3)

Федеральный конституционный суд Германии расширил доктринальное толкование права на свободу собраний (Акимова Е.Я.) ("Журнал конституционного правосудия", 2014, N 3)

Особенности трудовых отношений в нефтегазовом секторе Германии - проблемы трудового права при разделении (Шуберт К.) ("Трудовое право в России и за рубежом", 2014, N 2)

Защита конкуренции в Федеративной Республике Германия и Англии: актуальные вопросы (Оводов А.А.) ("Юридический мир", 2014, N 4)

Понятие и значение судебного руководства рассмотрением дела по существу в гражданском процессе Германии (Брановицкий К.Л.) ("Закон", 2014, N 4)

Ненасильственные посягательства на половую неприкосновенность несовершеннолетних по законодательству стран Евросоюза (на примере Германии, Франции и Англии) (Бимбинов А.) ("Уголовное право", 2014, N 2)

Германская модель зачета в приложении к российским реалиям: теория и практика (Егоров А.В.) ("Вестник ВАС РФ", 2014, N 3)

Законодательные и институциональные основы туристской деятельности в Германии: состояние, анализ, опыт для России (Антропов Р.В.) ("Туризм: право и экономика", 2014, N 1)

Антикоррупционное законодательство Федеративной Республики Германия: опыт сравнительного анализа (Сулейманов Т.М.) ("Юридический мир", 2014, N 3)

Порядок распределения компетенции в России и Германии: сравнительно-правовой аспект (Сыманюк Н.В.) ("Конституционное и муниципальное право", 2014, N 2)

Сравнительный анализ правового регулирования налогообложения недвижимости физических лиц в Российской Федерации и за рубежом (на примере Великобритании и Германии) (Максимова А.Г.) ("Актуальные проблемы российского права", 2014, N 3)

О физических лицах как субъектах несостоятельности по законодательству России и Германии (Файзуллин Р.В.) ("Арбитражный и гражданский процесс", 2014, N 2)

Доктрина снятия корпоративной вуали в Германии (Крылов В.Г.) ("Гражданское право", 2014, N 1)

Соглашения в немецком уголовном процессе (Барабанов П.К.) ("Уголовное судопроизводство", 2014, N 4)

Согласие как юридический факт в российском и немецком гражданском праве (Дятлов Е.В.) ("Международное публичное и частное право", 2014, N 1)

Сравнительно-правовая характеристика парафискальных платежей в финансовом праве России и ФРГ (Гусейнова А.А.) ("Реформы и право", 2014, N 3)

Правовое регулирование в сфере защиты конкуренции в Федеративной Республике Германия и в Англии: актуальные вопросы (Оводов А.А.) ("Конкурентное право", 2014, N 4)

Публичная регламентация экономической конкуренции между организациями в Федеративной Республике Германия (Оводов А.А.) ("Юридический мир", 2014, N 6)

Защита конкуренции в Федеративной Республике Германия и Англии: актуальные вопросы (Оводов А.А.) ("Юридический мир", 2014, N 4)

Антикоррупционное законодательство Федеративной Республики Германия: опыт сравнительного анализа (Сулейманов Т.М.) ("Юридический мир", 2014, N 3)

Упрощенное производство в гражданском праве ФРГ (Аренхефель В.) ("Вестник ВАС РФ", 2014, N 1)

2013

Уголовное право Германии. Общая часть. Гельмут Фристер. пер. с нем. 5-е изд. Под редакцией д-ра права М. Кудратова – 2013

Административно-процессуальное право Германии, Verwaltungsrechtsschutz in Deutschland, Переводчик: В. Гиряева, Составитель: Вильфрид Бергманн, 2013

Энергетическое право и энергоэффективность в Германии и России, Редакторы: Б. Хольцнагель, Лариса Санникова, 2013

Приобретение права собственности на недвижимое имущество по договору: сравнительный анализ законодательства России и Германии, Автор: Юлия Волочай, 2013

Злоупотребление правом и принцип доброй совести в гражданском праве России и Германии, Автор: Геворг Бекназар-Юзбашев, 2013

Право общей собственности в России, Германии, Австрии и Швейцарии. Историко-компаративистское исследование, Автор: У. Б. Филатова, 2013

Бюджетное право народного представительства в Пруссии и Германии. Автор: А.А. Алексеев, 2013

Административная юстиция в Германии: особенности административного судопроизводства (Синявская М.С.) ("Российский судья", 2013, № 1)

Германский поземельный долг (Ларс ван Влит) ("Вестник гражданского права", 2013, № 2)

Источники стандартов прав и свобод РФ и ФРГ: сравнительно-правовой анализ (Приходько Т.В.) ("Актуальные проблемы российского права", 2013, № 6)

Применение Венской конвенции в Германии (Надежда Серова), Legal Insight № 1(17) 2013

Арифметика адвокатского гонорара в Германии (Лина Тальцева), Legal Insight № 6(22) 2013, с. 14-17

Несостоятельность индивидуального предпринимателя в России и Германии (Шишмарева Т.П.) ("Цивилист", 2013, № 1)

Понятие и роль нотариата в российской и германской правовых системах (Пожарская Ю.В.) ("Современный юрист", 2013, № 2(3) (Апрель-Июнь))

Роль конституционного суда в обеспечении прямого действия Конституции в Германии и России (Гриценко Е.В.) ("Журнал конституционного правосудия", 2013, № 1)

Система наказаний и дифференциация ответственности за экономические преступления в уголовном праве ФРГ (Грибов А.С.) ("Российский следователь", 2013, № 1)

Судопроизводство по уголовным делам в судах Германии и России (сравнительный анализ) (Гильманов И.М.) ("Российский судья", 2013, № 8)

Цели и задачи бухгалтерской отчетности в Германии (Ю.Г.Цветкова)(«Бухгалтерский учет», № 10 октябрь 2013)

Уголовная ответственность за нарушение права на свободу совести и вероисповеданий по УК Германии (параграф 167) и УК Российской Федерации (ст. 148), автор: Анна Серебренникова, Юридические записки № 1/2013, с. 143-148

Избирательные цензы: на примере законодательства отдельных германских государств первой половины XIX в. (Боков Юрий Александрович) («Теория и практика общественного развития» № 1/2013, с. 390 – 393)

Преступления против конституционных прав и свобод человека и гражданина по УК РФ и уголовному законодательству Германии: критерии криминализации (Серебренникова Анна Валерьевна) («Бизнес в законе» № 2/2013, с. 62 – 64)

Взаимодействие двух систем социального обеспечения в Германии в XIX в.: системы призрения бедных и системы государственного социального страхования

(анализ законодательства) (Чилькина Ксения Владимировна) («Вестник Волжского университета имени В.Н. Татищева №2(78)/2013

2012

Коммунальное самоуправление в Германии. Закон об общинах земли Баден-Вюртемберг, *Kommunale Selbstverwaltung in Deutschland: Die Gemeindeordnung für Baden-Württemberg*, Переводчик: В. Гиряева, Составитель: Вильфрид Бергманн, 2012

Уголовное уложение (Уголовный кодекс) Федеративной Республики Германия. Научно-практический комментарий и перевод текста закона, 2012, Автор: Павел Головненков

Правовое государство и административные суды Германии, Автор: Рудольф Гнейст, 2012

Новейшие течения в учении о поземельном кредите в Германии. Автор: М.Я. Герценштейн, 2012

Государственная служба в теории и в действующем праве Англии, Франции, Германии и Цислейтанской Австрии. Автор: Н.О.Куплеваский, 2012 г.

Об адвокатуре у римлян, во Франции и в Германии. Автор: А.А. Пестржецкий, 2012

Федеральный президент Германии. Автор: Джесси Рассел, 2012

Дополнительное уголовное право Германии. Авторы: Анна Серебренникова, Лилия Бахвалова, 2012

Европейская система защиты прав человека: обзор правовых гарантий Совета Европы, Европейского союза и национального законодательства Германии (Гулина О.Р.) ("Сравнительное конституционное обозрение", 2012, № 1)

Законодательное регулирование режима работы магазинов в Германии (Александрова К.И.) ("Торговое право", 2012, № 2)

О правовой природе решений собраний и их недействительности в германском и российском гражданском праве (Родионова О.М.) ("Вестник гражданского права", 2012, № 5)

Основы немецкой методики толкования права (Шмагин А.) ("Вестник гражданского права", 2012, № 4)

Рецепция немецкого вещного права в Грузии (Курзински-Сингер Е., Зарандия Т.) ("Вестник гражданского права", 2012, № 1)

Социальные права в конституционном праве Германии: история и современность (Александрова А.В.) ("История государства и права", 2012, № 8)

Сравнительно-правовая характеристика в регулировании института медицинского страхования в России и Германии (Штыкова Н.Н., Конышева Е.А.) ("Социальное и пенсионное право", 2012, № 2)

Сравнительное исследование владения и собственности в английском и в германском праве (Суханов Е.А.) ("Вестник гражданского права", 2012, № 6)

Блеск и нищета немецкой цивилистической догматики. Немецкое право – пример для Европы? (Коциоль Х.) («Вестник гражданского права» 2012, № 6)

Содержание конституционного права на высшее образование и его реализация в условиях формирования единого европейского пространства высшего образования в России и Германии (С.А. Мышенко) («Известия Иркутской государственной экономическо-правовой академии», выпуск №3/2012, с. 145-148)

Уголовно-правовая защита свободы собраний по законодательству Германии (А.Серебренникова) («Вестник Омского университета» 2012, №2(31), с. 178-183)

Право на службе политике: германский опыт в постбиполярную эпоху (1990-е – 2006) (Егоров Александр Игоревич) («Вестник Кемеровского Государственного Университета» № 1/2012, с. 61 – 67)

Классификация преступных деяний по законодательству Германии, Австрии и Швейцарии и ее значение (Серебренникова Анна Валерьевна) («Бизнес в законе» № 5/2012, с. 41 – 45)

2011

Европейский конституционализм Германии и Польши (опыт историко-теоретического анализа). Авторы: Валерий Баев, Е.С.Ч. Ковальски. Редактор: Сергей Комаров, 2011

Генеральная оговорка и ее значение в полицейском праве Федеративной Республики Германия (Майле А.Д.) ("Административное право и процесс", 2011, № 2)

Наследственное право застройки: опыт Германии (Леонтьева Е.А., Эм М.) ("Вестник гражданского права", 2011, № 6)

Недействительность части сделки: сравнительно-правовой анализ российского и немецкого правового регулирования (Новицкая А.А.) ("Вестник гражданского права", 2011, № 1)

Особенности правового регулирования формирования судейского корпуса в Германии (Акимова Е.Я.) ("Российский судья", 2011, № 11)

Потенциал использования опыта специализированных судов Германии в судебной системе Российской Федерации (Ахметзянова Э.Р.) ("Международное публичное и частное право", 2011, № 5)

Правовое положение простого товарищества в Российской Федерации и товарищества гражданского права в ФРГ (Козярский В.А.) ("Современное право", 2011, № 8)

Применение условного осуждения в уголовном законодательстве России и Германии: краткое сравнительно-правовое исследование (Звонов А.В.) ("Международное уголовное право и международная юстиция", 2011, № 3)

Проблемы "открытости для сторон" в гражданском процессуальном праве Германии и России (теоретический аспект) (Вдовина Е.И.) ("Арбитражный и гражданский процесс", 2011, NN 1, 2)

Разрешение споров в государственных и третейских судах Германии (Бройхманн А., Эрнеманн Ш.) ("Исполнительное право", 2011, № 2)

Реформа энергетического права Германии в европейском контексте (Зеккер Ф.Ю.) ("Энергетическое право", 2011, № 2)

Сравнительный анализ правового регулирования механизмов согласования интересов в системах социального партнерства России и Германии (Рожко Г.Б.) ("Юридический мир", 2011, № 11)

Федеративная территориальная структура Германии: от прошлого к настоящему (часть 1) (Княгинин К.Н.) ("Конституционное и муниципальное право", 2011, № 7)

Федеративная территориальная структура Германии: от прошлого к настоящему (часть 2) (Княгинин К.Н.) ("Конституционное и муниципальное право", 2011, № 8)

Центральные органы публичной администрации Федеративной Республики Германии (Ялбулганов А.А., Силайчев М.В.) ("Реформы и право", 2011, № 4)

Юриспруденция ценностей как основа методики немецкого права (Курзински-Сингер Е.) («научные труды Адилет» (Казахстан) 1 (2011), 87 – 94)

Признание и исполнение решений МКАС при ТПП РФ, МКАС при ТПП Украины и МАС при БелТПП в Германии (Дмитрий Маренков) («Вестник международного коммерческого арбитража», 2011 № 2)

Отмена крепостного права в России и Германии (сравнительная характеристика)(Наталья Персидская)(«Социально-политические науки» 1/2011, с. 25-28)

Право земельных участков и соседское право в Германии (Сергей Королев) («Имущественные отношения в РФ», выпуск №2 (113) 2011, с. 76-80)

Право на достоинство личности в конституционном праве Германии и России (С.В.Цыреторов) («Вестник Бурятского Университета» № 2/2011, с. 246-250)

«Каролина» - характерный памятник уголовно-процессуального права средневековой Германии (Логинова Татьяна Евгеньевна) («Бизнес в законе» №5/2011, с. 38 – 41)

2010

Гражданское процессуальное уложение Германии / Zivilprozessordnung Deutschlands, Редактор: Т. Яковлева, 2010

Признание и приведение в исполнение иностранных судебных актов по гражданским и торговым делам в Германии и России. Сравнительно-правовой анализ, Автор: Денис Конев, 2010 г.

Предприятие как имущественный комплекс (объект права) по праву России и Германии, Автор: Андрей Грибанов, 2010

Информационные технологии в гражданском процессе Германии. Сравнительно-правовой анализ, Автор: Константин Брановицкий, 2010 г.

Корпоративное привлечение капитала в Германии: уголовно-правовой аспект, в: «Уголовное право: стратегия развития в XXI веке» (Павел Головненков), 2010, С. 558 – 569

Адвокат правового поля Германии (Быканов В.) ("ЭЖ-Юрист", 2010, № 47)

Административно-правовое регулирование государственной службы в Германии (Акулов В.И., Соломатина Е.А.) ("Административное и муниципальное право", 2010, № 11)

Принципы немецкого вещного права и разграничение вещных и обязательственных прав (Курзински-Сингер Е.) («Юрист» (Казахстан), 2010, № 7, 25 – 27)

Правовые основы действия социального государства в ФРГ: политика в сфере труда и социальных отношений (Чилькина К.В.) ("История государства и права", 2010, № 15)

Преклюзивные санкции в гражданском процессе (исключение несвоевременно представленных сторонами процессуальных средств) (опыт Германии) (Начало) (Макаров П.Н.) ("Арбитражный и гражданский процесс", 2010, № 1)

Сравнительный анализ законодательной базы по минимизации коррупции в Германии и России (Новикова О.С.) ("Безопасность бизнеса", 2010, № 2)

Разграничение полномочий в сфере управления образованием в Германии (Кананыкина Е.С.) ("Административное и муниципальное право", 2010, № 4)

Определение субъекта преступлений в сфере экономики в российском и немецком уголовном праве (Павел Головненков, Уве Хелльманн, Геннадий Есаков), Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения Института законодательства и сравнительного правоведения при правительстве Российской Федерации 4/2010, с. 122-132

Основания ограничения родительских прав по семейному законодательству России и Германии (Светлана Смирновская) («Известия Оренбургского Государственного Аграрного Университета» №28-1, том 4, 2010, с. 295-298)

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
Internet: www.drjv.org

Германо-Российская ассоциация юристов, Сборник статей о праве Германии [Sammelband in russischer Sprache zum aktuellen deutschen Recht], Выпуск № 1, 2015, сост. Д.Маренков

Vorgeschlagene Zitierweise:

[Name des Autors/Autorin], in: Deutsch-Russische Juristenvereinigung (Hrsg.), Sammelband in russischer Sprache zum aktuellen deutschen Recht [Sbornik statej o prave Germanii], Ausgabe Nr. 1, 2015

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.