



Deutsch-Russische Juristenvereinigung e.V.

Германо-Российская ассоциация юристов

Сборник статей о праве Германии

Выпуск № 2 (Май 2017 г.)



© redaktion93, www.fotolia.de

Ein Sammelband zum deutschen Recht in russischer Sprache
Ausgabe Nr. 2 (Mai 2017)

www.drjv.org

Вступление

(Vorwort)

Уважаемые коллеги,
уважаемые дамы и господа!

Спасибо за Ваш интерес ко второму выпуску «Сборника статей о праве Германии».

В настоящее время существует лишь ограниченное количество информации о законодательстве и правоприменительной практике в Германии на русском языке. Поэтому Германно-Российская ассоциация юристов решила совместными усилиями своих членов внести свой вклад и попытаться заполнить этот пробел. В августе 2015 г. вышел первый выпуск «Сборника статей о праве Германии», насчитывающий более 30 статей с общим объемом в 500 страниц. Сейчас перед Вами второй выпуск, который вышел в мае 2017 г. и охватывает 33 статьи.

Данная публикация представляет читателям из России и других стран, где пользуются русским языком, различные аспекты немецкой правовой системы. Мы надеемся, что материалы сборника заинтересуют практикующих юристов, предпринимателей, живущих на территории Германии русскоговорящих граждан, преподавателей университетов и студентов, а также всех заинтересованных в отдельных аспектах немецкого права.

Оба выпуска «Сборника статей о праве Германии» доступны в свободном режиме на сайте нашей ассоциации: www.drjv.org (>Publikationen).

Отдельные разделы посвящены публичному праву (раздел 1), гражданскому, коммерческому и корпоративному праву (раздел 2), банковскому праву (раздел 3), уголовному праву и процессу (раздел 4), процессуальному праву и разрешению споров (раздел 5), семейному праву (раздел 6), налоговому праву (раздел 7), а также юридическим профессиям и юридическому образованию (раздел 8).

Авторский коллектив состоит из членов Германно-Российской ассоциации юристов. Практически все авторы статей - юристы, получившие юридическое образование в немецких университетах и/или имеющие практический опыт работы в правовой системе Германии.

В статьях приводятся ссылки на источники права Германии и основные правовые термины на немецком языке. В конце каждой статьи находится

информация об авторе и его контактные данные (адрес электронной почты, интернет-сайт), по которым Вы сможете связаться с автором.

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

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

С уважением и наилучшими пожеланиями,

Дмитрий Маренков и Мария Дерра

Ответственные редакторы



Мария Дерра
адвокат в г. Мюнхен
www.derra-legal.eu
m.derra@derra-legal.eu



Дмитрий Маренков
член правления Германо-Российской
ассоциации юристов (DRJV) с 2013 до 2017г.
d.marencov@t-online.de

Оглавление

Вступление	III
Оглавление.....	V
Inhaltsverzeichnis (Оглавление на немецком языке).....	IX
Список авторов.....	XII
О Германно-Российской ассоциации юристов (Deutsch-Russische Juristenvereinigung e.V., DRJV).....	XIV

РАЗДЕЛ 1. ПУБЛИЧНОЕ ПРАВО

Экономическое конституционное и экономическое административное право (Публичное экономическое право) (<i>Проф. д-р Урс Крамер</i>).....	2
Правовые основы охраны культурного наследия в Германии (<i>Д-р Дмитрий Давыдов</i>)	34
Обзор немецкого права заказов для государственных нужд (<i>Гордон фон Миллер / Ларс Штайнхорст / Ольга Прокопьева</i>).....	47
Разведка и добыча газа и нефти в Германии: Правовые предпосылки и практика (<i>Анна Решетина-Корхова</i>).....	81
Введение в немецкое право о собраниях (<i>Варвара Фольц</i>).....	91
Нарушения правил в производстве пищевой продукции (<i>Александра Беднарц-Кун / Фабиан Т. Херинг</i>).....	103
Развитие защиты персональных данных в Европейском Союзе на примере Германии (<i>Дмитрий Римша</i>).....	120

РАЗДЕЛ 2. ГРАЖДАНСКОЕ, КОММЕРЧЕСКОЕ И КОРПОРАТИВНОЕ ПРАВО

Германское торговое право — структура и важные правовые институты (<i>Проф. д-р Райнер Ведде</i>).....	135
---	---------------------

Представительство в немецком праве (<i>Александр Шмагин</i>).....	145
Представительство немецкого общества с ограниченной ответственностью (<i>Ксения Кюнстлер</i>).....	158
Корпоративный договор (соглашение акционеров) по германскому праву (<i>Д-р Иван С. Аладьев</i>).....	167
Список участников общества и добросовестное приобретение доли в немецком ГмбХ (<i>Д-р Альбина Визер</i>).....	180
Построение системы Compliance в группе компаний (<i>Наталья Близнякова</i>).....	194
Заверения об обстоятельствах и условия о возмещении потерь по праву Германии (<i>Дмитрий Иммерманн</i>).....	208
Приобретение недвижимости в Германии Германское право на приобретение недвижимости - практическое руководство (<i>Франк Шмидер</i>).....	214
Система поземельных книг и внесения прав на недвижимость в Германии (<i>Д-р Александр Немцов</i>).....	230
Роль нотариуса при совершении сделок с недвижимостью в немецком праве (<i>Д-р Виталий Шмиткель / Д-р Владимир Примаченко</i>).....	245
Права авиапассажиров в странах Европейского Союза в случае длительной задержки или отмены рейса, а также в случае отказа в посадке на рейс (<i>Пауль Хайт</i>).....	256
Оспаривание правовых действий в праве Германии о несостоятельности: предстоящие изменения нормативно-правовой базы (<i>Ольга Хартунг-Афифи</i>).....	274

РАЗДЕЛ 3. БАНКОВСКОЕ ПРАВО

Законодательная база организации противодействия легализации преступных доходов в области корреспондентских отношений в банках Германии (<i>Себастиан Глааб / Елена Дель</i>).....	284
Обзор развития правового регулирования в европейском и немецком праве в сфере рынка капиталов (<i>Виктория Грошева</i>).....	294

РАЗДЕЛ 4. УГОЛОВНОЕ ПРАВО И УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС

- Антикоррупционное законодательство в Германии и России
(Д-р Павел Головненков / Проф. Татьяна Понятовская).....[314](#)
- Правовое регулирование вопросов уголовной юрисдикции
в киберпространстве (Д-р Светлана Парамонова).....[352](#)

РАЗДЕЛ 5. ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРАВО. РАЗРЕШЕНИЕ СПОРОВ

- Основные аспекты системы международной подсудности
по Регламенту Брюссель Ia (Ольга Кылина).....[366](#)
- Роль адвоката в немецком гражданском процессе: взгляд из практики
(Д-р Христина Майер).....[388](#)
- Институт медиации в Германии. Краткое введение
(Анастасия Ермола).....[395](#)
- Финансирование правовых споров в Германии (Ольга Хартунг-Аффифи).....[427](#)

РАЗДЕЛ 6. СЕМЕЙНОЕ ПРАВО

- Алименты на ребенка и отцовство – Аспекты подачи судебного заявления на
установление отцовства и алименты для проживающего в России ребенка против
проживающего в Германии должника (отца)
(Флориан Ролофф).....[436](#)

РАЗДЕЛ 7. НАЛОГОВОЕ ПРАВО

- Правила «тонкой капитализации» в Германии
(Рихард Велльманн / Евгения Шульц).....[451](#)

РАЗДЕЛ 8. ЮРИДИЧЕСКИЕ ПРОФЕССИИ И ЮРИДИЧЕСКОЕ ОБРАЗОВАНИЕ В ГЕРМАНИИ

- Адвокатура в Германии (Мария Дерра).....[462](#)

Получение юридического образования в Германии в рамках двухступенчатого обучения (бакалавр / магистр) (<i>Виктория Грошева</i>).....	489
Дополнительная юридическая квалификация по программе LL.M. в немецком университете (<i>Мария Боженова / Д-р Ольга Кылина</i>).....	496
Как изучают право немецкие юристы (<i>Азер Алиев / Проф. Буркхард Брайт</i>).....	508
ВЫХОДНЫЕ ДАННЫЕ (IMPRESSUM)	515

Inhaltsverzeichnis (Оглавление на немецком языке)

Abschnitt 1. Öffentliches Recht

Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht

(Öffentliches Wirtschaftsrecht)

(*Prof. Dr. Urs Kramer*), S. [2](#)

Rechtsgrundlagen des Schutzes des kulturellen Erbes

in der Bundesrepublik Deutschland (*Dr. Dr. Dimitrij Davydov*), S. [34](#)

Übersicht über das deutsche Vergaberecht

(*Gordon von Miller / Lars Steinhorst / Olga Prokopyeva*), S. [47](#)

Aufsuchung und Förderung von Erdgas und Öl in Deutschland:

Rechtsgrundlagen und Praxis (*Anna Reshetina-Korkhova*), S. [81](#)

Einführung in das deutsche Versammlungsrecht

(*Barbara Folz*), S. [91](#)

Lebensmittelrechtliche Verstöße

(*Aleksandra Bednarz-Kuhn / Fabian T. Hering*), S. [103](#)

Entwicklung des Datenschutzrechts in der Europäischen Union am Beispiel Deutschlands (*Dimitri Rimscha*), S. [120](#)

Abschnitt 2. Zivil- und Wirtschaftsrecht

Deutsches Handelsrecht – Struktur und wichtige Rechtsinstitute

(*Prof. Dr. Rainer Wedde*), S. [135](#)

Stellvertretungsvorschriften im deutschen Recht

(*Alexander Shmagin*), S. [145](#)

Vertretung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach deutschem Recht

(*Xenia Künstler*), S. [158](#)

Gesellschaftervereinbarung nach dem deutschen Recht

(*Dr. Ivan S. Aladyev*), S. [167](#)

Gesellschafterliste und gutgläubiger Erwerb der GmbH-Anteile

(*Dr. Albina Veesper*), S. [180](#)

Die Einrichtung eines Compliance-Systems in einer Unternehmensgruppe

(*Natalia Bliznyakova*), S. [194](#)

Die Haftung für Fehlinformationen nach deutschem Recht

(*Dimitri Immermann*), S. [208](#)

Immobilienwerb in Deutschland. Das deutsche Recht zum Erwerb von Immobilien – ein Leitfaden für die Praxis (*Frank Schmieder*), S. [214](#)

Das Grundbuchsystem und Eintragung der Immobilienrechte in Deutschland
(*Dr. Alexander Nemzov*), S. [230](#)

Die Rolle des Notars bei der Abwicklung von Rechtsgeschäften mit Immobilien im deutschen Recht (*Dr. Vitali Schmitkel / Dr. Vladimir Primaczenko*), S. [245](#)

Rechte der Flugpassagiere im Fall der Nichtbeförderung, bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen (*Paul Heit*), S. [256](#)

Insolvenzanfechtungsrecht in Deutschland: Bevorstehende Änderungen
(*Olga Hartung-Afify*), S. [274](#)

Abschnitt 3. Bankrecht. Kapitalmärkte

Gesetzliche Grundlagen von Geldwäscheprävention für Korrespondenzbankgeschäft in Deutschland (*Sebastian Glaab / Elena Dehl*), S. [284](#)

Entwicklung des europäischen und deutschen Kapitalmarktrechts
(*Viktoria Groschewa*), S. [294](#)

Abschnitt 4. Strafrecht und Strafprozess

Antikorruptionsgesetzgebung in Deutschland und Russland
(*Dr. Pavel Golovnenkov / Prof. Tatiana Ponyatovskaya*), S. [314](#)

Rechtliche Regulierung der strafrechtlichen Jurisdiktion im Cyberspace
(*Dr. Svetlana Paramonova*), S. [352](#)

Abschnitt 5. Prozessrecht. Streitbeilegung

Grundlegendes zum System der internationalen Zuständigkeit nach der Brüssel Ia-Verordnung (*Dr. Olga Kylina*), S. [366](#)

Die Rolle des Anwalts im Zivilprozess (*Dr. Christina Maier*), S. [388](#)

Mediation in Deutschland. Kurze Einführung (*Anastasia Ermola*), S. [395](#)

Die Finanzierung rechtlicher Streitigkeiten in Deutschland (*Olga Hartung-Afify*), S. [427](#)

Abschnitt 6. Familienrecht

Kindesunterhalt und Vaterschaft - Aspekte der Geltendmachung von Vaterschaft und Unterhalt für das in Russland lebende Kind gegen den in Deutschland lebenden Unterhaltsschuldner (Vater) (*Florian Roloff*), S. [436](#)

Abschnitt 7. Steuerrecht

Zinsschrankenregelung in Deutschland (*Richard Wellmann / Evgenia Schulz*), S. [451](#)

Abschnitt 8. Juristische Berufe und juristische Ausbildung

Rechtsanwaltschaft in Deutschland
(*Maria Derra*), S. [462](#)

Ausbildung zum Wirtschaftsjuristen in Deutschland
(*Viktoria Groschewa*), S. [489](#)

Zusatzqualifikation für Juristen im Rahmen eines LL.M.-Programms an einer deutschen Universität (*Maria Bozhenova / Dr. Olga Kylina*), S. [496](#)

Wie man in Deutschland Jura studiert
(*Dr. Azar Aliyev / Prof. Dr. Burkhard Breig*), S. [508](#)

IMPRESSUM, S. [515](#)

Список авторов (в алфавитном порядке)

Autorenverzeichnis

Иван Аладьев (Dr. Ivan Aladyev)
Азер Алиев (Dr. Azar Aliyev)
Александра Беднарц-Кун (Aleksandra Bednarz-Kuhn)
Наталья Близнякова (Natalia Bliznyakova)
Мария Боженова (Maria Bozhenova)
Буркхард Брайг (Prof. Dr. Burkhard Breig)
Проф. Райнер Ведде (Prof. Dr. Rainer Wedde)
Рихард Велльманн (Richard Wellmann)
Альбина Визер (Albina Ve eser)
Анастасия Ермола (Anastasia Ermola)
Себастиан Глааб (Sebastian Glaab)
Павел Головненков (Dr. Pavel Golovnenkov)
Виктория Грошева (Viktoria Groschewa)
Дмитрий Давыдов (Dr. Dr. Dimitrij Davydov)
Елена Дель (Elena Dehl)
Мария Дерра (Maria Derra)
Фабиан Т. Херинг (Fabian T. Hering)
Дмитрий Иммерманн (Dimitri Immermann)
Проф. Урс Крамер (Prof. Dr. Urs Kramer)
Ольга Кылина (Dr. Olga Kylina)
Ксения Кюнстлер (Xenia Künstler)
Христина Майер (Dr. Christina Maier)
Гордон фон Миллер (Gordon von Miller)
Александр Немцов (Dr. Alexander Nemzov)
Светлана Парамонова (Dr. Svetlana Paramonova)
Проф. Татьяна Понятовская (Prof. Tatiana Ponyatovskaya)
Владимир Примаченко (Dr. Vladimir Primaczenko)

Ольга Прокопьева (Olga Prokopyeva)

Анна Решетина-Корхова (Anna Reshetina-Korkhova)

Дмитрий Римша (Dimitri Rimscha)

Флориан Ролофф (Florian Roloff)

Пауль Хайт (Paul Heit)

Ольга Хартунг-Афифи (Olga Hartung-Afify)

Александр Шмагин (Alexander Shmagin)

Франк Шмидер (Frank Schmieder)

Виталий Шмиткель (Dr. Vitali Schmitkel)

Ларс Штайнхорст (Lars Steinhorst)

Евгения Шульц (Evgenia Schulz)

Барбара Фольц (Barbara Folz)

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



Германно-Российская ассоциация юристов (Deutsch-Russische Juristenvereinigung e.V., DRJV) является некоммерческим объединением, созданным в 1988 г. Ассоциация способствует обмену правовой информацией и профессиональным опытом между юристами России и Германии, а также установлению новых контактов в этих странах. Мы также заинтересованы в контактах и сотрудничестве с представителями юридических профессий из иных стран СНГ.

Ассоциация первоначально именовалась «Ассоциацией германно-советского экономического права» («Vereinigung für deutsch-sowjetisches Wirtschaftsrecht»), а в дальнейшем «Ассоциацией германно-российского экономического права» («Vereinigung für deutsch-russisches Wirtschaftsrecht», VDRW).

В настоящий момент ассоциация насчитывает более 370 членов из Германии, России, Австрии, Швейцарии и других стран. Ассоциацию возглавляет Правление («Vorstand»), состоящее из юристов 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 проводит ежегодные конференции («Jahrestagung»), посвященные актуальным вопросам российского права и правовым вопросам германо-российского бизнеса, а также множество докладов и семинаров.

Кроме того, ассоциация регулярно издает публикации на актуальные правовые темы. С апреля 2016 г. выходит Германо-Российский юридический журнал (Deutsch-Russische Rechtszeitschrift – DRRZ; German-Russian Law Review). В этом новом издании публикуются статьи, рецензии, судебная практика и т.д. на русском, немецком и английском языках.

Ассоциация также с 2011 года принимает активное участие в проведении ежегодного конкурса на присуждение германо-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.

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.

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

Мы будем рады, если Вы присоединитесь к Германо-Российской ассоциации юристов и/или примите участие в наших мероприятиях!

РАЗДЕЛ 1.

ПУБЛИЧНОЕ ПРАВО

Экономическое конституционное и экономическое административное право (Публичное экономическое право) (*Проф. Урс Крамер*), с. [2](#)

Правовые основы охраны культурного наследия в Германии
(*Дмитрий Давыдов*), с. [34](#)

Обзор немецкого права заказов для государственных нужд
(*Гордон фон Миллер / Ларс Штайнхорст / Ольга Прокопьева*), с. [47](#)

Разведка и добыча газа и нефти в Германии: Правовые предпосылки и практика (*Анна Решетина-Корхова*), с. [81](#)

Введение в немецкое право о собраниях (*Варвара Фольц*), с. [91](#)

Нарушения правил в производстве пищевой продукции
(*Александра Беднарц-Кун / Фабиан Т. Херинг*), с. [103](#)

Развитие защиты персональных данных в Европейском Союзе на примере Германии (*Дмитрий Римша*), с. [120](#)

Экономическое конституционное и экономическое административное право (Публичное экономическое право)

Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht

(Öffentliches Wirtschaftsrecht)

Профессор д-р Урс Крамер

(Prof. Dr. Urs Kramer)

Unter dem „Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht“ bzw. dem „Öffentlichen Wirtschaftsrecht“ werden im deutschen Recht die gesetzlichen Regelungen zur Ordnung des Wirtschaftslebens im Verhältnis zwischen dem Staat und den Regelungsunterworfenen, also die hoheitlichen Vorgaben dafür verstanden. Sie finden sich auf der Ebene des europäischen Rechts, der deutschen Verfassung und der einfachen Gesetze und sie betreffen neben der so genannten „Globalsteuerung der Wirtschaft“ das Allgemeine und Besondere Gewerberecht (in Form des Gaststätten-, Handwerks- und des Verkehrsgewerberechts) sowie die Selbstverwaltung der Wirtschaft und das Subventionsrecht.

I. Введение

Наряду с термином «экономическое конституционное и экономическое административное право» в юридической литературе зачастую используется только термин «экономическое административное право» (Wirtschaftsverwaltungsrecht), который, как правило, понимается в широком смысле и охватывает как конституционно-правовую, так и административно-правовую материю. Это приводит к множественности различных определений понятия и путей их разграничения: наиболее общим понятием при этом является «**экономическое право**» (Wirtschaftsrecht). Оно охватывает правовые нормы, которые оказывают непосредственное воздействие на экономический процесс в целом и экономическую деятельность отдельных субъектов. Данное определение, однако, является лишь отправной точкой при решении вопроса, относится ли та или иная правовая материя к экономическому праву или нет. Что же представляет собой область «экономики»? Требуют ли спорные нормы права наличие особой экономической связи? Распространяются ли нормы права только в отношении фирм, исключая «частных лиц» из сферы своего действия? К экономическому праву, несомненно, относятся как публично-правовые, так и частно-правовые материи. Таким образом, необходимо различать **частное и публичное экономическое право** (к примеру, в антимонопольном праве эти две области права смешаны друг с другом). **Публичное экономическое право** (öffentliches Wirtschaftsrecht) представляет собой совокупность правовых норм, непосредственно регулирующих экономический процесс в целом и экономическую деятельность отдельных субъектов и уполномочивающих

или обязующих не каждого, а только носителей публичной власти (модифицированная субъектная теория или теория особого права).

При рассмотрении вопроса о понятии необходимо также упомянуть **«европейское экономическое право»** (Europäisches Wirtschaftsrecht) или, по крайней мере, европейский уровень публичного экономического права. Вследствие своего развития право Европейского Союза (далее – ЕС) все больше усиливало свое **влияние на национальное публичное экономическое право**, в результате чего в настоящее время ни одна подотрасль не обходится без обращения к нормам европейского права. Тем самым, происходит смешение национального и наднационального правовых порядков. Понятия «публичное экономическое право» или «экономическое административное право» больше не ограничены исключительно национальными нормами права. Стоит, однако, отметить, что национальное экономическое административное право не полностью вытеснено или тем более не устранено. Именно оно зачастую вводит европейское право в действие, в частности, директивы (нем.: Richtlinie; англ.: Directive) в соответствии с п. 3 ст. 288 Договора о функционировании ЕС (далее – ДФЕС)).¹ Прямое действие, согласно п. 2 ст. 288 ДФЕС, имеют только постановления (нем.: Verordnung; англ.: Regulation). Таким образом, для урегулирования отношений, чьи пространственные рамки ограничены пределами одной страны, значение имеют, прежде всего, положения национального права. В качестве второго шага необходимо проверить, предусматривает ли европейское право соответствующие дополнения или изменения.

II. Конституционно-правовые основы

1. Экономическое законодательство (Wirtschaftsgesetzgebung) и экономическое управление (Wirtschaftsverwaltung) в федеративном государстве

В отношении распределения компетенции между федерацией и федеральными землями действуют общие положения конституции (принцип федеративного государства). Отправным пунктом, таким образом, является ст. 30 Основного Закона ФРГ² (Grundgesetz, далее – ОЗ). При этом необходимо различать:

а. Экономическое законодательство

В области законодательства (которое фактически не претерпело изменений впоследствии федеративной реформы) **федерации предоставляются широкие полномочия** в абз. 1 № 4-7 ст. 73 ОЗ (исключительная компетенция федерации) (ausschließliche Gesetzgebungskompetenz) и в абз. 1 № 11 ст. 74 ОЗ, который предусматривает конкурирующую компетенцию (konkurrierende

¹ 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>.

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

Gesetzgebungskompetenz) для «права экономики», за исключением «права регулирования закрытия магазинов, предприятий общественного питания, игровых залов, экспозиций лиц, ярмарок, выставок и рынков», что, в свою очередь, значительно усиливает компетенцию земель в области промыслового права. Значительную роль также играет компетенция федерации, предусмотренная в абз. 1 № 15, 17, 19 и т.д. ст. 74 ОЗ, а также в абз. 1 № 1 ст. 91a (в предыдущей редакции № 2), ст. 105 (налоги, направленные на управление экономическим развитием (wirtschaftslenkende Steuer)), абз. 3 и 4 ст. 109 ОЗ.

б. Экономическое управление

В данном случае применяются ст. 83 и последующие ОЗ. Как правило, земли осуществляют административное управление либо в рамках собственной компетенции (ст. 84 ОЗ) (eigene Angelegenheit), либо в рамках поручения федерации (ст. 85 ОЗ) (Bundesauftrag). Федерация может оказывать влияние на экономическое управление только в случаях, установленных в абз. 2, 3-5 ст. 84, абз. 2 и 3 ст. 85 ОЗ. При этом необходимо учитывать особенности, предусмотренные в ст. 91a ОЗ, в области так называемых общественных задач (Gemeinschaftsaufgaben) (абз. 1 № 1 и 2 в новой редакции), и в абз. 3 ст. 87 ОЗ (примером иных специальных положений, в частности, может послужить абз. 1 ст. 87e ОЗ, регулирующий управление железнодорожным транспортом).

2. Рыночный статус-кво как «экономический строй ОЗ»

Спор об экономическом строе ОЗ

Изначально *Hunperdey* (1954), а впоследствии и некоторые другие представители литературы, в частности *Блэкманн*³ и *Зольдан*⁴, придерживались мнения о том, что ОЗ предусматривает определенный экономический строй – социальную рыночную экономику. Федеральный конституционный суд (Bundesverfassungsgericht, BVerfG; далее – ФКС) с самого начала выступил против такого толкования и указал на «экономико-политический нейтралитет ОЗ» и, тем самым, на корреспондирующую ему свободу законодателя при принятии экономико-политических решений.⁵ В поддержку ФКС и вопреки точке зрения *Hunperdeya* необходимо отметить, что закрепление (экономико-политического) статуса-кво не представляется возможным ввиду отсутствия конституционного принципа «единообразия системы или рынка» (System oder Markt Konformität). Более того, парламент и правительство демократически уполномочены регулировать и при необходимости изменять общественные и экономические отношения в ФРГ.

³ *Bleckmann*, JuS 1991, 536 (539).

⁴ *Soldan*, DÖV 2000, 361 ff.

⁵ *BVerfGE* 4, 7 (17 f.); 50, 290 (336 ff.).

Действует ли экономико-политический нейтралитет в отношении **права ЕС**? Так как европейское право имеет приоритет над национальным правом (включая конституционное право), можно предположить, что в отношении определенной экономической политики действует правовая гарантия, препятствующая ее изменению при помощи норм национального права. Абз. 1 ст. 119 ДФЕС обязует ЕС в значительной степени способствовать установлению «социальной рыночной экономики со свободной конкуренцией» (wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft). Стоит, однако, отметить, что в отношении экономического строя ЕС также действует «относительная открытость». Таким образом, европейское право не содержит предписаний, которые могли бы обязать Германию к сохранению статуса-кво за рыночной экономикой. При рассмотрении вопроса об экономическом строе, тем самым, необходимо исходить из позиции ФКС, основанной на «относительной открытости» при осуществлении той или иной политики в области экономики.

3. Экономическая деятельность публичной власти

Государство может не только (например, через промысловое право (Gewerberecht)) посредством правового регулирования и налогообложения осуществлять внешнее руководство за экономическими процессами, но и самостоятельно вести экономическую деятельность и занимать активную позицию на рынке. **Правовая допустимость так называемой деятельности, направленной на извлечение прибыли** (erwerbswirtschaftliche Betätigung), несет с собой ряд проблем. Подтверждением тому служат многочисленные судебные решения по этому вопросу, которые в большинстве своем затрагивают публичное экономическое, коммунальное (Kommunalrecht), а также общее административное право (Allgemeines Verwaltungsrecht). Центральное значение при этом имеет наряду с разграничением коммерческой деятельности и деятельности, направленной на обеспечение жизнедеятельности (Daseinsvorsorge), оправданность конкретного вида деятельности необходимостью достижения публичной цели, которая, в свою очередь, не может заключаться в извлечении прибыли как таковой.

III. Защита экономической деятельности при помощи основных прав и свобод

1. Свобода профессиональной деятельности (абз. 1 ст. 12 ОЗ) (Berufsfreiheit), гарантия права собственности (ст. 14 ОЗ) (Eigentumsgarantie) и свобода коалиций (абз. 3 ст. 9 ОЗ) (Koalitionsfreiheit) как «экономические основные права» (Wirtschaftsgrundrechte)

а. Свободная профессиональная деятельность в экономике (абз. 1 ст. 12 ОЗ)

Абз. 1 ст. 12 ОЗ представляет собой не только право на защиту от нарушений (Abwehrrecht), но и право требовать исполнения или предоставления возможности участия (Leistungs- oder Teilhaberecht) (в частности, предоставления места при

поступлении в университет). В соответствии с основным правилом абз. 3 ст. 19 ОЗ свобода, предусмотренная в абз. 1 ст. 12 ОЗ, также действует в отношении национальных юридических лиц частного права (!), если она по своей природе к ним применима. Что же понимается под «**профессией**» по смыслу абз. 1 ст. 12 ОЗ? Профессией в соответствии с ОЗ является любая разрешенная деятельность, рассчитанная на длительный срок и служащая созданию и поддержанию источника средств к существованию. В соответствии с текстом абз. 1 ст. 12 ОЗ необходимо строго разграничивать **свободу выбора профессии** (п. 1) (Berufswahl) и **свободу осуществления профессиональной деятельности** (п. 2) (Berufsausübung). Только в отношении последней представляется возможным регулирование при помощи простого закона. Однако, в настоящий момент является общепризнанным, что абз. 1 ст. 12 ОЗ представляет собой единое основное право, для которого действует единая конституционная оговорка (Regelungsvorbehalt). В целях унификации возможных ограничений сферы охранительного действия нормы, ФКС разработал **теорию трех ступеней** (Dreistufentheorie). Она различает в зависимости от интенсивности посягательства (три ступени: осуществление профессиональной деятельности, субъективный и объективный компоненты регулирования выбора профессии) требования, предъявляемые к конституционно-правовой оправданности посягательства в рамках проверки соблюдения принципа соразмерности (Verhältnismäßigkeit).

б. Содержание и пределы свободы коалиций (абз. 3 ст. 9 ОЗ)

В сфере охранительного действия (Schutzbereich) абз. 3 ст. 9 ОЗ входят создание коалиций, их существование и коалиционная деятельность. В последнем случае, согласно более ранней позиции ФКС, защите подлежит не любая коалиционная деятельность, а только та её часть, которая характеризует ее существенное начало или, иными словами, «ядро» такой деятельности (Kernbereich). В соответствии с догматикой основных прав (Grundrechtsdogmatik) данное ограничение не является вопросом конституционно-правовой оправданности посягательства. Ограничению подлежит сама сфера охранительного действия нормы. Это объясняется тем фактом, что абз. 3 ст. 9 ОЗ не содержит оговорок (vorbehaltlos gewährtes Grundrecht), предусматривающих возможность ограничения свободы коалиций путем вмешательства со стороны государства.

В решении *BVerfGE 93, 352*⁶ ФКС впервые признал, что сфера охранительного действия ст. 9 ОЗ не подлежит ограничению путем ее применения по отношению только к той коалиционной деятельности, которая составляет «ядро» или необходимый элемент свободы коалиций. Под защиту нормы, тем самым, попадает любая «форма поведения, характерная для коалиций».

Спорным представляется вопрос, можно ли рассматривать новую позицию ФКС как прогресс в догматике основных прав (данной точки зрения, в частности,

⁶ *BVerfGE 93, 352 (357)*.

придерживается *Закс*). Исходя из текста абз. 3 ст. 9 ОЗ, который заметно отличается от текста других предусмотренных ОЗ свобод, ограничение сферы охранительного действия нормы в отношении (только) коалиционной деятельности (= «ядро» деятельности) представляется не таким уж и неоправданным. Ввиду отсутствия конституционной оговорки, необходимое ограничение свободы коалиций сопряжено с существенными трудностями. Неясной также остается позиция суда касательно отношения между предусмотренной законодателем свободой коалиционной деятельности и ограничениями основного права.⁷

Коалиция или иначе, согласно абз. 3 ст. 9 ОЗ, «объединение для сохранения и поддержания трудовых и экономических условий» понимается как добровольное объединение (в отличие от принудительного членства в немецких торгово-промышленных палатах), обладающее некой укрепившейся организационной структурой, имеющее целью сохранение и поддержание трудовых и экономических условий (иначе, например, в антимонопольном праве) и отличающееся так называемой «свободой от оппонентов» (*Gegnerfreiheit*) или «чистотой коалиций» (*Koalitionsreinheit*) (гарантирует независимость коалиций; иначе чем в смешанных объединениях, основанных на членстве). Предпосылками к существованию коалиции, однако, не являются способность к заключению договора о тарифных ставках и готовность отстаивать свои права в случае конфликта.

Сфера охранительного действия абз. 3 ст. 9 ОЗ охватывает право на забастовку как необходимую составную часть свободы коалиций (см. также п. 3 абз. 3 ст. 9 ОЗ). Однако, не каждая забастовка отвечает действующим предпосылкам; недопустимыми являются, в частности, политические и «незаконные» забастовки. Отстранения от работы, носящие защитный характер, «приостанавливающее действие которых (...) используется для установления равенства сторон в процессе переговоров»⁸ (...), также подлежат защите конституцией. В каждом отдельном случае при этом необходимо соблюдение принципа соразмерности.

В сферу охранительного действия ст. 9 ОЗ также входит **негативная свобода коалиций** (*negative Koalitionsfreiheit*), гарантирующая свободу оставаться в стороне от той или иной коалиции. Принудительное членство, таким образом, не допускается.

На свободу коалиций могут ссылаться не только отдельные работники и члены профсоюзов, но и **профсоюзы как таковые** (*Gewerkschaften*). Это является следствием расширения сферы действия абз. 3 ст. 9 ОЗ до так называемого коллективного права. Значение, в конечном счете, имеет способность объединений быть носителями основных свобод (абз. 3 ст. 19 ОЗ) (*Grundrechtsfähigkeit*).

⁷ *BVerfGE* 93, 352 (359).

⁸ *BVerfGE* 84, 212 (225).

Посягательство на свободу коалиции (Eingriff in die Koalitionsfreiheit), ввиду отсутствия оговорки в законе (Gesetzesvorbehalt), может быть конституционно оправданно только в случае применимости так называемых внутри-конституционных пределов (verfassungsimmanente Schranke), которые включают в себя права третьих лиц и иные правовые блага конституционного значения.

П. 2 абз. 3 ст. 9 ОЗ имеет непосредственное действие на третьих лиц (unmittelbare Drittwirkung), что отличает его от многих других основных прав. Абз. 3 ст. 9 ОЗ является более специальным по отношению к абз. 1 ст. 9 ОЗ.⁹

2. Основные свободы ДФЕС

ДФЕС содержит **четыре основные свободы**, причисляемые к установленной договорами единой внутренней политике. К ним относятся свобода передвижения товаров (Warenverkehr), свобода передвижения лиц (Personenverkehr), свобода передвижения услуг (Dienstleistungsverkehr) и свобода передвижения капитала (Kapitalverkehr). При помощи этих четырех основных свобод внутренний рынок (Binnenmarkt) приобретает характер «пространства без внутренних границ», в котором устранены все препятствия на пути к свободному обороту товаров, лиц, услуг и капитала.

Все основные свободы **действуют непосредственно**, это означает, что каждый гражданин, попадающий под сферу действия свобод, может ссылаться на них в национальном суде или в административном порядке; противоречащие положения национального права не подлежат применению ввиду приоритета применения европейского права (Anwendungsvorrang des Unionsrechts).

а. Свободное передвижение товаров, ст. 28 и последующие ДФЕС

Предпосылкой учреждения единого рынка, прежде всего, является свободная торговля товарами. В качестве задачи и цели свободного передвижения товаров выступает создание экономического пространства, в котором товары могут свободно циркулировать в рамках единого конкурентного порядка. Для достижения **свободного передвижения товаров** ДФЕС предусматривает отмену таможенных пошлин (так называемый таможенный союз, абз. 1 ст. 28 ДФЕС), а также любых количественных ограничений (ст. 34 и последующие ДФЕС) в торговых отношениях между государствами-членами ЕС.

Таможенный союз (Zollunion) как «центральное звено единого рынка»¹⁰ при этом охватывает введение общего таможенного тарифа в отношении третьих стран, а также запрет взимания таможенных пошлин на ввоз и вывоз или иных аналогичных сборов между государствами-членами.

⁹ Спорно, см. Scholz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 7, 154: «Spezialfall».

¹⁰ Streinz, Europarecht, Rn. 657.

Наряду с таможенным союзом свободное передвижение товаров гарантируется посредством **отмены количественных ограничений на ввоз и вывоз, а также аналогичных мер** (Maßnahmen gleicher Wirkung) в соответствии со ст. 34 и последующими ДФЕС. Это необходимо для того, чтобы предотвратить ситуацию, когда в обход действующим запретам ограничение передвижения товаров фактически влечет за собой последствия, сходные с взиманием таможенных пошлин. Под количественным ограничением понимается властная мера, устанавливающая лимит ввоза или вывоза товаров в зависимости от его стоимости или количества. Как мера, имеющая эффект, эквивалентный количественным ограничениям, в соответствии с выработанной Судом ЕС **«формулой Дассонвиль»** (Dassonville-Formel) выступает «любое правило торговли, введенное государствами-членами, способное прямо или косвенно, в настоящее время или потенциально затруднить торговлю внутри Сообщества».¹¹ Данное определение Суд ЕС впоследствии ограничил в **«деле Кек»** (Keck-Entscheidung): национальные меры, ограничивающие или запрещающие определённые условия продаж, «не способны затруднить торговлю между государствами-членами, если эти меры действуют для всех вовлеченных в экономический процесс участников, осуществляющих свою деятельность внутри страны, и если они одинаковым образом, с точки зрения права и факта, затрагивают введение в рыночный оборот местных товаров и товаров из других государств-членов».¹² Примерами условий продаж, которые не являются мерами, эквивалентными количественным ограничениям, могут, в частности, послужить запрет продажи по убыточной цене, ограничения рекламы, положения о времени работы магазинов, предписания, касающиеся продаж в праздничные и выходные дни.

б. Свободное передвижение лиц, ст. 45 и последующие ДФЕС

Требуемая в рамках единого рынка мобильность производственных факторов включает в себя, с одной стороны, предоставляемую предпринимателям возможность выбора оптимального места производства и сбыта, исходя из аспекта наименьших расходов, и, с другой стороны, предоставляемую работникам возможность выбора наиболее привлекательного для них места работы, исходя из аспекта наибольших доходов. В этом отношении **основная свобода передвижения лиц** предоставляет гражданам Евросоюза широкую свободу передвижения в связи с осуществлением экономической деятельности, дополняемую отдельными социальными правами. Она состоит из двух элементов: свобода передвижения работников (ст. 45 и последующие ДФЕС) (Freizügigkeit der Arbeitnehmer) и свобода учреждения (ст. 49 и последующие ДФЕС) (Niederlassungsfreiheit).

аа. Свобода передвижения работников предполагает отмену любой дискриминации по признаку национального гражданства между работниками

¹¹ *EuGHE* 1974, 837 ff.

¹² *EuGHE* 1993, 6097 ff.

государств-членов в вопросах трудовой деятельности, заработной платы и других условий труда (абз. 2 ст. 45 ДФЕС), а также право работников проживать на территории государств-членов, в которых они осуществляют трудовую деятельность (абз. 3 ст. 45 ДФЕС). Ст. 45 ДФЕС предоставляет работникам возможность свободно выбирать место работы на территории ЕС. Свобода выбора, однако, при определенных обстоятельствах может быть ограничена. На настоящий момент существуют два возможных ограничения: право проживания может быть ограничено по соображениям общественного порядка, общественной безопасности и общественного здоровья (абз. 3 ст. 45 ДФЕС); свобода передвижения не подлежит применению к занятости в публично-правовом управлении (абз. 4 ст. 45 ДФЕС).

бб. Свобода учреждения предоставляет гражданам ЕС возможность на постоянной основе и без угрозы дискриминации принимать участие в экономической жизни другого государства-члена с целью осуществления самостоятельной трудовой деятельности. Из-под действия свободы учреждения в соответствии со ст. 51 ДФЕС при этом исключаются такие виды деятельности, которые сопряжены с участием в осуществлении публичной власти. Помимо этого, ст. 52 ДФЕС содержит в себе оговорку для специальных правовых и административных положений, чье применение является оправданным по соображениям общественного порядка, общественной безопасности и общественного здоровья.

в. Свободное передвижение услуг, ст. 56 и последующие ДФЕС

Функционирование единого рынка не представляется возможным без оказания услуг межгосударственного характера, которые с экономической точки зрения приобретают все более важное значение. Свобода передвижения услуг гарантирует **оборот межгосударственных услуг** (*grenzüberschreitende Dienstleistungen*) внутри ЕС в рамках осуществления самостоятельной трудовой деятельности. Она охватывает право на проживание и въезд с целью и на срок предоставления услуг, а также право на защиту от дискриминации. В отличие от свободы передвижения лиц (см. выше под п. 2) приоритет в данном случае имеет «мобильность продукта (экспорт и импорт услуг), а не производственного фактора в виде работы»¹³ Определение «услуг» по смыслу ДФЕС дается в ст. 57 ДФЕС. Ст. ст. 56, 57 ДФЕС содержат не только запрет дискриминации, но и всех иных ограничений передвижения услуг, если такие ограничения не оправданы интересами общественности и не отвечают принципу соразмерности (ст. 62 ДФЕС отсылает к ст. ст. 51-54 ДФЕС).

г. Свобода передвижения капитала, абз. 1 ст. 61, 64 и последующие ДФЕС

Целью свободы передвижения капитала является обеспечение инвестиционного финансирования в ЕС. Свобода передвижения капитала призвана посредством свободной циркуляции доступного инвестиционного капитала сделать возможным

¹³ *Streinz*, *Europarecht*, Rn. 656.

распределение производственных центров на территории ЕС. Понятие «**оборот капитала**» охватывает все трансакции, связанные с денежными средствами (в частности, ценные бумаги, кредиты) или реальным капиталом (в частности, права на недвижимость, права на долю компании), которые напрямую не охватываются оборотом товаров и услуг (заработная плата, выплаты по договору купли-продажи и т.д.). Согласно абз. 1 ст. 63 ДФЕС, запрещены любые ограничения оборота капиталов между государствами-членами и между государствами-членами и третьими странами (свобода передвижения капитала, тем самым, распространяется за пределы единого рынка, ст. 63 ДФЕС). Под ограничением оборота капитала при этом понимается любая государственная мера, которая предусматривает регулирование для ввоза или вывоза иностранного капитала, материально или формально отличное от того, которое действует в отношении национального капитала. Исключения содержат ст. 64 и последующие ДФЕС.

Дополнительно необходимо упомянуть (**вспомогательную**) **свободу платежей** (абз. 2 ст. 63, ст. 64 и последующие ДФЕС) ((Hilfs-) Freiheit des Zahlungsverkehrs), которая гарантирует беспрепятственную оплату товаров, услуг и перевод заработной платы для представителей государств-членов.

IV. Правовой общественный порядок экономической и валютной политики и стабильности

1. Макроэкономическое регулирование (Globalsteuerung der Wirtschaft)

а. Конституционно-правовая связанность требованием общеэкономического равновесия

аа. Раздел X ОЗ посвящен **финансам** (Finanzwesen). В рамках данного раздела необходимо различать: ст. ст. 104а-108 ОЗ, регулирующие финансовое законодательство в узком смысле, и ст. ст. 109-115 ОЗ, регулирующие так называемое бюджетное законодательство.

Что представляет собой установленный в абз. 1 ст. 109 ОЗ **принцип разделения бюджетов** (Grundsatz des Haushaltstrennung), как именно он подлежит применению? Данный принцип соотносится с абз. 1 ст. 104а ОЗ, в соответствии с которым федерация и земли раздельно несут расходы, связанные с осуществлением их задач. Соответственно, федерация и земли самостоятельны и независимы друг от друга; смешанное управление и смешанное финансирование принципиально отвергаются. Для федеративного государства, каковым является ФРГ, центральное значение имеет государственная самостоятельность земель (Eigenstaatlichkeit der Länder), которая, в том числе, охватывает и независимость в сфере финансов. Исключения и допустимые отклонения от этого принципа содержатся, в частности, в абз. 2 (макроэкономическое

регулирование) абз. 3 (общие принципы), абз. 4 (общеекономическое равновесие) ст. 109 ОЗ, ст. 91а, б ОЗ (совместные задачи), ст. 107 ОЗ (финансовое уравнивание).

бб. Конъюнктурно-политическая концепция так называемого **макроэкономического регулирования** находит свое выражение в абз. 2 ст. 109 ОЗ, в соответствии с которым федерация и земли должны действовать с учетом требований общеэкономического равновесия. Под макроэкономическим регулированием понимается право государства целенаправленно использовать экономико-политические и финансово-политические средства для достижения общеэкономического равновесия.

б. Влияние союзного права

Необходимо констатировать «европеизацию экономической политики» (*Шмидт*) путем передачи ЕС значительных экономико-политических и валютно-политических полномочий. Подтверждением тому являются, в частности, абз. 1, 3 ст. 4 Договора о ЕС, предусматривающие связанность национальных политик направляющими принципами ЕС. Государства-члены, хотя они и не потеряли свою экономико-политическую компетенцию, должны исполнять укрепившиеся **союзно-правовые обязательства**, среди которых отдельно можно выделить абз. 1 ст. 126 ДФЕС: он содержит обязательство государств-членов и их государственно-территориальных образований (например, федеральные земли в Германии) избегать «чрезмерных бюджетных дефицитов» (*übermäßige öffentliche Defizite*).

В соответствии с абз. 2 ст. 126 ДФЕС Комиссия наблюдает за развитием бюджетной ситуации и за размером публичного долга в государствах-членах. Ключевую роль играет широко дискутируемое **рекомендуемое значение** (*Referenzwert*) соотношения между дефицитом государственного сектора и валовым внутренним продуктом (ВВП). В соответствии с предусмотренным в п. 3 абз. 2 ст. 126 ДФЕС Протоколом о процедуре в отношении чрезмерных дефицитов рекомендуемое значение составляет 3 %.

в. Так называемый магический четырехугольник (*das sogenannte magische Viereck*) § 1 Закона о способствовании стабильности и росту экономики (далее – Закон о способствовании экономике)¹⁴

Цели управления экономической конъюнктурой напрямую закреплены в § 1 Закона о способствовании экономике.

аа. Стабильность уровня цен

Под «уровнем цен» понимается вычисляемый посредством индексации уровень важных для национальной экономики цен. Он зависит от покупательной способности

¹⁴ Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft: <http://www.gesetze-im-internet.de/stabg/>.

денег: если стоимость денег падает, то уровень цен растет. При этом должна быть гарантирована не абсолютная, а лишь относительная «стабильность» уровня цен. Тем самым, нередко возникает вопрос, какой процент роста цен является допустимым в рамках указанной цели.

бб. Высокий уровень занятости

Данную цель нельзя отождествлять с полной занятостью.

вв. Внешнеэкономическое равновесие

Эта цель достигнута при выравнивании платежного баланса.

гг. Постоянный и соразмерный рост экономики

Речь в данном случае идет о ежегодном проценте прироста реального валового национального продукта (ВНП). «Соразмерным» ранее считался прирост от 4 до 5 %. Сегодня эти значения куда скромнее: 0,1 % (2002), 0,2 % (2003), 1,6 % (2004) и 0,9 % (2005). Спорной, однако, представляется и цель как таковая: Так, в литературе по праву приводится аргумент, что в погоне за экономическим ростом нельзя оставлять без внимания экологические издержки. Окружающая среда не должна страдать от последствий экономического роста. Тем самым, встает вопрос, не требуется ли нам «пятый угол» или новая полноценная концепция, которая бы связывала воедино экономику, экологию и иные возможные факторы.

г. Инструментарий политической стабильности (das stabilitätspolitische Instrumentarium)

Для обеспечения макроэкономического регулирования, основанного на целях § 1, Закон о способствовании экономике предусматривает разнообразный набор инструментов. Инструментарий включает в себя:

- **Средства информирования**, как, например, обязательство Федерального правительства представлять ежегодный экономический отчет (абз. 1 § 2 Закона о способствовании экономике);
- **Средства координации и планирования**, главным образом, путем учреждения конъюнктурного совета для публичной власти (§ 18 Закона о способствовании экономике) или специальной комиссии (§ 3 Закона о способствовании экономике);
- **Средства прямого воздействия**, также называемые «инструментами вмешательства» или «императивными мерами», представляют собой комплекс мер, начиная с антициклического (стабилизационного) применения налоговой власти в рамках подоходного налога и налога на корпорации (§§ 26, 27 Закона о

способствовании экономике) (Einkommen- und Körperschaftsteuer) и заканчивая предусмотренной конституцией возможностью ограничения кредитов в ущерб публичным бюджетам (ст. 109 ОЗ, §§ 19 и последующие Закона о способствовании экономике).

Речь в данном случае идет о заслуживающем внимания инструментарии, который начиная с 1967 г. делает макроэкономическое регулирование возможным. Тем не менее, открытым остается вопрос о том, **является ли данный инструментарий достаточно эффективным**. Изначальная эйфория в настоящее время сменилась скепсисом. Некоторые инструменты, к примеру, создание специальных комиссий, согласно § 3 Закона о способствовании экономике, практически не применяются. Другие институты, в частности, ежегодный экономический отчет (§ 2 Закона о способствовании экономике), отчет о субсидиях и пятилетний финансовый план (§ 9 Закона о способствовании экономике), напротив, доказали себя на деле и прочно вошли в практику.

2. Европейская система центральных банков

До этого речь шла о макроэкономическом регулировании в соответствии со ст. 109 ОЗ при помощи инструментария Закона о способствовании экономике. Валютная политика как составная часть государственной экономической и финансовой политики также служит целям конъюнктурного управления; на нее равным образом распространяется положение об общеэкономическом равновесии (см. п. 1 § 1 Закона о способствовании экономике). Начиная с 01.01.1999 валютная политика претерпела серьезные изменения. Вступление в Европейский валютный союз привело к тому, что для двенадцати (изначально) участвовавших государств ведение валютной политики переросло из национальной задачи в европейскую. В дальнейшем необходимо учитывать, что решающее влияние на валютную политику в Германии, в конечном счете, оказывает не Немецкий федеральный банк (Deutsche Bundesbank), а **Европейский центральный банк** (Europäische Zentralbank) (ЕЦБ).

а. Правовые и институциональные рамки

Европейская система центральных банков (Europäisches System der Zentralbanken) (ЕСЦБ) состоит из ЕЦБ и национальных банков, к которым, в том числе, относится и Немецкий федеральный банк (абз. 1 ст. 282 ДФЕС) как юридическое лицо международного права (абз. 3 ст. 282 ДФЕС). В отношении ЕСЦБ применяются первичное право ЕС и предусмотренный в абз. 4 ст. 282 ДФЕС Устав ЕСЦБ. Независимость ЕЦБ и национальных центральных банков гарантируется в ст. 130 ДФЕС. Руководящими органами ЕЦБ являются Совет ЕЦБ и Дирекция ЕЦБ (ст. 283 ДФЕС, ст. 8 и последующие Устава ЕСЦБ). Так как евро был введен в качестве валюты только в половине государств-членов ЕС, необходимо различать ЕСЦБ и так называемую Евросистему (Eurosystem). Между тем, согласно ст. 141, Общий совет ЕЦБ учреждается как третий руководящий орган.

б. Валютно-политические задачи и полномочия

Основные принципы деятельности ЕСЦБ закреплены в ДФЕС: Согласно абз. 1 ст. 127 ДФЕС, главной целью ЕСЦБ является поддержание стабильности цен. В качестве основных задач ЕСЦБ в соответствии с абз. 2 ст. 127, ст. 128 и ст. 219 ДФЕС выступают определение денежной политики, проведение валютных операций, управление валютными резервами, содействие функционированию платежных систем, эмиссия банкнот (в отношении монет – только выдача разрешения) и дача рекомендаций относительно обменного курса по отношению к Совету, который, в свою очередь, устанавливает центральный курс евро.

в. Немецкий федеральный банк как нижестоящий национальный центральный банк

аа. Правовое положение и организация Немецкого федерального банка регулируется, в первую очередь, в ст. 88 ОЗ, п. 1 которой содержит институциональную гарантию его существования. П. 2 указанной статьи, введенный в текст ОЗ в 1992 г., предусматривает возможность «европеизации валютной политики». Положения ст. 88 ОЗ впервые были конкретизированы в 1957 г. с принятием Закона о Немецком федеральном банке¹⁵, который впоследствии был множество раз изменен. Согласно § 2 данного закона, Немецкий федеральный банк является непосредственным федеральным юридическим лицом публичного права. Речь в данном случае идет о правоспособном учреждении, а не о корпорации. «Непосредственный федеральный» (bundesunmittelbar) характер Немецкого федерального банка означает, что над его деятельностью осуществляется правовой надзор со стороны федерации.

бб. Согласно абз. 3 § 13 Закона о способствовании экономике, **Немецкий федеральный банк** обязан в процессе своей деятельности руководствоваться целями § 1 (магический четырехугольник). В соответствии с этим § 3 Закона о Немецком федеральном банке (п. 2: «первоочередная цель»!) предусматривает сохранение стабильности цен в качестве центральной задачи Немецкого федерального банка.

вв. Отношения между Немецким федеральным банком и Федеральным правительством более подробно урегулированы в §§ 12, 13 Закона о Немецком федеральном банке. Из текста закона становится очевидной независимость Федерального банка, которая, однако, сопряжена с обязанностью следовать общей экономической политике Правительства.

гг. К валютно-политическим полномочиям, сохранившимся за Федеральным банком, относится монополия на эмиссию банкнот (Notenausgabemonopol) в соответствии с § 14 Закона о Немецком федеральном банке, который подлежит применению «без ущерба абз. 1 ст. 128 ДФЕС». Право на эмиссию банкнот, однако,

¹⁵ Gesetz über die Deutsche Bundesbank: <http://www.gesetze-im-internet.de/bbankg/>.

ограничено требованием получения соответствующего разрешения ЕЦБ. Помимо эмиссии банкнот, Федеральный банк также осуществляет дисконтную политику, кредитную политику и политику операций на открытом рынке (Diskont-, Kredit- und Offenmarktpolitik). Под «дисконтной политикой», в частности, понимается покупка Федеральным банком у кредитных институтов векселей по установленной – ранее Федеральным банком (см. § 15 Закона о Немецком федеральном банке в старой редакции), в настоящий момент ЕЦБ – ставке рефинансирования (процентная ставка). Кредитные институты впоследствии «переключаются» учетный банковский процент на своих клиентов. Рост процентов, тем самым, влияет на денежный рынок и рынок капитала в целом. Кредитная политика включает в себя так называемые ломбардные кредиты, выдаваемые Федеральным банком под залог определённых ценных бумаг и требований по долговой книге. Наконец, политика операций на открытом рынке подразумевает под собой покупку и продажу Федеральным банком краткосрочных ценных бумаг.

V. Общее промышленное право (Allgemeines Gewerberecht)

1. Свобода промысла и понятие промысла

а. Кратко об историческом развитии свободы промысла:¹⁶ Идея впервые зародилась во времена Французской революции и с тех пор образует краеугольный камень политического и экономического либерализма. Целью была отмена меркантилизма как экономической политики, согласно которой источником обогащения считалась сфера обращения капитала, а не сфера производства. Данное требование укрепилось с утверждением новой экономической теории, разработанной *Адамом Смитом* в 1776 г. При реализации требований Пруссия приняла на себя роль первопроходца. В 1869 г. для Северогерманского союза было принято Промысловое уложение. Начиная с 1871 г. Промысловое уложение¹⁷ действовало уже на территории всей Германской империи. Спустя несколько лет, в 1900 г. была принята новая редакция уложения, которая в значительной степени применяется и в настоящее время. В дополнение к Промысловому уложению были приняты отдельные специальные законы, в частности, Ремесленное Уложение¹⁸ и Закон о предприятиях общественного питания и гостиничном деле¹⁹.

б. Современные основы свободы промысла имеют два уровня:

Свобода промысла законодательно предусмотрена § 1 Промыслового уложения. Она представляет собой субъективное публичное право, распространяющее свое

¹⁶ Для более подробного ознакомления см. *Frotscher/Kramer*, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, Rn. 238.

¹⁷ Gewerbeordnung: <http://www.gesetze-im-internet.de/gewo/>.

¹⁸ Gesetz zur Ordnung des Handwerks: <http://www.gesetze-im-internet.de/hwo/>.

¹⁹ Gaststättengesetz: <http://www.gesetze-im-internet.de/gastg/>.

действие, в том числе, на иностранцев и юридических лиц. Свобода промысла подлежит ограничению «на основании этого закона». В данном случае это означает возможность ограничения на основании *любого* другого федерального закона. В противоположность этому правовые предписания земель, касающиеся начала и продолжения промысла («свобода разрешения на занятие промыслом» (Gewerbezulassungsfreiheit), или, иными словами, «можно ли вообще заниматься промыслом» („Ob“)), не применяются. На основании права земель, однако, возможно регулирование способов осуществления промысловой деятельности («как можно заниматься промыслом» („Wie“)).

в. Понятие «промысел» (Gewerbe), за исключением некоторых не слишком удачных попыток, к примеру, в абз. 2 § 1 Ремесленного уложения, не имеет легального определения в законе. Причиной тому является многообразие форм промыслового развития и, тем самым, необходимая «гибкость» при рассмотрении вопроса о применимости положений промыслового права. В литературе и правоприменительной практике понятие промысла зачастую определяется на основании следующих позитивных и негативных признаков:

аа. Позитивные признаки (Gewerbsmäßigkeit)

(1) **Разрешенная деятельность** – примерами незаконной деятельности, в частности, являются укрывательство имущества, добытого преступным путём в виде промысла (в том числе, в составе банды, §§ 260, 260а Уголовного кодекса Германии²⁰), торговля наркотическими средствами, карманные кражи. Широкому обсуждению также подлежит применение ограничивающего признака «социальной ценности» (soziale Wertigkeit) той или иной деятельности, в соответствии с которым понятием промысла не должны охватываться астрология, предсказания будущего, симулирование убийств в рамках турниров, проводимых на лазердроме, и т.д. Однако, ввиду отсутствия общего законодательного запрета, указанные виды деятельности продолжают рассматриваться в качестве промысла.

(2) Промысловая деятельность должна осуществляться **с целью получения прибыли** (Gewinnerzielungsabsicht); при этом достаточно наличия соответствующего намерения лица в виде простого умысла.

(3) Промысел должен осуществляться **на долгосрочной основе** (auf Dauer angelegt), т.е. постоянно, а не от случая к случаю («продолжительная связь») („Fortsetzungszusammenhang“). Данный признак отсутствует в случае заключения одной единственной сделки, к примеру, при продаже земельного участка.

(4) В качестве промысла, как правило, рассматривается только **самостоятельная** деятельность (selbstständige Tätigkeit) (исключение из этого правила, однако,

²⁰ Strafgesetzbuch: <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>.

предусмотрено в абз. 1 № 1 § 55 Промыслового уложения для разъездного промысла). Самостоятельность предполагает совершение действий от своего имени, за свой счет (включая предпринимательский риск) и под свою ответственность. Не совсем ясным является применение признака самостоятельности по отношению к юридическим лицам. Правление акционерного общества, участники и управляющие общества с ограниченной ответственностью, а также коммандитисты коммандитного товарищества не самостоятельны, так как действуют от имени и за счет юридических лиц. Таким образом, можно прийти к выводу о том, что лицом, осуществляющим промысловую деятельность, является само юридическое лицо, а не его законные представители (органы). Действия представителей и управляющих при этом причисляются к деятельности самого юридического лица (см. в особенности абз. 1 § 35 Промыслового уложения).

бб. Негативные признаки (Gewerbsfähigkeit) – см. также § 6 Промыслового уложения

(1) Промыслом не является **производство сырья**, под которым понимается экономическая деятельность, направленная на получение необработанных натуральных продуктов. К производству сырья относятся: сельское и лесное хозяйство, разведение винограда, садоводство, охота, рыбная ловля, горнодобывающая промышленность. § 6 Промыслового уложения упоминает отдельные виды производства сырья (рыбная ловля, горное дело, скотоводство). Данный перечень, однако, не является исчерпывающим.

(2) Промыслом не являются **свободные профессии (freie Berufe)** (см. § 18 Закона о подоходном налоге²¹), к которым причисляется **самостоятельная научная, художественная, литературная деятельность «повышенного уровня»**. Соответствующие профессии традиционно не рассматриваются как (обычный!) промысел. При этом отнесение отдельного вида деятельности к свободной профессии на практике может быть сопряжено с рядом трудностей. К примеру, фотографам, музыкантам и дизайнерам нередко приходится бороться за признание в качестве «деятели искусства». Исключение свободных профессий из-под действия понятия промысла не в полной мере соответствует духу современного времени. Деятели искусства и писатели, как правило, больше не объединяются в профсоюзы с целью отстоять свои права в качестве работающего населения и не всегда имеют целью получение прибыли. Тем не менее, регулирование свободных профессий остается «действующим (прецедентным) правом (Richterrecht)».

Промыслом не являются также и **персональные услуги «повышенного уровня»**. § 6 Промыслового уложения приводит примеры профессий, предоставляющих такие услуги: (независимые) учителя, воспитатели, аптекари, адвокаты, аудиторы, налоговые консультанты и врачи. У этих профессий стремление к получению прибыли должно

²¹ Einkommensteuergesetz: <http://www.gesetze-im-internet.de/estg/>.

отходить на второй план (!), первостепенное значение должно иметь оказание квалифицированных услуг. Такое понимание можно объяснить разве что с исторической точки зрения.

(3) Промыслом не является **управление имуществом** (Vermögensverwaltung). Как в налоговом, так и в промысловом праве управление собственным имуществом, не выходящее за рамки обычного (к примеру, аренда недвижимости, вложение капитала), нельзя отнести к занятию промыслом.

2. Промыслово-правовой инструментарий и материальные предпосылки занятия промыслом

Промыслово-правовой инструментарий представляет собой комплекс различных способов и мер, при помощи которых надзорный орган (Aufsichtsbehörde) может предотвратить наступление опасностей, исходящих от того или иного промысла. Данный инструментарий применяется либо к промысловой деятельности в целом, либо только к отдельным ее видам (как правило, наиболее опасным).

а. Обязанность извещения (Anzeigepflicht) (§ 14 Промыслового уложения)

Важным «инструментом», при помощи которого надзорные органы выполняют их промыслово-правовые и, в первую очередь, промыслово-полицейские (направленные на предотвращение опасности) задачи, является обязанность извещать об организации, изменении и об отказе от дальнейшего занятия промыслом. Согласно § 14 Промыслового уложения, данная обязанность распространяется на все существующие виды промысла, включая те, что требуют разрешения в соответствии с положениями промыслового права.

Неисполнение обязанности извещения, предусмотренной нормами общего или особенного промыслового права, не влечет за собой противоправность осуществления промысловой деятельности, на основании чего у надзорных органов, тем самым, не возникает право препятствовать занятию промыслом (такие последствия возможны только в случае, если для осуществления деятельности требуется специальное разрешение, см. абз. 2 § 15 Промыслового уложения). В качестве **санкции** за неисполнение абз. 2 § 146 Промыслового уложения предусматривает денежный штраф в размере до 1.000 Евро.

б. Запрет на занятие промыслом (Gewerbeuntersagung) (§ 35 Промыслового уложения)

аа. Общие и особенные полномочия на запрет занятия промыслом в промысловом праве

В соответствии с **п. 1 абз. 1 § 35 Промыслового уложения** промысловая деятельность подлежит полному или частичному запрету в случае установления факта «недобросовестности лица (Unzuverlässigkeit), осуществляющего эту промысловую деятельность». Речь в данном случае идет об общем полномочии на запрет занятия промыслом по причинам, которые связаны с личностью лица, осуществляющего промысловую деятельность (а именно недобросовестность такого лица). § 35 Промыслового уложения не применяется, если в отношении отдельного вида промысла действуют иные специальные положения, предусматривающие возможность запрета (принцип субсидиарности) (Subsidiaritätsprinzip). При этом § 35 Промыслового уложения продолжает действовать, если запрет налагается не из-за недобросовестности лица, осуществляющего промысловую деятельность, а ввиду применения иных критериев.

бб. К предпосылкам запрета на занятие промыслом в соответствии с § 35 относятся:

(1) Во-первых, **недобросовестность лица, осуществляющего промысловую деятельность**. В основе недобросовестности должны лежать «факты»; простого подозрения в отношении лица не достаточно. Недобросовестность является относительным понятием («в отношении этой промысловой деятельности»), применяемым в отношении конкретного вида промысла. Недобросовестной может быть деятельность как лица, самостоятельно осуществляющего промысловую деятельность, так и уполномоченного на осуществление такой деятельности вне зависимости от наличия вины. В случае осуществления промысловой деятельности юридическим лицом проверке подлежит добросовестность лиц, обладающих представительными полномочиями (законный представитель, руководящие органы). В товариществе такими лицами являются участники с правом представительства. Недобросовестность представителей в соответствии с §§ 45, 46 Промыслового уложения приравнивается к недобросовестности лица, осуществляющего промысловую деятельность.

Недобросовестным является лицо, чье суммарное поведение указывает на нежелание в дальнейшем надлежащим образом осуществлять промысловую деятельность, в частности, путем несоблюдения действующих правовых предписаний. Следствием такого поведения должно быть возникновение угрозы для общества в целом или отдельных лиц (при нарушении норм права наличие угрозы, как правило, предполагается). Примерами недобросовестности в соответствии с правоприменительной практикой являются заключение трудовых договоров с

иностранцами без разрешения на работу²², прославление национал-социализма и распространение национал-социалистических идей при помощи почтовой торговли.²³ Не подпадают под понятие недобросовестности, в частности, нарушения правил дорожного движения организатором перевозок грузов, если такие нарушения имели место вне рабочего времени, так как в данном случае отсутствует связь с конкретным видом промысла.²⁴

(2) Второй предпосылкой запрета на занятие промыслом является **необходимость защиты общественности или работников, занятых на производстве**. В качестве масштаба в данном случае выступает принцип соразмерности: запрет на занятие промыслом является крайней мерой и подлежит применению только в случае, когда другие способы воздействия не приносят должного результата. Прежде чем закрыть производство, необходимо проверить, возможно ли продолжение промысловой деятельности путем замены недобросовестного представителя добросовестным (см. абз. 2 § 35, § 45 Промыслового уложения). В зависимости от обстоятельств, в качестве более мягкой меры также может выступать частичный запрет или запрет труда лиц, обязанных делать взносы в фонд социального страхования (Sozialversicherungspflichtiger).

(3) В качестве **правового последствия** абз. 1 § 35 Промыслового уложения предусматривает обязанность государства предотвратить последующее осуществление запрещенной промысловой деятельности. Тем самым, при наличии предпосылок абз. 1 § 35 Промыслового уложения компетентные органы лишены всякой свободы усмотрения (Ermessen). Если лицо отказывается следовать решению о запрете занятия промыслом, органы власти обязаны привести решение в действие посредством закрытия производственных помещений или применения иных мер по исполнению административных решений (Verwaltungsvollstreckung). В соответствии с абз. 1 № 1 § 146 Промыслового уложения противодействие закрытию является нарушением общественного порядка (Ordnungswidrigkeit), за которым может последовать денежный штраф в размере до 5.000 Евро (абз. 3 § 146 Промыслового уложения). Согласно абз. 4 § 35 Промыслового уложения запрет действует до устранения недобросовестности; подача заявления на возобновление деятельности, как правило, возможна не ранее чем через год (п. 2).

в. Разрешение на занятие промыслом (gewerberechtliche Genehmigung)

В целях защиты общественности за осуществлением определенных видов промысловой деятельности изначально требуется более сильный контроль, чем тот, что может гарантировать обязанность извещения (§ 14 Промыслового уложения).

²² BVerwG, DVBl. 1973, 861.

²³ VG Arnsberg, NVwZ-RR 2000, 17 ff.

²⁴ BVerwGE 36, 288 ff.

аа. В промысловом праве существуют два вида разрешений: (превентивный) запрет с возможностью последующего разрешения (*präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt*) и (репрессивный) запрет с возможностью отмены запрета и освобождения от ограничений (*repressives Verbot mit Befreiungs- oder Dispensvorbehalt*).

бб. Выдача разрешения возможна только при удовлетворении определенных предпосылок. К формальным предпосылкам относится подача заявления лицом, заинтересованным в получении разрешения на осуществление промысловой деятельности (разрешение на занятие промыслом, таким образом, представляет собой административный акт, требующий содействия граждан). **Материальные предпосылки осуществления промысловой деятельности** можно подразделить на личностные и предметные:

Центральной личностной предпосылкой (*personengebundene Voraussetzung*) является добросовестность лица, осуществляющего промысловую деятельность. Для занятия отдельными видами промысла к тому же может требоваться осведомленность лица в той или иной области, профессиональная пригодность и пригодность по состоянию здоровья. К предметным предпосылкам (*sachgebundene Voraussetzungen*) относятся пригодность производственных помещений и оборудования, а также экономическая и финансовая эффективность производства в целом.

3. Разъездной (Reisegewerbe) и рыночный (Marktgewerbe) промыслы как особые формы промысловой деятельности

а. Оседлый промысел (stehendes Gewerbe) – разъездной промысел – рыночный промысел

Промысловое уложение различает три формы промысловой деятельности: оседлый промысел (§§ 14 и последующие) разъездной промысел (§§ 55 и последующие), а также ярмарочный, выставочный и рыночный промысел (§§ 64 и последующие). Основной формой осуществления промысловой деятельности при этом является оседлый промысел, охватывающий все виды промысла, за исключением тех, которые попадают под специальные категории «разъездного промысла» или «ярмарочного, выставочного и рыночного промысла» (разграничение на основании негативного критерия). При возникновении спорной ситуации, когда не ясно, к какой категории относится промысловая деятельность, сначала необходимо установить, относится ли такая деятельность к разъездному или рыночному промыслу. Если ответ на этот вопрос отрицательный, то применению подлежат §§ 14-54 Промыслового уложения; в противном случае действуют соответствующие специальные предписания.

аа. Разъездной промысел представляет собой предусмотренную в § 55 Промыслового уложения деятельность промыслового характера, осуществляемую «без предварительного поручения вне обособленного промыслового подразделения или при отсутствии такового». Особое положение разъездного промысла объясняется тем, что

законодатель по праву рассматривает данный вид промысла как сопряженный с особым общественным риском (аргумент «защиты прав потребителей» (Verbraucherschutz)) и, тем самым, требующий значительного ограничения. Ограничение свободы занятия развозным промыслом, в частности, проявляется в разрешительном характере указанной деятельности: требование наличия разрешения является общим правилом, обязанность извещения – скорее исключением (абз. 2 § 55 Промыслового уложения предусматривает необходимость получения разрешения в виде «карточки развозного промысла»). Таким образом, в данном случае используется превентивный запрет с возможностью разрешения. Исключения предусмотрены в §§ 55a, 55b, обязанность извещения в отношении определенных видов развозного промысла – в § 55c Промыслового уложения). Вместе с тем можно наблюдать возрастающую либерализацию правовых предписаний, касающихся развозного промысла. Учитывая укрепление идеи защиты прав потребителей в действующем Германском гражданском уложении²⁵ (см. §§ 312, 355 и последующие, включающие в себя право отказаться от сделки при заключении сделок на дому и потребительских договоров), необходимо поставить вопрос о необходимости специального регулирования развозного промысла в рамках Промыслового уложения. Обоснованным, однако, продолжает оставаться требование получения разрешения на занятие развозным промыслом.

бб. В отличие от развозного промысла, «ярмарочный, выставочный и рыночный промысел» не подлежит строгой регламентации, а, напротив, обладает **привилегиями** по сравнению с «обычным» оседлым промыслом. Это означает, что в отношении рыночного промысла не применяются отдельные положения Промыслового уложения. Целью предоставления привилегий является сохранение традиционной свободы рынков.

Законодатель в §§ 64-68 Промыслового уложения противопоставляет **различные формы рыночного промысла** и разграничивает их при помощи легальных определений (ярмарки, выставки, оптовый рынок, еженедельный рынок, специальный рынок, годовая ярмарка).

VI. Особенное промысловое право (Besonderes Gewerberecht)

1. Ресторанное и гостиничное право (Gaststättenrecht)

а. Понятие промысла в сфере ресторанного и гостиничного дела

Легальное определение содержится в § 1 Закона о предприятиях общественного питания и гостиничном деле. Наличие промысла в сфере ресторанного и гостиничного дела является предпосылкой применения указанного закона как специального по

²⁵ Bürgerliches Gesetzbuch: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>.

отношению к Промысловому Уложению (см. § 31 Закона о предприятиях общественного питания и гостиничном деле).

аа. Ресторанное и гостиничное право относится к оседлому виду промысла и включает в себя три основных вида деятельности: **подачу напитков, блюд** (ресторанное дело) (Schank- und Speisewirtschaften) и **размещение в гостинице** (гостиничное дело) (Beherbergungsbetriebe). Данные виды деятельности также могут комбинироваться.

бб. Определяющим критерием ресторанно-гостиничной деятельности является **доступность для каждого или для определенного круга лиц** (в частности, в случае промысловой гастрономии, «открытого» членства и т.д.). Данному критерию не отвечают частные мероприятия, празднования свадеб и т.п. Спорной является общественная доступность клубов и спортивных союзов.

б. Обязанность получения и предпосылки выдачи разрешения (Erlaubnispflicht)

аа. В соответствии с п. 1 абз. 1 § 2 Закона о предприятиях общественного питания и гостиничном деле для занятия промыслом **необходимо получение соответствующего разрешения**; абз. 2-4 § 2 предусматривают отдельные исключения из этого правила. Предпосылки выдачи разрешения урегулированы в абз. 1 § 4 Закона о предприятиях общественного питания и гостиничном деле. В качестве так называемых личностных предпосылок выступают добросовестность лица, осуществляющего промысловую деятельность (абз. 1 № 1 § 4), и доказательство наличия соответствующих познаний в сфере продовольственного права (абз. 1 № 4 § 4). Предметными материальными предпосылками являются пригодность помещений для занятия промыслом (абз. 1 № 2 § 4), оснащение помещений в соответствии с положениями о лицах с ограниченными возможностями (абз. 1 № 2а § 4), а также определенное местоположение промысла (абз. 1 № 3 § 4).

бб. Важную роль также играют **дополнительные условия** (Nebenbestimmungen) выдачи разрешения на занятие ресторанным и гостиничным делом. Так, в соответствии с абз. 2 § 3 Закона о предприятиях общественного питания и гостиничном деле возможно ограничение срока действия разрешения. Кроме того, § 5 Закона о предприятиях общественного питания и гостиничном деле предусматривает не только возможность установления условий по смыслу абз. 2 № 4 § 36 Закона об административных процедурах, но и так называемых «последующих» условий и обязательств, которые, по сути, представляют собой последующее изменение порядка действия разрешения.

вв. Абз. 1 § 15 Закона о предприятиях общественного питания и гостиничном деле содержит открытый перечень оснований **отмены** (Rücknahme) разрешения. Наряду с указанным параграфом, продолжают действовать общие положения § 48 Закона об административной процедуре, применяемые при наличии оснований абз. 1 № 2-4 § 4

Закона о предприятиях общественного питания и гостиничном деле. Абз. 1 § 15 Закона о предприятиях общественного питания и гостиничном деле содержит отсылку только к абз. 1 № 1 § 4, так как только в этом случае абз. 1 § 15 применяется как императивная норма. Во всех иных случаях применение правовых последствий входит в пределы усмотрения органов власти в соответствии с § 48 Закона об административной процедуре.

Абз. 2 и 3 § 15 Закона о предприятиях общественного питания и гостиничном деле исчерпывающим образом регулируют **отзыв** (Widerruf) (изначально) правомерного разрешения. § 49 Закона об административной процедуре²⁶ в данном случае не применяется.²⁷

2. Ремесленное право (Handwerksrecht)

а. Основы правового регулирования

Ремесленное уложение, включая приложения, обеспечивает более детальное регулирование нежели, к примеру, Закон о предприятиях общественного питания и гостиничном деле. Основные принципы немецкого ремесленного права находятся в §§ 1-20 (I часть) Ремесленного уложения. Данные принципы были существенно изменены в ходе так называемой Большой ремесленной реформы конца 2003 г. Следствием реформы была дальнейшая либерализация и приближение действующего ремесленного права к европейским правовым стандартам.

б. Определение понятия ремесла, для занятия которым требуется регистрация, содержится в абз. 1, 2 § 1 Ремесленного уложения. Учитывая взаимосвязанность абз. 1, 2 § 18 и § 1 Ремесленного уложения, данное понятие также имеет значение для занятия ремеслом, не требующим регистрации, и для осуществления деятельности со схожим ремесленно-промысловым характером. Понятие ремесла, для занятия которым требуется регистрация, включает в себя следующие признаки:

аа. Для того, чтобы считаться ремеслом, деятельность должна рассматриваться в качестве такового (Handwerksfähigkeit) в соответствии с законом. Это означает, что фактически осуществляемая деятельность должна полностью или, по крайней мере, в своей «существенной части» соответствовать видам промысла, перечисленным в Приложении А. При этом решающую роль играет «характеристика в качестве профессии» („Berufsbild“) (см. § 45 Ремесленного уложения). При отсутствии таковой осуществляемая деятельность рассматривается как так называемое неполноценное ремесло или «кустарный промысел» (Minderhandwerk oder „Kleingewerbe“) (разграничение на основании негативного критерия в п. 2 абз. 2 § 1 Ремесленного уложения).

²⁶ Verwaltungsverfahrensgesetz: <http://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/>.

²⁷ BVerwGE 81, 74.

бб. Деятельность должна обладать ремесленным характером (Handwerksmäßigkeit). Разграничение ремесла от других форм экономической активности не всегда является простой задачей. Решающее значение при разграничении от так называемого промышленного предприятия имеет «общая картина деятельности» (Gesamtbild der Tätigkeit). Признаками, свидетельствующими о занятии промыслом, в данном случае могут являться незначительное разделение труда, небольшие капиталовложения, использование обслуживающей функции машин, небольшие размеры предприятия, местный рынок сбыта. В случае если деятельность не обладает ремесленным характером, применению подлежит Промысловое, а не Ремесленное уложение.

в. Внесение записи в список ремесленных предприятий (Eintragung in die Handwerksrolle) и оговорка о мастере (Meistervorbehalt)

аа. В соответствии с п. 1 абз. 1 § 1 Ремесленного уложения для внесения записи в список ремесленных предприятий требуется **особое промыслово-правовое разрешение** (spezielle gewerberechtliche Erlaubnis). Легальное определение списка ремесленных предприятий при этом содержится в § 6 Ремесленного уложения. Абз. 1, 2 § 16 Ремесленного уложения указывают на двойную обязанность извещения.

бб. Предпосылкой внесения записи, согласно абз. 1, 1a § 7 Ремесленного уложения, как правило, является сдача руководителем производства экзамена на звание мастера. Исключения из этого правила предусмотрены в абз. 3 § 7 и § 8 (выдача разрешения в порядке исключения) (Ausnahmebewilligung). В заключение, § 9 в связи с Европейским ремесленным уложением²⁸ предоставляет гражданам ЕС определенные привилегии, основанные на гарантии свободы учреждений.

вв. Спорным, однако, (все больше) представляется **вопрос о совместимости требования сдачи экзамена на мастера с положениями ОЗ**, в особенности, с абз. 1 ст. 12 ОЗ. Является ли эффективность немецкого ремесла как общественного блага достаточным оправданием посягательства на вторую ступень свободы профессиональной деятельности? В данном случае необходимо различать абсолютные и относительные общественные ценности (общественная опасность, с одной стороны, и уровень производительности ремесла, с другой). Решающее значение при этом играет предотвращение опасностей для жизни и здоровья третьих лиц как абсолютное общественное благо.

гг. В качестве **санкции** за невнесение записи, несмотря на соответствующее требование абз. 3 и 9 § 16 Ремесленного уложения, выступает запрет занятия ремеслом

²⁸ Verordnung über die für Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz geltenden Voraussetzungen für die Ausübung eines zulassungspflichtigen Handwerks (EU/EWR-Handwerk-Verordnung - EU/EWRHwV): https://www.gesetze-im-internet.de/eu_ewrhvw_2016/BJNR050900016.html.

с последующим закрытием производства (решение о запрете охватывается свободой усмотрения органов власти, принимающих решение в зависимости от того, имело ли нарушение формальный или материальный характер). Помимо этого, § 117 Ремесленного уложения предусматривает возможность наложения денежного штрафа в качестве санкции за нарушение общественного порядка.

г. Ремесленные подсобные и вспомогательные предприятия (handwerkliche Neben- und Hilfsbetriebe)

В отношении подсобных и вспомогательных предприятий действуют специальные положения № 3 § 2, § 3 Ремесленного уложения. Основное предприятие не должно одновременно являться промысловым предприятием. В данном случае, однако, требуется осуществление промысловой деятельности подсобным предприятием, так как в противном случае Промысловое и Ремесленное уложения не применяются. Определение понятия **подсобного производства** дается в абз. 1 § 3 Ремесленного уложения.

3. Транспортный промысел (Verkehrsgewerbe)

а. Понятие «права транспортного промысла»

Под правом транспортного промысла понимается совокупность публично-правовых предписаний, регулирующих перевозку пассажиров и грузов по земле, воде и воздуху, осуществляемую в виде промысла. Нормы права транспортного промысла содержат, в частности, Закон о перевозке пассажиров²⁹, Закон о перевозках автомобильным транспортом³⁰, Закон о воздушных перевозках³¹ и Общий закон о железных дорогах³².

Особенностью данной отрасли права является интенсивный контроль со стороны государства, выходящий за пределы простого принятия «рыночных законов». Это объясняется тем, что транспортные перевозки зачастую связаны с особыми угрозами для общественной безопасности. Важную роль также играет необходимость соблюдения государством социально-правовых предписаний.

б. Перевозка грузов автомобильным транспортом (Güterkraftverkehr)

Предпосылкой осуществления перевозки грузов автомобильным транспортом в качестве промысла является **получение разрешения** в соответствии с § 3 Закона о перевозках автомобильным транспортом. **Определение перевозки грузов автомобильным транспортом** содержится в абз. 1 § 1; исключения для отдельных видов перевозок – в § 2 Закона о перевозках автомобильным транспортом.

²⁹ Personenbeförderungsgesetz: <http://www.gesetze-im-internet.de/pbefg/>.

³⁰ Güterkraftverkehrsgesetz: http://www.gesetze-im-internet.de/g_kg_1998/.

³¹ Luftverkehrsgesetz: <http://www.gesetze-im-internet.de/luftvg/>.

³² Allgemeines Eisenbahngesetz: http://www.gesetze-im-internet.de/aeg_1994/.

Особенностью понятия «перевозка грузов автомобильным транспортом» заключается в том, что оно является более широким, нежели общее понятие промысла, так как не требует строгого установления наличия промыслового характера. Это означает, что в конкретной ситуации могут отсутствовать признаки «нацеленности на получение прибыли» и «долгосрочности», если такое отсутствие компенсируется «профессиональностью» или, во всяком случае, «возмездностью» осуществляемой деятельности. Данная особенность, в свою очередь, учитывается в каталоге § 2 Закона о перевозках автомобильным транспортом.

«Перевозка грузов автомобильным транспортом в качестве промысла» в соответствии с абз. 4 § 1 Закона о перевозках автомобильным транспортом охватывает любые виды перевозок, за исключением так называемых внутризаводских перевозок, служащих собственным целям предприятия (абз. 1, 2 § 1 Закона о перевозках автомобильным транспортом). Внутризаводские перевозки не требуют получения разрешения (§ 9 Закона о перевозках автомобильным транспортом), однако, подлежат регистрации в порядке уведомления (см. § 10, абз. 2 § 15а Закона о перевозках автомобильным транспортом).

Предпосылки выдачи разрешения регулируются в абз. 2 § 3 Закона о перевозках автомобильным транспортом.

в. Возмездные перевозки пассажиров (Entgeltliche Personenbeförderung)

аа. Сфера применения Закона о перевозке пассажиров (см. § 1) включает в себя «возмездную или профессиональную перевозку пассажиров». При этом не требуется, чтобы перевозки обладали промысловым характером, так как признаки «нацеленности на получение прибыли» и «долгосрочности» могут и отсутствовать (см. выше применительно к перевозке грузов). Закон о перевозке пассажиров не применяется в случае передвижения «автостопом» (абз. 2 № 1 § 1 Закона о перевозке пассажиров) или при перевозке медицинским транспортом (абз. 2 № 2 § 1 Закона о перевозке пассажиров).

бб. Закон проводит различия в правовом регулировании в зависимости от вида транспорта (см. абз. 1 § 2, § 28 и последующие Закона о перевозке пассажиров), каковыми являются: трамвайный транспорт, автобусный транспорт, маршрутный автомобильный транспорт и нерегулярный автомобильный транспорт (включая такси).

вв. Обязанность получения и предпосылки выдачи разрешения регулируются в §§ 2, 9 и главным образом в § 13 Закона о перевозке пассажиров. В отношении перевозок такси действует абз. 4 § 13 Закона о перевозке пассажиров, который уже в

течение нескольких лет подвергается жесткой критике со стороны литературы и правоприменительной практики.³³

гг. Помимо органа, уполномоченного на выдачу разрешений, и транспортного предприятия, непосредственно осуществляющего перевозки, в организации **публичного общественного транспорта** участвуют органы публичной власти, ответственные за выполнение задач публичного общественного транспорта (см. абз. 3 § 8 Закона о перевозке пассажиров). Основной задачей публичного общественного транспорта является обеспечение общественной жизнедеятельности. Понятие публичного общественного транспорта содержится в абз. 1, 2 § 8 Закона о перевозке пассажиров и включает в себя передвижение на такси и арендованных автомобилях.

VII. Экономическое самоуправление (*Selbstverwaltung der Wirtschaft*)

1. Общая характеристика

Экономическое управление большей частью осуществляется государственными органами и ведомствами, и тем самым, непосредственно самим государством. В некоторых сферах экономики, а именно в промышленности, торговле, ремесле и отчасти в сельском хозяйстве, наряду с непосредственным государственным управлением применяется форма **опосредованного государственного управления** (*mittelbare Staatsverwaltung*). В указанных сферах публичные задачи осуществляют созданные на основании положений публичного права, но не связанные с системой непосредственного государственного управления, самостоятельные носители публичной власти – так называемые палаты (*Kammern*). Палаты являются корпорациями публичного права и осуществляют свою деятельность в соответствии с действующим законодательством.

Экономическое самоуправление не осуществляют **палаты свободных профессий**, т.е. палаты, основанные на членстве врачей, зубных врачей, аптекарей, аудиторов и адвокатов. Они работают по принципу корпоративного самоуправления, которое, однако, не охватывает экономическую область, так как члены палат не занимаются промыслом, а предоставляют общественно важные услуги (см. выше применительно к понятию промысла).

2. Принудительное членство (*Zwangsgliedschaft*) в палатах

Все палаты основаны на **принудительном членстве**. Это означает, что любое лицо, осуществляющее промысловую деятельность в пределах района, подконтрольного той

³³ Верховный административный суд (*BVerwG*, DÖV 1988, 923 ff.), развивая позицию *BVerwGE* 64, 238 ff., установил ограничение свободы усмотрения властей, уполномоченных на выдачу разрешений, при рассмотрении вопроса об угрозе «функциональности местного промысла такси».

или иной палате, становится членом такой палаты вне зависимости от собственного желания или воли. Принцип принудительного членства закреплен в законе. Так, принудительное членство в торгово-промышленных палатах нормировано в абз. 1 § 2 Закона о торгово-промышленных палатах³⁴. Совместимость данного принципа с ОЗ³⁵ большей частью признается как в правоприменительной практике³⁶, так и в литературе.

В основе **сомнений**, возникающих по поводу конституционно-правовой допустимости принудительного членства, лежат ст. ст. 9, 12 и абз. 1 ст. 2 ОЗ. С европейской точки зрения значение имеют ст. ст. 49, 56 ДФЕС.

VIII. Субсидирование экономической деятельности (Subventionierung wirtschaftlicher Tätigkeit)

1. Субсидирование и «экономический строй» („Wirtschaftsverfassung“)

Субсидирование экономической деятельности представляет собой **крайне спорный инструмент государственной экономической политики**, который зачастую «скрипя зубами» принимается как «необходимое зло», без которого невозможно существование рыночного экономического строя. В целом предоставление субсидий, т.е. государственной финансовой помощи, необходимо рассматривать как незаменимую меру, которая сама по себе не является чем-то плохим или противоречащим законам рынка. Причина столь резкой критики субсидирования как меры экономического стимулирования заключается в том, что в прошлом (и частично в настоящем) эта мера нередко неверно применялась или служила объектом злоупотребления, в частности, с целью получения поддержки во время выборов.

Субсидирование экономической деятельности имеет **связь с «надстройкой»**. Речь идет об отношении государства и экономики, которое не раз менялось на протяжении истории. Переломным моментом стал переход от либерального правового государства XIX века к социальному правовому государству XX века. Как уже было отмечено, ОЗ не предусматривает единой концепции экономического строя (к примеру, «социальную рыночную экономику»). Тем не менее, социальное государство может и должно регулировать экономические процессы. Это, по сути, представляет собой «социальную рыночную экономику». Мерой воздействия при этом является продуманная, применяемая в особых случаях политика экономического стимулирования в виде предоставления субсидий (в частности, для ускорения процесса адаптации после воссоединения Германии, поддержки структурно слабых регионов или структурных преобразований).

³⁴ Gesetz zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- und Handelskammern: <http://www.gesetze-im-internet.de/ihkg/>.

³⁵ См. *Frotscher/Kramer*, *Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Rn. 555 ff.; *BVerfG*, *NVwZ* 2002, 335 ff.; *Kluth*, *NVwZ* 2002, 298 ff.; *Jahn*, *JuS* 2002, 434 ff.

³⁶ Начиная с *BVerfGE* 15, 235 ff.

Стоит отметить, что при предоставлении субсидий «государство меньше вмешивается в экономику, нежели экономика в государство».³⁷

2. Понятие субсидии (Subvention)

«Субсидиями являются финансовые выплаты, выделяемые частным лицам носителями административной власти для достижения определенных экономических или общественно-политических целей».³⁸

Субсидии можно охарактеризовать, используя следующие четыре компонента: **Уполномоченной на предоставление субсидий** является публичная власть. **Получателями субсидий** могут быть только физические и юридические лица частного права. **Предоставление субсидии** представляет собой финансовую выплату, не требующую встречного исполнения. **Цель субсидии** может носить не только экономический, но и общественно-политический характер (цели субсидий не ограничены экономической сферой).

3. Отношения, возникающие по поводу предоставления субсидии, являются критерием разграничения субсидий в узком административно-правовом смысле и налоговых льгот, также рассматриваемых как «щадящие субсидии» или субсидии в широком смысле. Налоговые льготы влекут за собой иные правовые проблемы, нежели те, которые возникают в случае прямых выплат (например, в форме безвозвратной ссуды и кредита по выгодной процентной ставке). По данной причине дальнейшему рассмотрению подлежат только субсидии в узком административно-правовом смысле (по вопросу разграничения прямой финансовой помощи и налоговых льгот, см. отчеты о субсидиях, а также абз. 1, 2 § 12 Закона о содействии экономике).

4. Теория двух ступеней (Zweistufentheorie) в административном частном праве

Как **административное частное право** (или казенное управление в широком смысле) понимается область административных действий, осуществляемых для выполнения публичных задач с использованием частно-правовых форм деятельности, или, более кратко, выполнение административных задач в частно-правовой форме. Возможность выбора частно-правовой формы предоставляется публичной власти только в рамках предоставления публичных услуг («свобода выбора»).

Если органы публичной власти выбирают частно-правовую форму, то в соответствии с **теорией двух ступеней** необходимо различать: «будет ли мера приведена в действие» (первая ступень) („Ob“) и «каким образом мера будет приведена в действие» (вторая ступень) („Wie“). Данное разграничение является типичным для субсидирования экономической деятельности. Процедура предоставления субсидии

³⁷ Götz, цитата в Badura, *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung*, S. 305.

³⁸ Frotsher/Kramer, *Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Rn. 481.

начинается с принятия публичного распоряжения о праве на получение субсидии, дальнейшее исполнение публичного обязательства оформляется – как правило, при участии банка – в виде частно-правового договора займа. Споры чаще всего возникают на первой ступени, в отношении которой действует административное право. Судебная защита в данном случае осуществляется в административно-правовом порядке. Теория двух ступеней не применяется, если речь идет о так называемой «потерянной» субсидии (*verlorener Zuschuss*) (отношение, возникающее по поводу предоставления субсидии, в данном случае имеет всего одну ступень). Отдельные авторы также придерживаются точки зрения о том, что предоставление субсидий оформляется публично-правовым договором (административный договор) (*Verwaltungsvertrag*) в соответствии с § 54 и последующими Закона об административной процедуре.

5. Правовая защита конкурентов

Административные действия органов публичной власти влекут за собой правовые последствия для лиц, чьи интересы непосредственно затрагиваются такими действиями, т.е. для адресатов административных действий. Однако, при внимательном рассмотрении очевидным представляется тот факт, что многие меры по предоставлению публичных услуг (*Leistungsverwaltung*) одному лицу одновременно представляют собой «посягательство» в отношении третьих лиц, негативно влияющее на их общеправовую позицию. В этом смысле любое предоставление субсидии одновременно является «посягательством» на рыночные процессы и на сферу деятельности других предпринимателей. Речь в данном случае может идти о благоприятствующих административных актах с обременяющим действием в отношении третьих лиц.

При возникновении спорных ситуаций в области предоставления субсидий используется «конкурентный иск» (*Konkurrentenklage*), который во многом схож с «соседским иском» (*Nachbarklage*), применяемым в строительном праве. *Федеральный административный суд*³⁹ предоставил конкуренту возможность обжалования предоставления субсидии, если он докажет, что «его охраняемые интересы произвольно не были приняты во внимание». Субсидия может представлять собой посягательство на свободу конкуренции третьих лиц (*Wettbewerbsfreiheit*), защищаемую абз. 1 ст. 2 ОЗ. Такое посягательство, однако, встречается довольно редко, так как конкурент чаще всего сам обладает правом требовать финансовую поддержку со стороны государства. Если такое право не вытекает напрямую из закона или правил органа, рассматривающего заявки на предоставление субсидий, конкурент может обратиться в суд с иском о принуждении к выполнению обязательства (*Verpflichtungsklage*), ссылаясь при этом на абз. 1 ст. 3 ОЗ, гарантирующий равенство участников экономических отношений. Подача (негативного) конкурентного иска возможна только в случае отсутствия равенства между получателем субсидии и третьими лицами.

³⁹ *BVerwGE* 30, 191 ff.

Об авторе:



Профессор д-р Урс Крамер является владельцем учебной кафедры публичного права в Университете Пассау. Основной сферой его исследований, помимо прочего, является публичное экономическое право. Кроме того, он интересуется сравнительным правоведением в области немецкого и русского права и занимается преподавательской деятельностью в рамках немецкоязычной учебной программы по немецкому праву в Сибирском федеральном университете, а также магистратуры «Частное и публичное экономическое право» свободного университета Берлин в Москве. Контакт: urs.kramer@uni-passau.de.

Autoreninfo:

Prof. Dr. Urs Kramer ist Inhaber der Lehrprofessur für Öffentliches Recht an der Universität Passau. Seine Forschungsschwerpunkte liegen unter anderem im Öffentlichen Wirtschaftsrecht. Er ist darüber hinaus sehr am deutsch-russischen Rechtsvergleich interessiert und engagiert sich als Dozent etwa bei einem deutschsprachigen Studiengang zum deutschen Recht an der Sibirischen Föderalen Universität sowie beim Masterstudiengang „Privates und Öffentliches Wirtschaftsrecht“ der Freien Universität Berlin in Moskau. Kontakt: urs.kramer@uni-passau.de.

Правовые основы охраны культурного наследия в Германии

Rechtsgrundlagen des Schutzes des kulturellen Erbes in der Bundesrepublik Deutschland

Д-р Д-р Дмитрий Давыдов
(Dr. Dr. Dimitrij Davydov)

Der Beitrag stellt die Grundzüge des Denkmalrechts in der Bundesrepublik Deutschland dar. Behandelt werden die Organisationsstruktur, die wichtigsten Verfahren sowie die besonderen Fragen des Schutzes von UNESCO-Welterbestätten.

I. Разграничение полномочий в сфере охраны культурного наследия

В Германии законодательство в сфере охраны объектов культурного наследия, как и культурное законодательство в целом, относится к исключительным полномочиям федеральных земель. На федеральном уровне регулируется только вывоз объектов «национального культурного достояния» (т. е. движимых культурных ценностей, занесенных в особый реестр) за рубеж.¹ Все прочие аспекты государственной охраны культурных ценностей регулируются законодательством федеральных земель (Bundesländer), в каждой из которых существует свой собственный закон об охране памятников (Landesdenkmalschutzgesetz). На федеральном уровне региональные механизмы государственной охраны культурного наследия лишь дополняются программами финансирования отдельных объектов наследия из федерального бюджета, составлением и реализацией которых занимается Уполномоченный Федерального Правительства по вопросам культуры и СМИ (Beauftragter der Bundesregierung für Kultur und Medien).²

¹ Речь идет о Законе об охране культурного достояния (Gesetz zum Schutz von Kulturgut – Kulturgutschutzgesetz) от 31.06.2016, регулиующем защиту объектов национального культурного достояния от вывоза за рубеж, возврат незаконно ввезенных на территорию Германии или незаконно вывезенных с территории других государств аналогичных предметов, а также некоторые особенности гражданского оборота культурных ценностей на территории Германии Текст закона на немецком: <http://www.gesetze-im-internet.de/kgsg/index.html>.

² Так, в рамках федеральной программы «Памятники культуры национального значения» (Programm „National wertvolle Kulturdenkmäler“) производится финансовая поддержка памятников архитектуры, археологических памятников и исторических садов и парков, выдающимся образом отображающих национально значимые события и развитие культурных ландшафтов Германии. С 1950 по 2012 г. из средств программы были отреставрированы более 600 памятников культуры на общую сумму в 342 миллиона евро.

II. Структура администрации в сфере охраны культурного наследия

Ввиду вышеуказанного распределения полномочий между федерацией и её субъектами, в Германии не существует федеральных органов власти, отвечающих за государственную защиту объектов культурного наследия. Таким образом, вопросы охраны, сохранения и популяризации объектов культурного наследия относятся к полномочиям органов государственной власти федеральных земель. Определенную координацию региональных структур на федеральном уровне осуществляют Постоянная Конференция Министров Культуры федеральных земель (Ständige Konferenz der Kultusminister der Länder in der Bundesrepublik Deutschland),³ Германский Национальный Комитет по охране памятников (Deutsches Nationalkomitee für Denkmalschutz),⁴ а также межрегиональные объединения специализированных ведомств в сфере охраны архитектурного и археологического наследия,⁵ т. е. организации, не наделенные властными полномочиями.

Для системы администрации в сфере охраны наследия практически во всех федеральных землях характерно разделение на органы охраны памятников (Denkmalschutzbehörden), обладающие исполнительно-распорядительными функциями, и специализированные (экспертные) ведомства (Denkmalfachbehörden), занимающиеся вопросами сохранения объектов наследия.⁶ Органы охраны памятников находятся, как правило, на местном (муниципальном) или районном уровне. В их компетенцию входит, к примеру, выдача разрешений на проведение ремонтных и реставрационных работ, выдача предписаний о проведении восстановительных работ и привлечение к административной ответственности в случае нарушений законодательства по охране культурного наследия. К полномочиям специализированных ведомств, находящихся на региональном уровне, относится: выявление объектов наследия, изучение и популяризация наследия, разработка методических основ сохранения памятников, проведение археологических полевых работ (разведок и раскопок) и проведение историко-культурной экспертизы по всем вопросам, касающимся охраны и сохранения объектов наследия.

Между органами охраны памятников и региональными экспертными ведомствами законом установлены механизмы взаимодействия (verwaltungsinterne Beteiligung): перед тем, как принять то или иное решение, например, выдать разрешение на проведение ремонтных работ или санкционировать застройку на территории ансамбля, орган охраны должен представить проект решения на рассмотрение в региональное экспертное ведомство. В зависимости от законодательства конкретной федеральной земли, экспертное ведомство может высказать замечания или рекомендации или отклонить проект решения и отправить его на доработку.

³ <http://www.kmk.org>

⁴ <http://www.dnk.de>

⁵ Имеются в виду Объединение земельных хранителей в ФРГ (Vereinigung der Landesdenkmalpfleger in der Bundesrepublik Deutschland) и Союз земельных археологов в ФРГ (Verband der Landesarchäologen in der Bundesrepublik Deutschland).

⁶ Подобного разграничения не существует только в Гамбурге и Сааре.

Организация системы администрации в сфере защиты культурного наследия связана с размерами территории конкретной федеральной земли и количеством объектов наследия, нуждающихся в государственной охране, как это можно продемонстрировать на примере законодательства земель Северный Рейн-Вестфалия и Берлин.⁷ Структура администрации в сфере охраны и сохранения культурного наследия в федеральной земле Северный Рейн-Вестфалия (являющейся четвертой по площади и первой по количеству населения) предусматривает вертикаль исполнительной власти, состоящую из органов охраны объектов наследия трех уровней: высшего уровня (министерство строительства), среднего уровня (окружная или районная администрация) и нижнего уровня (муниципальная администрация). Особенностью законодательства данной федеральной земли является организация нижней ступени органов охраны памятников (untere Denkmalschutzbehörden) на уровне муниципальных образований. Таким образом, на территории земли насчитывается 396 муниципальных управлений по охране памятников (по количеству муниципальных образований). Специализированные ведомства в этой федеральной земле интегрированы в региональные объединения Вестфалия-Липпе (Landschaftsverband Westfalen-Lippe)⁸ и Рейнланд (Landschaftsverband Rheinland)⁹. Их деятельность носит консультативный характер.

В городе Берлин, который одновременно является федеральной землей, вертикаль исполнительной власти в сфере охраны наследия состоит из органов охраны памятников двух уровней: высшего уровня (управление градостроительного развития сената города Берлин) и нижнего уровня (отделов охраны памятников в администрациях городских районов). Специализированное ведомство (Landesdenkmalamt Berlin) подчинено сенату города Берлина. Районные управления должны согласовывать с ним свои решения.

III. Объект охраны

Основное понятие германского законодательства в сфере охраны культурного наследия – термин «памятник» (Denkmal). Несмотря на различные формулировки в законах об охране памятников федеральных земель – просто «памятник» и «памятник культуры» (Kulturdenkmal) – представление о том, какого рода предметы подлежат государственной охране, почти во всех федеральных землях совпадает. Речь идет о движимых и недвижимых предметах, а также фрагментах предметов и совокупностях предметов, представляющих историческую, художественную, научную (в т. ч. этнографическую), историко-техническую или градостроительную ценность. В качестве отдельных категорий охраняемых объектов законодательство выделяет

⁷ Текст Закона об охране памятников земли Северный Рейн - Вестфалия (DSchG NRW) от 11.03.1980 на немецком языке: https://recht.nrw.de/lmi/owa/br_text_anzeigen?v_id=5720031106092634017; Текст Закона об охране памятников в Берлине (DSchG Bln) от 24.04.1995 на немецком языке: http://gesetze.berlin.de/jportal/portal/t/han/page/bsbeprod.psm!?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=1&fromdoctodoc=yes&doc.id=jlr-DSchGBE1995rahmen&doc.part=X&doc.price=0.0&doc.hl=1#focuspoint

⁸ <https://www.lwl.org/dlbw>

⁹ <http://www.denkmalpflege.lvr.de>

памятники архитектуры (Baudenkmäler), памятники археологии (Bodendenkmäler), ансамбли (Ensembles), а также движимые памятники (bewegliche Denkmäler). Архитектурными памятниками являются строительные сооружения, их части и совокупности, представляющие общественный интерес в силу вышеуказанного историко-культурного значения. К ним относятся жилые строения, административные здания, промышленные и технические сооружения, объекты фортификации. К архитектурным памятникам приравниваются также творения садово-паркового зодчества и прочие исторически значимые ландшафтные элементы. В категорию памятников археологии входит широкий спектр объектов, свидетельствующих как о доисторической флоре и фауне,¹⁰ так и об эпохах развития человечества, начиная от каменного века и заканчивая Второй Мировой Войной. Под движимыми памятниками подразумеваются любые движимые предметы, обладающие историко-культурной ценностью. К этой категории охраняемых объектов могут относиться полотна старых мастеров, коллекции насекомых или монет, старинные локомотивы или парусники. В качестве ансамблей под охрану государства принимаются, как правило, комплексы исторических построек, такие как исторические центры городов и рабочие поселки эпохи промышленной революции.

Подразделение объектов наследия на более и менее ценные/значимые существует лишь в законодательстве земли Баден-Вюртемберг, где в отношении простых памятников культуры и особо значимых памятников культуры действуют разные правила охраны. Во всех прочих федеральных землях для всех объектов наследия предусмотрен одинаковый охранный режим. Дополнительного подразделения объектов культурного наследия на памятники регионального или местного значения в законодательстве не предусмотрено.

IV. Постановка на государственную охрану

Процедура постановки объектов наследия на государственную охрану (Unterschutzstellung) в законодательстве федеральных земель урегулирована неоднородно. В любом случае выявленный объект заносится в специальный реестр (Denkmalliste или Denkmaltbuch), который ведется либо на региональном, либо на местном уровне. При этом правовые последствия регистрации выявленного объекта зависят от действующей в данной федеральной земле системы охраны объектов культурного наследия. В настоящий момент существует две системы охраны объектов наследия: декларативная (deklaratorisches System) и правоопределяющая (konstitutives System).

Большинство федеральных земель придерживается т. н. декларативной системы, при которой идентификация специализированным ведомством того или иного предмета в качестве объекта наследия автоматически (ipso lege) ведет к распространению на данный объект предусмотренного в законе охранный режима. Таким образом, предмет, выявленный специализированным ведомством как объект культурного наследия,

¹⁰ Законодательство Баварии исключает окаменелости из разряда объектов культурного наследия.

включается в реестр памятников, однако это включение носит декларативный характер. Внесение объекта в реестр не является административным актом (Verwaltungsakt) и, соответственно, не может быть оспорено в суде. Собственник выявленного и включенного в реестр объекта может обратиться в административный суд (Verwaltungsgericht) с иском о признании правоотношения (Feststellungsklage), направленным на выяснение правового статуса объекта, или же спровоцировать подобное выяснение, подав заявление о выдаче разрешения на снос объекта и оспорив в суде отказ.¹¹

В рамках т. н. правоопределяющей системы охраны само выявление объекта наследия в результате историко-культурной экспертизы не ведет автоматически к его охране. Здесь специализированное ведомство, выявившее объект наследия, лишь рекомендует включить его в реестр объектов наследия. Включение объекта осуществляется органом исполнительной власти и представляет собой административный акт. Собственник объекта получает извещение о решении включить принадлежащий ему объект в реестр. Это решение он может опротестовать в административном (Widerspruch) и/или судебном (Anfechtungsklage) порядке.¹² Только после истечения срока подачи протеста/иска или после окончательного решения судебной инстанции, решение о включении объекта в реестр вступает в законную силу. Лишь после этого на объект наследия распространяется охранный режим (т. е. включение объекта в реестр носит правоопределяющий характер).

Согласно определению Федерального Административного Суда (Bundesverwaltungsgericht),¹³ обе системы охраны соответствуют положениям Основного Закона ФРГ (Grundgesetz) и не ущемляют конституционные права собственников свыше допустимой меры.¹⁴

V. Процедура оформления разрешений в органах охраны памятников

Одной из основных правовых процедур в сфере государственной охраны объектов культурного наследия является процедура получения памятникоохранных разрешений (denkmalrechtliches Erlaubnisverfahren). Собственнику объекта культурного наследия, желающему провести ремонтные или реставрационные работы или работы по приспособлению объекта для современного использования, требуется специальное разрешение (denkmalrechtliche Erlaubnis) органа исполнительной власти, отвечающего за охрану культурного наследия. Заявление собственника должно сопровождаться необходимой проектной документацией (см. § 26 Закона об охране памятников земли

¹¹ См. статью «Административный процесс в Германии» (А. Бергер / Н. Веш) в «Сборнике статей о праве Германии», выпуск № 1 (2015), с. 32-47, <http://www.drjv.org/index.php/literatur.html>.

¹² Предусмотренное в федеральном Законе об административных судах предварительное производство (Vorverfahren), предшествующее оспариванию административных актов в суде, в ряде земель было отменено. Таким образом, адресату решений органов охраны памятников отмены этих решений следует добиваться непосредственно в суде.

¹³ <http://www.bundesverwaltungsgericht.de/>.

¹⁴ Федеральный Административный Суд, Постановление от 09.10.1997 по делу № 6 В 42.94 (BVerwG, Beschluss vom 09.10.1997, Az.: 6 В 42/94).

Северный Рейн-Вестфалия). Если целью заявителя является разрушение (снос) объекта наследия, заявление должно сопровождаться документацией, доказывающей, что частные интересы заявителя или общественные интересы в данном случае перевешивают общественный интерес, направленный на сохранение объекта. В частности, если заявитель ссылается на убыточность (Unrentierlichkeit) объекта наследия, ему необходимо предъявить заключение финансово-экономической экспертизы, из которого следует, что расходы по содержанию объекта не компенсируются доходами от его эксплуатации (Wirtschaftlichkeitsberechnung).

На основании проектной или иной предоставленной заявителем документации орган исполнительной власти (Denkmalschutzbehörde) составляет проект разрешения, который отправляется на согласование в специализированное ведомство (Denkmalfachbehörde). Согласованный вариант разрешения (с рекомендованными специализированным ведомством условиями и техническими требованиями) направляется заявителю. Контроль над проведением работ осуществляет орган исполнительной власти.

VI. Меры административного воздействия

В случае бесхозяйственного содержания объекта наследия собственником объекта орган исполнительной власти, после согласования со специализированным ведомством, выдает предписание о проведении ремонта находящегося в запустении объекта (Erhaltungsanordnung). При этом, руководствуясь действующим в германском административном праве принципом пропорциональности (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz), органы, как правило, ограничивают предъявляемые собственнику требования, обязывая его провести только наиболее необходимые и неотложные ремонтные работы. В случае проведения собственником несанкционированных ремонтных или иных работ на территории объекта наследия органом исполнительной власти выдается предписание о прекращении незаконных работ (Stilllegungsverfügung) и восстановлении статуса-кво (Wiederherstellungsanordnung). Предписание может сопровождаться угрозой применения мер административного принуждения, таких как административный штраф (Zwangsgeld). В случае неподчинения, вместо наложения штрафа, орган исполнительной власти может произвести необходимые работы за счёт собственника (Ersatzvornahme).

Принудительное отчуждение объекта наследия (Enteignung) разрешается законодательством как исключительная мера только в случае, если все остальные меры воздействия не привели к желаемым результатам и только при условии адекватной компенсации (см. §§ 25, 26 Закона об охране памятников земли Баден-Вюртемберг¹⁵). На практике случаи принудительного изъятия объектов наследия крайне редки.

¹⁵ Текст Закона на немецком языке: <http://www.landesrecht-bw.de/jportal/?quelle=jlink&query=DSchG+BW&psml=bsbawueprod.psml&max=true&aiz=true>.

VII. Конфликты с защитой частной собственности

В Германии любой объект культурного наследия может находиться как в частной, так и в публичной собственности. При этом подавляющее большинство таких объектов принадлежит частным лицам.¹⁶ В связи с этим, применение правовых инструментов охраны культурного наследия зачастую ведет к конфликтам органов власти с собственниками объектов наследия, которые нередко ссылаются на нарушение их конституционных прав, в т. ч. права частной собственности.

В законах всех без исключения федеральных земель, регулирующих государственную охрану объектов культурного наследия, содержатся схожие по содержанию предписания, обязывающие собственников отдельных объектов принимать меры по их сохранению. В законодательстве, с одной стороны, прописан принципиальный запрет на уничтожение (снос) и капитальное изменение внешнего облика и интерьера памятников (см. § 9 Закона об охране памятников земли Северный Рейн-Вестфалия) и, с другой стороны, установлены требования по содержанию памятника в надлежащем состоянии (§ 7 Закона об охране памятников земли Северный Рейн-Вестфалия). Такого рода нормы законодательства, а также принимаемые на их основании административные акты, могут существенно ограничивать полномочия собственника. Согласно практикуемому Федеральным Конституционным Судом (Bundesverfassungsgericht, в дальнейшем: ФКС)¹⁷ толкованию конституционной гарантии частной собственности (ст. 14 Основного Закона¹⁸), соответствующие нормы представляют собой т. н. «определения содержания и границ собственности» (Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums). Подобного рода ограничения собственности, с точки зрения ФКС, в принципе, оправданы высоким общественным значением культурного наследия и, как правило, должны быть приняты собственниками объектов наследия безо всякой компенсации со стороны государства. При этом, в исключительных случаях, вытекающее из обязательств конкретного собственника финансовое бремя может выходить за рамки допустимой в свете гарантии частной собственности нагрузки. Поскольку ФКС запрещает законодателю затрагивать сущность гарантии частной собственности, к которой ФКС относит рентабельность объекта собственности, то в случае, если у собственника – в результате налагаемых на него обязанностей по содержанию объекта культурного наследия или в результате устанавливаемых в отношении него запретов – не остается возможности рентабельного использования объекта наследия, соответствующие административные акты органов охраны оказываются противозаконными.¹⁹ Конкретизируя позицию ФКС, высшие административные суды федеральных земель практически едины во мнении, что

¹⁶ Особый режим установлен только в отношении археологических находок, которые по законодательству большинства федеральных земель в момент их нахождения поступают в собственность государства (Schatzregal). В некоторых землях право собственности государства возникает только в случае обнаружения особо ценных объектов археологического наследия или в отношении находок, сделанных в рамках производимых государственными структурами археологических раскопок.

¹⁷ <http://www.bundesverfassungsgericht.de/>. См. также статью «Конституционная жалоба в Германии и структура проверки нарушения конституционных прав человека и гражданина» (А. Бергер / Н. Веш) в «Сборнике статей о праве Германии», выпуск № 1 (2015), с. 19-31, www.drjv.org/index.php/literatur.html.

¹⁸ Текст Основного Закона Германии на немецком и английском языках: www.gesetze-im-internet.de/gg/

¹⁹ BVerfGE 100, 226 (242 – 244).

решения органов охраны памятников нарушают гарантию частной собственности, если в результате этих решений 1) объект наследия оказывается убыточным (т. е. расходы по его содержанию не компенсируются доходами от эксплуатации) и 2) у собственника объекта не остается возможности продать его за приемлимую цену.²⁰

В подобных случаях органы охраны объектов наследия обязаны либо отказаться от реализации своих полномочий в отношении конкретного собственника (к примеру, отказаться от выдачи предписаний по ремонту объекта наследия) и, наоборот, полностью или частично удовлетворить требования собственника (к примеру, выдать разрешение на снос объекта наследия), либо компенсировать обременения, выходящие за рамки приемлемого. В качестве компенсации собственнику могут быть предоставлены субсидии,²¹ возмещающие разницу между расходами на содержание объекта и доходами от его эксплуатации. Возможен также выкуп памятника государством по рыночной цене.²²

VIII. Охрана всемирного культурного наследия ЮНЕСКО

Отдельным вопросом является государственно-правовая охрана объектов, включенных в список всемирного наследия ЮНЕСКО в соответствии с Конвенцией ЮНЕСКО об охране всемирного культурного и природного наследия (*Übereinkommen zum Schutz des Kultur- und Naturerbes der Welt*), принятой в 1972 году. В настоящий момент на территории Германии 40 объектов имеют статус всемирного культурного наследия ЮНЕСКО. При этом правовой статус подобных объектов не прописан ни в федеральном законодательстве, ни в законодательстве федеральных земель, за исключением законов об охране памятников в землях Нижняя Саксония, Рейнланд-Пфальц, Саксония-Ангальт и Шлезвиг-Гольштейн (в которые в последние годы были внесены соответствующие изменения). В результате отсутствия четкого определения правового статуса и охранного режима, распространяющегося на объекты ЮНЕСКО,²³ в прошлом неоднократно возникали юридические споры по поводу допустимости тех или иных инфраструктурных проектов на территории или в непосредственной близости объектов всемирного культурного наследия.²⁴

Как следует из статьи 25 Основного Закона ФРГ, только «общепризнанные принципы международного права» являются составной частью Федерального

²⁰ См. к примеру: Высший административный суд земли Северный Рейн-Вестфалия, решение от 27.06.2013 по делу № 2 А 2668/11 (OVG NRW, Urteil vom 27.06.2013, Az.: 2 А 2668/11).

²¹ Помимо безвозвратных ссуд (*Zuschüsse*) в качестве компенсационных механизмов играют роль налоговые льготы (*Steuervorteile*) и кредиты под льготный процент (*zinsvergünstigte Darlehen*).

²² См. подробнее: Комментарий к закону об охране памятников земли Северный Рейн-Вестфалия (Davydov D./Hönes E.-R./Ottens T./Ringbeck B. *Denkmalschutzgesetz Nordrhein-Westfalen. Kommentar*, 4. Auflage, Wiesbaden 2014), § 9, номер на полях 91.

²³ См. подробнее: Hönes, E.-R. *Welterbekonvention und nationales Recht // ICOMOS (Hrsg.), UNESCO-Welterbe in Deutschland und Mitteleuropa. Bilanz und Perspektiven, Hefte des deutschen Nationalkomitees des ICOMOS, Band 57, 2013, С. 22 – 25.*

²⁴ В частности, в 2009 году конфликт вокруг постройки автомобильного моста через Эльбу в районе города Дрездена привел к тому, что объект наследия «Дрезденская долина Эльбы» был вычеркнут из списка Всемирного Наследия.

законодательства. Согласно ст. 59 Основного Закона, международные соглашения должны быть включены в национальное законодательство посредством специального законодательного акта, т. н. трансформационного закона. При этом, если международное соглашение затрагивает сферу, относящуюся к ведению федеральных земель, то земли должны участвовать в законодательном процессе. Исключения составляют т. н. «административные соглашения» (Verwaltungsabkommen), т. е. соглашения по предметам, находящимся в ведении исполнительной власти. Иными словами, если речь идёт о предметах и сферах деятельности, которые на национальном уровне можно урегулировать без участия законодательных органов, одними подзаконными актами, то и международные соглашения не нуждаются в трансформации законодателем. Является ли Конвенция ЮНЕСКО 1972 года частью германского законодательства или нет – спорный вопрос, ответ на который зависит от того, к какой именно категории международных соглашений эта конвенция относится.

На данный момент в юридической доктрине существуют как минимум три различных толкования данного вопроса. Согласно одному из толкований, Конвенция ЮНЕСКО не представляет собой составную часть внутреннего законодательства ФРГ, поскольку в своё время не был принят специальный законодательный акт, внедряющий её в германское право. Участниками Конвенции не являются ни земли (к примеру, Саксония), ни муниципальные образования (г. Дрезден). Факт включения того или иного объекта в список Всемирного Наследия ЮНЕСКО не означает, что данный объект становится памятником в смысле земельного памятничкоохранного законодательства.

Согласно противоположной точке зрения, Конвенция действует на территории ФРГ в отношении Федерации и всех прочих органов власти (в т. ч. на земельном и муниципальном уровне). В процессе ратификации Конвенции (старые) земли принимали должное участие. Новые земли, присоединившись к ФРГ, приняли на себя существовавшие ранее международные обязательства. Специальный законодательный акт, трансформирующий Конвенцию, не был принят только потому, что – по мнению законодателя – существующие на момент принятия Конвенции нормы внутреннего законодательства уже отвечали требованиям и стандартам Конвенции. Таким образом, Конвенция представляет собой т. н. «административное соглашение». В любом случае, подавая заявку на включение того или иного объекта в список Всемирного Наследия, земельные власти таким образом дают понять, что подчиняются положениям Конвенции.

Наконец, есть и третье толкование, согласно которому Конвенция действует в отношении федеральных органов власти непосредственно, в отношении земельных и муниципальных органов власти – косвенно. В рамках применения внутреннего (в т. ч. памятничкоохранного) законодательства все органы власти обязаны учитывать требования Конвенции. Во-первых, согласно юрисдикции ФКС, Основной Закон должен трактоваться в свете международного права, в частности – в свете международных соглашений, к которым присоединилась ФРГ и, таким образом, в свете вытекающих из этих соглашений обязательств, взятых на себя государством.

Поскольку Основной Закон представляет собой венец нормативной иерархии германского права, из юрисдикции ФКС вытекает, что любые нормативные акты, будь то федерального, земельного или муниципального уровня, должны трактоваться и применяться в свете взятых на себя Германией международных обязательств. Во-вторых, в германском праве существует принцип верности (субъектов) федеральному центру (Prinzip der Bundestreue). Согласно этому принципу, органы государственной власти земельного уровня в рамках применения национального законодательства не должны допускать ситуаций, при которых Федеративная Республика Германия оказывалась бы не в состоянии выполнять взятые ею на себя международные обязательства. Равным образом принцип верности федеральному центру распространяется и на органы муниципальной власти.

Анализ юрисдикции германских судов в сфере охраны культурного наследия не позволяет выявить однозначной позиции по вопросу действия Конвенции ЮНЕСКО и правового статуса объектов Всемирного наследия. Так, к примеру, административный суд в г. Дессау (Verwaltungsgericht Dessau), рассматривая в 2001 году вопрос о правовом статусе дессау-вёрлитцкого садово-паркового ансамбля, включённого в Список всемирного культурного наследия, постановил, что положения Конвенции ЮНЕСКО не налагают на органы государственной власти каких бы то ни было конкретных правовых обязательств, а трактовка земельного законодательства в свете Конвенции выходит за пределы компетенции суда (т. е. суд озвучил первую из трёх вышеназванных позиций).²⁵

Иного мнения придерживается, по-видимому, административный суд в г. Майнингене (Verwaltungsgericht Meiningen). Своё решение о недопустимости строительства ветроэлектростанций в непосредственной близости от замка Вартбург в Тюрингии суд обосновал, кроме всего прочего, угрозой нарушения Конвенции ЮНЕСКО.²⁶ Следует отметить, что данное решение административного суда не просто приводит нормы земельного законодательства в соответствие с Конвенцией, а исходит из непосредственного действия содержащихся в ней предписаний. При этом, по мнению суда, угроза нарушения Конвенции не зависит от занесения того или иного объекта в Красный список.

Неоднозначной оказалась и позиция Высшего административного суда Саксонии (Sächsisches Obergerverwaltungsgericht), рассматривавшего дело о законности проекта строительства моста через Эльбу во второй инстанции. Истец (муниципалитет города Дрездена) был готов к диалогу с ЮНЕСКО и поиску новых решений. Ответчик (земельные власти) настаивал на реализации итогов референдума, в рамках которого большинство опрошенных граждан Дрездена проголосовали за строительство моста. Постановлением от 8 ноября 2006 года Высший административный суд приостановил судебное разбирательство и порекомендовал сторонам найти компромисс. В

²⁵ Административный суд Дессау, Решение от 06.04.2001 по делу № 2 А 424/98 DE (VG Dessau, Urteil vom 06.04.2001, Az.: 2 А 424/98 DE).

²⁶ Административный суд Майнингена, Постановление от 25.01.2006 по делу № 5 Е 386/05.Ме (VG Meiningen, Beschluss vom 25.01.2006, Az.: 5 Е 386/05.Ме).

постановлении суда говорится, что удовлетворительное судебное решение конфликта не представляется возможным, так как решение в пользу референдума отрицательно скажется на международных обязательствах Федеративной Республики Германия, в то время как решение в пользу международных обязательств неминуемо нанесёт ущерб принципу плебисцитарной демократии. Таким образом, на момент вынесения данного постановления Высший административный суд Саксонии, по-видимому, исходил из того, что Конвенция ЮНЕСКО имеет юридическую силу.²⁷ Несмотря на эту формулировку, решением суда от 9 марта 2007 года иск дрезденского муниципалитета был отклонён. На сей раз судьи остановились на том, что правомочность референдума бесспорна, в то время как действие Конвенции ЮНЕСКО на территории Германии вызывает сомнения. В итоге, суд оставил этот вопрос открытым, сославшись на то, что упрощённая процедура судопроизводства, в рамках которой рассматривался иск дрезденского муниципалитета, не позволяет вынести по данной проблеме окончательное решение.²⁸

IX. Актуальные вопросы и тенденции

В заключение остается вкратце обрисовать ряд актуальных вопросов и тенденций развития права охраны культурного наследия в Германии. К актуальным вопросам как теории права, так и правоприменительной практики следует отнести соотношение охраны культурного наследия и других публичных интересов. В качестве примера можно привести новую энергетическую политику правительства Германии (Energiewende) и решение вытекающих из неё конфликтов интересов между интенсификацией использования регенеративных видов энергии (в частности, строительством ветроэлектростанций), с одной стороны, и защитой исторического облика памятников архитектуры, ансамблей и историко-культурных ландшафтов, с другой стороны.²⁹

Не окончательно прояснена и действенность содержащихся в законах об охране памятников запретов в свете требований по безбарьерному доступу (Barrierefreiheit), вытекающих в т. ч. из международных обязательств Германии, присоединившейся к Конвенции ООН о правах инвалидов 2008 года (UN-Behindertenrechtskonvention).

Спорным по-прежнему является вопрос о границах применения права собственника объекта наследия на защиту от строительных проектов на сопредельной территории, негативно влияющих на историко-культурное значение принадлежащего ему объекта (denkmalrechtliches Abwehrrecht).³⁰ Хотя после решения Федерального

²⁷ Высший административный суд Саксонии, Постановление от 08.11.2006 по делу № 4 BS 216/06 (Sächsisches OVG, Beschluss vom 08.11.2006, Az.: 4 BS 216/06).

²⁸ Высший административный суд Саксонии, Постановление от 09.03.2007 по делу № 4 BS 216/06 (Sächsisches OVG, Beschluss vom 09.03.2007, Az.: 4 BS 216/06).

²⁹ См. подробнее: Davydov, D. Förderung erneuerbarer Energien zu Lasten des kulturellen Erbes? Zur Berücksichtigung klima- und energiepolitischer Belange in denkmalrechtlichen Abwägungsentscheidungen // Recht der Erneuerbaren Energien (REE) 1/2013, С. 23 – 27.

³⁰ См. подробнее: Davydov, D. Energieversorgung contra Denkmalerhaltung? Zum Abwehrrecht des Denkmaleigentümers gegen heranrückende Windenergieanlagen // Zeitschrift für das gesamte Recht der

Административного Суда в 2009 году³¹ подобное право, в принципе, признается, не до конца прояснено, в каких случаях иск собственника, направленный против выданого застройщику на сопредельном земельном участке разрешения, может иметь успех.³²

Предметом интенсивной дискуссии о дальнейшем развитии законодательства об охране культурного наследия является на данный момент вопрос о возможном участии общественных организаций в процессах принятия решений органами охраны объектов культурного наследия. В германском природоохранном законодательстве, в частности, в федеральном Законе об охране природы (Bundesnaturschutzgesetz)³³ определенные процессуальные права общественных организаций предусмотрены уже с 2002 года. В результате имплементации положений Орхусской Конвенции (Aarhus-Konvention) процессуальные возможности общественных организаций в сфере охраны окружающей среды были значительно расширены в 2006 году. Исходя из принятого в европейском праве широкого понимания термина «окружающая среда» – охватывающего не только природные богатства, но и культурные ценности – можно предположить, что правом оспаривать решения органов исполнительной власти (Verbandsklagerecht) уже de lege lata наделены не только общественные организации, занимающиеся защитой природной среды, но и общественные организации, чья деятельность направлена на защиту культурного наследия. В противном случае, между применением природоохранного законодательства и законодательства по охране культурного наследия, несмотря на их общую цель (обеспечение права граждан на благоприятную окружающую среду) может возникнуть дисбаланс, устранить который удастся только на законодательном уровне, путем дополнения земельных законов по охране памятников нормами, гарантирующими процессуальные права общественных организаций.

Energiewirtschaft (EnWZ) 9/2013, С. 409 – 411; Kallweit, N.-C. Drittschutz aus dem Denkmalschutz, Berlin 2013.

³¹ Федеральный Административный Суд, Решение от 21.04.2009 по делу № 4 С 3.08 (BVerwG, Urteil vom 21.04.2009, Az.: 4 С 3.08).

³² В частности, мнения расходятся по поводу взаимосвязи между инвестициями собственника объекта наследия и правом на защиту от негативного влияния застройки на сопредельной территории на историко-культурную ценность объекта. Спорным вопросом остаются последствия противоправного поведения самого собственника в отношении объекта наследия. Наконец, не прояснен до конца вопрос, должны ли негативные последствия строительного проекта затрагивать внешний облик объекта наследия или возможна также защита от проектов, негативно влияющих на возможность адекватного использования объекта наследия.

³³ Текст Закона на немецком языке: http://www.gesetze-im-internet.de/bnatschg_2009/.



Об авторе:

Дмитрий Давыдов изучал право, государственное управление, историю искусств и археологию в университетах Бонна и Шпайера. К сфере его научных интересов относятся вопросы памятниковедения и правовые основы охраны культурных ценностей. Дмитрий Давыдов – доцент и автор ряда научных публикаций на тему охраны и сохранения культурного наследия как в Германии так и в Российской Федерации. В настоящий момент он занимает должность советника по юридическим вопросам в ведомстве по сохранению памятников, архитектурной и ландшафтной среды региональной ассоциации Вестфалия-Липпе (Мюнстер).

E-Mail: d.davydov@web.de

Обзор немецкого права заказов для государственных нужд

Übersicht über das deutsche Vergaberecht

Гордон фон Миллер (Gordon von Miller)
Ларс Штайнхорст (Lars Steinhorst)
Ольга Прокопьева (Olga Prokopyeva)

Перевод с немецкого языка
Ольги Прокопьевой (Olga Prokopyeva)
при участии Елены Франц (Elena Franz)¹

Der folgende Beitrag gibt eine Übersicht über das deutsche Vergaberecht nach der Vergaberechtsreform 2016. Es werden die wichtigsten Rechtsquellen beleuchtet. Dabei wird insbesondere auf die Entwicklung von einem rein nationalen Haushaltsrecht hin zu einem stark europarechtlich geprägten Rechtsgebiet eingegangen. Die damit einhergehende Zweiteilung und die Folgen für Auftraggeber und Bieter werden erläutert. Aufgezeigt werden ferner der durch die Vergaberechtsreform 2016 nochmals erweiterte Anwendungsbereich des Vergaberechts und dessen Grenzen. Zudem wird der Ablauf eines Vergabeverfahrens dargestellt. Schließlich widmet sich der Beitrag dem Rechtsschutz der am Vergabeverfahren interessierten Teilnehmer und Bieter. Es wird erklärt, welche Ansprüche etwaig geschädigten Personen zustehen und wie sie diese Ansprüche geltend machen können. Dabei wird auch die besondere Struktur des Rechtsschutzsystems mit seinen formalen Hürden (z.B. Rüge) und spezialisierten Vergabekammern und -senaten vorgestellt.

I. Введение

1. Понятие права заказов для государственных нужд

Заказы для государственных нужд (öffentliche Aufträge) играют существенную роль в экономике Германии. Ежегодно государственные заказчики (öffentliche Auftraggeber) заключают договоры с частными предприятиями о поставке товаров, выполнении работ и оказании услуг для государственных нужд на сотни миллиардов евро.² При размещении государственных заказов, оценке предложений подрядчиков и принятии решения о заключении договора представители государственной власти обязаны

¹ Елена Франц, бакалавр гуманитарных наук (Bachelor of Arts), адрес электронной почты: lena.franz@outlook.com.

² Данные Федерального министерства экономики и энергетики Германии, источник в интернете: <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Wirtschaft/Oeffentliche-Auftraege-und-Vergabe/uebersicht-und-rechtsgrundlagen.html>. Ср. также Ежегодные статистические сводные данные: <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Wirtschaft/oeffentliche-auftraege-und-vergabe.did=191006.html>.

соблюдать различные законные предписания и административные правила. Совокупность данных норм представляет собой право заказов для государственных нужд (Vergaberecht, далее также: право государственных заказов).³

В немецкой системе права право государственных заказов является частью как бюджетного, так и картельного, с этим - публичного экономического права.⁴ Немецкое право государственных заказов отличается тем, что оно включает в себя, помимо законодательных норм, также административные правила, действующие внутри государственного учреждения (Verwaltungsvorschriften), а также нормы, разработанные негосударственными организациями (в прошлом т. н. Положения о порядке подряда / Verdingungsordnungen, позднее переименованные в Положения о договорах и заказах для государственных нужд / Vertrags- und Vergabeordnungen; далее: Положения о ГЗ). Помимо этого, понятие права государственных заказов охватывает нормы, действие которых вне зависимости от источника их происхождения распространяется на государственных заказчиков, подпадающих под применение немецкого права. Таким образом, наряду с немецкими правовыми нормами право государственных заказов включает в себя нормы права Европейского союза (далее: ЕС)⁵, а также некоторые международно-правовые договоры⁶, действующие на территории Германии⁷.

2. Развитие каскада немецких правовых норм в сфере заказов для государственных нужд

Немецкое право государственных заказов построено многоступенчато в форме каскада. Данный способ нормативного регулирования обозначают наглядным образом «каскадом правовых норм» («Regelungskaskade»). Действующий каскад правовых норм в сфере государственных заказов на первый взгляд кажется излишне сложным. Это объясняется, прежде всего, историей развития права заказов для государственных нужд.

Немецкое право государственных заказов проистекает из публично-правовых положений немецкого бюджетного права. Целью бюджетного права является в первую

³ Rittner/Dreher, Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht, 3. Auflage 2008, § 30 Rn. 40 ff.; Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2014, Rn. 1; Dörr, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Auflage 2013, Einleitung Rn. 1.

⁴ Ср. Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Auflage 2010, § 9.

⁵ В частности: Директива о координации процедур в сфере государственных заказов на строительство, поставки товаров и оказаний услуг 2004/18/EG (Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge 2004/18/EG), Секторная директива 2004/17/EG (Sektorenrichtlinie 2004/17/EG), Директива о проверках 2007/66/EG (Nachprüfungsrichtlinie 2007/66/EG), Директива в сфере обороны и безопасности 2009/81/EG (Richtlinie 2009/81/EG für den Bereich der Verteidigung und Sicherheit), а также принятая в 2014 г. т. н. новая классическая Директива о заказах на государственные нужды 2014/24/EU (neue klassische Vergaberichtlinie 2014/24/EU), новая Секторная директива 2014/25/EU (neue Sektorenrichtlinie 2014/25/EU) и Директива о концессиях 2014/23/EU (Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU).

⁶ Помимо многочисленных двусторонних соглашений это, в первую очередь, соглашения в рамках ВТО, в частности, плурилатеральное Соглашение о закупках 1994 г. (das plurilaterale Beschaffungsübereinkommen, GPA). См. подробно: Dörr, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Auflage 2013, Einleitung Rn. 44, 183–190.

⁷ Dörr, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Auflage 2013, Einleitung Rn. 3.

очередь экономичный расход бюджетных средств. Данная цель закреплена в § 6 Закона об основах бюджета (Haushaltsgrundsatzgesetz, HGrG, далее: ЗОБ)⁸, в соответствии с которым при формировании и исполнении бюджета должны учитываться принципы экономичности и бережливости. Таким образом, представители государственной власти при размещении государственных заказов обязаны обеспечивать наиболее дешевые закупки. В соответствии с § 30 ЗОБ государственная власть обязана осуществлять закупки посредством размещения заказов на конкурентной основе. Наряду с ЗОБ правила о государственных заказах содержатся в различных бюджетных положениях федерации, земель и коммун, нацеленных на экономичный расход налоговых средств.

Нормы бюджетного права служат исключительно интересам государственных заказчиков и не предоставляют защиту частным подрядчикам, участвующим в конкурсных торгах на получение заказов для государственных нужд (Vergabeverfahren; далее также: процедура размещения государственных заказов). Частные подрядчики, однако, заинтересованы в защите добросовестной конкуренции от государственного произвола. Так, еще в 19-ом веке в Германии была оглашена потребность в создании обязательных норм и правил для конкурсных торгов⁹, что впоследствии привело к конкретизации уже существовавших норм бюджетного права в сфере государственных заказов в Положениях о порядке подряда. Первое Положение о порядке подряда в строительстве (Verdingungsordnung für Bauleistungen, VOB) было принято в 1926 г. Имперским ведомством по порядку подряда (Reichsverdingungsausschuss).¹⁰ Позднее были изданы Положение о порядке подряда услуг (Verdingungsordnung für Leistungen, VOL) и Положение о порядке подряда услуг в сфере свободных профессий (Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen, VOF). Данные положения обеспечивали – однако, без возможности проверки в рамках судебного разбирательства – определенную, но с тем же неразвитую и неэффективную защиту от ошибок государственного заказчика.

Имперские ведомства, в компетенцию которых входило формирование Положений по порядку подряда, состояли из представителей публичной власти и объединений немецких предпринимателей и были сформированы на паритетных началах.¹¹ Таким образом, данные ведомства не имели демократической легитимации, и, как следствие, принятые ими Положения о порядке подряда, несмотря на широкое применение на практике, изначально не имели силу закона. По этой причине участники конкурсных торгов были лишены правовой защиты в случае недобросовестного влияния государственных заказчиков на процедуру конкурсных торгов. Данная ситуация изменилась с развитием Европейского сообщества (Europäische Gemeinschaft, EG; позднее Европейский союз / Europäische Union, EU; далее: ЕС).

⁸ Текст Закона на немецком языке: <https://www.gesetze-im-internet.de/hgrg/>.

⁹ Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2014, Rn. 82.

¹⁰ Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2014, Rn. 82.

¹¹ Bungenberg, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Auflage 2009, Vor §§ 97 ff. – Einführung, Rn. 24.

Развитие общего торгового рынка на территории ЕС и требование обеспечения эффективной защиты свободы услуг в соответствии со ст. 56 и след.¹² Договора о функционировании ЕС (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, AEUV)¹³ привели к открытию рынков Германии и других государств-членов ЕС для иностранных конкурентов в рамках ЕС. При этом необходимым стало создание эффективной системы правовой защиты для участников конкурсных торгов. С этой целью на уровне ЕС были приняты т. н. Директивы о заказах для государственных нужд (Vergaberichtlinien; далее: Директивы о ГЗ),¹⁴ обязавшие государства-члены ЕС принять соответствующие национальные правовые нормы с обязывающим внешним действием (Normen mit Außenwirkung).¹⁵ Так как для общего торгового рынка, а также для купли-продажи товаров и предоставления услуг в масштабе ЕС особое значение имеют заказы, размещаемые на определенную денежную сумму, применение Директив о ГЗ было обусловлено достижением определенной денежной стоимости заказа (т. н. пороговых значений, Schwellenwerte). В соответствии с данными требованиями немецкие правовые нормы, отвечающие положениям Директив о ГЗ, действуют только для государственных заказов, оцениваемых на суммы, превышающие пороговые значения. Вследствие данного обстоятельства в Германии, как и в других государствах-членах ЕС, сформировалось т. н. «двустороннее» немецкое право государственных заказов. Так, стали различать, с одной стороны, правовое регулирование государственных заказов денежной стоимостью, не достигающей пороговое значение (т. н. бюджетное право о государственных заказах, Haushaltsvergaberecht), и, с другой стороны, нормы, созданные на основе предписаний Директив о ГЗ, применяемые на заказы денежной стоимостью, превышающей соответствующее пороговое значение (т. н. картельное право о государственных заказах, Kartellvergaberecht). Наряду с изначальной ориентацией права государственных заказов на экономичность расхода бюджетных средств целями нормативного регулирования в данной сфере стали защита конкуренции и предотвращение коррупции.¹⁶

В процессе имплементации положений Директив о ГЗ в 1999 г. уже существовавший Закон против ограничений конкуренции (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen,

¹² Ранее закреплена в ст. 3 абз. 1 с), 49 и посл. Договора о создании Европейского сообщества (Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, EGV).

¹³ Текст Договора на немецком языке: <http://www.aeuv.de/>. Текст Договора на русском языке: <http://eulaw.ru/treaties/tfeu>.

¹⁴ Отход от т. н. «бюджетного решения» („haushaltsrechtliche Lösung“) был инициирован Директивами ЕС (die Baurichtlinie 93/37/EWG, Lieferrichtlinie 93/36/EWG и Dienstleistungskoordinerungsrichtlinie 92/50/EWG). Эти три Директивы были позднее объединены в Директиве 2004 г. о координации процедур в сфере государственных заказов на строительство, поставки товаров и оказаний услуг 2004/18/EG (Richtlinie 2004/18/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge). Важнейшие положения для процедуры проверки были закреплены в двух Директивах о проверках 89/665/EWG и 92/13/EWG (Nachprüfrichtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG).

¹⁵ Под нормами внешнего действия в немецком праве понимаются нормы, действие которых распространяется на лиц, не связанных с административными или государственными органами служебными отношениями, в отличие от административных правил внутреннего действия, обязывающих только лиц, находящихся на службе у государства.

¹⁶ Ср. Dörr, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Auflage 2013, Einleitung Rn. 5 f.

GWB; далее: ЗпОК)¹⁷ был дополнен частью 4 (Teil 4). В ней на законодательном уровне были закреплены важнейшие нормы, регулирующие процедуру размещения государственных заказов. Положения ЗпОК были конкретизированы в Постановлении о заказах для государственных нужд (Vergabeverordnung, VgV¹⁸; далее: Постановление о ГЗ), Постановлении о секторных заказах для государственных нужд (Sektorenverordnung, SektVO¹⁹; далее: Постановление о ГЗС), а также позднее в Постановлении о заказах для государственных нужд в области обороны и безопасности (Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit, VSVgV²⁰; далее: Постановление о ГЗОБ). Постановление о ГЗ, в свою очередь, содержало отсылку к Положениям о ГЗ²¹ для государственных заказов на денежную сумму выше порогового значения, с чем нормы Положений о ГЗ приобрели подзаконную силу. Таким образом, в сфере заказов для государственных нужд был сформирован каскад правовых норм с тремя уровнями: закон, постановления, положения.

Здесь следует упомянуть о том, что данная техника правового регулирования подверглась значительной критике как со стороны практиков, так и в юридической литературе. В особенности указывалось на то, что разделенное надвое многоступенчатое законодательство в сфере государственных заказов противоречит требованию транспарентности (Transparenz) и нарушает принцип правовой определенности (Prinzip der Rechtssicherheit), так как оно едва ли является понятным для немецких и иностранных участников подрядных конкурсов.²² Федеральный конституционный суд Германии (Bundesverfassungsgericht, BVerfG) не разделял данное мнение и в своих решениях исходил из принципиальной конституционности разделения права государственных заказов на две области посредством пороговых значений.²³

С принятием новых Директив о ГЗ в 2014 г.²⁴ право в сфере заказов для государственных нужд вновь было реформировано. Реформа, в первую очередь, была направлена на упрощение и с тем же повышением эффективности и гибкости правового регулирования в сфере государственных заказов на территории ЕС в целях облегчения участия малого и среднего бизнеса в конкурсных торгах. Как следствие, в Германии была упрощена система правового регулирования государственных заказов. Соответствующие изменения нормативно-правовых актов вступили в силу

¹⁷ Текст Закона на немецком и английском языках: <http://www.gesetze-im-internet.de/gwb/>.

¹⁸ Текст Постановления на немецком языке: https://www.gesetze-im-internet.de/vgv_2016/.

¹⁹ Текст Постановления на немецком языке: https://www.gesetze-im-internet.de/sektvo_2016/.

²⁰ Текст Постановления на немецком языке: <https://www.gesetze-im-internet.de/vsvgv/>.

²¹ В частности, отсылку на нормы вторых разделов VOB/A и VOL/A, а также на нормы VOF, VOB и VOL разделены на части А (сокращенно: VOB/A, VOL/A) и В (сокращенно: VOB/B, VOL/B). Части А Положений содержат основные правила о государственном подряде. В частях В урегулированы общие условия договоров. VOB содержит также часть С (сокращенно: VOB/C), закрепляющую общие технические условия договоров в сфере строительства.

²² Ср. Dörr in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Auflage 2013, Einleitung Rn. 15.

²³ BVerfG, Beschluss vom 13.06.2006, 1 BvR 1160/03, BVerfGE 116, 135, 153 f.; Ср. Dörr, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Auflage 2013, Einleitung Rn. 15.

²⁴ Т. н. Пакет Директив ЕС от 17.04.2014 (Europäisches Vergaberichtlinien-Paket), состоящий из Директив 2014/24/EU, 2014/25/EU и 2014/23/EU.

18.04.2016 г.²⁵ Трехуровневая каскадная система при этом была отчасти упразднена и на сегодняшний день существует только лишь в сфере строительных подрядов на денежную сумму, превышающую пороговое значение.

3. Пороговые значения в немецком праве заказов для государственных нужд

Как уже было упомянуто выше, применение пороговых значений разделяет немецкое право заказов для государственных нужд на область ниже порогового значения (Unterschwellobereich) и область выше порогового значения (Oberschwellobereich). В зависимости от того, превышает ли сумма предполагаемой денежной стоимости государственного заказа пороговое значение, подлежат применению различные правовые нормы. В области ниже порогового значения применяется немецкое бюджетное право. В области выше порогового значения подлежат применению §§ 97 и послед. части 4 ЗпОК, а также Постановления о ГЗ.

Бюджетное право заказов для государственных нужд, изначально применявшееся на все государственные заказы, но далее действующее только для заказов на денежную сумму, не превышающую пороговое значение, не предоставляет эффективную правовую защиту участникам конкурсных торгов. Картельное право государственных заказов, напротив, имеет внешнее действие и с этим может быть передано участниками подрядных конкурсов на проверку в суд.

Пороговые значения закрепляются в Директивах о ГЗ²⁶. Данные нормы подлежат применению в немецком праве в соответствии с отсылочной нормой, закрепленной в § 106 ЗпОК. С целью выравнивания колебаний курса европейской валюты каждые два года применяемые на всей территории ЕС пороговые значения перепроверяются и при необходимости корректируются.

Последняя корректировка была произведена 01.01.2016 г. и закрепила следующие пороговые значения:

Вид государственного заказа	Пороговое значение (нетто), €
Заказы на поставку товаров и услуг государственных заказчиков в секторах, а также в сфере обороны и безопасности	418.000
Заказы на поставку товаров и услуг для высших и верховных органов федеральной власти	135.000
Заказы на поставку товаров и услуг для всех других заказчиков	209.000
Предоставление социальных и других услуг	750.000
Заказы на строительство	5.225.000
Строительные концессии и концессии на оказание услуг	5.225.000

²⁵ Закон о модернизации права о заказах на государственные нужды (Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts, VergRModG) от 17.02.2016, а также Положение о модернизации права о заказах на государственные нужды (Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts, VergRModVO) от 12.04.2016; тексты законов на немецком языке доступны на сайте www.bgbl.de.

²⁶ Директивы 2014/24/EU (ст. 4), 2014/25/EU ст. 15), 2009/81/EG (ст. 8), а также 2014/23/EU (ст. 8).

4. Право заказов для государственных нужд в области ниже порогового значения (бюджетное право заказов для государственных нужд)

В области ниже порогового значения право заказов для государственных нужд по большей части не подверглось влиянию права ЕС. Вышеописанный трехуровневый каскад правовых норм остался и после реформы 2016 г. неизменным. Отталкиваясь от федеральных, земельных и коммунальных бюджетных норм, здесь применяются т. н. базовые параграфы (Basisparagrafen) первых разделов Положений о ГЗ в сфере строительства и предоставления услуг (VOB/A, 1. Abschnitt, VOL/A, 1. Abschnitt).



Схема 1: Структура немецкого права государственных заказов в области ниже порогового значения

5. Право заказов для государственных нужд в области выше порогового значения (картельное право заказов для государственных нужд)

В области выше порогового значения право государственных заказов подверглось существенным изменениям в рамках реформы 2016 г. Трехуровневый нормативный каскад был в значительной части упразднен.

Законодательной основой регулирования заказов для государственных нужд в области выше порогового значения является часть 4 ЗпОК «Размещение заказов для государственных нужд и концессий» (Teil 4 «Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen»), закрепляющая важные положения о порядке проведения конкурсных торгов (глава 1 «Процедура проведения конкурсных торгов» / Kapitel 1 «Vergabeverfahren») и правовой защиты (глава 2 «Процедура проверки» / Kapitel 2 «Nachprüfverfahren»). В первой главе урегулированы, в частности, принципы (Grundsätze), определения (Definitionen), сфера применения норм о заказах для государственных нужд (Anwendungsbereich), а также важные процедурные нормы размещения государственных заказов (Ablauf von Vergabeverfahren), начиная с

описания заказа (Leistungsbeschreibung), проверки причин для исключения (Prüfung von Ausschlussgründen) и профессиональной пригодности (Eignungsprüfung) до принятия предложения подрядчика (Zuschlag) и условий выполнения заказа (Auftragsausführung). Новая редакция части 4 ЗпОК, действующая с 18.04.2016 г., содержит значительно больше положений, чем ее предыдущая редакция. Систематика части 4 ЗпОК подверглась значительным изменениям.²⁷ Глава 2 отныне содержит нормы о порядке проверок, действующие в области выше порогового значения, в соответствии с которыми проигравший участник конкурса имеет возможность потребовать проверку соблюдения правил проведения конкурсных торгов в палате государственных заказов (Vergabekammer) либо высшем суде земли (Oberlandesgericht, OLG).

В § 113 ЗпОК закреплено полномочие компетентных органов на принятие конкретизирующих постановлений. На основе данной нормы подлежит применению Постановление о ГЗ, конкретизирующее и дополняющее нормы ЗпОК. В частности, Постановление о ГЗ подробно регулирует в §§ 14 и послед. порядок размещения государственных заказов в различных видах государственного подряда. Новая редакция Постановления о ГЗ регулирует порядок размещения государственных заказов в сфере оказания услуг и свободных профессий, вследствие чего в области выше порогового значения более не применяется Положение о ГЗ в сфере оказания услуг, а Положение о ГЗ в сфере свободных профессий было и вовсе отменено. Применению подлежит далее лишь раздел 2 Положения о ГЗ в сфере строительства посредством ссылки в § 2 Постановления о ГЗ.

Дальнейшими важными источниками права государственных заказов являются уже упомянутые²⁸ Постановления о ГЗС и о ГЗОБ, а также недавно принятое Постановление о ГЗ в сфере концессий (Konzessionsvergabeordnung, KonzVgV; далее: Постановление о ГК)²⁹. Постановление о ГЗС регулирует порядок размещения секторным заказчиком государственных заказов в сфере транспорта, поставок питьевой воды и энергии. Постановление о ГЗОБ содержит специальные нормы, отвечающие особенностям государственных заказов и закупок в области обороны и обеспечения безопасности. Постановление о ГЗОБ содержит отсылочное положение к конкретизирующим нормам раздела 3 Положения о ГЗ в области строительства. Постановление о ГК содержит впервые в рамках реформы 2016 г. введенные в действие положения о строительных концессиях и концессиях услуг.³⁰

Обобщая, можно констатировать, что немецкое право государственных заказов имеет сложную структуру, в особенности ввиду деления на области ниже и выше порогового значения. В области выше порогового значения структура непоследовательна: реформированный каскад нормативных норм здесь имеет как двухуровневую, так и трехуровневую структуру в области строительства. Система немецкого права государственных заказов будет и в ближайшем будущем подвергаться

²⁷ Вследствие чего многие положения урегулированы в других, чем ранее параграфах ЗпОК (§§).

²⁸ См. выше I. 2.

²⁹ Текст Постановления на немецком языке:

<https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/konzvgv/gesamt.pdf>.

³⁰ См. ниже II. 1. b. aa. (3).

дальнейшим изменениям. При этом, по всей видимости, законодательная тенденция к упразднению трехуровневого каскада останется неизменной³¹.

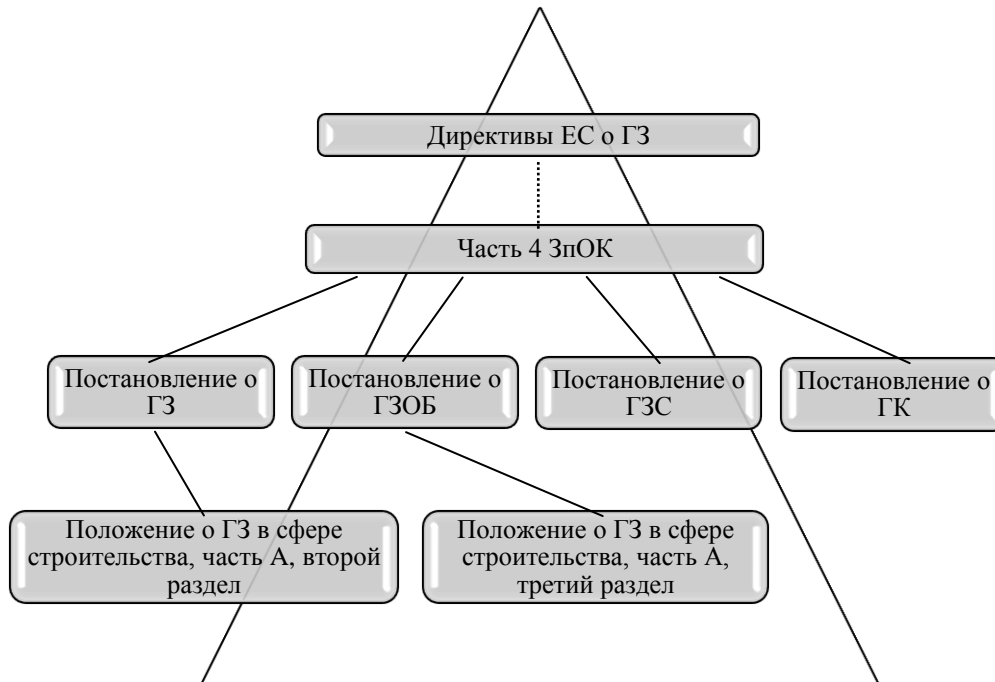


Схема 2: Структура немецкого права государственных заказов в области выше порогового значения

II. Сфера применения права заказов для государственных нужд

1. Картельное право заказов для государственных нужд

Картельное право государственных заказов подлежит применению в том случае, если лицо, размещающее заказ, является заказчиком в смысле § 98 ЗпОК (= персональная или субъективная сфера применения / *persönlicher oder subjektiver Anwendungsbereich*), размещению подлежит государственный заказ (*öffentlicher Auftrag*) в смысле §§ 103 и след. ЗпОК или концессия в смысле § 105 ЗпОК, достигнуто пороговое значение и, наконец, не дано исключение³², запрещающее применение картельного права государственных заказов (= предметная или объективная сфера применения / *sachlicher oder objektiver Anwendungsbereich*).

а. Персональная сфера применения – заказчик, § 98 ЗпОК

Заказчиком в смысле § 98 ЗпОК являются государственный заказчик (§ 99 ЗпОК), секторный заказчик (§ 100 ЗпОК, *Sektorenauftraggeber*) и концедент (§ 101 ЗпОК, *Konzessionsgeber*), при этом § 102 ЗпОК определяет, какие виды деятельности относятся к секторной.

³¹ Knauff, NZBau 2016, 195, 198.

³² §§ 107-109 ЗпОК и §§ 116 и след., 137 и послед., 145, 149 и след. ЗпОК.

аа. Государственный заказчик - § 99 ЗпОК

Классические заказчики

В соответствии с § 99 ном. 1 ЗпОК государственными заказчиками являются территориальные юридические лица публичного права (Gebietskörperschaften, в особенности федерация, земли и коммуны, der Bund, die Länder und Gemeinden) и принадлежащее им обособленное имущество (Sondervermögen, в особенности собственные предприятия (Eigenbetriebe), например, несамостоятельные в правовом смысле городские коммунальные службы).

Функциональные заказчики

Помимо этого, государственными заказчиками в соответствии с § 99 ном. 2 ЗпОК являются все юридические лица как публичного, так и частного права, учрежденные с особой целью выполнения общественно значимых задач некоммерческого характера, контролируемые государством, а именно в соответствии с § 99 ном. 2 лит. а (посредством преобладающего государственного финансирования), либо лит. b (посредством государственного надзора), либо лит. с (посредством преобладающего замещения должностных вакансий в органах юридического лица). В отношении юридических лиц публичного права считается, что они действуют в общественном интересе и поэтому по общему правилу связаны нормами права государственных заказов. В этом случае из публично-правовой организационной формы следует функция ориентирования на общественный интерес („function follows form“).³³

Объединения

В соответствии с § 99 ном. 3 ЗпОК государственными заказчиками являются также объединения, члены которых подпадают под действие § 99 ном. 1 или ном. 2 ЗпОК. При этом не имеет значения, организовано ли объединение публично-правовым или частноправовым образом. Коммунальные целевые объединения, к примеру, отвечающие за вывоз мусора, водоснабжение и планирование (организованные публично-правовым образом), подпадают под действие данной нормы так же, как и головные объединения, такие как городские, коммунальные и окружные собрания (Städte-, Gemeinde- und Landkreistage), имеющие частноправовую форму.³⁴

Заказчики на основе проектного финансирования

Государственными заказчиками в соответствии с § 99 ном. 4 ЗпОК являются, наконец, заказчики, не подпадающие под действие § 99 ном. 2 ЗпОК, если они получают средства на определенные строительные работы (подземное строительство и строительство определенных коммунальных сооружений [например, больницы³⁵]) от

³³ Pünder zu § 98 Nr. 2 a.F., in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2. Auflage 2015, § 98 Rn. 29 с дальнейшими ссылками; Dörr zu § 98 Nr. 2 a.F., in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Auflage 2013, § 98 Rn. 53 с дальнейшими ссылками.

³⁴ Ср. Pünder zu § 98 Nr. 3 a.F., in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2. Auflage 2015, § 98 Rn. 60 с дальнейшими ссылками.

³⁵ § 99 ном. 4 ЗпОК перечисляет также сооружение спортивных, рекреационных объектов, баз отдыха, зданий для школ и вузов, а также административных зданий.

государственных заказчиков в соответствии с § 99 ном. 1-3 ЗпОК, которые дотируют данные строительные работы на более чем 50 %. Помимо этого, § 99 ном. 4 ЗпОК охватывает связанные со строительными работами услуги и конкурсы. Данная норма должна содействовать предотвращению случаев, при которых государственные заказчики избегают применения правовых норм о заказах для государственных нужд путем выдачи дотаций третьим лицам, в конечном итоге размещающим заказы.³⁶ Причина включения подземных работ заключается в том, что они в большинстве случаев также служат общественным интересам.³⁷ Понятие «сооружение» («Errichtung») в смысле § 99 ном. 4 ЗпОК (также как § 98 ном. 5 ЗпОК пред. ред.) широко толкуется в соответствии с Директивами³⁸ и охватывает также реконструкцию, восстановление и модернизацию³⁹, а также перестройку и расширяющее строительство.⁴⁰

bb. Секторный заказчик - § 100 ЗпОК

Понятие государственных заказчиков в смысле § 99 ЗпОК следует отличать от понятия секторных заказчиков. Ранее оба данных понятия были закреплены в одной норме, однако после имплементации положений Пакета директив о ГЗ ЕС от 17.04.2014 г. в законодательство Германии определение секторного заказчика было урегулировано в отдельной норме закона.

Согласно § 100 абз. 1 ЗпОК отраслевыми заказчиками могут являться как государственные, так и частные заказчики. § 100 абз. 1 *ном. 1* ЗпОК распространяется на государственных заказчиков в соответствии с § 99 ном. 1-3 ЗпОК.⁴¹ При размещении заказа, связанного с видами деятельности, конкретнее описанными в § 102 ЗпОК, в области энерго- или водоснабжения, либо транспорта, либо в области портов и аэропортов, а также в области горючих полезных ископаемых, применению подлежат нормы о размещении секторных заказов (Sektorenauftragsvergabe). § 100 абз. 1 *ном. 2* ЗпОК распространяется на физических или юридических лиц, а именно на частных государственных заказчиков. Также они могут являться секторными заказчиками, если они осуществляют деятельность в соответствии с § 102 ЗпОК (деятельность в области водоснабжения и т.д., см. выше). Одно лишь осуществление деятельности в одном из перечисленных в § 102 ЗпОК секторе не является достаточным для приравнивания частного заказчика к секторному. Напротив, частный заказчик должен осуществлять

³⁶ Pünder zu § 98 Nr. 5 a.F., in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2. Auflage 2015, § 98 Rn. 88 с дальнейшими ссылками.

³⁷ Pünder zu § 98 Nr. 5 a.F., in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2. Auflage 2015, § 98 Rn. 92 с дальнейшими ссылками.

³⁸ Критически с указанием на границу толкования текста закона в свете положений Директив Winer, ZfBR 2002, 761, 762.

³⁹ Pünder zu § 98 Nr. 5 a.F., in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2. Auflage 2015, § 98 Rn. 92 с дальнейшими ссылками.

⁴⁰ Dörr zu § 98 Nr. 5 a.F., in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Auflage 2013, § 98 Rn. 167 с дальнейшими ссылками.

⁴¹ См. выше II. 1. aa.

секторную деятельность на основе особых или исключительных прав⁴², которые ему были переданы государством (§ 100 абз. 1 ном. 2 лит. а ЗпОК), либо частный заказчик осуществляет секторную деятельность в силу преобладающего влияния⁴³ как минимум одного государственного заказчика (§ 100 абз. 1 ном. 2 лит. б ЗпОК).

сс. Концедент - § 101 ЗпОК

§ 101 ЗпОК дает определение заказчика, размещающего концессии, и в рамках имплементации ст. 6 и 7 Директивы о концессиях 2014/23/ЕС различает размещение концессий государственными заказчиками, с одной стороны, и заказчиками, осуществляющими секторную деятельность и с этой целью размещающими концессии, с другой стороны. В случае концессии подрядчик в качестве вознаграждения за его деятельность получает от заказчика вместо непосредственного финансового вознаграждения право пользования.⁴⁴

в. Предметная сфера применения

аа. Заказ для государственных нужд или концессия - § 103 и след. ЗпОК или § 105 ЗпОК

Предпосылкой применения картельного права заказов для государственных нужд с точки зрения предметной сферы применения является наличие государственного заказа (§§ 103 и след. ЗпОК) или концессии (§ 105 ЗпОК).

(1) Заказ для государственных нужд - § 103 ЗпОК

Определение заказа для государственных нужд законодательно закреплено в § 103 абз. 1 ЗпОК. По данному определению заказами для государственных нужд являются возмездные договоры между государственными⁴⁵ либо секторными⁴⁶ заказчиками и предприятиями, предметом которых являются поставка товаров, строительство или выполнение услуг.

Приобретение

Для государственного заказа является отличительным, во-первых, характер приобретения товаров и услуг. Государственный заказ охватывает только те случаи, при которых государственный заказчик выступает в роли приобретателя. Характер приобретения отсутствует в том случае, когда государственный заказчик выступает в роли поставщика, например, при продаже земельных участков, долей владения

⁴² Что понимается под «особыми» или «исключительными» правами, закреплено в нормативном определении § 100 абз. 2 ЗпОК. Данные права могут быть основаны на законе, административном акте или публично-правовом договоре (ср. Pünder zu § 98 Nr. 4 a.F., in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2. Auflage 2015, § 98 Rn. 83).

⁴³ § 100 абз. 3 ЗпОК содержит правило, по которому влияние государственного заказчика считается определяющим.

⁴⁴ См. ниже II. 1. b. аа. (3).

⁴⁵ См. выше II. 1. а. аа.

⁴⁶ См. выше II. 1. а. bb.

обществом либо предприятий, либо при поставках государственного заказчика. К примеру, право государственных заказов, как правило, не подлежит применению в случае продажи земельных участков. Однако, если соглашение о продаже земельного участка включает также положения о приобретении товаров и оказании услуг, в частности услуг в сфере строительства, договор в полном объеме подпадает под применение права государственных заказов, однако только в том случае, если государственный заказчик отказывается от регулирования государственного заказа в отдельной сделке.⁴⁷

Возмездность

Следующей отличительной особенностью является возмездность договоров. Данное понятие толкуется широко и охватывает не только финансовое вознаграждение, но и любой другой денежный эквивалент. Вознаграждение может состоять в передаче товаров государственным заказчиком подрядчику, реализация которых является прибыльным для подрядчика.⁴⁸

Заказы на поставку товаров

Заказами на поставку товаров являются в соответствии с § 103 абз. 2 ЗпОК договоры о поставке товаров. Из видов договоров перечисляются в качестве примера договор купли-продажи, купля-продажа в рассрочку, лизинг, а также правоотношения аренды с возможностью или без возможности приобретения недвижимости. Под широко толкуемым понятием товара понимаются все движимые вещи, имеющие денежную стоимость и подлежащие торгу. При этом товарами являются не только вещные объекты, но также газ и электричество.⁴⁹

Заказы на строительство

Понятие заказа на строительство закреплено в § 103 абз. 3 ЗпОК. Здесь предусмотрено три варианта: первый вариант (§ 103 абз. 3 предл. 1 ном. 1 ЗпОК) охватывает договоры о выполнении либо одновременном планировании и выполнении строительных работ, перечисленных окончательным образом в приложении II к Директиве 2014/24/EU. Второй вариант (§ 103 абз. 3 предл. 1 ном. 2 ЗпОК) охватывает договоры о выполнении либо одновременном планировании и выполнении строительных работ для государственного заказчика либо секторного заказчика, которые являются результатом подземного или надземного строительства и имеют техническую функцию. Третий вариант (§ 103 абз. 3 предл. 2 ЗпОК) касается строительных работ, выполняемых третьим лицом, которые с экономической точки зрения представляют собой выгоду государственного или секторного заказчика. При

⁴⁷ Schotten/Hüttinger zu § 99 GWB a.F., in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Auflage 2013, § 99 Rn. 23 и 25 с дальнейшими ссылками.

⁴⁸ Schotten/Hüttinger zu § 99 GWB a.F., in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Auflage 2013, § 99 Rn. 31 со ссылкой на BGH, Beschl. vom 1.2.2005 – X ZB 27/04 („Altpapierverkauf“), NZBau 2005, 290, 293.

⁴⁹ Bernhard W. Wegener zu § 99 GWB a.F., in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2. Auflage 2015, § 99 Rn. 75 с дальнейшими ссылками; Schotten/Hüttinger zu § 99 GWB a.F., in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Auflage 2013, § 99 Rn. 66 с дальнейшими ссылками.

этом заказчик должен решающим образом влиять на вид и планирование строительства.

Заказы на оказание услуг

§ 99 абз. 4 ЗпОК, регулирующий заказы на оказание услуг, является общей правовой нормой (Auffangtatbestand). Заказы на оказание услуг - это все договоры, не являющиеся заказами поставки или заказами на строительство.

(2) Заказ для государственных нужд, § 104 ЗпОК

Заказами для государственных нужд также являются заказы в сфере обороны и безопасности ("заказы со спецификой обороны и безопасности" / „verteidigungs- oder sicherheitsspezifische Aufträge“). Таким образом, право государственных заказов подлежит применению при приобретении военного оборудования. В соответствии с § 104 абз. 2 ЗпОК под военным оборудованием подразумевается оборудование, произведенное либо приспособленное для военных целей и предназначенное для использования в качестве оружия, боеприпасов или военной техники.

(3) Концессия - § 105 ЗпОК

Определение концессии дано в § 105 ЗпОК. При этом § 105 абз. 1 ном. 1 ЗпОК применяется на строительные концессии, а § 105 абз. 1 ном. 2 ЗпОК - на концессии по оказанию услуг. При наличии законных предпосылок строительной концессии и концессии по оказанию услуг вместо правовых процедурных норм о *строительных заказах* и *заказах об оказании услуг* применению подлежат менее строгие процедурные нормы, предусмотренные для концессий. Так же как при заказах на строительство и на оказание услуг, предметом концессий на строительство и оказание услуг являются строительные работы либо оказание услуг. Отличительным критерием является вид вознаграждения. Строительный концессионер получает право пользования строительным объектом, тогда как концессионер, оказывающий услуги, - право на реализацию услуг. Дополнительно может быть согласована оплата услуг концессионера.⁵⁰ Срок, на который могут быть заключены концессии, ограничен. Однако ограничение длительности срока концессии не исходит из определения, закрепленного в § 105 ЗпОК⁵¹, а урегулировано в § 3 Постановления о ГК. В соответствии с § 3 абз. 1 предл. 2 Постановления о ГК концедент оценивает предполагаемую длительность концессии, тогда как § 3 абз. 2 Постановления о ГК содержит предписания для концессий, заключаемых на срок более пяти лет.

Существенным критерием для отграничения строительной концессии или концессии на оказание услуг от государственных заказов является переход промышленного риска. При строительных концессиях на концессионера переходит промышленный риск,

⁵⁰ Независимо от наличия договоренности об оплате, концессии в смысле § 105 ЗпОК представляют собой возмездные договоры. Это вытекает из ст. 5 ном. 1 Директивы 2014/23/EU, а также из § 105 абз. 1 ЗпОК. Определение строительной концессии в предыдущей редакции § 99 абз. 6 ЗпОК отличалось.

⁵¹ Определение строительной концессии в предыдущей редакции § 99 абз. 6 ЗпОК отличалось.

связанный с использованием строительного объекта, а при концессиях на оказание услуг - риск реализации данных услуг. Требования для перехода промышленного риска урегулированы в § 105 абз. 2 ЗпОК, в частности, необходимым является незащищенное положение концессионера от нестабильности рынка.

bb. Пороговое значение - § 106 ЗпОК

Предметной предпосылкой применения картельного права государственных заказов в соответствии с § 106 абз. 1 ЗпОК является превышение оцененной денежной стоимости заказа или договора действующего порогового значения (без налога с оборота / ohne Umsatzsteuer). Сами пороговые значения не закреплены в ЗпОК. § 106 абз. 2 ЗпОК содержит динамическую ссылку на пороговые значения, урегулированные в Директивах 2014/24/EU, 2014/25/EU, 2009/81/EG и 2014/23/EU.⁵²

cc. Исключения из области применения картельного права заказов для государственных нужд

Картельное право заказов для государственных нужд подлежит применению только в случае, если не дано одно из многочисленных и закрепленных в различных нормах исключений. Исключения урегулированы в разделе 1 («Принципы, определения и область применения») главы 1 («Порядок размещения государственных заказов») части 4 ЗпОК («Размещение государственных заказов и концессий»). Раздел 1, с точки зрения систематики закона, может рассматриваться в качестве общей части главы 1 ЗпОК. Исключения урегулированы в §§ 107-109 ЗпОК. Помимо этого, исключения закреплены как в разделе 2 («Размещение государственных заказов государственным заказчиком»), так называемые специальные исключения, а именно в §§ 116 и след. ЗпОК, так и в разделе 3 («Размещения государственных заказов в особых сферах и при концессиях») во всех трех подразделах, а именно в §§ 137 и послед., 145, 149 и след. ЗпОК.

(1) Исключения раздела 1 ("Общая часть") - §§ 107-109 ЗпОК

§ 107 ЗпОК (Общие исключения)

Общие исключения (allgemeine Ausnahmen) урегулированы в § 107 ЗпОК. § 107 ЗпОК закрепляет исключения, предусмотренные во всех четырех Директивах о ГЗ ЕС (2014/23/EU, 2014/24/EU, 2014/25/EU и 2009/81/EG). Например, § 107 абз. 1 ном. 2 ЗпОК касается, помимо прочего, исключений, действующих при приобретении и аренды земельных участков. Далее, например, по § 107 абз. 1 ном. 3 ЗпОК из области применения картельного права государственных заказов исключены трудовые договоры.

⁵² См. выше I. 3.

§ 108 ЗпОК (*Исключения при публично-публичном сотрудничестве*)

Исключения, распространяющиеся на т. н. публично-публичное сотрудничество (*öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit*), урегулированы в § 108 ЗпОК. § 108 ЗпОК различает вертикальное сотрудничество (*Zusammenarbeit auf vertikaler Ebene*; касается различных Inhouse-госзаказов, урегулировано в абз. 1-5) и горизонтальное сотрудничество (*Zusammenarbeit auf horizontaler Ebene*; при участии коммун также называется межкоммунальным сотрудничеством; урегулировано в абз. 6). В соответствии с § 108 абз. 8 ЗпОК область применения исключений при публично-правовом сотрудничестве охватывает также размещение государственных заказов секторными заказчиками в смысле § 100 абз. 1 ном. 1 ЗпОК, а также размещение концессий концедентом в смысле § 101 абз. 1 ном. 1 и 2 ЗпОК.⁵³

Inhouse-госзаказами (*Inhouse-Konstellationen*) являются соглашения государственного заказчика в соответствии с § 99 ном. 1-3 ЗпОК с подконтрольными частными или публичными юридическими лицами. Для данных соглашений по § 108 абз. 1 ном. 1 ЗпОК необходимым является осуществление государственным заказчиком контроля над юридическим лицом, сходного контролю над своими собственными подразделениями. По § 108 абз. 2 ЗпОК контроль над юридическим лицом считается сходным контролю над своими собственными подразделениями, если государственный заказчик имеет решающее влияние на стратегические цели и значимые решения подконтрольного юридического лица. В соответствии с § 108 абз. 1 ном. 2 ЗпОК следующей законной предпосылкой является критерий существенности, по которому юридическое лицо, выполняющее заказ, преимущественно должно осуществлять деятельность для государственного заказчика. В частности, § 108 абз. 1 ном. 2 ЗпОК закрепляет предел в 80 %. А именно необходимо осуществление деятельности подконтрольным юридическим лицом более чем на 80 % в целях выполнения заказа, порученного контролирующим государственным заказчиком или иным юридическим лицом, являющимся подконтрольным государственному заказчику.⁵⁴ Последней законной предпосылкой является отсутствие долей прямого частного владения в капитале юридического лица. § 108 абз. 3 ЗпОК расширяет сферу действия исключений и на другие Inhouse-госзаказы («заказ дочернего общества материнскому» / «*Auftrag der Tochter an die Mutter*»⁵⁵ и «заказ между сестринскими обществами» / «*Auftrag im Schwesternverhältnis*»⁵⁶). По § 108 абз. 4 ЗпОК исключение применяется также в ситуациях, когда государственный заказчик не осуществляет контроль над юридическим лицом в смысле § 108 абз. 1 ном. 1 ЗпОК, однако, юридическое лицо является подконтрольным нескольким заказчикам одновременно. § 108 абз. 5 ЗпОК закрепляет требования, которые должны выполняться кумулятивно для наличия общего контроля в смысле § 108 абз. 4 ном. 1 ЗпОК.

⁵³ См. выше II. 1. b. aa. (3).

⁵⁴ Расчетная основа для определения процентной части закреплена в § 108 абз. 7 ЗпОК.

⁵⁵ Случаи, при которых подконтрольное юридическое лицо делает заказ у контролирующего государственного заказчика в соответствии с § 99 ном. 1-3 ЗпОК.

⁵⁶ Случаи горизонтальных inhouse-госзаказов, при которых подконтрольное юридическое лицо делает заказ у другого юридического лица, которое контролируется тем же государственным заказчиком.

В отличие от Inhouse-госзаказов (абз. 1-5) к признакам *межкоммунального сотрудничества (interkommunale Kooperation)* не относятся субординационные отношения и с этим контроль вышестоящего заказчика над нижестоящим подрядчиком. § 108 абз. 6 ЗпОК исходит из равноправных позиций сторон, что позволяет государственному заказчику осуществлять публичные услуги вне сферы действия права государственных заказов. Однако право государственных заказов не применяется при осуществлении публичных услуг только в случаях, закрепленных в § 108 абз. 6 ном. 1-3 ЗпОК. Во-первых, требуется, чтобы договор между государственными заказчиками являлся основой сотрудничества или его исполнением (ном. 1). В соответствии с положениями Директивы 2014/24/EU⁵⁷ необходимым является сотрудничество на кооперативной основе (*Zusammenarbeit auf einem kooperativen Konzept*). Однако сотрудничество не предполагает исполнение всеми участниками значимых обязательств договора. Достаточным является обязанность участников внести вклад в совместное осуществление соответствующих публичных услуг. Далее требуется, чтобы сотрудничество осуществлялось исключительно в общественном интересе (ном. 2). И, наконец, осуществление сотрудничества не должно вести к искажению конкуренции в отношении частных предприятий, что гарантируется положением закона, по которому государственным заказчикам разрешено осуществлять не более чем 20 % деятельности на рынке, подпадающей под определение сотрудничества в смысле § 108 абз. 6 ном. 1 (ном. 3) ЗпОК.⁵⁸

§ 109 ЗпОК (Исключения при размещении заказов на основе международных процедурных норм)

§ 109 ЗпОК закрепляет исключения для размещения государственных заказов на основе международных процедурных норм. К государственным заказам и концессиям в сфере обороны и безопасности не применяются нормы § 109 ЗпОК. Для данных случаев предусмотрены специальные правила в §§ 145 ном. 7 и 150 ном. 7 ЗпОК.

(2) Исключения раздела 2 - §§ 116 и 117 ЗпОК

§ 116 ЗпОК содержит специальные исключения для размещения государственных заказов и проведения конкурсов государственным заказчиком. Например, в соответствии с § 116 абз. 1 ном. 1 ЗпОК под применение права государственных заказов не подпадают определенные виды деятельности по оказанию юридических услуг.

§ 117 закрепляет специальные исключения из применения права государственных заказов для заказов, охватывающих аспекты обороны и безопасности, но при этом не являющихся специфическими заказами в сфере обороны и безопасности в смысле § 104 ЗпОК.⁵⁹ Например, исключение из применения права государственных заказов в

⁵⁷ Ср. Erwägungsgrund 12.

⁵⁸ Расчетная основа для определения процентной части закреплена в § 108 абз. 7 ЗпОК.

⁵⁹ См. выше II. 1. b. aa. (2). Ср. ниже специальные исключения для заказов и концессий в сфере обороны и безопасности, а также для концессий.

соответствии с § 117 ном. 1 ЗпОК дано в случае защиты значимых интересов безопасности ФРГ.

(3) Исключения раздела 3 - §§ 137 и послед., 145, 149 и след. ЗпОК

Наконец, некоторые исключения содержатся в разделе 3. Подраздел 1 закрепляет в §§ 137 и послед. ЗпОК специальные исключения для размещения государственных заказов секторным заказчиком (ср. § 100 ЗпОК)⁶⁰, подраздел 2 в § 145 ЗпОК - специальное исключение для размещения государственных заказов в сфере обороны и безопасности, а также подраздел 3 в §§ 149 и 150 ЗпОК - специальные исключения для размещения концессий концедентом (ср. § 101 ЗпОК).⁶¹

2. Бюджетное право о государственных заказах

Сфера применения права заказов для государственных нужд в области ниже порогового значения⁶² ориентирована на положения картельного права заказов для государственных нужд. Немецкое национальное бюджетное право в области ниже порогового значения не содержит ссылку на нормы немецкого картельного права государственных заказов, однако данные нормы применяются по общему правовому принципу (Rechtsgedanke). В области ниже порогового значения право государственных заказов подлежит применению при заказах в смысле §§ 103 и след. ЗпОК, если не дано исключение, отменяющее применение права государственных заказов. Также не требуется участие заказчика по определению из § 98 ЗпОК, так как в бюджетном праве о государственных заказах государственный заказчик непосредственно обязывается к исполнению права государственных заказов «в приказном порядке» в соответствии с действующими для него обязательными нормами закона или административными правилами.

III. Конкурсная процедура размещения государственных заказов

Немецкое законодательство в области размещения государственных заказов отличается четкой структурой и строгой регламентацией конкурсной процедуры и хода размещения государственных заказов. Точное предписание видов конкурсных процедур и процесса размещения государственных заказов должно способствовать конкуренции на рынке и снижению коррупционных рисков. При этом законодатель осознает, что чрезмерная регламентация конкурсной процедуры в отдельных случаях может оказаться несоразмерной (unangemessen). Поэтому из строгой нормативной регламентации допущены многочисленные исключения.

⁶⁰ См. выше II. 1. a. bb.

⁶¹ См. выше II. 1. a. cc.

⁶² См. выше I. 4.

1. Виды конкурсных процедур по размещению государственных заказов

а. Область применения картельного права, регулирующего заказы для государственных нужд

В области применения картельного права государственных заказов государственные заказы могут размещаться посредством открытой процедуры (das offene Verfahren), закрытой процедуры с проведением конкурса (das nicht offene Verfahren mit Teilnahmewettbewerb), процедуры с переговорами (das Verhandlungsverfahren), конкурсного диалога (der wettbewerbliche Dialog) и инновационного партнерства (die Innovationspartnerschaft).

При **открытой процедуре** государственный заказчик публично приглашает неограниченное количество предприятий внести предложение на участие в конкурсной процедуре путем размещения объявления на всей территории ЕС. Каждое заинтересованное предприятие может скачать документацию о государственном заказе, предоставляемую заказчиком в электронном виде, и отправить свое предложение в установленные заказчиком сроки (не менее 35 дней). Заявленное предложение не подлежит переговорам.

Закрытая процедура проходит в два этапа. Сначала государственный заказчик приглашает неограниченное количество предприятий подать заявку на участие в рамках публичного конкурса (первый этап). Каждое заинтересованное предприятие может подать заявку на участие в установленные заказчиком сроки (не менее 30 дней). На данном этапе заказчик проверяет профессиональную пригодность участников конкурсной процедуры на основании объективных, прозрачных и недискриминирующих критериев и выбирает подходящих кандидатов. На втором этапе заказчик предлагает только пригодным кандидатам внести предложение. При этом он может ограничить количество отобранных предприятий пятью согласно § 51 абз. 2 Постановления о ГЗ, § 3b EU абз. 2 ном. 3 предл. 3 Положения о порядке подряда в строительстве, часть А. Далее отобранные кандидаты могут вносить свои предложения, которые - как и при открытом конкурсе - не подлежат переговорам.

Процедура с переговорами - это процедура, при которой государственный заказчик обращается к выбранным им на конкурсной или безконкурсной основе предприятиям и предлагает им внести предложение. Заказчик ведет переговоры с одним или несколькими предприятиями на основе внесенных предложений. Именно этим договорная процедура значительно отличается от открытой и закрытой процедур.

Процедуры **конкурсного диалога** и **инновационного партнерства** также применяются в картельном праве государственных заказов. Так как данные процедуры в настоящее время играют второстепенную роль в практике размещения государственных заказов в Германии, их подробное описание мы опускаем.

Открытая и закрытая процедура с проведением конкурса являются процедурами размещения государственных заказов с наиболее интенсивным конкурсом между участниками рынка и, благодаря строгой нормативной регламентации процедуры (в

особенности запрету на переговоры по предложениям), наиболее прозрачными и некоррупцированными. Поэтому именно эти способы размещения государственных заказов в случае их выбора государственным заказчиком *всегда* подлежат применению.⁶³ Применение остальных процедур должно быть оправдано наличием особых обстоятельств. Такие обстоятельства имеют место, если заказ касается социальных или иных особых услуг согласно Приложению XIV Директивы ЕС 2014/24⁶⁴, или архитектурных и инженерных услуг, которые не могут быть однозначно и исчерпывающим образом описаны.⁶⁵ Но и в данных исключительных случаях заказчик обязан провести конкурс на всей территории ЕС, участие в котором могут заявить все заинтересованные предприятия в установленные заказчиком сроки (не менее 30 дней). Только в исключительных случаях государственный заказчик имеет право не проводить конкурс в масштабах ЕС. Например, в случае, если необходимым для исполнения заказа патентом обладает одно-единственное предприятие⁶⁶ или должна быть произведена закупка уникального произведения искусства.

в. Область применения бюджетного права, регулирующего заказы для государственных нужд

В области применения бюджетного права заказов для государственных нужд существуют три способа размещения государственных заказов: публичный конкурс (*die Öffentliche Ausschreibung*), конкурс с ограниченным числом участников (*die Beschränkte Ausschreibung*) и свободное размещение государственного заказа (*die Freihändige Vergabe*). При этом публичный конкурс соответствует открытой процедуре, конкурс с ограниченным числом участников – закрытой процедуре, а свободное размещение – процедуре с переговорами. Конкурсный диалог и инновационное партнерство в области применения бюджетного права заказов для государственных нужд не предусмотрены.

Картельное право заказов для государственных нужд	Бюджетное право заказов для государственных нужд
Открытая процедура	≈ Публичный конкурс
Закрытая процедура с проведением конкурса	≈ Конкурс с ограниченным числом участников
Процедура с переговорами	≈ Свободное размещение государственных заказов
Конкурсный диалог	
Инновационное партнерство	

Схема 3: Виды конкурсных процедур по размещению государственных заказов

⁶³ § 14 абз. 2, предл. 1 Постановления о ГЗ.

⁶⁴ § 130 абз. 1 ЗпОК.

⁶⁵ § 74 Постановления о ГЗ, обычно имеется в виду архитектурное проектирование.

⁶⁶ § 14 абз. 4 Постановления о ГЗ.

В отличие от картельного права государственных заказов в бюджетном праве государственных заказов при проведении публичного конкурса и конкурса с ограниченным числом участников не предусмотрено объявление о размещении государственного заказа на всей территории ЕС. Достаточно опубликовать объявление в ежедневных газетах, специализированных изданиях или на интернет-порталах.

Свободное размещение государственного заказа, как и при процедуре с переговорами, возможно лишь при особых обстоятельствах. К таким обстоятельствам относится определенный лимит стоимости заказа, который может отличаться от одной федеральной земли к другой или даже в пределах одной федеральной земли в зависимости от заказчика. Так, согласно § 3а абз. 4 предл. 2 Положения о ГЗ в сфере строительства от 2016 г. непосредственное размещение государственного заказа на строительные услуги допускается при заказе на оцененную сумму в 10.000 евро без налога с оборота. В некоторых федеральных землях этот лимит повышен в соответствии с бюджетными положениями. Например, в федеральной земле Бранденбург лимит стоимости государственного заказа составляет 20.000 евро без налога с оборота согласно ном. 3.1 Административных предписаний к Земельному бюджетному положению (Verwaltungsvorschriften zur Landeshaushaltsordnung, VV-LHO; далее: АП к ЗБП)⁶⁷ к § 55 Бюджетного положения земли Бранденбург (Landeshaushaltsordnung des Landes Brandenburg, LHO Bbg; далее: БП Ббг)⁶⁸, действие которого распространяется на все министерства земли Бранденбург. Этот лимит применяется, в частности, на услуги доставки и обслуживания согласно ном. 3.2 АП к ЗБП к § 55 БП Ббг, несмотря на то, что Положения о ГЗ в сфере оказания услуг не предусматривают лимит стоимости при свободном размещении государственного заказа. Для коммун (общин, районов, округов / Gemeinden, Landkreise, Ämter) в земле Бранденбург установлен повышенный лимит стоимости в 100.000 евро согласно § 30 абз. 2, абз. 3 Коммунального бюджетного и кассового положения (Kommunale Haushalts- und Kassenverordnung, KomHKV)⁶⁹. Общины могут свободно размещать заказы на строительные услуги и услуги доставки и обслуживания на стоимость, не превышающую установленный лимит.

В отличие от процедуры с переговорами свободное размещение государственного заказа всегда проходит без конкурса. Государственный заказчик предлагает как минимум трем потенциальным участникам внести предложение. По внесенным предложениям могут проводиться переговоры, что способствует быстрому исполнению государственного заказа.

⁶⁷ Текст Административных предписаний на немецком языке:
http://bravors.brandenburg.de/verwaltungsvorschriften/vv_lho/19.

⁶⁸ Текст Положения на немецком языке: <https://bravors.brandenburg.de/de/gesetze-229288>.

⁶⁹ Текст Положения на немецком языке: <http://www.doppik-kom.brandenburg.de/cms/detail.php/bb2.c.456837.de>.

2. Процесс размещения государственных заказов

Процесс размещения государственных заказов, прежде всего, при открытых процедурах или при публичных конкурсах, формализован и делится на несколько стадий.

а. Подготовительная стадия

На подготовительной стадии государственный заказчик определяет свои потребности в государственном заказе. При этом он изучает – если еще не имеется оценка - конъюнктуру рынка и оценивает возможную стоимость заказа. От оценки стоимости заказа зависит применение порогового значения и лимита стоимости заказа, поэтому оценка стоимости заказа должна быть проведена тщательно. Она не должна быть преднамеренно нацелена на избежание применения определенных процедурных норм, регулирующих размещение государственного заказа. Помимо этого, оценка стоимости заказа служит обеспечению его финансирования.

В интересах малого и среднего бизнеса (klein und mittelständische Unternehmen, КМУ)⁷⁰ заказчик обязан разбивать большие заказы на части (лоты, Teillöse) или разделять их по виду и сфере деятельности (профессиональные лоты, Fachlöse) согласно § 97 абз. 4 предл. 2 ЗпОК. Отклонения от принципа размещения по лотам (Grundsatz der losweisen Vergabe) допускаются только в случае, если заказ по экономическим или техническим соображениям не целесообразно разбивать на лоты.

Подготовительная стадия не относится к формальной процедуре размещения государственного заказа, однако, заказчик обязан ее закреплять документально.

б. Стадия объявления государственного заказа

Процедура размещения государственного заказа приобретает внешнее действие при объявлении государственного заказа. Намерение разместить государственный заказ - за исключением конкурса с переговорами или свободного размещения - должно быть объявлено государственным заказчиком. Данное объявление при применении картельного права государственных заказов должно быть издано на всей территории ЕС в Ведомственном издании ЕС (нем.: Amtsblatt der Europäischen Union⁷¹) при помощи специально для этого предусмотренных образцов. Для размещения государственных заказов в области применения бюджетного права государственных заказов достаточным является региональное извещение. Несмотря на то, что для объявлений в области бюджетного права государственных заказов не предусмотрены обязательные особые формы, в тексте объявления должны быть указаны основные сведения, такие как: общее содержание заказа, время и место его исполнения, основные сроки, а также предусмотренные критерии профессиональной пригодности участника и критерии

⁷⁰ Микропредприятия, предприятия малого и среднего бизнеса (КМУ) определяются Рекомендацией ЕС 2003/361. Согласно этой Рекомендации предприятие относится к данной категории, если число его сотрудников не превышает 249 человек, годовой оборот не превышает 50 млн. евро или на балансовом счете находится не больше 43 млн. евро.

⁷¹ Англ.: Official Journal of the European Union.

отбора победителя. Объявление о государственном заказе является важным пунктом в обеспечении прозрачности проведения конкурса, так как благодаря объявлению каждое заинтересованное предприятие получает возможность узнать о проведении конкурсных торгов.

Государственный заказчик должен указать в объявлении, каким образом заинтересованные предприятия могут получить документацию к государственному заказу. В области применения картельного права государственных заказов заказчик обязан предоставить данную документацию бесплатно в электронном виде, к примеру, в качестве (пакета) документов для скачивания. При размещении государственного заказа в области применения бюджетного права документация все еще, как правило, пересылается заинтересованным предприятиям по электронной почте (бесплатно) или в бумажном виде по почте.

с. Стадия поступления предложений

В соответствии с опубликованным объявлением и документацией о государственном заказе кандидаты могут подготовить и рассчитать свои предложения. При этом у участников открытой процедуры есть по меньшей мере 35 календарных дней с момента публикации объявления (срок подачи предложений). При других процедурах в области применения картельного права государственных заказов и при применении бюджетного права государственных заказов сроки подачи предложений значительно короче. В любом случае установленные заказчиком сроки должны быть *достаточными* для подготовки надлежащего предложения.

Участники могут направить заказчику вопросы, возникшие по документации к государственному заказу. Заказчик отвечает на поставленные вопросы не только спросившему кандидату, но и всем потенциальным участникам, в частности, по меньшей мере всем тем предприятиям, которые истребовали документацию. В сложных случаях заказчик должен изменить документацию к государственному заказу и установить новые сроки подачи предложений.

Заказчик определяет, в какой форме должны быть сданы предложения. Самая распространенная форма подачи предложений в настоящее время - это предложения в бумажном виде в запечатанном конверте. Начиная с 18.10.2018 г. государственные заказчики в области применения картельного права государственных заказов будут обязаны принимать предложения в электронной форме с электронной сигнатурой (mit einer elektronischen Signatur).

Поступившие предложения должны быть зарегистрированы заказчиком и оставлены нераспечатанными. Они ни в коем случае не должны быть вскрыты до истечения срока подачи предложений.

Стадия поступления предложений завершается вместе с истечением срока подачи предложений.

d. Стадия проверки и оценки

aa. Открытие предложений

Непосредственно по истечении срока подачи предложений все вовремя поступившие предложения открываются. На всех страницах предложения проставляется отметка (зачастую штамп). Во избежание коррупционных действий при открытии предложений присутствуют как минимум два сотрудника со стороны заказчика. При открытии предложений они сначала удостоверяются, что конверт не был поврежден. Затем сотрудники вносят в протокол имя, адрес участников и конечную стоимость их предложений. Предложения, поступившие заказчику после истечения срока, открываются отдельно, при этом время поступления и причины задержки предложения должны быть зафиксированы.

bb. Формальная проверка предложения

Заказчик проверяет предложения сначала формально на наличие всех необходимых документов. Нормы о размещении государственных заказов включают в себя объемный каталог причин, по которым предложения могут быть исключены из дальнейшего рассмотрения. Так, например, заказчик должен исключить из участия в конкурсной процедуре предложения, поступившие после истечения установленного срока, или предложения, в которых отсутствуют важные документы, например, часть сметы. В некоторых случаях государственный заказчик имеет право или даже обязан дополнительно затребовать объяснения или недостающие документы, которые должны были быть приложены к предложению.

cc. Проверка на профессиональную пригодность

Оставшиеся после формальной проверки кандидаты проверяются заказчиком на профессиональную пригодность. Кандидаты должны гарантировать, что они обладают необходимой компетентностью и рабочими ресурсами, не совершали тяжких уголовных деяний и имеют достаточные технические и экономические средства для выполнения заказа. Предложения от участников, не предоставивших гарантии своей квалификации, исключаются из дальнейшего рассмотрения, так как заказчик не обязан работать с непрофессиональными или криминальными подрядчиками.

dd. Проверка расчетных смет

После этого проводится проверка расчетных смет отобранных предложений, и конечная сумма вносится в протокол открытия предложений (Protokoll der Öffnung der Angebote). Предложения с сильно завышенной или с сильно заниженной ценой исключаются из дальнейшего рассмотрения.

ee. Оценка предложений

В заключение прошедшие проверку предложения оцениваются по критериям, заявленным в опубликованном объявлении или в документации к государственному заказу. Государственный заказ вручается участнику с самым экономически привлекательным предложением. Наилучшее предложение определяется из соотношения цены и качества. Зачастую цена является единственным критерием выбора победителя. В данном случае государственный заказ получает участник, предложивший самую наименьшую, но при этом адекватную цену. При учете соотношения цены и качества, помимо цены, могут учитываться экологические, социальные аспекты или аспекты качества. Важно при этом, чтобы заказчик изначально четко и прозрачно обозначил критерии выбора.

ff. Запрет на переговоры

Переговоры запрещены как при открытой и закрытой процедурах, так и при публичном конкурсе и при конкурсе с ограниченным количеством участников. Данный запрет должен способствовать тому, чтобы участники изначально рассчитывали и обозначали наименьшую цену в их первом (так как единственном) предложении. Помимо этого, данная норма служит предотвращению коррупции. Переговоры возможны только при конкурсе с переговорами и при свободном размещении государственного заказа.

gg. Вручение государственного заказа

Заказчик вручает государственный заказ победителю конкурсной процедуры на основании лучшего соотношения цены и качества. В области применения картельного права государственных заказов заказчик обязан сообщить всем участникам конкурсной процедуры как минимум за десять календарных дней до вручения государственного заказа о причинах отказа и назвать участника, выбранного для вручения государственного заказа. В области применения бюджетного права государственных заказов подобного положения не существует. Здесь заказчик имеет право непосредственно после проверки и оценки предложений вручить государственный заказ. После получения известия о вручении государственного заказа (и при истечении обязательного срока в области картельного права государственных заказов) заказчик и участник конкурсной процедуры заключают договор. Таким образом, участник становится подрядчиком.

IV. Правовая защита

1. Краткий обзор

Правовая защита в сфере государственных заказов, как и само право государственных заказов, разделена на две области. Ввиду этого различают способы правовой защиты в области ниже и в области выше порогового значения. Также различают первичную и вторичную правовую защиту.

Способы первичной защиты позволяют (потенциальному) заинтересованному лицу или участнику конкурсных торгов непосредственно влиять на текущую конкурсную процедуру и таким образом улучшать свои позиции в целях получения заказа. Главной целью первичной защиты является устранение причиненного и/или предотвращение грозящего ущерба вследствие нарушения действующих правовых норм о государственных заказах государственным заказчиком. Это способствует эффективной защите первичных прав (Primärrechte) предприятий в соответствии с § 97 абз. 6 ЗпОК и вынуждает государственных заказчиков по меньшей мере соблюдать нормы права государственных заказов, служащие защите участников конкурсной процедуры. Наконец, главной целью первичной правовой защиты является эффективное противодействие незаконному прекращению конкурсной процедуры государственными заказчиками путем неверного заключения договора или путем неправомерной отмены конкурсных торгов. Если конкурсная процедура завершена правомерным решением о заключении договора, она более не может быть непосредственно обжалована участником конкурсных торгов, а заключенный договор не может быть расторгнут.⁷² Поэтому участник конкурса, желающий добиться исполнения первичных правовых требований (Primärrechtsansprüche), связан короткими сроками для их предъявления. Если договор заказа на государственные нужды заключен правомерно, предприниматель в любом случае может потребовать исполнения вторичных правовых требований (Sekundäransprüche).

Такие вторичные правовые требования (= требования возмещения ущерба, Schadenersatzansprüche) направлены на возмещение ущерба, причиненного потенциальным и реальным участникам конкурсных торгов неправомерными действиями государственного заказчика. Исполнение вторичных правовых требований является второстепенным и именуется вторичной правовой защитой (Sekundärrechtsschutz).

Применяемые нормы права государственных заказов содержат исключительно положения о правовой защите в области выше порогового значения. Таким образом, для правовой защиты в области государственных заказов предусмотрена особенная процедура, урегулированная в части 4 ЗпОК в §§ 155 и послед. и - во всяком случае, касательно первичной правовой защиты в первой инстанции - осуществляемая особыми ведомствами, а именно специально созданными для этого палатами

⁷² Для государственных заказов в области выше порогового значения урегулировано в § 168 абз. 2 ЗпОК, в сфере ниже порогового значения действует юридический принцип „pacta sunt servanda“ (договоры должны соблюдаться / Verträge sind bindend).

государственных заказов (Vergabekammer). В области права государственных заказов ниже порогового значения правовая защита не урегулирована законом, так как здесь действующие нормы относятся к нормам бюджетного права и по сути являются внутренним административным правом (Innenrecht der Verwaltung), не закрепляющим субъективные права участников конкурса. Данное ограничение правовой защиты в области национальных конкурсных процедур Федеральный конституционный суд Германии (Bundesverfassungsgericht) признал соответствующим Основному Закону (Конституции) ФРГ.⁷³ В области права государственных заказов ниже порогового значения эффективная правовая защита может быть достигнута в гражданском суде⁷⁴ путем принятия судом временного определения об обеспечении иска.⁷⁵ При этом заявление в суд должно быть направлено на требование временного запрета заключения договора с одним конкретным или несколькими конкретными конкурентами. Однако для успеха судебного процесса необходимо, чтобы заинтересованный участник конкурса "знал" о предстоящем заключении договора и, помимо этого, своевременно до заключения договора с конкурентом подал заявление в суд и доставил принятое судебное решение государственному заказчику. Таким образом, пострадавшему подрядчику при нарушениях норм права государственных заказов в области ниже порогового значения часто остается довольствоваться лишь требованием исполнения его вторичных прав от государственного заказчика. Добиться заключения договора данным образом подрядчику не удастся.

2. Первичная правовая защита

§ 97 абз. 6 ЗпОК закрепляет субъективное и с этим подлежащее проверке право предприятий на соблюдение норм права государственных заказов. Данное право предприятий эффективно подкреплено возможностью проверки правомерности проведения процедуры по размещению государственных заказов (Nachprüfungsverfahren). Предприятие может провести данную проверку еще до заключения договора в одном из независимых ведомств - палате государственных заказов, и, помимо этого, в государственном суде.

Проверка процедуры размещения государственных заказов в палате государственных заказов является административным процессом особого порядка (verwaltungsrechtliches Verfahren besonderer Art). Несмотря на то, что палата государственных заказов занимает сходное с судом положение, судом в национальном смысле она не является.⁷⁶ Палаты государственных заказов входят в состав

⁷³ BVerfG, Beschluss vom 13.06.2006, 1 BvR 1160/03.

⁷⁴ Федеральный административный суд Германии (Bundesverwaltungsgericht) отклонил подсудность таких дел административным судам (Beschluss vom 02.05.2007, 6 B 10.07).

⁷⁵ Спорно, см. OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.01.2010, I-27 U 1/09; OLG Schleswig, Beschluss vom 08.01.2013, 1 W 51/12, LG München I, Beschluss vom 18.04.2012, 11 O 7897/12, против: OLG Brandenburg, Urteil vom 10.12.2012, 6 U 172/12.

⁷⁶ OLG Brandenburg, Beschluss vom 7.8.2008, Verg W 11/08. Не смотря на это, палата государственных заказов имеет право направлять ходатайства о принятии предварительного решения об интерпретации европейских договоров непосредственно в Суд Европейского союза (EuGH). Таким образом, они считаются «судами» согласно ст. 267 Договора о функционировании ЕС (AEUV), ср. EuGH, Urteil vom 18.09.2014, C-549/13.

административных органов - как правило, соответствующих министерств экономики - и принимают решения в форме административных актов (Verwaltungsakt). Тем не менее, процедура проверки конкурсных торгов палатой государственных заказов приближена к судебному процессу. Так, оспаривание решения палаты государственных заказов осуществляется не посредством возражения (Widerspruch), а - как в судебном процессе - посредством срочной жалобы (sofortige Beschwerde).⁷⁷

Жалоба рассматривается в высшем земельном суде (Oberlandesgericht, OLG) соответствующей федеральной земли.

а. Допустимость заявления на проверку конкурсных торгов

Полномочие на подачу заявления

Возбуждение процедуры проверки производится только путем подачи соответствующего заявления от предприятия. Согласно § 160 абз. 2 ЗпОК на подачу заявления уполномочено любое предприятие, заинтересованное в получении государственного заказа или концессии и заявляющее ущемление своих прав ввиду несоблюдения норм права государственных заказов согласно § 97 абз. 6 ЗпОК. Интерес в получении государственного заказа или концессии, как правило, предполагается в случае, если предприятие, подавшее заявление, является кандидатом или участником конкурсных торгов⁷⁸ или если предприятие принимало бы участие в качестве кандидата или участника при соответствующем, но неправомерно не опубликованном объявлении о проведении конкурсных торгов. Заявитель также должен изложить обстоятельства, в соответствии с которыми ему нанесен или может быть нанесен ущерб вследствие заявленного несоблюдения правовых норм о государственных заказах. Требования к изложению обстоятельств о состоявшемся или грозящем ущемлении прав - опять же из соображений эффективной правовой защиты - не высоки. Для изложения угрозы ущерба является достаточным, если, согласно утверждениям заявителя, он имел бы лучшие шансы на получение государственного заказа при надлежащей (повторной) процедуре конкурсных торгов, чем при опротестованной им процедуре. Ущерб не является грозящим, если заявленное нарушение правовых норм о государственных заказах не понижает шансы предприятия на получение государственного заказа.

Претензия (Rüge)

Вместе с заявлением о проверке процедуры размещения государственных заказов предприятие должно изложить, что оно опротестовало неправомерное поведение заказчика и, несмотря на предъявленную претензию, не получило удовлетворение. Если заявитель не выполнил свое обязательство и не предъявил претензию, заявление является, как правило, недопустимым. Претензия не является обязательной только в

⁷⁷ § 171 абз. 1 ЗпОК.

⁷⁸ BVerfG, Beschl. v. 29.7.2004, 2 BvR 2248/03; BGH, Beschl. v. 26.09.2014, X ZB 14/06 = BGHZ 169, 131; Beschl. v. 10.11.2009, X ZB 8/09 = BGHZ 183, 95.

случаях т. н. де-факто конкурсных торгов (*de-facto-Vergabe*)⁷⁹ согласно § 160 абз. 3 предл. 2 в сочетании с § 135 абз. 1 ном. 2 ЗпОК или в особых случаях, когда заявитель был затруднен подать претензию в срок. Претензия должна служить заказчику предупреждением и указывать на возможные нарушения процедуры размещения государственных заказов. Таким образом, заказчик должен получить возможность самостоятельно исправить нарушения. Опротестованию подлежит каждое нарушение. Обобщенные, неконкретные претензии, как, например: "процедура размещения государственных заказов непрозрачна и поэтому противоправна", не соответствуют предъявляемым требованиям. Кроме того, претензия должна содержать требование к исправлению поведения государственного заказчика. Наконец, претензия в рамках процедуры размещения государственных заказов подается в свободной форме и не должна обозначаться в качестве "претензии".

Заявитель должен не только содержательно описать заявленные им ошибки в процедуре конкурсных торгов, но и предъявить претензии государственному заказчику в кратчайшие сроки. При этом стоит различать следующие претензионные ситуации. Как только участник торгов *обнаружил* нарушения предписаний права государственных заказов, он обязан подать претензию в течение десяти дней.⁸⁰ Вне зависимости от этого, предприятие обязано опротестовать все *обнаруженные* нарушения предписаний права государственных заказов в объявлении о конкурсных торгах или в документах для предложений участников до истечения срока подачи документов на участие в конкурсе⁸¹ или подачи предложения.⁸² Достаточно, если обычный (*durchschnittlicher*) участник конкурсных торгов имел *возможность обнаружить* нарушения, а именно, в отличие от первой ситуации, действительное выявление нарушений участником не является обязательным. У предприятия имеется только несколько дней, если оно узнает о нарушении из разосланной государственным заказчиком информации о намерении заключить договор согласно § 134 ЗпОК. В этом случае предприятие обязано подать претензию до заключения договора и со своей стороны установить кратчайшие сроки для устранения нарушений, чтобы при безрезультатном истечении сроков сразу же подать заявление на проверку, так как при действительном заключении договора о государственном заказе заявление на проверку считается недопустимым.

Форма и сроки подачи заявления

Заявление на проверку процедуры размещения государственных заказов подается в письменном виде в компетентную палату государственных заказов и должно быть безотлагательно обосновано, § 161 абз. 1 ЗпОК. Обоснование должно согласно § 161 абз. 2 ЗпОК содержать обозначение государственного заказчика, описание

⁷⁹ Под т. н. де-факто конкурсными торгами понимаются противоречащие праву государственных заказов прямые заключения договоров о государственных заказах (*Direktbeauftragung*) без проведения процедуры размещения государственных заказов.

⁸⁰ § 160 абз. 3 ном. 1 ЗпОК.

⁸¹ Имеется в виду срок для подачи заявлений на участие в предварительном конкурсе закрытого и переговорного порядка.

⁸² § 160 абз. 3 ном. 2 и 3 ЗпОК.

предполагаемого правового нарушения с изложением обстоятельств дела и указанием возможных доказательств. Помимо этого, из заявления должно следовать, что государственному заказчику была предъявлена претензия. Кроме того, заявитель должен указать, принятие каких мер (решений) он требует.

Заявление должно быть подано согласно § 160 абз. 3 предл. 1 ном. 4 ЗпОК не позднее 15 дней со дня оповещения со стороны заказчика о неудовлетворении претензии заявителя. Наконец, заявитель обязан обеспечить подачу заявления на проверку в такие сроки, чтобы палата государственных заказов смогла предотвратить действительное заключение договора.

Представительство предприятий адвокатом в палате государственных заказов не является обязательным. Ввиду сложности процедуры, однако, многие предприятия все же обычно прибегают к помощи адвоката.

в. Обоснованность заявления на проверку

Заявление на проверку является обоснованным и в конечном счете успешным, если заявитель ущемлен в своих правах ввиду нарушения государственным заказчиком процедуры размещения государственных заказов. Палата государственных заказов принимает соответствующие меры, чтобы устранить нарушение прав и предотвратить ущемление интересов. Зачастую процесс процедуры размещения государственных заказов возвращается на тот этап, на котором нарушение не являлось существенным. Иногда палата государственных заказов полностью отменяет процедуру конкурсных торгов и обязывает заказчика при дальнейшем размещении государственного заказа избегать выявленных ошибок.

с. Порядок разбирательства в палате государственных заказов

При получении заявления на проверку палата государственных заказов проверяет, является ли заявление согласно § 163 абз. 1 ЗпОК очевидно недопустимым или необоснованным. В противном случае палата государственных заказов направляет данное заявление государственному заказчику. Одновременно с этим палата государственных заказов налагает запрет на заключение договора о государственном заказе государственным заказчиком на время разбирательства. Таким образом, процедура размещения государственных заказов приостанавливается и временно не может быть завершена государственным заказчиком посредством действительного заключения договора. Если договор все же заключается, он считается недействительным и беспредметным. Зачастую заказчики больше опасаются задержек, связанных с разбирательством в рамках проверки процедуры размещения государственных заказов, чем связанных с этим существенных расходов.

Вместе с пересылкой заказчику копии заявления на проверку палата государственных заказов истребует акты, документирующие процедуру проведения конкурсных торгов (Vergabeakte). Заказчик обязан согласно § 163 абз. 2 ЗпОК незамедлительно предоставить палате государственных заказов всю соответствующую документацию. Как правило, заказчик оставляет у себя копию документации процедуры проведения конкурсных торгов и передает палате государственных заказов

оригинал. Короткие сроки для предоставления документации обычно не являются проблемой, так как заказчик и без того обязан документировать текущую процедуру конкурсных торгов.

Палата государственных заказов изучает обстоятельства дела в служебном порядке согласно § 163 абз. 1 ЗпОК. Она может ограничиться изучением того, что было изложено сторонами или что ей должно быть известно. Полная проверка правомерности, в отличие от, например, административных судов, не входит в обязанности палаты государственных заказов. Это служит, прежде всего, ускорению процесса разбирательства. Обычно палаты государственных заказов склоняются к полномасштабной проверке правомерности процедуры размещения государственных заказов при наличии в документации конкретных - не упомянутых заявителем - свидетельств веских нарушений норм права государственных заказов.

В процедуре проверки конкурсных торгов помимо заявителя и государственного заказчика (в рамках проверки также именуемого ответчиком, Antragsgegner) участвуют и предприятия, чьи интересы существенно затрагивает решение палаты государственных заказов. Эти предприятия привлекаются к разбирательству в качестве третьего лица. Привлечение имеет место, например, тогда, когда заказчик согласно § 134 ЗпОК в предварительной информации указал предприятие, с которым он намеревался заключить договор, но которое, ввиду опротестованных заявителем оценочных ошибок заказчика, более не может быть принято во внимание.

Важное право всех участников разбирательства - это право на ознакомление с документами. Участники разбирательства могут ознакомиться с документацией в палате государственных заказов согласно § 165 абз. 1 ЗпОК. Палата государственных заказов может отказать в ознакомлении с документами, если это недопустимо по веским причинам, в особенности в связи с мерами по сохранению производственной и коммерческой тайны. Это касается, в частности, предложений участников конкурсной процедуры, так как это может привести к заключениям об их калькуляции, профессиональной пригодности и рекомендациях. На практике палата государственных заказов рестриктивно толкует право на ознакомление с документами и часто допускает ознакомление лишь с частью документации.

К процедуре проверки конкурсных торгов применяется предписание об ускорении разбирательства. Палата государственных заказов выносит и обосновывает свое решение в письменном виде не позднее пяти недель со дня подачи заявления на проверку согласно § 167 ЗпОК. Только в случае фактических или правовых сложностей председатель палаты может в виде исключения продлить срок на необходимое для разбирательства время. Это продление не должно превышать срок в две недели. Если палата по распределению государственных заказов не вынесла решение в установленные сроки, то заявление считается отклоненным согласно § 171 абз. 2 ЗпОК.

d. Порядок судопроизводства в сенате по заказам на государственные нужды высшего суда федеральной земли

Против решения палаты государственных заказов может быть подана срочная жалоба (*sofortige Beschwerde*). Право на подачу жалобы имеют все участники разбирательства, также, к примеру, предприятия, привлеченные в качестве третьего лица. Рассмотрение жалобы осуществляется соответствующим высшим судом федеральной земли в качестве суда обжалования (*Beschwerdegericht*). При высших судах в федеральных землях организованы специальные сенаты (*spezielle Vergabesenate*), отвечающие за рассмотрение дел о государственных заказах.

К срочной жалобе также применяется предписание об ускорении разбирательства. Срочная жалоба должна быть подана в преклюзивный срок (*Notfrist*) в две недели. Этот срок не может быть продлен. Срок отсчитывается со дня доставки решения или - при фикции отклонения согласно § 171 абз. 2 ЗпОК – со дня истечения пяти- или семинедельного срока согласно § 167 ЗпОК. Срочная жалоба должна быть подана в письменном виде непосредственно в суд и должна быть обоснована. Письменный документ срочной жалобы должен быть, в отличие от представительства в палате государственных заказов, закреплен подписью адвоката. Это не касается жалоб, поданных юридическими лицами публичного права, - как правило, государственными заказчиками -, которые могут быть представлены должностным лицом или служащим с допуском к судебной деятельности.

e. Заявление на предварительное решение или заявление на продление отлагательного действия (*Verlängerung der aufschiebenden Wirkung*)

Во время процесса проверки процедуры размещения государственных заказов палатой государственных заказов как заказчик, так и предприятие, с которым должен был быть заключен договор, - в случае, если оно привлечено в качестве третьего лица - могут подать заявление на принятие оферты договора.

Палата государственных заказов согласно § 169 абз. 2 ЗпОК может разрешить заключение договора, если, принимая во внимание все ущемленные интересы участников, а также интересы общественности в скорейшем заключении договора, отрицательные последствия от задержки заключения договора до завершения разбирательства имеют больший вес, чем польза от ожидания результатов проверки. При взвешивании обстоятельств должны учитываться интересы общественности в экономичном исполнении задач заказчика; при специальных заказах в сфере обороны и безопасности должны дополнительно учитываться особые интересы обороны и безопасности. Палата государственных заказов при этом принимает во внимание общие шансы заявителя на получение государственного заказа или концессии в конкурсных торгах. Таким образом, палата по распределению государственных заказов скорее разрешит, к примеру, досрочное заключение договора на приобретение срочно необходимых лекарств или оказание медицинской помощи, чем на дорожное строительство.

Как разрешение на досрочное заключение договора, так и на отклонение такого заявления могут быть опротестованы в суде обжалования посредством срочной жалобы.

В случае заключения договора с предприятием согласно решению палаты государственных заказов или суда обжалования первичная правовая защита заявителя прекращается. Далее он может, во всяком случае, обратиться к вторичной правовой защите (к требованиям о возмещении убытков, *Schadenersatzansprüche*).

3. Вторичная правовая защита

Все участники конкурсных торгов имеют право требовать возмещение убытков в связи с нарушением заказчиком предписаний права государственных заказов в областях как ниже, так и выше предельного значения. Данные требования о возмещении убытков должны быть предъявлены иском заявлением в суд по гражданским делам (*Zivilgericht*), а именно, в зависимости от суммы иска, в участковый суд (*Amtsgericht*, при сумме иска до 5.000 евро) или земельный суд (*Landgericht*, при сумме иска от 5.000,01 евро).

Требования о возмещении убытков могут быть направлены как на позитивный (*das positive Interesse*), так и негативный интерес (*das negative Interesse*). Под позитивным интересом понимается возмещение ущерба в форме упущенной выгоды вследствие неполучения государственного заказа. Он часто составляет от 3 % до 10 % суммы заказа нетто (*Nettoauftragssumme*). В отдельных случаях, в особенности при оказании услуг в сфере свободных профессий, возмещение ущерба может быть значительно выше. Негативный интерес охватывает расходы, возникшие вследствие доверия участника тому, что конкурсная процедура была проведена правомерно. При этом речь идет в основном о расходах, связанных с составлением и подачей предложения, а также расходах, непосредственно связанных с участием в разъяснительных мероприятиях и переговорах.

Предпосылкой для возмещения ущерба, направленного на позитивный интерес, является подтверждение того, что участник конкурса при проведении правомерной конкурсной процедуры с вероятностью, граничащей с уверенностью (*mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit*), выиграл бы конкурсные торги. На практике доказать это достаточно сложно, но не невозможно. Основанием для предъявления претензии является ущерб, нанесенный отношениям взаимного доверия между участником торгов и заказчиком, возникшим в ходе конкурсной процедуры - являющимся схожими с договорными отношениями - согласно §§ 311 абз. 2, 280 абз. 1 Гражданского Уложения Германии (*Bürgerliches Gesetzbuch, BGB*)⁸³ (*culpa in contrahendo*), а так же ошибка в процедуре размещения государственных заказов в области выше предельного значения согласно § 181 ЗпОК.

⁸³ Текст на немецком и английском языках: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>.

Информация об авторах:



Проф. д-р Гордон фон Миллер (Dr. Gordon von Miller) с мая 2017 г. является профессором Высшей школы государственного управления и финансов Людвигсбург (Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg). С 2015 г. он является юристом административного центра земли Бранденбург, г. Потсдам (Landeshauptstadt Potsdam). Ранее проф. д-р Гордон фон Миллер многие годы занимался адвокатской деятельностью в коллегии адвокатов, специализирующейся на праве заказов для государственных нужд, и оказывал консультационные услуги как участникам конкурсных торгов, так и государственным заказчикам. Проф. д-р Гордон фон Миллер регулярно проводит семинары по праву заказов для государственных нужд. Адрес электронной почты: gordon.vonmiller@rathaus.potsdam.de.



Проф. д-р Ларс Штайнхорст (Prof. Dr. Lars Steinhorst) с сентября 2015 г. является профессором Высшей школы государственного управления и финансов Людвигсбург (Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg). Помимо прочих предметов, Проф. д-р Ларс Штайнхорст преподает право заказов для государственных нужд. Ранее он многие годы занимался адвокатской деятельностью, поначалу в адвокатской коллегии, специализирующейся на праве заказов для государственных нужд и строительном праве, затем в коллегии, консультирующей в области строительного и архитектурного права. Проф. д-р Ларс Штайнхорст в настоящее время занимает пост председателя правления Немецкого объединения защиты прав потребителей (Deutscher Verbraucherschutzverein e.V.). Адрес электронной почты: lars.steinhorst@hs-ludwigsburg.de.



Дипл. юр. Ольга Прокопьева (Dipl. iur. Olga Prokopyeva), LL.M. имеет как российское, так и немецкое юридическое образование. С февраля 2016 г. Ольга Прокопьева проходит референдариат (Referendariat) при Бранденбургском высшем земельном суде (Brandenburgisches Oberlandesgericht). Во время учебы и после окончания университета Ольга Прокопьева работала в адвокатской коллегии в г. Потсдам, специализирующейся на публичном праве и праве заказов для государственных нужд. В 2015 г. она также проходила стажировку в российском отделе крупной международной адвокатской коллегии в г. Берлин. За магистерскую работу Ольга Прокопьева была удостоена Германо-российской юридической премии 2014 г. (Deutsch-Russischer Juristenpreis 2014). Адрес электронной почты: prokopye@gmail.com.

Разведка и добыча газа и нефти в Германии: Правовые предпосылки и практика

Aufsuchung und Förderung von Erdgas und Öl in Deutschland: Rechtsgrundlagen und Praxis

Анна Решетина-Корхова

(Anna Reshetina-Korkhova)

Der Artikel gibt einen Überblick über die Rechtsgrundlagen und die Praxis der Aufsuchung und Förderung von Bodenschätzen in Deutschland. Der Fokus liegt dabei auf den erforderlichen Berechtigungen (Aufsuchungserlaubnis, Förderbewilligung, Altverträge), den Voraussetzungen ihrer Erteilung nach dem Bundesberggesetz sowie der Praxis der Zusammenschlüsse in GbR-Konsortien zum Zwecke der gemeinsamen Aufsuchung und Förderung. Zudem werden einzelne Aspekte wie Vertrauensschutz und Übertragung von Bergbauberechtigungen angesprochen.

Германия является страной-импортером нефти и газа. В 2015 году Германия импортировала 91 миллион тонн нефти. Основным экспортером является Россия, ее доля в общем количестве составляла от 34% до 36% в последние три года.¹ Добыча нефти внутри Германии в 2014 году составила 2,4 миллиона тонн, а добыча газа 10,1 миллиарда м³.² Добыча газа в Германии покрывает 7% общего потребления.

В сравнении с другими странами добыча полезных ископаемых в Германии требует очень высоких затрат. Причиной тому – геологические особенности, с одной стороны, и строгое законодательство в сфере защиты труда и охраны окружающей среды, с другой стороны. В то же время Германия предлагает надежную правовую и экономическую систему, тем самым создавая благоприятные условия для инвестиций, в том числе и в горнодобывающей области.

I. Правовые основы разведки и добычи полезных ископаемых

Основным законодательным актом в сфере разведки и добычи полезных ископаемых в Германии является Федеральный Горный Закон (Bundesberggesetz)³. Благодаря тому,

¹ Данные Федерального Министерства Экономики и Энергетики (Bundesministerium für Wirtschaft und Energie). Доступ: <http://m.bmwi.de/DE/Themen/energie,did=159668.html> (последнее обращение: 29 мая 2016 г.).

² Отчет ЛБЕГ за 2014 год. Доступ: <http://www.lbeg.niedersachsen.de/download/98573> (последнее обращение: 29 мая 2016 г.).

³ Текст закона на немецком языке опубликован здесь: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bbergg/gesamt.pdf>.

что действие Закона как федерального законодательного акта распространяется на территорию всей Германии, создаются одинаковые условия для добычи ископаемых во всех федеральных землях (Bundesländer).

Исполнение Федерального Горного Закона возложено на исполнительные органы в отдельных федеральных землях. Наиболее значимым органом исполнения горного права является Ведомство по Горному делу, Энергетике и Геологии (Landesamt für Bergbau, Energie und Geologie, сокр.: LBEG, далее: ЛБЕГ)⁴ земли Нижняя Саксония, в которой добывается около 90% от общего количества добываемых в Германии нефти и природного газа.⁵

Федеральный Горный Закон действует для всех видов ископаемых. § 3 Закона определяет «полезные ископаемые» (Bodenschätze) как «любые минеральные сырьевые материалы, за исключением воды, в твердом, жидком и газообразном состоянии, содержащиеся в естественных отложениях либо накоплениях (месторождениях), подземных и наземных, на морском дне, в морских недрах либо в морской воде». Закон делает различие между полезными ископаемыми, находящимися в собственности владельца участка земли (grundeigene Bodenschätze), и так называемыми свободными полезными ископаемыми, на которые не распространяется право собственности владельца земли или государства (bergfreie Bodenschätze). К последним, согласно § 3 п. 3 Закона, относятся, в частности, каменный уголь, бурый уголь, нефть и природный газ.

1. Виды горных прав в отношении свободных полезных ископаемых

Права на разведку и добычу свободных ископаемых (горные права) государство дает посредством административных актов, изданных горным ведомством соответствующей федеральной земли в ответ на заявление. Таким образом, выдача прав на распоряжение полезными ископаемыми в Германии осуществляется по системе административно-правовых концессий, а не на основании гражданско-правовых отношений, например в форме *production-sharing agreements*⁶. Полученные таким образом горные права являются юридическими титулами, однако сами по себе еще не дают права на проведение работ, для которого горному предпринимателю дополнительно потребуются составить и утвердить производственный план (Betriebsplan), который устанавливает детали проведения работ.

§ 6 Федерального Горного Закона предусматривает различные виды прав на распоряжение свободными полезными ископаемыми (Bergbauberechtigung):

- разрешение (Erlaubnis) на проведение разведывательных и поисковых работ (§ 7 Закона);

⁴ Интернет-страница ЛБЕГ: <http://www.lbeg.niedersachsen.de>.

⁵ Г. Кюне, Основы германского горного права (газ, нефть, уголь), в: И.Г. Лахно (ред.), Энергетика и право, 2-ое издание, Москва, 2009, стр. 116-128.

⁶ Г. Кюне, Основы германского горного права (газ, нефть, уголь), в: И.Г. Лахно (ред.), Энергетика и право, 2-ое издание, Москва, 2009, стр. 116-128.

- лицензия (Bewilligung) на деятельность по разработке и добыче обнаруженных при разведке полезных ископаемых (§ 8 Закона);
- право пользования недрами в виде права собственности на горнорудное предприятие (Bergwerkseigentum) (§§ 9, 151 Закона).

Горные права выдаются по принципу исключительности, т.е. обладатель горного права получает исключительное право на разведку либо добычу указанных материалов на указанной территории.⁷ Из этого основного принципа существуют некоторые исключения в случаях, в которых выданные параллельно горные права тем не менее не мешают разведке и добыче в соответствии с Федеральным Горным Законом.

а. Разрешение на поиск и разведку

Существует три подвида разрешений: разрешение на разведку большой площади (großräumige Aufsuchung) с целью общих выводов о возможности месторождений, разрешение на разведку в научных целях (Aufsuchung zu wissenschaftlichen Zwecken) и разрешение на разведку в коммерческих целях (Aufsuchung zu gewerblichen Zwecken).

Разрешение дает обладателю право проводить все мероприятия, требуемые для обнаружения и установки количества полезного ископаемого. В случае разведки большой площади это включает в себя использование геофизических и геотермических процессов. Также обладатель разрешения может возводить и использовать сооружения, служащие горной деятельности, например разведочные скважины, шахтные стволы и подземные горные выработки.⁸ Так как при разведывательных работах неизбежна и добыча ископаемых (в малых количествах), разрешение, согласно § 7 п. 1 предл. 1 № 2 Закона, распространяется и на ограниченную добычу и присвоение ископаемых, добытых в ходе планомерных работ по разведке.

б. Лицензия на разработку и добычу

Лицензия включает в себя право на добычу и присвоение указанных в ней ископаемых на указанной территории действия. Присвоение осуществляется согласно общим правилам гражданского права о приобретении бесхозных вещей (herrenlose Sachen), к которым относятся добытые ископаемые. Помимо этого, обладатель лицензии может проводить разведку указанных ископаемых, которая, как правило, необходима и после окончания этапа разведки, чтобы установить более точный размер месторождения. Одновременно, государство не выдает иным лицам разрешений на территории действия лицензии.

⁷ P. Franke, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen [П. Франке в: Г. Больдт / Х. Веллер / Г. Кюне / Х.-У. фон Мэсенхаузен (ред.)], Kommentar zum Bundesberggesetz [Комментарий к Федеральному Горному Закону], 2-ое издание, Берлин, 2016, § 6, п. 3.

⁸ P. Franke, in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen [П. Франке в: Г. Больдт / Х. Веллер / Г. Кюне / Х.-У. фон Мэсенхаузен (ред.)], Kommentar zum Bundesberggesetz [Комментарий к Федеральному Горному Закону], 2-ое издание, Берлин, 2016, § 7, п. 7.

Лицензия – так же как и разрешение – дает право на сооружение и эксплуатацию необходимых для деятельности сооружений, а также право требовать переуступку земельного участка, необходимого для горной деятельности, в порядке, установленном §§ 77-106 Закона.

Право, данное лицензией, Законом приравнивается к праву собственности (§ 8 п. 2). Соответственно, если горное право не предусматривает иного, к лицензии применяются положения Гражданского Уложения Германии (Bürgerliches Gesetzbuch, сокр.: BGB, далее: ГГУ)⁹ о правах собственности, например, прекращение действий, ущемляющих права обладателя лицензии (§ 1004 ГГУ).

с. Право собственности на горнорудное предприятие

Право собственности на горнорудное предприятие дает права, аналогичные лицензии, что следует из отсылки к § 8 п. 1 Закона в § 9 п. 1 предл. 1 Закона. Основной формой горного права на добычу, однако, остается лицензия, и ходатайство может подаваться лишь на лицензию. Обладатель лицензии может просить о преобразовании своей лицензии в право собственности на горнорудное предприятие, которое является правом, подчиняющимся правовому режиму земельных участков (grundstücksgleiches Recht). Смысл такого преобразования заключается в том, что право собственности на горнорудное предприятие, в отличие от простой лицензии, позволяет использовать месторождение как средство обеспечения кредита.¹⁰

d. Договорные минеральные права

Исключение из системы административно-правовых концессий составляют договорные минеральные права, так называемые старые договоры (Altverträge). Такие договорные минеральные права следуют из договоров, заключенных между фирмами, занимающимися добычей полезных ископаемых, и землевладельцами до введения системы административно-правовых концессий. Договорные минеральные права позволяют обладателям вести разведывательные работы, а также добывать полезные ископаемые на территории действия договора. После вступления в силу Федерального Горного Закона в соответствии с принципом защиты доверия такие договоры сохранили свою силу (§ 156 п. 1 Закона).

Существование горных прав и договорных минеральных прав означает, что одно и то же месторождение может находиться частично на территории лицензии, а частично на территории договора. Возможны даже случаи, когда изначальное предположение о

⁹ Текст закона на немецком языке: <https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bgb/gesamt.pdf>. Перевод на английский язык, выполненный Министерством Юстиции Германии: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/german_civil_code.pdf. См. также перевод на русский язык: Гражданское уложение Германии, 4-ое издание, 2015.

¹⁰ Г. Кюне, Основы германского горного права (газ, нефть, уголь), в: И.Г. Лахно (ред.), Энергетика и право, 2-ое издание, Москва, 2009, стр. 116-128.

нахождении и объеме месторождения со временем корректируется благодаря новым технологиям, и распределение территории меняется.

2. Предпосылки и порядок получения разрешения на поиск и разведку и лицензии на разработку и добычу, утверждение производственного плана, понятие горного предпринимателя

а. Материальные предпосылки и порядок выдачи горных прав

Горные права выдаются на основании письменного ходатайства в компетентный орган физическим или юридическим лицом. Так как при отсутствии причин для отказа у органа нет возможности не выдать лицензию по своему усмотрению, заявитель имеет право на получение разрешения либо лицензии, и решение принимается только на основании проверки материальных предпосылок.¹¹ Материальной предпосылкой, в свою очередь, является отсутствие причин для отказа, перечисленных в Законе.

аа. Причины для отказа в выдаче разрешения (§ 11 Закона)

Ведомство может отказать в разрешении на основании следующих причин:

- неточное указание полезных ископаемых либо участка земли, относительно которых планируется разведывательная деятельность;
- непредоставление программы работ;
- отказ заявителя от обязательства объявлять ведомству о результатах разведки;
- отказ от содействия обладателям других разрешений;
- личная ненадежность заявителя;
- финансовая несостоятельность заявителя;
- опасность для месторождения или других полезных ископаемых;
- общественные интересы, исключающие проведение разведывательных работ.

аб. Причины для отказа в выдаче лицензии (§ 12 Закона)

Причины неточного указания полезных ископаемых и участка земли, а также ненадежность, несостоятельность заявителя и опасность для месторождений и общественных интересов действительны и в отношении лицензии. Помимо этого, ведомство может отказать в лицензии на основании следующих причин:

- неуказание мест обнаружения залежей;
- недоказанность технической пригодности ископаемых для добычи;

¹¹ М. Зайкова, Горное право в Германии: право пользования недрами и порядок его предоставления, в: С. Занковский (ред.), Россия-ЕС: энергетическое право, ИГП РАН, Москва 2013, стр. 158-174.

- непредоставление удовлетворительной программы работ.

сс. Причины для отказа в праве собственности на горнорудное предприятие (§ 13 Закона)

В преобразовании лицензии в право собственности может быть отказано, если заявитель не обладает лицензией, не может убедительно подтвердить прибыльность добычи в будущем, неточно указал земельный участок или не предоставил все необходимые данные и документы.

в. Защита доверия относительно связи между разведкой и добычей полезных ископаемых

Обладатель разрешения не получает автоматически лицензию в случае успешного проведения разведки, а должен заново подавать заявление. Как замечает *Кюне*¹², между исследованием и эксплуатацией полезных ископаемых существует очевидная производственно-экономическая связь, которая должна дублироваться соответствующей правовой связью. § 12 Закона дает обладателю разрешения определенную степень защиты в виде обязательной выдачи лицензии в случае обнаружения полезных ископаемых во время поисково-разведывательных работ, если факты, оправдывающие отказ, наличествовали еще до выдачи разрешения. Такая защита доверия, по мнению Кюне, недостаточна ввиду затрат, необходимых на этапе разведки, и должна распространяться и на обстоятельства, возникшие после выдачи разрешения, если они находятся вне сферы влияния заявителя.

Еще одна причина, по которой связь может быть нарушена, это возможность параллельной выдачи горных прав, так как исключительность разрешения не означает, что государство не может выдать на территории действия разрешения лицензию другому предпринимателю, который выполнит предпосылки. Обладателю разрешения, который, вероятно, рассчитывал на продолжение своей деятельности после окончания разведывательных работ, в таком случае дается три месяца на подачу ходатайства о лицензии, которое имеет приоритет перед другими (§ 14 Закона). Эта особенность защищает обладателя разрешения, который уже инвестировал средства и время в разведку местности, от ситуации, в которой результатами его изысканий могут попытаться воспользоваться конкуренты.

с. Составление и утверждение производственного плана

После получения горного права лицу, планирующему горную деятельность, необходимо составить производственный план и утвердить его в компетентном ведомстве (§ 51 Федерального Горного Закона). Производственный план давно является инструментом превентивного надзора государства за горным производством и

¹² Г. Кюне, Основы германского горного права (газ, нефть, уголь), в: И.Г. Лахно (ред.), Энергетика и право, 2-ое издание, Москва, 2009, стр. 116-128.

изначально (задолго до вступления в силу Федерального Горного Закона) даже составлялся горным ведомством.¹³ При его проверке принимается решение о том, как и под какими условиями будет осуществляться горная деятельность, т.е. утверждение плана практически позволяет воспользоваться полученным горным правом. Производственный план составляется не однократно на весь период деятельности, а подразделяется на этапы, соответствующие ее этапам. У ведомства нет возможности принять решение по усмотрению: при выполнении всех предпосылок план должен быть утвержден.¹⁴

Обязательными для всех случаев являются так называемый основной производственный план (Hauptbetriebsplan), согласно § 52 п. 1 Федерального Горного Закона, составляемый на период двух лет и описывающий общий ход работ, и заключительный план (Abschlussbetriebsplan), согласно § 53 Федерального Горного Закона, составляемый на этап завершения работ.

Ходатайство об утверждении плана подается перед началом работ и сопровождается обширной документацией, подтверждающей содержание плана. Требования, которые должны быть выполнены заявителем, содержатся в § 55 Федерального Горного Закона. Помимо обладания горным правом, заявитель должен доказать свою личную и финансовую надежность, предоставить информацию о мерах по охране окружающей среды и жизни и здоровья людей, по рекультивации земель, по защите окружающих предприятий от отрицательных воздействий горной деятельности.

В § 56 п. 2 Федерального Горного Закона предусмотрено право ведомства по своему усмотрению потребовать от заявителя предоставление гарантии в отношении выполнения предпосылок, в частности мер по рекультивации. Гарантия может быть предоставлена в любой подходящей форме, например поручительство от банка или от головной компании, страховка, образование резервов и др.¹⁵

d. Горный предприниматель

Частное или юридическое лицо, занимающееся горной деятельностью¹⁶ за свой счёт (это определение включает в себя, например, арендатора горнорудного предприятия¹⁷),

¹³ F. von Hammerstein [Ф. фон Хаммерштайн], in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen (Hrsg.) [Г. Больдт / Х. Веллер / Г. Кюне / Х.-У. фон Мэсенхаузен (ред.)], Kommentar zum Bergbaugesetz [Комментарий к Федеральному Горному Закону], 2-ое издание, Берлин, 2016, §§ 50-57с, п. 1.

¹⁴ F. von Hammerstein [Ф. фон Хаммерштайн] in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen (Hrsg.) [Г. Больдт / Х. Веллер / Г. Кюне / Х.-У. фон Мэсенхаузен (ред.)], Kommentar zum Bergbaugesetz [Комментарий к Федеральному Горному Закону], 2-ое издание, Берлин, 2016, §§ 50-57с, п. 9-13.

¹⁵ F. von Hammerstein [Ф. фон Хаммерштайн], in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen (Hrsg.) [Г. Больдт / Х. Веллер / Г. Кюне / Х.-У. фон Мэсенхаузен (ред.)], Kommentar zum Bergbaugesetz [Комментарий к Федеральному Горному Закону], 2-ое издание, Берлин, 2016, § 56, п. 29-46.

¹⁶ К деятельности горного предпринимателя, согласно § 4 п. 5 и § 2 п. 1 № 1, 2 Федерального Горного Закона, относится разведка, добыча и обогащение свободных полезных ископаемых и полезных ископаемых, находящихся в собственности землевладельца, а также различные сопутствующие им виды деятельности, как транспортировка и хранение, и рекультивация территории во время и по окончании разведки, добычи и обогащения свободных полезных ископаемых и полезных ископаемых, находящихся в собственности землевладельца.

либо частное или юридическое лицо, за чей счет ведется горная деятельность, Федеральным Горным Законом определяется как горный предприниматель (Unternehmer). Предприниматель является ответственным лицом при осуществлении горной деятельности и должен выполнять предпосылки надежности при утверждении производственного плана. Также предприниматель отвечает за ущерб, причиненный горными работами (Bergschaden), § 115 Закона.

II. Практика горной деятельности в Германии

1. Горные консорциумы (Konsortium)

Разведка и добыча углеводородов требует существенных затрат, наличия ноу-хау и оборудования. При этом результат деятельности мало предсказуем, что делает инвестиции менее привлекательными. На практике компании нередко объединяются в горные консорциумы с целью разделения затрат и рисков, но одновременно и с перспективой разделения доходов в случае успешной горной деятельности. Так как объединение в консорциум происходит уже на этапе разведки полезных ископаемых, территория действия консорциума, как правило, соответствует территории участка земли, на которое распространяется разрешение на поисковые и разведывательные работы. С юридической точки зрения, такие консорциумы, как правило, заключаются как простые товарищества, так называемые общества гражданского права (Gesellschaft bürgerlichen Rechts, GbR), предусмотренные §§ 705-740 ГГУ. Особенность этих простых товариществ в сфере разведки и добычи полезных ископаемых заключается в том, что они организованы в виде так называемых внутренних обществ (Innengesellschaft), которые как таковые не имеют статуса субъекта права и не могут вступать в обязательственные отношения или получать государственные концессии.¹⁸ По этой причине горное право получает один из членов консорциума, а остальные лишь участвуют в затратах и доходах горной деятельности согласно долям в товариществе, указанным в договоре о совместной горной деятельности. Также возможно получение горного права всеми членами консорциума совместно, но на практике такое решение встречается реже.

Участник, получивший разрешение либо лицензию, как правило, составляет и утверждает производственный план и ведет работы от своего лица (не от лица консорциума или других его членов). Он же является основным ответственным лицом в случае нарушений законодательства по охране окружающей среды и возникновения ущерба окружающей среде. Остальные участники не несут солидарной ответственности (gesamtschuldnerische Haftung) в отношении третьих лиц либо государства, но возмещают затраты ответственного участника в соотношении с долями

¹⁷ В. Keienburg [В. Кайенбург], in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen (Hrsg.) [Г. Больдт / Х. Веллер / Г. Кюне / Х.-У. фон Мэсенхаузен (ред.)], Kommentar zum Bergbaugesetz [Комментарий к Федеральному Горному Закону], 2-ое издание, Берлин, 2016, § 4, п. 34.

¹⁸ Ср. § 6 предл. 2 Федерального Горного Закона, согласно которому горные права могут выдаваться только частным или юридическим лицам.

в товариществе. Ведение дел в консорциуме, согласно § 709 п. 1 ГГУ, осуществляется всеми членами товарищества совместно, если в договоре не указано иное распределение прав и обязанностей.

Относительно имущества (например, необходимого оборудования) товарищество, не являясь субъектом права, не имеет никаких прав собственности. Имущество в горных консорциумах либо находится в совладении (Miteigentum) всех участников, либо принадлежит участнику, ведущему работы. В последнем случае права остальных участников являются обязательственными (schuldrechtlich) на основании договора.

Передача доли в консорциуме осуществляется на основании § 413 ГГУ как передача позиции в договоре о совместной горной деятельности и требует согласия всех участников на вступление нового участника и выход старого участника из консорциума. Если участник, покидающий товарищество, является участником, имеющим горное право, он должен посодействовать передаче горного права новому члену консорциума.

2. Переуступка горных прав

Передача горных прав путем переуступки производится согласно § 22 Федерального Горного Закона и требует согласия горного ведомства (§ 22 п. 1 предл. 1). Ведомство может отказать в согласии только в том случае, если будущий обладатель горного права не соответствует отдельным требованиям §§ 11 и 12 Закона (§ 22 п. 1 предл. 2 Закона). Согласие требуется и в случае участия других лиц в горном праве и может быть не дано при похожих условиях.

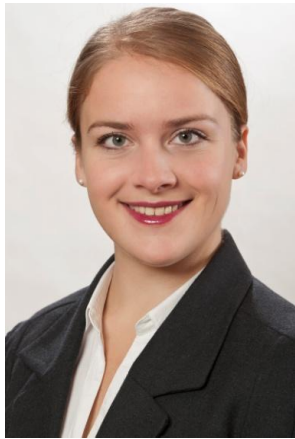
При переуступке доли в консорциуме в случае, когда обладатель горного права покидает консорциум, его правопреемник, как правило, становится новым обладателем права. В договорах о продаже доли по этой причине согласие ведомства включается в список отлагательных условий. Альтернативой может стать доверительное управление горным правом (treuhänderische Verwaltung), при котором обладатель горного права не меняется, хотя использование осуществляется другим лицом.

В отношении договорных минеральных прав, на передачу которых также нужно согласие горного ведомства (§ 156 п. 2 Федерального Горного Закона) и в некоторых случаях согласие землевладельца, чаще не происходит полноценной переуступки. Вместо этого, обладатель дает новому предпринимателю право пользования договором (возможно, в ограниченном объеме), а сам остается стороной договора. Передача права пользования также требует согласия горного ведомства.

Однако, так как само по себе горное право еще не дает права на ведение работ, следует учитывать, что новый обладатель разрешения либо лицензии также должен утвердить производственный план. § 22 Закона не распространяется на производственный план. Причиной тому служит тот факт, что при утверждении производственного плана ведомство проверяет целый ряд субъективных факторов в отношении заявителя, которые могут привести к иной оценке в отношении его

правопреемника. Поэтому переуступки утвержденного производственного плана как таковой не существует, а существует лишь практика горных ведомств, согласно которой при заявлении правопреемника проверяются лишь субъективные факторы в ускоренном порядке.¹⁹

Об авторе:



Анна Решетина-Корхова работает адвокатом в берлинском офисе международной юридической компании Deloitte Legal. Ее специализацией являются транзакции M&A, а также корпоративное право. Также она специализируется на энергетическом праве, в частности, праве природных ископаемых. Анна Решетина-Корхова изучала юриспруденцию в Гумбольдтском Университете в Берлине и прошла стажировку (*Referendariat*) при берлинском земельном суде. В 2015 году она получила титул Master of Laws от King's College в Лондоне.

Контакт: areshetina-korkhova@deloitte.de.

Die Autorin ist Rechtsanwältin im Berliner Büro der internationalen Wirtschaftskanzlei Deloitte Legal und auf M&A-Transaktionen sowie Beratung im Gesellschaftsrecht spezialisiert. Ein weiteres Spezialgebiet von Frau Reshetina-Korkhova ist das Energierecht, insbesondere das Recht der Bodenschätze. Sie hat Rechtswissenschaften an der Humboldt-Universität zu Berlin studiert und ihr Referendariat in Berlin absolviert. 2015 hat sie den Titel Master of Laws vom King's College London erworben.

Контакт: areshetina-korkhova@deloitte.de.

¹⁹ F. von Hammerstein [*Ф. фон Хаммерштайн*], in: Boldt/Weller/Kühne/von Mäßenhausen (Hrsg.) [*Г. Больдт / Х. Веллер / Г. Кюне / Х.-У. фон Мэсенхаузен* (ред.)], Kommentar zum Bergbaugesetz [Комментарий к Федеральному Горному Закону], 2-ое издание, Берлин, 2016, §§ 50-57с, п. 36-39.

Введение в немецкое право о собраниях

Einführung in das deutsche Versammlungsrecht

Барбара Фольц (Barbara Folz)

Der Beitrag gibt eine überblicksartige Einführung in das deutsche Versammlungsrecht. Nach Darstellung der rechtlichen Grundlagen werden vereinzelte, die heutige Rechtsprechung beschäftigende Erscheinungsformen kollektiven Verhaltens behandelt. Insgesamt zeigt sich, dass das Versammlungsrecht in naher Zukunft in Bewegung bleiben wird, einfach, weil immer neue Formen des kollektiven Versammelns (wie Smartmobs, Critical Mass, Carrotmobs, „gemietete“ Demonstranten) gefunden, über moderne Kommunikationsmittel weltweit in kürzester Zeit zirkuliert, weiterentwickelt und in die Tat umgesetzt werden.

I. История возникновения

Основное право на свободу митингов и собраний возникло в 18 веке и конституировалось сначала в Великобритании, во Франции и в США. В Германии свобода собраний впервые была установлена в первой общегерманской Конституции 1848 г. (т. н. Конституция Паульскирхе, Paulskirchenverfassung). Это право гарантирует объединение с другими лицами и является политическим правом, выражающимся, прежде всего, в разрешении на проведение политических демонстраций. В германской политической системе существует представительная форма парламентской демократии. В такой структуре с ограниченными возможностями непосредственного политического участия граждан свобода собраний становится основополагающим и незаменимым элементом функционирования. Наряду со свободой выражения мнения (Meinungsfreiheit), свободой печати (Pressefreiheit) и свободой коалиций (Koalitionsfreiheit), свобода собраний (Versammlungsfreiheit) имеет функцию контроля. Свобода собраний тесно связана со свободой выражения мнения, так как обе предоставляют возможность свободной и критической дискуссии. Не зря свободу собраний рассматривают как «политическое право на борьбу»¹ граждан, которое предоставляет возможность и для меньшинства публично выражать своё мнение. В хорошо известном Постановлении по делу Брокдорф, вынесенном в 1985 г., Федеральный Конституционный суд Германии (Bundesverfassungsgericht, BVerfG²) идеализирует свободу собраний как «первоначальную, не ограниченную частицу

¹ Lisken/Denninger/Kniesel, Handbuch des Polizeirechts, 8. Auflage 2001, Rn. 42.

² www.bundesverfassungsgericht.de.

непосредственной демократии» („Stück ursprünglich-ungebändigter unmittelbarer Demokratie“)³.

II. Правовые основы и источники регулирования свободы собраний

1. Основной Закон (Grundgesetz)

Источником регулирования свободы собраний является Основной Закон Германии (Grundgesetz, далее: ОЗ⁴). Статья 8, часть 1 ОЗ гарантирует гражданам Германии право собираться мирно (friedlich) и без оружия (ohne Waffen) без предварительного уведомления (Anmeldung) или разрешения (Erlaubnis). В итоге из статьи 8 ОЗ вытекает обязанность государства защищать мирные собрания. На этом основании организаторы и участники собраний вправе потребовать от государства защиты против акций или лиц, мешающих им. Для собраний под открытым небом (Versammlung unter freiem Himmel) это право может быть ограничено законом или на основании закона, статья 8, часть 2 ОЗ.

2. Федеральный Закон «О порядке проведения собраний» и земельные законы о собраниях

Законом в смысле статьи 8, часть 2 ОЗ является Федеральный Закон «О порядке проведения собраний» от 24 июля 1953 г. в редакции от 15 ноября 1978 г. (Versammlungsgesetz⁵), который более подробно определяет свободу собраний.

С первым этапом реформы федерализма в 2006 г. регулирование права на собрания было вынесено за пределы так называемой «конкурирующей компетенции» (konkurrierende Kompetenz) федерации (статья 74, часть 1 пункт 3 ОЗ в прежней редакции⁶) и оказалось в руках федеральных земель (Bundesländer) (статья 74, часть 1 пункт 3 ОЗ). Причиной для перераспределения компетенций послужила тесная связь закона о собраниях с нормами, регулирующими деятельность полиции, которые в значительной степени также принимаются земельными законодателями. При этом федеральные земли не обязаны принимать собственные законы о собраниях. На данный момент лишь некоторые земли (Бавария, Берлин, Бранденбург, Нижняя Саксония, Саксония, Саксония-Анхальт и Шлезвиг-Гольштейн) воспользовались новой компетенцией и приняли собственный закон о собраниях. Баден-Вюртемберг обсуждает принятие собственного закона. В остальных землях Федеральный Закон продолжает действовать до тех пор, пока он не будет заменён соответствующими

³ BVerfGE 69, 315 (347).

⁴ Текст Основного Закона Германии на немецком и английском языках: www.gesetze-im-internet.de/gg/.

⁵ Versammlungsgesetz vom 24. Juli 1953 in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. November 1978 (BGBl. I S. 1789), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 8. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2366), текст на немецком языке: www.gesetze-im-internet.de/versammlg/index.html.

⁶ Согласно ст. 72 часть 1 ОЗ «в сфере конкурирующей законодательной компетенции земли обладают законодательными полномочиями лишь тогда и настолько, когда и насколько Федерация не реализует свою законодательную компетенцию путем издания закона.»

земельными законами, статья 125а, часть 1 ОЗ. Эти обстоятельства привели к тому, что на основе неодинаково сформулированных земельных законов о собраниях, одно и то же нарушение закона (например, сокрытие лица под маской, использование средств маскировки, иных предметов) может привести к наказаниям разной степени тяжести. Некоторые⁷ осуждают это как превышение законодательного суверенитета федеральных земель и требуют своевременную гармонизацию земельных законов о собраниях. Федеральный Конституционный суд допускает существование законодательного неравенства вследствие различий земельных норм в случае «разумных, вытекающих их природы вещей причин» („vernünftige, sich aus der Natur der Sache ergebende oder sonstige sachliche Gründe“⁸).

3. Понятие собраний

В большинстве федеральных земель Федеральный Закон «О порядке проведения собраний» продолжает действовать. Исходя из этого, мой последующий анализ строится на этом Федеральном Законе.

По статье 1 Федерального Закона «О порядке проведения собраний» каждый имеет право проводить публичные собрания и шествия и принимать в них участие.

Под понятием «шествие» (Aufzug) подразумевается передвигающееся собрание.

Собрание считается публичным (öffentlich), когда каждый может принимать в нём участие, т. е. когда собрание охватывает все лица без индивидуального определения.

а. Спор о понятии собраний

Термин «собрание» (Versammlung) в понятии Федерального Закона «О порядке проведения собраний» понимается так же, как и в статье 8 ОЗ. На сегодняшний день определены три вида собраний: с широким, расширенным и узким значением термина «собрание». Во всех случаях под термином «собрание» подразумевается одновременное присутствие в определённом месте группы людей (не менее двух человек) для достижения общей цели. Демонстрация со стороны одного человека защищается не свободой собраний, а свободой выражения мнений. Всегда был спорным вопрос о том, какой должна быть общая цель.

В соответствии с широким значением термина «собрание» достаточно любой желаемой цели, так что даже любые общественные мероприятия (например, народные праздники) относятся к собраниям.

Для расширенного значения термина «собрание» достаточно, что общая цель состоит в формировании общего мнения и его выражении. При этом не обязательны политические цели, таким образом и научные конгрессы относятся к собранию.

⁷ Schieder, Defizite des föderalen Versammlungsrechts, in: NwvZ 2013, 1325 (1328).

⁸ BVerfGE 93, 319 (351) = NVwZ 1996, 469 (472).

В узком значении термин «собрание» требует в качестве общей цели формирование коллективного мнения и его выражение в государственных делах в виде политических дискуссий и демонстраций.

Критики считают, что ни формулировка, ни систематика закона не подразумевают какие-либо ограничения в целях собраний. Они призывают к полной открытости преследуемой цели⁹.

Федеральный Конституционный суд Германии присоединился к узкому значению термина. В его понятии «собрание» - это местная встреча нескольких лиц с целью общественного участия в обсуждении или демонстрации, направленных на формирование общественного мнения¹⁰.

Поэтому концерты, например, не относятся к собраниям, поскольку их целью является общее наслаждение искусством, а не формирование общественного мнения.

в. Смешанные собрания

Смешанное собрание (*gemischte Veranstaltung*), которое содержит элементы развлечения, а также элементы формирования общественного мнения может иметь характер собрания. Решающим фактором является характер события в целом. При отсутствии ясно узнаваемого провозглашения мнения в государственных делах событие не классифицируется как собрание¹¹.

с. Скопление

Не каждое случайное скопление нескольких людей (*Ansammlung*) является собранием. Для собрания характерна внутренняя связь участников, не просто одинаковая, а единая и общая цель людей. Именно она отсутствует в случайном скоплении. Такая связь может присутствовать с самого начала или появиться позже.

д. Спонтанное собрание

Собрания, которые образовались внезапно и спонтанно (*Spontanversammlung*), также защищены статьёй 8 ОЗ.

е. Мирный характер собраний и их проведение без оружия

Статья 8, часть 1 ОЗ охраняет только такие собрания, которые проводятся мирно и без оружия.

⁹ Höfling/Krohne, *Versammlungsrecht in Bewegung*, in: JA 2012, 734 (736).

¹⁰ BVerfG, Beschluss v. 24.10.2001 - 1 BvR 1190/90.

¹¹ BVerfG, Beschluss v. 12.07.2001 - 1 BvQ 28/01 und 30/01 = NJW 2001, 2459 (2460f.).

Собрание перестаёт носить мирный характер, когда оно ведёт к насильственным действиям или беспорядкам. В любом случае, участник не ведёт себя мирно, совершая агрессивные действия в отношении других лиц или объектов. Немирное поведение отдельных участников лишает их самих конституционной гарантии, но не само собрание в целом. Если поведение лиц, которые совершают насильственные действия, приводило бы к прекращению всего собрания, то это означало бы, что нарушители могли бы единолично изменить ход демонстрации и сделать её незаконной вопреки воле других участников.

Сидячие блокады (Sitzblockaden) относятся к мирным действиям до тех пор, пока их участники ведут себя пассивно, несмотря на то, что даже пассивные блокады неизбежно связаны с возможностью возникновения конфликтных ситуаций и создания помех и неудобств для окружающих и несмотря на то, что при проведении блокад всегда существует риск того, что они затронут интересы и права третьих лиц¹².

Кроме мирного характера собрания, статья 8, часть 1 ОЗ требует, чтобы собрания проводились без оружия. Оружие - это предметы, пригодные и предназначенные для нанесения увечий людям или порчи вещей, то есть огнестрельное оружие и кастеты, но не защитные средства (например, шлемы).

III. Ограничения свободы собраний

1. Ограничения в личном плане

Статья 8, часть 1 ОЗ предусматривает право на свободу собраний только для граждан Германии. Иностранцы пользуются правом на свободу собраний на основании статьи 2, часть 1 ОЗ, которая гарантирует общее право любого физического лица на свободное развитие своей личности.

2. Ограничения в вещественном плане

На основе Федерального Закона «О порядке проведения собраний» собрание может быть запрещено, отменено или поставлено в зависимость от определенных условий.

а. Собрания в закрытых помещениях

Под понятием «собрание в закрытом помещении» (Versammlung in geschlossenen Räumen) не обязательно подразумевается наличие крыши, а главным пунктом является боковое ограждение (стены, палатки, павильоны). Такие собрания могут быть ограничены только с целью защиты конституционного порядка (verfassungsimmanente Schranken).

¹² BVerfGE 73, 206 (248ff.); OVG Schleswig, Urteil v. 14.02.2006 - 4 LB 10/05.

Согласно статье 5 Федерального Закона «О порядке проведения собраний» проведение собрания в закрытом помещении может быть запрещено лишь в каждом отдельном случае и только при условии, если:

1. устроитель подпадает под действие предписаний статьи 1, часть 2 Федерального Закона «О порядке проведения собраний», т.е.
 - a. тот, кто лишен основного права на свободу собраний согласно статье 8 ОЗ;
 - b. тот, кто проведением подобных мероприятий или участием в них преследует цели партии, которая объявлена Федеральным Конституционным судом антиконституционной согласно статье 21, часть 2 ОЗ, либо одной из её частей или заменяющей партию организации;
 - c. партия, признанная антиконституционной Федеральным Конституционным судом согласно статье 21, часть 2 ОЗ, или
 - d. объединение, запрещённое статьёй 9, часть 2 ОЗ.
2. устроитель или руководитель собрания разрешает доступ к нему участникам, имеющим при себе оружие или иные предметы, упомянутые в статье 2, часть 3 Федерального Закона «О порядке проведения собраний»;
3. установлены факты, из которых следует, что устроитель или его сторонники стремятся в ходе собрания прибегнуть к насилию или вызвать волнения;
4. установлены факты, из которых следует, что устроитель или его сторонники будут высказывать мнения или разрешать высказывания, предметом которых являются преступление или правонарушение, подлежащие уголовному преследованию.

Однако, вышеперечисленные пункты не всегда являются основанием для запрета собрания. Решение о запрете собрания в закрытом помещении принимается - как уже было сказано выше - в каждом отдельном случае компетентным органом (например, полиция) и может быть обжаловано в административном суде.

Вышеназванные пункты могут послужить и для отмены собрания в закрытом помещении на стадии, когда собрание уже началось. Дополнительной причиной является наличие непосредственной угрозы для жизни и здоровья участников в соответствии со статьёй 13 Федерального Закона «О порядке проведения собраний».

в. Собрания под открытым небом

В отличие от собраний в помещениях, собрания под открытым небом могут принять опасный характер из-за возможности увеличения числа участников. Поэтому собрания

под открытым небом могут быть ограничены законом или на основании закона, согласно статье 8, часть 2 ОЗ.

В соответствии со статьёй 15, часть 1 Федерального Закона «О порядке проведения собраний», собрание проводимые вне помещения, может быть запрещено или поставлено в зависимость от определённых условий, если имеются явные признаки того, что в результате проведения собрания под непосредственной угрозой окажутся общественная безопасность или общественный порядок.

Под понятием «общественная безопасность» (öffentliche Sicherheit) подразумеваются правовые ценности, как жизнь, здоровье, честь, свобода и имущество граждан, а также неприкосновенность правового порядка и основных учреждений государства. В итоге, угроза общественной безопасности существует при опасности совершения преступления против вышеназванных ценностей.

Под термином «общественный порядок» (öffentliche Ordnung) понимают общую сумму неформальных норм и правил поведения, одобряемых в данном обществе и принятое индивидом необходимым условием для общественного порядка.

Оба термина подлежат трактовке компетентными органами в каждом отдельном случае с учётом конкретных обстоятельств. Поэтому условия для действий/решений государственных органов против собрания непредсказуемы. Примерный перечень таких обстоятельств описывается в статье 15, часть 2 Федерального Закона «О порядке проведения собраний»: собрание проводимое вне помещения, может быть запрещено или поставлено в зависимость от определённых условий, если

1. собрание проводится на месте, которое в качестве мемориала, имеющего историческое и надрегиональное значение, напоминает о жертвах бесчеловечного обращения во времена национал-социалистического господства насилия и произвола¹³; и
2. судя по конкретным обстоятельствам к моменту принятия постановления следует опасаться того, что собрание или демонстрация нанесут урон достоинству жертв.

Согласно статье 15, часть 3 Федерального Закона «О порядке проведения собраний» собрание, проводимое под открытым небом может быть отменено на стадии, когда собрание уже началось, при наличии следующих оснований:

1. государственный орган не был уведомлен о собрании;
2. существуют отклонения от сведений, указанных в уведомлении;
3. совершаются действия, противоречащие обязательствам устроителей; или
4. налицо предпосылки для запрета, предусмотренные статьёй 15, часть 1 или часть 2 Федерального Закона «О порядке проведения собраний».

¹³ Памятник убитым евреям Европы в Берлине является местом, подпадающим под первое определение.

Вышеназванные условия для запрета или отмены собраний диспозитивные; решение о какой-либо мере остаётся на усмотрение (Ermessen) соответствующих компетентных органов. Любое решение ограничено лишь тем, что каждая мера должна соответствовать требованиям принципа пропорциональности (Verhältnismäßigkeitsprinzip)¹⁴. Особенно запрет собрания является крайней мерой и должен применяться как *ultima ratio*, когда все другие, более щадящие, средства уже исчерпаны (например, принятие мер безопасности, направленных на устранение угроз общественного порядка, и тем самым позволяющим проведение собрания, которое в противном случае могло бы быть запрещено).

В соответствии со статьёй 15, часть 4 Федерального Закона «О порядке проведения собраний» запрещённое¹⁵ собрание подлежит роспуску.

Согласно статье 14, часть 1 и 2 Федерального Закона «О порядке проведения собраний» тот, кто намеревается провести публичное собрание вне помещения, обязан не позднее, чем за 48 часов до объявления о проведении собрания уведомить об этом компетентный орган, указав предмет проведения собрания и того, кто персонально несет ответственность за руководство собранием. Согласно статье 15, часть 3 Федерального Закона «О порядке проведения собраний» - как уже было сказано выше - собрание, проводимое вне помещения, может быть отменено на стадии, когда собрание уже началось, если государственный орган не был уведомлен о собрании. Кроме этого, согласно статье 26 Федерального Закона «О порядке проведения собраний» тот, кто в качестве организатора или руководителя проводит вне помещения публичное собрание без уведомления, наказывается лишением свободы сроком до одного года или денежным штрафом. Эти нормы не противоречат статье 8, часть 1 ОЗ, которая гарантирует право собираться не только мирно и без оружия, но и без предварительного уведомления или разрешения. В (судебной) практике эти нормы толкуются в соответствии со статьёй 8, часть 1 ОЗ. В результате такой трактовки, они не применяются к спонтанному собранию, которое образовывается внезапно и спонтанно и не имеет никакого организатора или руководителя, который мог бы уведомить о собрании государственный орган. И даже злоумышленное неуведомление не приводит к запрету или отмене собрания, если не имеются явные (и обязательные) признаки, описанные выше в статье 15, часть 1 Федерального Закона «О порядке проведения собраний». Таким образом, основное значение уведомления состоит в том, чтобы дать органам время для подготовки места проведения общего собрания с целями

¹⁴ Ограничение должно быть пригодным для достижения своей цели (Geeignetheit). Кроме этого, оно должно быть необходимым, т. е. не должно быть другого, более щадящего и уместного средства в данной конкретной ситуации для предотвращения тех опасностей, которые непосредственно влечёт за собой мероприятие (Erforderlichkeit). Наконец, любое ограничение должно быть соразмерным для своей цели (Angemessenheit).

¹⁵ То есть собрание, проведение которого запрещается законом (например, запрещающим проведение в выходные или праздничные дни или запрещающим его маршрут в т. н. запретных зонах), а также собрание, проведение которого запретил компетентный орган.

безопасного проведения собрания, обеспечения безопасности их участников, своевременного регулирования дорожного движения¹⁶.

IV. Новые формы собраний в современной судебной практике

Под конституционную гарантию свободы собраний попадают, в первую очередь, принятие решения о предмете, месте, времени и формах проведения собрания со стороны организаторов, а также форма и степень участия в собрании. Гарантированы не только мероприятия, в ходе которых мнение выражается словесно, но и такие, на которых участники выражают своё мнение по-другому, например, в виде сидячих блокад. Новые формы могут быть придуманы и использованы для достижения публичного внимания и с помощью средств массовой информации (т. н. свобода в выборе типа собраний/ *Tunensfreiheit*). В этой связи в последние годы были созданы новые формы собраний, которые изложены ниже. В любом случае, решающим фактором для гарантии защиты свободы собраний является в современной судебной практике характер события в целом.

а. Флешмоб (Flashmob)

При т. н. флешмобе (Flashmob) группа людей договаривается с помощью современных средств коммуникации и социальных сетей о встрече в общественном месте с целью выполнения заранее оговоренных действий. В январе 2008 г. один флешмоб получил - благодаря видеоплатформам в интернете - признание во всем мире. Во время этого флешмоба около 200 человек замерли в течение пяти минут на вокзале в Нью-Йорке, а затем продолжили свой путь без всяких комментариев. Из таких изначально не критических и забавных действий в последние годы, с помощью регулярного распространения флешмоб-видео в интернете, неоднократно создавались и дальше создаются новые формы политического протеста и социальной критики.

С помощью т. н. смартмоба (Smartmob) участники пытаются обратить общественное внимание на политические недостатки.

Т. н. критическая масса (Critical Mass) передвигается на велосипедах на полосе общественного транспорта, таким образом протестуя против моторизованного движения.

Т. н. карротмоб (Carrotmob), в свою очередь, направлен на привлечение внимания к экологическим проблемам.

Попадают ли вышеназванные флешмобы под термин «собрание», зависит от того, какую цель преследует соответствующий флешмоб в данном случае, то есть его характер в целом, в зависимости от конкретной формы его проведения, а также его внешнего вида. Согласно распространённому мнению, флешмоб с целью развлечения

¹⁶ Vgl. Kniessel, Die Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit - Verfassungsrechtliche Grundlagen und versammlungsgesetzliche Konkretisierung, in: NJW 1992, 857 (863).

окружающей среды или его участников не относится к собраниям в смысле статьи 8 ОЗ. При использовании флешмоба для воздействия на политическое и социальное мнение граждан и, таким образом, для оказания влияния на общество, флешмоб попадает под термин «собрание» - независимо от того, происходит ли он в форме танца или пения. Смартмоб, карротмоб и критическая масса относятся к собраниям, так как цель этих мероприятий, оказать влияние на формирование общественного мнения и его выражение в государственных делах в сфере политических и экологических проблем.

b. «Аренда» демонстрантов

В декабре 2006 г. перед Рейхстагом в Берлине проходила демонстрация группы людей против реформы здравоохранения Федерального правительства. Позже оказалось, что около 170 из 200 «протестующих» были приглашены через интернет и получили 30 евро за «участие» в этой демонстрации. По поводу классификации «арендуемых» демонстрантов существуют разные мнения.

Одни классифицируют «арендуемых» участников как демонстрантов в смысле статьи 8 ОЗ, исходя из широкого значения термина «собрание», для которого достаточно любой желаемой цели участников¹⁷.

Другие считают, что статья 8 ОЗ не направлена на защиту «арендуемых» демонстрантов. Они аргументируют тем, что основное право статьи 8 ОЗ следует понимать как «личное» право, на которое может полагаться тот, кто общается с другими воспользуясь этим правом, связанный общей целью с другими участниками собрания. Если демонстранты собрались в ожидании финансового вознаграждения и выдают чужое мнение за своё, то они не заслужили защиту свободы собраний¹⁸.

С другой стороны, необходимо обратить внимание на следующие аргументы: Во-первых, от участников собрания не требуется связь между предметом собрания и внутренним настроением участников (которое может исчерпываться в денежной компенсации за «услуги», а также нести в себе элементы, связанные с темой мероприятия). Во-вторых, для собрания характерна цель, направленная на формирование коллективного мнения и его выражение в государственных делах, а не развлечение окружающей среды или его участников. Именно этим оправдывается факт, что организаторы и участники собрания пользуются определёнными привилегиями, не попадая под действие норм полицейского права и норм права на пользование дорог (например, уборка и вывоз мусора за счет участников). Также и цель организатора, который «арендует» демонстрантов, состоит не в развлечении общественности или участников мероприятия, а в привлечении внимания к предмету мероприятия, который в вышеназванном случае 2006 г. имеет политическую природу (реформа

¹⁷ Vgl. Bredt, „Gemietete“ Demonstranten und „Fuckparade“ - Der Versammlungsbegriff bleibt in Bewegung, in: NVwZ 2007, 1358 (1361).

¹⁸ Höfling/Krohne, Versammlungsrecht in Bewegung, in: JA 2012, 734 (737); Bredt, „Gemietete“ Demonstranten und „Fuckparade“ - Der Versammlungsbegriff bleibt in Bewegung, in: NVwZ 2007, 1358 (1360).

здравоохранения Федерального правительства). Допуская политический предмет мероприятия, для использования права на свободу собраний, устройтелю собрания достаточно было бы организовать одновременное присутствие в определенном месте двух человек. «Аренда» сотни людей служит только для достижения большего внимания и большего давления на государственные органы. Наконец, нельзя игнорировать такую возможность, что у «арендуемых» участников во время участия в мероприятии образуется общая цель. Несмотря на денежную компенсацию, они в состоянии опознать предмет мероприятия и идентифицироваться с целью собрания в его ходе. В итоге различие между ними и добровольными участниками может стать проблематичным или даже невозможным¹⁹.

V. Перспектива на будущее

Рано или поздно, вероятно, и другие федеральные земли воспользуются новой компетенцией и примут собственные законы о собраниях, хотя бы ради того, чтобы урегулировать новые формы собраний (например, флешмоб, «аренда» демонстрантов). Дальнейшее развитие права на проведение собраний останется - особенно из-за свободы в выборе типа собраний и появления новых форм собраний - интересной задачей для органов государственной власти и административной юрисдикции.

Об авторе

Варвара Фольц, Assessorin jur.



Варвара Фольц является адвокатом и консультирует по вопросам антимонопольных законов и законов о конкуренции. Она говорит на немецком, русском, английском языках и является членом Адвокатской палаты г. Франкфурт-на-Майне. Варвара Фольц закончила юридический факультет университета г. Франкфурт-на-Майне. Научные и

¹⁹ Vgl. Bredt, „Gemietete“ Demonstranten und „Fuckparade“ - Der Versammlungsbegriff bleibt in Bewegung, in: NVwZ 2007, 1358 (1361f.).

профессиональные интересы Варвары Фольц находятся в сфере экономического и публичного права.

Barbara Folz ist Rechtsanwältin und berät auf dem Gebiet des Kartell- und Wettbewerbsrechts. Sie spricht Deutsch, Russisch und Englisch und ist Mitglied der Rechtsanwaltskammer Frankfurt am Main. Barbara Folz hat Rechtswissenschaften in Frankfurt am Main studiert und sodann ihr Rechtsreferendariat im Bezirk des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main absolviert. Ihre Interessenschwerpunkte liegen im Bereich des öffentlichen (Wirtschafts-) Rechts.

barbarafolz@gmx.de

Нарушения правил в производстве пищевой продукции

Lebensmittelrechtliche Verstöße

Александра Беднарц-Кун
(*Aleksandra Bednarz-Kuhn*)

Фабриан Т. Херинг
(*Fabian T. Hering*)

Das Lebensmittelrecht ist mit seinen unionsrechtlichen und inländischen Rechtsvorschriften umfangreich und komplex. Hinzu kommen die Vorsorgepflichten der Unternehmensverantwortlichen zur Vermeidung oder dem wesentlichen Erschweren betriebsbezogener Zuwiderhandlungen, also das Gebot zur Gesetzestreue – Compliance. Dieser Artikel wird dem Leser die lebensmittelrechtlichen Bestimmungen und die Lebensmittelverantwortung des Unternehmers erläutern. Im Falle von Lebensmittelverstößen werden die Sanktionen gegen Personen in Form von Ordnungswidrigkeiten und Straftaten sowie die Unternehmenssanktionen, um die aus einem Lebensmittelverstoß erlangten Vorteile abzuschöpfen, vorgestellt.

В этой статье мы хотим ознакомить предпринимателей и их работников со сложной юридической тематикой правонарушений в области производства пищевой продукции и их последствиями.

I. Общая информация – санкции в отношении ответственных работников (Allgemeines – Sanktionen gegen verantwortliche Mitarbeiter)

1. Ответственность в производстве пищевой продукции, перепоручение заданий, обязанность по надзору (Lebensmittelverantwortung, Aufgabenübertragung, Aufsichtspflicht)

При сообщениях в прессе о нарушениях в секторе пищевой промышленности ответственность, как правило, возлагается на предприятие в целом. Нас как читателей и потребителей интересуют, в первую очередь, детали происшествий, но не вопрос о том, кто конкретно нёс ответственность за выполнение мер предосторожности и эти меры не выполнил.

Предприятия не могут совершать уголовные преступления. Предприятия могут – особенно если говорить о юридических лицах (juristische Personen) или торговых товариществах (Personenhandelsgesellschaften) – иметь права и быть сторонами в

гражданских и административных делах. Преступниками могут быть только физические лица, такие, как работники предприятия, которые из-за перепоручения им заданий (Aufgabenübertragung) несут особую ответственность и соответствуют всем критериям профиля преступника.

Задача производителей пищевой продукции (Lebensmittelunternehmen) – соблюдение законов. Статья 17 Регламента 178/2002 Европейского Парламента и Совета Европейского Союза¹ (VO (EG) Nr. 178/2002) чётко регулирует, что предприниматели в сфере производства пищевой продукции «обеспечивают соответствие требованиям» и «контролируют соблюдение этих требований». Этим самым ставится очень высокая планка ответственности по соблюдению мер предосторожности (Vorsorgemaßnahmen) в пищевой промышленности.

В первую очередь, ответственными лицами являются владельцы предприятий. В равной степени с ними² ответственность разделяют представительные органы (vertretungsberechtigte Organe) юридических лиц или торговых товариществ, которые ими управляют. На сегодняшний день на предприятиях в среднем работает большое количество людей и владельцы не в силах управлять ими в одиночку. За владельцами и представительными органами закреплена юридическая возможность осуществить потребность передачи их преимущественной ответственности за соблюдение правил (vorrangige Lebensmittelverantwortung) в рамках перепоручения заданий (Aufgabenübertragung) в руки работников предприятий. В таких случаях предусмотрена уголовная ответственность в § 14 абз. 2 УК ФРГ (Strafgesetzbuch – StGB) и административная ответственность в § 9 абз. 2 Закона об административных правонарушениях ФРГ (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten – OWiG)³.

Понятно, что планка для возможности перепоручения заданий невысказанно высока, так как в случае невыполнения последних работнику грозит уголовная ответственность за несоблюдение норм и правил в пищевом производстве. Работник становится преступником в тот момент, когда либо он сам активно не соблюдает правовые нормы, либо пренебрегает правом на своё обязательное вмешательство и тем самым не предотвращает или незамедлительно не пресекает несоблюдение правил. Особенно важным является предотвращение несоблюдения или безотлагательное пресечение в случаях несоблюдения гигиены в пищевой промышленности. В таких случаях важно быстро реагировать и, при необходимости, (частично) закрывать производство.

¹ Статья 17 абз. 2 Регламента 178/2002 Европейского Парламента и Совета Европейского Союза – единое продовольственное право для государств-членов. Текст на немецком языке: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2002R0178:20080325:de:PDF>.

² § 14 абз. 1 УК ФРГ (Strafgesetzbuch) при уголовной ответственности и § 9 абз. 1 Закона об административных правонарушениях ФРГ (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten) при административных нарушениях. Тексты на немецком и английском языках: <http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>; http://www.gesetze-im-internet.de/owig_1968/index.html.

³ Действия за кого-то другого.

Главным признаком ХАССП (англ.: HACCP)⁴ является анализ риска (Gefahrenanalyse), который позволяет как избежать, так и полностью ликвидировать нарушение⁵.

Делегирование полномочий (Aufgabenübertragung) должно происходить чётко и ясно. Выбранные работники должны иметь необходимую квалификацию, быть работоспособными и надёжными. Ответственность, которую они не смогут нести, не должна возлагаться на учеников (Auszubildende), временный персонал (Aushilfen) и низкоквалифицированных работников⁶. Тематика делегирования полномочий столь обширна, что в рамках одной статьи объяснить возможно лишь основные критерии, подлежащие соблюдению.

Ответственность в производстве пищевой продукции (Lebensmittelverantwortung) может быть передана в рамках следующих деловых отношений:

- На уровне управления компанией или производством (Leitungsebene)⁷. В этом случае ответственность несут работники, исполняющие должностные полномочия управляющего лица. Классическим примером являются руководители предприятия или компании. Они квалифицированы, знакомы с правилами и имеют право руководить предприятием. В трудовом договоре такого работника задания не расписаны в деталях.

В один ряд с этой группой можно также поставить региональных руководителей, руководителей отдельных филиалов, руководителей производства, руководителей отдела закупок и других.

- На уровне принятия решений (Entscheidungsebene)⁸. В этом случае ответственность несут работники, трудовой договор которых предусматривает принятие решения за владельца компании в чётко установленных рамках. Решающим фактором в этом случае является возможность, данная работнику, принимать решение по своему усмотрению (Ermessen). К этой категории относятся руководители отдельных филиалов, шеф-повара, руководители мясных отделов и т.п.

Работники, регулярно получающие чёткие указания без права на принятие решений (Weisungsempfänger), не могут нести ответственность в рамках перепоручения заданий. К этой группе относятся продавцы, мясники, пекари, кухонный персонал,

⁴ ХАССП – концепция, предусматривающая систематическую идентификацию, оценку и управление опасными факторами, существенно влияющими на безопасность продукции. На международном уровне эта концепция более известна под английским названием Hazard Analysis and Critical Control Points (НАССР).

⁵ Статья 5 пункт 1 Регламента 852/2004 Европейского Парламента и Совета Европейского Союза (Art. 5 Nr. 1 VO (EG) Nr. 852/2004, 1. Grundsatz). Текст на немецком языке: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:139:0001:0054:de:PDF>.

⁶ Göhler, 16. Auflage, § 9 OWiG, Rn. 32; Fischer, 59. Auflage, § 14 StGB, Rn. 12.

⁷ § 14 абз. 2 п. 1 УК ФРГ; § 9 абз. 2 п. 1 Закона об административных правонарушениях: «поручено управление предприятием полностью или частично».

⁸ § 14 абз. 2 п. 2 УК ФРГ; § 9 абз. 2 п. 2 Закона об административных правонарушениях ФРГ: «особо, под собственную ответственность поручено выполнение обязанностей, входящих в компетенцию владельца предприятия».

обслуживающий персонал и другие. Эта группа работников связана чёткими указаниями и должна соблюдать правила беспрекословно. В таком случае ответственность предусматривается только за личную гигиену и чистоту своего рабочего места.

Однако, в целом существует универсальная обязанность по надзору.

Владельцы предприятий и представительные органы юридических лиц и торговых товариществ не имеют права просто положиться на своих работников и надеяться на исполнение поручений. Это правило касается также и работников на уровнях управления и принятия решений (Leitungs- und Entscheidungsebene). Все вышеперечисленные группы лиц обязаны регулярно контролировать своих подчинённых и следить за выполнением правил для того, чтобы сократить риск нарушений на производстве и избежать уголовной или административной ответственности.

§ 130 Закона об административных правонарушениях ФРГ чётко регулирует эту обязанность по надзору (Aufsichtspflicht)⁹. Целью является обеспечение соблюдения правил при помощи правильной (sachgerechte) организации предприятия и регулярного контроля. Тем самым должна обеспечиваться законопослушность (Gesetzestreue). В наше время более известен термин, заимствованный из английского языка, - «compliance». Работники, действующие в интересах владельца предприятия, должны соблюдать правила и законы в рамках своих действий. В перечень заданий в § 130 Закона об административных правонарушениях ФРГ входит также и «назначение, тщательный выбор и контроль уполномоченных по надзору».

В юридической литературе чётко сказано, что «вина (Verschulden) владельца предприятия не наступает только в редких исключительных случаях, так как требования к выполнению обязанности соблюдать осмотрительность (Sorgfaltspflicht) в продовольственном праве очень высоки»¹⁰.

Важно отметить, что в рамках § 130 Закона об административных правонарушениях ФРГ условием, достаточным для конфискации прибыли предприятия, полученной от производства продукции с нарушением закона, является «только лишь» нарушение обязанности по надзору (Aufsichtspflichtverletzung).

Подведём промежуточный итог: Важным для владельца предприятия или представительного органа юридического лица или торгового товарищества является введение мер предосторожности (Vorsorgemaßnahmen) для сохранения законопослушности (compliance) на предприятии. С упреждающей точки зрения (ex ante Perspektive) должны быть приняты меры, предотвращающие или усложняющие предсказуемые (vorhersehbare) нарушения в сфере продовольственного права (Lebensmittelverstöße). Эта цель может быть достигнута при помощи передачи

⁹ Неофициальное название параграфа «Нарушение обязанностей по надзору на предприятиях и в компаниях» (Verletzung der Aufsichtspflicht in Betrieben und Unternehmen): https://www.gesetze-im-internet.de/owig_1968/_130.html.

¹⁰ Göhler, 16. Aufl., § 9 OWiG, Rn. 37.

полномочий в руки квалифицированного персонала и его регулярного контроля и надзора за ним. Наряду с этим важно регулярно информировать персонал, давать указания и проводить курсы по повышению квалификации в сфере пищевых спецификаций и требований, а также в сфере национальной и европейской (unionsrechtliche) судебной практики в продовольственном праве. Так как каждое предприятие имеет определённую структуру организации (место расположения, техническое обустройство, квалификация персонала, вид производства продуктов питания, дистрибьютерская практика и так далее), то и система предотвращения нарушений должна быть разработана индивидуально, с учётом и других сторон, обеспечивающих процесс функционирования производства, их как безопасность проведения работ, бухгалтерия и др. Естественно, все работники предприятия и управляющие лица должны придерживаться этой системы. Управляющие органы должны чётко информировать персонал о мере ответственности за нарушение разработанных и принятых правил. § 130 Закона об административных правонарушениях ФРГ обязывает составителей последних стремиться к созданию условий для избежания или существенного усложнения (wesentliches Erschweren) возможности совершения нарушений, доводя их до границы всегда имеющегося остаточного риска (Restrisiko).

В свете возможностей административных органов информировать потребителей о нарушениях в сфере продовольственного права в интернете¹¹ мы советуем серьёзно задуматься о внедрении мер предотвращения правонарушений на предприятиях и в производстве.

2. Уголовные или административные правонарушения: санкции, применяемые к работникам (Verstöße – Sanktionen gegen Mitarbeiter im Fall einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit)

При совершении уголовно наказуемого деяния ответственных за управление компанией или принятие решений работников ожидает предварительное следствие (Ermittlungsverfahren). В случае уголовного преступления в сфере пищевой промышленности в ФРГ действует принцип монополии прокуратуры возбуждать уголовные дела против совершающих преступления лиц (Legalitätsprinzip). В случаях совершения административных правонарушений для административных органов действует принцип целесообразности (Opportunitätsprinzip). В этом случае органы сами решают, начинать делопроизводство или нет. Если дело не будет закрыто, то как в случае уголовной, так и в случае административной ответственности работника ожидает преимущественно наложение денежного штрафа (тюремное заключение при осуждении является исключением).

¹¹ § 2 IV Nr. 1, § 6 Gesetz zur Verbesserung der gesundheitsbezogenen Verbraucherinformation (VIG), § 40 Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetz (LFGB). Тексты на немецком языке: <http://www.gesetze-im-internet.de/vig/>; <https://www.gesetze-im-internet.de/lfgb/>.

Денежный штраф¹² при уголовном преследовании назначается в дневных ставках (Tagessatz), при этом указывается их количество и размер (Tagessatzhöhe). Приведём пример: 60 дневных ставок по 100 евро. Количество дневных ставок определяет вину преступника и колеблется в промежутке между 5-ью и 360-ью дневными ставками. Размер дневной ставки определяется по личным и экономическим обстоятельствам преступника и ориентируется на чистый доход (Nettoeinkommen) и алиментные обязательства (Unterhaltspflichten). Важно помнить, что судимость, которая превышает 90 дневных ставок, заносится в ФРГ в справку полиции о судимости (polizeiliches Führungszeugnis)¹³.

Финансовые преимущества (Vorteil), которые были получены вследствие нарушения, в случае денежного штрафа во внимание не принимаются. Для этого существуют другие варианты наказания, такие, как конфискация прибыли у предприятия (Verfall). Работник, совершивший преступление, не обогащается и даже теоретически не может обогатиться. Прибыль (Einnahmeerlös) от нарушения прямым путём попадает либо в кассу, либо на банковский счёт предприятия. Сэкономленные расходы (ersparte Aufwendungen), такие, как проведение экспертиз, оплата фирмы по уборке предприятия, заказ семинаров и консультаций по развитию комплексной функционирующей концепции по ХАССП, также идут на благо предприятию и увеличивают его прибыль (Gewinn). Если нарушивший правила работник получает премию по итогам года, то она обогащением не считается.

Личные и экономические обстоятельства не играют роли при начислении денежного штрафа в случаях незначительной административной халатности. В административном законодательстве ФРГ такие незначительные случаи (geringfügige Verstöße) чаще всего встречаются при нарушении правил дорожного движения (Verkehrsordnungswidrigkeiten). В таких случаях штрафы налагаются по определённому каталогу (Bußgeldkatalog) и не рассчитываются индивидуально для каждого. В отличие от приведённого примера при административных нарушениях в сфере продовольственного права обычно нельзя исходить из незначительности нарушения, тем более, что при многих правонарушениях лицо, умышленно их совершившее, попадает под уголовную ответственность, а лицо, совершившее их из-за своей халатности (Fahrlässigkeit), попадает под административную ответственность (смешанные составы преступления¹⁴). По этой причине в случае административного денежного штрафа (Geldbuße) личные и финансовые обстоятельства ответственного работника также могут быть приняты во внимание. Стоит отметить, что денежный штраф более 200 евро заносится в ФРГ в центральный реестр дозволенных и запрещённых промыслов (Gewerbezentralregister)¹⁵.

¹² § 40 УК ФРГ; в случае общей суммы штраф может максимально достигать 720 дневных ставок, § 54 УК ФРГ.

¹³ § 32 Abs. 2 Nr. 5 Gesetz über das Zentralregister und das Erziehungsregister (BZRG). Текст на немецком языке: <http://www.gesetze-im-internet.de/bzrg/>.

¹⁴ §§ 59, 60 LFGB.

¹⁵ § 149 Abs. 2 Nr. 2 Gewerbeordnung (GewO). Текст на немецком языке: <http://www.gesetze-im-internet.de/gewo/>.

В § 17 абз. 4 Закона об административных правонарушениях ФРГ урегулирована одна особенность: наложенный денежный штраф должен превышать сумму прибыли (*wirtschaftlicher Vorteil*), полученную с нарушением закона. Но и в этом случае нужно отметить, что ответственный работник не является получателем прибыли.

Приведём пример. При нарушении закона ответственным работником в отношении него начинается административное дело (*Bußgeldverfahren*), и ему назначается наказание в виде денежного штрафа. На этом делопроизводство против предприятия заканчивается, правление предприятия отдельно не заслушивается и фирма получает прибыль без какой-либо недостачи.

Если закон в пищевом секторе нарушает индивидуальный предприниматель (ИП) (*Einzelunternehmer*), то при расчёте административного денежного штрафа его могут ожидать более жёсткие санкции, так как прибыль, полученная при нарушении, может быть засчитана ему без отдельного заслушивания (*Anhörung*). Административный орган не обязан давать разъяснения по решению о расчёте величины денежного штрафа¹⁶.

Как видно из примера, в сфере пресечения административных правонарушений существует некий дисбаланс. По этой причине уже некоторое время существует определённая потребность доступа (*Zugriff*) к предприятию для конфискации прибыли и тем самым выравнивания существующего дисбаланса.

3. Существующие возможности доступа к предприятиям (Bestehende Zugriffsmöglichkeiten auf Unternehmen)

Тематика санкционирования предприятий (*Unternehmenssanktion*) часто появляется в политических и юридических дискуссиях. Следует отметить, что представители федеральной земли Северный Рейн-Вестфалия представили в одной из палат германского парламента, Бундесрате, законопроект об уголовном преследовании предприятий (*Unternehmensstrafgesetz*)¹⁷. Принятие этого закона произвело бы эффект разорвавшейся бомбы. Как известно, на сегодняшний день уголовное преследование подразумевает вину преступника и касается только физических лиц, а не предприятий в целом.

Уже на данный момент в ФРГ возможности доступа к предприятию и его санкционирования существуют как при уголовном, так и при административном преследовании, например, конфискуется (*Verfall*) прибыль, полученная вследствие нарушения закона. Преобладающим здесь является принцип брутто (*Bruttoprinzip*). При союзном штрафе (*Verbandsgeldbuße*) в соответствии с § 30 Закона об административных правонарушениях ФРГ действует принцип нетто (*Nettoprinzip*). У предприятий (их организационно-правовые формы перечислены в законе), члены

¹⁶ § 66 абз. 3 Закона об административных правонарушениях ФРГ.

¹⁷ Официальный текст проекта закона в интернете пока не доступен. Больше информации заинтересованные лица могут найти при помощи поисковой системы и ключевых слов «*Unternehmensstrafgesetz, NRW*».

правления которых допустили правонарушение, изымается только прибыль, которая остаётся после покрытия расходов на производство товара (Kostenabzug).

Уже при внимательном чтении становится ясно, что существует большая разница при применении этих моделей вычисления штрафов. Эта практика известна многим предприятиям не понаслышке. Начисленные штрафы могут даже в случае безвинного (schuldlos) нарушения больно ударить по финансовой ситуации предприятия. Во избежание этого руководству стоит задуматься о проведении превентивных мер (Vorsorgemaßnahmen) по соблюдению законов работниками предприятия, как того требует закон и потребитель.

II. Санкции против предприятий – конфискация прибыли или союзный штраф – безжалостное наказание или новый шанс? (Unternehmenssanktionen durch Verfall oder Verbandsgeldbuße – Ein „scharfes Schwert“ – vielleicht auch eine Chance?)

Эта часть относится к не столь приятным для предприятий темам. Но, тем не менее, мы считаем, что владельцы, члены органов управления юридических лиц и торговых товариществ, а также руководящие работники и работники, ответственные за принятие решений, должны ознакомиться с возможностями наказаний предприятий при уголовном или административном преследовании. Эти возможности существуют также и при несоблюдении обязанностей по надзору в рамках § 130 Закона об административных правонарушениях ФРГ.

Много подводных камней может ожидать предпринимателей в сфере производства пищевой продукции при внедрении соответствующей букве закона индивидуальной комплексной системы управления (Compliance-Management-System = CMS) в связи с широким ассортиментом пищевых продуктов, различными факторами риска и соответствия правилам ХАССП в рамках гигиены на предприятиях.

СУСЗ (Система Управления Стратегическими Задачами) или CMS – это продуманная организация производства, а также предпринимательской деятельности как таковой, целью которой является предотвращение или значительное осложнение совершения уголовных преступлений или административных правонарушений в сфере производства пищевой продукции.

В ФРГ органы надзора за пищевой продукцией и её производством с большим интересом осведомляются о юридических возможностях санкционирования предприятий. В особенности их интересуют формальности и процессуальный ход дела, так как доступ к предприятию и его санкционирование означает более весомые штрафы, чем в случае штрафования работников.

Мы постараемся осветить главные критерии конфискации прибыли (Verfall) и союзного штрафа (Verbandsgeldbuße) и описать два возможных процессуальных хода дела как при уголовном преступлении, так и при административном правонарушении.

1. Конфискация прибыли (Der Verfall)

Конфискация прибыли урегулирована в § 73 УК ФРГ и § 29а Закона об административных правонарушениях ФРГ. Теоретически она не обладает характером наказания (Strafcharakter). Юридически конфискация оценивается как своеобразная мера пресечения (Maßnahme eigener Art)¹⁸, при которой даже смягчающие вину обстоятельства (Strafmilderungsgründe) не играют никакой роли.

Именно эта мера применяется к предприятиям, которые извлекают выгоду из нарушений законов. Ведь именно они должны принимать меры предосторожности во избежание нарушений. Тем самым конфискация является безнаказуемой мерой (straflose Maßnahme), которая ударяет по самому больному месту - экономической силе предприятия - и считается санкцией против него. Именно в этой ситуации становится ясно, что предупредительные меры могут себя окупить.

Каковы главные критерии конфискации?

Кто может стать преступником? Преступником уголовно наказуемого деяния, которое приводит к обогащению предприятия, может быть любой¹⁹, как исполняющий роль управляющего, так и действующий по указанию, работник предприятия. Главным критерием является нарушение закона в интересах фирмы²⁰.

Кто наживается на прибыли? Прибыль получает либо сам преступник²¹, если он является ИП, либо другое лицо²². Таковым является предприятие, то есть либо юридическое лицо, либо торговое товарищество, либо ИП, если закон нарушил его работник.

Каким должно быть уголовно наказуемое деяние, приводящее к конфискации? Деяние, которое может привести к конфискации, должно соответствовать составу преступления (tatbestandsmäßig) и быть противоправным (rechtswidrig). Вопрос вины (Schuld)²³ в смысле намеренного (Vorsatz) или халатного действия (Fahrlässigkeit) не играет роли. Для противоправных действий достаточно превышения полномочий (Kompetenzüberschreitung) или ошибки работника.

Что является выигрышем, получаемым при нарушении законов о производстве продукции пищевой промышленности? Это совокупность (Gesamtheit)²⁴ всех финансовых потоков, вытекающих из противозаконного деяния. Без сомнений, к ним относятся прибыль и сэкономленные расходы (расходы на экспертизы, оплата фирмы по уборке на предприятии, проведение семинаров и т.п.).

При внимательном чтении становится ясно, что между прибылью и сэкономленными расходами существует большая разница. В этом пункте мнения юристов в Германии

¹⁸ § 11 абз. 1 п. 8 УК ФРГ; Fischer, 61. Aufl., § 73 StGB, Rn. 2a, 4, 4a.

¹⁹ Fischer, 61. Aufl., § 73 StGB, Rn. 2a.

²⁰ Fischer, 61. Aufl., § 73 StGB, Rn. 30.

²¹ § 73 абз. 1 УК ФРГ.

²² § 73 абз. 3 УК ФРГ.

²³ Fischer, 61. Aufl., § 73 StGB, Rn. 2a.

²⁴ BGH 2006, BGHSt 51, 65 ff.

расходятся. Существует большое количество решений высших судебных инстанций²⁵, но пока только малая их часть касается продовольственного права. Если провести параллели с другими правовыми секторами, то можно придерживаться следующих аргументов: прибыль, получаемая за счёт распространения несъедобных (nicht verzehrsfähig), неправильно маркированных (irreführend gekennzeichnet) или испорченных («отвратительных»²⁶) продуктов питания может быть отобрана у предприятия.

Что подразумевает принцип брутто? Для «испорченных» продуктов действует принцип брутто. При расчёте штрафа не принимаются во внимание расходы на закупку, хранение и перевозку продукции, частичные расходы на персонал и т.д. Не засчитывается только налог на добавленную стоимость (НДС).

Этим законным принципом²⁷ пользуются также при расчёте штрафа для предприятий. Ведь именно на предприятиях должны приниматься меры предосторожности, направленные на то, чтобы «испорченные» продукты не попадали в руки потребителей. При конфискации чистой прибыли (принцип нетто) нарушения закона не были бы рискованными для финансовой ситуации предприятия.

Существует ли жёсткое предписание (Härteregel)? Да, правило ужесточённого наказания прописано в § 73 с Уголовного кодекса ФРГ. Планка для начала следствия очень высока и редко применяется на практике. В административном праве в жёстком предписании нет нужды, так как при принятии решения (Ermessensentscheidung) в рамках § 47 Закона об административных правонарушениях ФРГ чиновник может скорректировать своё решение в соответствии с тяжестью нарушения закона и увеличить штраф.

Какие права имеют пострадавшие? Как правило, при уголовных преступлениях право пострадавших на возмещение материального ущерба исключает право государства на конфискацию прибыли (Verfallanspruch). В большинстве случаев это правило не действует при уголовной ответственности за нарушение законов о производстве пищевой продукции, так как потребитель не несёт непосредственных финансовых убытков (unmittelbare wirtschaftliche Schädigung). Охраняемой правовой ценностью (Rechtsgut) является не финансовое состояние единичного потребителя, а защита прав потребителей (Verbraucherschutz) в целом.

В административном законодательстве ФРГ потенциальные права третьих лиц не влияют на обложение штрафными санкциями²⁸.

Влияют ли изменения на предприятии на ход уголовного дела и его исход? Изменение названия фирмы или организационно-правовой формы предприятия не

²⁵ BGH 2012; 3 StR 343/11; NJW 2012, 1159.

²⁶ В немецкой терминологии используется словосочетание «отвратительные продукты питания» (ekelhafte Lebensmittel) для описания определённого состояния продуктов питания.

²⁷ Fischer, 61. Aufl., § 73 StGB, Rn. 4, 4a.

²⁸ § 99 абз. 2 Закона об административных правонарушениях ФРГ.

вливают на исход уголовного дела до тех пор, пока финансовая база предприятия остаётся старой.

В какой форме может быть принято решение о конфискации? Как в уголовном, так и в административном процессе есть две возможности вынесения решения по делу.

При уголовном преследовании

- против совершившего уголовное преступление работника оглашается приговор (Urteil) или судьёй принимается единоличное решение, вынесенное в порядке суммарного судопроизводства (Strafbefehl) с мерой наказания в виде денежного штрафа (Geldstrafe) и одновременно у предприятия конфискуется определённая денежная сумма (§§ 73 и след. . УК ФРГ) или

- дело против совершившего уголовное преступление работника закрывается (Einstellung des Verfahrens)²⁹ и в отдельном делопроизводстве (selbstständiges Verfahren) против предприятия³⁰ принимаются штрафные санкции. В этом случае для отдельного делопроизводства против предприятия действует правило: уголовное преступление не должно быть неподсудным за давностью срока (verjährt), и решение суда в отношении ответственного работника не должно вступить в законную силу (rechtskräftig sein), так как эти критерии исключают отдельное делопроизводство в отношении предприятия.

В административном делопроизводстве существуют аналогичные варианты с разницей в том, что на работника и на предприятие либо одновременно налагаются денежные штрафы в административном порядке, либо штраф налагается только на предприятие (selbstständiger Verfallbescheid)³¹.

Подведём итог:

➤ Расчёт конфискуемой суммы происходит объективно (sachlich) без какой-либо свободы действий для штрафующей стороны.

➤ Даже если при административных правонарушениях официальным лицам дана возможность принимать решения в рамках, определённых законом (Ermessensentscheidung), это не значит, что решение будет принято в пользу предприятия.

➤ При объективном расчёте штрафа нет разницы между уголовным преступлением и административным правонарушением. Большое заблуждение - считать, что при административном правонарушении назначаются менее высокие штрафы.

➤ Риск быть оштрафованным ставит перед предприятиями сложную задачу по внедрению на предприятии скоординированной системы предотвращения нарушения законов. Ведь даже случайная оплошность (Versehen), превышение полномочий

²⁹ Например, дело закрывают в связи с незначительностью вины (§ 153 УПК ФРГ) или наложением выполнения финансовых обязанностей (§ 153 а УПК ФРГ). В этом случае вина не устанавливается и решение не заносится в справку полиции о судимости или в центральный реестр дозволенных или запрещённых промыслов.

³⁰ § 76 а УК ФРГ; § 443 УПК ФРГ (Strafprozessordnung – StPO). Текст на немецком и английском языках: <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/>.

³¹ § 29 а абз. 2, 4 Закона об административных правонарушениях ФРГ; предписания по ведению делопроизводства в § 87 Закона об административных правонарушениях ФРГ.

(Kompetenzüberschreitung), неопределенность (Unsicherheit) или небрежность (Schludrigkeit) должны быть заранее исключены при помощи контроля и надзора.

2. Назначение штрафа предприятию³² (Bußgeldfestsetzung gegen Unternehmen gem. § 30 OWiG)

Альтернативной возможностью санкционирования предприятия является назначение штрафа (Bußgeldfestsetzung), § 30 Закона об административных правонарушениях ФРГ. В статье отрегулированы условия штрафа как при уголовной ответственности, так и при административном правонарушении.

На практике эти санкции также именуется союзными штрафами (Verbandsgeldbuße), так как предприятие приравнивается к союзу или обществу (Verband). Союзные штрафы налагаются при нарушениях, связанных с работой или функциями предприятия. В этом случае нужно чётко провести границу между личными и производственными мотивами нарушителя закона.

Кто может совершать правонарушения? § 30 Закона об административных правонарушениях ФРГ чётко обозначает группу возможных правонарушителей: ими могут являться только работники предприятия руководящего уровня. Сюда же относятся должности с правом контроля, такие как контролёры, руководители региональных и окружных отделений.

Нарушения обязанности по надзору на уровне управления (Aufsichtspflichtverletzung) (§ 130 абз. 1 Закона об административных правонарушениях ФРГ)³³ достаточно для того, чтобы административный орган оштрафовал предприятие³⁴. Такие нарушения часто происходят в ходе недостаточного контроля за работой предприятия (неправильное делегирование полномочий, перенапряжение работников, отсутствие правил по слежению за выполнением законов и действий при их невыполнении и т.д.).

Каким должно быть уголовно наказуемое деяние, приводящее к союзному штрафу? Деяние, которое может привести к союзному штрафу, должно соответствовать составу преступления, быть противоправным, и преступник должен быть виновным³⁵.

К каким типам предприятий применяется союзный штраф? § 30 Закона об административных правонарушениях ФРГ регулирует типы предприятий, которые могут подпадать под союзный штраф – это юридические лица и торговые товарищества. Для индивидуального предпринимателя эта статья не действует.

Как происходит начисление союзного штрафа в соответствии с § 30 Закона об административных правонарушениях ФРГ? Решение о союзном штрафе и его начисление состоит из двух частей. В санкционной части (Sanktionsteil/Ahndungsteil)

³² § 30 Закона об административных правонарушениях ФРГ.

³³ Göhler, 16. Aufl., § 30 OWiG, Rn. 17, 36, 36a.

³⁴ § 130 абз. 3 Закона об административных правонарушениях ФРГ регулирует, что при нарушениях правил по надзору на уровне управления компанией действует правило § 30 абз. 2 и 3 Закона об административных правонарушениях ФРГ.

³⁵ Göhler, 16. Aufl., § 30 OWiG, Rn. 15.

освещается степень, значение и период нарушения, вина работника и общее отношение к нарушению со стороны предприятия. В конце этой части административный орган выносит решение о наложении на предприятие санкционного штрафа.

Во второй части происходит вычисление суммы конфискации прибыли (союзного штрафа) по принципу нетто (Bereicherungsteil/Abschöpfungsteil).

В отличие от конфискации (Verfall) (§§ 73 и след. УК ФРГ/§ 29 а Закона об административных правонарушениях ФРГ), союзный штраф имеет характер санкции. Решение о вынесении союзного штрафа может также состоять только из одной из вышеупомянутых частей или объединять их в одном решении. При вынесении решения у сторон есть возможность заключения договоренности (Absprache) и определённой свободы принятия решения (Spielraum für Gestaltung).

В отличие от конфискации, при вынесении союзного штрафа также могут быть приняты во внимание и не приносящие прибыль нарушения в работе предприятия. Такие нарушения обозначаются в санкционной части решения.

Что является обогащением? Расчёт происходит по знакомым стандартам расчёта при конфискации прибыли. При расчёте учитываются прибыль без НДС, сэкономленные расходы и шансы на рынке сбыта. Примерное вычисление обогащения (Schätzung) возможно, но должно быть понятным.

Как рассчитывается сумма конфискации (союзный штраф)? Денежная сумма рассчитывается по принципу нетто³⁶. Из суммы брутто-прибыли вычитаются следующие позиции: транспортные расходы, расходы на хранение и закупку, расходы по персоналу и НДС.

Какие права есть у третьих лиц и пострадавших? При ответе на этот вопрос мы ссылаемся на наши объяснения в разделе про конфискацию. Как уже было сказано выше, при нарушениях в сфере пищевой промышленности права третьих лиц не играют особой роли.

Существует ли жёсткое предписание? В Законе об административных правонарушениях ФРГ нет чётко прописанных правил по ужесточению наказания. Но на практике все отрицательные стороны дела могут быть приняты во внимание (allgemeine Zumessungskriterien und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) при вынесении решения (pflichtgemäßes Ermessen) административным работником (§ 47 Закона об административных правонарушениях ФРГ).

Регистрируется ли предприятие в списке нарушителей в центральном реестре дозволенных и запрещённых промыслов³⁷? Предприятие заносится в список нарушителей административным органом после вступления в законную силу решения о союзном штрафе, если таковой превышает 200 евро.

³⁶ Göhler, 16. Aufl., § 30 OWiG, Rn. 37; Bohnert, § 30 OWiG, Rn. 42.

³⁷ § 146 абз. 2 п. 3б Закона об административных правонарушениях ФРГ.

Влияют ли изменения на предприятии на ход административного дела и его исход? 1 августа 2013 года в силу вступило изменение закона, касающееся правопреемства (Rechtsnachfolge). В § 30 абз. 2а Закона об административных правонарушениях ФРГ чётко сказано, что объединение предприятий путем слияния (Fusion) или поглощения (Verschmelzung) не влияет на ход дела и начисление штрафа³⁸.

В какой форме может быть принято решение о союзном штрафе? Как и при конфискации, при вынесении решения о союзном штрафе существуют альтернативные варианты как в уголовном, так и в административном деле.

В уголовном деле могут быть следующие варианты:

- против совершившего уголовное преступление управляющего работника оглашается приговор или судьёй принимается единоличное решение, вынесенное в порядке суммарного судопроизводства с мерой наказания в виде денежного штрафа и одновременно на предприятие налагается союзный штраф или
- дело против совершившего уголовное преступление работника закрывается³⁹ и в отдельном делопроизводстве против предприятия принимаются штрафные санкции (Verbandsgeldbuße), § 30 абз. 4 Закона об административных правонарушениях ФРГ.

Следующее очень важно помнить при отдельном делопроизводстве против предприятия. Для начала делопроизводства административному органу не важно знать, кто именно в управлении предприятия нарушил закон. Достаточно того, что кого-то из работников управления можно обвинить (schuldhafter Vorwurf) в нарушении закона. Как было сказано выше, это нарушение должно соответствовать составу преступления, быть противоправным и нарушитель должен быть виновен в содеянном. Личность преступника не играет в этом случае никакой роли⁴⁰. Достаточно лишь субсидиарной ответственности за нарушение.

Так же, как и в случае с конфискацией, уголовное деяние, влекущее за собой союзный штраф, не должно быть неподсудным за давностью срока, и решение суда в отношении ответственного работника не должно вступать в законную силу, так как эти критерии исключают отдельное делопроизводство в отношении предприятия.

В административном делопроизводстве существуют аналогичные варианты с разницей в том, что либо на работника управления и на предприятие одновременно налагаются денежные штрафы в административном порядке, либо союзный штраф налагается только на предприятие (§ 30 абз. 4 Закона об административных правонарушениях ФРГ), а дело против управляющего работника закрывается (§ 47 Закона об административных правонарушениях ФРГ)⁴¹.

³⁸ Wistra 2012, 118; Wistra 2012, 152.

³⁹ Например, дело закрывают в связи с незначительностью вины (§ 153 УПК ФРГ) или наложением выполнения финансовых обязанностей (§ 153 а УПК ФРГ). В этом случае вина не устанавливается.

⁴⁰ Göhler, 16. Aufl., § 30 OWiG, Rn. 40, 41.

⁴¹ § 47 Закона об административных правонарушениях ФРГ.

III. Заключение (Fazit)

Конфискация прибыли и союзный штраф существуют для того, чтобы получить доступ к финансам предприятия, и могут сильно ударить по его финансовому состоянию.

Если дело ведётся по регламенту § 30 Закона об административных правонарушениях ФРГ, то применение наказания в виде конфискации прибыли уже невозможно⁴².

Большая разница существует между характеристикой нарушителя закона и методикой наложения штрафов по принципам брутто и нетто.

В отличие от решения по конфискации, в решении о наложении союзного штрафа может также существовать санкционная часть.

Положительная сторона отдельного делопроизводства против предприятия - защита работника от преследования. Практика показывает, что не только предприятия пищевой промышленности заинтересованы в защите своих работников от уголовного и административного преследования, но и в других сферах деятельности.

Изыятие доходов предприятия, полученных с нарушением законов, соответствует правилам защиты потребителей.

Изыятие «порченной» (makelbehaftet) прибыли закаляет честного и аккуратного предпринимателя.

В заключение нужно заметить, что по требованию закона задача управляющих органов предприятия - создание и внедрение системы, предупреждающей нарушение законов.

Об авторе:



Александра Беднарц-Кун (Aleksandra Bednarz-Kuhn) работает юристом в программе Федерального Министерства по делам семьи, пенсионеров, женщин и молодёжи (Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend) по вопросам образования для иммигрантов “Bildungsberatung Garantiefonds Hochschule” в г. Дюссельдорфе. Она оказывает юридическую поддержку во всех вопросах, касающихся работы программы, и консультации по получению высшего образования в Германии.

Наряду с этим Александра уже несколько лет сотрудничает с адвокатским бюро Фабиана Т. Херинга в Кёльне и поддерживает его при организации и проведении семинаров и индивидуальных консультаций на тему продовольственного права на русском и немецком языках.

⁴² § 30 абз. 5 Закона об административных правонарушениях ФРГ.

Александра Беднарц-Кун является выпускницей Вестфальского Университета им. Вильгельма в Мюнстере. Она владеет свободно немецким, русским, английским и эстонским языками.

Электронная почта: info@lmvs.de

Frau Aleksandra Bednarz-Kuhn ist Juristin bei dem Bundesprogramm „Bildungsberatung Garantiefonds Hochschule“ mit der Koordinierungsstelle bei der Bundesarbeitsgemeinschaft Katholische Jugendsozialarbeit (BAG KJS) e.V. mit Hauptsitz in Düsseldorf. Das Programm wird vom Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) unterstützt. Frau Bednarz-Kuhn unterstützt die Koordinierungsstelle bei allen juristischen Angelegenheiten, die in Verbindung mit der Durchführung des Programms sowie der Beratung im Bereich der Hochschulbildung in Deutschland stehen.

Neben ihrer Tätigkeit bei der BAG KJS e.V. pflegt Frau Bednarz-Kuhn eine langjährige berufliche Beziehung zur Rechtsanwaltskanzlei Fabian T. Hering in Köln und unterstützt die Kanzlei bei der Planung und Durchführung von Seminaren und Beratungen im Bereich des Lebensmittelrechts in deutscher und russischer Sprache.

Frau Bednarz-Kuhn ist die Absolventin der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms Universität zu Münster. Sie spricht fließend Russisch, Deutsch, Englisch und Estnisch.

Соавтор



Адвокат Фабиан Т. Херинг ведёт свою деятельность в Лёверкузене и Кёльне. В сферу его деятельности входит уголовное право, продовольственное право, право производства медицинской продукции и Compliance. Он работает лектором и консультантом в сфере продовольственного права и Compliance для административных учреждений и фирм по производству пищевой продукции. Полную информацию о спектре услуг можно получить на странице www.lmvs.de

Тема статьи «Нарушения правил в производстве пищевой промышленности» также является частью недавно выпущенной книги на немецком языке „Compliance für Lebensmittelunternehmen und Lebensmittelkontrolle - Lebensmittelverantwortung, Hygiene-Hauptverantwortung, Sanktionen gegen Mitarbeiter und Unternehmen“, F. Hering, U. Hering, 2015, 300 Seiten, broschiert, 34,90 € inkl. gesetzliche MwSt., ISBN 978-3-95645-623-7

Контактные данные: LMVS – Lebensmittel Verantwortung Sorgfalt, Am Knechtsgraben 60, 51379 Leverkusen. E-Mail: info@lmvs.de

Fabian T. Hering ist Rechtsanwalt in Leverkusen und Köln mit den Interessenschwerpunkten Lebensmittelrecht, Strafrecht, Medizinproduktrecht und Compliance. Als Referent und Berater ist er tätig für Lebensmittelrecht und Compliance vor Mitarbeitern der Lebensmittelüberwachung und Lebensmittelunternehmen. Weitere Informationen erhalten Sie unter www.rechtsanwalzskanzleihering.de oder www.lmvs.de

Das Thema „lebensmittelrechtliche Verstöße“ ist auch ein Bestandteil des neu erschienenen Buches: „Compliance für Lebensmittelunternehmen und Lebensmittelkontrolle - Lebensmittelverantwortung, Hygiene-Hauptverantwortung, Sanktionen gegen Mitarbeiter und Unternehmen“, F. Hering, U. Hering, 2015, 300 Seiten, broschiert, 34,90 € inkl. gesetzliche MwSt., ISBN 978-3-95645-623-7

Kontakt: LMVS – Lebensmittel Verantwortung Sorgfalt, Am Knechtsgraben 60, 51379 Leverkusen. E-Mail: info@lmvs.de

Развитие защиты персональных данных в Европейском союзе на примере Германии

Entwicklung des Datenschutzrechts in der Europäischen Union am Beispiel Deutschlands

Адвокат Дмитрий Римша

(Rechtsanwalt Dimitri Rimscha)

Der Verfasser zeigt die gesetzliche Systematik des deutschen und europäischen Datenschutzrechts, beschäftigt sich mit den geltenden Gesetzesnormen und berichtet über die anstehenden Neuerungen in Bezug auf die Entwicklung des Datenschutzes in der Europäischen Union. Dabei enthält der Aufsatz praktische Hinweise und Verweise auf weiterführende Materialien. Behandelt werden die geschichtliche Entwicklung des Datenschutzes, das aktuell in Deutschland geltende Bundesdatenschutzgesetz und die kollisionsrechtlichen Fragen sowie die neue europäische Datenschutzverordnung.

Под влиянием растущих экономических интересов, связанных с передачей и хранением персональных данных, а также развивающихся технологий, в особенности интернета, все важнее становится защита данных (Datenschutz). В законодательстве Федеративной Республики Германии право на защиту персональных данных является особым выражением права на информационное самоопределение (Selbstbestimmungsrecht), как, например, права быть свободным, свободно передвигаться и не подвергаться без видимой причины чрезмерному контролю. В настоящее время защита персональных данных в Германии получила особое значение в связи с тем, что согласно средствам массовой информации, иностранные секретные службы выслеживали персональную информацию на территории Германии, не считаясь с внутренними законами страны.

I. Правовая база в Германии

Правовая культура в Германии в отношении защиты персональных данных имеет глубокие корни. Защита персональных данных определяется до сих пор в значительной степени решением Федерального Конституционного суда Германии 1983 года о переписи населения¹ и основывается на основных положениях Основного Закона (Конституции) Германии о защите личности. Недозволительный сбор, обработка, использование личных или персональных данных противоречат статьям 1 и 2 Основного Закона Федеративной Республики Германии (Grundgesetz für die

¹ BVerfG, Urteil vom 15. Dezember 1983, Az.: 1 BvR 209/83, 1 BvR 484/83, 1 BvR 440/83, 1 BvR 420/83, 1 BvR 362/83, 1 BvR 269/83 (Volkszählungsurteil).

Bundesrepublik Deutschland, GG)² о защите личности³ и статье 10 о конфиденциальности данных связи (Fernmeldegeheimnis)⁴. В 2008 году Федеральный Конституционный суд Германии (Bundesverfassungsgericht)⁵ дополнительно разработал понятие основного права на гарантированную конфиденциальность и целостность информационно-технических систем⁶.

Основным законом о защите персональных данных в Германии является Федеральный закон о защите данных (далее BDSG, Bundesdatenschutzgesetz)⁷. BDSG, среди прочего, реализует европейскую директиву 95/46/ЕС⁸. Задачей BDSG является защита каждого от нарушения его прав при использовании его персональных данных. BDSG не является единственным нормативным правовым актом в Германии по защите персональных данных. К правовой защите персональных данных в широком смысле относятся все законы, соглашения, указы⁹ и решения судов, связанные с правом на информационное самоопределение и вопросам обращения с персональными данными. Отдельные нормы по защите персональных данных содержатся, в частности, в следующих законах:

- Закон о средствах аудио-визуальной информации (Telemediengesetz, TMG),
- Закон о связи (Telekommunikationsgesetz, TKG),
- Закон против недобросовестной конкуренции (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG),
- Закон о статистике для федеральных нужд (Gesetz über die Statistik für Bundeszwecke, BStatG),
- Кодекс социального права, часть 10 (Sozialgesetzbuch X, SGB X),
- Закон о генетическом обследовании людей (Gesetz über genetische Untersuchungen bei Menschen, GenDG).¹⁰

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

³ Статья 1 Основного Закона гласит: «(1) Человеческое достоинство неприкосновенно. Уважать и защищать его - обязанность всей государственной власти. (2) Немецкий народ в силу этого признает неприкосновенность и неотчуждаемость прав человека как основу всякого человеческого сообщества, мира и справедливости в мире. (3) Нижеследующие основные права обязательны для законодательной, исполнительной власти и правосудия как непосредственно действующее право.»; 1 абзац Статьи 2 Основного Закона гласит: «Каждый имеет право на развитие своей личности, пока он не нарушает прав других и не посягает на конституционный порядок или нравственный закон».

⁴ Ст. 10 Основного Закона гласит: «(1) Тайна переписки, а также почтовой и телекоммуникационной связи неприкосновенны. (2) Ограничения могут устанавливаться только на основе закона. Если эти ограничения направлены на защиту основ свободного демократического строя или существования, или сохранения Федерации или какой-либо земли, то такой закон может установить, что заинтересованному лицу об ограничениях сообщаться не будет, а судебный порядок заменится проверкой со стороны специальных и вспомогательных органов, назначенных народным представительством».

⁵ Федеральный Конституционный суд Германии, <www.bundesverfassungsgericht.de>.

⁶ BVerfG, Urteil vom 27. Februar 2008, Az.: 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07.

⁷ Текст Федерального Закона о защите данных на немецком и английском языках: <http://www.gesetze-im-internet.de/bdsg_1990/>.

⁸ Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, текст на немецком и английском языках: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex%3A31995L0046>>.

⁹ Нем. «Verordnungen».

¹⁰ Тексты этих законов на сайте: <<http://www.gesetze-im-internet.de/>>.

Механизмы, направленные на сохранение конфиденциальности персональных данных, предусмотрены также в Гражданском уложении (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB) и Уголовном кодексе (Strafgesetzbuch, StGB) Германии, а также во всех процессуальных кодексах.

Защита персональных данных, в том числе, регулируется и на региональном уровне. Субъектами Германии являются так называемые государства-члены или земли (Länder). Согласно Основному Закону Германии Федерация не обладает абсолютной законодательной компетенцией по вопросам защиты персональных данных в ведении административных дел. Исторически сложилось, что самый первый в Германии закон о защите персональных данных был принят в земле Гессен (Hessen) в 1970 году. Впоследствии все остальные 15 земель утвердили собственные законы о защите персональных данных. Эти законы распространяются на соответствующие земельные административные органы и ведомства, а также муниципалитеты.

II. Федеральный закон о защите данных (BDSG)

Центральным положением BDSG является § 4. Согласно ему, сбор, обработка и использование персональных данных допустимы только в том случае, если BDSG или другой правовой акт это допускают или если субъект персональных данных дал на это свое разрешение. Адресатом этого запрета с возможностью разрешения являются как административные органы, так и юридические или физические лица.

Запрет § 4 BDSG не касается абсолютно всех, а только персональных данных. Термин «персональные данные» (personenbezogene Daten), в первую очередь, определяется в § 3 BDSG. Согласно этой норме, персональные данные — это «отдельные данные о личных или деловых обстоятельствах конкретного или определяемого физического лица». Защите подлежат только физические лица (natürliche Personen). Юридические лица не защищены BDSG, здесь защита распространяется только на отдельных участников юридических лиц, если данные о юридическом лице также отражаются и на них. TKG, в свою очередь, распространяет свою защиту и на юридические лица¹¹.

Интересным фактом является, что BDSG не защищает данные об умерших. Федеральный Конституционный Суд Германии считает, что со смертью права личности прекращают действие¹².

III. Уполномоченный в сфере защиты персональных данных и свободы информации

На федеральном уровне уполномоченным органом для обеспечения защиты данных является так называемый Уполномоченный в сфере защиты персональных данных и

¹¹ Gola/Schomerus, комментарий к BDSG, § 3, Rn. 10 ff.

¹² Gola/Schomerus, комментарий к BDSG, § 3, Rn. 12.

свободы информации (Bundesbeauftragte/r für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, § 22 BDSG, далее федеральный уполномоченный). Уполномоченный защитой данных назначается также в каждой из федеральных земель (§ 38 BDSG). Кроме того, все административные органы и частные организации, которые занимаются обработкой персональных данных, также должны письменно назначить уполномоченное лицо согласно § 4f BDSG. Эти уполномоченные лица отвечают за соблюдение защиты персональных данных внутри организации.

Федеральный уполномоченный контролирует соблюдение положений о защите персональных данных. Служебный надзор над федеральным уполномоченным производит Министерство внутренних дел и правительство Германии. Профессионального надзора над федеральным уполномоченным нет. Федеральный уполномоченный и уполномоченные федеральных земель по защите персональных данных следят за соблюдением положений BDSG и других законов по защите персональных данных. Они консультируют и оказывают поддержку уполномоченным по защите персональных данных и ответственным лицам в административных органах и частных организациях, а также оказывают служебную помощь органам надзора других членов-государств Европейского союза.

Институт уполномоченного по защите данных является одной из особенностей немецкого законодательства и регулируется в основном в §§ 4f и 4g BDSG. Согласно этим положениям как административные органы, так и частные организации, которые занимаются обработкой персональных данных, обязаны письменно назначить уполномоченное лицо. Это обязательство касается, в том числе, частных предприятий, где работает больше девяти сотрудников, занимающихся обработкой персональных данных, либо где персональные данные собираются, обрабатываются или используются другим образом, и этим заняты не меньше 20 сотрудников. Каждое уполномоченное лицо отвечает за обеспечение защиты персональных данных внутри своей организации.

Таким образом защита данных в Германии строится на взаимодействии государственных органов и ответственных лиц в частном секторе. За таким распределением обязательств стоит идея самоконтроля частного сектора. На уполномоченных по защите данных в частном секторе законодателем Германии возлагается не менее важная обязанность контроля за соблюдением законов о защите данных, чем на государственные организации. Кроме того, в их обязанности входит принятие превентивных мер по защите данных, как например, обучение и консультация правления предприятий.

Согласно § 4f BDSG обязанности уполномоченного по защите данных может исполнять лицо, трудоустроенное на самом предприятии, или же эти обязанности могут быть переданы третьим лицам. Уполномоченный по защите данных на предприятии должен быть назначен в течение одного месяца после того, как началась обработка персональных данных. Назначение производится в письменной форме, которая содержит описание задач уполномоченного и его организационную позицию.

Законодатель не требует от уполномоченного по защите данных определенного образования. Он только должен обладать компетентностью и добропорядочностью, необходимыми для эффективной деятельности в заданной предметной области. Какими знаниями и опытом в каждом конкретном случае должен обладать уполномоченный по защите данных, зависит от объема обрабатываемых данных и от того, насколько необходима их защита. В каждом случае необходимы знания о защите данных, а также о технических и экономических процессах.

Для более полного представления об обязанностях и правах уполномоченных по защите данных в частном секторе федеральный уполномоченный выпустил бесплатную брошюру. Брошюра содержит также формуляры, которые можно использовать при задействовании и назначении своего уполномоченного по защите данных¹³.

IV. Обработка данных третьими лицами

Для передачи обработки данных третьим лицам § 11 BDSG предусматривает особые требования. Ответственное лицо обязано выбирать предприятие-исполнителя с особой тщательностью и убедиться в соответствии выбранных технических и организаторских мер с требованиями BDSG. Соответствующий заказ делается в обязательной письменной форме и должен в частности регулировать следующие пункты:

1. Предмет и длительность заказа;
2. Объем, род и цель предстоящего сбора, обработки или использования данных, вид данных и круг заинтересованных лиц;
3. Технические и организаторские меры согласно § 9 BDSG;
4. Исправление, удаление и блокировка данных;
5. Обязанности исполнителя согласно § 11 абз. 4, в особенности проводимые им проверки;
6. Возможность передать заказ вторично третьим лицам;
7. Право на проведение проверки заказчиком и соответствующие обязательства исполнителя;
8. Какие нарушения договоренности или положений о защите данных должны сообщаться;
9. Объем прав вмешиваться и принимать решения в отношении переданного заказа, которые заказчик оставляет за собой по отношению к исполнителю;
10. Возврат переданных исполнителю носителей данных и удаление данных.

Передача процессов переработки данных третьим лицам является необходимостью для многих предприятий. Кроме того, таким образом предприниматели могут экономить издержки, связанные с обработкой данных. С этой целью фирма bitkom разработала типовые договоры, которые охотно используются немецкими предпринимателями для решения подобных задач. Эти договоры регулярно

¹³ «BfDI-INFO 4 Die Datenschutzbeauftragten in Behörde und Betrieb», ссылка:
<http://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Publikationen/Infobroschueren/INFO4.pdf?__blob=publicationFile>.

обновляются, их можно скачать на немецком и английском языках по указанной ссылке¹⁴.

V. Коллизионное право

В связи с тем, что обработка данных особенно в области интернет-технологий уже давно развивается в международных масштабах, все чаще возникают вопросы, в каких случаях применяется законодательство Германии для защиты данных. Однозначно здесь только то, что договорным путем исключить применение соответствующих норм немецкого законодателя о защите данных невозможно.

Международная привязка регулируется в § 1 абзац 5 BDSG. Согласно этой норме для применения немецкого законодательства о защите данных действует в первую очередь территориальный принцип. Это специальная коллизионная норма, *lex specialis*, по отношению к другим коллизионным положениям Германии¹⁵. Поэтому BDSG применяется к каждому ответственному лицу, которое собирает, обрабатывает или использует персональные данные на территории Германии. Реализуя европейскую директиву, BDSG предусматривает в виде исключения случаи, когда ответственное лицо находится на территории одного из других членов-государств Европейского союза или Европейской экономической зоны. В этом случае привязка происходит по местонахождению ответственного лица. § 1 абзац 5 BDSG регулирует международную привязку в вопросах защиты данных не только в отношении самого BDSG, но также и других законов Германии в отношении защиты данных, как, например, TMG.

Такое решение немецкого законодателя коллизионного вопроса на практике сталкивается с некоторыми проблемами. Так, например, высший административный суд земли Шлезвиг-Гольштейн постановил¹⁶ в своем решении от 22 апреля 2013 г. – 4 MB 11/13 - ¹⁷, что в случае *facebook* BDSG не применяется потому, что ирландское дочернее предприятие является представителем *facebook* и тем самым его ответственным лицом согласно § 1 BDSG.

Решением Европейского суда от 13 мая 2014 г. в деле *google* против *Agencia Española de Protección de Datos* - C-131/12 - ¹⁸ было, с другой стороны, подтверждено, что 1 абзац 4 ст. 4 абзац 1 европейской директивы № 95/46/ЕС под обработкой данных в рамках деятельности представительства, которое было учреждено ответственным лицом на территории одного из государств Европейского союза, понимается также тот случай, когда владелец поисковой машины открывает представительство или

¹⁴ <<https://www.bitkom.org/Bitkom/Publikationen/Aktualisierte-Mustervertragsanlage-zur-Auftragsdatenverarbeitung.html>>.

¹⁵ Jotzo, MMR 2009, 232.

¹⁶ OVG Schleswig, Schleswig-Holsteinisches Oberverwaltungsgericht.

¹⁷ Текст на немецком языке: <[http://www.ovgsh.de/ovg_sh/Entscheidungen/OVG/2013/4%20MB%2011-13%20\[8%20B%2061-12\]/](http://www.ovgsh.de/ovg_sh/Entscheidungen/OVG/2013/4%20MB%2011-13%20[8%20B%2061-12]/)>.

¹⁸ Ссылка:

<<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=153853&pageIndex=0&doclang=de&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=544499>>.

учреждает дочернее предприятие в одном из государств Европейского союза с целью развивать продажу рекламы, деятельность которого направлена на резидентов этого государства.

Принимая во внимание эти два решения, можно исходить из того, что на сегодняшний день законодательство Германии по защите данных будет применяться в тех случаях, когда

- предприятие, находящееся на территории Германии, перенаправляет данные для обработки в государства, не являющиеся членами Европейского союза;
- предприятие, не находящееся на территории Европейского союза, обрабатывает данные через терминалы, находящиеся в Германии.

В обратном случае применяется право государства, не являющегося членом Европейского союза, если

- предприятие не находится на территории Европейского союза, и обработка данных производится также за границами Европейского союза;
- или в том случае, если данные (только) переправляются через территорию Германии.

Коллизионная норма BDSG не применяется к гражданским требованиям о возмещении ущерба в связи с недобросовестным обращением с персональными данными. Причина тому, что BDSG не предоставляет обширную систему санкционирования в подобных случаях, и претензии из Гражданского уложения не вытесняются положениями BDSG. Привязка в этих случаях происходит таким образом не через § 1 абзац 5 BDSG, а через деликтный статут согласно статье 40 EGBGB¹⁹ по месту правонарушающего действия²⁰.

Постоянно развивающиеся технологии по обработке информации требуют также постоянно развивающегося законодательства. Некоторые проблемы коллизионного права должны решиться со вступлением в силу DSGVO²¹. Это положение предусматривает свою применимость касательно обработки персональных данных по отношению ко всем представителям ответственных лиц на всей территории Европейского союза. За отсутствием представителей, DSGVO будет применяться в том случае, если обработка данных производится с целью предложения товаров или услуг резидентам Европейского союза или для того, чтобы наблюдать за ними.

¹⁹ Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche, Вводный закон к гражданскому кодексу Германии, текст на немецком и английском языках: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bgbeg/>>.

²⁰ Статья 1, абзац 2, буква g Rom II-VO: Rom II-VO не применяется к нарушениям прав личности.

²¹ Подробно в пункте VIII.

VI. О некоторых трудностях в деловых отношениях в связи с защитой данных

Проблематичным в связи с защитой персональных данных является непосредственное приобретение предприятия посредством выкупа его активов, так называемый *Asset Deal*. В отличие от опосредованного приобретения предприятия путем покупки корпоративных прав, *Share Deal*, при покупке активов предприятия такие персональные данные, как, например, клиентская база, передаются новому правообладателю. Такая передача, как упомянуто выше, запрещена § 4 BDSG. Несмотря на то, что § 28 BDSG разрешает передачу персональных данных в случаях, например,

- если это необходимо для утверждения, проведения или прекращения деловых отношений с субъектом персональных данных или же,
- насколько это необходимо для соблюдения в рамках так называемого оправданного интереса получателя и передающего, если это не противоречит интересам субъекта персональных данных,

необходимо обратить особое внимание на эту проблему и тщательно проверить законность приобретения информации при передаче активов предприятия.

В этой связи также все более необходимым становится ввод комплаенс-контроля. Внутренние директивы по организации защиты персональных данных могут уберечь ответственных лиц от ответственности в случае утечки или неправильной обработки персональных данных. Уголовная или административная ответственность предписана за обеспечение доступа к персональным данным неограниченного круга или третьих лиц и наказывается в случае непреднамеренного действия денежным штрафом до 300.000 евро (§ 43 BDSG), и в случае преднамеренного действия денежным наказанием или лишением свободы до двух лет (§ 44 BDSG). Непринятие мер по защите персональных данных санкционируется в случае непреднамеренности денежным штрафом до 50.000 евро (§ 43 BDSG) и в случае преднамеренности денежным наказанием или лишением свободы до двух лет (§ 44 BDSG).

VII. Несколько слов о развитии защиты данных в Европейском Союзе, *Safe Harbor*

В отношении правил по хранению персональных данных сто́ит отметить в некотором смысле революционное решение Европейского суда «*Safe Harbor*» от 6 октября 2015 г.²² Этому решению предшествовало соглашение «*Safe Harbor*», закрепленное постановлением Европейской комиссии от 2000 года, согласно которому предприятия из стран-членов Европейского союза имели право пересылать персональные данные в Соединенные Штаты Америки.

В сентябре 2015 г. в ходе разбирательства предприятия *facebook* против Ирландии генеральный адвокат при Европейском суде заявил, что Европейская комиссия не

²² Europäischer Gerichtshof (EuGH) / European Court of Justice (ECJ), решение C-362/14.

обладает правом ограничивать полномочия национальных контрольных органов. По его мнению, если будут выявлены недостатки системы третьей страны, то государство-член должно иметь возможность сделать все необходимое для того, чтобы основные права, защищенные, в том числе, и Хартией основных прав Европейского союза (нем.: EU-Grundrechtecharta), не были нарушены. Американские секретные службы, по мнению генерального адвоката, пользуются методами массивной и нецеленаправленной разведки, а поэтому соглашение «Safe Harbor» никак не может мешать ирландским ведомствам провести проверку, имеет ли *facebook* право пересылать данные ирландских пользователей в Соединённые Штаты Америки или нет.

В результате этого заявления Европейский суд 6 октября 2015 г. последовал ходатайству генерального адвоката и постановил, что Европейская комиссия не обладает правом ограничивать или устранять полномочия национальных органов по защите данных.²³

Вследствие этого решения, в том числе и немецкие предприниматели обязаны перепроверить обмен персональных данных с Соединенными Штатами Америки. На данный момент хранение данных на территории США невозможно, потому что уровень защиты данных не соответствует требованиям Европейского союза.

Касательно передачи данных в США поступают рекомендации остановить обмен данными в случае сомнений и в будущем проводить необходимую обработку данных на территории Европейского Союза. Если это категорически невозможно, то необходимо обязать импортера соответствовать требованиям Европейского союза в отношении обработки и хранения данных.

Так, например, Европейская комиссия заявила, что пока возможно пользоваться другими инструментами, как, например, договорными оговорками или же BCRs²⁴, *«если импортёр данных имеет основания предположить, что применяемое в стране получателя законодательство не позволяет ему выполнить свои обязательства по договору, то он должен незамедлительно сообщить об этом экспортёру данных из Европейского Союза. В такой ситуации экспортер обязан принять соответствующие меры для обеспечения защиты данных. Это могут быть технические, организационные, относящиеся к определенной модели бизнеса или правовые меры, и могут даже включать в себя остановку передачи данных и расторжение договора»*.

Несмотря на усложнения деловых отношений, реакция Европейского Союза на утечку информации в связи с передачей данных в Соединенные Штаты Америки находит у большинства положительный резонанс. Предприятия, специализирующиеся в области информационных технологий, видят в переменах шансы для себя более прочно укрепиться на рынке обработки и хранения данных.

Несмотря на то, что Европейский Союз вступил в переговоры о налаживании отношений в области обмена данными с США, эксперты настроены очень скептически.

²³ Ссылка: <<http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-362/14>>.

²⁴ *Binding Corporate Rules*, рамочные правила, введенные рабочей группой Европейской комиссии статьи 29 по защите персональных данных.

По их мнению, требования к защите данных в Америке станут соответствовать требованиям Европейского Союза никак не в скором будущем.

VIII. Новые европейские положения о защите данных

В декабре 2015 года было принято соглашение о новом проекте общих положений о защите данных Европейского союза²⁵. 8 апреля 2016 г. совет Европейского союза постановил предложенную редакцию общих положений, и 14 апреля 2016 г. европейский парламент ее принял²⁶. Таким образом в Европе с начала 2016 г. приняты новые положения по защите данных, которые вступят в силу согласно статье 99 DSGVO в 2018 г.

Основной причиной для постановления DSGVO было стремление унифицировать законодательства государств Европейского союза в сфере защиты персональных данных. В отличие от предыдущих европейских директив, которые отдельным государствам Европейского союза еще нужно было самостоятельно внедрить в собственном национальном законодательстве, DSGVO действует непосредственно в каждом из государств Европейского союза. Поэтому со вступлением в силу DSGVO большие части BDSG и прочих законов Германии будут вытеснены.

Тем не менее, в некоторых местах DSGVO предоставляет членам Европейского союза определенную свободу действий, и поэтому некоторые положения остаются в силе. Особенно обширными возможностями в плане собственного регулирования члены Европейского союза наделены относительно обработки персональных данных на основании правового обязательства или по причине общественного интереса (ст. 6, абзацы 1, 2 и 3 DSGVO). Отсюда следует, что скорее всего в области обработки данных административных органов будет и дальше применяться национальное законодательство.

Национальное регулирование обработки данных останется частично возможным для публикаций в средствах массовой информации, в научных и литературных целях и в искусстве (ст. 85 DSGVO). Кроме того, DSGVO предлагает национальным законодателям самим регулировать защиту данных в области трудоустройства (ст. 88 DSGVO). Использует ли эту возможность немецкий законодатель, покажет время.

Принцип целевого использования данных остается элементарной основой защиты данных и после вступления в силу DSGVO. В основном, персональные данные могут обрабатываться только с той целью, с которой их собирали (ст. 6 DSGVO). Исключение составляют либо особые разрешительные нормы, либо разрешение заинтересованного лица. Разрешение должно быть достаточно определенным и однозначным. Заинтересованное лицо должно быть в достаточной степени осведомлено о последствиях данного разрешения и не должно находиться под давлением. Письменная

²⁵ DSGVO, Datenschutz-Grundverordnung, текст на различных языках: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?qid=1462345886854&uri=OJ:JOL_2016_119_R_0001>

²⁶ Ссылка: <<http://www.europarl.europa.eu/news/de/news-room/20160407IPR21776/Parlament-verabschiedet-EU-Datenschutzreform—EU-fit-fürs-digitale-Zeitalter>>

форма при этом не требуется. Достаточным считается поставить соответствующую галочку на странице в интернете (ст. 7 DSGVO). Если же речь идет о несовершеннолетних, детях до 13 или 16 лет - в зависимости от положений соответствующего национального законодательства - требуется согласие попечителя (ст. 8 DSGVO).

Согласно DSGVO заинтересованные лица будут иметь право на удаление своих персональных данных в трех случаях:

- если для той цели, для которой данные собирались, они уже не нужны;
- если данные обрабатывались незаконно;
- или если заинтересованное лицо отозвало свое разрешение.

Кроме того, DSGVO обязывает операторов персональных данных по требованию заинтересованного лица предоставить ему все данные в структурированной, общедоступной для чтения на компьютере форме (ст. 15 абзац 3, DSGVO).

DSGVO запрещаются процессы, которые позволяют принимать решения исключительно в автоматизированном режиме посредством обработки данных и имеют правовые последствия для заинтересованных лиц (ст. 22 DSGVO). Из этого следует, что анализ производительности, здоровья, финансовой ситуации или поведения кого-либо, для получения определенного решения без человеческого влияния, запрещен. Этот запрет распространяется в том числе на так называемые *profiling* и *scoring*. Исключение составляет только соответствующее разрешение заинтересованного лица, но даже в этом случае должны существовать механизмы, которые позволят людям влиять на процессы принятия решений.

Для передачи обработки данных третьим лицам нужно соблюдать обширные правила и стандарты. Обработка должна быть организована таким образом и с помощью таких технических средств, чтобы соблюдались все требования DSGVO по защите данных (ст. 28 DSGVO). Запрещено подключение посредников при обработке данных. Даже если заинтересованное лицо согласилось, чтобы данные обрабатывались третьим лицом, это не освобождает заказчика от ответственности.

Обработка данных третьим лицом должна основываться на соответствующем договоре или правовом акте, составленном в письменной форме, который обязывает обработчика данных в такой же степени, как и ответственное лицо, и регулируют такие аспекты как цель обработки, длительность, вид данных, а также права и обязанности ответственного лица. Соответствующий договор также должен гарантировать, что данные будут передаваться только в соответствии с установленными ответственным лицом правилами и что все лица, задействованные в обработке и при передаче данных, будут соблюдать конфиденциальность. Кроме того, обработчик данных должен предоставить ответственному лицу и контрольному органу всю необходимую информацию для проведения контроля.

Положения DSGVO применяются также и к ответственным лицам или обработчикам данных, находящимся вне Европейского союза, но которые предлагают свои товары или услуги лицам, находящимся на территории Европейского союза (ст. 3 DSGVO). В этом случае должен быть назван представитель на территории Европейского союза, который будет контактным лицом для заинтересованных лиц и для контрольных органов на территории Европейского союза (ст. 27 DSGVO).

Передача данных в третьи государства или международные организации разрешена только в том случае, если Европейская комиссия установила в этих странах соответствующий уровень защиты данных, либо будут предоставлены другие возможные гарантии соблюдения защиты данных, либо будет затронуто одно из узких исключений (ст. 44 и 45 DSGVO).

Ст. 37 DSGVO называет три случая, когда должны быть назначены уполномоченные по защите данных. Среди них:

- любая обработка данных административными органами;
- те случаи, когда центральная деятельность ответственного лица или обработчика данных требует регулярного систематического наблюдения за заинтересованными лицами, например по причине ее рода, объема или целей;
- те случаи, когда поднимаются особые данные согласно статье 9 в особо большом объеме.

Уполномоченный назначается ввиду его способностей и знаний в области защиты данных. Его информируют обо всех видах обработки данных. Уполномоченный должен быть независим в своей деятельности (ст. 38 DSGVO). Он направляет свои действия на то, чтобы соблюдалась защита данных, и сотрудничает при этом с органами надзора (ст. 39 DSGVO).

Органы надзора, кроме или вместо принятия мер по защите данных, назначают штрафы из каталога ст. 53 абз. 1В (ст. 83 DSGVO). DSGVO при этом устанавливает критерии как касательно решения о назначении штрафа, так и касательно размера штрафа. Среди них, например, род, тяжесть и долгосрочность нарушения. Размеры штрафов составляют до 10 млн. или 20 млн. евро. Государства Европейского союза также обязаны издать дальнейшие уголовно-правовые нормы. В особенности касательно тех нарушений, которые пока не санкционированы каталогом взимаемых штрафов DSGVO.

Касательно обработки данных в области трудоустройства государства Европейского союза могут издать свои специфические положения (ст. 88 DSGVO). Регулировка защиты данных трудящихся возможна посредством закона или коллективного трудового договора. Соответствующие положения должны быть при этом направлены на транспарентность обработки и передачи данных и регулировать использование устройств наблюдения на рабочем месте в соответствии с требованиями DSGVO.

О нарушениях в отношении защиты персональных данных ответственное лицо должно незамедлительно информировать заинтересованные лица (ст. 34 DSGVO). Соответствующее уведомление должно быть сформулировано на простом и доступном языке, называть уполномоченного по защите данных и содержать сведения о последствиях нарушения и принятых мерах.

Об авторе:

Дмитрий Римша, Адвокат Германии

Авторизованный судом переводчик для русского и немецкого языков



Родился в Караганде (Казахстан) в 1977 году. Школьное образование получил в Казахстане. После переезда в Германию в 1994 году после особой квалификации для поступления в университет изучал право в университете города Мюнстера. Во время учебы адвокат Римша прошел несколько стажировок при Московской Государственной Юридической Академии. С 2006 по 2008 год он прошел практическое юридическое обучение при областном суде в Мюнстере. Часть практического обучения по выбору прошла в юридическом агентстве в Москве, первый опыт работы адвоката Римши был также в юридических фирмах в России. В мае 2010 года адвокат Римша был принят в коллегия адвокатов Германии. Летом 2011 года адвокат Римша успешно завершил курс юридического специалиста в корпоративном и (международном) коммерческом праве при немецкой Академии Адвокатов. В сентябре 2013 года он основал вместе со своим коллегой Йоргом Хаферкорном юридическую фирму Haferkorn, Rimscha, Rechtsanwälte.

Контакт

Фирма: Haferkorn | Rimscha | Rechtsanwälte

Офис Оснабрюк, Kollegienwall 24, 49074 Osnabrück, Германия

Тел.: +49 (0) 541 673 67 212, Факс: +49 (0) 541 673 69 202

Филиал Херфорд, Kirschengarten 20, 32052 Herford, Германия

Тел.: +49 (0) 5221 178 99 18, Факс: +49 (0) 5221 178 99 19

Эл. адрес: info@recht-hr.de

Интернет: www.recht-hr.de

РАЗДЕЛ 2.

ГРАЖДАНСКОЕ, КОММЕРЧЕСКОЕ И КОРПОРАТИВНОЕ ПРАВО

Германское торговое право — структура и важные правовые институты
(Проф. д-р Райнер Ведде), с. [135](#)

Представительство в немецком праве (Александр Шмагин), с. [145](#)

Представительство немецкого общества с ограниченной ответственностью
(Ксения Кюнстлер), с. [158](#)

Корпоративный договор (соглашение акционеров) по германскому праву
(Д-р Иван С. Аладьев), с. [167](#)

Список участников общества и добросовестное приобретение доли в немецком
ГmbH (Д-р Альбина Визер), с. [180](#)

Построение системы Compliance в группе компаний (Наталья Близнякова),
с. [194](#)

Заверения об обстоятельствах и условия о возмещении потерь по праву
Германии (Дмитрий Иммерманн), с. [208](#)

Приобретение недвижимости в Германии. Германское право на приобретение
недвижимости - практическое руководство (Франк Шмидер), с. [214](#)

Система поземельных книг и внесения прав на недвижимость в Германии
(Д-р Александр Немцов), с. [230](#)

Роль нотариуса при совершении сделок с недвижимостью в немецком праве
(Д-р Виталий Шмиткель / Д-р Владимир Примаченко), с. [245](#)

Права авиапассажиров в странах Европейского Союза в случае длительной
задержки или отмены рейса, а также в случае отказа в посадке на рейс
(Пауль Хайт), с. [256](#)

Оспаривание правовых действий в праве Германии о несостоятельности:
предстоящие изменения нормативно-правовой базы (Ольга Хартунг-Афифи),
с. [274](#)

Германское торговое право — структура и важные правовые институты ¹

Deutsches Handelsrecht – Struktur und wichtige Rechtsinstitute

Проф. д-р Райнер Ведде

(Prof. Dr. Rainer Wedde)

Das deutsche Handelsrecht hält Sonderregeln für Kaufleute bereit und folgt dem subjektiven Ansatz. Der Definition des Kaufmanns kommt daher große Bedeutung zu. Die handelsrechtlichen Regeln sollen den Handelsverkehr erleichtern, sie reduzieren in der Regel das Schutzniveau. Beim Handelskauf etwa werden kurze Fristen zur Prüfung und Rüge gelieferter Waren normiert; anderenfalls gilt die Ware als genehmigt. Das Handelsregister erleichtert den Rechtsverkehr durch verlässliche Angaben und die Publizitätswirkung. Das internationale Vertragsrecht ist mittlerweile europäisch geprägt; es gilt die Rechtswahlfreiheit.

Торговое право, кодифицированное в Германском Торговом уложении, представляет опытным участникам экономического оборота (коммерсантами - Kaufleute) в распоряжение специальное частное право. Таким участникам обычно необходимо меньше правовой защиты, но они заинтересованы в высоком уровне гибкости и надежности правового оборота.² Поэтому общие предписания Германского Гражданского уложения отвечают их потребностям только условно.

Рассмотрение германского торгового права по многим причинам представляет интерес для российских юристов. Во-первых, почти все компании по немецкому праву являются коммерсантами, так что германские деловые партнеры российских компаний, как правило, подчиняются торговому праву. Во-вторых, такого рода иной подход германского права обещает интересные правосравнительные результаты, которые при определенных обстоятельствах могут привести к законодательной активности.

I. Основные положения

Торговое право (Handelsrecht) является частью частного права (Privatrecht). Но его действие, как специального частного права (Sonderprivatrecht), распространяется только

¹ Данная статья представляет лишь общий обзор торгового права; в целях более глубокого ознакомления рекомендуются общепринятые учебники по торговому праву.

² В то время как потребителям (§ 13 Германского Гражданского уложения), наоборот, необходима специальная защита.

на определенные группы субъектов права – коммерсантов. Таким образом, германское торговое право следует так называемой «**субъективной системе**»;³ оно применяется только при наличии определенных персонализированных качеств.

В узком смысле торговое право включает Торговое уложение (HGB)⁴ и специальные законы (Закон о векселях и Закон о чековом обороте). В широком смысле коммерческое право включает корпоративное право, защиту интеллектуальной собственности, право о ценных бумагах, а также банковское и биржевое право. Эти области права в значительной степени стали самостоятельными и, соответственно, не будут рассматриваться ниже.

Торговое право в области применения как *lex specialis* имеет приоритет перед общими правилами Гражданского уложения (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB; далее – ГГУ).⁵ Тем не менее, Торговое уложение не содержит всеобъемлющих правил, а ограничивается, как правило, регулированием отдельных вопросов или отклонениями от общих норм ГГУ. Вследствие этого, как правило, необходимо обращение к ГГУ. Решение практических случаев, в большинстве своем, начинается с оснований для предъявления требований, исходящих из ГГУ, которые применяются с учетом особенностей, предусмотренных Торговым уложением.

Торговое уложение является сравнительно старым законом, оно вступило в силу в 1900 году (одновременно с ГГУ). При этом оно в значительной части основано на Общем Германском торговом уложении (Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch) 1861 года, которое создало единое германское торговое право еще до политического объединения. Эту идею унификации права, исходящую из экономического права и опережающую политические усилия по объединению, можно наблюдать после Второй мировой войны и в (Западной) Европе.

Торговое уложение состоит из пяти книг. Книга 1 (§§ 1 – 104) определяет, прежде всего, статус коммерсанта. Книга 2 (§§ 105 – 237) посвящена торговым коммерческим обществам, негласным товариществам (*stille Gesellschaft*) и имеет, прежде всего, корпоративно-правовое содержание. Книга 3 (§§ 238 – 342a) содержит предписания по ведению торговых книг (*Handelsbücher*). В 4-й книге (§§ 343 – 475h), наконец, рассматриваются торговые операции. Книга 5 регулирует очень специальную материю - морскую торговлю (*Seehandel*).

В 1998 году произошла последняя большая реформа торгового права. Термин «коммерсант» (§§ 1 Торгового уложения и далее), право на фирменное наименование (§§ 17 Торгового уложения и далее) и транспортное право (§§ 407 Торгового уложения и далее) были реформированы. В 2006 году были внесены корректировки для введения электронного регистра. Морское торговое право, книга 5 Торгового уложения, было всеобъемлюще реформировано в 2013 году.

³ Антонимом является «объективная система», в соответствии с которой торговое право действует для определенных правовых сделок. Такому принципу следует французский *code de commerce*.

⁴ *Handelsgesetzbuch* (HGB). Текст на немецком и английском языках: <https://www.gesetze-im-internet.de/hgb/>.

⁵ Текст ГГУ на немецком и английском языках: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>. См. также русский перевод: Гражданское уложение Германии, 4-е издание, 2015.

II. Характеристика торгового права

Торговое право должно учитывать особенности торговли. Из этого следуют некоторые основные принципы,⁶ которые, тем не менее, явно не перечислены в Торговом уложении, но лежат в основе закона. Важнейшими являются следующие:

- **Личная ответственность** означает, что коммерсант самостоятельно несет ответственность за свои действия, ему не требуется широкой защиты как гражданину или как потребителю. Так действует облегчение формы в §§ 348-350 Торгового уложения, предупредительная и защитная функции отменены.
- **Простота и быстрая реализация** вытекают из интереса коммерсанта в быстрой и несложной реализации его операций, примерами являются правила §§ 373 Торгового уложения для торговых операций или облегчения формы.
- Коммерсанту необходима **защита добросовестных сделок и защита доверия**; он хочет полагаться на информацию из регистра. Этому служит публичный характер торгового регистра, § 15 Торгового уложения.
- **Практическая ориентированность и интернациональность** важны коммерсанту. Торговое уложение учитывает это, принимая во внимание торговые обычаи в § 346 Торгового уложения. Также Инкотермс служат этой цели.

Вышеназванные характеристики раскрывают цель торгового права. Они играют важную роль при толковании норм Торгового уложения. При этом они могут устанавливать для коммерсанта как послабление, так и ужесточение общих правил. Быть коммерсантом - приносит с собой не только преимущества, но и повышенную ответственность.

III. Характеристика коммерсанта

На основании субъективной системы отправной точкой для применения Торгового уложения является характеристика коммерсанта. Когда лицо является коммерсантом, определяется с § 1 по § 6 Торгового уложения. В рамках реформы 1998 года эта часть Торгового уложения была значительно упрощена.

1. Коммерсант (Istkaufmann)

В соответствии с абз. 1 § 1 Торгового уложения: коммерсантом является тот, кто занимается коммерческой деятельностью. Коммерческой деятельностью (Handelsgewerbe) в соответствии с абз. 2 § 1 Торгового уложения является коммерческое предприятие, которое по виду и содержанию подразумевает торговым образом обустроенную компанию. Для этого должны присутствовать три условия.

⁶ Смотри *Баумбах/Хопт (Baumbach/Hopt)*, Торговое уложение, 37-е издание Мюнхен 2016, перед § 1 колонка 4 и далее.

Во-первых, должно иметься **коммерческое предприятие**. Этот термин не определен в Торговом уложении, так что судебная практика и теория выработали собственное определение. Должна иметь место коммерческая деятельность, то есть самостоятельная деятельность, что исключает отношения наемного работника. Также исключаются свободные и творческие профессии, адвокат или врач не являются коммерсантами.⁷ Деятельность должна распознаваться внешне, так же, как осуществляться планомерно и долгосрочно. Кроме того, она должна осуществляться на возмездной основе и с целью получения прибыли.⁸ Наконец, деятельность должна быть разрешенной, при этом нарушения (простого) публично-правового предписания недостаточно, чтобы признать отсутствие качества коммерсанта (§ 7 Торгового уложения).

Во-вторых, коммерческое предприятие должно **по виду и содержанию подразумевать торговый образ обустроенную компанию**, абз. 2 § 1 Торгового уложения. При этом необходимо рассматривать предприятие в целом. Критериями коммерческого предприятия являются как качественные показатели (количество и функции сотрудников, обособленные подразделения, продукты, разнообразие и интернациональность деловых связей), так и количественные (оборот, количество сделок, капитал, в особенности, привлеченный капитал, имущество, поведение на рынке).

В-третьих, необходимо, чтобы коммерсант **занимался** коммерческой деятельностью, то есть осуществлял ее от своего имени (но не обязательно за свой счет или на свои финансовые средства). Таким образом, управляющие, прокуристы и члены правления не являются коммерсантами, так как действуют не от своего имени. Физическое лицо является коммерсантом только в отношении предприятия, никогда само по себе. Правовая сделка в зависимости от функции подлежит регулированию ГГУ или Торговым уложением; правовым отношениям помогает презумпция торговой сделки в соответствии с § 344 Торгового уложения.

В соответствии с § 29 Торгового уложения коммерсант обязан быть зарегистрированным в торговом регистре. Если он этого не делает, ему грозит денежный штраф, § 14 Торгового уложения. Регистрация, тем не менее, носит декларативный характер; качество коммерсанта возникает независимо от его регистрации уже при приступлении к деятельности, включая подготовительные мероприятия.

2. Коммерсант по заявлению (*Kannkaufmann*)

Если не имеется качества коммерсанта в соответствии с § 1 Торгового уложения, но присутствует коммерческая организация, такое лицо, занимающееся (небольшим) делом, может быть зарегистрировано как коммерсант в соответствии с § 2 Торгового

⁷ Такое ограничение не является бесспорным, см. *К. Шмидт (K. Schmidt)*, Мюнхенский Комментарий к Торговому уложению, § 1 Торгового уложения колонка 32 с дальнейшими ссылками на источники; в Австрии они были сокращены несколько лет назад.

⁸ Данный критерий является спорным, *Баумбах/Хонт*, Торговое уложение, 37-е издание 2016, § 1 колонка 15 и далее сокр.

уложения.⁹ Качество коммерсанта возникает в этом случае конститутивно с регистрацией. Так называемый «коммерсант по заявлению» может в любое время требовать аннулирования регистрации, но такое аннулирование действует *ex nunc*; уже возникшие правовые последствия действуют без изменения.

Похожее правило действует в соответствии с § 3 Торгового уложения для предприятий сельского и лесного хозяйств. Аннулирование возможно только в соответствии с общими правилами, то есть при прекращении деятельности. На подсобные предприятия, зависимые от предприятий сельского и лесного хозяйств, также распространяется действие § 3 Торгового уложения. На смешанных предприятиях решающее значение имеет, какая деятельность накладывает отпечаток на предприятие.

3. Коммерсант по форме (Formkaufmann)

Особенно важно, что в соответствии с §§ 1, 2 и 3, и с § 6 Торгового уложения определенные правовые формы являются коммерсантами *per se*. К ним относятся в соответствии с абз. 1 § 6 Торгового уложения так называемые торговые общества (т.е., в частности, открытое полное товарищество и командитное товарищество), которые по германскому праву не являются юридическими лицами. Абз. 2 § 6 Торгового уложения устанавливает правовые последствия для всех организаций, т.е., в частности, для акционерных обществ и обществ с ограниченной ответственностью.¹⁰ При этом никакого значения не имеет, занимается ли общество коммерческой деятельностью; то есть и некоммерческое общество с ограниченной ответственностью также является коммерсантом.

4. Фиктивный коммерсант (Scheinkaufmann)

Если в правовых отношениях лицо выступает в качестве коммерсанта, вне зависимости от выполнения требований §§ 1-6 Торгового уложения, оно может быть фиктивным коммерсантом (*Scheinkaufmann*).¹¹ Если установлена правовая видимость коммерсанта в форме, позволяющей на нее положиться, и добросовестное третье лицо полагалось на это, такое лицо подлежит рассмотрению как коммерсант в случаях, обременяющих его (но не для своей пользы!). Положение фиктивного коммерсанта не урегулировано в законе, речь идет о развитии права в юриспруденции.

⁹ Как правило, это не является разумным, потому что регистрация несет больше недостатков (убытки и защитные механизмы), чем преимуществ.

¹⁰ Это на практике имеет колоссальное значение, потому что таким образом все важные общества находятся в области регулирования Торговым уложением.

¹¹ См. *Кербер* (Körber) в: *Оеткер* (Oetker), Торговое уложение, 4-е издание, Мюнхен 2015, § 5 колонка 31 и далее.

IV. Важные правовые институты в торговом праве

Качество коммерсанта несет в себе изобилие правовых последствий. Там, где это применимо, действуют специальные правила Торгового уложения и вытесняют общие нормы ГГУ. Важнейшими правовыми фигурами являются следующие:

1. Торговый регистр

Важная информация о коммерсантах представлена в открытом доступе в торговом регистре (Handelsregister). Торговый регистр ведется местным общим судом (Amtsgericht). Это приводит к тому, что регистрационный номер германских обществ позволяет осуществить однозначное соотнесение только в связи с соответствующим судом. Регистр состоит из двух отделений. В торговом регистре А зарегистрированы коммерсанты и хозяйственные товарищества, в отделении В — корпорации.

Информация из регистра является открытой для доступа, ее можно получить за небольшую плату также в интернете на сайте www.handelsregister.de. В связи с тем, что имеются еще и другие регистры — например, для объединений, кооперативов или партнерских товариществ, законодатель ввел несколько лет назад также регистр предприятий, который объединяет данные всех регистров (www.unternehmensregister.de).

Особое значение данные регистра получают потому, что они в соответствии с § 15 Торгового уложения имеют публичную достоверность (öffentlicher Glaube).¹² Правовой оборот может полагаться на данные в регистре (или на отсутствие данных). Данное правило не действует только, если третье лицо знало или должно было знать о недостоверности. Такая публичная достоверность значительно облегчает заключение договоров между коммерсантами. В случае возникновения сомнений относительно полномочий представителя достаточно взглянуть в торговый регистр, чтобы убедиться.

2. Фирма

Каждый коммерсант имеет фирму (Firma), то есть имя, под которым он осуществляет деятельность. Также и она должна быть зарегистрирована, соответствовать реальности и пользуется защитой.

3. Вспомогательные лица, в особенности прокурист

Коммерсант может пользоваться рядом вспомогательных лиц. Их правовой статус урегулирован в Торговом уложении.¹³ Важнейшим примером является прокурист,

¹² Смотри *Кербер/Шауб (Körber/Schaub)*, § 15 Торгового уложения в обработке материалов дела, JuS 2012, 303.

¹³ Смотри *Киндлер (Kindler)*, Основной курс Торгового и Корпоративного права, 8-е издание, Мюнхен 2016, § 6.

который на практике играет большую роль. В такой форме он неизвестен российскому праву.

Говоря о прокуристах, имеется в виду представительство с двумя особенностями¹⁴: во-первых, содержание доверенности, то есть прокуры, установлено в законе. В соответствии с § 49 Торгового уложения прокурисст уполномочен представлять коммерсанта по всем вопросам, за исключением отчуждения или обременения недвижимости. Ограничение такой доверенности возможно лишь во внутренних отношениях, во вне такое соглашение не действует. В случае, если прокурисст заключает сделку, выходящую за рамки внутреннего полномочия, но не выходящую за полномочия, предоставленные законом, - такая сделка является действительной, за исключением случая, когда другая сторона в договоре была недобросовестной. Это предоставляет стороне в договоре повышенный уровень надежности.

Во-вторых, данные о прокуриссте должны быть внесены в торговый регистр. Таким образом, его можно легко определить. Одного взгляда в торговый регистр достаточно, чтобы определить, имеет ли лицо прокуру. Трудоемкая проверка, которая подчас необходима по российскому праву, отпадает. Кроме того, регистрация принимает участие также в защите публичной достоверности.

Кроме того, германское право знакомо с уполномоченными по торговым делам, доверенность которых имеет также установленное законом, в соответствии с § 54 Торгового уложения, но меньшее по сравнению с прокурой, содержание. Доверенность на ведение торговых сделок не подлежит регистрации в торговом регистре.

4. Торговые сделки

Для торговых сделок (то есть, правовых сделок с участием коммерсантов, *Handelsgeschäfte*) действуют некоторые особенные правила. Так, правила о соблюдении определенной формы ослаблены — например, поручительство возможно в устной форме, § 350 Торгового уложения. Отсутствие ответа на предложение может привести к акцепту, § 362 Торгового уложения.

Особенно важные правила Торговое уложение предусматривает в §§ 373 и далее для коммерческих сделок купли-продажи (*Handelskauf*), то есть договоров купли-продажи, заключаемых между коммерсантами. Наиболее значимое на практике правило можно найти в § 377 Торгового уложения. Оно устанавливает обязательство незамедлительно проверять товары, полученные при торговых сделках, и незамедлительно рекламировать дефекты. В случае, если коммерсант воздерживается от такой рекламации, дефект в соответствии с абз. 2 § 377 Торгового уложения считается принятым. Таким образом, претензии в связи с (возможно, реально существующими) дефектами больше невозможны. Спорным является длительность срока для проверки и рекламации. Он зависит от поставленных товаров; для скоропортящихся продуктов (таких, как фрукты или мясо), такой срок может быть очень коротким. В целях

¹⁴ Смотри о практических последствиях также статью *Ксении Кюнстлер* в настоящем собрании.

быстрого исполнения договора также и для товаров длительного хранения срок 14 дней максимум должен считаться соразмерным.

5. Другие правовые институты

Есть целый ряд других особенностей, установленных для коммерсантов, перечисление которых не поместится в рамках настоящей статьи. Однако следует назвать не упоминающееся прямо в законе так называемое коммерческое подтверждающее письмо (*kaufmännisches Bestätigungsschreiben*).¹⁵

Существует ряд правовых сделок, которые в отклонение от субъективной системы, урегулированы только в Торговом уложении. К ним относятся договор транспортной экспедиции (§§ 453 Торгового уложения и далее) и договор фрахтования (перевозки груза, §§ 407 Торгового уложения и далее), также как и договор складского хранения (§§ 467 Торгового уложения и далее) и комиссионные операции (§§ 383 Торгового уложения и далее). В объемной и недавно переработанной пятой книге Торгового уложения (§§ 476-905) находятся подробные правила морского торгового права.

V. Международное торговое право

С российской точки зрения, прежде всего международное торговое право имеет значение, так как представляет связь с российским правом. Германия, как государство, открытое миру, подписала в этой области многочисленные соглашения, соответственно, является членом международных организаций. Важными являются, прежде всего, членства в ЕС и в ВТО. Кроме того, в Германии действует Конвенция Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров; она имеет приоритет перед действием Торгового уложения. Со многими государствами имеются двусторонние соглашения по торговым, инвестиционным и налоговым вопросам.¹⁶

Юридически наиболее важным вопросом, вероятно, является вопрос права, применимого к международному договору. Германское международное частное право в настоящее время в значительной степени унифицировано на европейском уровне. Соответствующие европейские Регламенты (*Verordnung*) действуют также в отношении третьих стран, таких как Россия, собственного германского международного договорного права больше не существует.

Для договорного права действует так называемый Регламент «Рим-I» (*ROM-I-Verordnung*).¹⁷ Оно в ст. 3 устанавливает в качестве основного принципа автономию сторон; в международных договорах стороны могут самостоятельно устанавливать

¹⁵ Смотри об этом *Lemml (Lettl)*, Коммерческое подтверждающее письмо, JuS 2008, 849.

¹⁶ С Россией имеется соглашение об избежании двойного налогообложения. Кроме того, действует старый Договор о содействии осуществлению и взаимной защите капиталовложений, заключенный еще в 1989 г. с СССР.

¹⁷ Регламент (EG) № 593/2008 Европейского парламента и Совета от 17 июня 2008 о праве, применимом к договорным обязательствам (Rom I).

применимое для них право. Это может происходить фактически или осуществляться конклюдентно; частичный или последующий выбор права возможен. Систематически сюда же относится также возможность договориться о действии Инкотермс. В случае отсутствия договоренности о применимом праве статья 4 Регламента «РимI» предусматривает каталог, определяющий, например, в каком случае в договоре международной поставки будет применяться право государства поставщика. Если договор не подпадает ни под один пункт каталога, применяется право стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее характерное значение для договора (*charakteristische Leistung*). Выбор германского права приводит к применению Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров, если ее действие не было прямо исключено.

Сложным в германно-российских правоотношениях, как и прежде, остается признание и исполнение решений судов. Имеется немало решений, которым было отказано в признании государственными судами в связи с отсутствием принципа взаимности.¹⁸ В связи с этим на практике большинство сторон прибегают к международным арбитражным судам.

VI. Выводы и прогнозы

Германское торговое право содержит разумную модификацию общих гражданско-правовых правил для особенно компетентных участников рынка. Очевидно, что экономические отношения требуют регулирования, подчас отличающегося от регулирования обычных правоотношений. Фактически существует разделение на три части: имеется отклонение от правил, действующих для всех граждан, в пользу потребителя (см. § 13 ГГУ) в смысле повышенной защиты. В интересах коммерсантов имеется отклонение в пользу большей свободы.

Более чем 100-летнее действие Торгового уложения показывает, что закон нашел разумные решения. В то же время остаются открытые вопросы. Так, открытым является вопрос, должны ли специальные правила для коммерсантов быть в обязательном порядке закреплены в отдельном законе. Так, например, специальные правила для потребителей интегрированы в ГГУ. То же самое можно было бы представить и для торгового права.

Также вызывает сомнение, что термин «коммерсант», по-прежнему, является соответствующим времени. Во многих других странах и также отчасти в германском праве (см. § 14 ГГУ) в качестве отправного пункта выбирается, скорее, предприниматель. В особенности, возникает вопрос, является ли исключение свободных профессий (*freie Berufe*) все еще подходящим для современного ориентированного на услуги общества.

¹⁸ С точки зрения Германии, очень актуальным является решение Ганзейского высшего окружного суда Гамбурга от 13.07.2016, см. DRRZ 2016, 127.

Об авторе:



Профессор д-р Райнер Ведде (Prof. Dr. Rainer Wedde) преподает экономическое право в Висбаденской Школе Бизнеса (Wiesbaden Business School) и является членом правления Висбаденского Института Права и Экономики (Wiesbaden Institute for Law and Economics, www.wile-institute.eu). Он получил юридическое образование в университетах г. Тюбингена (Tübingen), г. Экс-ан-Прованс (Aix-en-Provence, Франция), г. Дрездена (Dresden) и г. Фрайбурга (Freiburg/Breisgau), а также защитил докторскую диссертацию, посвященную российскому праву о несостоятельности (банкротстве), в университете г. Киля (Kiel).

Райнер Ведде несколько лет работал в качестве юриста в международных юридических фирмах в Берлине и Москве. В настоящее время он является советником (of counsel) в московском бюро юридической фирмы Beiten Burkhardt и председателем Германно-Российской ассоциации юристов (DRJV). Контакт: Rainer.Wedde@hs-rm.de.

Autoreninfo:

Prof. Dr. Rainer Wedde lehrt Wirtschaftsrecht an der Wiesbaden Business School und ist Mitglied der Geschäftsführung des Wiesbaden Institute for Law and Economics (www.wile-institute.eu). Er studierte Rechtswissenschaften an den Universitäten Tübingen, Aix-en-Provence (Frankreich), Dresden und Freiburg/Breisgau). Seine Dissertation zum deutsch-russischen Insolvenzrecht verfasste er an der Universität Kiel.

Rainer Wedde arbeitete mehrere Jahre als Anwalt bei internationalen Rechtsanwaltskanzleien in Berlin und Moskau. Derzeit ist er of counsel im Moskauer Büro der Rechtsanwalts-gesellschaft Beiten Burkhardt und Vorsitzender der Deutsch-Russischen Juristenvereinigung (DRJV). Kontakt: Rainer.Wedde@hs-rm.de.

Представительство в немецком праве

Stellvertretungsvorschriften im deutschen Recht

Александр Шмагин
(*Alexander Shmagin*)

Der Beitrag liefert einen Überblick über die Grundlagen des Stellvertretungsrechts. Er hat zum Ziel, die Leser mit den Besonderheiten des deutschen Rechts vertraut zu machen. Im Beitrag werden stets die rechtsvergleichenden Parallelen zum russischen Recht erörtert, um die Unterschiede in der Regulierung und im Schutzzumfang aufzuzeigen.

I. Введение

В современном гражданском обороте зачастую существует потребность в заключении сделок без личного присутствия сторон. В праве есть много инструментов, благодаря которым волеизъявление одного лица может быть выражено другому лицу опосредованно, в том числе с участием представителя. Причины для этого могут быть весьма разнообразны: от личного отсутствия в месте заключения сделки до неспособности сделать волеизъявление самостоятельно. В данной статье мы обсудим правовые основы представительства и его последствия по немецкому праву.

II. § 164 ГГУ – центральная норма

Центральной нормой выступает § 164 абз. 1 предл. 1 Германского Гражданского уложения (*Bürgerliches Gesetzbuch, BGB*; далее ГГУ).¹ Согласно § 164 абз. 1 предл. 1 ГГУ волеизъявление (*Willenserklärung*), совершенное лицом от имени представляемого в пределах предоставленного ему полномочия, действует непосредственно в пользу и против представляемого.

Данная норма устанавливает следующие необходимые условия представительства: (1) выражение личного волеизъявления, (2) от имени другого лица и (3) с полномочиями.

1. Выражение личного волеизъявления (*eigene Willenserklärung*)

Использование понятия «личного волеизъявления» позволяет установить, что представительство распространяется только на сделки (*Rechtsgeschäfte*). Реальные действия (*Realhandlungen*) не охватываются нормами о представительстве, а

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

приписываются представляемому в соответствии с другими нормами, например, § 278 ГГУ.

К действиям, похожим на сделку (*geschäftsähnliche Handlung*), например, требование об исполнении обязательства (*Mahnung*) или установление календарного срока исполнения обязательства (*Fristsetzung*), которые хотя и не являются сделками, но влекут за собой определённые правовые последствия, нормы о представительстве применяются по аналогии.²

Именно личное волеизъявление помогает отграничить понятие представительства от посредничества (*Vermittlung*) или посылничества (*Botenschaft*). При посредничестве, как правило, посредник не выражает своё собственное волеизъявление при заключении договора между сторонами, а стороны делают это сами. Посредник лишь помогает им найти друг друга на рынке, не являясь непосредственной стороной в сделке.

Посыльный (*Bote*) не выражает собственной воли, а только передаёт волеизъявление одного лица другому. Он выступает исключительно «носителем» воли другого лица и также не участвует в сделке непосредственно.

Так как представитель должен выразить свою волю, то он в отличие от посыльного должен быть, как минимум, ограниченно дееспособным, так как согласно § 108 абз. 1 ГГУ его волеизъявления являются действительными, если правовые последствия сделки его непосредственно не обременяют. Это правило подчёркивается в § 165 ГГУ. Кроме того, закон предусматривает особую защиту для таких представителей: согласно § 179 абз. 3 предл. 2 ГГУ представитель не несёт ответственности, если он ограничен в дееспособности, за исключением случаев, когда он действовал по согласию со своим законным представителем.

2. От имени другого лица

Важным признаком представительства является необходимость действия представителя от имени представляемого лица. Это отличает представительство от так называемого «опосредованного» представительства (*mittelbare Vertretung*).³ При таком опосредованном представительстве представляемый также поручает опосредованному представителю произвести сделку, но от своего имени, а не от имени представляемого. Правовые последствия сделки затрагивают непосредственно представителя и представляемый в правовые отношения с третьими лицами не вступает. Передача всего полученного таким опосредованным представителем по сделке происходит уже на основе другой сделки с представляемым. В случае «настоящего» представительства сделанное волеизъявление, напротив, действует непосредственно в пользу и против представляемого (§ 164 абз. 1 предл. 1 ГГУ), и никаких дополнительных сделок по передаче полученного не требуется.

² Brox, Allgemeiner Teil des BGB, 27. Auflage 2003, § 23 Rn. 513.

³ Примером посредственного представительства являет собой комиссионер, который согласно положениям § 383 абз. 1 Германского Торгового уложения действует от своего имени, но за счёт представляемого.

Цель требования закона к представителю об открытии того, от чьего имени он действует, заключается в том, чтобы третье лицо должно знать, кто является его контрагентом по договору. Ведь оно должно иметь возможность оценить данного контрагента и решать после этого, есть ли у него заключать предлагаемый договор.

При этом закон допускает, что факт действия от лица другого субъекта может вытекать из обстановки и иных сопутствующих обстоятельств. Согласно § 164 абз. 1 предл. 2 ГГУ достаточным является, если из обстоятельств указывают, что волеизъявление было сделано от имени представляемого. Иными словами, действия от имени другого лица должны быть распознаваемы для третьих лиц.⁴ При этом необходимо принимать в расчёт все обстоятельства вне волеизъявления, такие как место, обстановка, использование бланков, должность представителя или его квалификация, если она требуется по договору и т.д.

Особым случаем, выделяемым в литературе, являются сделки, связанные с деятельностью предприятия (*unternehmensbezogene Geschäfte*).⁵ Если участник оборота открыто выступает в интересах определённого предприятия, то заключённая им сделка будет действовать непосредственно для владельца предприятия, даже если он будет неправильно обозначен в договоре или у контрагента обоснованно сложится впечатление, что представитель сам является стороной в сделке.⁶ Например, обращаясь за помощью в мастерскую, даже не зная действительных организационно-правовых структур и отношений внутри организации по представительству, сделка будет заключена с данной мастерской. Если же данные обстоятельства были нераспознаваемы для третьих лиц, то речь идёт о личной сделке представителя.⁷

Исключение из этого правила составляют так называемые сделки для тех, кого они касаются (*Geschäft für den, den es angeht*).⁸ Они охватывают сделки повседневной жизни, исполняемые незамедлительно, поэтому третьего лица нет интереса в знании того, кто действительно является его контрагентом. Например, при покупке газеты в киоске или покупке телевизора в супермаркете, контрагенту всё равно, покупает лицо для себя лично или как представитель иного лица, если договор исполняется сразу.

3. Наличие полномочий

Необходимым условием для представительства является наличие у представителя достаточных полномочий. При этом полномочия могут вытекать из закона (a) или предоставляться посредством сделки (b).

⁴ BGH, Urteil vom 17.02.1954 – II ZR 63/53, BGHZ 12, 327, 334; *Schubert*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2015, § 164 Rn. 108.

⁵ BGH, Urteil vom 08.10.1984 - II ZR 223/83, BGHZ 92, 259, 268; *Schubert*, in: MüKo zum BGB (сноска 3), § 164 Rn. 117; *Bork*, BGB Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2011, Rn. 1390; *Mock*, Grundfälle zum Stellvertretungsrecht, JuS 2008, 309, 311.

⁶ *Lorenz*, Grundwissen – Zivilrecht: Stellvertretung, JuS 2010, 382, 383.

⁷ *Brox*, (сноска 1), § 24 Rn. 525.

⁸ BGH, Urteil vom 25. 3. 2003 - XI ZR 224/02, BGHZ 154, 276;

а. Полномочия на основании закона

Полномочия могут основываться на законе, например, представительство родителями своих несовершеннолетних детей (§ 1629 абз. 1 ГГУ).⁹

Полномочия органов юридического лица также закреплены в законе и вытекают из положения данного органа в структуре органов юридического лица. При этом, различают органы юридического лица, как необходимую часть управления обществом, и физических лиц, назначенных исполнять обязанности данного органа. К этим физическим лицам применяются правила о представительстве (например, § 35 абз. 3 предл. 1 Закона о ГмбХ). Объём их полномочий также устанавливается законом. Так, директору общества с ограниченной ответственностью (ГмбХ) согласно §§ 35, 37 Закона о ГмбХ предоставляются (практически) неограниченные полномочия по представительству общества. Это не исключает возможности ограничить их во внутренних отношениях между директором и обществом, что не приведёт, по общему правилу, к недействительности сделки, но предоставит обществу возможность взыскать с директора возникшие в результате данной сделки убытки.

б. Полномочия на основании сделки

Полномочие, предоставленное на основании сделки, именуется согласно § 166 абз. 2 предл. 1 ГГУ доверенностью¹⁰ (*Vollmacht*).

аа. Доверенность – односторонняя сделка

Предоставление полномочий с помощью доверенности может осуществляться заявлением, обращённым к представителю (внутренняя доверенность согласно § 167 абз. 1 вар. 1 ГГУ) или к третьим лицам (внешняя доверенность согласно § 167 абз. 1 вар. 2 ГГУ). Данное волеизъявление, направленное другому лицу, представляет собой одностороннюю сделку.

бб. Форма доверенности

В отличие от российского права (стст. 185 п. 1, 185¹ п.1 ГК РФ) выдача доверенности по немецкому праву не требует соблюдения письменной формы или формы, установленной для совершения сделки, с которой связаны полномочия (§ 167 ГГУ). Исключения из данного правила были выработаны судебной практикой и направлены на защиту представляемого.¹¹ Например, доверенность должна быть в нотариальной форме для заключения сделки, подлежащей нотариальному удостоверению (§ 311б абз. 1 предл. 1 ГГУ), только в тех случаях, когда она носит безотзывный характер или

⁹ Подробно см. *Bork*, (сноска 4), Rn. 1428.

¹⁰ На наш взгляд, перевод данного термина как «полномочие» в Гражданском уложении Германии, перев. на рус. язык, 4-е издание 2015, не совсем удачное, так как он ведёт в таком случае к тавтологии, говоря о том, что «получение полномочия на представительство посредством сделки называется полномочиём».

¹¹ Подробнее: *Schäfer*, in: Beck Online-Kommentar zum BGB, § 167 Rn. 9-12.

её отзыв санкционирован в договоре штрафом. Это обусловлено тем, что использование доверенности без соблюдения предусмотренной нотариальной формы в экономическом понимании бесповоротно приведет к возникновению обязательства у представляемого, которое должно возникать у него только с соблюдением определенной формы. Таким образом, один из предусмотренных законодателем механизмов по предупреждению сторон об особенном характере и важных последствиях заключаемой сделки будет обойден, а представляемый ввиду безотзывного представительства не сможет ни участвовать в сделке, ни предотвратить её заключения.¹² Немецкий законодатель уделяет особое внимание односторонним сделкам (*einseitiges Rechtsgeschäft*) с участием представителя, например, в случае направления представителем контрагенту уведомления о расторжении договора (*Kündigung*). Согласно § 174 предл. 1 ГГУ третье лицо может незамедлительно отклонить данную одностороннюю сделку, если к такому уведомлению не будет приложен оригинал доверенности. Оригинал не требуется, если принципал уведомил контрагента о предоставлении соответствующих полномочий представителю (§ 174 предл. 2 ГГУ).

Поскольку, по общему правилу, доверенность не предусматривает определенной формы, то она может быть выдана и посредством конклюдентных действий. Одним из исключений является выдача особого вида доверенности для коммерсантов, так называемой прокуры (§§ 48-53 Торгового уложения Германия (*Handelsgesetzbuch, HGB*; далее - ГГУ¹³), которая требует согласно § 48 абз. 1 ГГУ прямого заявления.

сс. Разграничение между доверенностью и договорными отношениями

Важно отличать доверенность от договорных отношений между представляемым и представителем. Доверенность сама по себе ни к чему не обязывает представителя, а только предоставляет ему полномочия. Именно поэтому закон не требует от представителя согласия на выдачу ему доверенности. Обязанность осуществить какие-либо действия вытекают только из договорных отношений, для исполнения которых и была выдана доверенность.

Данное правоотношение между представляемым и представителем, обязывающее представителя к действию, абстрактно от самой доверенности.¹⁴ Поэтому доверенность и выраженные представителем на её основании волеизъявления действительны даже тогда, когда внутреннее правоотношение будет признано недействительным. Целью данного правила является защита гражданского оборота, чтобы у контрагента не было необходимости проверять действительность и возможные ограничения, установленные во внутреннем договоре между представляемым и представителем, а только установить, действительна ли доверенность или нет.

¹² BGH, Urteil vom 11. 7. 1952 - V ZR 80/52, NJW 1952, 1210, 1211.

¹³ Текст Торгового уложения Германии на немецком и английском языках: <http://www.gesetze-im-internet.de/hgb/>.

¹⁴ Lorenz, Grundwissen – Zivilrecht: Die Vollmacht, JuS 2010, 771, 772.

dd. Объём полномочий по доверенности

Представляемый свободен в том, в каком объёме он предоставит представителю полномочия по доверенности. Закон по общему правилу никаких ограничений по объёму полномочий не предусматривает. Она может носить всеобъемлющий характер (генеральная доверенность), может быть ограничена по времени или по содержанию (родовая доверенность) или быть направленной только на заключение определённой сделки (специальная доверенность). Возможно включение в неё права передоверия или необходимости волеизъявления совместно с другим лицом (*Gesamtvollmacht*).

Исключение составляют лишь специальные доверенности, которые могут быть выданы коммерсантами: прокура (*Prokura*) и доверенность на ведение дел (*Handlungsvollmacht*), а также доверенности представителям для участия в судебном процессе (*Prozessvollmacht*) согласно §§ 81, 82 Гражданского процессуального уложения Германии (*Zivilprozessordnung, ZPO*).

Так, согласно § 49 абз. 1 и 2 ГГУ прокура наделяет полномочиями на участие в судебных и внесудебных делах и юридических действиях всех видов, которые связаны с ведением коммерческой деятельности, за исключением сделок с недвижимостью, требующих специального уполномочивания. Закон специально говорит о том, что ограничение объёма прокуры не имеет силы в отношении третьих лиц (§ 50 абз. 1 ГГУ). Именно поэтому для такого вида полномочий предусмотрена обязанность по внесению записи о её выдаче в Торговый реестр (*Handelsregister*), хотя она и носит декларативный характер.

В отличие от прокуры объём доверенности на ведение дел может быть ограничен выдающим её лицом. Но она позволяет вести коммерческую деятельность либо совершать сделки в сфере коммерческой деятельности представляемого, то есть она, например, предоставляет работникам право действовать от имени работодателя в случае совершения обычных сделок в рамках данного вида деятельности. При этом, в отличие от прокуры (§ 48 абз. 1 ГГУ), она не требует прямого заявления, а может быть выдана и конклюдентными действиями. В законе также предусмотрены и подвиды данного вида доверенности: на представительство при заключении договоров (*Abschlussvertreter*) (§ 55 ГГУ) или для работников магазина или товарного склада (*Angestellte im Laden oder Warenlager*) (§ 56 ГГУ).

ee. Окончание полномочий по доверенности

(1) Привязка к договорному отношению

Согласно § 168 предл. 1 ГГУ продолжительность действия полномочий по доверенности находится в зависимости от правоотношения, на основании которого она была предоставлена, чем косвенно подтверждается необходимость их разграничения и в тоже время создаётся связь между ними.¹⁵ Как мы указывали выше, признание

¹⁵ Lorenz, Grundwissen – Zivilrecht: Die Vollmacht, JuS 2010, 771, 773.

договорного отношения недействительным не влечёт автоматического прекращения полномочий их доверенности.

Исключение составляют те случаи, когда в самой доверенности обозначены условия, после наступления которых её действие прекращается, например, срок её действия или выполнение предусмотренного действия.

В силу того, что договор поручения не прекращает своего действия со смертью поручителя (§ 672 предл. 1 ГГУ), то не прекращает своего действия и доверенность, выданная представителю для осуществления определённого поручения.

(2) Отзыв доверенности

Согласно § 168 предл. 2 ГГУ доверенность может быть отозвана в любое время, если в ней или в лежащем в её основе правоотношении не предусмотрено иное. В отличие от российского права, специального регулирования безотзывной доверенности в немецком праве нет. Отзыв может происходить путём соответствующего волеизъявления как к представителю, так и к третьему лицу (§§ 168 предл. 3, 167 абз. 1 ГГУ).

Необходимо ещё раз подчеркнуть, что отзыв доверенности не ведёт к расторжению договора, лежащего в основе отношений между представителем и представляемым.

Особое значение приобретает возможность оспаривания выданной доверенности в случае заблуждения, которое становится необходимым в случае безотзывной доверенности или заключения представителем требуемой сделки. Так как выдача доверенности является сделкой, то её оспаривание ведёт согласно § 142 абз. 1 ГГУ к тому, что доверенность признаётся недействительной с момента выдачи. В таком случае у представителя отсутствуют полномочия и, следовательно, к нему применяются правила §§ 177-179 ГГУ. У третьего лица в случае такого оспаривания есть возможность предъявить свои требования о возмещении вреда к представляемому согласно § 122 ГГУ (в некоторых случаях по аналогии¹⁶) и к представителю согласно § 179 ГГУ, при этом его право требования в обоих случаях ограничено негативным интересом¹⁷.

Также закон защищает добросовестных участников оборота в случае отзыва доверенности в иной форме, чем её выдача. Добросовестными участниками оборота в таком случае признаются только те, кто не знал или не должен был знать о прекращении полномочий на представительство (§ 173 ГГУ). В §§ 170, 171 и 172 ГГУ установлено, что доверенность должна быть отменена тем же способом, каким она

¹⁶ Подробнее см. *Mock*, Grundfälle zum Stellvertretungsrecht, JuS 2008, 391, 393.

¹⁷ Под негативным интересом понимается вред, возникший у потерпевшего, который поверил в действительность волеизъявления, иными словами потерпевший должен быть поставлен в такое положение, как будто бы он никогда не слышал о данной сделке. В отличие от него под позитивным интересом понимается вред, возникший у потерпевшего в результате ненадлежащего исполнения договора (ст. 393 п. 2 предл. 2 ГК РФ), то есть кредитор должен быть поставлен в положение, в котором он бы находился, если бы обязательство было исполнено надлежащим образом.

была выдана: в случае внешней доверенности – путём сообщения третьему лицу об отзыве (§ 170 ГГУ), в случае особого извещения третьего лица или путём публикации – также необходимы особое уведомление или публикация (§ 171 абз. 2 ГГУ), в случае выдачи письменной доверенности – путём возвращения её представляемому лицу (§ 172 абз. 2 ГГУ). В последнем случае допускается также использование специальной процедуры официальной доставки повестки согласно положениям процессуального законодательства (§§ 186, 187 Гражданского процессуального уложения Германии).

с) Правовая видимость (*Rechtsschein*)

Помимо урегулированных случаев возникновения полномочий на основании закона или волеизъявления лица, существуют ситуации, когда доверенность не была выдана представляемым, однако третье лицо, принимая во внимание обычаи делового оборота, могло сделать вывод о наличии необходимых полномочий.¹⁸ Представляемый должен создать правовую видимость передачи представительских полномочий таким образом, чтобы она была засчитана за факт передачи представительских полномочий.

В судебной практике и литературе выделяются два типа подобных полномочий: допускаемые (*Duldungsvollmacht*) и кажущиеся (*Anscheinsvollmacht*).¹⁹

В случае допускаемой доверенности представитель при совершении сделок с добросовестным контрагентом неоднократно²⁰ и в течение определённого периода времени выступал в качестве представителя для лица, в чью пользу совершались сделки.²¹ Представляемый знал о действиях лица, действующего от его имени, и допускал такое поведение, хотя у него была возможность предотвратить его.²² В литературе высказывается мнение,²³ что допускаемая доверенность является конклюдентно выданной доверенностью, но это не отражает в полной мере природу данных полномочий, поэтому большинство авторов и практика подчёркивает характер видимости полномочий без их намеренного предоставления²⁴.

В отличие от этого, в случае с кажущейся доверенностью представляемое лицо не знает о том, что кто-то в течение продолжительного времени выступает его представителем, но он должен был бы при соблюдении соответствующего уровня

¹⁸ Brox, (сноска 1), § 24 Rn. 563.

¹⁹ Schubert, in: MüKo zum BGB (сноска 3), § 167 Rn. 91; Ellenberger, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 75. Auflage 2016, § 172 Rn. 6; Mock, Grundfälle zum Stellvertretungsrecht, JuS 2008, 391, 394; Lorenz, Grundwissen – Zivilrecht: Die Vollmacht, JuS 2010, 771, 774.

²⁰ Хотя в судебной практике встречаются случаи, когда суду было достаточно и одного случая представительства: OLG Karlsruhe, Urteil vom 20.01.2004 - 17 U 53/03, WM 2004, 1135, 1137; OLG Frankfurt Beschluss vom 10.05.2006 – 9 U 73/05, WM 2006, 2207.

²¹ BGH Urteil vom 21.06.2005 – XI ZR 88/04, NJW 2005, 2985, 2987; Urteil vom 14.05.2002 – XI ZR 155/01, 2002, 2325; Bork (сноска 4), Rn. 1550.

²² BGH Urteil vom 10.01.2007 – VIII ZR 380/04, NJW 2007, 987; Ellenberger, in: Palandt (сноска 17), § 172 Rn. 9; Mock, Grundfälle zum Stellvertretungsrecht, JuS 2008, 391, 394.

²³ Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, § 49 Rn. 3.

²⁴ Schubert, in: MüKo zum BGB (сноска 3), § 167 Rn. 91 с дальнейшими ссылками.

заботливости и осмотрительности знать и предотвратить это.²⁵ При этом спорной является необходимость установления вины представляемого лица. По справедливому мнению некоторых авторов²⁶, по общему правилу, причиной вменения всех случаев правовой видимости является отсутствие контроля за собственной сферой ответственности. Большинство же авторов говорит о том, что несоблюдение должного уровня заботливости и осмотрительности в случае с кажущейся доверенностью происходит при виновном отсутствии контроля за своей сферой.²⁷

Примером появления таких полномочий может быть случай, в котором представляемый хочет поручить определённое задание представителю. Специально для этого он готовит соответствующий экземпляр доверенности, но не вручает его, а оставляет на столе, так как хочет обдумать и изучить другие предложения. Отказавшись от этой идеи, он в конечном итоге не выдаёт представителю экземпляр доверенности. Однако представитель находит экземпляр доверенности на столе, забирает его с собой и выполняет поручение, заключая сделку с контрагентом, который требует от представляемого оплаты договорной цены.

В рассматриваемом примере представляемый, оставив экземпляр доверенности на своём письменном столе, создал правовую видимость полномочий, так как представляемый мог в любое время получить доступ к экземпляру доверенности. Исходя из принципов кажущейся доверенности, представляемый не может сослаться на отсутствие полномочий и поэтому он связан договором с контрагентом. При должной степени заботливости и осмотрительности он, зная о возможности появления представителя у своего стола, должен был лучше спрятать подготовленный экземпляр. То обстоятельство, что представитель впервые выступил в таком качестве, не препятствует принятию факта наличия кажущейся доверенности, поскольку правовая видимость уже была в достаточной степени создана с помощью экземпляра доверенности.

4. Правовые последствия представительства

В случае действительного представительства совершённое представителем волеизъявление действует непосредственно в пользу и против представляемого (§ 164 абз. 1 предл. 1 ГГУ).

Если представитель находился в заблуждении в отношении каких-либо релевантных обстоятельств согласно §§ 119, 123 ГГУ, то у представляемого есть право оспорить данную сделку. При этом в отношении предпосылок для оспаривания волеизъявления согласно § 166 абз. 1 ГГУ должна приниматься во внимание личность представителя, а не представляемого, так как представитель выражает волеизъявление при заключении

²⁵ BGH, Urteil vom 05.03.1998 - III ZR 183-96, NJW 1998, 1854, 1855; Urteil vom 08.10.1986 - IVa ZR 49/85, NJW-RR 1987, 308, 308; Urteil vom 15-02-1982 - II ZR 53/81, NJW 1982, 1513, 1513; *Schubert*, in: MüKo zum BGB (сноска 3), § 167 Rn. 95; *Ellenberger*, in: *Palandt* (сноска 17), § 172 Rn. 11; *Bork* (сноска 4), Rn. 1560; *Mock*, Grundfälle zum Stellvertretungsrecht, JuS 2008, 391, 395.

²⁶ *Bork* (сноска 4), Rn. 1564; *Mock*, Grundfälle zum Stellvertretungsrecht, JuS 2008, 391, 395.

²⁷ BGH, NJW 1998, 1854, 1855; *Ellenberger*, in: *Palandt* (сноска 17), § 172 Rn. 13.

сделки. То же самое касается добросовестности представителя, за исключением случаев, когда представитель действовал по указанию недобросовестного представляемого (§ 166 абз. 2 ГГУ).

III. Представительство без полномочий

Если представитель действует без полномочий или превышает их или злоупотребляет ими, то его волеизъявление не будет действовать согласно § 164 абз. 1 ГГУ в пользу или против представляемого. Согласно § 177 абз. 1 ГГУ действительность сделки, заключённой таким ложным представителем (*falsus procurator*) зависит от согласия представляемого. В таком случае сделка считается действительной с момента её одобрения (§§ 182, 184 ГГУ). Важно отметить, что выражение согласия не требует соблюдения формы, установленной для такой сделки, то есть оно может быть дано и конклюдентными действиями. Важно отметить, что простое исполнение договора является только тогда одобрением недействительной сделки, если обе стороны понимают необходимость такого одобрения.²⁸ Возможности контрагента по получению одобрения по такому относительно недействительному договору от представляемого урегулированы в §§ 177 абз. 2, 178 ГГУ. Данные правила применяются к односторонним сделкам только, если контрагент знал об отсутствии полномочий (§ 180 предл. 2 ГГУ) либо в случае пассивного представительства представитель согласен выступить адресатом волеизъявления контрагента (§ 180 предл. 3 ГГУ).

Если представляемый не одобряет сделок, совершённых представителем без полномочий, то в § 179 ГГУ предусмотрена ступенчатая система ответственности представительства: если другая сторона договора знала или должна была знать об отсутствии полномочия, то ложный представитель не привлекается к ответственности вовсе (§ 179 абз. 3 ГГУ). Если ложный представитель не знал, что действовал без полномочий, то он согласно § 179 абз. 2 ГГУ несёт ответственность в размере негативного интереса, то есть он обязан возместить только те убытки, которые другая сторона понесла вследствие уверенности в наличии у него полномочий на представительство.

Представитель, который знал об отсутствии у него полномочий, обязан по выбору добросовестного контрагента либо исполнить обязательства по договору, либо возместить ущерб, но уже в размере позитивного интереса²⁹. Если другая сторона выбирает исполнение обязательства, то в таком случае представитель становится полноправной стороной по договору со всеми правами и обязанностями, включая право на встречные требования, возможность сослаться на исковую давность, оспаривать сделку или отказаться от неё. При ненадлежащем исполнении обязательства действуют нормы законодательства относительно соответствующих договорных отношений.

²⁸ BGH, Urteil vom 14.06.2004 – II ZR 393/02, BGHZ 159, 294, 304; Urteil vom 22. 10. 2003 – IV ZR 398/02, NJW 2004, 59, 61; Bayreuther, in: MüKo zum BGB (сноска 3), § 182 Rn. 11.

²⁹ Подробнее см. сноску 17.

IV. Границы полномочий

Из факта наличия полномочий не обязательно вытекает то, что представитель может ими неограниченно пользоваться.

1. Превышение полномочий

У представляемого есть право ограничить полномочия представителя во внутреннем правоотношении без ограничения полномочий по доверенности. Такая необходимость возникает в тех случаях, когда закон не допускает ограничения полномочий по отношению к третьим лицам, например, полномочия директора ГмбХ (§ 37 абз. 2 предл. 1 Закона о ГмбХ) или прокуриса (§ 50 абз. 1 ГГУ). Если представитель, не превышая своих внешних полномочий, превысит свои полномочия во внутреннем отношении, то, по общему правилу, это не имеет никакого влияния на действительность сделки, совершенной таким представителем.³⁰

Поскольку такое законодательное регулирование имеет своей целью защиту третьих лиц, то оно не может действовать, если третье лицо и представитель действовали в сговоре и в ущерб представляемому (*Kollusion*) или если третье лицо при заключении сделки с представителем знало о внутренних ограничениях его полномочий во внутреннем отношении или – при должной заботливости и осмотрительности – должно было бы об этом знать (*Evidenz*).³¹

В случае сговора сделка, совершённая представителем, с целью защиты представляемого должна, по мнению отдельных авторов, признаваться противоречащей добрым нравам (*sittenwidrig*) и является согласно § 138 абз. 1 ГГУ недействительной.³² Если у представляемого лица возникнет ущерб, то у него возникает право требования к представителю и контрагенту по возмещению такого вреда согласно § 826 ГГУ. Кроме того, он имеет право требовать от представителя возмещения вреда согласно § 280 абз. 1 ГГУ из существующего между ними внутреннего правоотношения. По мнению других³³, в таком случае должен применяться § 177 абз. 1 ГГУ по аналогии, предоставляя представляемому право выбора между одобрением сделки и возможностью требовать возмещения вреда. Необходимость такого выбора становится очевидной в случае выгодных для представляемого сделок. В противном случае цель данных правил, заключающихся в защите представляемого не достигается, так как в случае признания сделки недействительной согласно § 138 абз. 1 ГГУ у него возникнет ущерб, который он не сможет возместить.³⁴ Данное мнение не учитывает, что у представляемого в случае признания сделки недействительной будет достаточно возможностей по защите своих прав с помощью §§ 280 абз. 1, 826 ГГУ.

³⁰ *Schubert*, in: MüKo zum BGB (сноска 3), § 164 Rn. 209.

³¹ *Mock*, Grundfälle zum Stellvertretungsrecht, JuS 2008, 486, 486.

³² *BGH*, Urteil vom 5. 11. 2003 – VIII ZR 218/01, NJW-RR 2004, 247, 248; Urteil vom 30. 1. 2002 – IV ZR 23/01, NJW 2002, 1497, 1498; Urteil vom 17-05-1988 - VI ZR 233/87, NJW 1989, 26 (27); *Ellenberger*, in: *Palandt*, (сноска 17), § 164 Rn. 13.

³³ *Bork*, (сноска 4), Rn. 1575; *Flume*, (сноска 21), § 45 II 3; *Schramm*, in: MüKo BGB, 5. Auflage 2006, § 164 Rn. 111.

³⁴ *Mock*, Grundfälle zum Stellvertretungsrecht, JuS 2008, 486, 487.

В отличие от сговора, при очевидности отсутствия полномочий у представителя третье лицо только знает или ему должно было быть очевидно, что представитель при заключении сделки действует, не взирая на ограничение полномочий во внутреннем отношении с представляемым. В таком случае такое внутреннее ограничение приобретает внешнее воздействие.³⁵ Представитель в таком случае пусть и действовал без полномочий, но у представляемого есть возможность одобрить недействительную сделку согласно § 177 ГГУ. Очевидность ограничения полномочий имеет место только тогда, когда третье лицо знало об ограничении полномочий во внутреннем отношении или оно должно было быть для него очевидным. Незнание в силу лёгкой неосторожности будет недостаточным.³⁶ Сам представитель, в свою очередь, необязательно должен понимать факт превышения им полномочий, поскольку в таком случае возможная недобросовестность контрагента имела бы значение только в случае осознанного превышения внутренних ограничений представителем.³⁷

2. Сделка в отношении себя

В немецком праве также есть общий запрет на совершение сделок представителем от имени представляемого в отношении себя лично (*Verbot des Selbstkontrahierens*) или одновременно выступать представителем и контрагента по сделке (*Verbot der Mehrfachvertretung*). Целью данного ограничения, установленного в § 181 ГГУ, является предотвращение конфликта интересов.³⁸ При этом, данный запрет применяется по аналогии и в тех случаях, когда привлекается третье лицо с целью избежать действие данного запрета, например, путём выдачи ему представителем доверенности в рамках передоверия или последующего одобрения представителем действий третьего лица без полномочий.³⁹

Данные запреты не действуют, если сделка сводится исключительно к исполнению обязанности. Кроме того, в отличие от российского права, представляемый может освободить представителя от данных ограничений. Нарушения прав представляемого также не происходит в случае заключения юридически выгодной сделки, поэтому действие § 181 ГГУ телеологически ограничивается, и данный запрет не применяется.⁴⁰

Сделки, совершённые с нарушением запрета § 181 ГГУ, признаются временно недействительными и могут быть одобрены согласно § 177 абз. 1 ГГУ.

³⁵ Bork (сноска 4), Rn. 1578; Mock, Grundfälle zum Stellvertretungsrecht, JuS 2008, 486, 487.

³⁶ BGH, Urteil vom 25.10.1994 – XI ZR 239/93, BGHZ 127, 239; Urteil vom 19.04.1994 – XI ZR 18/93, NJW 1994, 2082, 2083; Mock, Grundfälle zum Stellvertretungsrecht, JuS 2008, 486, 487.

³⁷ Bork, (сноска 4), Rn. 1582.

³⁸ Lorenz, Grundwissen – Zivilrecht: Stellvertretung, JuS 2010, 382, 383.

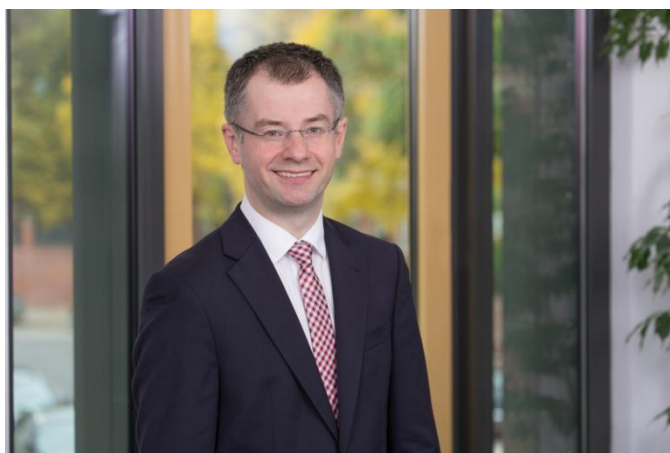
³⁹ Schubert, in: MüKo BGB (сноска 3), § 181 Rn. 43.

⁴⁰ Подробнее о телеологической редукции см. Шмагин, Основы немецкой методики толкования права, Вестник гражданского права 2012, № 4, С. 247-284.

V. Заключение

Целью данной статьи было представить описание основ регулирования правоотношений представительства в немецком праве. При этом, мы старались показать отличия немецкого регулирования от регулирования данного института в Российской Федерации. Если отправная точка (§ 164 абз. 1 ГГУ и ст. 164 п. 1 ГК РФ) в целом одинаковая, то многие детали и виды полномочий, например, наличие таких особых видов доверенности в коммерческом обороте, как прокура или доверенность на ведение дел, существенно отличаются друг от друга. Некоторые особенности регулирования, как возможность выдачи доверенности не только в письменной форме или прекращение её действия в связи с прекращением внутреннего правоотношения между представителем и представляемым, не предусмотрены в ГК РФ. Российской практике также неизвестно возникновение полномочий из правовой видимости, разработанное в немецкой практике и литературе. Последствия действий представителя без полномочий в немецком праве урегулированы более подробно и дифференцированно по сравнению с правом РФ.

Об авторе:



Александр Шмагин является адвокатом юридической фирмы «Дерра, Мейер и Партнёры» (www.derra.eu) в г. Берлине. Он закончил юридический факультет СПбГУ (2004 г.) и Гамбургского университета (2009 г.). Начав свою адвокатскую деятельность в 2014 г., он специализируется в областях инвестиционного, коммерческого, корпоративного и процессуального права, сопровождая, помимо прочего, русскоязычных инвесторов в их деятельности в Германии. Он представляет интересы клиентов в государственных и арбитражных (третейских) судах. Кроме того, он выступает с докладами и проводит образовательные семинары. Автор говорит на русском, немецком и английском языках.

Электронная почта: alexander.shmagin@derra-b.de

Представительство немецкого общества с ограниченной ответственностью

Vertretung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach deutschem Recht

Ксения Кюнстлер

(Xenia Künstler)

Der Geschäftsführer einer deutschen Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) ist als Organ der Gesellschaft ihr gesetzlicher Vertreter. Die Vertretungsmacht des Geschäftsführers kann im Innenverhältnis eingeschränkt werden. Im Außenverhältnis ist die Vertretungsmacht des Geschäftsführers jedoch unbeschränkt. Das deutsche Handelsrecht sieht andere Formen der Stellvertretung, wie Prokura und Handlungsvollmacht vor, die in der Praxis oft den Mitarbeitern der Gesellschaft erteilt werden und deren Grenzen der Ausübung gesetzlich festgelegt sind. Diese rechtsgeschäftlichen Vertreter können neben dem Geschäftsführer zur Vertretung der Gesellschaft eingesetzt werden. Der folgende Artikel bietet einen Überblick über die wesentlichen gesetzlichen Regelungen beider Formen der Stellvertretung.

I. Введение

Управляющий немецкого общества с ограниченной ответственностью, являясь органом управления общества, представляет его как так называемый «законный представитель». Полномочия управляющего можно ограничить во внутренних отношениях, однако, по отношению к третьим лицам такие ограничения, как правило, не имеют юридической силы. Немецкое торговое право предусматривает другие формы представительства, такие как прокура и доверенность на совершение торговых операций, которые на практике часто используются для наделения сотрудников компании законодательно ограниченными полномочиями для представления компании наряду с управляющим. Настоящая статья дает краткий обзор законодательного регулирования указанных форм представительства.

II. Управляющий как «законный представитель» общества

Управляющий¹ немецкого общества с ограниченной ответственностью² (далее: ГмбХ) согласно § 35 Закона о ГмбХ³ представляет общество в судебных и внесудебных

¹ Geschäftsführer.

² Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH).

делах. Управляющий действует от имени ГмбХ на основании закона, в отличие от, например, прокуристов, генерального уполномоченного или уполномоченных по торговым делам, которые действуют от имени общества на основании письменного уполномочия (доверенности). Поэтому управляющего называют «законным представителем»⁴ общества, в то время как, например, прокуррист является «уполномоченным представителем»⁵.

1. Объем полномочий управляющего

Полномочия управляющего представлять общество в несудебных делах включают в себя выражение волеизъявления ГмбХ во внешних отношениях, т.е. активное представительство, а также получение направленных ГмбХ волеизъявлений третьих лиц, т.е. пассивное представительство.

Полномочия представлять общество в судебных делах включают в себя осуществление любых процессуальных действий от имени общества перед судами любой подсудности, подготовку к судебным процессам (например, выдача соответствующей доверенности адвокатам), заявления в Торговый реестр⁶ на внесение или изменение сведений, предусмотренных законодательством.

Немецкое законодательство предусматривает представительство ГмбХ несколькими управляющими, при этом, если в уставе ГмбХ не указано иное, управляющие имеют право представлять общество только совместно.⁷ В случае назначения второго директора, первый директор, как правило, теряет право единоличного представительства, и оба директора имеют право представлять общество только совместно. Напротив, если полномочия второго директора прекращаются и в обществе остается один директор, то он автоматически получает право единоличного представительства.⁸

В Торговом реестре, доступ к которому можно получить посредством регистрации на сайте: <https://www.handelsregister.de> содержится информация об управляющих ГмбХ и объеме их полномочий (единоличное/совместное представительство).

Если при наличии нескольких управляющих волеизъявление выражает только один из них, то он действует как так называемый представитель без права представительства⁹ и сделка, заключенная им, является относительно

³ Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG). Текст на немецком и английском языках: www.gesetze-im-internet.de/gmbhg/. Текст на русском языке: «Закон об обществах с ограниченной ответственностью», Серия «Германские и европейские законы»; Кн. 2, Москва, Волтерс Клувер, 2005.

⁴ Gesetzlicher Vertreter.

⁵ Rechtsgeschäftlicher Vertreter.

⁶ Торговый реестр (Handelsregister) сравним с ЕГРЮЛ, ведется в Германии при участковых судах (Amtsgerichte).

⁷ Пункт 2 предл. 1 § 35 Закона об ГмбХ.

⁸ GmbHG § 35, Zöllner/Noack (Целлнер/Ноак), Baumbach/Hueck GmbHG-Kommentar (комментарий к GmbHG под ред. Баумбах/Хюк), 20-ое издание, номер на полях 103.

⁹ Vertreter ohne Vertretungsmacht.

недействительной¹⁰. Другие управляющие могут такую сделку одобрить, как предусмотрено пунктом 1 § 177 Гражданского уложения Германии (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB, далее: ГГУ).¹¹ Одобрение может быть дано, по общему правилу, в любой форме (пункт 2 § 182 ГГУ). Если другие управляющие не одобрили сделку, управляющий, который явно или конклюдентно действовал как единоличный представитель, несет личную ответственность в отношении совершенной сделки.

Управляющие, уполномоченные на совместное представительство, могут уполномочить¹² друг друга таким образом, что второй представитель не должен участвовать в выражении волеизъявления и/или при заключении сделки. Полномочия могут быть переданы в любой форме от одного управляющего к другому только в отношении конкретных сделок или определенных видов сделок.

2. Границы полномочий управляющего

Ограничить полномочия управляющего по отношению к третьим лицам, т.е. в так называемых внешних отношениях,¹³ невозможно (пункт 2 § 37 Закона о ГмбХ). Таким образом, такие ограничения, как заключение только конкретно указанных сделок или видов сделок, представительство при выполнении определенных условий по времени или месту нахождения, обязанность управляющего получить согласие общего собрания участников на выполнение определенных действий и т.д. действуют только во внутренних отношениях¹⁴ с обществом. При этом, это правило применимо как к ограничениям, содержащимся в уставе общества, так и к ограничениям, содержащимся в договоре с управляющим или в решениях участников.

В случае злоупотребления управляющим своими полномочиями применяются правила §§ 177 и послед. ГГУ о представителе без права представительства.

3. Возникновение и прекращение полномочий управляющего

Законное представительство управляющего основывается и возникает с момента его назначения управляющим (пункт 3 предл. 1 § 6 Закона о ГмбХ). Внесение в Торговый реестр имеет лишь декларативный характер. По общему правилу управляющий назначается общим собранием участников общества. Управляющий назначается по усмотрению участников на определенный или на неопределенный срок.

¹⁰ Schwebend unwirksam.

¹¹ Пункт 1 § 177 ГГУ гласит: «Если лицо заключит от имени другого договор без полномочия на представительство, то действительность этого договора, как в пользу, так и против представляемого, зависит от одобрения договора последним». Текст ГГУ на немецком и английском языках: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>. См. также русский перевод: Гражданское уложение Германии, 4-ое издание, 2015.

¹² Ermächtigung.

¹³ Außenverhältnis.

¹⁴ Innenverhältnis.

Согласно пункту 1 § 38 Закона о ГмбХ полномочия управляющего могут быть приостановлены в любое время. Однако, прекращение полномочий управляющего как органа управления общества, как правило, не приводит автоматически к прекращению заключенного с ним договора об оказании услуг. Согласно так называемому принципу разделения¹⁵ немецкое право строго разграничивает правоотношения, регулируемые нормами корпоративного права (управляющий как орган общества), и правоотношения, основанные на договоре, заключаемом между обществом и управляющим (управляющий как исполнитель услуг), регулируемые нормами гражданского права.

II. Уполномоченные представители общества

Как правило, помимо управляющего, общество нуждается в дополнительных представителях, действующих на основании доверенности (уполномоченные представители), которая выдается управляющим общества или уполномоченным управляющим лицом. Во внутренних отношениях требуется также соответствующее решение общего собрания участников общества.¹⁶ Кроме того, доверенность должна содержать возможность ее отзыва в любое время.¹⁷

Наиболее распространенными на практике формами представительства в сфере коммерческих отношений являются прокура¹⁸ и доверенность на совершение торговых операций¹⁹.

1. Прокура

Под прокурой понимается представительство на основании доверенности, с основным объемом полномочий, регулируемым императивными законодательными нормами (§§ 49 и послед. Торгового уложения²⁰).

а) Объем полномочий прокуриса

Согласно п. 1 § 49 Торгового уложения прокурис уполномочен на ведение любых судебных и внесудебных дел и осуществление юридически значимых действий, связанных с ведением коммерческой деятельности. Так, например, прокурис уполномочен нанимать персонал, выдавать и получать займы, открывать и закрывать

¹⁵ Trennungsprinzip.

¹⁶ § 46 п. 7 Закона о ГмбХ.

¹⁷ GmbHG § 35, Wisskirchen/Kuhn (Висскирхен/Кун), Beck Online-Kommentar (онлайн-комментарий Beck), 26-ое издание, номер на полях 9.

¹⁸ Prokura.

¹⁹ Handlungsvollmacht.

²⁰ 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/>. Текст на русском языке: «Торговое уложение Германии», Серия «Германские и европейские законы»; Кн. 2, Москва, Волтерс Клувер, 2005.

филиалы, приобретать предприятия и доли участия, осуществлять корпоративные права участия (например, право голосования), вести судебные процессы и т.д.

Прокурисст обязан подписывать документы с указанием на свои полномочия, на практике прокурисст под свою подпись добавляет буквосочетание „ppra“, что означает „per prokura“ – «на основании прокуры». Однако, отсутствие такого указания на полномочия не имеет каких-либо правовых последствий, например, не приводит к ничтожности сделки вследствие невыполнения требований к ее форме.²¹

в) Границы полномочий прокурисста

Полномочия прокурисста не включают в себя:

- отчуждение и обременение земельных участков (п. 2 § 49 Торгового уложения);
- так называемые основные сделки²², т.е. прокурисст не вправе продать предприятие или принять решение о прекращении деятельности предприятия (общества) или подать заявление на открытие конкурсного производства в отношении общества;
- так называемые сделки принципала²³, т.е. такие сделки, которые коммерсант (общество) может совершить только лично, например, заявление в Торговый реестр об изменении фирменного наименования, подписание годовой бухгалтерской отчетности, выдача прокуры;
- сделки, которые не относятся к сфере деятельности общества и касаются личных правоотношений участников общества.

Ограничения полномочий прокурисста по отношению к третьим лицам, т.е. во внешних отношениях не имеют юридической силы (п. 1 § 50 Торгового уложения), за исключением так называемых согласованных действий прокурисста и третьего лица, совершенных по стовору²⁴ и направленных против представляемого. В этом случае сделка, совершенная прокурисстом, является ничтожной согласно § 138 ГГУ.²⁵ Вторым исключением является случай осознанного злоупотребления полномочиями²⁶ прокурисстом, о котором третье лицо знало или в силу конкретных обстоятельств должно было знать (не знало по грубой неосторожности).²⁷

²¹ HGB § 51, Krebs (Кребс), Münchener Kommentar (Мюнхенский комментарий к HGB), издание 4, номер на полях 1.

²² Grundlagengeschäfte.

²³ Prinzipalgeschäfte.

²⁴ Kollusives Zusammenwirken.

²⁵ Пункт 1 § 138 ГГУ гласит: «Сделка, совершенная в нарушение добрых нравов, ничтожна».

²⁶ Bewusster Missbrauch.

²⁷ HGB § 50, Нопт (Хопт), Baumbach/Нопт, HGB-Kommentar (комментарий HGB под ред. Баумбах/Хопт, 36-ое издание, номер на полях 4-5.

с) Выдача прокуры

Прокура выдается законным представителем юридического лица, т.е. в случае ГмбХ ее управляющим. В качестве прокуриса может выступать только физическое лицо. Прокура может быть выдана только в форме прямого волеизъявления, т.е. конклюдентная выдача не допускается. Согласно § 53 Торгового уложения факт выдачи прокуры должен быть внесен в Торговый реестр по заявлению управляющего. Также Торговый реестр должен быть уведомлен о прекращении прокуры. Однако следует отметить, что внесение прокуры в Торговый реестр имеет лишь декларативную, а не конститутивную (правоустанавливающую) функцию и, таким образом, не является условием действительности прокуры.

д) Виды прокуры

Различают прокуру, на основании которой прокурис имеет право единоличной подписи,²⁸ а также прокуру, которая выдается нескольким лицам с правом совместного представительства.²⁹ В последнем случае прокурисы при заключении сделки действуют совместно, при этом они не должны действовать одновременно. Кроме того, один прокурис может уполномочить другого на представительство от имени их обоих или одобрить действия другого после их совершения.³⁰

Большое распространение на практике получило совместное представительство (так называемая ненастоящая совместная прокура), при котором совместными представителями являются прокурис и управляющий общества. Возможность такого представительства должна быть предусмотрена уставом общества. Соответствующая формулировка, которая параллельно отображается в Торговом реестре, звучит, как правило, следующим образом: «Если назначены несколько управляющих, общество представляется совместно двумя управляющими или одним управляющим совместно с одним прокурисом.»³¹

На практике встречается и такая разновидность совместной прокуры, как так называемая односторонняя совместная прокура,³² на основании которой один прокурис уполномочен на представительство только совместно с другим прокурисом, который, в свою очередь, имеет также и право единоличной подписи.

Также существует такой вид прокуры, как прокура филиала³³, на основании которой прокурис уполномочен на представительство и соответствующее ведение дел отдельного филиала общества (п. 3 § 50 Торгового уложения).

²⁸ Einzelprokura.

²⁹ Gesamtprokura.

³⁰ HGB § 48, Нопт (Хопт), Ваумбах/Нопт, HGB-Kommentar (комментарий HGB под ред. Баумбах/Хопт), 36-ое издание, номер на полях 5.

³¹ „Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, wird die Gesellschaft gemeinschaftlich durch zwei Geschäftsführer oder durch einen Geschäftsführer in Gemeinschaft mit einem Prokuristen vertreten.“

³² Halbseitige Gesamtprokura.

³³ Filialprokura.

е) Прекращение прокуры

Действие прокуры прекращается вследствие отмены прокуры законным представителем юридического лица. При этом прокура может быть отменена в любое время и без указания причин.

Прокура прекращает свое действие также вследствие прекращения правоотношений, на которых прокура основана,³⁴ например, в случае расторжения трудового договора или договора оказания услуг с прокуристом.

В случае смерти прокуриса прокура прекращает свое действие, т.к. согласно п. 2 § 52 Торгового уложения она не подлежит передаче. Смерть принципала, напротив, не влияет на действие прокуры.

Наконец, прокура прекращает свое действие, если общество прекратило свою коммерческую деятельность, а также в случае банкротства общества.

В случае прекращения прокуры прокурис не имеет права действовать от имени общества. Управляющий общества обязан уведомить Торговый реестр о прекращении прокуры. При этом внесение соответствующих сведений в Торговый реестр и их опубликование имеет лишь декларативное действие. Однако, согласно пункту 1 § 15 Торгового уложения, направленного на защиту интересов добросовестного третьего лица, в случае отсутствия соответствующих сведений о выдаче прокуры в Торговом реестре, добросовестные третьи лица могут исходить из того, что прокура не была выдана.

2. Доверенность на совершение торговых операций

Согласно § 54 Торгового уложения под доверенностью на совершение торговых операций понимается доверенность, выдаваемая в коммерческом предприятии, которая не является прокурой. Таким образом, к доверенности на совершение торговых операций применяются общие правила §§ 166 ГГУ и послед. о представительстве,³⁵ а также специальные положения Торгового уложения.

а) Объем и границы полномочий уполномоченного

Объем полномочий зависит прежде всего от вида выданной доверенности.

Различают генеральную доверенность на совершение торговых операций³⁶, которая выдается на совершение любых сделок в рамках обычной хозяйственной деятельности. Следовательно, сделки, выходящие за рамки обычной хозяйственной деятельности, такая доверенность не включает. Такой вид доверенности встречается на практике довольно редко.

³⁴ Предл. 1 § 168 ГГУ.

³⁵ См. статью А. Шмагина о положениях ГГУ о представительстве в этом сборнике, с. 145.

³⁶ Generalhandlungsvollmacht.

Другой, наиболее распространенный вид доверенности выдается на совершение любых сделок, относящихся к одному виду³⁷. Такая доверенность выдается, например, кассиру, менеджеру по закупкам или менеджеру по продажам.

Также доверенность может выдаваться на совершение конкретных сделок, которые совершаются при ведении коммерческой деятельности³⁸.

Согласно пункту 2 § 54 Торгового уложения доверенность на совершение торговых операций не включает полномочия на:

- продажу и обременение земельных участков;
- принятие вексельных обязательств;
- получение займов;
- участие в судебных процессах.

Кроме того, уполномоченный на совершение торговых операций так же, как и прокурис, не уполномочен совершать сделки принципала³⁹ и сделки, не относящиеся к сфере деятельности общества.

b) Выдача доверенности на совершение торговых операций

Доверенность на совершение торговых операций выдается путем выражения волеизъявления в любой форме, в том числе конклюдентной. Доверенность может быть выдана управляющим общества, а также прокурисом.

Согласно § 58 Торгового уложения уполномоченный на совершение торговых операций не имеет права без согласия представляемого передать свои полномочия по торговой доверенности третьему лицу.

Доверенность на совершение торговых операций, в отличие от прокуры, не подлежит внесению в Торговый реестр. Более того, она не может быть внесена в Торговый реестр, т.е. не имеет так называемой регистрационной способности⁴⁰.

c) Прекращение доверенности на совершение торговых операций

Доверенность на совершение торговых операций прекращается одновременно с прекращением правоотношений, на которых она основана, и может быть отозвана до их прекращения (§ 168 ГГУ). Действие доверенности на совершение торговых операций

³⁷ Arthandlungsvollmacht.

³⁸ Spezialhandlungsvollmacht.

³⁹ См. выше пункт II.1. b).

⁴⁰ Nicht eintragungsfähig; HGB § 8, Baumbach/Hopt, HGB-Kommentar (комментарий HGB под ред. Баумбах/Хопт), 36-ое издание, номер на полях 5.

также прекращается в случае открытия конкурсного производства согласно § 117 Положения о банкротстве⁴¹, оставлении производства, отчуждении предприятия.

После прекращения действия доверенности уполномоченный на совершение торговых операций теряет право заключать сделки от имени общества. Если же он продолжает действовать от имени общества, то применяются правила ГГУ о представителе без права представительства.⁴²

Об авторе:



Ксения Кюнстлер является немецким адвокатом (Rechtsanwältin) и менеджером в PwC WPG AG, отдел Tax&Legal в г. Берлине. Г-жа Кюнстлер обладает глубокими познаниями в торговом и корпоративном праве Германии и России. В ходе своей деятельности г-жа Кюнстлер сопровождала многочисленные международные транзакции и приобрела обширный опыт по оформлению трансграничных договоров, а также по ведению российско-немецких переговоров.

Г-жа Кюнстлер окончила юридический факультет Университета им. Гумбольдта в Берлине, а также изучала международное право в Институте международных отношений в г. Киеве. Она свободно владеет русским, украинским, немецким и английским языками. Кроме того, г-жа Кюнстлер является сертифицированным экспертом в области межкультурной деловой коммуникации (Йенский университет имени Фридриха Шиллера).

PricewaterhouseCoopers AG WPG

RAin Xenia Künstler

Kapelle-Ufer 4

10117 Berlin

Direct: +49 30 2636-1595 | Mobile: +49 170 3308797 | Fax: +49 69 9585-958964

Email: xenia.kuenstler@de.pwc.com

<http://blogs.pwc.de/russland-news/>

⁴¹ Insolvenzordnung (InsO). Текст на немецком и английском языках: <https://www.gesetze-im-internet.de/inso/>.

⁴² См. выше пункт II.2.

Корпоративный договор (соглашение акционеров) по германскому праву

Gesellschaftervereinbarung nach dem deutschen Recht

Д-р Иван С. Аладьев

(Dr. Ivan S. Aladyev)

Der Beitrag behandelt rechtsvergleichend die Rechtsnatur, die Zulässigkeit und die Grenzen der Gesellschaftervereinbarungen im deutschen Recht. Es handelt sich hierbei um Vereinbarungen, die die Gesellschafter einer GmbH oder die Aktionäre einer AG neben der Satzung eingehen. Die Wirksamkeit der Gesellschaftervereinbarungen ist im russischen Recht anerkannt; es besteht teilweise auch die Möglichkeit, eine solche Vereinbarung einer ausländischen Rechtsordnung zu unterwerfen. Auf Grund der langen Tradition im deutschen Recht bietet das deutsche Recht Rechtssicherheit in Bezug auf solche Gesellschaftervereinbarungen. Insbesondere bei deutsch-russischen Joint Ventures ist es ratsam, sich auch mit den Voraussetzungen und den Rechtsfolgen des Abschlusses der Gesellschaftervereinbarungen nach deutschem Recht zu beschäftigen. Insbesondere im Hinblick auf die Beratungs- und Rechtsverfolgungskosten bietet das deutsche Recht kostengünstigere und gleichzeitig rechtssichere Gestaltungsmöglichkeiten.

I. Введение

Возникновение и развитие института акционерных соглашений связывается с английским правом, откуда заимствован и сам термин. Именно между акционерами (участниками) компаний, чьим личным статусом являлось английское право, стали впервые заключаться акционерные соглашения.¹ Под такими соглашениями понимаются договоры, в соответствии с которыми участники согласовали свои позиции по вопросам управления компанией и принятию решений. Одна из наиболее важных функций корпоративного договора заключается в том, чтобы обезопасить себя от необходимости возбуждать дорогостоящие судебные споры, могущие возникнуть вследствие применения права таким образом, каким стороны никогда и не предполагали его применять.²

До 2008 г. возможность заключения подобных соглашений по российскому праву вызывала дискуссии, связанные с существованием общих принципов гражданского законодательства о свободе разработки непоименованных договоров, ст. 421 ГК РФ.

¹ «Shareholders' Agreements». Нем.: «Gesellschaftervereinbarung» / «Aktionärsvereinbarung». Эти соглашения также называются корпоративными договорами.

² Muth/FitzGerald, Shareholders' Agreements, 5-е изд., 2009, Лондон, с. 3.

Так как для реализации крупных проектов (как правило, с иностранным участием) акционерные соглашения были и остаются эффективными инструментами поддержания стабильности, то на деле они подписывались, но подчинялись зарубежным нормам и юрисдикции. В 2008-2009 гг. были внесены изменения в Закон от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (далее: «Закон об АО») и Закон от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» (далее: «Закон об ООО»), позволившие участникам ООО заключать договоры об осуществлении прав участников общества (п. 3 ст. 8 «Закона об ООО»), а акционерам – акционерные соглашения (ст. 32.1 «Закона об АО»).³ Общие нормы возможности заключения участниками хозяйственного общества корпоративного договора теперь закреплены и в ст. 67.2 ГК РФ. Согласно п. 2 ст. 61.2 ГК РФ корпоративный договор не может обязывать его участников голосовать в соответствии с указаниями органов общества, определять структуру органов общества и их компетенцию. Условия корпоративного договора, противоречащие указанным правилам, являются ничтожными.⁴

Одним из ключевых вопросов любого акционерного соглашения является вопрос об ответственности за его нарушение и мерах правовой защиты пострадавшей стороны. Важность его становится понятной, если учесть, что основную часть акционерного соглашения могут составлять немонетарные обязательства (например, правила голосования участников на собраниях). При нарушении таких обязательств определить размер убытков и взыскать их может оказаться крайне затруднительным. Полезно знать, что в судебной практике имеется прецедент, прямо подтверждающий возможность включения в акционерное соглашение положения о неустойке за нарушение акционером принятых на себя в договоре обязательств в отношении порядка голосования по вопросам повестки дня собрания акционеров (увеличение уставного капитала, сокращение активов компании и т. п.).⁵

В российском праве активно обсуждается вопрос о том, можно ли подчинить корпоративный договор иностранному праву. До вступления в силу новых положений, регулирующих корпоративные договоры, участниками бизнеса для урегулирования отношений в рамках совместных предприятий, как правило, выбиралось право Англии и Уэльса или страны учреждения иностранного инвестора. Это делалось, несмотря на то, что возможность заключения соглашений между акционерами по российскому праву, в принципе, не исключалась и могла быть реализована российскими инвесторами и их иностранными контрагентами на основании принципа свободы договора, закрепленного в ст. 421 ГК РФ. Однако, после вынесения российскими судами решений, ставших резонансными, по делам ОАО «Мегафон» и ЗАО «Русский Стандарт Страхование» о признании недействительными соглашений акционеров, подчиненных иностранному праву, так как положения этих соглашений противоречили

³ *Канашевский*, Международные сделки: правовое регулирование, Москва, 2016, с. 592-593.

⁴ В Англии корпоративные договоры являются зачастую приоритетными по отношению к уставу, см., например, *Овчарова/Шостранд*, Слияния и поглощения, 2009, № 12, с. 70; *Канашевский*, (сн. 3), с. 595. В Германии ввиду различной правовой природы эта проблема в принципе не возникает.

⁵ Постановление Арбитражного суда МО от 29.01.2015 по делу № А40-47005/14.

императивным нормам российского гражданского и корпоративного законодательства, стала очевидна бесперспективность принудительного исполнения таких соглашений.⁶ Данное обстоятельство, а также налоговые льготы, обусловленные принятием соглашений об избежании двойного налогообложения с рядом стран, стали одной из причин использования при организации бизнеса многоуровневых холдинговых структур. Последние позволяют заключать акционерные соглашения по английскому или иному иностранному праву, благодаря включению в структуру бизнеса компаний, учрежденных в таких юрисдикциях, как, например, Республика Кипр.⁷

После введения в российское право института корпоративного договора, в особенности, после вступления в силу ст. 67.2 ГК РФ, рассматривая вопрос о возможности подчинения корпоративного договора иностранному праву, надо принимать во внимание п. 1 ст. 1210 ГК. В соответствии с ним, стороны акционерного соглашения, осложненного иностранным элементом, вправе выбрать в качестве применимого к нему (соглашению) любое национальное право. Имеются в виду ситуации, когда акционерное соглашение, заключенное в отношении акций (или соглашение участников в отношении долей) «осложнено иностранным элементом», ст. 1186 ГК РФ: например, когда акционерами (участниками) российской компании являются российское и иностранное юридическое лицо. Однако, несмотря на выбор иностранного права, в связи с наличием п. 2 ст. 1202, п. 1 ст. 1214 ГК РФ по определенным вопросам все равно будут применяться императивные нормы российского права. К ним, в частности, относятся вопросы:

- создания, реорганизации и ликвидации общества, в т. ч. правопреемства;
- содержания правоспособности общества;
- порядка приобретения обществом гражданских прав и принятия на себя гражданских обязанностей;
- способности общества отвечать по своим обязательствам;
- ответственности учредителей (участников) общества по его обязательствам;
- внутренних отношений, в т. ч. отношений общества с его участниками.

При этом, ни действующее законодательство, ни судебная практика не дают четкого определения «внутренних» отношений в рамках хозяйственного общества. Концепция развития гражданского законодательства относит к «внутренним» отношения, складывающиеся между хозяйственными обществами, лицами, входящими в состав исполнительных органов, и участниками, в т. ч. порядок принятия решений общими собраниями и другими коллегиальными органами, условия выхода или исключения из числа участников.⁸ В остальном выбранное сторонами корпоративного договора применимое право может регулировать их права и обязанности, а также вопросы толкования договора, его исполнения и прекращения, устанавливать последствия

⁶ Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 31.03.2006 № Ф04-2109/2005(14105-A75-11), Решение Арбитражного суда г. Москвы от 26.12.2006 по делу № А40-62048/06-81-343; обсуждение решений: *Степанов*, Корпоративный юрист, 2008, № 9.

⁷ Более подробно с обзором громких решений можно ознакомиться в следующих статьях: *Дианова*, Корпоративный юрист, 2015, №1; также *Ода*, Вестник гражданского права, 2010, № 1, с. 160.

⁸ *Дианова*, Корпоративный юрист, 2015, №1.

неисполнения или ненадлежащего исполнения договора, его недействительность, ст. 1215 ГК РФ.⁹

II. Природа и правовая квалификация соглашения по немецкому праву

Соглашения между участниками или акционерами являются договорами обязательственного права (нем. «Schuldrecht»), которые участники юридических лиц заключают между собой в отношении самого юридического лица. Правовая допустимость заключения таких договоров вытекает из общего правила о свободе договоров (нем. «Vertragsfreiheit»), установленного в § 311 Гражданского Уложения Германии (Bürgerliches Gesetzbuch,¹⁰ BGB; в дальнейшем: ГГУ).

Одной из главных причин заключения договоров¹¹ в дополнение к существующему уставу общества является непубличность корпоративных договоров.¹² Участники юридических лиц могут быть заинтересованы в том, чтобы корпоративные договоры были не известны общественности и не могли бы стать доступными третьим лицам через торговый реестр («Handelsregister»). К тому же, введение в корпоративные договоры условия подсудности дел в третейском (негосударственном арбитражном) суде, так называемое третейское (арбитражное) соглашение («Schiedsvereinbarung»), ограничивает возможность рассмотрения споров в государственных судах.¹³

Корпоративные договоры между участниками являются договорами обязательственного (долгового) права и являются т.н. «ненастоящими» дополнительными условиями к уставу юридического лица.¹⁴ Интерпретация договоров происходит по общим правилам толкования договоров, закрепленных в §§ 133, 157 ГГУ.¹⁵ В отличие от интерпретации устава, которая основывается только на объективных критериях¹⁶, при толковании акционерных договоров главную роль играют и субъективный подход, и желания сторон, высказанные при заключении данного договора.

⁹ Дианова, Корпоративный юрист, 2015, №1; критически Канашевский, (сн.3), с. 601 – 602; автор придерживается мнения, что поправки в ст. 1214 ГК РФ не способны кардинальным образом изменить ситуацию.

¹⁰ Текст ГГУ/BGB на немецком и английском языках: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>; см. также русский перевод: Гражданское уложение Германии, 4-ое издание, 2015.

¹¹ Англ.: «Side letter».

¹² Hoffmann-Becking, ZGR [Журнал корпоративного права и права компаний] 1994, 445.

¹³ Wicke, в: Münchener Kommentar zum GmbHG [Мюнхенский комментарий к Закону о ГмбХ (ООО) Германии /ЗООО-Г], 2. Издание, 2015, § 3 GmbHG, п. 130. По немецкому праву в уставе может быть предусмотрено урегулирование споров посредством третейских судов. Подробнее о третейском разбирательстве в Германии см. Ханн/Башкова, «Сборник статей о праве Германии», выпуск № 1 (2015), с. 381, см. <http://www.drjv.org/index.php/literatur.html>.

¹⁴ «Unechte». Эти условия, с одной стороны, дополняют устав; но по причине их природы они не являются уставом.

¹⁵ В соответствии с § 133 ГГУ при толковании волеизъявления необходимо следовать действительной воле, не придерживаясь буквального смысла выражений. Согласно § 157 ГГУ договоры толкуются в соответствии с требованиями добросовестности (Treu und Glauben), принимая во внимание обычаи делового оборота.

¹⁶ Это связано с тем, что устав является организационным договором, независимым от состава участников.

Гражданско-правовые положения о последствиях недостатка волеизъявления¹⁷ или обстоятельств, препятствующих исполнению обязательств, применяются к акционерным договорам в полном объеме. Надо, однако, отметить, что дополнительный (корпоративный) договор может преследовать и далеко идущие цели. Заключение договора может означать превращение общества в простое товарищество («Gesellschaft bürgerlichen Rechts», «GbR»)¹⁸. Тогда при ничтожности или оспоримости волеизъявления начинают действовать особые правила об «ошибочном объединении / обществе» («fehlerhafte Gesellschaft»), то есть о компании, созданной с (существенными) нарушениями.¹⁹ Ответ на вопрос, являются ли участники корпоративного договора также участниками простого товарищества, зависит от ответа на вопрос, преследуют ли участники необходимую для создания товарищества общую цель или же они только обязались (между собой) совершать определенные согласованные действия для достижения собственных интересов.²⁰ Если участие в корпоративном договоре приводит к созданию простого товарищества, то это товарищество каждый раз квалифицируется как негласное товарищество гражданского права.²¹ У такого товарищества нет ни собственного капитала, ни имущества. Также существует возможность заменить заложенный в абз. 1 § 709 ГГУ²² принцип единогласия принятия решений принципом (квалифицированного) большинства голосов. При этом разрешено отступать от императивных квот (существуют, например, для обществ с ограниченной ответственностью, ГмбХ²³) в пользу принципа простого большинства. Если, например, участники корпоративного договора, являющиеся участниками простого товарищества, договорились принимать решения простым большинством голосов, и тем самым, приняли решение об изменении устава ГмбХ, то это решение не будет противоречить императивным нормам Закона о ГмбХ Германии (далее: ЗООО-Г).²⁴ Так, например, при согласовании принципа большинства голосов между участниками корпоративного договора, при автоматическом создании простого товарищества, участники могут большинством голосов постановить, что все они должны голосовать за изменения устава ГмбХ. Причем такое решение может быть принято простым большинством. Оно не будет противоречить императивной норме п. 1 абз. 2 § 53 ЗООО-Г, которая требует для внесения изменений в устав наличия квалифицированного большинства, минимум в $\frac{3}{4}$ голосов. Квоты ЗООО-Г не

¹⁷ Например, при заблуждении, § 119 ГГУ.

¹⁸ Товарищество гражданского права. Более подробная информация: *Майер*, в: Германо-Российская ассоциация юристов [DRJV e.V.], № 1 (сн. 14), с. 145 (146).

¹⁹ *Sprau*: Palandt [Комментарий к гражданскому уложению], 75-е издание, 2016, § 705 BGB, п. 17 и сл.

²⁰ Например, при обязанности голосовать вместе или при осуществлении других корпоративных прав.

²¹ «BGB-Innengesellschaft» или «Innen-Gesellschaft bürgerlichen Rechts».

²² Абзац 1 § 709 ГГУ гласит: «Ведение дел товарищества осуществляется участниками совместно, по каждой сделке требуется согласие всех участников».

²³ «Gesellschaft mit beschränkter Haftung» / «GmbH»).

²⁴ GmbHG. Текст на англ.: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gmbhg/; на нем.: <http://www.gesetze-im-internet.de/gmbhg/>.

проникают в дополнительные договоры простого товарищества и тем самым не влияют на договоры консорциума.²⁵

В исключительных случаях правило принятия решения большинством может противоречить принципу обязанности соблюдать верность интересам третьего лица (так называемые «Treuepflichten»). Несоответствие принимаемого решения этому принципу приводит к его недействительности. Проверка происходит на втором этапе (на первом проверяется, был ли введен принцип простого большинства и принято ли по этому принципу определенное решение). Принцип обязанности соблюдать верность интересам третьего лица действует всегда, независимо от того, относится решение к уставу или к договору о создании простого товарищества. Суды решают вопрос соответствия решения вышеуказанному принципу ответом на вопрос, насколько сильно вмешивается решение, принятое в интересах товарищества, в индивидуальное положение участника и является ли это вмешательство допустимым при сопоставлении интересов товарищества и интересов затронутого участника.²⁶

В то же время из принципа обязанности соблюдать верность интересам третьего лица может вытекать и обязанность участников договора консорциума голосовать в определенном порядке.²⁷ Это обязательство, правда, не является настолько безусловным, чтобы вынудить участника договора продать свою долю в случае, когда остальные участники готовы продать свои доли инвестору, заинтересованному в покупке только всех имеющихся долей консорциума.²⁸

Корпоративный договор может быть заключен как между частью участников компании, так и ими всеми. Таким образом, он может регулировать отношения как между частью участников, так и всеми участниками компании. Договор может быть также заключен в пользу самой компании по принципам договора в пользу третьих лиц (Vertrag zugunsten Dritter) согласно § 328 ГГУ. В последнем случае компания получает права, но не берет на себя дополнительных обязательств.

Изменения корпоративного договора могут вступать в силу только при согласии на это всех сторон этого договора. Так как корпоративное соглашение не является уставом, то к нему применяются общие правила внесения изменений в договор. В договор нельзя внести изменения, если за изменение голосует только (простое или квалифицированное) большинство.²⁹

²⁵ Решение Федерального Верховного Суда Германии (в дальнейшем «ВСГ») от 24.11.2008 - II ZR 116/08; от 15.11.2011 – II ZR 266/09; см. также *Schäfer*, ZGR 2009, 768 (771 и др.); *Arnold* в *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz* [Кельнский комментарий к Закону об акционерных обществах], § 23 AktG, п. 23.

²⁶ Федеральный Верховный суд Германии, решение от 21.10.2014 - II ZR 84/13, имеет ссылки на предыдущие решения судов.

²⁷ Подробнее *Krieger*, Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag [Юбилейный сборник для Петера Гоммелгоффа к 70-летию], Кельн, 2012, с. 593 (610).

²⁸ Высший земельный суд (OLG) (СЗС) г. Штутгарта, решение 24.3.2004 - 14 U 21/03, с примечаниями *Wälzholz*, DStR [Журнал по налоговому праву] 2001, 1622.

²⁹ Дело обстоит иначе, если создается простое товарищество и применяется принцип квалифицированного большинства.

К договору между участниками применяются исключительно нормы ГГУ. Сам он является долговым договором (договором, который регулируется обязательственным правом).³⁰ П. 1 абз. 4 ст. 310 ГГУ, который исключает проверку уставов по принципу типовых договоров, не применим к акционерным договорам. В связи с этим, на такие договоры распространяются правила §§ 305 ГГУ и сл., по которым могут проверяться типовые договоры.³¹

В то время как устав («Satzung») действует с момента вступления его в силу до внесения в него изменений и является обязательным для настоящих и будущих участников компании, нормы корпоративного договора действуют только по отношению к сторонам этого договора. Если в договоре отсутствуют условия преемственности, то приобретатель долей собственников, являвшихся участниками корпоративного договора, не становится автоматически стороной договора.³² Если заключение корпоративного договора привело к созданию простого товарищества, то выход из компании (или из договора, если это оговорено) одного из участников, являвшегося стороной корпоративного договора, при отсутствии правил продолжения деятельности товарищества, означает, что оно (товарищество) закончило свое существование, см. §§ 723, 736 ГГУ.

III. Форма корпоративного договора

Несмотря на то, что договор между участниками общества может быть заключен в любой форме, тем не менее, самым простым и надежным способом доказательства его существования является заключение договора в письменной форме.³³

Нотариальная форма заключения необходима в тех случаях, когда в корпоративном договоре содержится обязательство по продаже или переуступке долей ГмбХ.³⁴ Заверение у нотариуса требуется также, если он связан с договором, требующим заключения в нотариальной форме, например, договором о покупке долей ГмбХ. Если корпоративный договор одновременно является договором контроля (договор о передаче управления обществом другой компании/предприятия, «Beherrschungsvertrag» согласно § 291 «Закона об акционерных обществах» Германии; далее - ЗАО-Г³⁵), то он должен соответствовать форме § 291 ЗАО-Г.³⁶

³⁰ О принципах обязательственного права см. *Курзински-Сингер*: Германно-Российская ассоциация юристов [DRJV e.V.] (Изд.), № 1, (сн. 14), 67 (68 сл.).

³¹ Сравнение немецких типовых договоров по § 305 ГГУ и договоров присоединения по ст. 428 ГК РФ можно найти: *Aladyev [Аладьев]*, RIW [Журнал права международной экономики] 2016, № 6.

³² *Schmiegelt/Schmidt*, Beck'sches Handbuch der GmbH [Справочник Бека по ГмбХ], 5-е издание, Мюнхен, 2014, п. 159 – 160.

³³ *Wicke*, в: *Münchener Kommentar*, (сн. 14.), § 3 GmbHG, п. 130.

³⁴ Подробнее о роли нотариуса в корпоративном законодательстве Германии см. *Шмиткель*. в: «Сборник статей о праве Германии», выпуск № 1 (2015), с. 154 и сл.

³⁵ Закон об акционерных обществах, Aktengesetz (AktG). Текст на немецком языке: <http://www.gesetze-im-internet.de/aktg/>. Перевод на русский язык Закона в редакции 2005 г.: Торговое уложение Германии и другие, Гамбург, 2006.

³⁶ *Scholz/Emmerich*, в: Beck'sches Handbuch der GmbH, (сн. 34), § 3 п. 116.

IV. Содержание корпоративного договора

Стороны корпоративного договора могут свободно выбирать пункты, которые они хотят урегулировать. На практике встречаются различные варианты договоров между участниками компаний. Договоры могут регулировать отношения между всеми участниками, между частью участников, относиться ко всем долям или только части долей компании. Урегулированию не поддаются отношения между участниками и обществом. Они оговариваются в уставе компании.³⁷ Путем заключения корпоративных договоров нельзя также обойти императивные государственные правила, например, правила по расчету неденежного вноса.

Корпоративные договоры могут быть, как долговыми (обязательственными) договорами, так и договорами, предоставляющими преимущественные права одним членам компании или накладывающие дополнительные обязательства на других членов компании. Эти дополнительные обязательства относятся только к партнерам договора. Членские (корпоративные) отношения между участниками и компанией/обществом, как уже говорилось, регулируются уставом компании/общества.

С помощью корпоративных договоров можно обеспечить перераспределение властных полномочий в компании. К этому приводит введение в договор условия «о взаимодействии при голосовании», то есть условия, согласно которому участник, имеющий право голоса, обязуется осуществить своё право определённым, заранее обусловленным, образом.³⁸ Также можно договориться об отличном от закона или устава распределении прибыли, веса голосов, назначении управляющего или наблюдательного органа компании.

Корпоративные договоры позволяют сформулировать правила и условия продажи или покупки долей участников компании. На практике широко применяются условия «tag-along» или «drag-along». Они обязывают всех участников корпоративного договора продать на определенных условиях свои доли третьей стороне или одному из участников (инвестору).

В корпоративных договорах могут быть предусмотрены способы решения так называемых «патовых» ситуаций («dead-lock-ситуации»), которые возникают в случае нежелания участников компании работать вместе или прийти к единому решению. Чаще всего это случается в компаниях с двумя участниками, обладающими одинаковыми долями (50 на 50). К таким способам относятся методы, называемые соответственно «Русская Рулетка» («Russian Roulette»)³⁹ и «Техасский Выброс» («Texas Shoot Out»)⁴⁰. Под «Русской Рулеткой» понимается схема, при которой один из

³⁷ *Fastrich*, в *Baumbach/Hueck, GmbHG* [Баумбах/Хюк, Комментарий к 3000-Г], 20-е издание, Мюнхен, 2013, § 3 GmbHG, п. 57.

³⁸ Нем.: «Stimmbindungsvertrag».

³⁹ Метод одобрен судами, см., например, решение Высшего земельного суда (OLG) г. Нюрнберга 20.12.2013 – 12 U 49/13.

⁴⁰ Российские суды также признают подобные способы выхода из указанной ситуации, см. решение Арбитражного суда Ставропольского края от 19.01.2015 года № А63-9751/2014. Также имеются другие примеры положительных судебных решений (Решение Арбитражного суда Самарской области от

участников предлагает купить свою долю другому участнику по определенной цене. В свою очередь, другой участник получает право выбора: либо принять предложение, выкупив в течение определенного периода времени долю и став единственным участником, либо продать свою долю первому участнику по цене, указанной в предложении. В этом случае первый участник будет обязан выкупить долю и сам стать единственным акционером / участником общества.

Метод «Texas-Shoot-Out» также подразумевает разрешение ситуации через выкуп доли партнера. Партнеры передают независимой третьей стороне (часто нотариусу) скрытое предложение о покупке долей другого партнера. Оба предложения вскрываются одновременно. Обязанность купить доли возлагается на того участника, который сделал более высокое предложение.

Корпоративные договоры могут запрещать конкурентную деятельность участникам после ухода из компании⁴¹, создавать правила, по которым происходит дополнительное финансирование⁴² и т.д.

V. Ограничения свободы договора

Хотя предмет и содержание договора, казалось бы, могут быть любыми, тем не менее, на практике существует ряд ограничений. Так, например, в связи с существованием абз. 2 ст. 136 ЗАО-Г договор, по которому акционер обязуется голосовать по указанию самого (акционерного) общества, является ничтожным и тем самым недействительным. В литературе и на практике нерешенным остается вопрос о применимости нормы, сформулированной в ст. 136 ЗАО-Г для ГмбХ, так как в самом ЗАО-Г такая норма отсутствует.

В то же время договоры, по которым один участник обязуется голосовать определенным способом по указанию другого участника, являются действительными.⁴³

Корпоративный договор не может подменять собой устав общества, то есть изменять условия, которые устанавливают отношения между участниками и обществом. К ним относятся, например, компетенция общего собрания участников, выборы управляющего органа, компетенция наблюдательного органа и т.п.⁴⁴ Такие условия должны быть оговорены в уставе.

Абз. 2 ст. 101 ДФЕС⁴⁵ и § 1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen⁴⁶ накладывают ограничения на договоры, запрещающие заниматься конкурентной деятельностью.

30.12.2010 по делу № А55-24200/2010, Постановление ФАС МО от 24.03.2008 № КГ-А41/1999-08-П по делу № А41-К1-23977/05, Постановление ФАС ЦО от 17.07.2013 года по делу № А23-1803/12 и др.).

⁴¹ См. ниже к границам таких ограничений.

⁴² Федеральный Верховный суд Германии (BGH), постановление от 28.6.1999 – II ZR 272–98.

⁴³ Сборник решений Федерального Верховного суда Германии (BGHZ) 153, с. 282 (292).

⁴⁴ *Scholz/Schneider/Sethe*, GmbHG [Комментарий к ЗАО-Г], 10-е изд., Мюнхен, 2010, § 35 GmbHG, п. 156 и др.

⁴⁵ Договор о Функционировании Европейского Союза = нем. «Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union» = AEUV = англ. «The Treaty on the Functioning of the European Union»; Текст на

Корпоративный договоры не может являться картельным сговором, абз. 2 ст. 101 ДФЕС. Нарушение этих императивных норм делает договор ничтожным.⁴⁷

Устав общества может накладывать запрет на заключение корпоративных договоров. Однако, несмотря на это, договоры, заключаемые участниками общества, являются действительными.⁴⁸

VI. Международное частное право

Несмотря на высказываемые иногда сомнения, в литературе преобладает мнение, что корпоративные договоры могут регулироваться правом, отличным от права компании.⁴⁹ Так как корпоративные договоры устанавливают отношения исключительно между участниками компании, а не между участниками и самой компанией, то выбор права основывается на п. 1 абз. 1. ст. 3 «Рим-І»^{50, 51} Федеративный Верховный суд Германии тоже считает, что стороны корпоративного договора могут выбирать право этого договора.⁵²

Для оценки корпоративно-правовой допустимости корпоративных договоров имеет смысл обратить внимание на личное право компании (*lex societatis*).⁵³ Если в договоре не указано право, которому он подчиняется, то договорным правом является либо то, что соответствует молчаливому выбору сторон (п. 2 абз. 1 ст. 3 «Рим-І»), либо право той страны, с которой существует самая тесная связь (абз. 4 ст. 4 «Рим-І»). Это, как правило, приводит к тому праву, которое является личным правом компании, так как, в принципе, стороны договора (корпоративного) не заинтересованы в разногласиях между правом компании и правом договора.

VII. Правовые последствия

Как уже было сказано, корпоративный договор является обязательным только для участников общества, являющихся сторонами договора. В связи с этим, исполнение договора обязательно для его сторон, но не для компании и/или других участников или

русском языке: <http://eulaw.ru/treaties/tfeu>; текст на официальных языках ЕС: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>.

⁴⁶ GWB = Закон по борьбе с ограничениями конкуренции. Текст на нем.: <http://www.gesetze-im-internet.de/gwb/index.html>.

⁴⁷ Детальнее *Theuerer*, ВВ [журнал: консультант по вопросам организации производства] 2013, с. 137.

⁴⁸ *Schürnbrand*, в: Ulmer/Habersack/Löbbecke/Schürnbrand, Комментарий к 3000-Г, § 47 GmbHG, п. 263.

⁴⁹ То есть право, которому подчиняется учредительный договор.

⁵⁰ Регламент ЕС № 593/2008 Европейского Парламента и Совета от 17.08.2008 о праве, подлежащем применению к договорным обязательствам («Рим-І»). Тексты на официальных языках ЕС: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32008R0593>. Перевод на русский: <http://eulaw.edu.ru/documents/legislation/collision/dogovornoe.htm>.

⁵¹ *Trölitzsch*: Ziemons/Jaeger, Beck'scher Online-Kommentar GmbHG [Онлайн комментарий Бека к 3000-Г], 25. изд., § 53 GmbHG, п. 10.

⁵² Федеративный Верховный суд Германии, решение от 21-09-1995 - VII ZR 248/94

⁵³ Право страны, в которой Компания была создана. См. подробнее *Аладьев*, в: «Сборник статей о праве Германии», выпуск № 1, (2015 г.), 173 и дл.

будущих участников общества. Договоры могут содержать положения, говорящие в пользу третьих лиц, в том числе компании, наследников и/или правопреемников или других участников компании.

Правовые споры по корпоративным договорам проводятся в обычном порядке. Судебное решение по иску, связанному с обязанностью участника голосовать определенным образом, возможно только в случае, когда иск содержит ссылку на конкретное постановление собрания участников общества и суд может определить, является ли это постановление правомерным.⁵⁴

Нарушение корпоративного договора не влияет непосредственно на корпоративные отношения даже тогда, когда целью договора было введение дополнительных обязательств. Нарушение не является ни основанием для исключения участника из общества, ни поводом опротестовать решения собрания участников общества.⁵⁵

Согласно абз. 1 § 13 ЗООО-Г общество с ограниченной ответственностью (ГmbH) является самостоятельным обладателем прав и обязанностей. Это положение определяет принцип, на котором основывается расторжение лично-правовых и имущественно-правовых отношений между участником и обществом. По этому принципу все договоры и решения, которые принимают участники без привлечения компании, не сказываются на отношениях компании и участников.

По мнению Федерального Верховного Суда Германии,⁵⁶ отступление от данного принципа возможно лишь, если корпоративный договор заключен между всеми участниками общества и в договоре урегулированы вопросы голосования и возможности опротестования принятого постановления.⁵⁷ Это решение вызвало критику как в научной литературе,⁵⁸ так и со стороны других судов.⁵⁹ Однако, это не изменило отношения ВС к данному вопросу.⁶⁰ ВС считает, что в определенных случаях компания тоже может ссылаться в рамках абз. 1 ст. 328 ГГУ⁶¹ на корпоративные договоры.

VIII. Резюме

Под корпоративными договорами понимаются договоры, заключаемые между собой всеми участниками общества или их частью. В российском праве такие договоры стали появляться относительно недавно. В Германии же давно была признана правовая

⁵⁴ Высший земельный суд г. Саарбрюккен, постановление от 10.10.2006 - 4 U 382/05.

⁵⁵ *Reicher/Weller*, Münchener Kommentar, (сн. 12), § 14 – 15, п. 67-68.

⁵⁶ См. также, *Маренков*, в: Германо-Российская ассоциация юристов [DRJV e.V.] (Изд.), № 1 (сн. 14), 351 и дл.

⁵⁷ Федеральный Верховный суд (BGH), решение от 20.01.1983 – II ZR 243/81.

⁵⁸ *Ulmer*, в: *Festschrift für Volker Röhrich zum 65. Geburtstag* [Юбилейный сборник для Фолькера Рёрихта к 65-летию], Мюнхен, 2005, 633 и дл.

⁵⁹ Высший земельный суд (OLG) г. Штутгарта, решение от 07.02.2001 - 20 U 52/97; см. также *Zöllner*, в *Vaumbach/Hueck*, (сн. 40), § 47 GmbHG.

⁶⁰ Федеральный Верховный суд (BGH) Германии, постановление от 22.09.2010 – XII ZB 135/10.

⁶¹ См. сн. 30.

возможность их заключения. Акционерные договоры являются договорами не организационного, а обязательственного права. Они являются обязательными для сторон договора, но не для компании, на которую никаких дополнительных обязательств эти договоры не накладывают.

В некоторых случаях российское законодательство позволяет заключать договоры по иностранному праву. Если обстоятельства позволяют, то целесообразно отдавать предпочтение немецкому праву. Во-первых, право Германии схоже по своей структуре с российским правом, что во многом делает структуру договоров более «эффективной». Во-вторых, корпоративные споры имеют в Германии давнюю традицию. К тому же, споры в немецких судах обходятся истцам значительно дешевле, чем, скажем, в английских, и разбирательство в них занимает меньше времени. Кроме того, существует возможность заключения третейского соглашения, позволяющего переносить разбирательство споров в национальные или международные третейские суды.

Об авторе



Иван Аладьев, доктор 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», имеющей офисы в городах Хамм (Hamm) и Мюнстер (Münster). Специализируется на немецком и международном экономическом и корпоративном праве, внешнеторговом праве. Автор представляет интересы клиентов в национальных, европейских судах и третейских судах (арбитраже). Он имеет большой опыт работы в области корпоративных споров. Г-н Аладьев занимается конкурентным и антимонопольным правом.

Автор Аладьев является доцентом SRH Hochschule в г. Хамм по экономическому праву и комплаенс. Автор многих статей, опубликованных на русском, английском и немецком языках. Член Германно-Российской ассоциации юристов, Германно-Российского Форума и некоторых других международных организаций.

Über den 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. Einer der weiteren Schwerpunkte der Anwaltstätigkeit ist die Lösung der Gesellschafterstreitigkeiten. 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 sowie einiger weiteren (internationalen) Organisationen.

Контактные данные/ Kontakt:

Dr. Ivan Aladyev

Wolter Hoppenberg Rechtsanwälte Partnerschaft mbB.

Münsterstraße 1-3

59065 Hamm

Tel.: +49 2381 92122-425

Fax: +49 2381 92122-7026

Mobil: +49 151 19547726; +49 172 2820160

aladyev@wolter-hoppenberg.de; iwan.aladieff@gmail.com

Список участников общества и добросовестное приобретение доли в немецком ГмбХ

Gesellschafterliste und gutgläubiger Erwerb der GmbH-Anteile

Альбина Визер (Albina Veesper)

Das GmbHG hat im Jahr 2008 eine grundlegende Reform durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) erfahren. Die Reform hat u.a. die Gesellschafterliste betroffen und hat den gutgläubigen Erwerb von GmbH-Anteilen ermöglicht. Die im Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste hat zusätzlich zur Legitimationswirkung auch noch eine Publizitätswirkung erhalten und spielt damit eine entscheidende Rolle bei dem gutgläubigen Erwerb. Durch die Neuregelung sollte der Gesellschafterbestand stets aktuell, lückenlos und unproblematisch nachvollziehbar sein, weil es dem Eigeninteresse des Erwerbers entspricht, für die Eintragung in die Gesellschafterliste zu sorgen. Mit der Reform hat der Gesetzgeber dem Interesse des Erwerbers nach Rechtssicherheit und der Minderung von Transaktionskosten entsprochen.

I. Введение

Немецкое общество с ограниченной ответственностью (ГмбХ)¹ является аналогом российского общества с ограниченной ответственностью (ООО). Практически одновременно, в 2008 – 2009 годах, российский Федеральный Закон «Об обществах с ограниченной ответственностью» от 08.02.1998 № 14-ФЗ² (Закон № 14-ФЗ) и немецкий Закон об обществах с ограниченной ответственностью³ (Закон о ГмбХ) подверглись реформам: в России – в результате принятия законов от 30.12.2008 № 312-ФЗ⁴ и от 19.07.2009 № 205-ФЗ⁵, в Германии – вследствие принятия Закона о модернизации законодательства об обществах с ограниченной ответственностью и борьбой с злоупотреблениями.⁶ Обе реформы преследовали схожие цели: упрощение порядка учреждения общества, предотвращение злоупотреблений, в том числе, при

¹ Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH).

² Текст на русском языке: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_17819/.

³ Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbHG). Текст на немецком и английском языках: <http://www.gesetze-im-internet.de/gmbhg/>.

⁴ Текст на русском языке: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=162623>.

⁵ Текст на русском языке: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=182069>.

⁶ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG). BGBI. 2008 I, с. 2026.

приобретении доли в обществе.⁷ Как в российском, так и в немецком праве реформа коснулась списка участников общества. В обеих юрисдикциях впервые стало возможным добросовестное приобретение доли.

Российский законодатель, вводя впервые норму о списке участников общества (ст. 31.1 Закона № 14-ФЗ), не предусмотрел обязанность его подачи в Единый государственный реестр юридических лиц (ЕГРЮЛ), а сведения, внесенные в ЕГРЮЛ о размере и номинальной стоимости доли каждого участника общества, имеют приоритет над сведениями в списке участников общества. Российская новелла схожа с правовым регулированием, существовавшим в немецком законодательстве до реформы, когда список велся только обществом, имел лишь «правоустанавливающий характер» (Legitimationswirkung) в отношениях между обществом и его участником, его подача в торговый реестр (Handelsregister)⁸ не требовалась. В результате модернизации немецкого законодательства принятый торговый реестром список является доступным для третьих лиц и имеет (ограниченное) свойство публичной достоверности (Publizitätswirkung).

Если условия добросовестного приобретения доли в российском ООО (ст. 21 п. 17 Закона № 14-ФЗ) практически идентичны с условиями добросовестного приобретения имущества (ст. 302 ГК РФ), то в немецком праве решающая роль отведена списку участников общества (§ 16 п. 3 Закона о ГмбХ). Немецкая новелла направлена на защиту интересов прежде всего приобретателя: минимизации риска приобретения доли от неуправомоченного отчуждателя и затрат на проведение дорогостоящих юридических экспертиз (Due Diligence).⁹

II. Система немецкого законодательства

Не всегда лицо, внесённое в список участников общества (Gesellschafterliste), является титульным (законным) владельцем доли и, тем самым, обладает правом ее распоряжения. В этой связи немецкий законодатель проводит разграничение между действием списка в отношениях между обществом и его участником (§ 16 пп. 1 - 2 Закона о ГмбХ) и в отношениях между участником общества и третьим лицом (§ 16 п. 3 Закона о ГмбХ). В первом случае немецкие теоретики оперируют такими понятиями как формальный участник общества (formale Gesellschafter), правоустанавливающее значение списка (Legitimationswirkung), во втором – правомочность отчуждателя (materiell-rechtliche Berechtigung), публичная достоверность (Publizitätswirkung), добросовестное приобретение доли (gutgläubiger Erwerb).

Требования к содержанию списка, обязанность управляющего (директора) немецкого ГмбХ (Geschäftsführer) по своевременному обновлению и подаче списка

⁷ См. подробнее о реформах: RegE. BT- Drs 16/6140, S. 1; Wedde R. Reform der GmbH in Russland und Deutschland – rechtsvergleichende Aspekte, VDRW-Mitteilungen 42-43/2009, с. 12; Göckeritz/Wedde, Das neue russische GmbH-Recht: Einführung und Textsammlung, 2009.

⁸ См. www.handelsregister.de.

⁹ RegE. BT- Drs 16/6140, с. 38.

участников общества в торговый реестр, а также ответственность за неисполнение данной обязанности предусмотрены § 40 пп. 1 и 3 Закона о ГмбХ. Обязанность нотариуса по обновлению и подаче списка регулируется § 40 п. 2 Закона о ГмбХ.

III. Правоустанавливающее значение списка

Лицо, указанное в списке участников общества, принятом торговым реестром, формально является участником ГмбХ, независимо от действительности сделки¹⁰ или иного материального основания приобретения доли.¹¹

Так, если приобретатель в результате действительного договора уступки приобрел долю, а список участников общества не обновлен, то отчуждатель доли формально остается участником общества со всеми правами и обязанностями. Если же договор уступки доли является недействительным, а приобретатель доли все же внесен в список участников общества, то приобретатель формально стал участником ГмбХ. Все действия, совершенные им в качестве участника общества, а также решения, принятые общим собранием общества с участием «нового» участника общества, являются действительными. Последующая корректировка списка, даже в случае успешного оспаривания договора уступки, не имеет обратной силы в отношениях между обществом и его участником.¹² Исключения из общего правила составляют случаи недействительности сделки вследствие недееспособности приобретателя, применения силы (*vis absoluta*) или представления интересов приобретателя без права на представление (*Vertreter ohne Vertretungsmacht*).¹³

С помощью данного подхода немецкий законодатель стремился защитить интересы, прежде всего, самого ГмбХ от возможной правовой неопределенности в результате споров о составе участников общества и объемах их долей. С точки зрения теории права, данная конструкция объясняется с помощью таких правовых категорий как «законодательная фикция» (*gesetzliche Fiktion*) или «неопровержимое предположение» (*unwiderlegbare Vermutung*). В пользу законодательной фикции, которая имеет место, когда правовая ситуация принимается за действительную, несмотря на то, что в действительности она не существует, говорит нормотворческая техника, применяемая законодателем: «... считается владельцем доли ...» („...gilt...als Inhaber eines Geschäftsanteils...“). Сторонники «неопровержимого предположения» указывают на то, что список участников общества отражает, как правило, действительную правовую ситуацию.¹⁴

¹⁰ В немецком гражданском праве действует «разделительный» принцип (*Trennungsprinzip*), согласно которому сделки делятся на обязательственные (*Verpflichtungsgeschäft*), например, договор купли-продажи, и вещные (распорядительные) (*Verfügungsgeschäft*), например, договор уступки (*Abtretung*).

¹¹ Michalski L., *Kommentar zum GmbHG*, 2. Auflage 2010, § 16, Rn. 3, 15, 23, 51; Bearbeiter Ebbing (далее: Michalski/Ebbing GmbHG).

¹² *Münchener Kommentar zum GmbHG*, 2. Auflage 2016, § 16, Rn. 218-220; Bearbeiter: *Heidinger* (далее: *MüKoGmbHG/Heidinger GmbHG*).

¹³ *MüKoGmbHG/Heidinger GmbHG*, § 16, Rn. 51 ff.

¹⁴ *MüKoGmbHG/Heidinger GmbHG*, § 16, Rn. 13-14.

Формальный участник общества вправе участвовать в управлении делами общества, обладая, в том числе, правом на участие в общем собрании участников общества, правом голоса, правом оспаривания решения общего собрания, правом на получение информации о деятельности общества и т.д. С момента принятия обновленного списка торговым реестром новый (формальный) участник общества имеет право на получение прибыли общества, если к этому моменту не было принято решение об использовании прибыли (в иных целях) (*Gewinnverwendungsbeschluss*). Помимо прав, новый (формальный) участник общества обладает и обязанностями, вытекающими из его правового положения. Например, он обязан оплатить долю в уставном капитале в случае ее неполной оплаты отчуждателем (*Haftung für rückständige Einlage*, § 16 п. 2 Закона о ГмбХ), оплатить недостающую часть уставного капитала в соответствующей пропорции в случае неполной оплаты доли одним из учредителей общества (*Aufbringung von Fehlbeträgen*, § 24 Закона о ГмбХ) и т.д.¹⁵

Приобретатель доли становится формальным участником общества лишь после *принятия* списка торговым реестром. На практике, однако, нередки случаи, когда приобретатель доли сразу после совершения сделки желает предпринять первые шаги в отношении ГмбХ, к примеру, изменить устав общества, отозвать бывшего и назначить нового управляющего. Правовое решение для таких случаев предусмотрено § 16 п. 1 предл. 2 Закона о ГмбХ. До момента принятия списка торговым реестром правовые действия приобретателя доли в отношении общества являются временно недействительными (*schwebend unwirksam*). Последующее незамедлительное (*unverzüglich*) принятие списка торговым реестром имеет обратную силу в отношении правовых действий как самого приобретателя доли (например, решение о смене управляющего), так и правовых действий назначенного управляющего. Задержка подачи списка в торговый реестр влечет недействительность совершенного приобретателем доли правового действия с вытекающими последствиями.¹⁶ Понятие «незамедлительность» в данном случае интерпретируется по-разному: срок до одного¹⁷, до двух¹⁸ месяцев.

Обезопасить свои правовые интересы в подобной ситуации приобретатель может посредством доверенности, выданной продавцом, на основе которой приобретатель непосредственно после совершения сделки и до принятия списка торговым реестром может реализовать свои права участника общества.¹⁹ Иной, не всегда оптимальный вариант: продавец еще до передачи доли по представлению покупателя назначает нового управляющего, который действует в интересах покупателя.²⁰

¹⁵ Michalski/Ebbing GmbHG, § 16, Rn. 53 - 55.

¹⁶ RegE. BT- Drs 16/6140, с. 38.

¹⁷ Bunnemann/Zirngibl, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Praxis, 2. Auflage 2011, § 7, Rn. 8.

¹⁸ Schiemzik B. J., Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen seit Geltung des MoMiG, NWB 29/2011, с. 2488.

¹⁹ Schiemzik B. J., Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen seit Geltung des MoMiG, NWB 29/2011, с. 2488.

²⁰ Bunnemann/Zirngibl, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Praxis, 2. Auflage 2011, § 7, Rn. 9.

IV. Публичная достоверность списка общества

Правовая идея, лежащая в основе списка участников общества, схожа с поземельной книгой (Grundbuch). Третьи лица, как правило, могут исходить из того, что данные списка соответствуют действительным обстоятельствам, то есть лицо, внесенное в список, является участником общества и имеет право на распоряжение долей.

Вместе с тем, по сравнению с поземельной книгой список имеет ограниченный характер. Это обусловлено тем, что список ведется управляющим ГмбХ самостоятельно, а торговый реестр, принимающий список на «хранение», не проверяет (даже формально) основание и правильность внесенных данных, являясь, по сути, местом официального хранения информации, делая ее доступной для третьих лиц.²¹ Далее, если внесение записи в поземельную книгу является обязательным условием перехода права собственности на недвижимость (§ 873 п. 1 Германского Гражданского уложения (ГГУ)²²), то действительность передачи доли не зависит от внесения соответствующих изменений в список участников общества (§ 15 Закона о ГмбХ). Титульный (законный) владелец, не внесенный в список участников общества, может полноправно распорядиться своей долей.

Таким образом, список участников общества обладает (ограниченной) публичной достоверностью, что делает возможным добросовестное приобретение доли (см. VII. Добросовестное приобретение доли). Неверные данные списка (за исключением случаев, когда доля в действительности не существует) либо несоблюдение процедуры составления и подачи списка, как правило, не лишают список свойства публичной достоверности.

V. Содержание списка участников общества

§ 40 п. 1 Закона о ГмбХ предусматривает обязательный перечень сведений, который должен содержать список участников общества, а именно: информацию об участнике общества (имя, фамилия, дата рождения, место жительства), номинальную стоимость (Nennbetrag) и порядковый номер доли. Если участником общества является юридическое лицо, то, как правило, в списке указывается наименование юридического лица, место его нахождения согласно уставу, торговый реестр, осуществивший регистрацию общества, и регистрационный номер.²³

В отличие от российского законодательства, где имеет место принцип «единства» доли, то есть каждый участник общества может владеть только *одной* долей в уставном капитале общества и в списке российского ООО указывается размер (данной) доли (ст. 31.1 п. 1 абз. 1 предл. 1 Закона № 14-ФЗ) в виде процента или в виде дроби (ст. 14 п. 1 абз. 1 предл. 1 Закона № 14-ФЗ), немецкий законодатель исходит из принципа

²¹ RegE. BT- Drs 16/6140, с. 38.

²² Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Текст на немецком и английском языках: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>.

²³ MüKoGmbHG/Heidinger GmbHG, § 40, Rn. 21.

«самостоятельности» долей. Участник общества может владеть *несколькими* «самостоятельными» долями как с момента создания немецкого ГмбХ (§ 5 п. 2 Закона о ГмбХ), так и в результате приобретения доли (§ 15 п. 2 Закона о ГмбХ) или деления доли (§ 46 п. 4 Закона о ГмбХ).

Порядковый номер каждой доли служит ее идентификатором (см. Пример 1) и имеет определяющее значение при отчуждении доли, при решении вопроса о добросовестном приобретении доли, а также позволяет отследить изменения в составе участников общества и размерах их участия в уставном капитале. Хотя закон не предусматривает указание в списке правового основания соответствующего изменения (например, отчуждение доли, деление доли, увеличение уставного капитала и т.д.), в правовой литературе высказывается мнение, которое поддерживается и практиками, о целесообразности приведения данной информации.²⁴

Пример 1: Список участников общества немецкого ГмбХ:

Порядковый номер доли	Имя, фамилия, дата рождения / название общества, компетентный реестр, регистрационный номер	Место жительства / место нахождения	Номинальная стоимость каждой доли в Евро	Сумма в евро ²⁵
1 – 12	ABC-1 GmbH, Bayern Amtsgericht München, HRB 3457	Мюнхен	1 000	12 000
13 – 25	ABC-2 GmbH, Bayern Amtsgericht München, HRB 3497	Мюнхен	1 000	13 000

Некоторые авторы отмечают, что порядковый номер доли подлежит сохранению даже после её отчуждения. Например, отчуждатель ABC-1 GmbH имеет доли с порядковыми номерами 1 – 12, после отчуждения приобретателю ABC-3 GmbH долей с порядковыми номерами 7 – 12, ABC-1 GmbH владеет долями с порядковыми номерами 1 – 6, ABC-3 GmbH – долями с порядковыми номерами 7 – 12.²⁶ (см. Пример 2).

²⁴ MüKoGmbHG/Heidinger GmbHG, § 40, Rn. 28.

²⁵ Минимальная сумма уставного капитала (Gründungskapital) немецкого ГмбХ составляет 25 000 евро.

²⁶ MüKoGmbHG/Heidinger GmbHG, § 40, Rn. 35.

Пример 2: Список участников общества немецкого ГмбХ:

Порядковый номер доли	Имя, фамилия, дата рождения / название общества, компетентный регистр (zuständiges Register), регистрационный номер	Место жительства / место нахождения	Номинальная стоимость каждой доли в Евро	Сумма в евро
1 – 6	ABC-1 GmbH, Bayern Amtsgericht München, HRB 3457	Мюнхен	1 000	6 000
7 – 12	ABC-3 GmbH, Bayern Amtsgericht München, HRB 3840	Мюнхен	1 000	6 000
13 – 25	ABC-2 GmbH, Bayern Amtsgericht München, HRB 3497	Мюнхен	1 000	13 000

Согласно позиции Верховного федерального суда Германии (Bundesgerichtshof, BGH)²⁷, сохранение порядкового номера при отчуждении доли является целесообразным, однако допустимо и присвоение нового номера, если с помощью соответствующей отметки сохраняется возможность идентифицировать отчужденную долю.²⁸ В приведенном выше примере, при присвоении новых номеров, отчуждатель ABC-1 GmbH владел бы долями 1 – 6, а приобретатель ABC-3 GmbH – долями с порядковыми номерами 26 – 31.

В случае деления доли предлагается два варианта – присвоение новым долям новых порядковых номеров, либо сохранение порядковых номеров (например, до деления доля с порядковым номером 1, после деления две доли с порядковыми номерами 1.1, 1.2).²⁹

Если, согласно российскому законодательству, информация об обременении доли залогом (Pfandrecht) подлежит внесению в ЕГРЮЛ (ст. 22 п. 3 абз. 1 Закона № 14-ФЗ), то немецкий законодатель не предусмотрел указание подобной информации в списке участников ГмбХ. По господствующему в литературе мнению, данные о вещном обременении доли, так же, как и информация об условном отчуждении доли, об открытии конкурсного производства в отношении участника общества, об открытии наследства не подлежат внесению в список.³⁰

Правовые последствия, изложенные в § 16 Закона о ГмбХ, порождает список участников общества, *принятый* торговым реестром. Таким образом, существенное

²⁷ См. www.bundesgerichtshof.de.

²⁸ BGH Beschl. v. 1.3.2011 – II ZB 6/10, NZG 2011, с. 516.

²⁹ MüKoGmbHG/Heidinger GmbHG, § 40, Rn. 37-40.

³⁰ MüKoGmbHG/Heidinger GmbHG, § 40, Rn. 26, 28.

значение имеет именно дата принятия списка участников общества торговым реестром, а не дата правового основания соответствующего изменения или дата составления и подачи списка в торговый реестр.³¹

VI. Обязанность составления списка

Обязанность по обновлению и подаче списка участников общества в торговый реестр возложена на управляющего немецкого ГмбХ (§ 40 п. 1 Закона о ГмбХ) за исключением случаев, когда переход доли требует участия нотариуса. В последнем случае нотариус обязан подать обновленный список участников общества в торговый реестр, а его копию (Abschrift) самому обществу (§ 40 п. 2 Закона о ГмбХ). В сложных М&А сделках, особенно с применением мер реорганизационного характера, не всегда имеется ясность в вопросе, на ком лежит обязанность по обновлению списка. В таких случаях рекомендуется участие обоих: управляющего и нотариуса.³²

На практике часто возникает вопрос, обязан, и если не обязан, то имеет ли право нотариус иностранного государства, который удостоверил сделку по отчуждению доли в немецком ГмбХ, подать обновленный список в немецкий торговый реестр. Немецкое право признает акт нотариального удостоверения сделки (в том числе, договора уступки доли в немецком ГмбХ) нотариусом иностранного государства при условии, что нотариус по уровню (профессионального) образования и положению в правовой системе выполняет функции, схожие с деятельностью немецкого нотариуса, а нотариальный процесс иностранного государства соответствует основополагающим принципам немецкого нотариального процесса.³³ Согласно господствующей в литературе и на практике позиции, публично-правовая *обязанность* подачи списка участников общества в немецкий торговый реестр в силу территориального принципа распространяется лишь на немецких нотариусов, однако нотариус иностранного государства, удостоверивший сделку по отчуждению доли в немецком ГмбХ, *правомочен* на совершение данного действия.³⁴ Иное, высказанное в литературе мнение указывает на то, что в подобных случаях обязанность по подаче списка в торговый реестр лежит на управляющем немецкого ГмбХ ввиду неуправомоченности нотариуса иностранного государства.³⁵

Список участников общества подлежит подаче в торговый реестр *после* фактического перехода доли. При отчуждении доли под отлагательными условиями (уплата покупной цены, получение разрешения антимонопольных органов и т.д.)

³¹ MüKoGmbHG/Heidinger GmbHG, § 16, Rn. 81-82.

³² Schiemzik B. J., Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen seit Geltung des MoMiG, NWB 29/2011, С. 2483; OLG Hamm, Beschluss v. 16.2.2010 – 15 W 322/09, MittBayNot 3/2010, с. 222.

³³ BGH 16.02.1981 - II ZB 8/80, BGH NJW 1981, с. 1160.

³⁴ Roth/Altmeppen, Kommentar zum GmbHG, 8. Auflage 2015, § 40, Rn. 20; Bearbeiter: Altmeppen (далее: Roth/Altmeppen GmbHG); Schiemzik B. J., Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen seit Geltung des MoMiG, NWB 29/2011, с. 2487; Bunnemann/Zirngibl, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Praxis, 2. Auflage 2011, § 7, Rn. 5; BGH 17.12.2013 - II ZB 6/13, BGH NJW 2014, С. 2026; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 2.3.2011 – 1-3 Wx236/10, NJW Spezial 2011, с. 208.

³⁵ Michalski/Ebbing GmbHG, § 40, Rn. 27.

список представляется в торговый реестр соответственно после наступления отлагательных условий. Учитывая, что нотариус не обязан отслеживать факт наступления отлагательных условий, на практике необходим механизм, который бы обеспечил своевременное поступление соответствующей информации к нотариусу. Одним из вариантов является подписание сторонами так называемого Closing Memorandum, в котором констатируется факт наступления всех отлагательных условий и на одну из сторон возлагается обязанность по передаче данного документа нотариусу.³⁶

Если нотариус обязан подать список участников общества в торговый реестр в тех случаях, когда изменения в списке вызваны правовыми действиями, требующими участия нотариуса (договор купли-продажи, договор уступки, решение общего собрания об увеличении, уменьшении уставного капитала и т.д.), то управляющий немецкого ГмбХ действует на основе уведомления (Mitteilung) прежнего и (или) нового участника общества с приложением документов, подтверждающих факт соответствующего изменения (Nachweis). Данной обязанности управляющего корреспондирует право требования, как нового, так и прежнего участника общества, от управляющего незамедлительной *подачи* обновленного списка в торговый реестр, но не подачи списка с *конкретным* содержанием. В тех случаях, когда имеются разногласия относительно содержания списка, ответчиком по делу является само общество.³⁷ Управляющий не управомочен на обновление списка по собственной инициативе, если, по его мнению, список содержит неверные данные, так как содержание списка затрагивает материальные интересы управомоченного участника общества.³⁸

Как управляющий ГмбХ, так и нотариус обязаны подать список в торговый реестр *незамедлительно* (unverzüglich) после любого изменения в составе участников общества или размере их участия (§ 40 пп. 1 и 2 Закона о ГмбХ). «Незамедлительно» означает без излишнего промедления (ohne schuldhaftes Zögern, § 121 п. 1 предл. 1 ГГУ) и, как правило, охватывает срок до двух недель. В тех случаях, когда обязанность лежит на управляющем, срок начинает истекать с момента его уведомления с приложением соответствующих документов.³⁹

Неисполнение обязанности влечет ответственность управляющего ГмбХ в виде возмещения ущерба, причиненного обоим: новому и прежнему участнику общества, а также кредиторам общества (Gesellschaftsgläubiger) (§ 40 п. 3 Закона о ГмбХ). Нотариус несет ответственность на основе общих положений о нотариате⁴⁰ (§ 19 Положения о нотариате⁴¹).

³⁶ Bunnemann/Zirngibl, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Praxis, 2. Auflage 2011, § 7, Rn. 6-7.

³⁷ Michalski/Ebbing GmbHG, § 16, Rn. 229; Schiemzik B. J., Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen seit Geltung des MoMiG, NWB 29/2011, с. 2483; OLG München, Urteil v. 29.07.2010 – 23 U 1997/10, GWR 2010, с. 454.

³⁸ Michalski/Ebbing GmbHG, § 40, Rn. 15-16; Roth/Altmeppen, GmbHG, § 40 Rn. 7.

³⁹ Michalski/Ebbing GmbHG, § 40, Rn. 20.

⁴⁰ Roth/Altmeppen, GmbHG, § 40, Rn. 28.

⁴¹ Bundesnotarordnung (BNotO). Текст на немецком языке: <http://www.gesetze-im-internet.de/bnoto/BJNR001910937.html>.

VII. Добросовестное приобретение доли

Согласно § 16 п. 3 Закона о ГмбХ, добросовестное приобретение доли от неуправомоченного отчуждателя имеет место при наличии следующих условий:

- Отчуждатель внесен в качестве владельца доли в список участников общества, принятый торговым реестром.
- Список является неверным (*unrichtig*) в течение минимум трех лет к моменту приобретения доли либо, если список является неверным менее трех лет, то неверность списка обусловлена действием (бездействием) титульного (законного) владельца доли (*Zurechenbarkeit*).
- Добросовестное приобретение исключено, если приобретатель знал (*Kenntnisse*) или в результате грубой небрежности (*grobe Fahrlässigkeit*) не знал об отсутствии у отчуждателя права на распоряжение долей.
- Добросовестное приобретение исключено, если в отношении списка участников общества имеется возражение (*Widerspruch*).

1. Трехлетний срок или действия (бездействия) титульного (законного) владельца

Добросовестное приобретение доли возможно при условии, что принятый в торговый реестр список участников общества является неверным непрерывно в течение минимум трех лет к моменту приобретения доли. «Неверность» списка означает, что лицо, внесенное в список в качестве владельца данной *конкретной* доли, в действительности не является ее титульным (законным) владельцем и, соответственно, неуправомочен на ее отчуждение.⁴²

Трехлетний срок начинает исчисляться с момента принятия неверного списка торговым реестром. Если, к примеру, в результате корректировки список в отношении конкретной доли исправлен, а позже неверный список (в отношении данной доли) снова внесен в торговый реестр, то трехлетний срок начинает исчисляться заново.⁴³ В случаях, когда верный список был внесен в торговый реестр, а в результате отчуждения доли и необновления списка он стал неверным, срок начинает исчисляться с момента, когда список стал неверным. Так, если отчуждатель внесен в список участников общества, который в течение последних 10 лет не подвергался изменению, а в течение последних трех лет до передачи доли, она (доля) была отчуждена третьему лицу, при этом соответствующие изменения не внесены в список, то в данном случае список считается неверным менее трех лет.⁴⁴

Если список является неверным менее трех лет, то добросовестное приобретение доли возможно при условии, что титульный (законный) владелец сам способствовал изменениям в списке, повлекшим его неверность, либо знал об изменениях списка и

⁴² Michalski/Ebbing GmbHG, § 16, Rn. 210.

⁴³ RegE. BT- Drs 16/6140, с. 39.

⁴⁴ Michalski/Ebbing GmbHG, § 16, Rn. 216; Bunnemann/Zirngibl, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Praxis, 2. Auflage 2011, § 7, Rn. 47; Schiemzik B. J., Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen seit Geltung des MoMiG, NWB 29/2011, с. 2483.

мог их предотвратить, однако не сделал этого. Подобные действия предполагают знание (Kenntnisse) титульного (законного) владельца; грубая неосторожность (grobe Fahrlässigkeit) является недостаточной.⁴⁵ К примеру, приобретатель доли не позаботился о представлении нотариусу информации о наступлении отлагательных условий, в результате чего список общества не был вовремя актуализирован нотариусом.⁴⁶ Иной пример: мнимый наследник (Scheinerbe) скончавшегося участника общества внесен в список, а настоящий наследник не позаботился о том, чтобы управляющий ГмбХ представил в реестр исправленный список.⁴⁷

2. Недобросовестность приобретателя

Добросовестное приобретение исключено, если приобретатель знал или в результате грубой небрежности не знал об отсутствии у отчуждателя права на распоряжение долей.

С точки зрения практики интересными являются следующие вопросы. Имеет ли смысл для приобретателя отказаться от дорогостоящей юридической экспертизы (Due Diligence) истории передачи правового титула на долю и, тем самым, намеренно ограничить возможность получения знаний о (возможной) неуправомоченности отчуждателя? Не будет ли отказ от юридической экспертизы квалифицироваться как грубая небрежность, влекущая недобросовестность приобретателя? По преобладающему мнению в литературе, проведение юридической экспертизы не является сложившимся правовым обычаем. Отказ от ее детального проведения при отсутствии очевидных обстоятельств, свидетельствующих о возможной неуправомоченности отчуждателя, не влечет недобросовестность приобретателя. На практике, однако, как правило, приобретатель все же проводит юридическую экспертизу⁴⁸ (подробнее см. VIII. M&A, Due Diligence).

3. Отсутствие возражения

В результате перехода на электронную систему все списки участников общества, принятые торговым реестром, доступны для третьих лиц в режиме on-line. Титульный (законный) владелец без особых сложностей и материальных затрат может в любое время осведомиться о содержании списка и при необходимости прореагировать путем инициирования «внесения» (Zuordnung) возражения с согласия лица, которое указано в списке в качестве участника общества, либо на основе специального решения суда (einstweilige Verfügung, § 938 Гражданского процессуального кодекса⁴⁹).

⁴⁵ Michalski/Ebbing GmbHG, § 16, Rn. 214.

⁴⁶ Bunnemann/Zirngibl, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Praxis, 2. Auflage 2011, § 7, Rn. 54.

⁴⁷ RegE. BT- Drs 16/6140, с. 39.

⁴⁸ Michalski/Ebbing GmbHG, § 16, Rn. 223; Schiemzik B. J., Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen seit Geltung des MoMiG, NWB 29/2011, с. 2484.

⁴⁹ Zivilprozessordnung (ZPO). Текст на немецком и английском языках: <http://www.gesetze-im-internet.de/zpo/>.

Неиспользование данных инструментов защиты титульным (законным) владельцем в течение трех лет непрерывно открывает возможность для добросовестного приобретения доли.

Возражение препятствует добросовестному приобретению доли в соответствии с § 16 п. 3 Закона о ГмбХ, однако не влияет на формальное положение участника общества в соответствии с § 16 п. 1 Закона о ГмбХ. Также возражение не препятствует действительному (титульному) владельцу распорядиться своей долей.⁵⁰

При отчуждении доли под отлагательным условием до наступления соответствующего условия продавец остается собственником доли и может распорядиться ею путем отчуждения третьему лицу. В целях защиты интересов покупателя предлагается применение возражения, которое должно служить «предупреждающим сигналом» для третьих лиц и предотвратить добросовестное приобретение доли.⁵¹ Судебная практика, однако, высказалась в пользу недопустимости подобной меры защиты интересов приобретателя, так как возражение, по задумке законодателя, должно защитить интересы добросовестного приобретателя от неправомочного отчуждателя, а продавец до наступления отлагательного условия остается правомочным отчуждателем.⁵² Для решения данной правовой проблемы практиками предлагаются следующие два варианта: предоставление приобретателю права залога на приобретенную им долю, либо, одновременно с заключением договора купли-продажи, уступка приобретателю доли с номинальной стоимостью 1 евро, в результате чего приобретатель на основе положений устава о необходимости получения согласия участников общества может блокировать последующее отчуждение доли.⁵³

4. Вера добросовестного приобретателя

Закон защищает веру добросовестного приобретателя в то, что отчуждатель обладает *правом распоряжения* (*Verfügungsbefugnis*) в отношении конкретной доли. При этом правомочность имеет отношение к данным, внесенным в список участников общества (см. выше Приложение 1). Неверное указание номинальной стоимости доли не препятствует добросовестному приобретению. Важно, однако, иметь в виду, что добросовестное приобретение доли, которая в действительности не существует, невозможна. Закон также не защищает веру добросовестного приобретателя в то, что доля является свободной от вещного обременения (залога (*Pfandrecht*), права пользования (*Nießbrauch*)) или в то, что право распоряжения отчуждателя не ограничено, к примеру, положениями устава общества.⁵⁴

⁵⁰ RegE. BT- Drs 16/6140, с. 39.

⁵¹ Michalski/Ebbing GmbHG, § 16, Rn. 238; Bunnemann/Zirngibl, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Praxis, 2. Auflage 2011, § 7, Rn. 69.

⁵² Schiemzik B. J., Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen seit Geltung des MoMiG, NWB 29/2011, с. 2487; OLG München, 11.3.2011 - 31 Wx 162/10, DB 2011, с. 757.

⁵³ Schiemzik B. J., Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen seit Geltung des MoMiG, NWB 29/2011, С. 2487.

⁵⁴ Roth/Altmeppen, GmbHG, § 16, Rn. 60 - 66.

VIII. M&A, Due Diligence

До реформы добросовестное приобретение доли в немецком ГмбХ было невозможным. Поэтому для минимизации риска покупки доли от неуправомоченного отчуждателя у покупателя, по существу, было две возможности: на стадии до заключения договора купли-продажи – проследить всю историю передачи правового титула на долю вплоть до формирования общества, а при заключении договора – потребовать от продавца гарантию о том, что продавец является титульным (законным) владельцем отчуждаемой доли.

Однако, данные меры зачастую не решали проблему покупателя. Юридическая экспертиза передачи титула на долю требует представления со стороны продавца всех документов, подтверждающих надлежащее формирование общества, передачу доли, мер по увеличению, снижению уставного капитала и т.д. В тех случаях, когда общество подвергалось частым реорганизациям, либо смена ее участников была частой, продавец зачастую не в состоянии представить всю требуемую документацию. Проблема гарантии заключается в том, что если после совершения сделки все же будет установлено, что продавец не является титульным (законным) владельцем доли, то продавец, как правило, не в состоянии удовлетворить требование покупателя о передаче надлежащей доли, так как передача доли вопреки воле титульного (законного) владельца невозможна. В тех случаях, когда покупатель произвел изменения в обществе, восстановление ситуации, какой она была до заключения сделки с неуправомоченным отчуждателем, как правило, сложно реализовать на практике.⁵⁵

Новое регулирование списка участников общества должно способствовать созданию полной картины актуального состава участников общества, а также всех изменений в составе в прошлом. Норма о добросовестном приобретении доли направлена, прежде всего, на снижение правовых рисков для приобретателя, сокращение затрат на дорогостоящие юридические экспертизы.⁵⁶

В рамках Due Diligence приобретателю надлежит затребовать в режиме on-line список участников общества и установить, подвергался ли список изменению в отношении *отчуждаемой* доли в течение последних трех лет. Так, если список оставался без изменений и нет иных оснований, указывающих на неуправомоченность отчуждателя, то этим проверка правомочности отчуждателя может быть ограничена. Добросовестное приобретение доли будет иметь место, даже если список являлся «неверным». В тех случаях, когда список обновлялся в течение трех (последних) лет, то проверке подлежит как минимум последняя уступка. Покупателю необходимо уделить особое внимание на договор уступки (нотариальное заверение, соблюдены ли положения о представительстве, наступили ли отлагательные условия), а также на устав общества в редакции, действующей в момент заключения сделки (наличие преимущественного права покупки, положений, требующих согласия общества, собрания общества, участника общества на отчуждение доли и т.д.).

⁵⁵ RegE. BT- Drs 16/6140, с. 38.

⁵⁶ RegE. BT- Drs 16/6140, с. 38.

Несмотря на положения о добросовестном приобретении доли, как и прежде, юридическая экспертиза надлежащего формирования ГмбХ, мер по снижению и увеличению уставного капитала, делению и соединению долей, наличия вещного обременения, возможных ограничений права распоряжения долей неизбежна. В договоре купли-продажи покупатель и сегодня, как правило, требует от продавца гарантии о том, что продавец является титульным (законным) владельцем доли, список общества является «верным», доля не подлежала отчуждению в течение последних трех лет, а также что доля не обременена.

Об авторе:



Альбина Визер, к.ю.н.

Дипл. юрист (РФ), Dipl. jur. oec. Univ. (ФРГ)

С 2017 г. консультант в компании

Ernst & Young (Нюрнберг), специализация налоговое право

E-Mail: albina.veeser@de.ey.com

albina.veeser@outlook.com

Построение системы Compliance в группе компаний

Die Einrichtung eines Compliance-Systems in einer Unternehmensgruppe

Наталья Близнякова (Natalia Bliznyakova)

Der vorliegende Aufsatz bezieht sich auf die Problematik der Umsetzung eines effektiven Compliance Management Systems (CMS) in einem international tätigen Unternehmen. Erstens, soll die juristische Person die Entscheidung treffen, ob und auf welche Weise sie die relevanten Compliance-Risiken verwalten wird. Dabei kommen viele Kriterien in Betracht: Tatigkeitsbranche, Unternehmensgröße, betroffene Länder, Position auf dem Markt, Struktur des Unternehmens usw. Grundsätzlich bedeutet es, dass die Einrichtung eines CMS immer einen individuellen Ansatz erfordert.

Besonders kompliziert ist es, ein relativ einheitliches Compliance System in einem solchen Unternehmen zu implementieren. Das Problem liegt nicht nur darin, dass verschiedene Rechtssysteme die gleichen Taten unterschiedlich betrachten, sondern auch an kulturellen Unterschieden. Trotzdem gibt es bestimmte Empfehlungen und Hinweise, die man bei der Gestaltung eines CMS in Betracht nehmen kann. Diese Ratschläge und Beispiele („best practice“) wurden in verschiedenen internationalen Standards verankert, die ebenso in diesem Aufsatz erwähnt werden.

I. Комплаенс: определение и цели

1. Что такое «комплаенс»?

Понятие «комплаенс» впервые возникло в странах англо-саксонского права, в дальнейшем получило широкое распространение в Европе, а затем и по всему миру (в соответствии со сферами деятельности международных компаний, внедряющих системы комплаенс-менеджмента в своих дочерних предприятиях). Понятие «комплаенс» (вернее, сам подход к системам внутреннего контроля, который сейчас обозначается данным термином) изначально было известно лишь в банковской и финансовой сферах, в первую очередь, касаясь мер по предотвращению коррупции, легализации (отмывания) денежных средств и валютного контроля.

Термин «compliance» (от английского «to comply» – «соответствовать», действовать в соответствии с нормами и стандартами как локального, национального, так и международного уровней), заимствовался изначально на внутрикорпоративном, а не законодательном уровне. Поэтому и в немецком, и в российском праве на данный момент отсутствует правовое определение понятия «комплаенс», несмотря на то, что оно широко используется на практике и специализированной литературе. В российском праве наиболее подходящей дефиницией является «внутренний контроль», применимый,

прежде всего, в банковской сфере¹, аналогично «системе внутреннего контроля» (Internes Kontrollsystem)² или «контрольно-надзорным мерам» (Aufsichtsmaßnahmen) в Германии. Также определение термина «комплаенс» можно найти в Немецком Кодексе корпоративного управления, рекомендуемого к применению в акционерных обществах, представленных на бирже (börsenorientierte Unternehmen), в соответствии с которым «комплаенс» рассматривается как обязанность Правления гарантировать соблюдение организацией законодательных норм и локальных нормативных актов.³

Комплаенс, тем не менее, не является в полной мере новым явлением. Это лишь новый термин для уже существующей системы обеспечения соблюдения норм законодательства и подзаконных актов в организации⁴. Разумеется, чем шире сфера деятельности юридического лица, чем сложнее его корпоративная структура и чем выше его риски (связанные, например, с участием во внешнеэкономической деятельности, особым положением на рынке, деятельностью в стратегических областях экономики, на валютных рынках и т.д.), тем более сложная COMPLAENS-система потребуется для обеспечения соблюдения применимых норм.

В настоящей статье рассматривается вопрос внедрения COMPLAENS-системы в организациях, не связанных с банковской, финансовой, биржевой и иными сферами деятельности, подлежащими специальному регулированию. Далее будут представлены общие рекомендации по построению такой системы в организации, без учета специализированных норм.

2. Цели и задачи COMPLAENS-системы

Основная задача COMPLAENS-системы в организации состоит в минимизации рисков нарушения законодательства и, как следствие, в недопущении убытков и ущерба (в т.ч. репутационного) в связи с такими нарушениями. При этом традиционно основными COMPLAENS-рисками считаются риски нарушения антимонопольного законодательства и законодательства о защите конкуренции (Kartellrecht), а также антикоррупционного законодательства. Тем не менее, в более широком смысле понятие «комплаенс» включает в себя соблюдение всех применимых к деятельности организации законов и норм – от требований бухгалтерского и налогового учета до обработки персональных данных и требований трудового законодательства. При этом COMPLAENS не ограничивается лишь соблюдением нормативных правовых актов международного и национального уровня, но также подразумевает соблюдение локальных актов, кодекса этики и внутрикорпоративных политик организации.

¹ См. Положение об организации внутреннего контроля в кредитных организациях и банковских группах, утв. Банком России, 16.12.2003 N 242-П.

² Rundschreiben der BaFin (BA 54-FR 2210-2012/0002): Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk) р. 4.3 / См. п. 4.3 Циркуляра Федерального Управления по финансовому надзору: минимальные требования к управлению рисками.

³ См. п. 4.1.3 DCGK (Deutscher Corporate Governance Kodex) / Немецкий Кодекс корпоративного управления, http://www.dcgk.de/de/kodex/archiv.html?file=files/dcgk/usercontent/de/download/kodex/2014-06-24_Deutscher_Corporate_Governance_Kodex.pdf.

⁴ См. Решение Земельного суда г. Мюнхен / LG München I, ZIP 2014, S. 570.

3. Функции Комплаенс-системы

Функции Комплаенс-системы в организации можно условно разделить на два вида: превентивный контроль (преимущественно, т.к. задача комплаенс-системы состоит, в первую очередь, в предотвращении нарушений) и последующий контроль, т.е. меры по выявлению рискованных случаев, реакция на инциденты и минимизация рисков. Для выполнения указанных функций организации требуется внедрить систему комплаенс-менеджмента („Compliance Management System“, далее - CMS), т.е. провести оценку комплаенс-рисков, разграничить зоны ответственности между подразделениями компании, определить ответственных лиц, установить процесс информирования об инцидентах (например, используя анонимные «горячие линии») и порядок их расследования и т.д.

Необходимо принять во внимание тот факт, что комплаенс-риски состоят не только в применении санкций к организации или к ее руководителям, но также в потенциальной потере клиентуры, доли рынка, деловой репутации, а, возможно, и бизнеса. Оценка рисков необходимо проводить как до внедрения системы комплаенс (для того, чтобы построить ее максимально эффективным образом), так и на регулярной основе уже после разработки и внедрения указанной системы (в целях ее постоянной оптимизации и приведения в соответствие с особенностями конкретной организации). Несмотря на то, что прямая обязанность внедрения системы комплаенс-менеджмента существует в Германии в настоящий момент лишь в отношении банковских и кредитных учреждений⁵, а в отношении акционерных обществ, представленных на бирже, соответствующие рекомендации содержатся в Кодексе корпоративного управления (см. выше), многие организации столкнулись с потребностью в управлении рисками и стали внедрять аналогичные системы на добровольной основе. Вслед за крупными организациями, внедрением лучших практик по комплаенсу заинтересовался также средний бизнес. Вопрос о целесообразности внедрения комплаенс-практик в организациях, не связанных с банковской, финансовой, страховой или биржевой деятельностью, при условии отсутствия законодательного требования о внедрении подобных мер, решается индивидуально. Таким образом, несмотря на то, что любая организация несет ответственность за соблюдение законодательства, далеко не каждая внедряет полноценную Комплаенс-систему, чтобы гарантировать и контролировать соблюдение применимых норм. Далее мы рассмотрим, какая мотивация движет организациями при внедрении Комплаенс-систем.

II. Комплаенс-система: роскошь или необходимость?

1. В целом, средний бизнес на данный момент не ощущает достаточной мотивации для инвестирования в организацию систем комплаенс-менеджмента⁶, несмотря на то, что этой проблемой за последние 2-3 года вплотную занялись профессиональные

⁵ См., в частности, § 33 абз. 1 п. 2 пп. 1, § 33d абз. 5 пп. 2 Закона о ценных бумагах (Wertpapierhandelsgesetz), текст на немецком языке: <http://www.gesetze-im-internet.de/wphg/>.

⁶ См. Remberg: Beobachtungen und Anmerkungen zu Compliance im Mittelstand (*Наблюдения и замечания в отношении Комплаенс на предприятиях среднего бизнеса*); CCZ 2015, 97.

объединения. В результате этой тенденции Международной торговой палатой (International Chamber of Commerce, ICC) 27.04.2015 было выпущено руководство по внедрению системы комплаенса в сфере защиты конкуренции на предприятиях среднего бизнеса (SME-Toolkit⁷), а Международная организация по стандартизации (International Organization for Standardization, ISO) в 2014 году выпустила международный стандарт ISO 19600 по Комплаенс-системам⁸, рассчитанный также на средний бизнес. Кроме того, уже в 2011 году Институт аудиторов (Institut der Wirtschaftsprüfer) представил свой стандарт проведения аудиторских проверок систем комплаенс-менеджмента (IDW PS 980).

Предприятия среднего бизнеса до недавнего времени не видели необходимости в выделении средств на разработку и внедрение Комплаенс-систем, внутрикорпоративных политик по комплаенсу, на обучение сотрудников, организацию «горячих линий» и найма комплаенс-специалистов, мотивируя это тем, что в их отношении отсутствует прямая законодательно закрепленная обязанность по внедрению таких систем и мер. Однако в этой связи необходимо обратить внимание, в частности, на §130 немецкого закона об административных правонарушениях (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, OWiG).⁹ В соответствии с этим положением владелец предприятия, не применяющий надзорно-контрольных мер (Aufsichtsmaßnahmen), необходимых для предотвращения нарушений, влекущих применение штрафов, несет ответственность в случае, если такое нарушение было допущено, но могло бы быть предотвращено, если бы необходимые надзорно-контрольные меры были приняты. В качестве примера таких надзорно-контрольных мер закон упоминает назначение, надлежащий отбор и контроль за ответственными лицами. Размер штрафа за нарушение указанной нормы (т.е. за само «неприменение мер надзора и контроля») может достигать 1 млн. евро.

Данная статья вызывает ряд вопросов, связанных, в частности, с определением «владельца предприятия», возможностью ее трансграничного применения (например, в отношении зарубежных дочерних предприятий немецкой материнской компании), критериев определения «достаточности» принятых надзорно-контрольных мер и т.д., которые мы рассмотрим ниже.

2. Что касается субъектного состава указанной нормы, судебная практика показывает, что положения §130 OWiG находят свое применение также в случае нарушений, допущенных дочерними предприятиями.¹⁰ При этом материнская компания рассматривается в качестве «владельца предприятия» (Inhaber eines Unternehmens), подлежащего ответственности. Таким образом, необходимость внедрения комплаенс-процедур на предприятиях со сложной организационной структурой и в группах

⁷ Kasten/Traugott: Das ICC Toolkit zur kartellrechtlichen Compliance auf Deutsch und das ICC KMU-Toolkit („SME Toolkit“) – Eine Einführung und „Gebrauchsanleitung“ (Инструмент по антимонопольному Комплаенсу, разработанный МТП – введение и «руководство по использованию») (CCZ 2015, 157).

⁸ <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:19600:ed-1:v1:en>.

⁹ https://www.gesetze-im-internet.de/owig_1968/_130.html.

¹⁰ См. Caracas: § 130 OWiG – Das lange Schwert der Korruptionsbekämpfung im privaten Sektor – Teil 1 (§130 OWiG – длинный меч борьбы с коррупцией в частном секторе – часть 1) (CCZ 2015, 167).

компаний становится очевидной. В случае нарушения дочерней организацией, зарегистрированной за рубежом, например, законодательства о защите конкуренции или антикоррупционного законодательства, материнская компания в Германии, не внедрившая эффективную систему контроля за соблюдением законодательства, рискует быть привлеченной к ответственности по данной статье путем наложения существенного денежного штрафа.¹¹

Другой закономерный вопрос, связанный с применением данной статьи, – несет ли материнская компания ответственность за действия дочерней компании в случае, если в соответствии с законодательством страны, в которой дочерняя компания зарегистрирована и действует, такое деяние не является наказуемым, а в Германии повлекло бы привлечение к ответственности (например, коммерческий подкуп (Bestechung im geschäftlichen Verkehr) в Индии)? В немецкой юридической литературе на этот вопрос также дается утвердительный ответ.¹²

К счастью, ответственность материнской компании или головной компании концерна (Konzernobergesellschaft) наступает лишь в случае, если материнская компания осуществляет фактическое непосредственное управление дочерним обществом. Таким образом, дочерняя компания, действующая автономно и самостоятельно, не создает для материнской компании угрозы привлечения к ответственности по указанной статье. Сложности возникают в случае, если материнская компания осуществляет частичное руководство, например, контролирует принятие решений по определенным стратегическим вопросам. В этом случае немецкие юристы, а также судебная практика говорят о возможности применения «секторальной ответственности»¹³, т.е. в каждом конкретном случае предмет контроля со стороны материнской компании соотносится со сферой деятельности дочерней компании, с которой связано нарушение. Если данная сфера входит в круг вопросов, по которым решение принимается материнской компанией, она может быть привлечена к ответственности.

3. Для ответа на вопрос о необходимости внедрения системы комплаенс в организации необходимо также проанализировать риски и определить размер потенциального ущерба, который может возникнуть в связи с нарушениями. Выше рассматривались последствия невнедрения систем контроля, повлекшего нарушение, которое можно было бы избежать, если бы соответствующая система контроля была внедрена. Однако последствия, связанные с «невнедрением системы контроля» как таковой, менее значимы, нежели последствия в виде привлечения к ответственности организации и / или конкретных должностных лиц непосредственно за само нарушение.

¹¹ См. решение Федеральной антимонопольной службы (Bundeskartellamt) в отношении Etex-Holding GmbH от 09.02.2009, ВКАРТА дело № В1-200/06; которое затем было оспорено http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/AktuelleMeldungen/2013/03_06_2013_Casesummary.html.

¹² См. Caracas: § 130 OWiG – Das lange Schwert der Korruptionsbekämpfung im privaten Sektor – Teil 2 (CCZ 2015, 218).

¹³ См. OLG München: Zur Anwendbarkeit von § 130 OWiG auf Konzernsachverhalte (CCZ 2016, 44).

Ответственность организации сводится, как правило, к выплате крупных денежных штрафов, устранению за свой счет последствий нарушения, в ряде случаев – к лишению лицензии и т.д. Для наглядности далее приведены размеры штрафов по наиболее известным делам о нарушении антикоррупционного законодательства: (Ferrostahl – 140€ млн.¹⁴, Siemens – 800 млн. USD, Alcoa 384 млн. USD¹⁵, Sanofi – 28€ млн.¹⁶) и законодательства о защите конкуренции: (Südzucker AG – 195,5€ млн.; картель четырех производителей ж/д рельсов и креплений – 97,6€ млн.).¹⁷

Также к ответственности могут привлекаться отдельные должностные лица организации, принимающие управленческие решения, либо в силу своей должности несущие ответственность за допущенные нарушения. Важный аспект такой ответственности состоит в том, что на уровне конкретной организации нарушение может быть осуществлено любым сотрудником. При этом топ-менеджмент может быть в действительности не осведомлен о действиях среднего звена или рядовых сотрудников, однако может привлекаться к ответственности (в т.ч. лично) за выявленное правонарушение, т.к. его осведомленность презюмируется. Чем шире круг лиц, которые потенциально могут совершить нарушение, тем более ограничены возможности управленческого контроля и тем сложнее использовать традиционные методы борьбы с потенциальными правонарушениями. Указанные должностные лица организации, ее руководители и топ-менеджмент в наибольшей степени должны быть заинтересованы в соблюдении норм, т.к. в случае допущенных нарушений они могут нести дисциплинарную (вплоть до увольнения), административную, гражданско-правовую и уголовную ответственность (например, финансовый директор Siemens был оштрафован на 15€ млн.¹⁸ в связи с коррупционным скандалом, руководитель ревизионного отдела вынужден был заплатить штраф в размере 120 дневных ставок¹⁹), не говоря уже о репутационных рисках конкретных сотрудников и сложностей с последующим трудоустройством. В связи с этим в крупных организациях распространено страхование ответственности топ-менеджеров (Directors and Officers, D&O). Данный вид страхования распространяется только на ответственность отдельных должностных лиц, а не на ответственность юридического лица в целом, поэтому в целях минимизации рисков привлечения организации к ответственности необходимо внедрить соответствующие системы контроля.

По сравнению с англо-саксонским правом, немецкое право в настоящий момент не предусматривает достаточной мотивации к внедрению Комплаенс-систем. Например, согласно п. 7 ст. 2 британского Акта о взятках (UK Bribery Act 2010)²⁰, внедрение организацией соответствующих мер по предотвращению нарушения рассматривается

¹⁴ См. FAZ 15.10.2011, 17.

¹⁵ См. отчет Baker & McKenzie, CIS, Limited, за 2014 год.

¹⁶ FAZ v. 03.03.2014.

¹⁷ См. отчет Федеральной Антимонопольной Службы:

http://www.bundeskartellamt.de/DE/Kartellverbot/kartellverbot_node.html.

¹⁸ См. решение Земельного суда г. Мюнхен (LG München I) от 10.12.2013 – 5 НКО 1387/10 по делу Siemens / Neubürger: <http://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2014-N-01998?hl=true&AspxAutoDetectCookieSupport=1>.

¹⁹ См. решение Верховного федерального суда (Bundesgerichtshof, BGH) от 17.07.2009 (Az 5 StR 394/08).

²⁰ См. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>.

как обстоятельство, позволяющее снизить размер штрафа. Возможно, снижение ответственности при условии принятия определенных мер по предотвращению нарушения, побудило бы большее число компаний Германии к внедрению Комплаенс-систем.²¹

III. Основные элементы Комплаенс-системы

1. Общепринятая практика и международные стандарты

Для того, чтобы упростить организациям задачу по внедрению систем комплаенс-менеджмента, а также для выработки руководящих принципов и единого подхода к оценке эффективности внедренных CMS и поиску их уязвимых областей были разработаны (и регулярно актуализируются) различные международные стандарты, отразившие руководящие принципы и лучшие практики построения CMS.

Например, Стандарт по аудиту Комплаенс-систем IDW PS 980, принятый Институтом аудиторов в 2011 году, предусматривает 7 основных элементов, которые учитываются при оценке эффективности внедренной в организации Комплаенс-системы:

- 1) установление комплаенс-целей;
- 2) идентификация комплаенс-рисков;
- 3) корпоративная культура, направленная на соблюдение применимых норм;
- 4) комплаенс-программа;
- 5) комплаенс-коммуникации;
- 6) комплаенс-организация;
- 7) контроль и совершенствование Комплаенс-системы.²²

В 2014 году был принят международный стандарт ISO 19600²³, служащий ориентиром при внедрении CMS в организациях и содержащий основные руководящие принципы эффективной Комплаенс-системы. В частности, при создании в организации комплаенс-функции указанный стандарт рекомендует предусмотреть отдельную, независимую должность ответственного по комплаенс либо соответствующее подразделение, имеющее достаточные ресурсы для расследования инцидентов и возможность прямой связи с руководством компании. Модель CMS в соответствии с ISO 19600 должна отвечать следующим критериям²⁴: прежде всего, это система риск-менеджмента, поэтому ее построение и дальнейшее функционирование зависит от результата оценки рисков; она должна встраиваться в структуру менеджмента, существующую в организации (соответствующие уровни, подотчетность, линейная

²¹ Grützner: Unternehmensstrafrecht vs. Ordnungswidrigkeitenrecht (CCZ 2015, 56).

²² Eichler, Hubertus – Compliance-Management-Systeme – Praktische Ausgestaltung für Teilbereiche Antikorruption sowie Wettbewerbs- und Kartellrecht (Система комплаенс-менеджмента: практическая организация в части антикоррупционного и антимонопольного законодательства), in: WPg 2015, S. 7 – 15.

²³ Fissenewert: Compliance für den Mittelstand (Комплаенс для предприятий среднего бизнеса) NZG 2015, 1009.

²⁴ См. <http://www.iso19600.info/>.

либо «матричная» структура управления и т.д.); должна использоваться PDCA-модель (Plan > Do > Check > Act) или «Цикл Деминга»: план – выполнение – проверка – реакция (корректировка). Идентификация комплаенс-рисков включает в себя их оценку (вероятность наступления, серьезность последствий) и управление такими рисками.²⁵ Кроме того, стандарт ISO 19600 подчеркивает необходимость проведения тематических комплаенс-тренингов среди сотрудников компании и их регулярного повторения и актуализации, в частности, при изменении ситуации с рисками, при выходе на новые рынки, изменении внутренних процессов и организационной структуры и т.д.

В 2014 году вышел перевод на немецкий язык «практического пособия» по антимонопольному комплаенсу, разработанного Международной торговой палатой (International Chamber of Commerce, ICC), - ICC Toolkit²⁶. Позднее, в 2015 году, была также создана версия для среднего бизнеса. Документ касается превентивных, контрольных мер и мер реагирования на инциденты, связанные с нарушением законодательства о защите конкуренции, и состоит из одиннадцати разделов: 1. Комплаенс как неотъемлемая часть корпоративной политики и культуры; 2. Организация Службы Комплаенс и необходимые ресурсы; 3. Идентификация и оценка рисков; 4. Ноу-Хау антимонопольного Комплаенса; 5. Система информирования об инцидентах; 6. Внутрикорпоративные расследования; 7. Дисциплинарные меры; 8. Антимонопольный Due Diligence; 9. Сертификация системы антимонопольного комплаенса; 10. Стимулирование к внедрению Комплаенс-системы; 11. Надзор и постоянная оптимизация системы.

Имеются и другие определения основных элементов CMS системы, например: 1) анализ рисков, 2) назначение ответственного лица, 3) принятие внутрикорпоративных актов, обучение и информирование, 4) расследование сообщений об инцидентах, 5) преследование и наказание нарушителей²⁷.

Руководствуясь вышеизложенными принципами, можно построить эффективную систему комплаенс-контроля и снизить риски привлечения к ответственности как организации, так и ее отдельных должностных лиц.

2. Кодекс корпоративного поведения

Понятие «Комплаенс» не ограничивается лишь соблюдением законодательных норм и подзаконных актов. Оно включает в себя также вопросы корпоративной этики, которая, как и любая «этика», является в определенной мере субъективным понятием. Кодексы корпоративного поведения (англ. Code of conduct, нем. Verhaltenskodex) закрепляют основные ценности организации (например, такие как соблюдение законности, лояльность, профессионализм, клиентоориентированность, принцип недопустимости дискриминации, «нулевая» толерантность (англ. zero tolerance) и т.д.). Сложность работы Комплаенс-менеджеров заключается в том, что, помимо чисто

²⁵ Schröder: Die Entwicklung von Compliance-Management-Systemen hinsichtlich Kartellrechtscompliance (Развитие систем комплаенс-менеджмента в отношении антимонопольного законодательства) (CCZ 2015, 63).

²⁶ Kasten / Traugott: Das ICC Toolkit zur kartellrechtlichen Compliance auf Deutsch und das ICC KMU-Toolkit („SME Toolkit“) – Eine Einführung und „Gebrauchsanleitung“ – (CCZ 2015, 157).

²⁷ Meinhard Remberg: Beobachtungen und Anmerkungen zu Compliance im Mittelstand, CCZ 2015, 97.

правового поля, они также работают в поле этическом и должны управлять рисками, которые сложно калькулировать и систематизировать (например, риски потери деловой репутации). Кроме того, сложности могут возникать при формулировании определенных внутрикорпоративных политик по комплаенс. Например, вопрос дарения и принятия подарков является достаточно щепетильным, так как, отвергая подаренное, есть риск потерять деловое расположение контрагента, а, принимая дорогостоящий подарок, можно попасть под действие антикоррупционного законодательства.

Кодекс корпоративной этики также может содержать руководящие принципы коммуникации сотрудников с руководством, коллегами, клиентами, конкурентами и государственными органами. Очевидно, что при взаимодействии, например, с коллегами и с конкурентами будет различаться и объем, и характер обмениваемой информации. Например, во избежание рисков нарушения антикоррупционного законодательства следует с должным вниманием относиться, в частности, к выбору посредников (к которым относятся торговые представители, агенты, консультанты и т.д.). Процедура выбора посредников может предполагать предварительную проверку будущего контрагента (Due Diligence). Полученная в ходе такой проверки информация призвана снизить риск нарушения антимонопольного законодательства (например, в случае, если посредник имеет ключевую позицию на рынке, позволяющую оказывать влияние на конкурентную среду, либо приобретет такую возможность после заключения договора с вашей компанией, либо является аффилированным лицом с ее конкурентами, либо имеется риск конфликта интересов). Полученную информацию рекомендуется направить комплаенс-офицеру (Compliance Officer) и юристам в целях оценки рисков. Указанные меры в равной степени применимы также к взаимоотношениям с контрагентами и конкурентами, т.к. при взаимодействии с ними имеется существенный риск привлечения к ответственности за картельный сговор (на «вертикальном» или «горизонтальном» уровнях) в рамках антимонопольного законодательства. Однако, с кем бы сотрудник ни взаимодействовал, общим будет ориентир на тактичность, профессионализм, лояльность компании и избежание конфликта интересов.

Организация, одной из ценностей которой является комплаенс-поведение, т.е. соблюдение применимых норм, руководствуется такими традиционными комплаенс-принципами, как «zero tolerance» или «любое нарушение наказуемо», например, взятка в размере 50€ или 5000€ одинаково считается нарушением, «незначительные» нарушения не прощаются. Распространен также принцип «tone at the top»²⁸, то есть корпоративные ценности и ориентир на законопослушное поведение и честную конкуренцию исходит от руководства и закрепляется в кодексе корпоративной этики, обязательном для всех сотрудников. Указанные принципы являются элементами корпоративной культуры и находят свое отражение в Кодексах корпоративного поведения.

²⁸ Bürkle: Compliance als Aufgabe des Vorstands der AG – Die Sicht des LG München I (CCZ 2015, 52).

Кодексом корпоративного поведения также могут устанавливаться правила поведения в определенных ситуациях, либо при работе с определенной информацией, например:

Защита данных – сотрудники должны с особой осмотрительностью относиться к персональным данным, т.к. их сбор, обработка, хранение, передача и т.д. строго регулируются на законодательном уровне (как национальном, так и международном). В первую очередь, это относится к трансграничной передаче данных, которая может иметь место в компании с иностранным учредителем (либо в материнской компании с дочерними обществами за рубежом). Если понимать защиту данных более широко, сюда также можно отнести необходимость соблюдения конфиденциальности и охраны коммерческой тайны (в т.ч. данных, составляющих интеллектуальную собственность, включая секреты производства (ноу-хау) и т.д.). По общему правилу, в случае необходимости обмена такой информацией с ее получателем заключается соглашение о конфиденциальности. Кроме того, сотрудники организации должны быть ознакомлены под роспись с политикой о конфиденциальности.

Конфликт интересов – в первую очередь, касается долей, акций и иного участия сотрудников или их родственников в компаниях конкурентов, клиентов, поставщиков. Кодексом корпоративной этики может устанавливаться, какая доля признается существенной и о каком участии должно быть заявлено. Зачастую понятие конфликта интересов толкуется еще шире и означает необходимость разделения профессиональных и личных интересов. В частности, конфликт интересов может иметь место при заключении сделок с родственниками или знакомыми. Сотрудникам следует избегать подобных случаев и сообщать о них уполномоченному комплаенс-офицеру.

Проведение платежей – относится к сотрудникам, осуществляющим проведение платежей в компании. Необходимо учитывать законодательство о легализации (отмывании) денежных средств; требования валютного контроля (если они применимы), приоритет безналичных платежей, внимание к нестандартным транзакциям и др.

Охрана труда, защита окружающей среды – в соответствии с корпоративными стандартами на производстве может назначаться ответственный по охране труда, промышленной и пожарной безопасности, а также по защите окружающей среды.

Инсайд, коммерческая тайна – понятие «инсайдерская информация» применимо, в первую очередь, к организованным торгам и компаниям, представленным на бирже. Сотрудники могут обладать информацией, раскрытие которой третьим лицам потенциально может оказать влияние на курс акций компании. Подписывая соглашение о конфиденциальности при приеме на работу, сотрудники обязуются относиться к информации, ставшей им известной в связи с выполнением их служебных обязанностей, как к конфиденциальной. Это может быть любая информация – результаты проверок, коммерческие условия заявки на конкурс / тендер, сведения о штрафах и привлечении компании к ответственности, коммерческие условия заключенных или планируемых к заключению договоров и т.д.

3. Организация CMS

Комплаенс-система предполагает наличие в организации лиц (Compliance-Officer или Compliance-Beauftragte), ответственных за анализ и идентификацию комплаенс-рисков, обучение руководства и сотрудников по соответствующим темам, расследование инцидентов, разработку внутрикорпоративных процедур и правил, предназначенных для минимизации рисков и т.д. В организациях со сложной структурой и наличием региональных дочерних обществ система COMPLIANCE может предусматривать несколько уровней, например: локальный (ответственное лицо т.н. «комплаенс-офицер» в подразделении), региональный (Комплаенс-Комитет дочернего предприятия) и головной (Комплаенс-Комитет или Департамент материнской компании).²⁹

Важным условием является отделение системы комплаенс от функциональных департаментов, потому что, по аналогии со службой внутренней ревизии, именно независимость службы комплаенс от других подразделений позволит лучшим образом достичь поставленных целей. Помимо прочего, одной из задач сотрудников комплаенс-службы является расследование дел, связанных с нарушениями, умышленно или по неосторожности совершенными сотрудниками организации. В случае, если комплаенс-служба не будет отделена от функционального подразделения, во-первых, сложно будет гарантировать беспристрастность при расследовании, а, во-вторых, сложно будет поддерживать должный уровень доверия сотрудников, опрашиваемых об обстоятельствах совершенного нарушения. Разумеется, не во всех организациях комплаенс-система может быть построена подобным образом, поэтому, как уже говорилось выше, необходимо исходить из индивидуальных особенностей организации – структуры, количества сотрудников, сферы деятельности и т.д.

В целях быстрого информирования о событиях, связанных с потенциальными нарушениями, в организациях часто используется «горячая линия» (whistleblower-hotline³⁰) связи с ответственными сотрудниками службы комплаенса (телефон, факс, электронная почта), которая также может быть анонимной (с одной стороны, в подобных щепетильных вопросах сотрудники охотнее идут на контакт на условиях анонимности, с другой стороны, анонимность затрудняет расследование инцидента). При этом целесообразно предоставить сотрудникам возможность прямой связи с вышестоящими комплаенс-офицерами, что позволяет обеспечить внутренний контроль даже в тех случаях, когда комплаенс-офицеры на локальном либо региональном уровнях по каким-то причинам не могут осуществить беспристрастное расследование.

Комплаенс-службы всех уровней анализируют обработанные ими дела и предоставляют в вышестоящую службу регулярные отчеты. Полученная информация аккумулируется на уровне комплаенс-комитета головного офиса / материнской компании в целях выработки рекомендаций по минимизации рисков и оптимизации процедур контроля. Также головной комплаенс-комитет определяет руководящие

²⁹ Kasten/Traugott: Das ICC Toolkit zur kartellrechtlichen Compliance auf Deutsch und das ICC KMU-Toolkit („SME Toolkit“) – Eine Einführung und „Gebrauchsanleitung“ – (CCZ 2015, 157).

³⁰ Dittrich: Kartellrecht: Spezialgebiet der Compliance-Arbeit (CCZ 2015, 209).

положения, связанные с внедрением и функционированием SMS в дочерних организациях, вырабатывает единые стандарты (Политика по Комплаенс). Одной из задач сотрудников Комплаенс-службы является также разработка методических рекомендаций и правил поведения в ситуациях, связанных с комплаенс-рисками, поэтому часто, помимо кодекса корпоративной этики, в организациях принимаются дополнительные локальные акты по отдельным вопросам, такие как: Политика принятия и дарения подарков; Политика сообщения о нарушениях; Политика о взяточничестве и коррупции; Политика по противодействию легализации («отмыванию») доходов, полученных преступным путём, и финансированию терроризма; Политика о конфиденциальности данных / о защите персональных данных; Политика о конфликте интересов (т.н. Политика «китайских стен») и др.

4. Обучение

Помимо внедрения системы комплаенс-менеджмента и определения ответственных лиц, к лучшим практикам также относится регулярное проведение тренингов среди персонала. Важным моментом является то, что наиболее высокий процент риска нарушений приходится не на юридические или финансовые отделы организации, которые, так или иначе, знакомы с применимыми требованиями, а на отделы, контактирующие с клиентами, контрагентами и конкурентами. При этом потенциальные нарушения, как правило, допускаются сотрудниками не злонамеренно, а даже наоборот, «в благих целях», например, переговоры с конкурентами о разделе рынка с целью достижения наиболее выгодных для компании результатов или вручение подарков важным контрагентам, имеющим возможность повлиять на принятие благоприятного для компании решения. Эти сотрудники, как правило, не имеют юридического образования, однако обязанность соблюдения законов и норм порождает необходимость понимания ими соответствующих требований. Именно поэтому к «лучшим практикам» относится также регулярное обучение сотрудников³¹. В зависимости от организационной структуры, количества сотрудников и сферы деятельности компании выбирается тип обучения – в электронной форме, силами собственных либо приглашенных специалистов; единый учебный материал для всех сотрудников, либо различный, в зависимости от должностей или отделов и т.д. Может быть целесообразным проведение отдельных тренингов для высшего руководства.

IV. Вывод

Все больше компаний приходит к выводу о необходимости внедрения Комплаенс-систем для управления рисками и предотвращения наступления неблагоприятных последствий в связи с нарушением законодательства. Если ранее термин Compliance был знаком только банкам и финансовым организациям, на сегодняшний день вслед за

³¹ Paha, Johannes/Götz, Georg – Screening und das Compliance-Risikomodell: Konzepte zur unternehmensinternen Aufdeckung von Verstößen gegen das Kartellrecht, in: WUW Jahr 2015 Seite 1198 – WUW Jahr 2015 Seite 1210.

крупными международными компаниями. Комплаенс-системы стали также внедрять предприятия среднего бизнеса. В целях упрощения задачи по организации CMS было выпущено несколько международных стандартов и руководящих принципов. Однако при внедрении CMS необходимо также учитывать индивидуальные особенности организации – сферу деятельности, организационную структуру, количество сотрудников и т.д.

Наибольшие сложности возникают при попытках внедрить единую Комплаенс-систему в организациях, объединяющих юридические лица в различных странах мира. Это связано не только с тем, что отношение к тем или иным деяниям (действию / бездействию) в соответствии с применимым правом может существенно различаться (быть наказуемым в одной стране, при этом не преследоваться в другой), в результате чего сложно будет выработать единые внутрикорпоративные комплаенс-стандарты; но и с различиями в организационной структуре (например, внедрение комплаенс-функции в группе компаний, головная организация которой работает по «матричной» модели менеджмента, а дочерние предприятия за рубежом – по линейной). Кроме того, определенное значение имеют культурные особенности и различия менталитета³², например, при применении системы информирования с помощью «горячих линий» - в ряде стран с традиционно иерархичной структурой сотрудники с минимальной долей вероятности будут использовать такие способы информирования, в особенности, если инцидент связан с их непосредственными руководителями. Данные особенности также нужно принимать во внимание при выборе оптимального вида комплаенс-тренингов (при этом не последнюю роль играют личные качества обучающего лица). Различия в менталитете необходимо также учитывать при формулировании внутрикорпоративных правил в отношении дарения и принятия подарков при взаимодействии с контрагентами, конкурентами и государственными органами. Тем не менее, разработанные международные стандарты и «лучшие практики», при учете индивидуальных особенностей конкретной организации, помогают внедрить оптимальную систему комплаенс-менеджмента в организации, независимо от ее уровня, сферы деятельности и структуры.

Об авторе:



Наталья Владимировна Близнякова

Дипломированный юрист (Москва), Магистр права, LL.M. (Бонн)

Контракт-Менеджер в Фоссло Фасэнинг Системс ГмбХ

nbliznyakova@gmail.com

Области специализации: международное частное право, договорное право, интеллектуальная собственность, внешнеэкономическая деятельность, корпоративное право, телекоммуникации.

³² Tattenberg: Compliance über interkulturelle Kompetenz meistern, CCZ 2015, 282.

Über die Autorin:

Natalia Vladimirovna Bliznyakova

Diplom-Juristin (Moskau), Magister Legum, LL.M. (Bonn)

Contract-Manager in Vossloh Fastening Systems GmbH

nbliznyakova@gmail.com

Schwerpunkte: Internationales Privatrecht, Vertragsrecht, geistiges Eigentum,
Außenwirtschaft, Gesellschaftsrecht, Telekommunikationsrecht.

Заверения об обстоятельствах и условия о возмещении потерь по праву Германии

Die Haftung für Fehlinformationen nach deutschem Recht

*Дмитрий Иммерманн
(Dimitri Immermann)*

Vertragsverhandlungen im Rahmen von Unternehmenskäufen sind in der Regel mit erheblichen Kosten verbunden. Hat eine der Parteien Angaben gemacht, die sich im Rahmen der Due Diligence als fehlerhaft erweisen, und führt dies zum Abbruch der Verhandlungen, stellt sich die Frage, wer für die bisherigen Kosten aufkommen muss. Diesbezüglich liefert der Beitrag einen Überblick über die gesetzlichen Bestimmungen des deutschen Rechts sowie die praktische Möglichkeit, diese durch ein eigenes vertragliches Haftungssystem zu ersetzen. Dabei werden ebenfalls die Unterschiede zum russischen Recht dargestellt. Der Beitrag richtet sich insbesondere an Geschäftsführer und Berater im deutsch-russischen Transaktionsgeschäft.

С 1 июня 2015 года в Гражданском кодексе РФ появились две новые статьи. Статья 431.2 ГК ввела законодательное регулирование заверений о фактических обстоятельствах, а ст. 406.1 ГК – об условиях о возмещении потерь.

Законодатель хотел зафиксировать давно существующую в других странах возможность преддоговорной ответственности за ложную информацию. Подобного правила не хватало особенно при сделках слияния и поглощения (*M&A*), так как эти сделки связаны со значительными затратами ещё до заключения контракта (например, консультационные услуги при выполнении *Due Diligence*). В связи с этим компании, особенно при участии зарубежных юристов, часто предпочитали вести переговоры и заключать сделки на основании иностранных законов.

Данное исследование немецкой юрисдикции позволяет провести сопоставление с законодательством Российской Федерации.

I. Признает ли немецкое право возможность взыскать убытки за предоставление ложных заверений о фактах при заключении договора (без оспаривания договора как такового по правилам об обмане и др.)?

Ответ на указанный вопрос по праву Германии будет зависеть, в первую очередь, от того, имеется ли вина стороны в предоставлении ложной информации или нет. Соответственно, в зависимости от этого будут определяться юридические последствия предоставления не соответствующих действительности сведений (заверений).

В силу § 276 Гражданского Уложения Германии (ГГУ)¹ виновное предоставление недостоверной информации имеет место, когда лицо знало или не знало по небрежности (должно было знать) о её недостоверности.

1. Виновное предоставление ложной информации

В случае виновного предоставления ложной информации, по общему правилу, у предоставившей стороны возникает обязанность по возмещению причиненного вреда. Это касается, в том числе, случаев добровольного предоставления информации.² Это означает, что сторона при ответе на вопрос о конкретном обстоятельстве должна либо дать соответствующий истинному положению дел ответ, либо не давать ответа вообще.

При этом обязанность возмещения вреда будет вытекать из общих положений гражданского права. Специальной нормы, подобной ст. 431.2 ГК РФ, в немецком праве нет. Основание требования о возмещении вреда будет зависеть от того, на какой стадии взаимоотношений сторон была предоставлена ложная информация.

а. Преддоговорная стадия

В случае предоставления ложных заверений на стадии переговоров о заключении договора возможна ответственность на основании института *culpa in contrahendo* (с.и.с.). Это объясняется тем, что уже перед заключением договора мыслимо возникновение существенного вреда вследствие того, что сторона, положившаяся на ложную информацию, успела осуществить значительные расходы.

Согласно прямому указанию п. 2 § 311 ГГУ, ведение переговоров влечет за собой возникновение обязательства. Исходя из этого, можно сделать вывод о том, что соотношение интересов сторон в преддоговорных отношениях подобно существующему между сторонами договорному обязательству.

При этом возмещение вреда на основании с.и.с. основывается на п. 1 § 249 ГГУ и служит для возмещения, в первую очередь, негативного интереса (*negatives Interesse*): лицо, которому причинен вред, необходимо поставить в положение, в котором оно находилось до начала переговоров, как если бы оно не положило на ложные заверения другой стороны (так называемые убытки вследствие нарушения доверия).

Из этого правила есть одно исключение: если в отсутствие противоправных действий другой стороны лицо заключило бы более выгодный договор с третьей стороной, то ему возмещается позитивный интерес (*positives Interesse*, т.е. его

¹ Bürgerliches Gesetzbuch, BGB. Текст ГГУ на немецком и английском языках: www.gesetze-im-internet.de/bgb; английский перевод: www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb; см. также русский перевод: Гражданское уложение Германии, 4-ое издание, 2015.

² *Emmerich*, in: Münchener Kommentar BGB, 7. Auflage 2016, § 311 Rn. 70.

необходимо поставить в такое положение, в котором оно было бы при заключении договора надлежащим образом).³

в. Договорная ответственность

Если договор уже заключен, то предоставление ложной информации может представлять собой нарушение договорной обязанности и порождать требование о возмещении вреда. Центральной нормой в данном случае будет являться § 280 ГГУ, который устанавливает предпосылки для установления нарушения договорной обязанности, вины и вреда.

Помимо основных договорных обязанностей по предоставлению (Hauptpflicht), в рамках договора существуют также дополнительные обязанности по учету прав, благ и интересов другой стороны (п. 2 § 241 ГГУ) (так называемые дополнительные обязанности – Nebenpflichten). Предоставление ложной информации, как правило, нарушает такие дополнительные обязанности, вследствие чего и может быть квалифицировано в качестве нарушения договорной обязанности.⁴

Как было упомянуто выше, в этом контексте имеет значение, была ли такая информация предоставлена виновно или нет (Verschulden). Предоставление ложной информации будет вести к возникновению обязанности возмещения вреда только при наличии вины, в том числе, когда у стороны не было обязанности разъяснения или предоставления информации.⁵

Законом предусматривается специальная ответственность за предоставление ложной информации о качестве товара при купле-продаже. Соответственно, в случае договорного нарушения возмещение нанесенного вреда может происходить также на основе так называемого права гарантий, предусматривающего комплекс мер защиты покупателя в случае предоставления ему товара ненадлежащего качества.

В этой связи в судебной практике серьезные затруднения вызывал вопрос о том, охватываются ли категорией качества (Beschaffenheit) предмета купли-продажи недостатки предприятия, акций и т.д. Постепенно практика пришла к расширительному толкованию понятия качества в рамках сделок купли-продажи бизнеса. В частности, правила ГГУ о ненадлежащем качестве стали распространяться на продажу единичных активов, акций предприятия и самого предприятия.

Примером такого расширительного толкования можно считать отношение судов к бухгалтерской документации. Долгое время превалировала точка зрения, согласно которой бухгалтерскую информацию нельзя рассматривать как качество товара (в таком случае действует обязанность согласно праву гарантий, § 437 ГГУ), т.к. прибыль и убыток всегда зависят от настоящего и уже по этой причине не могут представлять

³ *Grüneberg*, in: Palandt BGB Kommentar , 75 Aufl. 2016, § 311 Rn. 58.

⁴ BGH NJW 1997, 938; NJW-RR 2001, 768.

⁵ *Sutschet*, in: BeckOK BGB, 36. Edition, § 241 Rn. 79.

собой свойства, должно быть у товара в значимый момент времени.⁶ В таком случае ответственность за предоставление ложной информации могла бы быть возможной только на основании *culpa in contrahendo*. В настоящее время большее число сторонников имеет точка зрения, согласно которой к бухгалтерской документации применяются правила о свойствах товара и потому, со ссылкой на волю законодателя, положения о купле-продаже вещей действуют и при купле-продаже бизнеса.

с. Деликтная ответственность

Предоставление ложной информации, помимо прочего, может вести к деликтной ответственности. Общие основания ответственности за деликт установлены § 823 ГГУ; § 826 ГГУ предусматривает ответственность за «умышленное причинение вреда, противоречащее морали». Наиболее значимым ее отличием от договорного притязания является распределение бремени доказывания. При деликтной ответственности виновность нарушения должна доказывать сторона, которой причинен вред. В рамках договорной ответственности на основании § 280 ГГУ, напротив, действует презумпция о виновности должника.

При выполнении условий нескольких из указанных оснований ответственности (*s.i.c.*, нарушение дополнительной договорной обязанности, деликт) германское право, в принципе, допускает конкуренцию требований, хотя по отдельным вопросам конкуренции требований дискуссия среди ученых продолжается.

2. Невинное предоставление ложной информации

Если права на использование права гарантий (*Gewährleistungsrecht*) не возникает, и ложная информация была предоставлена невинно, т.е. стороне, совершившей противоправные действия, не может быть вменена даже небрежность (§ 276 ГГУ), средством защиты может быть изменение (адаптация) договора вследствие утраты его основания (*Störung der Geschäftsgrundlage*) согласно § 313 ГГУ (аналог института существенного изменения обстоятельств, предусмотренного ст. 451 ГК РФ). При помощи данного института договор может быть адаптирован, если обстоятельства, являвшиеся основанием договора, после его заключения существенно изменились; при этом стороны, если бы об этом знали, договор бы не заключили или заключили бы его на других условиях.

⁶ *Gehrlein*, in: *Bamberger/Roth, BGB Kommentar*, 3. Aufl. 2012, § 453 Rn. 30.

II. Признает ли судебная практика возможность «внутреннего страхования» и свободного согласования переноса риска возникновения потерь, связанных с договором, не вытекающих из нарушения обязательства, с одной стороны на другую по модели ст. 406.1 ГК РФ?

В немецком праве нет положений, подобных ст. 406.1 ГК РФ. Разработанные практикой конструкции целиком основываются на положениях закона о свободе договора. При этом отсутствует значительный объем судебных решений, анализирующих подобные вопросы, т.к., как правило, соответствующие споры рассматриваются в третейских/арбитражных судах на основе конфиденциальности.⁷

Помимо индивидуально согласованных систем договорных гарантий, структурированных по аналогии с заимствованными из английского права *warranties & representations*, немецкое право использует и другие институты, позволяющие достичь аналогичного результата.

Во-первых, это «независимая гарантия» (*Selbstständige Garantie*). В рамках независимой гарантии может быть не только согласовано, что продавец дает гарантию в отношении определенного свойства (*Beschaffheitsgarantie*, § 443 ГГУ) на настоящий момент времени, но также в отношении многих других обстоятельств, которые могут произойти впоследствии (*Selbstständiges Garantieverprechen*). Независимая гарантия также может предусматривать, что продавец должен отвечать за будущие недостатки вещи, которые не охватываются рамками его обязанностей⁸. В отличие от гарантий качества товара, согласно п. 1 § 443 ГГУ, здесь речь идет о договоре особого вида в рамках свободы договора, предусмотренной п. 1 § 311 ГГУ⁹.

Во-вторых, это гарантии возмещения потерь (*Freistellungen*). Как правило, данный вид гарантий используется, когда обстоятельства, интересующие сторону, раскрыты, однако связанные с ними риски невозможно достоверно оценить. Такая гарантия может быть дана как стороной по сделке, так и третьим лицом. Обязательство по ней так же, как и по независимой гарантии, не зависит от наличия вины стороны.

В случае согласования в договоре положения, очевидно выходящего за рамки предмета договора и существенно нарушающего баланс интересов сторон, возможно признание его недействительным на основе противоречия добрым нравам (§ 138 ГГУ).

III. Выводы

1. По германскому праву виновное предоставление ложной информации порождает обязанность возместить причиненные убытки. Основанием данной обязанности будет являться либо институт С.І.С, либо нарушение договорного обязательства, либо деликт. Возможна конкуренция требований.

⁷ Mellert, BB 2011, S. 1667.

⁸ Westermann, in: Münchener Kommentar BGB, 7. Auflage 2016, § 453 Rn. 57.

⁹ Emmerich, in: Münchener Kommentar BGB, 7. Auflage 2016, § 311 Rn. 1.

2. Невинное предоставление ложной информации, по общему правилу, не порождает обязательств по возмещению, но может являться основанием для изменения договора в связи с существенным изменением обстоятельств.

3. Германская доктрина и [не очень объемная] судебная практика признают возможность установления договором обязанности возмещения потерь, возникающих не из нарушения обязательства возмещающей стороной.

Об авторе:

Дмитрий Иммерманн (Dimitri Immermann)



Автор очерка является адвокатом юридической компании **KSB INTAX** в Ганновере, где он консультирует российские компании при выходе на германский рынок, так же как проекты немецких клиентов при выходе на рынок России и других стран СНГ. **Дмитрий Иммерманн** специализируется на немецком и международном коммерческом, корпоративном и антимонопольном праве.

Der Verfasser ist Rechtsanwalt bei der Wirtschaftskanzlei **KSB INTAX** in Hannover, wo er russische Unternehmen bei ihren Tätigkeiten in Deutschland, als auch deutsche Unternehmen bei Projekten in Russland und den weiteren GUS Ländern berät. **Dimitri Immermann** ist spezialisiert auf deutsches und internationales Handels-, Gesellschafts- und (Vertriebs-) Kartellrecht.

dimitri.immermann@ksb-intax.de

T +49 (0) 511.854 04-53

www.ksb-intax.de

Приобретение недвижимости в Германии- Германское право о приобретении недвижимости – практическое руководство

Immobilienwerb in Deutschland

Das deutsche Recht zum Erwerb von Immobilien – ein Leitfaden für die Praxis

Франк Шмидер
(*Frank Schmieder*)

Der Begriff Immobilienwerb (Immobilienwerb) steht im deutsch-russischen Wirtschafts- und Rechtsverkehr als Synonym für verschiedene Blickrichtungen und Ansätze, emotionaler, wirtschaftlicher und rechtlicher Art.

Denn zum einen verbinden russische Privatpersonen damit die Verfestigung ihres Aufenthaltsrechts, da es nach ihren Vorstellungen den Bleibewillen und ihre wirtschaftliche Kraft manifestiert. Dabei ist ihnen jedoch oft nicht bewusst, dass in Deutschland der überwiegende Teil der Bevölkerung – im Gegensatz zu Russland – Mietwohnungen bezieht, ohne selbst also Eigentümer der Wohnung zu sein.

Zum anderen steht für russische Unternehmer der Begriff Immobilienwerb als Synonym für Investitionen, da sie sich aus dem Kauf von Immobilien einen wirtschaftlichen Nutzen versprechen.

Vorliegender Artikel soll beiden Interessen gerecht werden und das Verständnis für die deutsche **Rechtstheorie und –praxis** entwickeln. In gleichem Maße soll auf die strukturelle und tatsächliche Handhabe rund um den Immobilienwerb eingegangen werden, da gerade für Ausländer anderenfalls das Verfahren schwer nachvollziehbar wäre. Wir stellen immer wieder fest, dass Ausländer häufig mit den Vorgängen und Abläufen in Deutschland überfordert sind.

Darüber hinaus gibt der Artikel einen Überblick über die mit einem Immobilienwerb anfallenden **Kosten**. Die anwaltliche Praxis hat gezeigt, dass nicht selten die Käufer von Immobilien von den Nebenkosten beim Erwerb und später als Eigentümer überrascht sind.

Der Artikel wird sich also weniger in wissenschaftlicher Art und Weise mit Einzelfallproblematiken eines notariellen Kaufvertrages auseinandersetzen können, als vielmehr die Grundzüge erläutern, um so einen Leitfaden für die

Praxis zu bilden. Die Ausführungen richten sich also an russische Juristen, die ihre Mandanten umfassend und komplex beraten, sie also bei einem Immobilienerwerb nicht nur bei der Abfassung des Kaufvertrages unterstützen, sondern bereits im Vorfeld und auch im Nachgang als Eigentümer einer Immobilie begleiten.

I. Введение

В данной статье намеренно опущены ссылки на **отдельные законы**, регламенты и судебную практику. Процесс приобретения недвижимости уже на этапе переговоров сопряжен с применением различных законов. Непосредственно сама покупка осуществляется с соблюдением других законов, а приобретенное право собственности регулируется, в свою очередь, специальными нормами. Основной отправной точкой является, конечно же, Гражданское Уложение Германии (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB). Если покупатель к тому же имеет дело с риелтором, применяются специальные законы, например, такие как промысловое уложение (Gewerbeordnung - GewO). При приобретении собственности также могут играть важную роль многочисленные законы публично-правового характера. Примерами служат строительный кодекс (Baugesetzbuch – BauGB), административное распоряжение об удовлетворении строительных нужд (Baunutzungsverordnung – BauNVO), региональные строительные нормы и правила (Landesbauordnung - LBO), земельные законы о защите культурных памятников (Denkmalschutzgesetze) и многое другое. Собственники квартир, например, сталкиваются с законом о праве собственности на жилое помещение (Wohnungseigentumsgesetz - WEG). Вопросы издержек регулируются соответствующими нормативными актами: для нотариусов - законом о судебных издержках и нотариальных расходах (Gerichts- und Notarkostengesetz - GNotKG), для адвокатов - законом о гонорарах адвокатов (Rechtsanwaltsvergütungsgesetz - RVG), и, наконец, в отношении налогообложения - законом о налоге, уплачиваемом при покупке земельного участка (Grunderwerbsteuergesetz – GrEStG). Из этого короткого обзора становится понятна вся сложность процесса приобретения недвижимости, чем и объясняется невозможность детального рассмотрения отдельных правовых норм в рамках данной статьи.

Для лучшего понимания объясним сначала значение слова «**недвижимость**» (**Immobilie**). Термин, заимствованный из латинского языка, обозначает недвижимое имущество, такое как: земельные участки и/или строения, т.е. здания или их части, такие как квартиры. В дальнейшем этот термин будет использоваться как синоним для земельных участков и зданий или частей здания.

В российском законодательстве разделены права собственности на земельный участок и на здание (сооружение). Что, согласно **немецкому законодательству (Deutsches Recht)**, невозможно. В связи с этим уже здесь проявляются значительные различия в обеих правовых системах. Большинство российских покупателей не знают, что они приобретают не только саму квартиру (Sondereigentum), но в то же время становятся также долевыми собственниками всего дома и земельного участка

(Miteigentum). И уже здесь появляется источник недопонимания. Далее в статье этот вопрос будет обсуждаться более подробно.

Поскольку эта терминология в принципе разъяснена, то встает вопрос о том, кто вообще имеет право на покупку недвижимости, **тип покупателя (Käufer)**.

В соответствии с немецким законодательством, это может быть любое частное лицо (Privatperson) единолично или вместе с другими частными лицами. Гражданство покупателя не имеет значения. Другими словами, россияне имеют право неограниченно приобретать недвижимость в Германии.

Товарищества (Personengesellschaften) также имеют на это право. В качестве примера здесь было бы уместно назвать немецкое открытое торговое общество (Offene Handelsgesellschaft - OHG) или простое товарищество (Gesellschaft bürgerlichen Rechts – GbR).

И наконец, хозяйственные общества (Kapitalgesellschaften), такие как общество с ограниченной ответственностью (Gesellschaft mit beschränkter Haftung - GmbH) или акционерное общество (Aktiengesellschaft - AG), также могут приобретать недвижимость.

И для товариществ и для хозяйственных обществ страна происхождения опять же не имеет значения. Проблемы могут, однако, возникнуть разве что на практике, но и то лишь с формальной точки зрения.

Хозяйственным обществам необходимо предоставить подтверждение существования общества и наличие прав представительства у действующего лица. Это часто означает огромные бюрократические и административные расходы. Должна быть предоставлена выписка из торгового реестра страны происхождения иностранного юридического лица с апостилом и заверенным переводом.

Для иностранных товариществ собрать подобные доказательства будет еще сложнее. За рубежом они часто не занесены в реестры, могут частично быть основаны в произвольной форме, в связи с чем доказательство существования практически невозможно. К тому же необходимо предоставление подтверждения о наличии прав представительства отдельных лиц.

В миграционном законодательстве Германии указано, что факт владения недвижимостью в Германии не даёт право получения вида на жительство в стране. Правовые порядки других государств, в том числе европейских, предусматривают в некоторых случаях предоставление вида на жительство при владении недвижимостью в стране. В Германии, однако, это не так. Как правило, покупателю выдается виза для ведения переговоров о заключении договора, для присутствия при нотариальном заверении (notarielle Beurkundung), а затем для осуществления типичных прав собственника. Однако дела обстоят иначе, если инвестор приобретает, например, земельный участок, чтобы самостоятельно построить на нем здание и сдать его в аренду. При определённых обстоятельствах это может послужить основанием для получения вида на жительство (Business Immigration). В таком случае производится

детальная проверка каждого отдельного случая, так как инвестирование как таковое, как правило, не дает право на получение вида на жительство (Aufenthaltserlaubnis).

И, наконец, в качестве отправной точки необходимо принимать во внимание **цель покупки недвижимости**, которая влияет на форму и правовое регулирование договора купли-продажи.

Если личный интерес покупателя стоит на переднем плане, то ожидаемая доходность будет низкой. Часто квартиры (Wohnung) приобретаются в агломерациях. В таких случаях формальные и фактические затраты, как правило, невелики.

При капиталовложении ожидаемая доходность является, как правило, основной целью инвестиций. При этом рассматриваются как отдельные квартиры, в основном в крупных немецких городах и развивающихся мегаполисах, так и многоквартирные дома, которые нуждаются в ремонте, или также земельные участки (Grundstück), которые в дальнейшем будут застроены строительными компаниями.

Следующим полем деятельности являются объекты коммерческой недвижимости (Gewerbeimmobilien), которые включают в себя отели, а также торговые центры, складские помещения или даже концептуальные новостройки. С точки зрения инвестора, решающим фактором здесь являются долгосрочные договоры аренды, которые необходимы для обеспечения надёжности планирования. Приобретение такой недвижимости связано с существенными формальными и фактическими затратами, так как необходимы масштабные проверки.

II. Поиск недвижимости

Вначале предстоит поиск недвижимости, который является как фактически, так и юридически не совсем легким.

1. Риелтор

В Германии деятельность **риелторов (Immobilienmakler)** широко распространена. Они могут действовать от имени собственника, продавца или от имени потенциального покупателя. Нередко на большем объекте работает несколько риелторов. При этом потенциальный покупатель должен учитывать множество нюансов.

Деятельность риелтора или посредника урегулирована законом. Однако, в связи с тем, что в процессе приобретения недвижимости через риелтора зачастую возникают правовые разногласия, немецкие суды регулярно рассматривают такие споры. Поэтому юристу, консультирующему по вопросам риелторской деятельности, необходимо внимательно отслеживать изменения в соответствующих законах и судебной практике.

Риелтор занимается коммерческой деятельностью и должен иметь соответствующую лицензию (**Gewerbeerlaubnis**). За это отвечает ведомство по делам промыслов (Gewerbeamt). Ведомство проверяет профессиональную и персональную пригодность данного лица. Потенциальным покупателям рекомендуем потребовать от риелтора

предоставить соответствующие документы, если только речь не идет об агентстве недвижимости, пользующемся хорошей репутацией и работающем на территории всей ФРГ.

Кроме того, с особым вниманием следует отнестись к договору с риелтором. Законодательство Германии принципиально различает между риелтором, указывающим на возможность заключения сделки, но не посредничающим при её заключении (Nachweismakler), и торговым представителем (Vermittlungsmakler). Риелтор имеет право на вознаграждение за риелторские услуги, только если он на самом деле выполнил свои обязательства. Риелторы часто используют так называемые **общие условия заключения сделок** (Allgemeine Geschäftsbedingungen). Это стандартные условия договора, которые должны быть внимательно изучены, даже если они, на первый взгляд, не являются частью договора, зачастую составленного в произвольной форме.

Если задействовано несколько риелторов одновременно, то нужно четко определить договорные отношения. Как уже упоминалось выше, не редкость, что на крупных проектах в сфере недвижимости могут быть задействованы риелторы как со стороны продавца, так и со стороны заинтересованного лица, а иногда и другие посредники. В законодательстве Германии в этой связи употребляется термин **«совместная сделка»** (Gemeinschaftsgeschäft). Отдельные риелторы заключают друг с другом договоры, результатом которых является соглашение о разделении между ними комиссионного вознаграждения.

В связи с этим адвокат должен разбираться в разных договорных конструкциях и уметь ориентироваться в различных договорных обязательствах. Должно быть четко установлено, за какие услуги, какой риелтор и от кого должен получать вознаграждение.

Нужно иметь в виду, что риелторское вознаграждение (Maklerprovision) является условным вознаграждением (вознаграждением по результатам сделки). Требуется риелтор паушальную сумму затрат, аванс или какой-то другой платеж, необходимо провести тщательную проверку риелтора, так как это не обычные требования. На практике нередко встречаются случаи, когда мнимые, в действительности не уполномоченные собственником риелторы выступают от его имени. В том случае, когда объект, предлагаемый риелтором, знаком заинтересованному лицу из других источников, следует предъявить это риелтору. Так как зачастую эксклюзивные договоры с риелтором на продажу объекта не заключаются, то можно легко представить, что один и тот же объект может быть предложен несколькими риелторами, в том числе и без комиссии.

2. Альтернативный поиск недвижимости

Ещё одной возможностью поиска недвижимости является широко распространённая практика **собственного поиска самим (заинтересованным) покупателем**. Это

обосновано наличием многочисленных интернет-платформ, специализирующихся на продаже недвижимости, а также презентациями фирм. Однако даже здесь консультирующий юрист должен быть осторожен. Риелторские договоры не подлежат никаким предписаниям о соблюдении определённых форм. Они могут заключаться как в устной форме, так и по электронной почте и другими способами. Установление контакта с продавцом, ведение корреспонденции, получение подробного описания объекта (экспозе), согласование даты осмотра и т.д. могут повлечь за собой требование выплаты риелторского вознаграждения (Maklerprovisionsanspruch). Неопытные клиенты часто не имеют об этом представления. Они удивлены, что один-единственный звонок или один осмотр объекта может обосновывать требование риелтора на выплату его комиссии.

Следующей возможностью приобретения недвижимости является так называемая **принудительная продажа с аукциона недвижимого имущества** (Zwangsversteigerungsverfahren). В таком процессе по просьбе одной из сторон должен действовать компетентный суд и продавать с аукциона в рамках судебного разбирательства, например, конкретный земельный участок или жилую недвижимость. Правовые основания для начала такого процесса разные. Это могут быть разногласия правового характера между совладельцами, либо процедура банкротства в отношении имущества владельца или на основании требований кредиторов, которые застраховали себя залогом недвижимого имущества в поземельной книге. Довольно часто на аукционе можно приобрести недвижимость довольно выгодно, по более низкой цене, чем на рынке жилья. Также стоит упомянуть, что в связи с этим снижаются дополнительные расходы, так как при покупке недвижимости на аукционе оплачиваются не нотариальные услуги, а гораздо более низкие судебные издержки. Но так как в таких случаях мало известно о недвижимости, то было бы целесообразно работать с компетентными, знающими данную местность экспертами. В Германии уже получили признание русскоязычные представители услуг в данной сфере.

И в завершение, престижные **аукционные дома** (Auktionshäuser) также предлагают недвижимость. Речь идет об аукционе в частном секторе, где недвижимость частично представлена в дорогостоящих проспектах, в связи с чем здесь достигаются принятые на рынке жилья цены.

III. Информация о недвижимости

После выбора подходящего объекта недвижимости должны быть проведены фактические и правовые исследования. Частично такого рода информация предоставляется самим продавцом, собственником. Но так как это не всегда надежно, рекомендуется обратиться за консультацией к юристу, который проведет независимую проверку.

Решающим фактором является **подтверждение права собственности (Eigentümer der Immobilie)**. Нередко дела ведут посредники, поэтому этот вопрос является значимым для принятия решения. В Германии владение недвижимостью, то есть

земельными участками, квартирами и т.д. зарегистрировано в поземельной книге (**Grundbuch**). Ведомство поземельной книги (**Grundbuchamt**) является государственным учреждением. Тем не менее, поземельная книга не является публичной. Поэтому никто не имеет права требовать информацию о собственнике земли, кроме уполномоченного нотариуса.

В Германии нотариусы (Notar) числятся на государственной службе. В отличие от адвоката, который является представителем интересов одной из сторон, нотариус должен быть объективен и занимать нейтральную позицию. Количество нотариусов строго регламентировано. В одних федеральных землях существует либо функция нотариуса либо функция адвоката и тогда только нотариус имеет право осуществлять нотариальные виды деятельности. В других землях адвокат может дополнительно получить лицензию, чтобы осуществлять нотариальную деятельность (**Anwaltsnotar**). Одновременное исполнение обязанностей как адвоката, так и нотариуса, удивительно для многих российских клиентов. При этом, однако, следует отметить, что нотариус не имеет право давать адвокатскую (юридическую) консультацию по делу, в котором он собирается выступать в роли нотариуса. В любом случае нотариус обязан соблюдать абсолютный нейтралитет.

Однако, нотариус, даже если он и уполномочен, не может так просто подать заявление на выписку из поземельной книги. Он должен обосновать законный интерес. Как правило, это тот случай, когда покупатель ведет переговоры с продавцом, собственником. Другими словами, запросить **выписку из поземельной книги (Grundbuchauszug)** из исключительно общего интереса невозможно.

Следующим важным аспектом при покупке недвижимости являются **обременение недвижимости обязательствами (Belastungen auf der Immobilie)**. Другими словами, нужно задаться вопросом, обременен ли, к примеру, земельный участок долгом, обеспеченным залогом недвижимого имущества (**Grundschild**), ипотекой (**Hypothek**). Покупка недвижимости часто кредитуется и банк, выдающий кредит, защищает себя, к примеру, тем, что указывает себя как залогодержатель. Этот аспект в дальнейшем ходе переговоров с продавцом имеет решающее значение при урегулировании погашения залога (**Löschung der Sicherheiten**) в поземельной книге.

Решающее значение могут также иметь другие обременения земельного участка или квартиры. Отметим здесь так называемые **сервитуты (Grunddienstbarkeit)**. В праве на земельный участок основополагающее значение имеют право прохода и проезда по чужому земельному участку (**Wegerecht**), право переезда и право на прокладку коммуникаций по чужому земельному участку. Право прохода и проезда по чужому земельному участку объясняет, например, права для третьего лица на вступление на чужой земельный участок в определенном месте, прокладывание кабеля через него, внесение определенных изменений и прочее. Это может распространяться как на частных лиц, так и на города и общины. В таких случаях можно ознакомиться с так называемым реестром обязательств по строительству (**Baulastverzeichnis**), который существует, например, в Берлине. Обязательства по строительству – это обязательства, установленные органом по надзору за строительством в отношении собственников

земельных участков. Если же такого нет, то такие сервитуты, как так называемые ограниченные частные сервитуты, будут занесены в земельный кадастр. Возможны также определённые ограничения застройки земельного участка (*Bebauungsbeschränkung*), соблюдение определенных нетипичных удалений и расстояний между объектами, а также принятие определенных внешнего вредного воздействия сверх принятых норм, например, в местах проведения мероприятий, от коммерческих учреждений по соседству и других.

Также при покупке жилой недвижимости нужно задуматься о праве проживания (*Wohnrecht*), о так называемом ограниченном частном сервитуте, который также будет занесен в поземельную книгу. Если Вы, например, покупаете квартиру, в которой третье лицо гарантировало себе право проживания в поземельной книге, Вам самим будет запрещено пользоваться данной квартирой. Такое стечение обстоятельств не редкость, когда квартира передаётся родителями детям до вступления в право наследства. Дети являются собственниками и предоставляют своим родителям право проживания. Таким образом, родители оставляют за собой право проживания в квартире. Право на проживание не утрачивает свою силу в случае продажи недвижимости третьей стороне. Смена собственника не имеет поэтому, как правило, влияния на подобные обременения жилой недвижимости. Исключение делается в случае принудительной продажи недвижимого имущества с аукциона, когда право проживания является второстепенным.

Становится очевидным, насколько важны прочие факторы, такие как обременения земельного участка, которые без детальной проверки не могут быть выявлены.

И наконец, всегда надо задаваться вопросом **покупной цены (*Kaufpreis*)** и, по возможности, проводить собственные исследования, чтобы определить действительную стоимость недвижимости. Нередко неопытность иностранцев используется для достижения более высоких цены. Здесь возможно ходатайство о назначении оценочной экспертизы рыночной стоимости (*Verkehrswertgutachten*), что, конечно, в финансовом плане имеет смысл, только если речь идет о дорогостоящей недвижимости. При продаже земельного участка можно ориентироваться на так называемую среднюю рыночную стоимость квадратного метра недвижимости (*Bodenrichtwert*). Информацию по данному вопросу можно получить в экспертном комитете соответствующего представительства муниципалитета. В конечном итоге, покупная цена, как и в других странах, регулируется реальной ситуацией на рынке. Таким образом, в отдельных случаях, достигаются высокие цены в особо популярных городах и регионах. Стоимость коммерческой недвижимости зависит от прогноза будущей величины арендной платы. В зависимости от местоположения она в 10-15 раз выше стоимости годового размера чистой арендной платы. В многоквартирных домах, также в зависимости от местоположения, в 15-24 раза выше стоимости годового размера чистой арендной платы.

В отношении месторасположения объекта недвижимости (*Immobilienlage*) будет также не лишним провести собственные исследования и получить у продавца дополнительные документы. Если речь идет о частной квартире, то имеется так

называемая справка о разделении права собственности (Teilungserklärung), информация о положении квартиры в доме, а также, возможно, дополнительная информация о подвале или гараже. Заявление о разделении права собственности является нотариально заверенным документом и составляется, когда здание с квартирами строится с целью продажи отдельных квартир или в случае с домами, которые в дальнейшем будут разделены на отдельные квартиры. Если при покупке речь идет о земельном участке, то в кадастровом ведомстве (Katasteramt) можно ознакомиться с кадастровым планом, который дает информацию о месторасположении земельных участков. На платных интернет-порталах также доступна информация о застройках.

Состояние объекта недвижимости (Immobilienzustand), как известно, также влияет на покупную цену. Помимо личного осмотра, в некоторых случаях рекомендуется проведение экспертизы. Архитекторы и фирмы, занимающиеся планированием строительства, могут помочь в этом. При покупке коммерческой недвижимости нужно обратить особое внимание на обременение земли старой экологической загрязненностью (Altlasten), такой как загрязнение почвы в связи с использованием ее в производственных целях предыдущими владельцами.

В зависимости от цели покупки необходимо детально проверить имеющиеся **возможности использования объекта недвижимости (Immobilienutzung)**. Необходимую информацию относительно квартир, находящихся в частной собственности, можно получить из справки о разделении права собственности (Teilungserklärung). Помимо этого, собственники квартир могут согласовывать так называемые общие правила проживания в доме или порядок пользования общей долевой собственностью (Gemeinschaftsordnung). Здесь собственники квартир упорядочивают поведение во время отдыха, использование частных квартир в коммерческих целях или же вопросы содержания домашних животных. Если речь идет о покупке земельного участка, который, например, еще должен быть застроен, то нужно получить информацию о его пригодности для застройки. С официальным планом застройки (Bebauungsplan) и планом использования территории (Flächennutzungsplan) можно ознакомиться в местном управлении. Эти документы определяют, например, характер разрешенного использования земельного участка, допустимое количество этажей в новом строении или делают официальные предписания, касающиеся благоустройства участка. Однако их нельзя составить для территории всей ФРГ, отчего особенно в новых осваиваемых районах необходимо произвести проверку застройки по общим федеральным и региональным публично-правовым строительным правилам.

Договоры аренды как жилых, так и коммерческих помещений должны быть тщательно проверены, при необходимости нужно провести еще и техническое обследование зданий.

IV. Подготовка договора купли-продажи

Переговоры по заключению договора (Vertragsverhandlungen) нередко осуществляются полномочным лицом. Им может быть как риелтор, так и адвокат или налоговый консультант /аудитор.

Ввиду особо выгодных процентных условий часть покупной цены может быть финансирована одним из немецких кредитных учреждений. Иностранцы, как частное лицо или как предприятие, также имеют в Германии **возможность получения финансирования** (Finanzierungsmöglichkeit). При этом необходимая стоимость собственного капитала в процентном отношении выше, чем у немецких частных лиц или предприятий ввиду отсутствия гарантий. Переговоры по предоставлению финансирования требуют времени, в связи с чем заниматься этим вопросом следует заблаговременно.

В заключении необходимо выбрать **нотариуса** (Notar). Как упоминалось выше: в некоторых федеральных землях (Bundesländern) нотариусы занимаются исключительно нотариальной деятельностью. В других федеральных землях адвокатам позволено выполнять функции нотариуса, хоть и не во всех вопросах. Услуги нотариуса (Notargebühren) оплачиваются покупателем. Поэтому зачастую именно покупатель выбирает нотариуса. Однако в отдельных случаях продавцы настаивают на своих нотариусах, с которыми они давно ведут дела. Непосредственно при продаже жилой недвижимости нередко один и тот же нотариус заверяет как покупку земельного участка, так и впоследствии продажу всех квартир. В таких случаях целесообразно согласиться на нотариуса продавца. Следует принимать во внимание следующее. В Германии нотариус является нейтральным лицом, тем, кто при заверении не имеет права представлять интересы кого-либо из участников договора. Таким образом, адвокат, консультирующий потенциального покупателя, не может затем выступать в качестве нотариуса при заверении сделки. Кроме того, интересен и тот аспект, что немецкий нотариус вправе заверить договор купли-продажи любой недвижимости в Германии. То есть не обязательно только в своей федеральной земле. Главное, чтобы нотариус в момент заверения находился по месту нахождения своей нотариальной конторы, например, в Берлине.

V. Совершение и выполнение условий договора купли-продажи

Договор купли-продажи должен быть **заверен нотариально**, то есть в письменной форме немецким нотариусом. Язык делопроизводства **немецкий**. Очевидно, что покупателям, не владеющим немецким языком в достаточной степени, требуются услуги переводчика. Лишь немногие нотариусы заверяют документы на английском языке. Предварительные соглашения, касающиеся совершения условий договора купли-продажи недвижимости, заверяются нотариально. Практика показывает, что нередко риелторы или другие посредники подписывают предварительные соглашения с русскими клиентами, например, в Москве. Таким образом они зарабатывают комиссионные. Однако предварительное соглашение не имеет юридической силы

касательно приобретения собственности. Для потенциального покупателя отсюда не возникает никаких прав и требований к продавцу на совершение условий договора, на передачу права собственности и на выполнение подобных договоров. Возможным в этой связи является лишь право на возмещение ущерба с посредника.

В том случае, если покупатель является частным лицом, он должен явиться **лично** и удостоверить свою личность, предъявив паспорт с фотографией. Если покупатель - юридическое лицо, то необходима личная явка **представительного органа**. В случае с русским хозяйственным обществом необходимо предоставить документы, удостоверяющие существование хозяйственного общества. Необходимо предъявить выписки из торгового реестра в заверенной форме с апостилом, а также заверенный перевод.

Покупатель может также назначить своего представителя. Однако и в этом случае необходимо предоставить **доверенность** (Bevollmächtigung) в нотариально заверенной форме. Это, опять-таки, формальная издержка, которая оправдывает себя в случае приобретения сразу нескольких земельных участков или в случае физической невозможности присутствия покупателя в силу удаленного места проживания.

Покупатель также может быть представлен лицом, не имеющим доверенность. В таком случае речь идёт об **уполномоченном без доверенности** (vollmachtloser Bevollmächtigter). В таких случаях задним числом предоставлять нотариальное утверждение договора купли-продажи, что связано с дополнительными затратами. На практике такие случаи встречаются часто в сфере частных продаж квартир по причине удаленного места проживания продавца. Если покупателем является русское частное лицо или частная корпорация, то продавцы часто не идут на такой вариант исполнения сделки. Для продавца в таком случае присутствует опасность того, что доверенность не последует или запоздает.

В рамках подготовки заверения нотариус берёт **выписку из поземельной книги** (Grundbuchauszug), которая проясняет актуальную позицию собственника. В так называемой таблице заявлений (Markentabelle), которую ведёт ведомство поземельной книги, прослеживается, поступали ли другие заявления на земельный участок или на квартиру. Сверка с таблицей даёт покупателю уверенность в том, что земельный участок уже не был продан, (временно) обременён ипотекой, долгом, обеспеченным залогом недвижимости, или земельной повинностью.

Для предоставления гарантий покупателю зачастую оговаривается занесение так называемой **предварительной записи нотариально заверенного соглашения о передаче права собственности** (Auflassungsvormerkung) в поземельную книгу. Это предварительный этап передачи права собственности, своего рода обоснованная претензия на получение имущества. С совершением заверения нотариус уполномочивается затребовать это занесение у ведомства поземельной книги для покупателя. По сути, речь идет о соглашении сторон о передаче права собственности. В связи с тем, что обеим сторонам ещё только предстоит выполнить свои договорные обязательства, передача права собственности как таковая на данном этапе не

регистрируется. Т.е. речь идёт о гарантиях покупателю на приобретение не обременённого долгами имущества.

Последующее протекание процесса заключения договора вплоть до передачи права собственности зависит от конкретных обстоятельств и от отдельных договорных положений. В настоящей статье невозможно раскрыть эту сложную тему полностью. Тем не менее, нельзя не упомянуть следующие конкретные случаи.

Оплата покупной цены (Kaufpreiszahlung) и передача недвижимости (Übergabe) может быть оговорена индивидуально. Нередко продавцы требуют от русских покупателей депонирования покупной стоимости на счёт, находящийся в доверительном управлении нотариуса или адвоката. Счёт, находящийся в доверительном управлении, – это счёт адвоката или нотариуса, который открывается в интересах соответствующего лица. Положения счёта, находящегося в доверительном управлении у нотариуса (Notaranderkonto), обычно включены в нотариальный договор. В том случае, если счёт находится в доверительном управлении адвоката (Rechtsanwaltsanderkonto), отдельно заключается так называемое соглашение о доверительном управлении имуществом. В них адвокат обязуется выплачивать определённые суммы при наличии детально описанных условий.

При покупке земельных участков за общиной по закону сохраняется преимущественное право на покупку (Vorkaufsrecht). В 99% случаев это является формальностью. Тем не менее, необходимо получить у соответствующей общины **документ, подтверждающий отсутствие у нее права преимущественной покупки (Negativzeugnis)**.

Кроме того, осуществление договора купли-продажи зависит от предъявления так называемого **свидетельства благонадёжности (Unbedenklichkeitsbescheinigung)**. Оно является доказательством оплаты налога, уплачиваемого при покупке земельного участка, и выдаётся соответствующим налогово-финансовым ведомством.

Возможна также выдача **свидетельства о согласии на погашение (Löschungsbewilligung)**. Если собственность на жильё или земельная собственность обременена долгом, обеспеченным залогом недвижимости, залогодержатель получает, как правило, часть покупной стоимости – в размере долга, обеспеченным залогом недвижимости, – и выдаёт свидетельство о согласии на погашение с тем, чтобы обременение земельного участка могло быть удалено из поземельной книги.

При покупке квартиры иногда требуется согласие управляющего домом (Verwalterzustimmung).

При покупке земельного участка, в зависимости от обстоятельств, бывает необходимым **получение разрешения от различных государственных органов властей**. При этом следует помнить об аспектах природоохранения, об охране районов оздоровления и заповедников, а также о разрешении со стороны департамента защиты памятников архитектуры (Denkmalschutz).

При передаче земельного участка постоянно составляются объёмные и детальные протоколы с целью документирования его состояния. Передача, как правило, сопряжена с выплатой покупной цены.

Занесение права собственности впоследствии является формальностью. С занесением предварительной записи нотариально заверенного соглашения о передаче права собственности (смотри выше) покупатель уже достаточно обезопасен.

Что касается длительности делопроизводства, то для этого не установлено никаких сроков. В первую очередь, она зависит от индивидуально согласованных условий в договоре. Решающим для покупателя недвижимости является занесение предварительной записи нотариально заверенного соглашения о передаче права собственности в поземельную книгу. С этого момента он, во всяком случае, застрахован от того, что некто третий будет посягать на идентичную запись.

VI. Затраты на приобретение недвижимости

Покупатели часто неправильно оценивают затраты, связанные с покупкой недвижимости (Erwerbskosten). Поэтому при покупке недвижимости нужно непременно учитывать тот факт, что к стоимости объекта приплюсовываются дополнительные затраты. Эти затраты составят примерно 10-15% от стоимости объекта. Затраты, однако, как будет описано ниже, отчасти сильно различаются.

Оплата **нотариальных услуг (Notargebühren)** за заверение и оформление договора купли-продажи является неотъемлемой частью выше описанных дополнительных расходов. Это установлено законом, не подлежит обсуждению и зависит от стоимости объекта. Покупатель обязан оплатить нотариальные услуги в размере около 1-1,5 % от стоимости недвижимости. Также гонорар нотариуса зависит от того, какие действия нотариусу нужно предпринять в той или иной ситуации. Если для покупки недвижимости взят кредит в банке и/или же нужно удалить запись из поземельной книги, то объем работы нотариуса увеличивается, и соответственно, размер гонорара будет выше.

Также законом точно определен налог на покупку недвижимости, так называемый **налог, уплачиваемый при покупке недвижимости (Grunderwerbssteuer)**. Размер налога зависит от местонахождения недвижимости и отличается по регионам. В федеральной земле Берлин, например, сумма налога, уплачиваемая при покупке недвижимости, составляет 6%, в федеральной земле Бавария лишь 3,5%.

Переменные затраты (variable Kosten) включают в себя расходы на консультантов, экспертов, адвокатов, переводчиков, налоговых консультантов. Эти издержки ориентируются частично на требования законодательства, но, как правило, они свободно договорные. Стоимость услуг риелтора не должна быть выше 7,14% от покупной цены, включая налог на добавленную стоимость.

Несмотря на то, что клиенты из России в большинстве случаев освобождены от **уплаты налога на добавленную стоимость (Mehrwertsteuer)**, как, например, при оплате услуг адвоката, это освобождение, однако, не действует на приобретение недвижимости, и клиенты обязаны уплатить этот налог, например, при оплате услуг нотариуса или риелтора.

VII. Косвенные расходы

Покупатели часто недооценивают косвенные расходы.

Ежегодно должен выплачиваться так называемый **налог с недвижимого имущества (Grundsteuer)**. Он зависит от местонахождения недвижимости, т.е. различается в зависимости от региона, а также, например, от вида пользования коммерческой недвижимостью.

Собственники квартир платят **жилищно-коммунальные платежи (Wohngeld)**. Они включают в себя общие затраты всех собственников квартир одного дома, так называемого товарищества собственников жилья (Wohnungseigentümergeinschaft), такие как: расходы на услуги управляющей компании, общие эксплуатационные затраты (электроэнергия, вывоз мусора, комендант дома, зимняя уборка и т.д.). Необходимо создавать резервы на ремонт. Собственникам квартир следует пользоваться своим правом голоса на ежегодных собраниях собственников квартир.

Собственники земельного участка должны заботиться о его освоении и **содержании**, о вывозе мусора, уборке пешеходных дорожек, зимней уборке и т.д. Необходимо создавать резервы на ремонтные работы.

Также нужно думать и о **страховании (Versicherung)**: страховании жилого помещения, страховании коммерческой недвижимости на случай пожара, страховании квартирного имущества от кражи.

Необходимо вести корреспонденцию с административными органами, при необходимости вести переговоры со съёмщиками квартир, поддерживать контакт с поставщиками услуг и с мастерами. Подобные услуги предлагают многочисленные адвокаты и другие исполнители. **Обслуживание частной собственности** требует, таким образом, временных затрат, квалифицированный персонал и влечёт за собой дополнительные затраты.

Кроме того, собственник может столкнуться с затратами в виде **налогов**. Если собственник сдает квартиру в аренду, то он получает доход, который облагается налогом. То же самое правило действует и для коммерческой недвижимости, если собственник получает доход от сдачи объекта недвижимости в аренду. На частных лиц накладывается и подоходный налог (Einkommenssteuer), если собственник привлечен к уплате налогов в Германии. Юридическое лицо должно принимать в расчёт налог с корпораций (Körperschaftsteuer). При предоставлении недвижимости в аренду для коммерческих целей следует учитывать и т.н. промысловый налог (Gewerbesteuer),

размер которого зависит от местонахождения объекта недвижимости и различия в пределах 7%.

VIII. Вывод

Практика показывает, что многие русские покупатели не представляют себе всей сложности процесса приобретения недвижимости. Это касается и формальных условий совершения сделки, и самого процесса оформления сделки, и не в последнюю очередь дополнительных издержек на приобретение и последующее содержание недвижимости.

Поэтому рекомендуется при адвокатской консультации указывать на все эти пункты, чтобы всецело защитить интересы клиента, потенциального покупателя.

Настоящее, практически ориентированное руководство должно, с одной стороны, дать обзорное представление о процессе покупки недвижимости в Германии. С другой стороны, оно должно показать, что приобретение недвижимости в Германии следует строгому регламенту, обеспечивающему надёжность планирования и соблюдение правового порядка.

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 референдарата 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 проживание 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 комплаенса (Compliance) в русскоязычном пространстве 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.

Система поземельных книг и внесения прав на недвижимость в Германии

Das Grundbuchsystem und Eintragung der Immobilienrechte in Deutschland

Д-р Александр Немцов

(Dr. Alexander Nemzov)

Der Beitrag beleuchtet den Aufbau und die Funktionsweise des deutschen Grundbuchs sowie einige damit zusammenhängende Grundprinzipien des deutschen Immobilienrechts. Ferner wird der Prozess der Eintragung der Immobilienrechte ins Grundbuch und seine Besonderheiten wie Briefgrundpfandrechte, Vormerkungen und beschränkt persönliche Dienstbarkeiten erörtert.

I. Введение

Поземельная книга (Grundbuch) является основой оборота недвижимости в Германии. Известная устойчивость немецкого оборота недвижимости связана, в первую очередь, с выверенной системой внесения прав на недвижимость в поземельные книги и их публичной достоверностью. Целью настоящей статьи является предоставление заинтересованному пользователю информации о базовых принципов ведения поземельных книг и внесения в них прав на недвижимость.

II. Основные принципы права недвижимости

Из многих принципов, действующих в немецком праве недвижимости, на практике и для понимания его сути важнейшими являются следующие:

1. Принцип единства участка и строений

Принцип единства участка и строений на нем, также известен как принцип прироста (Akzessionsprinzip). Согласно этому принципу, выраженному в § 94 Германского Гражданского Уложения (Bürgerliches Gesetzbuch, далее – ГГУ),¹ строения являются составной частью земельного участка, поэтому право собственности на земельный участок (Grundstück) неотделимо от права собственности на постройку(и) на нем. Соответственно, чтобы приобрести право собственности на здание, необходимо, но и достаточно стать собственником участка. Постройки и сооружения не могут быть

¹ Bürgerliches Gesetzbuch, BGB. Текст ГГУ на немецком и английском языках: www.gesetze-im-internet.de/bgb; английский перевод: www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb; см. также русский перевод: Гражданское уложение Германии, 4-ое издание, 2015.

отдельными правоспособными объектами.² Значительными исключениями из этого правила являются право наследственной застройки (Erbbaurecht)³ и право собственности на квартиру в многоквартирном доме (Wohnungseigentum).⁴ В этих случаях объектом права собственности является непосредственно сама постройка (Erbbaurecht) или квартира вкуче с долей в общей собственности (Wohnungseigentum).

2. Принцип внесения (Eintragungsprinzip)

Все права на недвижимость приобретаются путем и с момента их внесения в поземельную книгу (Grundbuch). Значительным исключением из этого принципа является приобретение недвижимости по наследству или иному универсальному правопреемству, например, слиянию юридических лиц, а также приобретение недвижимости на торгах в рамках исполнительного производства (Zwangsversteigerung). В случае наследства собственность переходит на наследника в момент смерти наследодателя, а при торгах в момент решения о присуждении имущества (Zuschlagsbeschluss),⁵ т.е. в момент пресловутого удара молотком. В обоих случаях лицо, обретающее недвижимость, имеет право требовать исправления записи в поземельной книге и внесения себя как собственника или обладателя соответствующего права/обременения (Grundbuchberichtigung). Дальнейшим фактическим исключением из принципа внесения является уступка ипотеки (Verkehrshypothek) или поземельного залога (Briefgrundschuld), по которым выдано специальное письмо, путем передачи письма новому владельцу.⁶

3. Принцип абстракции (Abstraktionsprinzip)

Принцип абстракции (Abstraktionsprinzip) является производной от принципа разделения обязательственной и распорядительной сделки (Trennungsprinzip).⁷ Заключение обязательства о передаче права на недвижимость не ведет напрямую к приобретению соответствующего права кредитором, а лишь к возникновению у кредитора права требования передачи ему соответствующего права (например, заключение договора купли-продажи недвижимости не ведет само по себе к переходу права собственности к покупателю, а дает лишь право требовать такую передачу). Для отчуждения движимой вещи требуется также заключение отдельной «вещной» сделки о переходе права (т.н. „вещное Соглашение“ - dingliche Einigung), а также непосредственная передача самой собственности (Übergabe, § 929 ГГУ). В случае приобретения собственности на недвижимость необходимо вещное согласование

² 93 ГГУ гласит: «Составные части вещи, которые невозможно отделить друг от друга без их разрушения или изменения их сущности (т.н. существенные составные части), не могут быть предметом отдельных прав.» Согласно § 94 (1) ГГУ к существенным составным частям земельного участка принадлежат вещи, прочно связанные с землей, в частности строения.

³ Урегулирован законом о наследственном праве застройки (Erbbaurechtsgesetz). Текст на немецком языке: <http://www.gesetze-im-internet.de/erbbaubau/>.

⁴ Урегулирован законом о собственниках жилья (Wohnungseigentumsgesetz). Текст на немецком языке: <http://www.gesetze-im-internet.de/woeigg/>.

⁵ § 79 ff. Zwangsversteigerungsgesetz (закон о торгах при исполнительном производстве). Текст на немецком и английском языках: <http://www.gesetze-im-internet.de/zvg/>.

⁶ См. также главу IV.5. настоящей статьи.

⁷ Действует например в Австрии и в Швейцарии.

сторон о переходе собственности на недвижимость (*Auflassung*, § 925 ГГУ) и внесение нового собственника в поземельную книгу (*Eintragung*, § 873 ГГУ). При этом, заключение и действительность вещной сделки не зависят от заключения и действительности обязательственной сделки. Таким образом, например, недействительность договора купли-продажи участка не означает недействительности вещной сделки о переходе права собственности и не ведет к автоматической неверности записи в поземельной книге. Недействительность обязательственной сделки дает лишь право требовать возврата имущества на основании неосновательного обогащения. В случае недвижимости это осуществляется путем исправления записи о собственнике в поземельной книге (*Grundbuchberichtigung*, § 894 ГГУ). В правовой независимости обязательственной и распорядительной сделки (*Verpflichtungsgeschäft / Verfügungsgeschäft*) друг от друга заключается основа стабильности оборота и отличие принципа абстракции от принципа разделения.

4. Принцип формального и материального консенсуса

Логическим продолжением принципа абстракции в праве недвижимости является его аналог на процессуально-административном уровне, т.е. в Правилах ведения поземельной книги (*Grundbuchordnung*, далее: «ПВП») – принцип формального и материального консенсуса. Его суть заключается в том, что ведомство поземельной книги (*Grundbuchamt*) не должно проверять наличие и, тем более, материальную действительность обязательственных сделок, так как это, в первую очередь, задача нотариусов, удостоверяющих эти сделки, и судов. Для произведения *любой записи* в поземельной книге необходимо, помимо заявления о внесении (*Eintragungsantrag*), только лишь специальное заявление затронутого (т.е. того, чье право в результате сделки умаляется, § 39 ПВП) правообладателя о *разрешении* им внесения обременения (*Bewilligung*), например, ипотеки, поземельного залога или сервитута, § 19 ПВП.⁸ Только лишь наличие такого нотариально удостоверенного разрешения, а также наличие заявки о внесении записи проверяется ведомством поземельной книги (принцип формального консенсуса). Исключением из принципа формального консенсуса является лишь случай внесения *записи о переходе права собственности*. В этом случае, согласно § 20 ПВП, необходимо доказательство согласия прежнего *и будущего собственника* (принцип материального консенсуса), т.е. уже упомянутого выше «вещного» согласования (*Auflassung*), наличие которого проверяется ведомством поземельной книги. Причина такой осложненной процедуры кроется в повышенной социальной значимости перехода права собственности на недвижимость по сравнению с иными записями в поземельной книге.⁹

5. Принцип приоритета (*Prioritätsprinzip*)

Принцип приоритета (*Prioritätsprinzip*) гласит о том, что ранее внесенные права на недвижимость имеют приоритет перед правами внесенными позже (*prior tempore potior iure*). Исходя из этого принципа, каждое право на недвижимость имеет свой ранг,

⁸ Текст на немецком языке: www.gesetze-im-internet.de/gbo/.

⁹ Gerhardt, *Immobiliarsachenrecht*, § 2.3c; Weber, *Sachenrecht II*, § 4 Rn. 56.

значение которого раскрывается при обращении взыскания на недвижимость. Ранг устанавливается датой внесения соответствующего права, поэтому ведомства поземельных книг обязаны делать заметку о времени поступления заявки (§ 13 ПВП) и вносить записи в очередности поступивших заявок (§ 17 ПВП). Ранг определяет очередность удовлетворения правовладельца при исполнительном производстве, в первую очередь, при продаже на торгах (*Zwangsversteigerung*) или при принудительном управлении (*Zwangsverwaltung*). При этом возможны соглашения между правообладателями об уступке ранга, такая уступка подлежит внесению в поземельную книгу (§ 880 ГГУ).

III. Построение и ведение поземельных книг

1. Местонахождение

Поземельные книги ведут «ведомства поземельных книг» (*Grundbuchämter*), которые находятся при районных судах (*Amtsgericht*). Каждый районный суд отвечает за ведение поземельных книг для земельных участков, находящихся в его районе. Исключением является лишь земля Баден-Вюртемберг, где вместо районных судов управление поземельными книгами осуществляется государственными нотариатами, которые существуют во всех крупных муниципалитетах, в то время как в небольших коммунальных образованиях поземельные книги находятся в ведении непосредственно самого муниципалитета, т.е. находятся зачастую в самой ратуше. Таким образом в Германии, в отличие от России, не существует центрального реестра прав на недвижимость. Соответственно, заинтересованным лицам нужно обращаться в конкретное управление поземельной книги района, где находится недвижимость.

2. Публичный доступ

В отличие от России, поземельные книги не находятся в открытом публичном доступе. § 12 ПВП гласит, что для получения информации о конкретном участке необходимо предъявить «правомерный интерес» (*berechtigtes Interesse*), то есть объяснить и, в случае необходимости, доказать причину интереса в ознакомлении с данными о конкретном участке. Судебная практика признает оправданными запросы от актуальных или потенциальных кредиторов собственника, заинтересованных покупателей и арендаторов недвижимости, а также, как правило, запросы от нотариусов, уполномоченных адвокатов и от государственных учреждений при исполнении их обязанностей.¹⁰ В некоторых случаях также признаются запросы от прессы. В целом, однако, в Германии превалирует доктрина защиты личных данных и особенно защита разработанного Федеральным Конституционным судом права на информационное самоопределение (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*).¹¹ В связи с этим в неоднозначных или, с точки зрения ведомства поземельной книги,

¹⁰ Wilsch in: Beckscher Online-Kommentar GBO, § 12 Rn. 1-6.

¹¹ BVerfGE 65, 1 (43). Право на информационное самоопределение дает гражданину возможность самому определять факт и объем раскрытия по отношению к государству своих данных и в то же время обязывает государство способствовать охране предоставленных ему данных граждан.

сомнительных случаях, в которых не приведен убедительный интерес в раскрытии данных, в запросе будет отказано. Отказ может быть оспорен в суде.

3. Публичная достоверность

Несмотря на неполную доступность, поземельные книги имеют полноценную публичную достоверность (*öffentlicher Glaube*). Она выражается, в первую очередь, в § 891 ГГУ, предусматривающем презумпцию правладения в отношении того, кто внесен как правообладатель в поземельную книгу, как и презумпцию отсутствия права у лица, не внесенного или вычеркнутого из поземельной книги как правообладатель.¹² Соответственно, добросовестным рассматривается приобретатель, который приобрел право от лица, которое было на момент подачи заявления (на внесение новой записи) указано в поземельной книге в качестве правообладателя (§ 892 ГГУ). Исключают добросовестность приобретателя и, как следствие правомерность перехода права, лишь два случая: позитивное знание приобретателя о том, что запись правопродшественника является неверной, или же наличие записи о возражении (*Widerspruch*) третьего лица против верности предыдущей записи (§ 899 ГГУ) в момент подачи заявления на внесение. Значительным отличием немецкого права недвижимости от иных регистрационных систем является, таким образом, сужение масштаба добросовестности и осмотрительности для приобретателя. Повредить добросовестному приобретению может лишь фактическое знание о неверности поземельной книги («знал»), но не его недостаточная осмотрительность («должен был знать»). Так как правила о добросовестном приобретении должны защищать оборот, они не применяются в случаях перехода собственности в результате т.н. «сделки вне оборота» (*kein Verkehrsgeschäft*).¹³ Такими сделками могут считаться, например, переход собственности от товарищества собственников к одному из членов товарищества или от общества с ограниченной ответственностью (ГmbH) к владельцу единственной доли в GmbH или к ее единственному директору.

4. Построение поземельной книги

4.1. Кадастр

Основу для поземельной книги составляет кадастр недвижимости (*Liegenschaftskataster*) конкретного района или области (*Gemarkung*). Кадастр представляет собой двухмерный межевой план, в котором отражены отдельные кадастровые участки (*Flurstücke*). Земельный участок в правовом смысле (*Grundstück*) может состоять из одного или нескольких кадастровых участков. Трехмерных кадастров в Германии до данных пор не существует.

¹² Параграф 891 ГГУ гласит:
«Законная презумпция.

(1) Если право зарегистрировано в поземельной книге в пользу какого-либо лица, то предполагается, что это право принадлежит ему.

(2) Если зарегистрированное в поземельной книге право прекращено, то предполагается, что этого права не существует.»

¹³ Eckert in: Beck'scher Online-Kommentar, § 892 Rn. 8.

4.2. Листы

Для каждого земельного участка в правовом смысле, а также для каждого объекта жилой¹⁴ недвижимости (Wohnungseigentum) и для каждого права наследственной застройки (Erbbaurecht), в поземельной книге образован т.н. поземельный лист (Grundbuchblatt). Лист, согласно § 4 ПВП, состоит из надписи (Aufschrift), инвентарной описи (Bestandsverzeichnis), а также первого, второго и третьего раздела (Erste, Zweite und Dritte Abteilung).

Надпись представляет собой титульный лист, в котором, согласно § 5 ПВП, отражаются ведомство, ведущее данную поземельную книгу (т.е. обычно районный суд), поземельный район, обычно соответствующий району кадастра, а также номер листа.

В инвентарной описи указываются номера кадастровых участков, из которых состоит земельный участок в правовом смысле, и их размер. Из описи можно также увидеть кадастровую предысторию участка, т.е. из каких кадастровых участков он состоял изначально, когда и как было проведено (раз)межевание и т.д.

4.3. Разделы

В первом разделе указываются собственники недвижимости, дата и основание для их внесения в поземельную книгу. В качестве основания для внесения в соответствии с принципом абстракции может быть указана лишь распорядительная сделка, т.е. соглашение сторон о переходе права собственности, а не договор купли-продажи, хотя на практике это зачастую происходит одновременно в одном документе. Также указываются доли собственников в случае долевой собственности.

Во второй раздел вносятся все обременения и ограничения права собственности, за исключением ипотеки (Hypothek), ренты (Rentenschuld) и залога недвижимости (Grundschuld). В первую очередь, это касается частных сервитутов, ограничений в возможности отчуждения, как, например, право преимущественного приобретения (Vorkaufsrecht) или запись об аресте имущества или его нахождении в исполнительном производстве (Zwangsversteigerungs- oder Zwangsverwaltungsvermerk). Также во второй отдел вносятся возражения (Widersprüche) против осуществленных записей и предварительные записи (Vormerkung), резервирующие ранг и предоставляющие защиту для будущего приобретателя вещного права от противоправных действий его предшественника.

В последний, третий раздел вносятся записи об ипотеке и залоге недвижимости (Grundschuld), о ренте, а также возражения и предварительные записи об этих

¹⁴ Касается также и собственности на нежилые отдельные помещения в Здании (Teileigentum), урегулированной также в законе о жилой недвижимости (Wohnungs- und Teileigentumsgesetz).

обременениях. Аренда по немецкому праву обременением недвижимости не считается и внесению не подлежит.¹⁵

IV. Приобретение права или обременения недвижимости

1. Обязательственная сделка

а. Договор купли-продажи недвижимости

Договор купли-продажи недвижимости (Immobilienkaufvertrag) должен быть заключен в нотариальной форме (§ 311b п. 1 ГГУ), что означает не только заверение нотариусом подлинности подписей участников, но также прочтение им вслух договора и, в случае необходимости, пояснение участникам особенно сложных или рискованных для них положений договора. Несоблюдение нотариальной формы ведет к недействительности договора, но он может быть исцелен внесением перехода собственности в поземельную книгу, т.е. фактическим исполнением сделки. В данном положении сказывается одно из последствий принципа абстракции, а именно тот факт, что ведомством поземельной книги не проверяется и не требуется обязательственная, а только вещная сделка. Нотариальная форма договора необходима также для распространенных в Германии смешанных или комбинированных договоров, связанных с переходом права недвижимости, например, договор купли и застройки участка (Bauträgervertrag), а также иных сделок, ведущих к (возможному) отчуждению недвижимости, например, договор об аренде участка с последующим правом приоритетного приобретения.

в. Иные обязательственные сделки с недвижимостью

Обязательственные сделки, затрагивающие возникновение или отчуждение обременений недвижимости, как, например, ипотека, вещное право жилья (dingliches Wohnrecht) или сервитут (Dienstbarkeit), сами по себе в нотариальной форме не нуждаются. Например, договор кредита, содержащий в себе обязательство предоставить кредитору ипотеку или залог недвижимости, может быть заключен в простой письменной форме. Как правило, однако, договор кредитования, кроме обязательства о предоставлении обеспечения в виде ипотеки, также содержит в себе обязательство о подчинении должника немедленному исполнительному производству из нее (Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung, § 794 абз. 1 п. 5 Гражданско-Процессуального Уложения ФРГ).¹⁶ Эта конструкция позволяет владельцу ипотеки или поземельного долга получить исполнительный лист от нотариуса без судебного решения и, таким образом, начать исполнительное производство незамедлительно после просрочки и расторжения договора кредитования. Содержащие

¹⁵ Несмотря на некоторые ее вещные свойства, как право следования, § 566 ГГУ. На эту тему подробнее см. статью автора «О некоторых особенностях аренды нежилой недвижимости» в «Сборнике статей о праве Германии», выпуск № 1 (2015).

¹⁶ Текст ГПУ на немецком и английском языках: <http://www.gesetze-im-internet.de/zpo/>.

такие условия сделки должны быть удостоверены нотариусом, т.к. он должен разъяснить будущему должнику связанный с этим риск.

2. Соглашение (Einigung) – Распорядительная (вещная) сделка

Распорядительная сделка часто заключается одновременно с обязательственной в одном документе. Например, в договоре купли-продажи недвижимости зачастую используется фраза, что стороны «настоящим согласовывают переход права недвижимости, продавец дает согласие на внесение нового собственника и стороны настоящим делают заявку об осуществлении внесения нового собственника».

Соглашение само по себе не требует письменной или иной формы. Так, например, соглашение об уступке ипотеки или поземельного залога может быть заключено в простой письменной форме.¹⁷ Особенности правила действуют, однако, для соглашения о переходе права собственности на недвижимость (Auflassung). Такое соглашение возможно в свободной форме, но лишь при одновременном присутствии обеих сторон договора у нотариуса, § 925 абз. 1 ГГУ. При этом, однако, необязательно их личное присутствие, возможно также представительство.

Важно знать, что § 925 абз. 2 ГГУ запрещает соглашение о переходе собственности на недвижимость под условием, например, полной оплаты цены покупателем. В связи с этим невозможна используемая во многих иных сделках конструкция «удержания титула или собственности» (Eigentumsvorbehalt) до полной оплаты покупной цены. Вместо этого договорная практика использует депозитный счет нотариуса для оплаты покупочной цены. Нотариус получает поручение передать необходимые документы (то есть вещное соглашение о переходе права и заявку на внесение записи) в ведомство поземельной книги для внесения записи только после зачисления полной суммы сделки.

Однако, под условием может быть поставлено согласие на внесение обременений недвижимости, например ипотеки, залога недвижимости, сервитута и т.д.

3. Внесение права или обременения недвижимости

Для внесения записи в поземельную книгу необходимо соответствующее заявление, а также согласие актуального правообладателя на внесение такой записи. Также в некоторых случаях необходимо выполнить ряд дополнительных условий.

а. Заявление на внесение записи (Eintragungsantrag)

Заявление или заявку на внесение новой записи может подать как правообладатель, так и будущий приобретатель права, § 13 ПВП. Однако, так как заявление до производства записи может быть отозвано, рекомендуется, чтобы будущей правообладатель был как минимум одним из заявителей. Только в случае, когда

¹⁷ Однако на практике такая сделка заверяется нотариусом, т.к. только в случае заверенной нотариусом уступки у приобретателя ипотечного письма возникает публичная достоверность его правовладения. Более подробно далее в главе об особенностях обеспечения.

заявление не может быть односторонне отозвано прежним правообладателем, у приобретателя еще до внесения возникает так называемое «право ожидания» (Anwartschaftsrecht). Судебная практика признает право ожидания как самостоятельную правовую позицию, подлежащую отчуждению, залогоу, исполнительному производству и т.д.¹⁸

Заявление не должно быть выдержано в определенной форме. Однако на практике заявление всегда подается через нотариуса, оформляющего сделку или удостоверяющего разрешение на внесение обременения (см. ниже). Поэтому обычно оно содержится непосредственно в оформленном нотариусом документе. При поступлении в ведомство поземельной книги производится отметка о дне и времени поступления заявления, что необходимо для установления очередности его обработки и следующего из этого ранга.

в. Разрешение предшественника или соглашение сторон

«Разрешение» (Bewilligung) важно не путать с приведенным выше «Соглашением» (см. IV.2.). Соглашение (Einigung) представляет собой полноценную вещную сделку, то есть встречное волеизъявление двух (или более) сторон. Оно необходимо как материальное условие для возникновения или отчуждения права на недвижимость, § 873 ГГУ, а в случае права недвижимости согласно § 925 ГГУ (Auflassung). В свою очередь, «разрешение» в соответствии с принципом формального консенсуса является исключительно процессуальным действием. Оно может быть выдано только лишь актуальным правообладателем (§ 39 ПВП) и, будучи, по сути, односторонним волеизъявлением собственника, необходимо, в первую очередь, для внесения обременения имущества. Адресатом разрешения является ведомство поземельной книги. Благодаря наличию «разрешения» правладельца, ведомство поземельной книги не должно проверять саму сделку об обременении, например, договор об ипотеке/кредите. Оно лишь проверяет, выдано ли разрешение лицом, внесенным в поземельную книгу как правообладатель.

Разрешение должно быть выдано в нотариальной форме, § 29 ПВП, и на практике переправляется в ведомство поземельной книги уже самим нотариусом. Разрешение необходимо не только для внесения обременения, но также для его изменения и погашения. Однако, в последнем случае оно уже выдается не собственником имущества, а лицом, в чью пользу внесено обременение (например, обладателем ипотеки или сервитута), так как при погашении он является лицом, чье право в результате новой записи умаляется или погашается.

с. Внесение записи

Каждое заявление о внесении или изменении записи регистрируется с обязательным указанием времени их поступления (§ 13 абз. 2 ПВП), так как это влияет как на ранг соответствующего права, так и на очередность обработки заявления. Заявления должны

¹⁸ BGH NJW 1968, 493; BGH NJW 1982, 1639.

обрабатываться в порядке их поступления (§ 17 ПВП). Ведомство поземельной книги проверяет следующие условия для произведения записи:

- Подача заявления лицом, имеющим на это право (Berechtigter). Право на подачу заявления имеет лицо, чье право затронуто в результате записи или в чью пользу будет внесена запись, § 13 ПВП. В случае подачи заявления представителем проверяется его легитимация.
- Форма и выдача разрешения на внесение записи (см. выше 3.b.), а также легитимация представителя, если разрешение выдано представителем.
- В случае записи о переходе права собственности проверяется наличие действительного соглашения сторон, например, выполнение правил о представительстве.
- Возможность внесения заявленного права: в поземельную книгу могут быть внесены исключительно вещные права, поэтому, например, невозможна запись об аренде, даже долгосрочной.
- Проверка, внесено ли лицо, чье право будет затронуто в результате новой записи, в поземельную книгу как правообладатель (§ 39 ПВП). Эта формальная проверка важна как для того, чтобы установить, правильным ли лицом выдано разрешение или соглашение, так и для того, чтобы ею ограничить проверку правомерности внесения. Ведомство поземельной книги, таким образом и благодаря принципу абстракции, освобождено от проверок наличия и действительности обязательственных сделок как оснований для внесения.

В связи с социальной значимостью прав на недвижимость, а особенно собственностью на недвижимость, государство переложило на ведомство поземельной книги ряд проверяющих функций. Так, например, перед внесением нового собственника, ведомство должно убедиться, что приобретатель оплатил налог на приобретение недвижимости (Gründerwerbssteuer). Ведомство также проверяет наличие и осуществление прав на приоритетное приобретение (Vorkaufsrecht). Кроме того, в договоре купли-продажи недвижимости условием внесения нового собственника зачастую является полная выплата покупателем покупной цены, а она, в свою очередь, зависит от погашения продавцом всех прошлых обременений недвижимости. В связи с этим покупателю приходится зачастую ждать своего внесения собственником *много месяцев*. Так как вещная сделка в соответствии с § 873 ГГУ завершена только с внесением нового собственника, то все время до внесения покупателя в поземельную книгу продавец продолжает являться полноценным собственником (принцип абстракции!) и теоретически может успеть продать и передать недвижимость третьему лицу. Также возможен случай банкротства или ареста имущества продавца с последующим опротестованием конкурсным управляющим договора купли-продажи (Insolvenzanfechtung) или продажей им имущества с торгов.

4. Правовая позиция приобретателя до его внесения в поземельную книгу

В связи с вышесказанным встает вопрос о том, как защитить покупателя/приобретателя в период между заключением сделки и внесением записи о

переходе собственности или записи об ином праве или обременении. Частично на это уже отвечает сам закон. Согласно п. 2 § 873 ГГУ после нотариального удостоверения сделки или подачи заявления о внесении записи стороны уже не могут в одностороннем порядке отозвать свое согласие. Далее, согласно § 878 ГГУ, решающей точкой является опять же момент поступления заявления о внесении новой записи в ведомство поземельной книги. Все последующие ограничения прав отчуждающего в отношении распоряжения данным имуществом (*Verfügungsbeschränkungen* – например, банкротство или арест имущества) не действительны по отношению к приобретателю. Однако, этими нормами еще не решена проблема отчуждения собственности или иного права третьего лица до внесения приобретателя. Так же не решен риск, что согласно договору купли-продажи, нотариус обязуется передать заявления о смене собственника в ведомство поземельной книги только после погашения всех кредитных обременений и выплаты цены, что также увеличивает разрыв между договором купли и внесением собственника. Для этого существует инструмент предварительной записи (*Vormerkung*). Заявление о внесении предварительной записи и разрешение на ее внесение собственником обычно содержатся уже в самой нотариальной сделке. Внесение предварительной записи осуществляется весьма оперативно, т.к. для него не требуется дополнительных действий сторон или проверок со стороны ведомства поземельной книги. Предварительная запись в пользу будущего приобретателя приводит к так называемому «относительному ограничению распоряжения» (*relative Verfügungsbeschränkung*) прежним правообладателем. Это означает, что хотя прежний правообладатель и далее вправе распоряжаться недвижимостью, однако последующие изменения, внесенные им в поземельную книгу, не будут действительны по отношению к обладателю предварительной записи. То есть, даже если прежний правообладатель успеет продать недвижимость третьему лицу, и это третье лицо даже будет внесено в поземельную книгу раньше приобретателя, то такая запись будет действительна по отношению ко всем лицам, кроме обладателя предварительной записи. Обладатель предварительной записи вправе требовать исправления поземельной книги в свою пользу и внесения себя собственником права. Кроме того, предварительная запись резервирует ранг для будущего права. Например, если после заключения кредитной сделки и внесения предварительной записи в пользу кредитора недвижимость будет обременена (прежним собственником) иной ипотекой в пользу третьего лица, то такая ипотека будет, несмотря на ее более раннее внесение, иметь ранг после ипотеки, для которой была внесена предварительная запись.

Как уже говорилось выше, с момента поступления заявления в поземельную книгу о внесении нового собственника у него возникает т.н. право ожидания (*Anwartschaftsrecht*). Согласно судебной практике, умышленное нарушение права ожидания дает его владельцу, в том числе, деликтное право о возмещении убытков (§ 823 ГГУ), а также негаторное право требовать устранения нарушения (§ 1004 ГГУ).

5. Особенности залога недвижимости

Немецкое право залога недвижимости имеет две особенности. Первой является существование так называемого залога недвижимости или «грундшульд» (Grundschild) и его отличие от ипотеки. Второй особенностью является различие между видами залога недвижимости и ипотеки, подлежащим внесению в поземельную книгу при вторичном обороте (книжная ипотека или книжный грундшульд – Buchhypothek; Buchgrundschild), и теми, чей оборот осуществляется вне поземельной книги путем передачи соответствующего письма (Briefhypothek; Briefgrundschild).

Грундшульд отличается от ипотеки отсутствием акцессорности, т.е. зависимости залога от существования и объема обеспеченного им обязательства. Связь между грундшульдом и требованием осуществляется лишь за счет договора об обеспечении (Sicherungsabrede), запись о котором, однако, не вносится в поземельную книгу и не действует по отношению к третьим лицам. Это означает возможность оборота грундшульда отдельно от долгового требования или обеспечения им нескольких или последующих требований. В связи с этим именно грундшульд является основным видом обеспечения обязательств и приоритизируется банками при кредитовании.

Касательно второй особенности, здесь преобладающими формами обеспечения являются ипотеки и грундшульды с выдачей письма. При этом первичное обременение возникает путем внесения записи в поземельную книгу об ипотеке с письмом (Briefhypothek, § 1116 ГГУ) или грундшульде с письмом (Briefgrundschild, § 1192, 1116 ГГУ) и выдачи письма залогодержателю. Дальнейший оборот осуществляется путем уступки требования из ипотеки или поземельного залога и передачи письма новому владельцу (цессионару), т.е. вне поземельной книги. Новый владелец ипотеки или грундшульда в поземельную книгу не вносится. Таким образом, ипотеки и грундшульды с выдачей письма являются своеобразным исключением из принципа внесения, правда, только при вторичном обороте. Если в цепочке уступок каждая из них была *нотариально заверена*, то владение письмом дает владельцу эффект публичной достоверности, равный его внесению в поземельную книгу (§ 1155 ГГУ).

В то же время переход права т.н. книжной ипотеки или грундшульда возможен только путем внесения соответствующей записи в поземельную книгу о новом владельце. Таким образом в случае книжной ипотеки или грундшульда весь оборот должен быть внесен и виден из поземельной книги, что делает этот вид обеспечения менее привлекательным для оборота.

6. Особенности сервитутов

Согласно ГГУ возможны сервитуты (Dienstbarkeiten) двух видов – сервитут в пользу конкретного участка (Grunddienstbarkeit, § 1018 ГГУ) или сервитут в пользу физического или юридического лица или ограниченно личный сервитут (beschränkt persönliche Dienstbarkeit, § 1090 ГГУ). Сервитут в пользу участка устанавливается для того, чтобы позволить собственнику господствующего участка (herrschendes Grundstück):

- пользоваться определенным образом служащим участком (dienendes Grundstück); примером является право проезда по определенной территории участка; использование части участка для парковки; использование для прокладки труб или иных коммуникаций; или
- запрещать определенное использование (например, для осуществления на служащем участке розничной торговли или продажи алкоголя); или
- требовать отречения от некоторых претензий собственника служащего участка; например, от права требовать прекращения шума, загрязнения или иных вредных воздействий (§ 1004 ГГУ).

Ограниченно личный сервитут имеет то же самое содержание и отличается лишь тем, что сервитут устанавливается не в пользу конкретного участка, а в пользу конкретного лица. Таким образом, правообладателем сервитута (Dienstbarkeitsberechtigter) может являться не обязательно собственник господствующего участка, а любое лицо. *Ограниченно* личным он является в связи с тем, что правообладатель не вправе передавать, уступать и даже наследовать сам сервитут (§ 1092 ГГУ). Однако, он вправе предоставить третьему лицу право пользования сервитутом (например, право парковки на служащем участке), если такое условие установлено при внесении сервитута в поземельную книгу.

Сервитуты, как и остальные права на недвижимость, возникают с их внесением в поземельную книгу. Внесение осуществляется исключительно в поземельную книгу служащего участка; внесение в книгу господствующего участка возможно, но не обязательно (§ 9 ПВП). Причиной для внесения обычно является обязательственная сделка (например, договор о праве пользования парковкой на служащем участке), которая однако из-за принципа абстракции не является основанием для внесения сервитута в поземельную книгу. Тем не менее, обязательственная сделка важна тем, что только в ней возможно учесть обязательственные положения, которые в силу принципа абстрактности и ограниченности вещных прав не могут быть внесены в поземельную книгу. Такими положениями могут быть, например, условия и размер платежей за право пользования парковкой, обеспеченное сервитутом. Внесение ограниченно личных сервитутов зачастую является частью крупных сделок, например, договоров долгосрочной аренды или долгосрочной поставки или закупки товара. Далее внесение сервитута происходит по общим правилам для ограниченных вещных прав на недвижимость. С точки зрения материального права, необходимо соглашение сторон (Einigung) и внесение в поземельную книгу (§ 873 ГГУ). Судебная практика, впрочем, довольствуется при внесении сервитута одним лишь (односторонним!) нотариально заверенным разрешением собственника служащего участка (Bewilligung, § 29 ПВП) на внесение сервитута и не требует соглашения как вещной двухсторонней сделки.¹⁹ С догматической точки зрения это неверно, т.к. нарушает общее правило § 873 ГГУ о необходимости соглашения сторон как вещной сделки. Материальное условие для возникновения сервитута заменяется таким образом процессуальным действием, коим,

¹⁹ BGHZ 41, 209; Weber, Sachenrecht II, § 18 Rn. 7.

по сути, является разрешение собственника. Тем не менее, в связи с тем, что вещным содержанием сервитута может являться исключительно польза (§ 1019) для его владельца, т.е. такое внесение не может навредить владельцу сервитута, с практической точки зрения требовать двухсторонней сделки было бы чистым догматизмом. В разрешении собственника необходимо тщательно и как можно конкретно и точно прописать содержание сервитута, потому что оно определяет объем вещного права, вытекающего из сервитута. Разрешение является базовым документом (Bezugsurkunde), в котором содержатся такие условия, как объем обременения, например, графические планы для права проезда или парковки, условия использования сервитута и его погашения. Разрешение хранится в поземельной книге обремененного участка, в то время, как сама запись в поземельной книге обязательно содержит лишь ссылку на дату разрешения и номер дела нотариуса (Urkundenrolle-Nummer), заверившего разрешение.²⁰ Таким образом, осмотрительный приобретатель для установления полного содержания сервитута должен не только просмотреть запись о нем в поземельной книге (которая является лишь кратким описанием его содержания), но и просмотреть базовый для его внесения документ, т.е. разрешение, которое можно получить как у заверявшего нотариуса, так и в самом ведомстве поземельной книги.

V. Заключение

Система немецких поземельных книг выделяется на фоне иных регистрационных систем высоким уровнем абстракции. Это, конечно, следует, в первую очередь, из принципа абстракции. Разделение и правовая независимость в возникновении обязательственной и распорядительной сделки ведут к тому, что результатом действительной вещной сделки и внесения является полноценная и неоспоримая собственность (или иное право) у приобретателя. Исключением является лишь недобросовестность последнего. При этом масштаб недобросовестности исключительно узкий, предотвратить добросовестное приобретение может только конкретное (позитивное) знание (positive Kenntnis) приобретателя о недостатке права у продавца, а не возможность этого знания или неосмотрительность.

Дальнейшим усилением абстракции является принцип формального консенсуса, согласно которому, помимо обязательственной и распорядительной сделки, требуется еще одно дополнительное и по своей сути также абстрактное процессуальное действие («разрешение») отчуждающего или обременяющего правовладельца для осуществления внесения.

Несмотря на такую внутреннюю сложность, сам процесс приобретения права, тем не менее, для непосвященных особенно сложным не является, потому что все вышеупомянутые сделки и процессуальные заявления производятся через нотариуса и

²⁰ Ссылка на документ, содержащий разрешение или соглашение, присутствует во всех записях в поземельной книге, лишь с той разницей, что при переходе права собственности или ипотеки разрешение обычно состоит из одной-двух строчек, в то время как разрешение для сервитута состоит из нескольких листов, а также обычно планов участка с обозначением обремененной части в качестве приложения.

могут быть оформлены в одном документе. Благодаря тому факту, что оформление сделки с недвижимостью всегда осуществляется через нотариуса, обычно достаточно одного его посещения.

Следует отметить, что система поземельных книг является редким случаем позитивной регистрационной системы, т.е. системы, в которой содержание реестра является полным и достаточным носителем информации для будущего приобретателя. Приобретатель не обременен обязательством проверять правомерность содержания реестра, т.е. основополагающих сделок. Данный подход значительно снижает риски, а также объем и стоимость транзакционных проверок (due diligence).

Сведения об авторе:



Др. 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 в течение четырех лет адвокатом в юридической фирме со специализацией на коммерческое право, а также строительство и недвижимость.

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

nemzov@gmail.com

nemzov@media-saturn.com

Роль нотариуса при совершении сделок с недвижимостью в немецком праве

Die Rolle des Notars bei der Abwicklung von Rechtsgeschäften mit Immobilien im deutschen Recht

Нотариус д-р Виталий Шмиткель

(Notar Dr. Vitali Schmitkel) /

Нотариус-ассессор д-р Владимир Примаченко

(Notarassessor Dr. Vladimir Primaczenko)

Notare als unabhängige Träger eines öffentlichen Amtes nehmen verschiedene Aufgaben auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege wahr. Sie erbringen keine privaten Dienstleistungen, sondern werden kraft ihrer Stellung hoheitlich tätig. Insbesondere im Vertragsrecht leistet der Notar im deutschen Recht einen wichtigen Beitrag zur Rechtssicherheit und Streitvermeidung, indem er den Willen der Vertragsparteien klar und unzweideutig in der notariellen Urkunde niederlegt. In zahlreichen Vorschriften des materiellen Rechts ist die notarielle Beurkundung von besonders wichtigen Rechtsgeschäften vorgesehen. Als solche sind in erster Linie Immobilientransaktionen zu erwähnen, die in der notariellen Praxis in verschiedenen Erscheinungsformen vorkommen. Verträge über die Veräußerung und den Erwerb eines Grundstückes sind nur dann wirksam, wenn sie vom Notar beurkundet werden (§ 311b Abs. 1 BGB). Das Immobilienrecht stellt die Haupttätigkeit der meisten deutschen Notare dar. Im Rahmen der Abwicklung von Rechtsgeschäften mit Immobilien hat der Notar eine zentrale Stellung und begleitet die Transaktion von der ersten Kontaktaufnahme mit den Beteiligten bis zum Vollzug von Rechtsänderungen in öffentlichen Registern.

I. Статус нотариуса в Германии

В Германии профессия нотариуса (Notar) относится к категории так называемых свободных профессий (freie Berufe). Тем не менее, нотариусы выполняют публичные функции и назначаются на должность, чтобы проводить заверение сделок в правовом обороте. Особенно с точки зрения договорного права нотариус вносит огромный вклад для обеспечения правопорядка и избежания споров между сторонами сделки. Достижению этих целей способствуют составленные и заверенные нотариусом договорные соглашения, в которых воля сторон закрепляется четко и недвусмысленно. При этом стоит упомянуть, что нотариус занимает между участниками сделки

нейтральную позицию и тем самым не является представителем одной из сторон, что отличает его от деятельности адвокатов.

В какой сфере задействованы нотариусы в Германии, следует, в первую очередь, из § 1 Федерального положения о нотариате (*Bundesnotarordnung*).¹ В ней указано, что нотариусы исполняют свои функции в области так называемого предусмотрительного правосудия (*vorsorgende Rechtspflege*). Таким образом, они, выполняя публичные функции, отличаются в своих действиях также от судей, которые разрешают споры сторон уже после их возникновения. В Германии законодатель предусмотрел в различных областях обязательное заверение волеизъявления сторон, которое должно излагаться в соответствующем нотариальном протоколе. Только с момента заверения сделка обретает юридическую силу. Такое заверение необходимо для отдельных категорий сделок, влекущих за собой весомые последствия личного или имущественного характера.

В данной статье авторы затронут особую категорию сделок, заверение которых предусмотрено законодателем. Речь идет о сделках с недвижимостью, которые являются основной деятельностью многих нотариусов в Германии. Помимо описания характерных черт таких сделок, авторы также обратят внимание на отдельные формы проявления договоров с недвижимостью.

II. Формальные требования в отношении сделок с недвижимостью

Заверение сделок с недвижимостью предусмотрено в немецком праве законодателем (п. 1 § 311b Германского Гражданского Уложения, далее: ГГУ),² поэтому свое действие сделки приобретают с момента проведения такого процесса (*Beurkundung*).³ В отличие от простого удостоверения подписи (*Unterschriftsbeglaubigung*), это является таким элементом нотариального производства, когда весь документ зачитывается нотариусом (п. 1 § 13 Закона о нотариальном засвидетельствовании – *Beurkundungsgesetz*) и при этом его содержание разъясняется участникам нотариальной сделки.

¹ См. текст «Федерального положения о нотариате», а также других законов из сферы нотариального права на русском языке в рубрике «Переводы на русский язык», <http://www.irz.de/ru/pdf>. Текст законов на немецком языке: <http://www.gesetze-im-internet.de>.

² *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*. Текст на немецком и английском языках: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>. См. также перевод на русский язык: Гражданское уложение Германии, 4-ое издание, 2015.

³ Указанная статья ГГУ подразумевает только обязательственную часть сделки и не охватывает прямым образом распорядительный элемент сделки, т.е. соглашение о переходе права собственности на недвижимость (*Auflassung*) согласно п. 1 § 925 ГГУ. Компетенция нотариуса для заверения этой части сделки истекает из пр. 2 п. 1 § 925 ГГУ. На практике разделение на указанные составные элементы сделки формально не происходит, т.к. договор, заверение которого осуществляет нотариус, включает в себя типичным образом не только обязательственные нормы, но и соглашение о переходе права собственности.

III. Виды нотариальных сделок с недвижимостью

Деятельность нотариуса охватывает различные виды сделок, которые можно характеризовать по типу сделки, а также по её предмету. В дальнейшем описании указаны сделки, которые наиболее часто встречаются в нотариальной практике. Список указанных сделок не является исчерпывающим. Нотариус сталкивается в своей практической деятельности и с другими видами сделок (например, договор мены земельных участков).

1. Договор купли-продажи

Договор купли-продажи (Kaufvertrag), подлежащий нотариальному заверению, может иметь различные объекты как предмет сделки. В первую очередь, это земельный участок (Grundstück), на котором может находиться какое-нибудь сооружение. Особенностью немецкого гражданского права является то, что в нем нет разделения на собственность на земельный участок и на соответствующую застройку. Таким образом, собственник земельного участка в принципе является также собственником находящегося на нем сооружения (п. 1 § 94 ГГУ). Нотариально заверять при этом необходимо все договоры купли-продажи, независимо от вида пользования земельного участка. Таким образом, предметом сделки могут быть, например, не только обширные земли сельскохозяйственного назначения, но и маленькие садовые участки. Предметом сделки может быть и часть земельного участка (Teilfläche), т.е. которая еще не отражена в поземельной книге (Grundbuch). По своей структуре такой договор отличается немного от тех, в которых предмет может быть четко установлен на основании данных из поземельной книги, и содержит дополнительные формулировки, связанные с необходимостью разделения земельного участка и последствиями этого процесса.

Принцип неразделения собственности на земельный участок и находящееся на нем сооружение имеет некоторые исключения. Прежде всего, это право собственности на квартиру (Wohnungseigentum), существование которого обусловлено соответствующим законом (Закон о праве собственности на жилое помещение – Wohnungseigentumsgesetz (WEG)).⁴ Любая квартира, собственность на которую обоснована в соответствии с указанным законом, имеет свой раздел поземельной книги для одного объекта недвижимости и может являться, как и земельный участок, предметом договора купли-продажи. Другим исключением является наследственное право застройки (Erbbaurecht), также регулируемое соответствующим законом (Gesetz über das Erbbaurecht (Erbbaurechtsgesetz) (Erbbaurechtsgesetz)).⁵ Это право, как обременение, позволяет несобственнику построить земельный участок и впоследствии пользоваться находящимся на нем сооружением. В таких случаях собственниками земельного участка являются часто церкви или муниципальные образования. Обоснование наследственного права застройки (при участии нотариуса) происходит на длительный срок, который может длиться до 99-ти

⁴ См. *Commichau*, in: MünchKomm/BGB, 6. Aufl. 2013, § 1 WEG Rn. 1.

⁵ См. *Staudinger*, in: *Schulze u.a.*, BGB, 8. Aufl. 2014, § 1 Erbbaurechtsgesetz Rn. 5.

лет. Как и квартира, наследственное право застройки имеет свой раздел поземельной книги и может также являться предметом договора.

2. Договор подряда с владельцем строящегося частного жилого дома

Согласно договору подряда с владельцем строящегося частного жилого дома (Bauträgervertrag), владелец такой недвижимости как продавец продает один (или несколько) объект (объектов) из будущей застройки. Такой договор, подлежащий нотариальному заверению, содержит в себе элементы договоров купли-продажи и подряда (Werkvertrag). Зачастую покупателем является потребитель (Verbraucher), что ведет к тому, что нотариусу необходимо учитывать также законодательные нормы о защите потребителей. Такие нормы отражены, в том числе, в Распоряжении о маклерах и подрядчиках (Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV)), которое регулирует оплату покупателем в соответствии с продвижением строительных работ.

В этом контексте необходимо упомянуть, что таким договорам подряда нередко предшествует декларация о разделении единой собственности на доли в общей собственности (Teilungserklärung). Такая декларация также заверяется нотариусом и адресована ведомству поземельной книги (Grundbuchamt). На каждую долю, с которой связана (будущая) собственность на квартиру, создается свой раздел в поземельной книге. Если земельный участок принадлежит нескольким лицам, то речь идет не о декларации о разделении, а о соответствующем договоре (Teilungsvertrag).

3. Договор о передаче

Особую роль играют в нотариальной практике договоры о передаче (Überlassungsvertrag), которые могут охватывать различные выше перечисленные объекты недвижимости. Такой договор, который часто заключают родители со своими детьми, чтобы избежать переход такого имущества по праву наследства, обычно квалифицируется как договор дарения (Schenkung). Процесс передачи имущества на основании такого договора можно охарактеризовать как «наследование при жизни» (vorweggenommene Erbfolge). В этой области договорное право (Vertragsrecht) тесно переплетается с наследственным правом (Erbrecht). Так, нотариусу необходимо учесть права на обязательную долю наследства (Pflichtteilsrecht) «обделенных» детей. В договор могут также включаться элементы для защиты родителей как передающей стороны. Такими являются различные обременения, например, право на пользование жилым помещением (Wohnungsrecht) или же какое-либо другое право пользования (чужим) имуществом (Nießbrauch). Нередко договоры о передаче, заключаемые между членами одной семьи и имеющие поэтому особый конфликтный потенциал, имеют комплексную структуру и требуют от нотариуса особого подхода, чтобы адекватно отразить в заверяемом договоре соответствующие интересы всех сторон.

4. Ограниченные вещные права

Лишь коротко стоит упомянуть, что нотариус в обширном объеме сталкивается с ограниченными вещными правами (*beschränkt dingliche Rechte*), такими как сервитуты (*Dienstbarkeiten*) или залоги недвижимого имущества (*Grundpfandrechte*). В этой сфере нотариус участвует при обосновании, любых изменениях или прекращении таких обременений. В качестве примера сервитутов можно назвать право пользования дорогой (*Wegerecht*) или право на прокладку коммуникаций по чужому земельному участку (*Leitungsrecht*). Среди залогов недвижимого имущества на практике играет огромную роль ипотечный долг без оформления закладной (*Grundschuld*). Такой залог часто сопровождает договор купли-продажи недвижимости, приобретение которой финансируется кредитными организациями, которые настаивают на залоге недвижимости. В отношении ограниченных вещных прав деятельность нотариуса может быть ограничена только на свидетельствование подлинности подписи (см. § 40 Закона о нотариальном засвидетельствовании). Это следует из того, что внесение записей в поземельную книгу 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*). В отличие от § 311b и § 925 ГГУ, материальное право не требует в этих случаях нотариальной формы (см. также п. 1 § 873 ГГУ). Заверение волеизъявления, при котором происходит также зачитывание документа нотариусом, применяется при ипотечном долге без оформления закладной, если (будущий) собственник земельного участка дополнительно обязуется подчиниться принудительному совершению исполнительных действий в срочном порядке (*Unterwerfung der sofortigen Zwangsvollstreckung*) (см. пп. 5 п. 1 § 794 Гражданского процессуального уложения – *Zivilprozessordnung (ZPO)*).

IV. Отдельные действия нотариуса при нотариальном оформлении на примере договора купли-продажи

1. Подготовительные меры для процесса заверения

В преддверии процесса заверения нотариус уже совершает определенные действия по желанию участников сделки. Во многих случаях для проведения заверения договора купли-продажи будет достаточно передать нотариусу основные параметры договора (данные земельного участка согласно выписке из поземельной книги, стороны договора, покупная цена и т.д.), обратившись к нему, например, по электронной почте. Однако, во многих случаях нотариус проводит дополнительно консультацию участников, чтобы установить обстоятельства дела и волю сторон. Особенно, если сделка является комплексной в отношении отдельных аспектов, такая консультация нотариуса, которая, к тому же, не ведет к возникновению дополнительной нотариальной пошлины, представляется необходимой.

Помимо этого, нотариус обязан согласно пр. 1 п. 1 § 21 Закона о нотариальном засвидетельствовании ознакомиться с содержанием поземельной книги. Для этого

нотариус делает электронный запрос в соответствующую систему и получает мгновенно желаемую выписку из поземельной книги. Заверение без просмотра поземельной книги возможно лишь тогда, когда участники сделки на этом настаивают (пр. 2 п. 1 § 21 указанного закона), что нотариус может отметить в протоколе. Исходя из полученной информации, нотариус готовит при участии своих сотрудников проект заверяемого договора, который он пересылает сторонам сделки. В некоторых случаях такой проект предоставляют сами участники, обычно тогда, когда в сделке задействованы их адвокаты.

Если намеченная сделка квалифицируется как потребительский договор (Verbrauchervertrag), т.е. такой, в котором одной стороной является предприниматель, а другой потребитель, то на нотариуса законом формально возлагаются дополнительные требования. Согласно пп. 2 п. 2а § 17 Закона о нотариальном засвидетельствовании нотариус обязан предоставить «намеренный текст сделки» («der beabsichtigte Text des Rechtsgeschäfts») за две недели до проведения процесса заверения. Это положение, направленное на улучшение прав потребителей, было введено законодателем в 2013 г. По своей формулировке оно не является правовым предписанием с императивным характером. Однако ожидается, что суды будут строго проверять применение этой нормы нотариусами, если учесть судебные решения к этой статье в предыдущей формулировке.⁶ В целом многие аспекты по применению этой нормы являются на данный момент спорными, особенно те случаи, когда нотариус по просьбе сторон должен совершить удостоверение до момента истечения двухнедельного срока. Невзирая на все неопределенности, стоит отметить, что это положение подчеркивает особую роль нотариуса с точки зрения защиты потребителей.

2. Действия нотариуса при исполнении договорных обязательств

После удостоверения договора обычно проходит несколько недель или даже месяцев, прежде чем переход собственности на основании договора купли-продажи будет зарегистрирован в поземельной книге. Во время этой фазы нотариус совершает обычно следующие действия:

- подача заявления на внесение в поземельную книгу предварительной записи (Auflassungsvormerkung);
- запрос относительно осуществления права преимущественной покупки (Vorkaufsrecht) муниципального образования;
- получение необходимых разрешений публичного характера (Genehmigung) (например, согласно Закону о сделках с земельными участками (Grundstücksverkehrsgesetz));
- испрашивание документов об аннулировании обременений (Löschungunterlagen), например, залогов недвижимости в пользу кредитных организаций;

⁶ BGH DNotZ 2015, 792; NJW 2013, 1451.

- направление уведомления об отчуждении (Veräußerungsanzeige) в отдел по взиманию налога на покупку земельных участков при соответствующем финансовом учреждении (Grunderwerbsteuerstelle des Finanzamts);
- пересылка копии договора купли-продажи в базу данных реестра покупных цен при соответствующем экспертном комитете (Gutachterausschuss).

Выше указанные действия являются «стандартной программой» нотариуса при исполнении договорных обязательств сторон сделки и могут варьироваться в конкретном случае. Так, не всегда существует право преимущественной покупки муниципальной организации, например, если в сделке участвуют родственники первой степени родства. В некоторых случаях стороны отказываются в договоре от внесения предварительной записи. Не всегда продаваемый земельный участок отдан в залог банкам. Также покупатель мог уже сам (после уплаты долга банку) получить согласие на аннулирование залога (Löschungsbewilligung).

Как видно из этого перечисления, нотариус имеет обширные компетенции в отношении исполнения договора и является в этом процессе центральной фигурой, тем самым, практически отстраняя стороны договора от совершения таких действий. Этот объем действий отражается законом только частично. Так, согласно § 53 Закона о нотариальном засвидетельствовании, нотариус обязан подать в ведомство поземельной книги соответствующие документы, как только такие документы могут быть поданы, если только все участвующие лица совместно не потребуют нечто иное. Это положение касается, прежде всего, записи о переходе права собственности. Соответствующее заявление подается нотариусом, как только выполнены все необходимые для этого предпосылки, при договорах купли-продажи также сообщение продавца о получении покупной цены, которое тоже запрашивает нотариус. В отношении возможных прав преимущественных покупок, а также каких-либо разрешений на совершение сделки законом лишь установлено, что нотариус должен указывать на такие обстоятельства и отметить это в нотариальном протоколе (см. §§ 18, 20 Закона о нотариальном засвидетельствовании). Получение отказов или разрешений нотариусом самим законом не предусмотрено. Поэтому в нотариальной практике стороны предусматривают в договоре, что такие действия от их имени совершает нотариус (Vollzugsauftrag). Такой подход обеспечивает эффективное исполнение договора в более краткие сроки и означает эффективную реализацию принципа «одного окна» при приведении в исполнение договоров купли-продажи недвижимости в Германии.

Помимо этого, нотариус получает от участников договора также соответствующую доверенность совершать такие действия в отношении третьих лиц (Vollzugsvollmacht). Такая доверенность дополняет названные выше указания и способствует также эффективному исполнению договора. И с этой точки зрения закон регулирует только некоторые аспекты, а именно: предположение полномочий нотариуса в п. 2 § 15 Положения о поземельных книгах. Доверенность охватывает, в первую очередь, формальные действия нотариуса, в некоторых (исключительных) случаях также и материальные заявления сторон. Своеобразной формой доверенности является на практике так называемая «двойная доверенность» (Doppelvollmacht). Она необходима –

в дополнение к обычной доверенности для нотариуса – в отношении судебных разрешений при участии в сделке несовершеннолетних или лиц, над которым установлено попечительство. С помощью этой доверенности нотариус после получения судебного разрешения (1) сообщает об этом на основании доверенности другой стороне и (2) от имени другой стороны получает это же сообщение, что отражается в специальном нотариальном документе (Eigenurkunde).

V. Некоторые особенности нотариального заверения

1. Счёт, находящийся в доверительном управлении нотариуса

В большинстве случаев оплата покупной цены покупателем происходит таким образом, что он переводит соответствующую сумму денег на указанный в договоре счет продавца. Это действие покупатель совершает однако только после того, как нотариус известил его о том, что покупная цена подлежит оплате. Такое извещение (Fälligkeitsmitteilung) нотариус отправляет покупателю после выполнения определенных предпосылок, указанных выше, в том числе, как правило, внесение в поземельную книгу предварительной записи, получение отказа муниципального образования от осуществления права преимущественной покупки, получение необходимых разрешений и/или документов об аннулировании обременений. При наличии этих предпосылок исполнение договора, с точки зрения покупателя, а именно внесение записи в поземельную книгу о приобретении права собственности, не находится под угрозой. Также и другая сторона в договоре находится под защитой: продавец передаёт право владения (Besitzübergang) только после получения покупной цены. В таких ситуациях использование счета, находящегося в доверительном управлении нотариуса (см. §§ 54a-54e Закона о нотариальном засвидетельствовании), не является необходимым.

Счёт, находящийся в доверительном управлении нотариуса (Notaranderkonto), используется поэтому только в отдельных особенных случаях, например, тогда, когда одна из сторон исполняет свое обязательство первой, в то время, как для исполнения обязательства другой стороной не выполнены все необходимые для этого предпосылки. Типичным примером можно назвать ту ситуацию, когда покупатель желает передачу объекта во владение, которая обычно происходит в момент оплаты покупной цены, в более ранний срок. Если договорные предпосылки еще не выполнены, то продавец будет вынужден исполнить свое обязательство первым. Поэтому в такой ситуации покупатель оплачивает покупную цену на счет нотариуса. Как только все предпосылки для оплаты покупной цены будут выполнены, нотариус выплачивает эту сумму продавцу.

В итоге использование нотариальных счетов не безгранично и не может осуществляться по простому желанию сторон. Для этого закон требует наличие обоснованного интереса обеспечения (berechtigtes Sicherungsinteresse) (см. пп. 1. п. 2 § 54a Закона о нотариальном засвидетельствовании). На практике разработаны группы случаев, в которых могут использоваться нотариальные счета. Они описаны в

информационных письмах Федеральной нотариальной палаты (Bundesnotarkammer (BNotK))⁷ и отдельных региональных нотариальных палат. Так как использование таких счетов ведет к повышению нотариальной пошлины (Notargebühr), судебная практика строго оценивает наличие обоснованного интереса обеспечения. Так, в одном из недавних случаев суд установил, что обеспечения уплаты налога, взимаемого при покупке земельного участка, недостаточно для использования нотариального счета.⁸

2. Электронный оборот нотариальных документов

Электронный оборот документов подразумевает не только получение сведений из реестров, в данном случае из поземельной книги. Распространение электронного оборота имеет больше в виду подачу заявлений в поземельную книгу в электронном виде при использовании структурированных данных в формате XML.⁹ Получив данные в такой форме, ведомства по ведению поземельных книг имеют возможность быстрее производить соответствующие записи. На документы, подлежащие отправке в поземельную книгу в процессе регистрации, нотариус наносит свою квалифицированную электронную подпись (qualifizierte elektronische Signatur). При этом обмен информации с судами, при которых ведется поземельная книга, осуществляется через специальную систему коммуникации, на данный момент через так называемый почтовый ящик для электронных обращений в судебные и административные органы (Elektronisches Gerichts- und Verwaltungspostfach (EGVP)).¹⁰ Рассылка сообщений через эту систему происходит в зашифрованном виде.

Этот процесс подачи заявлений в поземельную книгу в электронном виде происходит в Германии с недавнего времени и еще не введен во всех федеральных землях. На данный момент этим способом подачи заявлений можно воспользоваться в отдельных ведомствах по ведению поземельных книг в землях Баден-Вюртемберг, Саксония, Шлезвиг-Гольштейн и Рейнланд-Пфальц. Внедрение такого оборота в нотариальное делопроизводство также благоприятно сказывается на участниках нотариальной сделки, так как исполнение сделок с итоговой целью внесения изменений права в поземельную книгу может производиться в более краткие сроки. Остается надеяться, что этот процесс будет в скором времени завершен и полностью заменит подачу документов в бумажном виде.

⁷ См. Rundschreiben der BNotK Nr. 1/96 vom 11.01.1996, in: *Weingärtner* (Hrsg.), *Notarrecht*, 9. Aufl. 2009, S. 298 ff.

⁸ OLG Schleswig *notar* 2015, 130.

⁹ См. о деталях этого процесса *Gassen*, in: *Weingärtner/Gassen/Sommerfeldt*, *DONot – Dienstordnung für Notarinnen und Notare mit Praxisteil zum elektronischen Rechtsverkehr*, 13. Aufl. 2016, S. 567 ff.; см. также <http://www.elrv.info/de/elektronischer-rechtsverkehr/index.php>.

¹⁰ См. <http://www.egvp.de>. В ближайшее время планируется внедрение так называемого особенного электронного почтового ящика для нотариусов (*besonderes elektronisches Notarpostfach – beN*), через который будет осуществляться обмен информацией нотариусов с судами, ведомствами, а также гражданами, см. *Frohn, notar* 2016, 30, 31.

3. Нотариальные пошлины

Взимание нотариальных пошлин предписано Законом о судебных издержках и нотариальных расходах (Gerichts- und Notarkostengesetz (GNotKG)). Этим законом создана особая социальная система пошлин, которая позволяет каждому гражданину обратиться за получением нотариальных услуг. Такая система ведет к тому, что нотариус исполняет свои должностные обязанности, не всегда получая при этом пошлины, покрывающие его расходы. Для граждан, кроме этого, является преимуществом, что в случае проведения нотариального заверения возникшая в связи с этим законная пошлина включает в себя также стоимость консультаций нотариуса по этому делу в преддверии заверения и составления проекта заверяемого договора. В оплату своих услуг нотариус может взыскать только предписанную законом пошлину. Соглашение между нотариусом и участниками сделки о размере нотариальной пошлины запрещено законом (см. § 125 Закон о судебных издержках и нотариальных расходах). В целом стоит отметить, что нотариальные пошлины в Германии имеют в международном сравнении очень низкий уровень.¹¹ С точки зрения потребителей, нотариальная система в Германии, основанная на принципах латинского нотариата, влечёт за собой меньшие издержки чем в странах, в которых происходит дерегулирование в сфере регистрации сделок (например, Англия, Нидерланды).

VI. Заключение

Настоящая статья затронула лишь только поверхностно отдельные аспекты нотариальных сделок с недвижимостью. На практике существует масса других задач в этой области, поставленных перед нотариусом. Так, например, небольшие отклонения в отношении сторон (например, участие простого товарищества (Gesellschaft bürgerlichen Rechts) как сторона договора) или некоторых особенностей объекта могут привести к дополнительным правилам, требующих урегулирования в нотариальном договоре. В целом нотариус имеет обширные компетенции и занимает центральную роль при совершении сделок с недвижимостью. Учитывая его вовлечение на всех этапах транзакции с недвижимостью, его справедливо можно назвать гарантом успеха в реализации целей участников сделки. Тем самым, он также гарантирует основанный на соблюдении права общественный порядок, принимая во внимание интересы «слабых» сторон сделки, таких как потребителей.

¹¹ См. <http://www.bnotk.de/Buergerservice/Notarkosten/Studie>.

Об авторах:



Д-р Виталий Шмиткель - нотариус в Баварии. Он поддерживает Федеральную нотариальную палату ФРГ, немецкий фонд международного правового сотрудничества (IRZ) и германское общество международного сотрудничества (GIZ) в рамках правовых консультаций восточноевропейских стран, в частности России, и является автором экспертизы Федеральной нотариальной палаты Германии относительно проекта нового закона о нотариате в России. Он также является доцентом в рамках повышения квалификаций нотариусов в России. Дополнительные данные в интернете: www.notarnes.de



Д-р Владимир Примаченко - нотариус-ассессор при нотариальной палате Саксонии, в настоящее время делегирован в Федеральную нотариальную палату Германии (г. Берлин). Владимир ранее работал адвокатом в адвокатской конторе «Фрешфильдс Брукхаус Дерингер» (г. Кельн) и защитил докторскую диссертацию в Германии по теме «Доверительное управление имуществом по российскому праву». Он является доцентом в различных учреждениях, в том числе, для специалистов и студентов из России (контакт: primaczenko@gmail.com).

Права авиапассажиров в странах Европейского Союза в случае длительной задержки или отмены рейса, а также в случае отказа в посадке на рейс

Rechte der Flugpassagiere im Fall der Nichtbeförderung, bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen

Пауль Хайт, адвокат
(Paul Heit, Rechtsanwalt)

Der Beitrag befasst sich mit den Fluggastrechten in Deutschland und Europa. Er soll sowohl dem Juristen als auch jedem an diesem Thema Interessierten einen ersten Überblick über die Regelungen und Quellen der Fluggastrechte geben. Es werden Grundbegriffe erläutert, die häufigsten Anwendungsfälle genannt und Auslegungsprobleme aufgezeigt, die insbesondere durch Rechtsprechung geschlossen werden müssen.

I. Введение

Основным документом, регулирующим права авиапассажиров в случае длительной задержки или отмены рейса, а также в случае отказа в посадке на рейс является Регламент (ЕС) № 261/2004 (Verordnung (EG) Nr. 261/2004)¹. Регламент вступил в силу 11 февраля 2005 г. и является законодательным актом Европейского Сообщества, устанавливающим гарантии прав пассажиров, а также денежную компенсацию, если по независящим от пассажира причинам он получил отказ в посадке на рейс, в случае, если произошла отмена рейса, задержка рейса на два, три, четыре часа или на более длительный срок - в зависимости от дальности перелёта.

Регламент, в силу своего правового характера, непосредственно применяется каждой страной-членом Европейского Союза (ЕС), а национальные судебные инстанции, в свою очередь, обязаны обращаться в Суд Европейского Союза (нем.: Europäischer Gerichtshof, EuGH)² во всех случаях, в которых толкование правового термина вызвало сомнение. Таким образом, Регламент является ярким примером общеевропейской стандартизации прав пассажиров, которые действуют во всех странах ЕС одинаково. Тем не менее, до сих пор существуют неурегулированные положения и толкование тех или иных норм Регламента требует разъяснения.

В данной статье рассматриваются наиболее частые случаи применения Регламента.

¹ Verordnung (EG) Nr. 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Februar 2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleich und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 295/91, Amtsblatt Nr. L 046 vom 17/02/2004 S. 0001 – 0008; Текст на немецком и английском языках: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:32004R0261>.

² Англ.: European Court of Justice (ECJ); <http://curia.europa.eu/>.

II. Историческое развитие и правовой характер

Регламент (ЕС) № 261/2004 заменил прежний Регламент Европейского Экономического Сообщества (ЕЭС) № 295/91 о компенсации за отказ в посадке на рейс от 04.02.1991. Новый Регламент является обязательным и напрямую применяется во всех странах Европейского Союза (Статья 19).

Однако, Регламент действует не только в рамках своего текстового содержания. Статья 267 Договора о работе Евросоюза (нем.: AEUV - Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union³) наделяет Суд ЕС полномочиями толкования актов, принимаемых институтами ЕС, а следовательно и настоящего Регламента. Его решения должны применяться не только между сторонами исходного процесса, они имеют обязательную сторону для всех судебных инстанций на всей территории ЕС. Таким образом, Регламент следует применять в том понимании, которое ему придал своей судебной практикой Суд ЕС.

Интересным фактом является и то, что Суд ЕС уже неоднократно определял, что его толкования имеют обратную силу и должны применяться национальными инстанциями не только ко всем случаям, произошедшим после определяющего решения, но и ко всем случаям, произошедшим до этого⁴.

III. Сфера применения Регламента

Регламент устанавливает обязанности авиаперевозчиков и включает в себя обязательный минимум прав для пассажиров в случаях отказа в посадке, отмены или длительной задержки рейса.

1. Субъективная составляющая

Регламент, в частности, наделяет каждого пассажира правом требования компенсации в отношении фактического авиаперевозчика, независимо от того, заплатил ли он за свой билет сам и является ли гражданином ЕС или нет.

В самом Регламенте не содержится определения «авиапассажир». Под этим термином подразумевается физическое лицо, которое с согласия авиакомпании перевозится или должно перевозиться самолётом на основании авиабилета. Регламент наделяет правами всех авиапассажиров, независимо от цели авиаперелёта. Различия между понятиями «потребитель» или «предприниматель» не предусмотрено.

Экипаж, а также «безбилетники» не подпадают под действие Регламента, т.к. экипаж является частью авиаперевозчика, а «безбилетники» находятся на борту самолёта без согласия авиакомпании.

³ Konsolidierte Fassung bekanntgemacht im ABl. EG Nr. C 115 vom 9.5.2008, S. 47, текст на немецком языке: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=de>. Перевод на русский язык: <http://eulaw.ru/treaties/tfeu>.

⁴ EuGH, Rs. C-347/00 – Barreira Pérez, Slg. 2002, I-8191; EuGH, Rs. C-453/02 und C-462/02, Slg. 2005, I-1131.

Регламент не применим также к пассажирам, которые совершают перелёт бесплатно или по льготному тарифу, недоступному в открытой продаже (ст. 3 ч. 3). Тем не менее, Регламент применяется к пассажирам, обладающим билетом, выданным авиаперевозчиком или туроператором в рамках бонусной программы поощрения клиентов или другой коммерческой бонусной программы.

Спорным остаётся вопрос о применении Регламента к грудным и малолетним детям, не имеющим собственных билетов и не занимающим отдельное место. В Германии судебной практикой этот вопрос решён в пользу авиаперевозчика. Малолетние дети являются бесплатными авиапассажирами, а к пассажирам, путешествующим бесплатно или по льготному тарифу, недоступному в открытой продаже, Регламент не применим (ст. 3 ч. 3).

2. Предметно-материальная составляющая

Для применения Регламента не имеет значения, является ли рейс регулярным или чартерным. Пункт 5 Преамбулы напрямую касается этого вопроса. В частности, поскольку различие между регулярными и нерегулярными услугами имеет тенденцию к исчезновению, подобная защита распространяется не только на пассажиров регулярных авиарейсов, но и на пассажиров нерегулярных авиарейсов, в том числе авиарейсов, являющихся составной частью туристических поездок.

Изначально возникал вопрос о том, подпадают ли низкобюджетные авиакомпании – так называемые «лоукостеры» – под действие Регламента, т.к. очевидна некая дискриминация по отношению к дорогим авиакомпаниям, которым в силу своей ценообразующей политики проще нести расходы, связанные с предоставлением пассажирам прав, компенсации и т.д. Однако Суд ЕС решил этот вопрос в пользу авиапассажиров, определив, что действие Регламента распространяется на всех авиаперевозчиков, независимо от их ценовой политики, т.к. главной целью регулирования является защита и улучшение прав пассажиров, а причиненные неудобства от длительной задержки или аннулирования рейса для пассажиров лоукостера и дорогой авиакомпании одинаковы⁵.

И всё же, в Регламенте присутствует некий реверанс в сторону авиаперевозчиков и туроператоров: он не применим в случаях, когда тур с полным обслуживанием отменен по иным причинам, чем отмена авиарейса (ст. 3 ч. 6).

3. Территориальная составляющая

Согласно ст. 3 ч. 1 правила, предусмотренные Регламентом, распространяются на пассажиров:

⁵ EuGH, Rs. C-344/04, RRa 2006, 127.

- отправляющихся из аэропорта, расположенного на территории государства ЕС, к которой применяется Договор о Европейском Союзе в редакции Лиссабонского договора (EU-Vertrag)⁶,

или

- отправляющихся из аэропорта, расположенного в третьей стране, в аэропорт, расположенный на территории государства ЕС, к которой применяется Договор о Европейском Союзе, если фактический авиаперевозчик, который выполняет соответствующий авиарейс, является авиакомпанией Евросоюза, и пассажиры не получили льготы или компенсацию и содействие в этой третьей стране.

Таким образом, Регламент применяется ко всем авиакомпаниям, в том числе к неевропейским, вылетающим с территории ЕС. Что касается рейсов из третьих стран в аэропорты ЕС, то Регламент распространяется только на европейских авиаперевозчиков.

Под «территорией государства ЕС, к которой применяется Договор», понимаются территории всех 28 государств-членов ЕС, перечисленных в ст. 52 Договора о Европейском Союзе. Согласно той же статье, а также статье 355 Договора о работе Евросоюза, некоторые заморские территории, находящиеся под юрисдикцией государств-членов, полностью или частично подпадают под действие положений Договора. В частности: Гваделупа, Французская Гвиана, Мартиника, Реюньон, Сен-Бартельми, Сен-Мартен, автономные регионы, Азорские острова и Мадейра (и некоторые другие островные территории государств-членов, перечисленные в приложении II к Договору). В статье 355 также приводятся регионы, на которые действия Договора, а следовательно и Регламента не распространяются.

Кроме территории стран ЕС действие Регламента распространяется также на страны Европейского экономического сообщества: Исландию, Лихтенштейн и Норвегию. Пассажиры, отправляющиеся с территории этих стран, имеют те же права, что и пассажиры, отправляющиеся с территории Евросоюза.

Также Регламент применим к рейсам, отправляющимся с территории Швейцарии. Интересным остаётся вопрос о применении Регламента в случаях внутренних рейсов в Швейцарии, а также в случаях отправления с территории Швейцарии в третьи страны. Европейская комиссия и национальные суды Швейцарии придерживаются мнения, что под действие Регламента подпадают только авиарейсы, касающиеся территории Евросоюза. Рейсы, не имеющие отношения к Евросоюзу, не подпадают под Регламент, т.к. его действие на территории Швейцарии определяется особым договором между Швейцарией и ЕС, что подразумевает хоть какое-то фактическое соприкосновение с территорией ЕС. Тем не менее, вопрос ещё не был решен Судом ЕС и остаётся спорным.

⁶ Vertrag über die Europäische Union, konsolidierte Fassung bekanntgemacht im ABl. EG Nr. C 115 vom 9.5.2008, S. 13, текст на немецком языке:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=DE>

В этом контексте особое внимание стоит уделить аэропорту Базель-Мюлуз-Фрайбург. Он является единственным аэропортом в мире, управляемым совместно двумя странами (Францией и Швейцарией). Таким образом, возникает вопрос о применении Регламента при маршрутах из этого аэропорта в города Швейцарии или в третьи страны. Ответ заключается в том, на чьей государственной территории находится аэропорт. Фактически аэропорт расположен на французской территории. Поэтому, Регламент применим к рейсам непосредственно, как и к остальной части Франции. Такая трактовка распространяется также и на швейцарский сектор аэропорта, т.к. он не является экстерриториальным анклавом Швейцарии⁷.

Более того, в соответствии с Соглашением о создании общего европейского воздушного пространства от 9.6.2006 (нем.: ЕСАА-Abkommen)⁸, действие Регламента распространяется также на Албанию, Боснию и Герцеговину, Македонию, Исландию, Черногорию, Норвегию, Сербию и Косово. На Болгарию и Хорватию, которые первоначально являлись сторонами договора ЕСАА, действие Регламента теперь распространяется непосредственно, т.к. они уже являются полноценными членами ЕС.

IV. Ключевые термины Регламента

Согласно Регламенту, авиапассажиры имеют права в следующих случаях:

- в случае отказа в посадке на рейс против их воли (ст. 4)
- в случае отмены рейса (ст. 5)
- в случае длительной задержки рейса (ст. 6)

Далее будет рассмотрено, что конкретно подразумевается под вышеупомянутыми терминами, а также правовые последствия для авиаперевозчика.

1. Отказ в посадке (ст. 4)

Термин «отказ в посадке» (нем.: „Nichtbeförderung“) юридически определен в ст. 2 j) и ст. 3 ч. 2. Он означает отказ в авиаперевозке данным рейсом, несмотря на то, что пассажир прибыл на посадку не позднее чем за 45 минут до указанного времени вылета (либо в период времени, которое в письменной форме - в том числе и электронной - заранее указал авиаперевозчик, туроператор или уполномоченный турагент). Помимо этого, авиапассажир должен иметь подтвержденную бронь на указанный рейс.

В ст. 2 j) предусмотрено исключение, когда отказ в посадке является следствием уважительной причины, связанной, в частности, с состоянием здоровья или безопасностью пассажиров, либо недостатком надлежащих для путешествия документов. В этих случаях Регламент освобождает авиаперевозчика от обязанностей, связанными с отказом в посадке на рейс.

⁷ ZG Basel, 20.06.2011 - V.2011.35, RRa 2011, 286.

⁸ Übereinkommen zur Schaffung eines gemeinsamen europäischen Luftraums vom 9.6.2006, ABl. EG Nr. L 285 v. 16.10.2006, S. 3.

а) Отказ в посадке по причине овербукинга

Регламент рассматривает случаи продажи большего числа билетов, чем имеется мест (Überbuchung bzw. Overbooking) как самые частые случаи отказа в посадке на рейс. В случаях, когда у обслуживающего авиаперевозчика имеется веская причина предполагать, что некоторым пассажирам придётся отказать в посадке, то он обязан попытаться найти добровольцев, готовых отказаться от своего бронирования в обмен на определённые льготы или бонусы, которые устанавливаются по взаимному согласию между заинтересованными пассажирами и фактическим перевозчиком. В дополнение к бонусам или льготам добровольцам положено содействие в соответствии со ст. 8 (право на возврат уплаченных сумм, либо пересадка на альтернативный маршрут).

Если авиаперевозчик не сумел найти достаточное количество добровольцев, то он имеет право отказать любым пассажирам в посадке против их воли. При этом, фактический перевозчик обязан обеспечить приоритетную посадку лиц с ограниченной мобильностью и их сопровождающих.

б) Иные случаи отказа в посадке на рейс

Вопрос о том, исчерпывается ли ст. 4 лишь случаями овербукинга или возможно применение также к иным случаям отказа в посадке на рейс, оставался долгое время спорным. Судебная практика в Германии склонялась чаще к широкому толкованию термина⁹. Статья 2 (j) не предусматривает ограничения термина только овербукингом. По смыслу, любой отказ в посадке на рейс против воли пассажира является действием, которое несёт для авиаперевозчика юридические последствия. Иначе любое решение авиаперевозчика об отказе в посадке, которое не подпадало бы под отмену или длительную задержку рейса, несло бы для пассажира последствия, которые регулятор как раз и хотел предотвратить, принимая Регламент, особенно в случаях, когда отказ в посадке является внутренним решением авиакомпании и не имеет уважительных причин. Такого толкования придерживается и Суд ЕС¹⁰. Начиная с конца 2012 года, этот вопрос можно считать решённым в пользу авиапассажиров. Права пассажиров не ограничиваются случаями овербукинга.

2. Отмена рейса (ст. 5)

Под «отменой рейса» (нем.: „Annullierung“) понимается невыполнение ранее запланированного авиарейса, на котором было забронировано, как минимум, одно место (Статья 2 (l)).

⁹ BGH, Xa ZR 78/08, RRa 2009, 239 ; OLG Hamburg, 6 U 94/07, RRa 2008, 139; LG Düsseldorf, 22 S 435/06, RRa 2008, 45.

¹⁰ EuGH, Rs. C-321/11, RIW 2013, 484; EuGH, Rs. C-22/11, RRa 2011, 86.

В правовой эволюции Регламента понимание «отмена рейса» и «длительная задержка рейса» изначально играло огромную роль. В частности, Регламент напрямую не предусматривал какого-либо права на денежную компенсацию в случаях длительной задержки рейса. Поэтому с первого дня велись частые дискуссии о том, с какого момента длительную задержку можно было считать отменой рейса и претендовать помимо права на дополнительное сервисное обслуживание также и на денежную компенсацию.

Изначально, суды первой инстанции считали отменой рейса случаи, когда пассажирам вернули багаж¹¹, другие суды напротив аргументировали, что отменой можно считать только смену авиалинии или запланированного авиалайнера, либо смену номера рейса¹² или же только случаи повторной регистрации.

В своём решении от 19.11.2009 Суд ЕС¹³ кардинально изменил понимание Регламента. В первой части своего решения суд определил, что длительная задержка рейса - независимо от длительности задержки - не может толковаться как отмена рейса. Если рейс авиакомпанией не отменен и перелёт осуществлён по изначальному маршруту, то это является лишь задержкой. Для отмены рейса необходимо решение авиакомпании не проводить полёт согласно изначальному плану. Таким образом, отмена рейса всегда требует внутреннего решения авиаперевозчика о непроведении рейса вообще.

3. Задержка рейса

Термин «задержка рейса» не определен в Регламенте. В ст. 6 речь идёт определённо лишь об опоздании при отправлении рейса. В свою очередь, Суд ЕС рассматривает вопрос задержки с точки зрения опоздания в аэропорту конечного прибытия¹⁴. Однако такое понимание стоит рассматривать в свете эволюции Регламента через решения Суда ЕС. Во второй части своего решения от 19.11.2009 Суд ЕС¹⁵ признал, что длительная задержка лишь немногим отличается от отмены рейса. В своём решении суд постановил, что задержка рейса как минимум на три часа ведёт к аналогичным неудобствам пассажиров, что и отмена рейса, и, таким образом, пассажир имеет право требовать денежную компенсацию в аналогичном порядке. В этих - изначально непредусмотренных Регламентом случаях - действительно имеет значение вопрос окончательного опоздания, т.к. только по окончании затянувшегося перелёта его можно сравнивать с отменой рейса с точки зрения причинённых пассажиру неудобств. Первоначальной целью ст. 6 были же иные неудобства, которые авиаперевозчик согласно плану регулятора обязан был смягчать: необходимость в коммуникации, необходимость принятия пищи и напитков, а также необходимость сна. Эти неудобства возникают в пункте отправления, а следовательно, решающим вопросом становится

¹¹ AG Schöneberg, 5a C 92/05, RRa 2006, 93.

¹² AG Frankfurt, 30 C 1370/06-25, RRa 2007, 42.

¹³ EuGH, Rs. C 402/07, RRa 2009, 282 (sog. Sturgeon-Entscheidung).

¹⁴ EuGH, Rs. C-402/07; RRa 2009, 282 (sog. Sturgeon-Entscheidung); EuGH, Rs. C-11/11, RRa 2013, 78 (sog. Folkerts-Entscheidung).

¹⁵ EuGH, Rs. C 402/07, RRa 2009, 282 (sog. Sturgeon-Entscheidung).

разумное предположение авиаперевозчика об ожидаемой задержке рейса при отправлении. Шкала расстояний и времени задержки в ст. 6 применима только к тем обязанностям авиаперевозчика, которые определяются в этой статье. О них речь пойдет чуть позже.

V. Правовые последствия при отмене рейса или отказе в посадке на рейс

Регламент предусматривает в случаях отмены рейса или в случаях отказа в посадке на рейс, следующие права авиапассажира:

1. Право на возврат уплаченных сумм или пересадку на альтернативный маршрут (ст. 8)

Авиаперевозчик обязан предложить пассажирам выбор:

(а) возврат полной стоимости билета в течение семи дней в виде наличных денег, посредством банковского перечисления или чека, либо – с письменного согласия пассажира – в форме ваучеров на проезд и/или на другие услуги. Возврат производится по той стоимости билета, по которой он был приобретен, в отношении неосуществленной части поездки, а также в отношении уже осуществленной части поездки, если рейс становится бесполезным с точки зрения изначального плана пассажира. В случаях, когда это применимо, возвратная стоимость включает в себя также стоимость авиарейса в первоначальный пункт отправления при первой возможности;

либо

(б) пересадка на альтернативный маршрут в пункт конечного назначения в сравнимых условиях перелёта и при первой возможности;

либо

(с) пересадка на альтернативный маршрут в пункт конечного назначения в сравнимых условиях на более позднюю дату по выбору пассажира и при наличии свободных мест.

2. Право на дополнительное сервисное обслуживание

В соответствии со ст. 9, авиаперевозчик также обязан предложить прохладительные напитки и питание в достаточном количестве с учетом длительности ожидания. В случаях, когда возникает необходимость провести в ожидании одну или более ночей, а также в случаях, когда необходимо задержаться на время, превышающее изначально запланированное пассажиром, авиаперевозчик обязан предоставить бесплатное размещение в гостинице, а также трансфер между аэропортом и гостиницей. Кроме того, пассажиру предлагается возможность бесплатно произвести два телефонных

звонка или бесплатно отправить два сообщения по электронной почте. В рамках дополнительного сервиса особое внимание должно уделяться потребностям лиц с ограниченной мобильностью и любых сопровождающих их лиц, а также потребностям детей без сопровождения.

Обязанность авиаперевозчика оказывать вышеупомянутый дополнительный сервис не зависит от того, происходит ли задержка по вине авиакомпании или нет. Даже при отмене рейса по независящим от перевозчика причинам (неблагоприятные метеорологические условия, форс-мажор и т.д.), дополнительный сервис должен быть предоставлен пассажирам в любом случае¹⁶. Если авиаперевозчик не выполняет требования ст. 9, пассажир имеет право требовать возмещение своих убытков, связанных с расходами на вышеупомянутый сервис. Компенсация этих убытков не подпадает под взаимозачёт в ст. 12.

3. Денежная компенсация

Дополнительно к описанным правам (возврат уплаченной суммы и сервисное обслуживание) Регламентом также предусмотрена денежная компенсация, которая зависит от дальности запланированного рейса.

- 250,- EUR на всех рейсах дальностью до 1.500 км;
- 400,- EUR на всех рейсах на территории ЕС дальностью более 1.500 км;
- 400,- EUR на всех других рейсах дальностью от 1.500 км до 3.500 км;
- 600,- EUR на всех остальных рейсах, не подпадающих под выше упомянутые.

Согласно ст. 7 ч. 4, расстояние перелёта следует измерять по дуге большого круга.

Компенсация по своему характеру является неустойкой, а не возмещением конкретного ущерба. Таким образом, конкретный ущерб в этом случае не имеет значения. Даже если пассажир заплатил за перелёт намного меньше, авиаперевозчик обязан выплатить ему выше приведённые суммы. Тем не менее, в случаях, когда пассажир понёс убытки, превышающие неустойку, он имеет право требовать дополнительную компенсацию (ст. 12). Однако в таком случае пассажир несёт бремя доказывания (нем.: „Beweislast“) в суде.

VI. Правовые последствия в случаях задержки рейса

В случаях задержки рейса Регламентом изначально предусматривались лишь права в ст. 8 (право на возврат уплаченных сумм) и в ст. 9 (право на дополнительное сервисное обслуживание).

¹⁶ EuGH, Rs. C-344/04, RRa 2006, 127.

1. Задержка рейса

В соответствии со ст. 9, авиаперевозчик обязан предложить прохладительные напитки и питание в достаточном количестве, а также возможность бесплатно произвести два телефонных звонка или бесплатно отправить два сообщения по электронной почте, в случае, если фактический авиаперевозчик предполагает, что рейс будет задержан по отношению к запланированному времени отправления:

- при дальности авиарейса до 1.500 км: минимум на 2 часа;
- на всех рейсах на территории ЕС дальностью более 1.500 км: минимум на 3 часа
- на всех других рейсах дальностью от 1.500 км до 3.500 км: минимум на 3 часа
- на всех остальных рейсах, исключая вышеупомянутые: минимум на 4 часа

В случаях, когда задержка составляет не менее 5 часов, пассажир имеет право на возврат полной стоимости билета в течение семи дней в виде наличных денег, посредством банковского перечисления или чека, либо – с письменного согласия пассажира – в форме ваучеров на проезд и/или на другие услуги. Возврат производится по стоимости билета, по которой он был приобретен, в отношении неосуществленной части поездки, а также в отношении уже осуществленной части поездки, если рейс становится бесполезным с точки зрения изначального плана пассажира. В случаях, когда это применимо, возвратная стоимость включает в себя также стоимость авиарейса в первоначальный пункт отправления при первой возможности.

В случаях, когда разумно ожидаемое время отправления приходится, как минимум, на следующий день, авиаперевозчик обязан предоставить бесплатное размещение в гостинице, а также трансфер между аэропортом и гостиницей. Кроме того, пассажиру предлагается возможность бесплатно произвести два телефонных звонка или бесплатно отправить два сообщения по электронной почте. В рамках дополнительного сервиса особое внимание должно уделяться потребностям лиц с ограниченной мобильностью и любых сопровождающих их лиц, а также потребностям детей без сопровождения.

Обязанность авиаперевозчика не зависит от того, происходит ли задержка по вине авиакомпании или нет. Даже при задержке рейса по независящим от перевозчика причинам (неблагоприятные метеорологические условия, форс мажор и т.д.), дополнительный сервис должен быть предоставлен пассажирам в любом случае. Если авиаперевозчик не выполняет требования ст. 9, пассажир имеет право требовать возмещение убытков, со своими расходами на вышеупомянутый сервис. Компенсация этих убытков не подпадает под возможность взаимозачёта согласно ст. 12.

2. Длительная задержка рейса

Кроме вышеупомянутых прав на дополнительные услуги, безусловно, самым занимательным с точки зрения развития судебной практики остаётся вопрос о дополнительной денежной компенсации при длительной задержке рейса.

Длительная задержка рейса юридически не определена в Регламенте. После вышеприведённого кардинального решения Суда ЕС¹⁷ под длительной задержкой рейса принято считать случаи, в которых пассажир теряет более трёх часов. Другими словами, случаи прибытия в пункт назначения с опозданием более трёх часов являются «длительной задержкой рейса». При этом, пунктом назначения считается аэропорт прибытия, который указан в посадочном талоне. В случае авиарейса с пересадками - пунктом назначения считается конечный аэропорт прибытия (ст. 2 (h)).

В немецкой юдикатуре долгое время бытовало мнение, что для того, чтобы повлечь за собой право на денежную компенсацию, необходимо не только опоздание в конечном аэропорту прибытия, но и задержка в аэропорту отправления. Спорным оставался вопрос, на сколько часов должен был задержаться рейс в аэропорту отправления. Судебная практика в Германии¹⁸ придерживалась мнения, что для понятия «длительная задержка рейса» следует применять продолжительность задержки, установленную в ст. 6 ч. 1. Таким образом, для того, чтобы иметь право на компенсацию, необходим был фактор задержки в аэропорту отправления по сравнению с запланированным вылетом:

- на всех рейсах дальностью до 1.500 км: минимум 2 часа;
- на всех рейсах на территории ЕС дальностью более 1.500 километров: минимум 3 часа;
- на всех других рейсах дальностью от 1.500 километров до 3.500 километров: минимум 3 часа;
- на всех остальных рейсах, исключая вышеупомянутые: минимум 4 часа.

Федеральный Верховный Суд Германии (Bundesgerichtshof, BGH) перед принятием окончательного вердикта обратился в Суд ЕС за разъяснениями этого вопроса¹⁹. Суд ЕС в своём решении постановил²⁰: решающим фактором является лишь опоздание в аэропорту прибытия по отношению к запланированному времени. Задержки рейса в момент вылета не требуется.

Таким образом, на сегодняшний день необходимо исходить из того, что длительной задержкой рейса считается опоздание в аэропорту конечного прибытия как минимум на три часа.

Следствием является право пассажира требовать от авиаперевозчика денежную компенсацию, зависящую от дальности запланированного рейса:

- 250,- EUR на всех рейсах дальностью до 1.500 км;
- 400,- EUR на всех рейсах на территории ЕС дальностью более 1.500 км;

¹⁷ EuGH, Rs. C 402/07, RRa 2009, 282 (sog. Sturgeon-Entscheidung).

¹⁸ OLG Bremen, 2 U 50/07, OLG Report Nord 50/2010 Anm. 9.

¹⁹ BGH, Xa ZR 80/10, RRa 2011, 84.

²⁰ EuGH, Rs C-11/11, RRa 2013, 78 (sog. Folkerts-Entscheidung).

- 400,- EUR на всех других рейсах дальностью от 1.500 км до 3.500 км;
- 600,- EUR на всех остальных рейсах, исключая вышеназванные.

VII. Правовые последствия в случаях перевода в более высокий или низкий класс

Согласно ст. 10, ч. 1, в случаях, когда фактический авиаперевозчик помещает пассажира в более высокий класс чем тот, на которой был приобретен билет, то он не имеет права требовать доплаты за обслуживание.

Согласно ст. 10, ч. 2, в случаях, когда фактический авиаперевозчик помещает пассажира в более низкий класс чем тот, на который был приобретен билет, то он обязан возместить:

- 30 % стоимости билета на всех авиарейсах дальностью до 1.500 км;
- 50 % стоимости билета на всех авиарейсах на территории ЕС дальностью свыше 1.500 км, за исключением авиарейсов между европейской территорией государств-членов ЕС и заморскими департаментами Франции;
- 50 % стоимости билета на всех авиарейсах дальностью от 1.500 км до 3.500 км;
- 75 % стоимости билета на всех авиарейсах которые не относятся к вышеупомянутым пунктам.

Возмещение стоимости должно производиться в течение семи дней в виде наличных денег, посредством банковского перечисления или чека, либо – с письменного согласия пассажира – в форме ваучеров на проезд и/или на другие услуги.

VIII. Освобождение авиаперевозчика от выплаты дополнительной компенсации

В свете того, что Регламент предусматривает выплату довольно существенной денежной компенсации невзирая на фактическую цену перелёта, регулятором были предусмотрены ситуации, в которых авиаперевозчик освобождается от обязанности выплачивать денежную компенсацию.

1. В случаях отмены рейса

Ответственность авиаперевозчика может быть ограничена или исключена в случаях, когда отмена рейса вызвана чрезвычайными обстоятельствами, которых невозможно было бы избежать даже в случае принятия всех разумных мер.

Подобные обстоятельства, в частности, могут возникать в случаях политической нестабильности, метеорологических условий, несовместимых с выполнением соответствующего авиарейса, угрозы безопасности, непредвиденных неисправностей, способных сказаться на безопасности полёта, а также забастовок, влияющих на работу обслуживающего авиаперевозчика (пункт 14 Преамбулы Регламента).

Регламент оставляет открытым, что конкретно подразумевается под термином «чрезвычайный случай». Стоит отметить, что законодательством выбран именно термин «чрезвычайный», а не «внезапный» или «необычный» или «неизбежный». Согласно пункту 15 Преамбулы Регламента чрезвычайным обстоятельством считаются случаи, когда решение управления воздушными полётами, относящееся к конкретному воздушному судну в конкретную дату, имеет своим последствием длительную задержку авиарейса, перенос авиарейса на следующий день или отмену одного или нескольких авиарейсов, и авиаперевозчиком предприняты все разумные меры с целью избежать задержек или отмен перелётов.

Эта довольно расплывчатая формулировка в тексте Регламента является одной из первоочередных причин, по которым авиакомпании отказывают в компенсации авиапассажирам. Судебные инстанции в Германии и других европейских странах постоянно обращаются в Суд ЕС с ходатайством разъяснить применение освобождающих обстоятельств.

Суд ЕС считает обстоятельства чрезвычайными, если они не присущи нормальной деятельности авиаперевозчика, и в силу своего характера или происхождения, находятся за пределами его фактического контроля над ними²¹. При этом, Суд ЕС также принимает во внимание тот факт, что Регламент призван обеспечить высокий уровень защищённости авиапассажира, в том числе и с точки зрения защиты прав потребителей, а отмена или длительная задержка рейса несёт в себе массу неудобств для пострадавшего.

Таким образом, для классификации обстоятельства как чрезвычайного, оно должно отличаться от тех событий, которые могут возникнуть при обычной деятельности авиакомпании. Это означает, что внезапные или неизбежные обстоятельства, возникшие в ходе нормальной деятельности авиаперевозчика, относятся к его зоне риска, если они не выступают за рамки обыденности и непредсказуемости воздушного транспорта.

Важным моментом остаётся тот факт, что даже в случае чрезвычайных обстоятельств авиакомпания освобождается только от обязанности выплаты дополнительной денежной неустойки. Обязанность по предоставлению дополнительного обслуживания (прохладительные напитки, питание, коммуникация, размещение в гостинице и т.д.) авиаперевозчик несёт в любом случае. Суд ЕС постановил, что Регламент не предусматривает категории «супер-чрезвычайных» ситуаций, которые бы освобождали авиакомпании и от обязательств дополнительного обслуживания²².

В судебной практике накопилась некоторая казуистика в определении термина «чрезвычайное обстоятельство». Рассмотрим самые значимые случаи:

²¹ EuGH, Rs. C-549/07, RRa 2009, 35; EuGH, Rs. C-257/14, RRa 2015, 287.

²² EuGH, Rs. C-12/11, RRa 2013, 81.

а. техническая неисправность

Так, в своём решении от 22.12.2008 Суд ЕС²³ постановил, что техническая неисправность на борту самолёта, которая привела к отмене рейса, не может быть «чрезвычайным обстоятельством». Таким образом, даже если авиакомпании удастся доказать, что все авиалайнеры регулярно проходят техобслуживание и профилактический ремонт и что по статистике технические неисправности случаются крайне редко или вообще ещё не случались - все технические дефекты, относящиеся к износу или произошедшие вследствие обычной эксплуатации техники, не являются чрезвычайными обстоятельствами. Более того, уже имеются судебные постановления, что регулярное техобслуживание и профилактический ремонт не являются исчерпывающими признаками того, что авиаперевозчиком были предприняты все разумные меры для избежания отмены или задержки рейса.

Исключением являются лишь те случаи, когда причина неисправности носит неприсущий нормальной работе авиаперевозчика характер, либо не подпадает под сферу его влияния, либо происходит извне (например: производственные дефекты всей серии авиалайнера, саботаж, теракты и т.д.).

б. погодные условия

Погодные условия, в целом, считаются обстоятельством непреодолимой силы (форс-мажор), и поэтому, могут рассматриваться в качестве чрезвычайных обстоятельств, т.к. находятся вне фактического влияния авиакомпании. И авиакомпании довольно часто паушально ссылаются на погодные условия, чтобы отказать пассажирам в предоставлении денежной компенсации.

В случаях, когда идёт сильный ливень, сильный снегопад, преобладает туман или надвигается буря, случай чрезвычайных обстоятельств налицо²⁴. Аналогичная ситуация возникает и при приземлении самолета, а также в случаях перенаправления самолёта в другой аэропорт²⁵. Причём весомым фактором об интенсивности непогоды и уходе на запасной аэропорт является разумное предположение пилота²⁶. Однако не все неблагоприятные погодные условия можно отнести к чрезвычайным обстоятельствам. С одной стороны, определенную роль играет момент времени: при разрыве между нелётной погодой и отменой рейса в 24 часа (и нескольких полётов судна после непогоды) земельный суд (Landgericht) Франкфурта-на-Майне определил, что чрезвычайным обстоятельством погодные условия в таком случае считать нельзя²⁷. Хотя они, возможно, и являются следствием отмены или длительной задержки рейса, но следствие не является непосредственной причиной.

²³ EuGH, Rs. C 549/07, RRa 2009, 35.

²⁴ BGH, Xa ZR 96/09, RRa 2010, 221; OLG Koblenz, 10 U 385/07, RRa 2008, 181; LG Köln, 32 O 317/11, RRa 2012, 195.

²⁵ BGH, Xa ZR 96/09, RRa 2010, 221; LG Frankfurt, 2/24 S 110/13, ZLW 2014, 506.

²⁶ AG Geldern, 4 C 242/09, RRa 2012, 35.

²⁷ LG Frankfurt, 2/24 S 149/14, RRa 2015, 127.

С другой стороны играет роль вопрос о том, являются ли погодные условия тем фактором, который привёл к отмене рейса или же причина кроется в несоответствующей технической оснащённости авиакомпании. Если другие авиакомпании в силу применения современных авиалайнеров стартовали из аэропорта, из которого другие авиаперевозчики стартовать не смогли, то погодные условия всё ещё являются для них непреодолимой силой, но не является чрезвычайной ситуацией в целом.

c. проблемы при регистрации

Задержки из-за предполётного обслуживания являются преимущественно зоной риска авиаперевозчика²⁸. Это особенно применимо к ситуациям, когда обслуживающего персонала явно недостаточно и не все возможные терминалы для регистрации пассажиров открыты²⁹. Авиаперевозчик обязан усилить персонал особенно в тех случаях, когда становится очевидным, что до завершения регистрации всех авиапассажира обслужить не удастся.

d. забастовки

Забастовка, влияющая на работу авиаперевозчика, приведена в пункте 14 Преамбулы Регламента как пример чрезвычайных обстоятельств. Это может натолкнуть на мысль, что любая забастовка ведёт к освобождению авиакомпании от обязанности денежной компенсации.

Однако, у авиакомпаний появляется обязанность заранее спланировать реорганизационные процессы и предельно уменьшить связанные с забастовкой неудобства пассажиров, особенно когда забастовка организована сотрудниками самого авиаперевозчика. Так, в Германии, судебной практикой уже обосновано требование к авиакомпаниям доказать принятие разумных мер для минимизации опозданий, связанных с забастовкой³⁰. Авиакомпания в свою защиту должна объяснить и доказать, что она использовала все доступные средства и приняла все разумные меры для предотвращения чрезвычайного обстоятельства, в противном случае от выплаты компенсации она не освобождается.

Вместе с тем существуют забастовки, которые непосредственно означают чрезвычайное обстоятельство, так, например, в случае забастовки, приведшей к функциональной неработоспособности аэропорта, либо в случаях забастовки авиадиспетчеров. Также случаи забастовки персонала службы безопасности аэропорта являются чрезвычайным обстоятельством для авиаперевозчика, поскольку у него нет законных полномочий для осуществления досмотра в аэропорту своим персоналом, и, следовательно, забастовка является обстоятельством, на которое авиаперевозчик не в силах повлиять.

²⁸ AG Hannover, 522 C 7701/12, RRa 2013, 143.

²⁹ AG Erding, 4 C 309/06, RRa 2007, 41.

³⁰ AG Hannover, 531 C 1049/11, RRa 2012, 129; AG Düsseldorf, 40 C 8546/11, RRa 2012, 31; AG Frankfurt, 32 C 2371/12, RRa 2013, 136.

2. В случаях длительной задержки рейса

Так как в случаях длительной задержки рейса Регламентом изначально не предусматривалось денежных компенсаций, и Суд ЕС распространил действие соответствующей статьи на эти случаи ввиду их сравнимости, то распространение на них освободительных моментов в совокупности с соответствующей судебной казуистикой представляется не только возможным, но и необходимым следствием решения Суда ЕС. Таким образом, случаи чрезвычайных обстоятельств освобождают авиакомпанию от обязанности выплаты компенсации (но не от обязанности по предоставлению дополнительного обслуживания).

3. В случаях отказа в посадке на рейс

В случаях отказа в посадке на рейс Регламентом вообще не предусмотрено «чрезвычайного обстоятельства», освобождающего авиаперевозчика от выплаты денежной компенсации. Таким образом, все вышеупомянутые проблемы с толкованием этого термина здесь, в принципе, не применимы.

И всё же, Регламент определяет ситуации, в которых авиакомпания не несёт ответственности за отказ в посадке и вводит другой термин: «уважительная причина» („vertretbare Gründe“, ст. 2, lit. (j)). В частности, в Регламенте приводятся примеры уважительных причин: здоровье, безопасность пассажиров, отсутствие надлежащих для путешествия документов.

Возникает вопрос: подпадают ли иные, непременные выше причины под термин «уважительные» ситуации, в которых авиакомпания не несёт ответственность. Ключевым моментом в этом вопросе является фактор субъективности приведённых в ст. 2 lit. (j) причин. Земельный суд (Landgericht) г. Франкфурта-на-Майне³¹ запросил у Суда ЕС разъяснение о том, являются ли причины несубъективного характера, но затрагивающие здоровье, безопасность или общественные интересы, «уважительной причиной». Однако Суд ЕС не успел дать развернутого ответа, т.к. суд Франкфурта отозвал свой запрос³². В свете уже принятых Судом ЕС решений, можно предположить, что уважительная причина всегда носит субъективный характер, т.е. причина должна крыться в пассажире, которому было отказано в посадке на рейс. Отказ в посадке из-за внутренних соображений авиакомпании (например, запись в чёрном списке компании) - даже если они направлены на защиту интересов других пассажиров - не является уважительной причиной³³.

Проблематичными случаями являются ситуации, когда авиакомпания аннулирует обратный билет, потому что пассажир, купив билет туда-обратно, планирует лететь только обратным маршрутом и не регистрируется на первый рейс (так называемый "*no show*"). Сюда же относятся случаи, когда пассажир купил два билета туда-обратно и обратно-туда и не появился на первом рейсе (так называемый "*cross-ticketing*"). Мотивы

³¹ LG Frankfurt, 2-24 S 185/11, RRa 2012, 122.

³² EuGH, Rs. C-316/12, ABl EG, Nr. C 295 v. 29.09.2012, S. 18 und ABl. C 63 vom 02.03.2013, S. 16.

³³ EuGH, Rs. C-22/11, RRa 2011, 86.

авиакомпаниям понятны - предложения и суперакции действуют только при условии перелёта в оба конца. Авиаперевозчики не горят желанием предоставлять скидку в цене и перевозить тех пассажиров, которые, как им кажется, ведут себя недобросовестно. Часто авиакомпании вписывают в условия предоставления услуг ограничительные меры, исключающие право на использование вышеупомянутых способов сэкономить и при подозрении на недобросовестное бронирование аннулируют билеты. Таким образом, отказ в посадке оказывается якобы оправданным, т.к. у пассажира, явившегося на регистрацию не имеется «надлежащих для путешествия документов». В то же время, Федеральный Верховный суд Германии определил, что такие условия являются недействительными и авиакомпании не имеют права аннулировать купленные и оплаченные билеты в одностороннем порядке³⁴. Основываясь на этом, авиаперевозчик не сможет аргументировать, что отказ в посадке на рейс является уважительной причиной вследствие отсутствия у пассажира надлежащих документов. Аннулирование билета является действием авиакомпании и происходит за пределами влияния пассажира, а это исключает субъективную составляющую, необходимую в случае уважительной причины.

IX. Заключение

Регламент (ЕС) № 261/2004 за более чем 10 лет своего применения значительно усилил права авиапассажиров и является ярким примером унификации права во всех странах-членах ЕС. Регламент широко применяется не только в Германии, но в равной мере и на всей территории Евросоюза. В случае длительной задержки или отмены рейса, а также в случае отказа в посадке на рейс авиапассажиры имеют право не только на денежную компенсацию, но и на дополнительное обслуживание, в котором не может быть отказано даже, если отмена или задержка рейса вызвана чрезвычайными обстоятельствами. Суд ЕС осуществляет контроль за одинаковым толкованием правовых терминов Регламента, однако, до сих пор остаются пробелы в изложении, которые активно дополняются судебными решениями. Остаётся с любопытством ожидать дальнейшего развития этих правовых вопросов в судебной практике.



Об авторе:

Пауль Хайт получил юридическое образование в университете г. Трира, работал юрисконсультантом в одном из ведущих страховых холдингов Германии, а также адвокатом в немецкой юридической фирме в Москве. В настоящий момент Пауль занимается адвокатской практикой в офис-сообществе ЮДЭкс в г. Ахен, консультирует международных и немецких клиентов, а также является поверенным адвокатом компании Флайт-

³⁴ BGH, Xa ZR 5/09, RRa 2010, 189.

Пауль Хайт (Paul Heit)

ra.heit@judaix.de

Tel.: +49 241 504051

Fax: +49 241 503069

Рефанд, специализирующейся на отстаивании прав авиапассажиров и ведении исков против авиакомпаний. Пауль владеет русским, немецким и английским языками.

Более подробно о деятельности компании Флайт-Рефанд можно узнать на сайте www.flight-refund.ru.

Более подробно о ЮДЭкс можно узнать на сайте www.judaix.de.

Оспаривание правовых действий в праве Германии о несостоятельности: предстоящие изменения нормативно-правовой базы

Insolvenzanfechtungsrecht in Deutschland: Bevorstehende Änderungen

Ольга Хартунг-Афифи

(Olga Hartung-Afify)

Das deutsche Insolvenzanfechtungsrecht wird unter dem anhaltenden Druck aus der Wirtschaft derzeit erneut bzw. weiter reformiert. Der Regierungsentwurf des „Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz“ vom 29.09.2015 sieht Änderungen vor, deren Tragweite der Gesetzgeber an einigen Stellen nicht hinreichend zu berücksichtigen scheint. Neben der schlichten Kodifizierung der geltenden Rechtsprechung und einigen in der Praxis kaum wahrnehmbaren Änderungen sollen die Kompetenzen des Insolvenzverwalters bei der Geltendmachung der Insolvenzanfechtung im Ergebnis erheblich beschnitten werden. Der Durchsetzung von Partikularinteressen Einiger soll damit das mit der Verabschiedung der Insolvenzordnung eingeführte und bisher weitestgehend unangetastete leitende Prinzip des Insolvenzrechts geopfert werden: das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung. Das erklärte Ziel des bisherigen Gesetzgebers, möglichst viele Insolvenzverfahren bei Vorliegen der Eröffnungsgründe frühzeitig zu eröffnen, auch um die Verantwortlichen in Haftung nehmen zu können, könnte in weitere Ferne rücken, wenn die höheren Hürden für die Anfechtung dem künftigen Insolvenzverwalter die Möglichkeit nehmen, für die Kostendeckung und damit für die Verfahrenseröffnung notwendige Masse aus den Anfechtungsansprüchen zu generieren.

I. Введение

Открытие дела о несостоятельности и, тем самым, признание субъекта права, которым может являться как физическое, так и юридическое лицо, банкротом, влечет за собой последствия не только для самого разорившегося. Так, например, участие кредиторов в деле о банкротстве бывшего клиента или партнера зачастую не ограничивается предъявлением полностью или частично невыполненного требования управляющему (Insolvenzverwalter). В зависимости от обстоятельств конкретного дела назначенный судом управляющий имеет право требовать от кредитора (Gläubiger), уже достигшего как минимум частичного удовлетворения своего требования от должника (Schuldner), вернуть имущественные ценности и права, отчужденные для него из

имущества должника и недостающие для удовлетворения требований всех кредиторов. При этом управляющий действует в согласии с главным принципом права о несостоятельности – принципом соразмерного удовлетворения требований всех кредиторов (Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung).

Условия оспаривания регламентируются §§ 129 – 147 Положения о несостоятельности от 1999 года¹ (далее – ПН). Этот правовой институт подвергается критике с самого момента его появления, так как права отдельных лиц, достигших вследствие открытия дела о несостоятельности и оспаривания хотя бы частичного удовлетворения своего (нередко обоснованного) требования, очевидно ущемляются в пользу остальных кредиторов. Так как средств на удовлетворение требований всех кредиторов в делах о несостоятельности практически никогда не хватает, то кредитор несет убыток, который, быть может, особо тяжело воспринимается психологически, так как «деньги были уже в кармане».

Ведущие промышленные и торговые союзы², защищающие интересы производителей и поставщиков, уже в течение десятилетий требуют изменения нормативно-правовой базы оспаривания и значительного ограничения компетенций назначенного судом арбитражного управляющего.³ На сегодняшний день усилия лоббистов, похоже, могут увенчаться успехом. В первую очередь, они добились включения темы реформирования права оспаривания правовых действий в коалиционный договор действующего правительства в 2013 году.⁴

Далее появился первый проект «Федерального закона по достижению улучшения обеспечения прав при оспаривании правовых действий на основании Положения о несостоятельности и Закона об оспаривании» Министерства юстиции от 16.03.2014, за которым последовал законопроект правительства от 29.09.2015, представленный 16.10.2015 на обсуждение под номером 9495/15. После обсуждения и внесения изменений на заседании Бундесрата, 27.11.2015 законопроект (Gesetzesentwurf) прошел первое чтение в Бундестаге 15.01.2016 под номером 18/7054.⁵

II. Запланированные изменения

Законопроект в актуальной редакции предусматривает следующие изменения:

¹ Insolvenzordnung/InsO - Положение о несостоятельности/ПН, Федеральный Закон Германии в редакции от 05.10.1994, вступивший в силу 01.01.1999 с изменениями соответственно Закону от 31.08.2013, текст на немецком и английском языках: <http://www.gesetze-im-internet.de/insol/>. Перевод на русский язык: <http://www.irz.de/downloads>.

² В том числе BDI – Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. (Федерация промышленности Германии) и ZDH – Zentralverband des Deutschen Handwerks (Центральное объединение ремесленного производства Германии) и другие.

³ Berner, Die Debatte zur Reform des Insolvenzanfechtungsrechts seit 2013, ZinsO 2015, 2457 -2473.

⁴ См. <https://www.bundesregierung.de/Content/DE/StatischeSeiten/Breg/koalitionsvertrag-inhaltsverzeichnis.html> (стр. 25).

⁵ Bundestag-Drucksache 18/7054, см. <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP18/699/69927.html>.

1. Изменение § 131 ПН – оспаривание в случае несогласованного удовлетворения (inkongruente Deckung)

Согласно действующему предписанию § 131 ПН может быть оспорено правовое действие, которое предоставляет кредитору обеспечение или удовлетворение его требования либо создает возможность такового, если на это обеспечение или удовлетворение требования он не имел права вообще, либо данного рода (nicht in der Art) либо на данный момент (nicht zu der Zeit).⁶ При оспаривании действия, совершенного в течение одного месяца до подачи заявления в суд по делам о несостоятельности (Insolvenzgericht) или после того, законодатель не требует наличия дополнительных обстоятельств, п. 1 № 1 § 131 ПН. Оспаривание действия, совершенного в течение второго или третьего месяца до подачи иска, напротив, возможно только при наличии дополнительного усугубляющего фактора – неплатежеспособности должника на момент совершения действия согласно § 140 ПН (п. 1 № 2 § 131 ПН), либо осведомленности данного кредитора о нанесении ущерба другим кредиторам (п. 1 № 3 § 131 ПН).

Не того рода обеспечение или удовлетворение требования имеет место, если кредитору предоставляется иная, но не заранее установленная/оговоренная форма действия. Классическим случаем является удовлетворение требования кредитора путем принудительного приведения в исполнение судебного решения или иного документа (Zwangsvollstreckung), подлежащего исполнению с помощью судебного исполнителя (Gerichtsvollzieher).

Законопроект предусматривает ограничение в отношении именно этой, самой распространённой сферы применения нормы. Согласно § 131 ПН (новой редакции – нр) принудительное приведение в исполнение документа исключается из категории обеспечения или удовлетворения не того рода.

Если учесть, что некоторые кредиторы (такие как местные налоговые службы и организации по медицинскому и пенсионному страхованию) в состоянии самостоятельно издавать документы, подлежащие исполнению в принудительном порядке без задействования судов, становится очевидно, что создатели законопроекта намереваются таким образом как минимум пошатнуть действующий принцип равноправия кредиторов и ввести в нормативно-правовую базу привилегии для отдельных групп кредиторов, от которых создатели ПН в свое время осознанно и обоснованно отказались. В случае принятия законопроекта следует ожидать, что названные группы кредиторов станут еще более активно реализовывать свои требования, не опасаясь оспаривания по § 131 ПН из-за приближения к предстоящему открытию дела по несостоятельности. Дополнительный стимул кредиторам такого рода подать самим заявление на открытие дела о несостоятельности должника законодатель как раз не дает, тем самым противоречив достигнению собственной цели – максимальному количеству заблаговременно открытых дел о несостоятельности.

⁶ См. *Хартунг-Афифи, Ольга*, Правовой институт оспаривания правовой действий в праве Германии о несостоятельности, «Сборник статей о праве Германии», выпуск № 1 (2015), стр. 195 – 229.

2. § 133 ПН - оспаривание при умышленном нанесении убытков (vorsätzliche Benachteiligung)

Наименьшей популярностью у представителей промышленных и торговых компаний пользуется право оспаривания при умышленном нанесении убытков по § 133 ПН, которому подлежат правовые действия должника, совершенные им в течение 10 лет до подачи заявления о возбуждении дела о 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). В п. 1 пр. 2 § 133 ПН законодатель исходит из того, что осведомленность имеет место, если другой стороне известна угроза неплатежеспособности должника, а также факт нанесения убытка кредиторам.

Законопроектом предусматривается, в первую очередь, ограничение срока оспаривания с 10 до 4 лет для действий, предоставляющих кредитору обеспечение или (частичное) удовлетворение его требования. Несмотря на громкое звучание, на практике это изменение будет иметь довольно малое значение, так как почти все оспаривания происходят в отношении правовых действий, совершенных в последние несколько лет до открытия дела о несостоятельности.

Более весомое значение имеет намерение изменить п. 1 пр. 2 § 133 ПН. Осведомленность другой стороны предусматривается допускать в случае, если ответчику известен факт неплатежеспособности должника, а также факт нанесения убытка кредиторам. Осведомленность только об *угрозе* неплатежеспособности законопроект в п. 3 пр. 1 § 133 ПН (нр) намеревается признать недостаточной.

Кроме того, в п. 3 пр. 2 § 133 ПН (нр) законопроект предусматривает введение презумпции неосведомленности кредитора о неплатежеспособности должника в случае заключения договоренности между сторонами о платеже в рассрочку.

Действующая нормативно-правовая база не дает правовой оценки таким договоренностям, а юрисдикция Федерального верховного суда Германии (Bundesgerichtshof, BGH) рассматривает факт отсрочки дифференцированно, принимая во внимание общие обстоятельства и условия договоренности.⁷ Таким образом, законопроектом предусматриваются существенные привилегии кредиторов в целом, даже в том случае, когда договоренность о рассрочке была заключена на основании открытого признания должника о том, что он не в состоянии выполнить свои обязательства по контракту. Аргументы, которые приводят авторы законопроекта для введения презумпции неосведомленности, имеют мало общего с реальной жизнью: должник, просящий о рассрочке своего долга (например, у поставщика), в редчайших случаях имеет на это иной повод, чем нехватка ликвидности. При наличии ликвидности и намерении использовать ее, например, на инвестиции в развитие собственного предприятия, должник скорее всего будет договариваться о рассрочке долгов с банком, а не с поставщиком. А вот при отказе со стороны банка должник будет вынужден

⁷ Решение Федерального верховного суда (BGH) от 16.04.2015- IX ZR 6/14, InsBüro 2015, 354 = ZInsO 2015, 898 Rn. 3.

просить отсрочку у поставщика, однако в этом случае речь идет уже, как правило, не об инвестициях, а о выживании предприятия в преддверии неплатежеспособности.

3. Изменения условий оспаривания при «сделках за наличные» (Bargeschäft), § 142 ПН

Оспаривание правового действия исключено в соответствии с § 142 ПН, если оно является так называемой «сделкой за наличные», то есть сделкой, направленной на непосредственный обмен равноценных благ. При этом имеется в виду и временной аспект. Обмен не должен происходить на месте, как оплата наличными средствами, но должен находиться в рамках кратковременного исполнения договорных или иных обязанностей.

Наличие такого рода сделок до сих пор не исключало возможность оспаривания правовых действий по § 133 ПН при наличии такого характерного признака данного состава оспаривания, как намеренное нанесение ущерба кредиторам (Gläubigerbenachteiligung). Заключение сделок за наличные, необходимых для продолжения существования предприятия-должника, Федеральный верховный суд ранее в своей судебной практике признавал признаком, противоречащим по своей правовой природе предположению о намеренном нанесении ущерба кредиторам.⁸ В своем более позднем решении в феврале 2015 г. Федеральный верховный суд отошел от занятой позиции в тех случаях, когда должнику ясно, что его предприятие нерентабельно, и заключенные им сделки за наличные ни самому предприятию, ни его кредиторам, в конечном счете, на пользу не пойдут.⁹ Именно названное решение вызвало опасения кредиторов о том, что в будущем признание сделок, необходимых для продолжения существования предприятия-должника, сделками за наличные не будет возможным, так как несостоятельности, как правило, предшествует более или менее долгая фаза дефицита ликвидности.

На этом основании законопроект предусматривает внесение в § 142 ПН требования признака недобросовестности (Unlauterbarkeit) действий должника и соответствующей осведомленности контрагента. При этом недобросовестность в соответствии с законопроектом должна иметь место только при прямом намерении должника путем заключения той или иной сделки с одним кредитором нанести тем самым ущерб другим/остальным кредиторам. Примером таких действий является «разбазаривание» оставшегося имущества на предметы личной роскоши должника, которые никак не могут пойти на пользу гибнущему предприятию. Признак недобросовестности законопроект не определяет, открывая тем самым дискуссию о его изложении. На практике должник, действующий с намерением причинить заключением сделки кому-то ущерб, является абсолютным исключением.

Дальнейшим новшеством является кодификация признака непосредственности обмена равноценных благ (Unmittelbarkeit des Austauschs) в п. 2 пр. 1 § 142 ПН (нр)

⁸ Решение Федерального верховного суда (BGH) от 17.07.2014 – IX ZR 240/13, ZInsO 2014, 1655.

⁹ Решение Федерального верховного суда (BGH) от 12.02.2015 - IX ZR 180/12, ZInsO 2015, 628.

согласно до сих пор общепринятому толкованию Федерального верховного суда в его судебной практике.

Одним из самых громких требований создателей законопроекта является защита прав трудящегося населения от оспаривания просрочено выплаченной заработной платы со стороны управляющего. Решение данной проблемы предполагается путем введения конкретного срока в три месяца при определении непосредственности выплаты заработной платы. При этом следует учитывать, что действующая нормативно-правовая база конкретных сроков не называет, исходя из индивидуальной оценки каждого случая, а Федеральный верховный суд в своих решениях со временем установил срок максимум в 30 дней.¹⁰ На оспаривание заработной платы этот срок не распространяется, так как оспаривание выплаты заработной платы не входит в юрисдикцию Федерального верховного суда. А вот компетентный в этом вопросе Федеральный суд по трудовым делам Германии (Bundesarbeitsgericht/BAG) давно и общепризнанно установил признак непосредственности выплаты заработной платы в три месяца.¹¹ Тем самым законопроект намерен лишь кодифицировать действующую судебную практику, а обещанной революции (по крайней мере, в отношении прав работников) не предвидится.

4. Изменение в отношении правовых последствий оспаривания, § 143 ПН

Целью оспаривания является возвращение изъятого из имущества должника. Согласно дословному тексту п. 1 пр. 1 § 143 ПН исходит из того, что возвращению подлежит, в первую очередь, именно изъятый из имущества предмет. При отсутствии этого предмета управляющий вправе потребовать компенсацию 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, безответственно упущенная выгода (*gezogene oder schuldhaft nicht gezogene Nutzungen*) и, в случае ухудшения его состояния, компенсация этого ухудшения.

Помимо компенсации стоимости предмета оспаривания управляющий имеет право требовать пени (*Zinsen*) за несвоевременную оплату, которая начисляется со дня открытия дела о несостоятельности и превышает актуальный размер учетной ставки (*Basiszinssatz*) на 5 процентных единиц.¹²

Оспаривание производится зачастую незадолго до истечения предельного срока давности в три года с конца года открытия дела по несостоятельности. Так как ответчик не может оказывать влияние на делопроизводство управляющего и, тем самым, на

¹⁰ Решение Федерального верховного суда (BGH) от 15.12.2011 - IX ZR 118/11, <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=4e1d41fb8092461d26efa4cdae1404ed&nr=59025&pos=0&anz=1>.

¹¹ Решение Федерального суда по трудовым вопросам (BAG) от 29.01.2014 – 6 AZR 345/12, ZInSo 2014, 659.

¹² По данным Центрального Банка Германии (Bundesbank) на 01.01.2016 учетная ставка составляет - 0,83%, <https://www.bundesbank.de/Redaktion/DE/Standardartikel/Bundesbank/Zinssaetze/basiszinssatz.html>

момент оспаривания, требование пени регулярно вызывало протест со стороны кредиторов.

Законопроект предусматривает в п. 1 пр. 3 § 142 ПН ограничение срока начисления пени с момента задержки выплаты ответчиком по оспариванию в письменном порядке или с момента подачи заявления по оспариванию в компетентный суд.

Кроме того, дополнительно планируется ввести ограничение требования извлеченной или, наоборот, безответственно упущенной из денежной суммы на выплату пени в соответствии с п. 1 пр. 3 § 142 ПН.

5. Право подачи заявления на открытие дела по несостоятельности, п. 1 пр. 2 § 14 ПН (нр)

Значительное количество дел по несостоятельности не открываются, так как должник в последний момент успевает договориться с кредитором, подавшим заявление на открытие дела, как правило, оплатив свой долг. На данный момент кредитор не может поддерживать свое заявление, лишившись требования против должника, если это первое заявление с его стороны, п. 1 § 14 ПН. На следующие заявления, поданные в течение двух лет, этот запрет не распространяется.

Законопроект предвидит полную отмену ограничения на второе заявление и на промежуток времени в два года. В соответствии с этим каждое заявление со стороны кредитора могло бы оставаться в силе даже при выполнении должником своей обязанности по отношению к данному кредитору.

III. Оценка

Отзыв в отношении законопроекта, как и следовало ожидать, оказался неоднозначным. В то время как представители промышленности и торговли приветствуют предстоящее восстановление справедливости, в науке ведутся жаркие обсуждения целесообразности законопроекта, а управляющие указывают на серьезные негативные последствия ограничения их компетенций в сфере оспаривания. Их предостережения, к сожалению, зачастую всерьез не воспринимаются, обосновывая интерес управляющих их личной выгодой – чем больше добытая управляющим масса, тем выше, соответственно, и его гонорар. Но на самом деле здесь идет речь не только об интересах определенных лиц или определенных групп лиц – скорее выпускается из виду и жертвуется ради интересов других отдельных лиц «большое целое»: открытие судопроизводства о несостоятельности зачастую возможно только благодаря перспективе оспаривания правовых действий, так как компетентный суд вправе открыть судопроизводство о несостоятельности только тогда, когда установлено, что будущей конкурсной массы (Insolvenzmasse) хватит как минимум на покрытие расходов делопроизводства. При полностью растроченном на этот момент имуществе должника открытие делопроизводства невозможно без перспективы оспаривания. А

ведь только при открытии дела о несостоятельности исследуется вопрос о том, когда фактически наступила несостоятельность должника, и привлекаются к уголовной, гражданской и налоговой ответственности лица, несущие ответственность за своевременную ликвидацию разорившегося предприятия. Лоббисты упускают из вида тот факт, что ущерб экономике (в частности, предприятиям и лицам, обязанным в результате оспаривания возратить 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 или же слишком поздним заявлением со стороны кредитора. Как было отмечено выше, законопроект, изменяя такие предписания как § 133 ПН, не предусматривает стимулирования заблаговременной подачи заявления, тем самым чаще позволяя должнику осуществлять свою предпринимательскую деятельность до полной растраты средств. А вот назначенный вследствие наступившего банкротства управляющий, если дело о несостоятельности вообще будет открыто, не найдет в имуществе должника уже, по всей видимости, ничего стоящего. И вместо возможности максимального возвращения в преддверии дела по несостоятельности растраченного имущества должника для равномерного распределения на все обоснованные требования, предусматривается ограничить возможности управляющего, защищая тем самым интересы именно тех кредиторов, которые в критической фазе обладают преимуществом без задействования суда, и тем самым, без потери времени, проводить в действие принудительным путем собственные требования. Если законодатель сумеет решить данную проблему, подход к которой он уже давно ищет, можно будет исходить из того, что правовой институт оспаривание потеряет сегодняшнее значение. Данный законопроект, к сожалению, достижению этой цели не способствует.

На данной стадии законопроекта серьезных изменений ожидать, по всей видимости, не стоит. Бундесрат уже высказал свою точку зрения и сделал некоторые предложения коррективов, которые частично были учтены правительством, но суть и целенаправленность законопроекта не изменили. Были заслушаны и мнения экспертов. Тот факт, что после первого чтения в ноябре 2015 года работа законодательной комиссии приостановилась и год спустя еще не назначены даты второго и третьего чтения подает надежду на то, что status quo продержится, как минимум, до окончания настоящей сессии Бундестага/настоящего легистатурного периода осенью 2017 года и что законопроект № 18/7054 не так скоро станет правовой действительностью.

Об авторе



Ольга Хартунг-Афифи (Olga Hartung-Afify) - адвокат, специалист в области налогового права и права несостоятельности (Rechtsanwältin, Fachanwältin für Steuerrecht, Fachanwältin für Insolvenzrecht).

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 и трудовому праву, таким образом охватив отрасли права, имеющие прямое отношение к праву о несостоятельности.

С 2010 по август 2016 года Ольга работала в юридической фирме Lehmkuhler Rechtsanwälte Steuerberater в г. Бонн, где сопровождала дела о несостоятельности как на стороне управляющего, так и на стороне должников и кредиторов.

С сентября 2016 года Ольга юрисконсульт FORIS AG, акционерного общества, специализирующегося на финансировании гражданских исков.

Ольга 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.foris.com

olga.hartung-afify@foris.com

РАЗДЕЛ 3.

БАНКОВСКОЕ ПРАВО. РЫНКИ КАПИТАЛОВ

Законодательная база организации противодействия легализации преступных доходов в области корреспондентских отношений в банках Германии
(*Себастиан Глаб / Елена Дель*), с. [284](#)

Обзор развития правового регулирования в европейском и немецком праве в сфере рынка капиталов (*Виктория Грошева*), с. [294](#)

Законодательная база организации противодействия легализации преступных доходов в области корреспондентских отношений в банках Германии

Gesetzliche Grundlagen von Geldwäscheprävention für Korrespondenzbankgeschäft in Deutschland

*Себастиан Глааб (Sebastian Glaab) /
Елена Дель (Elena Dehl)*

Finanzinstitute haben bei der Abwicklung des Zahlungsverkehrs im Rahmen von Geschäftsbeziehungen zu Korrespondenzbanken verstärkte Sorgfaltspflichten zur Verhinderung der Geldwäsche zu erfüllen. Ursächlich für die Pflicht zur Erfüllung der verstärkten Sorgfaltspflichten ist der Umstand, dass im Korrespondenzbankgeschäft dem Institut, das die Zahlungen weiter- oder durchleitet, weder der Auftraggeber noch der Begünstigte der Transaktion grundsätzlich nicht als Kunde bekannt sind. Die vorliegende Abhandlung erläutert den Umfang und die Intensität der Sorgfaltspflichten. Ferner werden die regulatorischen Anforderungen der 4. EU-Geldwäsche-Richtlinie diskutiert.

Федеральный надзорный орган Германии в сфере финансовых услуг (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht - BaFin)¹ на своем официальном сайте в разделе «Противодействие легализации денежных средств»² сообщает о том, что одной из задач надлежащей политики всех учреждений финансового сектора является предотвращение операций с криминальной подоплекой, организация их выявления и их предотвращение. Это в особенности касается операций, которые служат целям отмыwania денежных средств (Geldwäsche) и финансированию терроризма, а также прочим уголовно наказуемым деяниям, которые могут причинить ущерб имуществу финансового института. Такая криминальная деятельность может не только угрожать репутации и прочности использованного для этой цели предприятия, но также подвергнуть опасности целостность и стабильность всего финансового центра.

Также BaFin акцентирует внимание на том, что главная задача финансового института - это обеспечение прозрачности деловых контактов и финансовых операций на риск-ориентированной основе. К этому относится соблюдение процедур по противодействию легализации денежных средств и финансированию терроризма (ПОД/ФТ) в отношении клиентов. Наряду с идентификацией клиентов и установлением выгодоприобретателя необходимо также установление цели деловых отношений и постоянный их контроль. Эти процедуры дают возможность понять суть денежных

¹ См. <http://www.bafin.de/>.

² http://www.bafin.de/DE/Aufsicht/Geldwaeschebekaempfung/geldwaeschebekaempfung_node.html.

потоков и выявить необычные или даже подозрительные операции или деловые отношения.

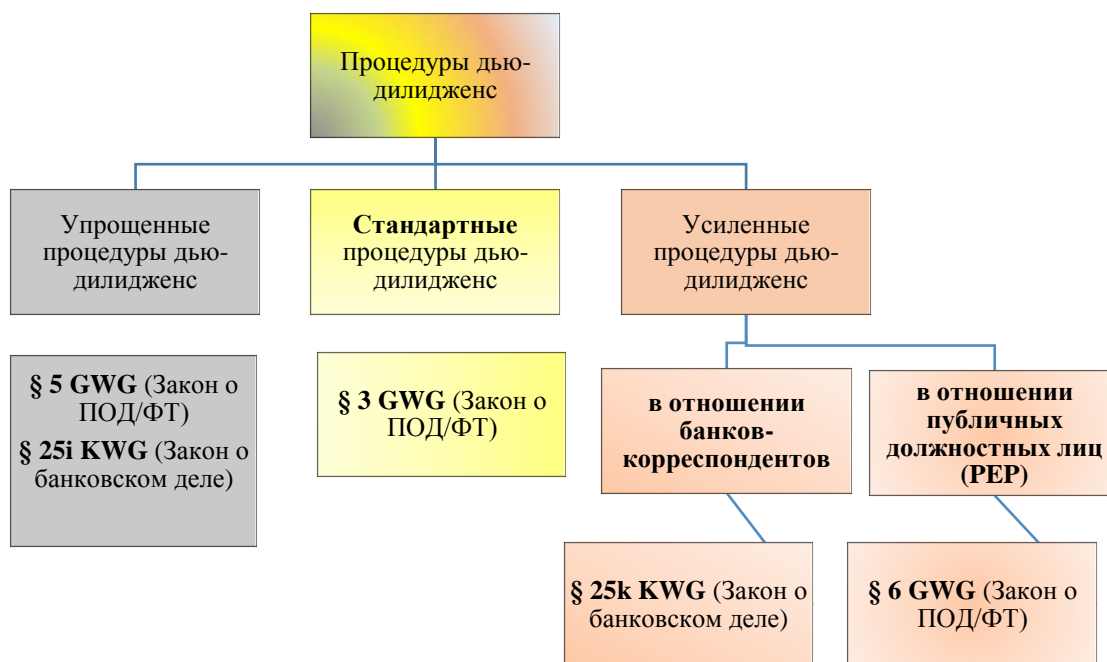
Немецкие банки для организации мероприятий по ПОД/ФТ руководствуются следующими законами:

1. «Закон о выявлении доходов, полученных в результате тяжких преступных деяний» / «Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten» (Geldwäschegesetz - GWG) (ред. от 31.08.2015).³ Первый закон о противодействии легализации денежных средств вступил в силу в 1992 году. В действующей редакции закона § 2 налагает на банки обязанности по его исполнению.
2. «Закон о банковском деле» / «Gesetz über das Kreditwesen» (ред. от 20.11.2015) (KWG),⁴ в частности, раздел 5a «Безналичные платежи; противодействие отмыванию денежных средств, финансированию терроризма и прочих уголовно наказуемых деяний во вред финансовому институту» в части следующих параграфов:
 - § 25g Соблюдение особых организационных обязанностей в безналичном платежном обороте
 - § 25h Внутренние превентивные мероприятия
 - § 25i Упрощенные процедуры дью-дилидженс (Due Dilligence)
 - § 25j Упрощения при проведении идентификации
 - § 25k Усиленные процедуры дью-дилидженс
 - § 25l Соблюдение процедур дью-дилидженс для группы
 - § 25m Запрещенные операции
 - § 25n Организационные процедуры и процедуры дью-дилидженс при осуществлении бизнеса с электронными деньгами (E-Geld)

Схематично применение параграфов вышеуказанных законов в отношении процедур дью-дилидженс представлено на следующем рисунке:

³ Текст на немецком языке: http://www.gesetze-im-internet.de/gwg_2008/.

⁴ Текст на немецком языке: <http://www.gesetze-im-internet.de/kredwg/>.



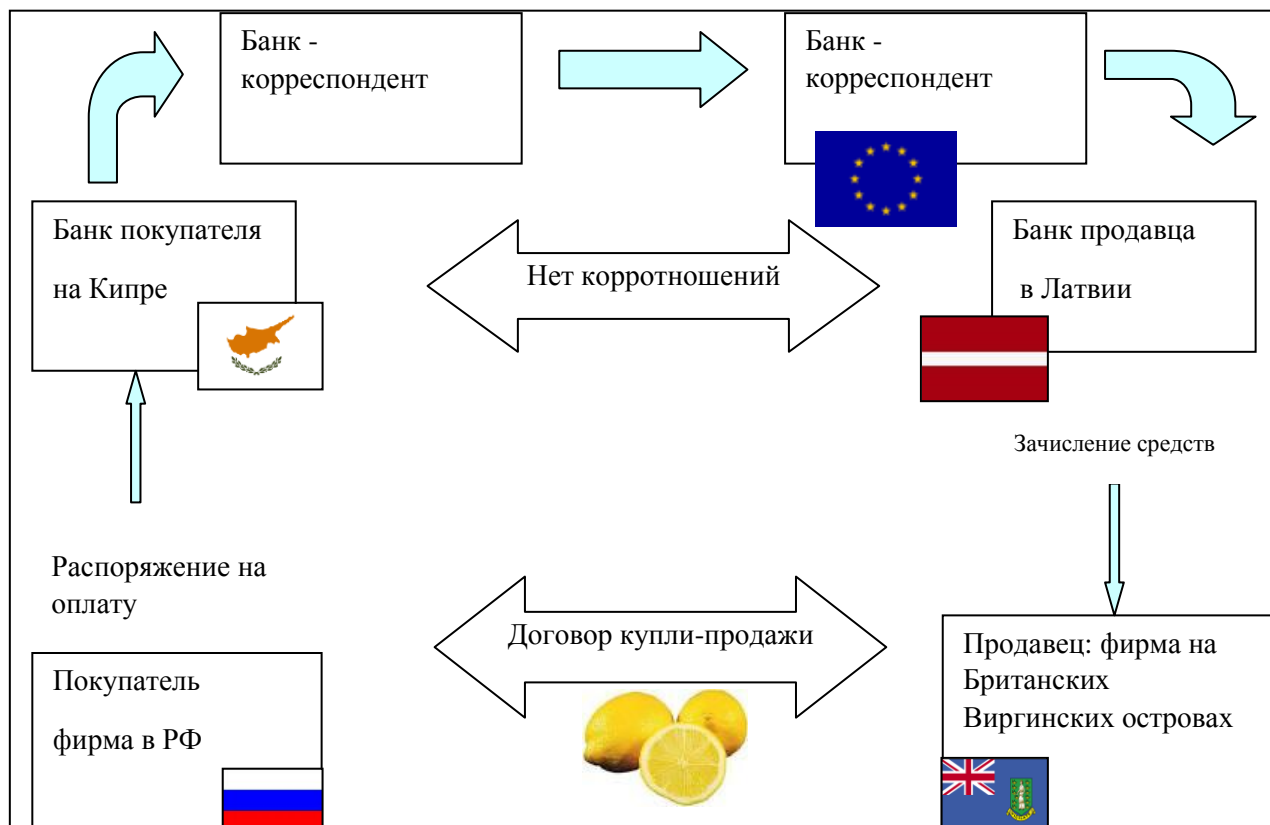
Таким образом, нормы закона ПОД/ФТ конкретизируются, учитывая специфику бизнеса, в Законе о банковском деле.

Оба закона неоднократно обновлялись и дополнялись в связи с усилением требований по ПОД/ФТ после обновления рекомендаций FATF (Financial Task Action Force)⁵ и базирующихся на них Директивах Европейского Союза.

Рассмотрим ниже более детально действующие нормы и требования немецкого законодательства, применяемые к корреспондентским отношениям.

Вовлечение банка-корреспондента необходимо тогда, когда фирмы - стороны договора не располагают счетами в одном и том же кредитном институте и к тому же у банков, в которых они обслуживаются, нет между собой корреспондентских отношений (см. рис. 1). Тогда платеж будет осуществляться через цепочку банков.

⁵ <http://www.fatf-gafi.org/about/>.



Банки–посредники в проведении платежа располагают ограниченной информацией как об отправителе и получателе платежа, так и о сути операции. В связи с этим этот вид бизнеса оценивается с точки зрения возможного риска отмывания денег и финансирования терроризма как «высокорисковый».

В соответствии с § 25k Закона о банковском деле («Усиленные процедуры дью-дилидженс») финансовые институты в рамках деловых отношений по осуществлению платежей обязаны применять усиленные процедуры дью-дилидженс, соответствующие повышенному риску, к следующим деловым партнерам:

1. по отношению к банкам-корреспондентам, находящимся в третьих странах (Drittstaaten);
2. по отношению к банкам-корреспондентам, находящимся в Европейском Союзе, при условии наличия оценки повышенного риска.

Все страны, не входящие в Европейское экономическое пространство (ЕЭП –нем.: Europäischer Wirtschaftsraum – EWR; англ.: European Economic Area - EEA)⁶, с точки зрения европейского банковского надзора принадлежат к группе „Drittstaaten“.

В рамках других видов деловых отношений, например, только по выдаче кредита без открытия корреспондентского счета к российскому банку применимы стандартные меры по ПОД/ФТ. Наличие усиленных процедур по ПОД/ФТ позволяет отнести

⁶ Список стран ЕЭП см. <https://www.auswaertiges-amt.de/DE/Infoservice/FAQ/EU-Erweiterung/02-EWR-EU.html?nn=350374>. А также: <http://www.efta.int/eea>.

деятельность банков в сфере корреспондентских отношений к наиболее регулируемой и контролируемой со стороны банковского надзора.

Под корреспондентскими отношениями в Федеративной Республике Германия понимается проведение расчетов и/или перевод средств клиентов и открытие для этого соответствующих Лоро/Ностро счетов.⁷ Если же банки только обменялись SWIFT-ключами, то это не подразумевает наличие корреспондентских отношений.

Итак, наряду с идентификацией банка-корреспондента в соответствии с требованиями § 3 Закона о противодействии легализации денежных средств (GWG) немецкий банк в рамках усиленных процедур дью-дилидженс обязан выполнять пять следующих требований § 25k KWG:

1. Банк обязан собрать достаточно информации о банке-корреспонденте, чтобы перед началом и в процессе корреспондентских отношений в полном объеме иметь представление о деятельности контрагента, а также чтобы оценить репутацию и мероприятия по ПОД/ФТ и качество надзора. Для анализа деятельности банка и его структуры управления используется информация из общественно доступных источников, таких как официальная интернет-страница банка, данные Bankers Almanac, новостные сайты. Для оценки риска также необходима информация о регулировании и надзоре, к какой юрисдикции относится банк, о правовой организации и вовлечении публичных должностных лиц в органы управления банка.

Для оценки уровня надзора банками принимаются во внимание следующие документы:

а. официальная информация FATF касательно высокорисковых и не идущих на сотрудничество юрисдикций (High-risk and non-cooperative jurisdictions)⁸, а также юрисдикций со стратегическими недостатками в сфере ПОД/ФТ. Последняя информация по странам была опубликована FATF 19 февраля 2016 года.

б. «Список стран с сопоставимыми требованиями по ПОД/ФТ». Актуальный список стран находится на интернет-странице Европейской Комиссии, высшего органа исполнительной власти Евросоюза⁹. Список стран был создан во исполнение требований ст. 11(4) 3-ей Директивы ЕС¹⁰ (нем.: Richtlinie 2005/60/EG des zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung; англ.: EU Directive 2005/60/EC on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering and terrorist financing). Как поясняет BaFin в Разделе IV предписания 2/2012, из § 5 абз. 1 закона о противодействии легализации денежных средств (GWG) следует,

⁷ См. абзац 68 DK Hinweise <https://die-dk.de/kontofuehrung/geldwaescheverhinderung/>

⁸ Списки стран и информация по ним см. <http://www.fatf-gafi.org/publications/high-riskandnon-cooperativejurisdictions/documents/public-statement-february-2016.html> а также <http://www.fatf-gafi.org/publications/high-riskandnon-cooperativejurisdictions/documents/fatf-compliance-february-2016.html>

⁹ http://ec.europa.eu/justice/civil/financial-crime/applying-legislation/index_en.htm

¹⁰ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32005L0060&qid=1462783994980>

что список стран с сопоставимыми требованиями по ПОД/ФТ лишь указывает на то, что финансовый институт или компания финансового сектора в стране, включенной в этот список, применяет процедуры ПОД/ФТ, которые соответствуют требованиям ЕС и, в конечном счете, для каждого случая должно быть принято отдельное решение по применению упрощенных процедур дью-дилидженс.

Хотелось бы отметить, что отчетность банка не несет достаточно информации о мероприятиях по ПОД/ФТ. Для получения информации о процедурах и мероприятиях по ПОД/ФТ банки используют анкеты/вопросники (AML Questionnaires) – документы, в которых содержатся различные вопросы в отношении политики, мероприятий и процедур по ПОД/ФТ. Часто банки используют в качестве стандарта „Wolfsberg Questionnaire“ – непосредственно сам вопросник или расширенный вопросник на базе стандартного. Ответы банка необходимо анализировать и использовать результаты анализа для оценки риска осуществления легализации. Проверка достоверности ответов на вопросы может быть осуществлена в ходе встречи с сотрудниками банка. Во время встреч можно получить также информацию о количестве и качестве мероприятий по ПОД/ФТ. Посещения банков должны осуществляться не только на этапе заключения корреспондентских отношений, но и в процессе работы с банками, регулярно и риск-ориентированно. Обычно на встречах присутствуют ответственные за ПОД/ФТ сотрудники и/или члены правления банка-корреспондента, которые могут подробно информировать о политике банка в отношении ПОД/ФТ и о процедуре «знай своего клиента».

2. Перед началом деловых отношений банк обязан установить и письменно зафиксировать обязанности и ответственность обеих сторон касательно исполнения процедур по ПОД/ФТ. Это необходимо для того, чтобы удостовериться, что процедуры по ПОД/ФТ будут соблюдаться сторонами в будущем. Обмен документами (отчетность, отчеты аудиторов и, возможно, внутренней ревизии) должен быть письменно зафиксирован.
3. Для осуществления корреспондентских отношений с банком должно быть получено разрешение руководства банка уровня „Senior management“.
4. Необходимо удостовериться, что банк-корреспондент не поддерживает отношений с банками, не имеющими физического присутствия по зарегистрированному адресу (shell-banks). Это предписание находится во взаимосвязи с § 25m абз. 1 Закона о противодействии легализации денежных средств (KWG) в отношении запрета на бизнес с шелл-банками. Параграф 25k абз. 2 п. 4 дополняет или соответственно переносит этот запрет на сферу корреспондентского бизнеса. Выполнение этого предписания зависит, в конечном счете, от организации процесса принятия на обслуживание нового банка-корреспондента, так как выполнение этого требования возможно только при наличии достаточной информации о деятельности банка-корреспондента. В случае установленных корреспондентских отношений одного лишь уверения банка-корреспондента о непроведении операций с шелл-банками

недостаточно. Необходим автоматизированный скрининг и мониторинг платежей, позволяющий выявить подозрительные транзакции и возможные схемы. Например, скрининг на предмет выявления уже известных шелл-банков и платежей из/в офшорные зоны позволит своевременно предотвратить их. В особенности это должно касаться банков с повышенным уровнем риска.

5. Необходимо удостовериться, что банк-корреспондент не работает со счетами, которые открываются на одно лицо, а используются другими лицами. Это предписание аналогично вышеприведенному положению касательно отношений банка-корреспондента с шелл-банками и взаимосвязано с § 25m абз. 2 («Запрещенные виды бизнеса») Закона о противодействии легализации денежных средств (KWG). В этом случае также необходим мониторинг и скрининг платежей на предмет выявления платежей и схем с признаками отмывания денег.

Предстоящие изменения в законодательстве о предотвращении легализации денежных средств: 4-я Директива ЕС и Регламент передаче данных по переводам денежных средств

25 июня 2015 года вступила в силу 4-ая Директива¹¹ ЕС 2015/849 о предотвращении использования финансовой системы для отмывания денег и финансирования терроризма (нем.: Richtlinie (EU) 2015/849 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung; англ.: Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing).¹² В течение последующих двух лет страны ЕС должны ввести соответствующие изменения в национальное законодательство. В 4-ой Директиве нашли отражение сформулированные и переработанные в 2012 году требования FATF по ПОД/ФТ.

Мы хотели бы представить здесь изменения, которые будут особенно важны для финансовых институтов:

Усиление риск-ориентированного подхода:

- Страны-члены ЕС обязаны выявлять присущие своим странам риски легализации, анализировать и принимать меры по минимизации. Дополнительно к этому на наднациональном уровне могут быть предприняты меры по оценке риска (например, европейские надзорные органы или Европол), результаты которых должны быть переданы другим государствам и лицам, обязанным осуществлять ПОД/ФТ. Это явилось бы исходным пунктом для риск-ориентированного подхода и появилась бы возможность использования опыта, собранного на уровне стран ЕС, для определения общеевропейских мероприятий по ПОД/ФТ.

¹¹ По-немецки «Richtlinie», по-английски: «Directive». См. п. 3 ст. 288 Договора о функционировании Европейского Союза: <http://eulaw.ru/treaties/tfeu>.

¹² <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A32015L0849>.

- Как уже было упомянуто в данной статье, 3-я Директива ЕС предусматривает установление стран, законодательство которых сопоставимо с законодательством ЕС по ПОД/ФТ. После вступления в силу 4-й Директивы в связи с усилением риск-ориентированного подхода необходимость в этом отпадает.
- 3-ей Директивой ЕС допускается упрощенная процедура дью-дилидженс для определенных категорий клиентов. 4-ая Директива ЕС отменяет такой подход. Только после рассмотрения всей совокупности факторов риска должно быть принято решение по каждому отдельному клиенту.

Информация по конечным бенефициарам:

Данные по конечным владельцам должны быть более доступными и прозрачными. Юридические лица обязаны располагать точными и актуальными данными по их конечным владельцам. Страны-участницы ЕС должны обеспечить, чтобы эта информация была зафиксирована в едином центральном регистре. За достоверность информации в регистре ответственны сами лица, вносящие информацию. Доступ к этому регистру должны получить соответствующие компетентные и ответственные органы, а также лица, ответственные за ПОД/ФТ. Доверенные лица, распоряжающиеся имуществом в пользу другого лица, обязаны разъяснять свой статус и должны предоставить данные по лицам, к выгоде которых они действуют.

Также 25 июня 2015 года вступили в силу изменения к Регламенту ЕС о передаче данных по переводам денежных средств (2015/847, нем.: EU-Verordnung über die Übermittlung von Angaben bei Geldtransfers, англ.: EU Regulation on information accompanying transfer of funds).¹³ Наиболее важное изменение в новой редакции Регламента¹⁴, на наш взгляд, это то, что платежи в будущем должны содержать не только информацию о плательщике, но и о получателе. Кроме того, посредник в проведении платежей также должен использовать эффективные процедуры, с помощью которых он сможет определить отсутствие/полноту данных, а также проводить риск-ориентированные процедуры для последующих действий. Правила действуют для платежей свыше 1000 евро, при условии, что нет указаний на то, что платеж связан с другими платежами, приняты анонимные электронные платежные средства или имеется подозрение на отмывание денег или финансирование терроризма. Проверка

¹³ См. текст на немецком и других языках: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A32015R0847>.

¹⁴ 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: <http://eulaw.ru/treaties/tfeu>.

считается выполненной, если идентичность приказодателя проверена в соответствии с 4-й Директивой ЕС и соответствующие данные были сохранены.

Об авторах:

Себастиан Глааб



Автор очерка Себастиан Глааб закончил юридический факультет университета Франкфурта-на-Майне. Он работал в международных юридических компаниях Clifford Chance и Morgan Lewis & Bockius, а также в PricewaterhouseCoopers. В настоящее время он является руководителем подразделения AML/Compliance и сотрудником, ответственным за ПОД/ФТ в VTB Bank (Deutschland) AG.

Sebastian Glaab ist Rechtsanwalt und seit Mitte 2009 Geldwäschebeauftragter und Leiter der Compliance-Abteilung bei der VTB Bank Deutschland AG. Er hat Jura an der Universität Frankfurt am Main studiert und war u.a. für die internationalen Anwaltskanzleien Clifford Chance und Morgan Lewis & Bockius sowie für PricewaterhouseCoopers tätig.

s.glaab@vtb.de

www.vtb.de

Елена Дель



Специалист отдела AML/Compliance, VTB Bank (Deutschland) AG. В 1996 году закончила Казахскую государственную Академию (Алматы) по специальности экономист, специализация банковское дело. Работала в Нацбанке Республики

Казахстан и в Центральном Банке Российской Федерации, в Коммерцбанке (Франкфурт-на-Майне).

Mitarbeiterin der AML/Compliance in VTB Bank (Deutschland) AG. Studium: Ökonom (Schwerpunkt Bankenwesen) Kasachische staatliche Akademie, Almaty. Sie arbeitete in Kasachische Nationalbank und russischen Zentralbank, in Commerzbank (Frankfurt am Main). Schwerpunkte: AML und Compliance in der Russischen Föderation und den ehemaligen UdSSR-Ländern.

e.dehl@vtb.de

www.vtb.de

Обзор развития правового регулирования в европейском и немецком праве в сфере рынка капиталов Entwicklung des europäischen und deutschen Kapitalmarktrechts

Виктория Грошева (Viktoria Groschewa)

Der Beitrag soll einen Überblick über die unterschiedlichen Etappen der Entwicklung des europäischen bzw. deutschen Kapitalmarktrechts geben. Nach Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft im Jahr 1957 merkte man schnell, dass zur Verwirklichung des Binnenmarktes auch die Regulierung des Kapitalmarktes auf europäischer Ebene erforderlich ist. Die ersten Rechtsakte haben einen fast zwei Dekaden andauernden Reifungsprozess hinter sich. Danach folgten jedoch mehrere Phasen der Kapitalmarktgesetzgebung, die aufgrund der Finanzkrise ab Jahr 2007 besonders in Fahrt gekommen ist. Im Folgenden sollen diese einzelnen Schritte in der Rechtsentwicklung des Kapitalmarktes reflektiert werden.

I. Гармонизация законодательства о биржах и проспектах эмиссии ценных бумаг (1979 – 1982 гг.)

Регулирование рынка финансовых услуг в Европейском Союзе (ЕС) основано на четырех принципах внутреннего рынка - свободы перемещения товаров (Warenverkehrsfreiheit), работ (Niederlassungsfreiheit) и услуг (Dienstleistungsfreiheit), а также свободы перемещения капитала (Kapitalverkehrsfreiheit) внутри общего рынка. Данные принципы закреплены в учредительных договорах ЕС и являются основой для развития интеграционных процессов в Евросоюзе, в том числе, интегрирования рынка ценных бумаг и финансовых услуг, которые рассматриваются в рамках принципа свободы оказания услуг. В последние 50 лет всем этапам развития европейского внутреннего рынка на законодательном уровне предшествовали доклады независимых экспертов, такие как «доклад *Segré*» 1966 г., который указывал на неликвидные рынки, «доклад *Lamfalussy*» 2000г. и «доклад *Larosière*» 2009 г., критикующий существенные недостатки в системе надзора над финансовыми услугами.¹ Данные отчеты экспертных групп послужили указателями для последующего развития законодательства в финансовой сфере, которое можно разделить на несколько этапов.

¹ „Europäisches Kapitalmarktrecht“, 2. Ausgabe, Herausgeber Rüdiger Veil, Verlag „Mohr Siebeck“, Tübingen, 2011, на стр. 2, 7, 14.

1. «Доклад *Segré*» (1966 г.)

Толчком для развития европейского законодательства о рынке капиталов послужило поручение Комиссии Европейского Экономического Сообщества группе независимых экспертов под руководством *Claudio Segré*. В их докладе были обозначены проблемы в структуре национальных рынков капиталов, дисбаланс между спросом и предложением, а также недостаточная ликвидность рынков. Согласно докладу, центральной проблемой являлась недостаточность информации для инвесторов. Эксперты рекомендовали странам-участницам провести активные мероприятия по ознакомлению общественности с имеющимися на рынке капиталов инструментами, а также с принципами функционирования бирж. Более того, они считали необходимым внедрение механизмов регулярного осведомления инвесторов о деятельности компаний-эмитентов, помимо обязанности компаний опубликовывать ежегодные финансовые отчеты. Также в докладе указывалось на необходимость образования инстанции на примере бельгийской *Commission Bancaire* или американской *Securities and Exchange Commission*, осуществляющей внешний контроль за соблюдением общих для всех стран-участниц минимальных требований в сфере финансовых услуг.²

Благодаря «Докладу *Segré*», в котором, в частности, давалась подробная схема, как должен выглядеть проспект эмиссии ценных бумаг, были приняты три Директивы - Директива о допуске ценных бумаг к обращению на бирже ценных бумаг³ (1979 г.), Директива, устанавливающая условия составления, контроля и распространения проспекта ценных бумаг⁴ (1980 г.), а также Директива, обязывающая эмитентов акций предоставлять определенную информацию инвесторам⁵ (1982 г.). В первую очередь, их целью являлась гармонизация национальных требований к рынкам капиталов стран-участниц.⁶

2. «Белая Книга» о совершенствовании внутреннего рынка (1985 г.)

Следующей ступенью в развитии европейского законодательства о рынках ценных бумаг послужила т.н. «Белая Книга» о совершенствовании внутреннего рынка, опубликованная в 1985 г. Комиссией Европейского Экономического Сообщества. Согласно тезисам «Белой Книги», либерализация в сфере финансовых услуг способна существенно стимулировать европейскую интеграцию и укрепить внутренний рынок Евросоюза. В Книге были определены параметры для будущего законодательства в

² „Europäisches Kapitalmarktrecht“, 2. Ausgabe, Herausgeber Rüdiger Veil, Verlag „Mohr Siebeck“, Tübingen, 2011, на стр. 3

³ Richtlinie 79/279/EWG des Rates vom 05.03.1979 zur Koordinierung der Bedingungen für die Zulassung von Wertpapieren zur amtlichen Notierung an einer Wertpapierbörse.

⁴ Richtlinie 80/390/EWG des Rates vom 17.03.1980 zur Koordinierung der Bedingungen für die Erstellung, die Kontrolle und die Verbreitung des Prospekts, der für die Zulassung von Wertpapieren zur amtlichen Notierung an einer Wertpapierbörse zu veröffentlichen ist.

⁵ Richtlinie 82/121/EWG des Rates vom 15.02.1982 über regelmäßige Informationen, die von Gesellschaften zu veröffentlichen sind, deren Aktien zur amtlichen Notierung an einer Wertpapierbörse zugelassen sind.

⁶ „Europäisches Kapitalmarktrecht“, 2. Ausgabe, Herausgeber Rüdiger Veil, Verlag „Mohr Siebeck“, Tübingen, 2011, на стр. 3.

сфере рынков капиталов, а страны-участницы призывались к сокращению барьеров между национальными биржами. Предполагалось, что это улучшит ликвидность рынков.⁷

II. Гармонизация законодательства в сфере рынка капиталов (1988 – 1993 гг.)

В целях гармонизации национального регулирования стран-участниц, а также как реакция на существенные дефициты в нем, Совет Европейского Экономического Сообщества принял Директиву о прозрачности информации в случаях приобретения и отчуждения существенной доли участия в уставном капитале компаний⁸, котирующихся на бирже. Прозрачное информационное поле должно было повысить доверие инвесторов к рынкам ценных бумаг и стимулировать, тем самым, безупречное функционирование рынков ценных бумаг. Общие правила, действующие на территории Евросоюза, должны были дать равноценные возможности инвесторам всех стран-участниц, а также укрепить связь европейских рынков ценных бумаг между собой и создать прочный европейский рынок капиталов.

В основу идеи обязательного информирования инвесторов легла также Директива о проспектах для ценных бумаг.⁹ Она обязывала эмитентов публиковать проспект, содержащий необходимую информацию, на основе которой инвестор мог бы принять взвешенное решение о приобретении ценной бумаги. При этом обязанность предоставить общественности проспект не зависела от листинга ценной бумаги на бирже.

Директива о правилах торговли с использованием служебной (инсайдерской) информации¹⁰ требовала от стран Евросоюза запрета торговли с использованием инсайдерской информации, но не давала никаких конкретных предписаний. В Директиве были лишь схематично обозначены права надзорных инстанций, которые обязывались создать необходимые контрольные механизмы для реализации поставленной цели.

В 1993 г. Директива об услугах в сфере рынка ценных бумаг¹¹ завершила этап совершенствования внутреннего рынка Евросоюза. Установленные ею правила должны были гарантировать свободу передвижения товаров и услуг компаний, работающих в данной сфере, а также способствовать защите интересов инвесторов. Директива обязывала участниц Союза ввести правила надзора за транзакциями и организацией компаний, предлагающих свои услуги в сфере ценных бумаг. Она предлагала издать

⁷ „Europäisches Kapitalmarktrecht“, Herausgeber Rüdiger Veil, Verlag „Mohr Siebeck“, Tübingen, 2011, на стр. 5.

⁸ Richtlinie 88/627/EWG des Rates vom 12.12.1988 über die bei Erwerb und Veräußerung einer bedeutenden Beteiligung an einer börsennotierten Gesellschaft zu veröffentlichenden Informationen.

⁹ Richtlinie 89/298/EWG des Rates vom 17.04.1989 zur Koordinierung der Bedingungen für die Erstellung, Kontrolle und Verbreitung des Prospekts, der im Falle öffentlicher Angebote von Wertpapieren zu veröffentlichen ist.

¹⁰ Richtlinie 89/592/EWG des Rates vom 13.11.1989 zur Koordinierung der Vorschriften betreffend Insider-Geschäfte.

¹¹ Richtlinie 93/22/EWG des Rates vom 10.05.1993 über Wertpapierdienstleistungen.

кодексы правильного поведения, особенно в отношении информации о клиентах компаний.¹²

1. План действий для сектора финансовых услуг (1999 г.)

Следующим импульсом на пути к развитому европейскому рынку капиталов послужило введение общей европейской валюты в 1999 г. Комиссия ЕС рассматривала введение Евро как возможность для параллельного совершенствования финансовой системы, способной в будущем сократить расходы на услуги посредников, действующих на рынке капиталов, а также расходы за кредитный капитал.

Целью разработанного Комиссией Европейского Сообщества плана "*Financial Services Action Plan*" (*FSAP*) являлась разработка правил для интеграции рынков ценных бумаг и производных финансовых инструментов, а также общих правил для привлечения капитала. План действий предусматривал реформу таких сводов правил, как Директива о допуске ценных бумаг к обращению на бирже, Директива, устанавливающая условия составления, контроля и распространения проспекта ценных бумаг, а также Директива об обязанности регулярного предоставления необходимой для инвесторов информации. Помимо этого, план предусматривал принятие новых норм. К ним относилась, например, Директива о манипулировании рынком ценных бумаг.

В целях своевременной реакции законодательства на быстрое экономическое развитие финансового рынка *FSAP* предложил разработать подходящий для этого метод. В первую очередь, он имел в виду образование комитета, занимающегося разработкой европейских норм для регулирования рынка ценных бумаг.¹³

2. «Доклад Lamfalussy» (2000г.)

Спустя год после опубликованного плана действий *FSAP* Совет министров финансов и экономики Европейского Содружества создал Комитет под руководством *Alexandre Lamfalussy*, который должен был создать более эффективный процесс законодательной процедуры в сфере ценных бумаг, дабы ускорить имплементацию европейских Директив на национальном уровне стран ЕС.

Доклад с промежуточными выводами был предоставлен созданной группой экспертов 9 ноября 2000 г., в котором критиковался тот факт, что странами ЕС на момент доклада по-прежнему не был введен т.н. «европейский паспорт» для ценных бумаг, который позволил бы эмитентам предлагать свои ценные бумаги на всех европейских рынках, если необходимый для эмиссии проспект был утвержден надзорной инстанцией одной из стран-участниц ЕС. Также обсуждалась проблема отсутствия равнозначных положений в законодательстве стран ЕС, регулирующих

¹² „Europäisches Kapitalmarktrecht“, 2. Ausgabe, Herausgeber Rüdiger Veil, Verlag „Mohr Siebeck“, Tübingen, 2011, на стр. 5.

обязанность эмитентов публиковать необходимую для инвесторов информацию. Центральной проблемой в развитии европейского законодательства, регулирующего финансовую сферу, являлась неповоротливость процесса издания правовых норм, а также отсутствие единства в применении и толковании существующих норм. В связи с этим Комитет предложил четырехступенчатую модель принятия законов и норм, которая, опираясь на систему комитетов ЕС, состоящих из госслужащих стран-членов ЕС и экспертов, принимающих подзаконные акты и инструкции к применению европейских директив, должна была способствовать более быстрому процессу издания норм.

На первой ступени данного процесса создаются рамочные правила, которые уточняются на втором этапе посредством принятия исполнительных инструкций. На следующем уровне разрабатываются рекомендации и основные направления толкования принятого законодательства. Для решения этой задачи был создан отдельный Комитет надзорных органов стран ЕС в сфере рынков ценных бумаг (*Committee of European Securities Regulators - CESR*). Одной из компетенций данного Комитета является также сотрудничество между национальными надзорными инстанциями стран ЕС в целях совершенствования работы этих органов. Несмотря на наделение Комитета указанными полномочиями, его рекомендации не являются для стран-участниц обязательными к исполнению. На четвертой и последней ступени «процесса *Lamfalussy*» Европейская комиссия проверяет уровень имплементации европейских норм в национальное законодательство стран-участниц. В случаях неисполнений странами ЕС обязанностей по приведению национального законодательства в соответствие с европейскими нормами Европейская комиссия вправе принять штрафные санкции.¹⁴

III. Реформа законодательства, регулирующего рынок ценных бумаг и просpekt ценных бумаг (2003 – 2007 гг.)

Три Директивы¹⁵, принятые с 1979 г. по 1982 г., неоднократно дополнялись с момента их вступления в силу. Поэтому европейский законодатель принял в 2001 г. решение кодифицировать данные Директивы и связанные с ними другие нормативные акты, создав один единый свод правил. Это произошло с принятием Директивы о допуске ценных бумаг к листингу на бирже и об обязательной публикации информации, касающейся этих ценных бумаг.¹⁶ С точки зрения содержания, данная Директива никаких значимых реформ в сферу регулирования европейского финансового рынка не привнесла, но в течение последующих нескольких лет были

¹⁴ „Europäisches Kapitalmarktrecht“, 2. Auflage, Herausgeber Rüdiger Veil, Verlag „Mohr Siebeck“, Tübingen, 2011, S. 7

¹⁵ Директива о допуске ценных бумаг к обращению на бирже ценных бумаг (1979г.), Директива, устанавливающая условия составления, контроля и распространения проспекта ценных бумаг (1980г.), а также Директива, обязывающая эмитентов акций предоставлять определенную информацию вкладчикам.

¹⁶ Richtlinie 2001/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28.05.2001 über die Zulassung von Wertpapieren zur amtlichen Börsennotierung und über die hinsichtlich dieser Wertpapiere zu veröffentlichenden Informationen.

приняты еще четыре Директивы, которые на сегодняшний день являются стержнем всего европейского законодательства в сфере рынков капиталов. К ним относится Директива о торговле ценными бумагами с использованием служебной информации и о манипулировании рынками¹⁷ (2003 г.), Директива, касающаяся проспекта, который эмитент ценных бумаг должен опубликовать в случае публичного предложения ценных бумаг или их допуска к листингу на регулируемом рынке.¹⁸ В 2004 г. была принята Директива о рынках финансовых инструментов¹⁹, а также Директива о гармонизации требований о раскрытии информации об эмитентах и о выпускаемых ими ценных бумагах, которые допущены к торгам на регулируемом рынке.²⁰ К каждой из этих Директив до 2007 г. были приняты соответствующие исполнительные инструкции.

Директива о торговле ценными бумагами с использованием служебной информации и о манипулировании рынками должна была закрыть пробелы в европейском праве о рынках капиталов. В ней были подробно изложены признаки, указывающие на манипулирование рынком, а также наложен запрет на манипулятивные действия. Одним из важных шагов, предпринятых в направлении обеспечения целостности и единства европейских рынков капиталов, стала реформа положений об обязанности эмитентов предоставлять необходимые для инвесторов сведения о ценных бумагах. Данная Директива не ограничивалась, как ее предшественница²¹, определением фактов, указывающих на торговые операции с использованием инсайдерской информации, а давала определение служебной информации и предписывала обязательность ее своевременного опубликования.

Более того, данная Директива определила правила поведения для финансовых аналитиков, которые публиковали свои выводы о состоянии рынков, тем самым формируя мнение инвесторов и воздействуя на финансовый рынок в целом.

Одним из столпов европейского законодательства о рынках капиталов стала Директива, касающаяся проспекта ценных бумаг. Посредством данного документа европейский законодатель гармонизировал условия составления проспекта, нормы, регулирующие процесс утверждения проспекта надзорной инстанцией соответствующей страны, а также его публикацию и распространение в случаях публичного предложения ценных бумаг или их листинга на регулируемом рынке. Дополнили Директиву исполнительные инструкции, в которых были закреплены нюансы, уточняющие содержание проспекта ценных бумаг.

¹⁷ Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28.01.2003 über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch).

¹⁸ Richtlinie 2003/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 04.11.2003 betreffend den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG.

¹⁹ Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.04.2004 über Märkte für Finanzinstrumente (Markets in Financial Instruments Directive- MiFID).

²⁰ Richtlinie 2004/109/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.12.2004 zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG.

²¹ Директива о правилах торговли с использованием служебной информации / Richtlinie 89/592/EWG des Rates vom 13.11.1989 zur Koordinierung der Vorschriften betreffend Insider-Geschäfte.

Предметом Директивы о рынках финансовых инструментов стали правила поведения компаний, деятельность которых распространялась на работу с ценными бумагами. Конкретные требования и условия для осуществления данной деятельности были закреплены в исполнительных инструкциях.²²

Последней из четырех вышеназванных Директив является Директива о гармонизации требований о прозрачности информации об эмитентах и о выпускаемых ими ценных бумагах, которые допущены к торгам на регулируемом рынке. В ней закреплены основные требования о прозрачности информации эмитентов, чьи ценные бумаги допущены к торгам. Своевременная публикация необходимых для инвесторов сведений должна укрепить их доверие и дать им возможность делать обоснованные выводы касательно своих инвестиций.²³ Согласно требованиям Директивы, к информации об эмитентах относятся годовой и полугодовой отчет, а также периодические сообщения руководства компании. Под «текущей информацией об эмитентах» Директива подразумевает владение долями участия в уставном капитале в крупном размере. Как и в предыдущих случаях, для данной Директивы была принята в целях единообразного применения норм уточняющая исполнительная инструкция.²⁴

Время реформ завершается гармонизацией законодательства, регулирующего европейские рынки слияний и поглощений. В апреле 2004 г. была принята Директива о добровольных и обязательных предложениях о приобретении долей в уставном капитале общества²⁵.

Финансовый кризис выявил в законодательстве, регулирующем финансовые рынки, серьезные недостатки. В связи с этим Европейская Комиссия поручила группе выдающихся экспертов предоставить рекомендации к будущему регулированию и надзору над европейскими финансовыми рынками. В феврале 2009 г. команда под руководством *Jacques de Larosière* опубликовала свой доклад, в котором предлагалось увеличить объем полномочий CESR, придав ей статус центрального надзорного органа, который координировал бы общие для всех стран-участниц стандарты по надзору над финансовой деятельностью, а также гарантировал бы эффективное сотрудничество между ведомствами отдельных стран, которые, в свою очередь, сохранили бы за собой прежние надзорные функции.

²² Richtlinie 2006/73 der Kommission zur Durchführung der Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf die organisatorischen Anforderungen an Wertpapierfirmen und die Bedingungen für die Ausübung ihrer Tätigkeit sowie in Bezug auf die Definition bestimmter Begriffe für die Zwecke der genannten Richtlinie vom 10.08.2006.

Verordnung (EG) Nr. 1287/2006 der Kommission vom 10.08.2006 zur Durchführung der Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend die Aufzeichnungspflichten für Wertpapierfirmen, die Meldung von Geschäften, die Markttransparenz, die Zulassung von Finanzinstrumenten zum Handel und bestimmte Begriffe im Sinne dieser Richtlinie.

²³ „Europäisches Kapitalmarktrecht“, Herausgeber Rüdiger Veil, Verlag „Mohr Siebeck“, Tübingen, 2. Auflage, 2014, на стр. 11.

²⁴ Richtlinie 2007/14/EG der Kommission vom 08.03.2007 mit Durchführungsbestimmungen zu bestimmten Vorschriften der Richtlinie 2004/109/EG zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel an einem geregelten Markt zugelassen sind.

²⁵ Richtlinie 2004/25/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.04.2004 betreffend Übernahmeangebote.

IV. Создание Европейской системы финансового надзора (2009 – 2011 гг.)

Почти сто страниц «Доклада *Larosière*» объявили новую веху в европейском законодательстве о рынках капиталов. В сентябре 2009 г. Европейская Комиссия приняла пакет законодательных актов, предусматривающих меры по предупреждению и борьбе с систематическими рисками, угрожающими финансовой системе Европы. Надзор над финансовой деятельностью на национальном (микро-) уровне должен был остаться в компетенции надзорных органов отдельных европейских государств. Для установления универсальных стандартов и рекомендаций планировалось создать систему органов, которые должны контролировать, насколько применяется европейское законодательство в отдельных странах Союза (*European System of Financial Supervision - ESFA*).

К концу 2010 года образование Европейской надзорной инстанции над банковской деятельностью (*European Banking Authority - EBA*), Европейской надзорной инстанции в сфере страхового бизнеса (*European Insurance and Occupational Pensions Authority - EIOPA*), а также Европейской надзорной инстанции в сфере торговли ценными бумагами (*European Securities and Markets Authority - ESMA*) вдохнуло жизнь в планы Европейской Комиссии.

С начала 2011 г. *ESMA* принимает участие в законотворческом процессе. Ее первоначальной задачей является контроль над тем, чтобы применение европейского законодательства на национальном уровне осуществлялось эффективным и действенным образом. В этих целях она вправе обращаться к надзорным инстанциям государств ЕС с рекомендациями. Отвечающий ранее за эти функции Комитет надзорных органов стран ЕС в сфере рынков ценных бумаг (*CESR*) прекратил свое существование с начала работы *ESMA*, передав этому органу свои полномочия. Однако право надзора над отдельными участниками финансового рынка осталось за национальными контролирующими органами.²⁶

Европейская надзорная инстанция над банковской деятельностью, так же как и *ESMA*, преследует цели более высокого уровня и не отвечает за надзор конкретных банков, как это делают национальные ведомства. Главной задачей этого органа является сохранение финансовой стабильности в ЕС, защита целостности, эффективности и исправной работы банковского сектора на европейском уровне. Она вносит свой вклад в развитие регулирующих механизмов в банковском секторе, отвечает за гармонизацию разных толкований и взглядов национальных органов надзора над банками. В результате финансового кризиса вопрос оценки рисков в банковском секторе стал еще более острым. В компетенции Европейской надзорной инстанции над банковской деятельностью входит проведение т.н. стресс-тестов в банковском секторе. *EBA* подотчетна Европейскому Парламенту, а также Совету ЕС и Европейской Комиссии.²⁷

²⁶ „Europäisches Kapitalmarktrecht“, 2. Ausgabe, Herausgeber Rüdiger Veil, Verlag „Mohr Siebeck“, Tübingen, 2. Auflage, 2014, на стр. 15.

²⁷ http://www.eba.europa.eu/languages/home_de.

Третий столп Европейской системы финансового надзора образует Европейская надзорная инстанция в сфере страхового бизнеса (*EIOPA*). Подобно Европейской надзорной инстанции над банковской деятельностью компетенции *EIOPA* заключаются в гармонизации работы и негомогенных взглядов и толкований европейского законодательства национальных надзорных инстанций в страховом деле.²⁸

V. Регулирование отдельных секторов на рынке капитала

1. Рейтинговые агентства (2009 – 2013 гг.)

Последний финансовый кризис показал не только слабые места в финансовой системе и необходимость регулирования определенных вопросов, но и важность оценки платежеспособности эмитентов, стран, а также доброкачественности кредитных рисков, определяемых рейтинговыми агентствами. В связи с сильным влиянием рейтинговых оценок на инвестиционные решения участников рынка капиталов и ошибочного присвоения высоких рейтингов эмитентам и ценным бумагам дефолтного уровня, европейский законодатель принял решение создать правовые рамки для деятельности рейтинговых агентств, которые до 2009 г. обходились правилами, установленными саморегулируемыми организациями. В связи с этим Европейский Парламент и Совет ЕС приняли регламент, регулирующий вопросы, связанные с рейтинговыми агентствами.²⁹ В течение последующих четырех лет установленные правила не раз изменялись и корректировались.³⁰ В итоге, на данный момент существуют нормы, которые определяют, в каких случаях и каким образом рейтинговые агентства вправе оценивать государственный долг и финансовое положение частных предприятий. Нормами также предусмотрена ответственность рейтинговых агентств по отношению к инвесторам. С декабря 2010 г. рейтинговые агентства подлежат надзору, который осуществляет Европейская надзорная инстанция в сфере торговли ценными бумагами (*ESMA*).

2. Реформа Директив (с 2009 г.)

Спустя несколько лет после вступления в силу четырех Директив³¹, образующих стержень европейского права в сфере финансовых услуг, Европейская комиссия приняла решение об их пересмотре в целях совершенствования. К обсуждению призывались все участники финансового сектора, правительства и надзорные инстанции европейских стран, а также все заинтересованные лица. В итоге этих

²⁸ <https://eiopa.europa.eu/about-eiopa/index.html>.

²⁹ Verordnung EG Nr. 1060/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.09.2009 über Ratingagenturen (CRA-I).

³⁰ Verordnung(EU) Nr. 513/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.05.2011 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 über Ratingagenturen (CRA-II); Verordnung (EU) Nr. 462/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.05.2013 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 über Ratingagenturen (CRA-III).

³¹ см. «Реформа законодательства, регулирующая рынок ценных бумаг и проспект ценных бумаг (2003 – 2007 гг..)» на стр. 11.

обсуждений были внесены поправки в Директиву, касающуюся проспекта ценных бумаг.³² Нововведения в законодательстве в защиту инвесторов страны-участницы должны были имплементировать в национальное законодательство до июля 2012 года.

В конце 2011 г. Европейская комиссия внесла предложения об установлении новых правил, касающихся торговли ценными бумагами с использованием инсайдерской информации и манипулирования рынками, согласно которым принятый Европейским парламентом и Советом ЕС регламент должен действовать напрямую в обход классической адаптации европейских норм на национальном уровне. Более того, Комиссией было предложено введение уголовных санкций, что открыло новую страницу в сфере регулирования рынка капиталов. В ответ на сделанные Комиссией предложения о правилах торговли с использованием служебной информации и о манипулировании рынками, Совет ЕС в декабре 2012 г. внес собственное компромиссное предложение³³, а Европейский парламент опубликовал в соответствующем докладе свою точку зрения³⁴ о введении уголовных санкций за нарушение правил торговли с использованием служебной информации. Новые правила вступают в силу в июле 2016 г.³⁵ и отменяют Директиву о торговле ценными бумагами с использованием служебной информации и о манипулировании рынками от 2003 г.³⁶, а также соответствующие исполнительные инструкции. Новая директива о манипулировании рынками³⁷ распространяется на определенные в *MiFID II* сегменты рынка и на внебиржевую торговлю финансовыми инструментами. Правила, запрещающие торговые операции с использованием служебной информации, стали распространяться на манипуляцию рыночными индикаторами, т.н. *Benchmark*, а также на определенные стратегии высокочастотной торговли (*high-frequency trading*). Уголовные санкции за нарушение правил торговли с использованием служебной информации, а также за нарушение правил о манипулировании рынками были зафиксированы в отведенной под это Директиве.³⁸

³² Richtlinie 2010/73/EU von 24.11.2010 zur Änderung der Richtlinie 2003/71/EG betreffend den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist, und der Richtlinie 2004/109/EG zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind.

³³ Council of the European Union, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on insider dealing and market manipulation (market abuse) – General approach, 05.12.2013; Council of the European Union, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on insider dealing and market manipulation (market abuse) – General approach, 12.12.2012.

³⁴ Bericht über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch), 22.10.2012.

³⁵ Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.04.2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission.

³⁶ Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28.01.2003 über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch).

³⁷ Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.04.2014 über Marktmissbrauch.

³⁸ Richtlinie 2014/57/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.04.2014 über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation.

В июне 2013 г. была принята Директива о внесении поправок в правила о публикации финансовой отчетности и о прозрачности долевого участия в уставном капитале эмитентов.³⁹ Основная часть поправок распространяется на владельцев финансовых инструментов, обязанных в будущем опубликовывать количественные изменения ценных бумаг в их портфелях. Данный режим действовал уже ранее в некоторых странах ЕС и теперь обязывает всех остальных участников Союза привести до ноября 2015 г. свое законодательство в соответствие с новыми правилами. Введением таких мер законодатель реагирует на случаи, в которых участие в уставном капитале эмитентов приобреталось незаметно посредством финансовых инструментов, а не акций напрямую.

Принятые в сентябре 2009 г. на Саммите G-20 в Питтсбурге решения, связанные с глобальным финансовым кризисом, отразились на европейском законодательстве внесением поправок в Директиву о рынках финансовых инструментов (*MiFiD*). Эта Директива будет заменена другими нормативными актами - Регламентом о рынках и финансовых инструментах (*MiFiR*)⁴⁰ и пересмотренной Директивой о рынке финансовых инструментов (*MiFiD-II*)⁴¹.

По заявлению Европейской комиссии, объем рынка внебиржевых деривативов составлял в 2009 г. 80% всех торгуемых в ЕС производных финансовых инструментов. В связи с этим дополнительно к вышеуказанному регулированию в июле 2012 г. вступил в силу регламент, устанавливающий обязанность публиковать информацию о сделках с внебиржевыми деривативами (*EMiR*).⁴² Установленные новые правила должны сократить риски, возникающие в связи с несостоятельностью одной из сторон сделок.

MiFiR обязывает участников рынка уведомлять надзорные инстанции о данных произведенных транзакций с акциями, котирующимися на биржах инвестиционными фондами, с долговыми обязательствами, сертификатами и другими структурированными финансовыми продуктами. Европейская надзорная инстанция в сфере торговли ценными бумагами (*ESMA*) была уполномочена в рамках *MiFiR* запрещать размещение конкретных финансовых инструментов на рынках стран Союза.

Новые правила *MiFiD-II* должны не только способствовать предотвращению кризиса на рынке капиталов, но и сделать его более конкурентоспособным, а также позволить ему идти в ногу с высокоскоростным развитием финансовых продуктов, рынков и техники. Данные законодательные инициативы находятся в обсуждении и, по словам

³⁹ Richtlinie (EU) des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2004/109/EG sowie der Richtlinie 2007/14/EG.

⁴⁰ Verordnung (EU) Nr. 600/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.05.2014 über Märkte für Finanzinstrumente und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012.

⁴¹ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Märkte für Finanzinstrumente zur Aufhebung der Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, 20.10.2011.

⁴² Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 04.07.2012 über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister.

Маркуса Фербера, руководителя переговоров со стороны Европейского парламента по проекту "MiFiD-II", должны вступить в силу с 2017 г.⁴³

3. Регулирование сделок без покрытия (2012 г.)

В ноябре 2012 г. вступил в силу принятый Европейским парламентом и Советом ЕС регламент, регулирующий т.н. сделки без покрытия⁴⁴, т.е. продажа ценных бумаг, которыми продавец на момент продажи не владеет. Принятый регламент дополняет положение, касающееся определений, используемых в Директиве, а также исполнительные инструкции, устанавливающие технические стандарты. Основной идеей регулирования сделок без покрытия является запрет продаж акций, долговых обязательств и кредитных дефолтных свопов без покрытия. Исключения составляют сделки, осуществляемые в рамках деятельности маркетмейкера, который берет на себя риск приобретения и хранения на своих счетах ценных бумаг определенного эмитента с целью организации их продаж. Часть регламента о сделках без покрытия посвящается правилам транспарентности, т.е. обязанности опубликования информации о проведенных сделках. Правила регламента распространяются на сделки, заключенные между юридическими или физическими лицами независимо от их места проживания или местонахождения головного офиса юридического лица. Запрету подлежат все «европейские акции», которые допущены к торгам на регулируемом рынке и через многостороннюю торговую систему (*Multilateral Trading Facility – MTF*), а также прошедшие листинг на бирже. К «европейским акциям» относятся акции, главная торговая площадка которых находится в ЕС.

Данная законодательная инициатива уходит корнями во времена финансового кризиса и потому направлена, в первую очередь, на предотвращение системных рисков и обеспечение финансовой стабильности в ЕС.

4. Регулирование benchmark (2013 г.)

Скандал вокруг Либор (*LIBOR = London Interbank Offered Rate*) и Еврибор (*EURIBOR = European Interbank Offered Rate*) вследствие манипулирования этими процентными ставками по межбанковским кредитам крупными банками привел к тому, что Европейская комиссия предложила в сентябре 2013 г. соответствующий законопроект. Он направлен на усиление контроля над процессом определения *benchmark* (рыночных индикаторов) и на улучшение методологии их расчета, а также на повышение прозрачности индикаторов. Более того, предполагается ввести надзор над представителями, предлагающими услуги по составлению *benchmark*. В понимании новых правил, *benchmark* определяется как индекс, который создается при помощи репрезентативных данных и который используется как базисная ставка для разных финансовых инструментов или для определения развития капиталовложений в

⁴³ <http://www.fundresearch.de/Nachrichten/Top-Themen/Ferber-MiFiD-II-tritt-ab-2017-in-Kraft-.html>.

⁴⁴ Verordnung (EU) Nr. 236/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.03.2012 über Leerverkäufe und bestimmte Aspekte von Credit Default Swaps.

инвестиционные фонды. Кредитные институты смогут использовать такие процентные ставки как Либор и Еврибор, а также другие индексы только в том случае, если они были созданы представителями, признанными надзорными инстанциями. Надзорные инстанции будут контролировать создателей *benchmark* на возможность существования конфликта интересов при создании *benchmark*, а также насколько созданный индекс отображает в своих расчетах реальное развитие наблюдаемого рынка и насколько он пригоден как индикатор развития этого рынка.⁴⁵ Разработка данной законодательной инициативы была закончена в ноябре 2015 г. После выяснений последних технических деталей регламент должен вступить в силу в скором будущем.⁴⁶

5. Центральные депозитарии (2014 г.)

В июле 2014 года вступил в силу Регламент об усовершенствовании зачисления на счетах и расчетов ценных бумаг центральных депозитариев.⁴⁷ Центральные депозитарии вместе с центральными контрагентами, участвующими в транзакциях с ценными бумагами, способствуют сохранению инфраструктуры, которая необходима для рынка капиталов и для инвесторов после совершения сделки. Участники рынка полагаются на нее и ожидают пунктуального, а также правильного расчета транзакций с ценными бумагами. Они также связаны с предоставлением/привлечением гарантий между кредитными организациями и являются важными актерами в процессе обеспечения требований контрагентов. Таким образом, центральные депозитарии играют решающую роль в сфере осуществления расчетов и являются необходимыми для функционирования рынка капиталов.

Гармонизирующие правила для центральных депозитариев должны повысить эффективность их работы особенно в сфере международных сделок, снизить расходы эмитентов и упростить эмитентам выбор депозитариев за счет одинаковых для всех стран-участниц правил. Страны-участницы также установили единый двухдневный срок (Trading Day +2) для выполнения зачисления ценных бумаг на счет.

6. Пересмотр Директивы о проспекте ценных бумаг (2015 г.)

В ноябре 2015 г. Комиссия ЕС внесла предложение о принятии нового регламента⁴⁸ касательно проспектов для ценных бумаг. Этот регламент должен действовать вместо существующей Директивы о проспекте ценных бумаг⁴⁹. Комиссия считает, что стоит пересмотреть правила раскрытия информации, необходимой для инвесторов, и

⁴⁵ Miriam Parmentier, Die Entwicklung des europäischen Kapitalmarktrechts 2014-2015, EuZW 2016, 45.

⁴⁶ Europäische Kommission, Pressemitteilung IP/15/6169 vom 25.11.2015.

⁴⁷ Verordnung (EU) Nr. 909/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.07.2014 zur Verbesserung der Wertpapierlieferungen und –abrechnungen in der EU und über Zentralverwahrer.

⁴⁸ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über den beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder ihrer Zulassung zum Handel zu veröffentlichenden Prospekt.

⁴⁹ Richtlinie 2010/73/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2003/71/EG betreffend den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist, und der Richtlinie 2004/109/EG zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind.

сократить дублирующие элементы ее раскрытия, уменьшить, таким образом, поток обрушивающейся на инвестора информации и редуцировать расходы эмитентов, связанные с раскрытием этой информации. Более того, предполагается упростить подачу данных в кратком описании продукта в проспекте, а также гармонизировать требования Директивы с другими правилами о раскрытии информации, действующими в ЕС⁵⁰. Помимо этого, планируется разработка Регламента, регулирующего обязательные вкладыши (*PRIP - Packaged Retail and Insurance-based Investment Products*) длиной в несколько листов бумаги, которые содержат короткое описание характеристик, существенных рисков, возможное развитие рентабельности финансового продукта (*best case, worst case, base case*), а также указывают на связанные с финансовым инструментом расходы, которые выпадают на инвестора. Данный документ должен содержать краткую информацию, в развернутом виде изложенную в проспекте. Дистрибьюторам финансовых продуктов это даст возможность более гибко консультировать вкладчиков, а вкладчики, в свою очередь, могут относительно быстро сравнивать аналогичные продукты, существующие на рынке, чтобы принять взвешенное решение при покупке финансового продукта. Такие короткие вкладыши уже сейчас существуют как в европейском, так и в национальном законодательстве стран ЕС для разных видов продуктов (для инвестиционных фондов - *KIID - Key Investor Information Document*), для структурированных финансовых продуктов, страховых полисов и др. (*PIB - Produktinformationsblatt*). Цель вкладыша *PRIP* - гармонизировать имеющиеся стандарты и по возможности отказаться от дублирующих правил.

7. Прозрачность транзакций по кредитованию ценными бумагами (2015 г.)

В ноябре 2015 г. Парламентом ЕС был одобрен Регламент о прозрачности транзакций в отношении кредитования ценными бумагами⁵¹ (напр. РЕПО-сделки, ломбардные операции и другие залоговые операции, за исключением сделок с Центральными Банками), который предусматривает обязанность контрагентов оповещать о совершенных сделках соответствующий реестр транзакций. Более того, управляющие инвестиционными фондами должны будут докладывать вкладчикам о совершенных сделках кредитования ценными бумагами. Это даст возможность надзорным инстанциям и вкладчикам лучше понять связанные с данными транзакциями риски, вовремя их заметить и определить их объем.

⁵⁰ Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen – Zusammenfassung der Folgenabschätzung, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist, http://ec.europa.eu/finance/consultations/2015/prospectus-directive/index_de.htm.

⁵¹ Verordnung über die Meldung und Transparenz von Wertpapierfinanzierungsgeschäften und die Weiterverwendung der Sicherheiten; Kommission, Pressemitteilung: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5930_de.htm.

8. Инвестиционные фонды

Отрасль капиталовложений в инвестиционные фонды в 2013 году настолько обособилась, что стало принято отдельно говорить о праве рынков капитала и об инвестиционном праве. Поэтому развитие законодательства, касающегося инвестиционных фондов, рассматривается в данном изложении тоже отдельно.

а. Закон об инвестиционных компаниях (1957 г.), Закон о зарубежных инвестициях (1998 г.)

Первые немецкие фонды возникли во второй половине 20-ого века. В 1949 г. компания Allgemeine Deutsche Investment GmbH разместила первый в Германии фонд взаимных инвестиций. Возможность же закрепиться фондам на рынке капиталов предоставил введенный в 1957 г. Закон об инвестиционных компаниях⁵², так как содержал правила по защите вкладчиков. Растущая популярность таких капиталовложений в 60-ые годы подтолкнула законодателя к созданию Закона о зарубежных инвестициях⁵³, который регулировал деятельность зарубежных инвестиционных компаний в отношении торговли паями, а также содержал правила налогообложения прибыли с этих сделок. Следующий шаг в эволюции инвестиционного права наблюдается в 2004 г. с момента вступления в силу Закона о модернизации правовой базы фондовых инвестиций⁵⁴, который внес поправки в существующий Закон об инвестиционных компаниях и Закон о зарубежных инвестициях, а также объединил их в один - Закон об инвестиционной деятельности⁵⁵. Он служил правовой базой вплоть до 2013 г., и был многократно усовершенствован в отношении надзора над участниками рынка, в отношении конкурентоспособности инвестиционных компаний на фоне глобализации и в целях укрепления охраны интересов вкладчиков.

б. UCITS-Директива

Параллельно к национальному германскому законодательству рынка фондовых инвестиций формировалось европейское регулирование данного сектора. В декабре 1985 г. была принята Директива в отношении инвестиционных фондов открытого типа, т.н. фонды взаимных инвестиций, которые инвестируют в ценные бумаги⁵⁶, известная как *OGAW-Richtlinie* (нем.) или *UCITS-Directive* (англ.). Также были установлены правила в отношении самих инвестиционных компаний, которые размещали на рынке данные фонды. Задачей данной директивы было, в первую очередь, установление

⁵² Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften vom 16.04.1957.

⁵³ Auslandsinvestment-Gesetz vom 09.09.1998.

⁵⁴ Investmentmodernisierungsgesetz vom 01.01.2004.

⁵⁵ Investmentgesetz vom 15.12.2003.

⁵⁶ Richtlinie 85/611/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW); по англ. сокращенно UCITS Directive.

единых минимальных требований в отношении охраны интересов вкладчиков, а также в отношении конкурентоспособности инвестиционных фондов в странах ЕС. В рамках данного законодательного акта был введен т.н. «европейский паспорт» (Europäischer Pass) для инвестиционных фондов, при помощи которого фонды допускались к торговле в любой из стран Евросоюза, если они одобрены надзорной инстанцией той страны ЕС, в которой зарегистрирована инвестиционная компания.

UCITS-Директива распространяется на фонды, которые соответствуют следующим критериям:

- a) В данном нормативном акте речь идет о коллективных инвестициях, единственной сутью которых является аккумуляция сбережений частных и юридических лиц для совместного инвестирования через покупку ценных бумаг.
- b) При этом должен использоваться подход диверсификации рисков.
- c) Такого рода фонды организуются в форме инвестиционных компаний (нем.) или трастов (англ.). Директива не распространяется на компании холдингового типа.
- d) Регулирование Директивы не распространяется на специализированные фонды, которые, как правило, создаются для институциональных инвесторов и не распространяется на фонды, которые не попадают под определение коллективных инвестиций в понимании Директивы (например, фонды, инвестирующие в недвижимость, гидроэнергию, сельское хозяйство и т.д.).
- e) По правилам Директивы вкладчики должны иметь право по востребованию вернуть паи назад в счет фонда и получить за них возмещение.
- f) Фонды, в понимании директивы, должны быть одобрены национальной надзорной инстанцией в стране ЕС, в которой зарегистрирована инвестиционная компания.

Страны ЕС имплементировали директиву в национальное законодательство. В Германии ее нормы ввели в 1990 г. в действующие на то время Закон об инвестиционных компаниях и Закон о зарубежных инвестициях.

Уже в марте 1988 г. в *UCITS*-директиву на европейском уровне были внесены первые поправки.⁵⁷ Они касались повышения границ инвестирования в облигации частных эмитентов (например, ипотечные облигации). Фондам теперь разрешалось инвестировать не 10%, а 25% средств в такого рода ценные бумаги, если они были размещены поднадзорными кредитными организациями с соблюдением требуемого законом принципа обеспечения.

⁵⁷ Richtlinie 88/220/EWG des Rates vom 22. März 1988 zur Änderung der Richtlinie 85/611/EWG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) in Bezug auf die Anlagepolitik bestimmter OGAW.

Вторичное изменение в *UCITS*-Директиве было внесено в июне 1995 г. посредством Директивы об усиленном контроле за инвестиционными компаниями.⁵⁸

В июле 2011 г. в Германии вступил в силу закон, имплементирующий очередную новеллу⁵⁹ европейской *UCITS*-Директивы, суть которой заключалась во введении «европейского паспорта» для инвестиционных фондов, разрешение т.н. *Master-Feeder*-фондов. Это структура, при которой инвестиционные фонды вкладывают основную часть своих средств в другие инвестиционные фонды. Такого рода фонды дают возможность сократить расходы инвестиционным компаниям и вкладчикам, объединяя под одной крышей множество фондов с аналогичными инвестиционными стратегиями. *Feeder*-фонд инвестирует в *Master*-фонд. Последний, в свою очередь, инвестирует в ценные бумаги, вклады до востребования, деривативные инструменты, ценные бумаги денежного рынка и в другие инвестиционные фонды. Также были изменены правила слияния фондов, зарегистрированных в разных странах ЕС, и введена обязанность для инвестиционных компаний открывать информацию вкладчикам в виде стандартизированного документа в несколько страниц, содержащего основную и существенную информацию о допущенном к торговле фонде, т.н. *KID - Key Investor Information*. Этот документ был призван заменить существующие до того времени упрощенные проспекты, которые от страны к стране сильно отличались между собой и были неясно написаны для вкладчиков. Центральными элементами короткой и ключевой информации являются следующие данные:

- Конкретные данные об идентификации фонда (например, номер *ISIN - International Securities Identification Number*, полное название фонда и др.)
- Короткое описание целей вкладов, инвестиционная политика
- Профиль риска, связанного с инвестицией в данный фонд
- Форма прибыли
- Расходы вкладчика, связанные с фондом (за исключением цены за купленные паи)
- Развитие стоимости фонда за последние 5-10 лет
- Разные сценарии развития фонда и другая практическая информация

На этот раз измененная директива (*UCITS IV*) была имплементирована в Германии уже в действующий на тот момент Закон об инвестиционной деятельности, который был отменен в 2013 г. принятым Законом о капиталовложениях⁶⁰. Он же включил в

⁵⁸ Richtlinie 95/26/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 1995 zur Änderung der Richtlinien 77/780/EWG und 89/646/EWG betreffend Kreditinstitute, der Richtlinien 73/239/EWG und 92/49/EWG betreffend Schadenversicherungen, der Richtlinien 79/267/EWG und 92/96/EWG betreffend Lebensversicherungen, der Richtlinie 93/22/EWG betreffend Wertpapierfirmen sowie der Richtlinie 85/611/EWG betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) zwecks verstärkter Beaufsichtigung dieser Finanzunternehmen.

⁵⁹ Richtlinie 2009/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 (OGAW-IV).

⁶⁰ Kapitalanlagegesetzbuch, текст на немецком языке: <http://www.gesetze-im-internet.de/kagb/>.

себя принятую на европейском уровне Директиву об управлении альтернативными инвестиционными фондами⁶¹.

с. Директива об управлении альтернативными инвестиционными фондами и Закон о капиталовложениях

Закон о капиталовложениях регулирует в итоге фонды открытого типа в виде коллективных инвестиций, а также фонды закрытого типа, специализированные фонды и альтернативные инвестиционные фонды, образуя, таким образом, единый свод правил в отношении инвестиционных фондов и инвестиционных компаний.

Уже через год ЕС внес очередные поправки в отношении коллективных инвестиций в форме фонда открытого типа.⁶² Они касались деятельности депозитариев, их ответственности в случаях хранения ценных бумаг и утери подключенным «суб-кастодианом». Если депозитарий подключает «суб-кастодиана» к деятельности, связанной с хранением ценных бумаг, находящихся в портфеле фонда, то он больше не имеет права исключить в договоре с ним свою ответственность на случай утери ценных бумаг «суб-кастодианом». Помимо этого, новые поправки в директиве внесли дополнительные правила раскрытия информации вкладчикам относительно заработанных сотрудниками инвестиционной компании премий.

Данное развитие на рынке фондовых инвестиций имело целью сделать этот сектор для вкладчиков более привлекательным, стабильным и безопасным в отношении вкладов.

Об авторе: Виктория Грошева, LL.M.



Автор очерка работает в юридическом отделе Коммерцбанка во Франкфурте-на-Майне в сфере инвестиционного права. Виктория Грошева является выпускницей Университета прикладных наук в г. Висбаден. (бакалавр; специализация «аудит и

⁶¹ Richtlinie 2011/61/EU vom 8. Juni 2011 über die Verwalter alternativer Investmentfonds und zur Änderung der Richtlinien 2003/41/EG und 2009/65/EG und der Verordnungen (EG) Nr. 1060/2009 und (EU) Nr. 1095/2010.

⁶² Richtlinie 2014/91/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 zur Änderung der Richtlinie 2009/65/EG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) im Hinblick auf die Aufgaben der Verwahrstelle, die Vergütungspolitik und Sanktionen.

налоговое право»), а также выпускницей Московского Государственного Юридического Университета им. О.Е. Кутафина (магистр; специализация «банковское право»).

Viktoria Groschewa ist in der Rechtsabteilung der Commerzbank AG in Frankfurt am Main tätig und befasst sich mit dem Investmentrecht. Sie absolvierte die RheinMain Hochschule in Wiesbaden als Bachelor of Laws mit dem Schwerpunkt auf Wirtschaftsprüfung und Steuerlehre. Ihr Master-Abschluss mit dem Schwerpunkt auf Bankrecht erlangte sie an der Moskauer Staatlichen Juristischen O.E. Kutafin Akademie (Universität).

Электронная почта: viktoria.groschewa@commerzbank.com

РАЗДЕЛ 4.

УГОЛОВНОЕ ПРАВО И УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС

Антикоррупционное законодательство в Германии и России
(*Павел Головненков / Татьяна Понятовская*), с. [314](#)

Правовое регулирование вопросов уголовной юрисдикции в киберпространстве
(*Светлана Парамонова*), с. [352](#)

Антикоррупционное законодательство в Германии и России

Antikorruptionsgesetzgebung in Deutschland und Russland

*Павел Головненков (RA Dr. iur. Pavel Golovnenkov),
доктор права, ассессор права,
адвокат (г. Берлин)*

*Татьяна Понятовская (Prof. Tatiana Ponyatovskaya),
доктор юридических наук, профессор,
Московский государственный юридический
университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА) (г. Москва)*

Zusammenfassung: Die Bekämpfung, vor allem aber die Vorbeugung der Korruption (Bestechlichkeit, Vorteilsannahme) im öffentlichen und im wirtschaftlichen Bereich stellen eine der wichtigsten Herausforderungen für eine moderne Gesellschaft dar. Dies betrifft sowohl den gesellschaftlichen Umgang mit den Erscheinungsformen der Korruption und die Schaffung eines rechtlichen Rahmens zur Korruptionsvorbeugung (Prävention), als auch die rechtliche Reaktion des Staates auf die - in diesen Erscheinungsformen liegenden - Missstände (Repression). Die Gründe dafür sind ausgesprochen vielfältig, denn dieses Problem trifft gleichermaßen Wirtschaft, Verwaltung und Gesellschaft. Im öffentlichen Bereich, d.h. im parlamentarischen Bereich und im Verhältnis Staat-Bürger bewirkt die Korruption einen enormen Vertrauensverlust der Gesellschaft in die reibungslose Funktionsfähigkeit und vor allem in die faire Ausgestaltung der Tätigkeit der Volksvertretung und der Staatsverwaltung. Im wirtschaftlichen Bereich verfälscht die Korruption den freien Wettbewerb und bewirkt somit erheblichen volkswirtschaftlichen Schaden. Der Beitrag beschäftigt sich mit den Maßnahmen zur Korruptionsbekämpfung aus deutscher und russischer Sicht.

I. Правовое положение в Германии (Павел Головненков)

1. Введение

Борьба с коррупцией и, прежде всего, предотвращение коррупции (т.е. дачи и получения взятки или неправомерной выгоды) в публичном секторе и в сфере экономической деятельности представляют собой одну из наиболее сложных задач,

стоящих перед современным обществом¹. Это касается как проблем восприятия в обществе отдельных коррупционных проявлений и отношения граждан к ним², а также создания правовых рамок для предупреждения коррупции (превенция), так и правовой реакции государства на заложенные в этих коррупционных проявлениях правонарушения (репрессия). Сложность решения этой задачи заключается в многосторонности проблемы, поскольку коррупция с одинаковой степенью опасности может проявляться в любой сфере общественной жизни, т.е. затрагивать как экономику, так и сферу государственного управления и общество в целом. В публичном секторе, т.е. в законодательных (парламентских) органах и в отношениях государства с гражданином, следствием коррупции является колоссальная потеря доверия в безупречную работоспособность и, в первую очередь, в справедливую организацию работы народного представительства и государственного управления. В сфере экономической деятельности коррупция фальсифицирует и подрывает свободную конкуренцию и причиняет, таким образом, значительный ущерб национальной экономике³.

Однако действенная борьба с проявлениями коррупции в публичном и экономическом секторе и, что наиболее важно, разработка эффективных стратегий, направленных на предупреждение коррупционной деятельности, не могут быть направлены «исключительно» на внутригосударственный, национальный уровень и концентрироваться лишь на нем. Необратимые процессы глобализации в экономической сфере ведут к тому, что и значимое в уголовно-правовом смысле,

¹ Так, в рамках опроса „*Navigating today's complex business risks*“, проведённого аудиторской и консалтинговой компанией „*Ernst & Young*“, в котором участвовало 3.500 служащих из 36 стран мира, выяснилось, что 57% опрошенных считают, что коррупция и подкуп являются абсолютно нормальными и повседневными явлениями в их странах. Подробно:

[http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Navigating_todays_complex_business_risks/\\$FILE/Navigating_to_days_complex_business_risks.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Navigating_todays_complex_business_risks/$FILE/Navigating_to_days_complex_business_risks.pdf)

² В отношении восприятия коррупции в общественном мнении см.: напр., 8-е издание «Всемирного барометра коррупции» от 09.07.2013 г. (<https://transparency.org.ru/research/barometr-mirovoy-korruptsii/>). В ходе этого исследования, проведённого по поручению Трансперенси Интернешнл (*Transparency International*) было опрошено более 114.000 участников из 107 стран мира на тему, какие, по их мнению, организации наиболее подвержены коррупции и как участники оценивают успех деятельности правительств в борьбе против коррупции. Результаты показывают, что во всем мире коррупция остаётся серьёзной проблемой. Так, более чем половина участников исследования исходит из того, что за последние два года коррупционная деятельность приняла более широкие масштабы, особенно в политических партиях, а в Германии сразу вслед за ними была названа частная экономика. Усилия правительства по преодолению коррупции были оценены 54% опрошенных как не эффективные. Подробно см.: Newsletter III/2013 (www.business-keeper.com/de/wissen/bk-newsletter.html).

³ По данным Федерального ведомства криминальной полиции ФРГ в 2015 году в Германии правоохранительными органами был зарегистрирован общий ущерб, нанесённый коррупционной деятельностью, на сумму около 222 миллионов евро. В 2014 году ущерб составлял 358 миллионов евро. См.: Bundeskriminalamt (BKA), *Korruption Bundeslagebild 2015*, Wiesbaden 2016, S. 8; (www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/Lagebilder/Korruption/korruption_node.html).

По данным аудиторской и консалтинговой компании „*PricewaterhouseCoopers (PwC)*“, которая провела исследование «Экономическая преступность: транспорт и логистика», только на предприятиях в сфере транспорта и логистики в период с 2009 года по 2011 год коррупционной деятельностью и соглашениями, нарушающими законодательство о свободной конкуренции, был причинён материальный ущерб в среднем на сумму около одного миллиона евро в расчёте на одно предприятие. Подробно см.: <http://www.pwc.de/de/transport-und-logistik/wirtschaftskriminalitaet-korruption-und-kartelle-machen-der-transport-und-logistikbranche-zu-schaffen.jhtml>.

делинквентное поведение не останавливается на государственной границе, а, не признавая её, действует глобально, угрожая при этом не только доверию международной общественности в прозрачность работы публичных структур, но и нанося ощутимый ущерб мировой экономике и международно-экономическим отношениям.

Для действенной борьбы с транснациональной коррупцией необходимо, наряду с действующими *ultima ratio* репрессивными инструментами уголовного права⁴, принятие супранациональной стратегии, служащей превентивным целям, обеспечивающей эффективное международное сотрудничество всех национальных государственных антикоррупционных органов и структур, а также по форме и содержанию имеющей обязывающий императивный характер.

2. Превентивные стратегии по предотвращению коррупции

а) Супранациональные стратегии по предупреждению коррупции

В последние десятилетия на уровне Совета Европы, Европейского Союза и Организации Объединённых Наций было принято несколько международных соглашений, касающихся противодействия и предупреждения коррупции⁵. В отношении предупредительных международных антикоррупционных действий особенно важным документом представляется Конвенция ООН против коррупции (*United Nations Convention against Corruption - UNCAC*)⁶, принятая Генеральной Ассамблеей ООН 31 октября 2003 года. Основными целями и задачами настоящей Конвенции являются:

- содействие принятию и укреплению мер, направленных на более эффективное и действенное предупреждение коррупции и борьбу с ней;
- поощрение, облегчение и поддержка международного сотрудничества и технической помощи в предупреждении коррупции и борьбе с ней, в том числе принятии мер по возвращению активов;

⁴ Подробно: *Hellmann*, Korruptionsbekämpfung und -prävention in der öffentlichen Verwaltung, Schriftenreihe der Landesakademie für öffentliche Verwaltung Brandenburg, Heft 9, Neu Fahrland 2005, S. 8 ff.

⁵ См. в особенности: Конвенция Европейского Союза о противодействии взяточничеству, в котором задействованы должностные лица Европейских Сообществ или Европейского Союза от 26.05.1997 (ABl. 1997, C 195), ратифицированная в Германии в соответствии с EUBestBekämpfungÜbkG от 21.10.2002 (BGBl. 2002 II S. 2727), см. также EU-Bestechungsgesetz от 10.09.1998 (EU-BestG; BGBl. 1998 II S. 2340), Конвенция Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) по борьбе с подкупом иностранных должностных лиц при осуществлении международных коммерческих сделок от 17.12.1997, ратифицированная в Германии в соответствии с Законом о противодействии международному взяточничеству от 10.09.1998 (IntBestG; BGBl. 1998 II S. 2327); Конвенция Совета Европы об уголовной ответственности за коррупцию от 27.01.1999 (ETS Nr. 173) и Дополнительный протокол к этой Конвенции от 15.05.2003 (ETS Nr. 191); Рамочное постановление Совета 2003/568/JI от 22.07.2003 о противодействии подкупу в частном секторе (ABl. L 192 C. 54).

⁶ General Assembly resolution 58/4 of 31 October 2003.

(www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf).

Текст Конвенции ООН против коррупции на немецком языке (Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption): www.un.org/depts/german/uebereinkommen/ar58004-oebgbl.pdf.

- поощрение честности и неподкупности, ответственности, а также надлежащего управления публичными делами и публичным имуществом.

В качестве конкретных предупредительных антикоррупционных мер во всех государствах-участниках Конвенция называет (кроме прочего) необходимость создания кодексов поведения публичных должностных лиц⁷, принятие мер, обеспечивающих независимость органов юстиции, создание объективных критериев для приёма на работу и продвижения по службе публичных должностных лиц и для процедуры организации публичных закупок, а также поощрение прозрачности и публичной отчётности в отношении управления публичными финансами и усилению стандартов бухгалтерского учёта и аудита в частном секторе. Особенно важным в данной связи представляется выраженное в Конвенции требование о неприменном привлечении гражданского общества к осуществлению контроля за проведением предупредительных антикоррупционных мер. Кроме того, существенное внимание Конвенция справедливо уделяет необходимости создания нормативной базы для сотрудничества национальных государственных антикоррупционных органов между собой и в отношении с частным сектором, а также системы международного сотрудничества правоохранительных органов для оказания друг другу содействия в расследовании и производстве по гражданско-правовым и административным вопросам, связанным с коррупцией.

9 декабря 2003 года Федеративная Республика Германия подписала Конвенцию ООН против коррупции, однако долгое время её ратификация и соответственно необходимые шаги в проведении реформ в области уголовно-правового регулирования ответственности за подкуп депутатов, а также в области регулирования нормативной базы, касающейся пожертвований политическим партиям и партийного спонсоринга, предприняты не были. Причиной отказа от ратификации являлось отсутствие политического консенсуса в этом вопросе, хотя за последние годы в Бундестаг (Bundestag)⁸ был представлен целый ряд законопроектов, предусматривающих изменения к § 108e Уголовного уложения ФРГ⁹, соответствующие требованиям Конвенции ООН против коррупции¹⁰. Лишь 12 ноября 2014 года Конвенция была ратифицирована и вступила в действие в Германии с 12 декабря 2014 года.¹¹

б) Превентивные меры и стратегии по предотвращению коррупции в области гражданского (корпоративного) права

В последние десятилетия в Германии был принят целый ряд норм гражданского (корпоративного) права, призванных обеспечить усиление борьбы на предприятиях с экономическими преступными деяниями в целом и с коррупцией в частности. В

⁷ См. напр.: Международный кодекс поведения государственных должностных лиц, содержащийся в приложении к резолюции 51/59 Генеральной Ассамблеи ООН от 12 декабря 1996 года.

⁸ Федеральный парламент ФРГ.

⁹ См.: Головневков П.В., Уголовное уложение (Уголовный кодекс) Федеративной Республики Германия - Strafgesetzbuch (StGB) - Научно-практический комментарий и перевод текста закона. 2-е изд. М. 2012.

¹⁰ См.: BT-Drs. 16/6558 от 04.10.2007; 16/8979 от 25.04.2008; 17/1412 от 21.04.2010; 17/5933 от 25.05.2011, 17/8613 от 08.02.2012.

¹¹ BGBl. 2015 II S. 140.

первую очередь следует упомянуть «Закон о контроле и прозрачности в области предпринимательской деятельности» от 27 апреля 1998 года¹², представляющий собой реакцию немецкого законодателя на увеличение количества банкротств предприятий, а также случаев мошенничества и коррупции на крупных предприятиях. Учитывая эти правонарушения, в обществе усилились требования о создании прозрачных и надёжных управленческих и контрольных структур, а также действенной системы раннего распознавания риска на немецких предприятиях. Исполнению этой корпоративно-правовой обязанности служит т.н. «менеджмент риска» (Risikomanagement), который должен, в частности, позволить распознавать и предотвращать коррупцию и прочие экономические преступные деяния на предприятии, а также смягчать их последствия.

Предупреждению коррупции служат также законы, касающиеся прозрачности оплаты труда руководящих работников на предприятии и бонификации их деятельности. Так, «Закон об открытии информации о размерах доходов правления» от 3 августа 2005 года¹³ ввёл принципиальную обязанность детального отражения размеров дохода членов правления акционерного общества, хотя общее собрание акционеров вправе своим решением отказаться от индивидуализации этих данных. В качестве реакции на нарушения, приведшие к финансовому кризису, «Законом о соразмерности оплаты правления» от 31 июля 2009 года¹⁴ были введены правила, касающиеся вознаграждений членам правления акционерного общества, в частности, касающиеся соразмерности бонификации и ориентации на долгосрочный экономический успех предприятия.

В 2002 году вступил в силу (на сегодняшний день познавший многократные изменения и дополнения) «Немецкий кодекс этики корпоративного управления»¹⁵, который также служит обеспечению прозрачности в экономических структурах и содержит правила, призванные противостоять криминальным экономическим тенденциям на предприятии. Основной целью Кодекса является улучшение качества корпоративного управления на немецких предприятиях. В глобальном плане Кодекс призван способствовать укреплению прозрачности и доступности для общественности системы корпоративного управления, что должно служить укреплению доверия вкладчиков, сотрудников предприятия и общественности в целом в добросовестное управление и действенный контроль на немецких предприятиях. Хотя Кодекс не является законом, содержащим императивные положения, он закрепляет комплекс правил (рекомендаций [*Empfehlungen*] и предложений [*Anregungen*]), предусматривающих добровольное подчинение. При этом Кодекс не исключает, что несоблюдение определённых рекомендаций может быть обосновано интересами самого предприятия или спецификой отрасли, в которой данное предприятие осуществляет свою деятельность. На этот случай в Кодексе закреплена обязанность ежегодного

¹² Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG), BGBl. 1998 I S. 768.

¹³ Gesetz über die Offenlegung der Vorstandsvergütung (Vorstandsvergütungs-Offenlegungsgesetz – VorstOG), BGBl 2005 I S. 2267.

¹⁴ Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), BGBl 2009 I S. 2509.

¹⁵ Deutscher Corporate Governance Kodex (DCGK) в редакции от 05.05.2015 (www.dcgk.de/de/kodex.html).

представления отчёта о том, какие рекомендации применены не были.¹⁶ В отношении отклонения от предложений, закреплённых в Кодексе, обоснования не требуется.

Таким образом, возможность обоснованного неприменения определённых рекомендаций обеспечивает гибкость и действенность устава предприятия, основанного на принципе самоуправления. При этом следует учесть, что, несмотря на рекомендательный характер, система регулирования Немецкого кодекса этики корпоративного управления и обязанность детального обоснования отклонений от рекомендаций оказывают весьма ощутимое давление на руководство предприятия добровольно подчиняться этическим корпоративным принципам, поскольку участники рынка капиталовложений крайне заинтересованы в открытости и добросовестности экономических отношений, а высокие стандарты прозрачности являются одним из наиважнейших факторов для привлечения новых инвесторов или получения кредитов.

В силу экономической и правовой необходимости следовать предписаниям Немецкого кодекса этики корпоративного управления, а также во избежание уголовной и административной ответственности руководства предприятия за нарушение контрольных обязанностей на большинстве крупных немецких предприятий созданы т.н. отделы *Compliance* (на мелких и средних предприятиях действуют сотрудники по надзору за соблюдением законодательства, т.н. *Compliance Officer*)¹⁷, призванные контролировать соблюдение правил этики корпоративного управления, директив и законов¹⁸. Тем не менее, сомнительным представляется, насколько лишь сам факт создания на предприятии отдела *Compliance* свидетельствует о желании руководства предприятия следовать установленным правилам прозрачности и добросовестности. Так, ещё совсем недавно крупное немецкое предприятие «Сименс» („*Siemens*“) публично гарантировало этически корректное поведение на предприятии и всесторонне поддерживало Трансперенси Интернешнл (*Transparency International*) в его борьбе против коррупции.¹⁹ Однако это не помешало менеджерам предприятия создавать и содержать целую систему тайных счетов²⁰, средства на которых были предназначены и отчасти использованы для дачи взяток и коммерческого подкупа за получение заказов, особенно за границей.²¹

¹⁶ „*Comply or explain*“, см. Präambel DCGK.

¹⁷ Подробно об уголовной ответственности *Compliance Officer* см.: Хелльманн У. // Материалы второго совместного российско-германского круглого стола «Преступления в сфере экономики: российский и европейский опыт». М. 2011. С. 161-169.

¹⁸ Законодательно предусмотрена обязанность введения функции *Compliance* только на предприятиях, оказывающих услуги на рынке ценных бумаг (§ 33 абз. 1 предл. 2 № 1 Закона о торговле ценными бумагами – Gesetz über den Wertpapierhandel – WpHG, BGBl 1998 I S. 2708). В соответствии с § 12 (абз. 4 предл. 1) Положения о конкретизации правил поведения и организационных требований в области оказания услуг на рынке ценных бумаг от 20.07.2007 (Verordnung zur Konkretisierung der Verhaltensregeln und Organisationsanforderungen für Wertpapierdienstleistungsunternehmen, WpDVerOV, BGBl. 2007 I S. 1432, последнее изменение внесено ст. 12 Закона от 20.11.2015 г., BGBl. 2015 I S. 2029) обязанность исполнения данного предписания возлагается на уполномоченного представителя *Compliance*.

¹⁹ См.: www.transparency.de/Trennung-von-Siemens.1012.0.html.

²⁰ Подробно об уголовной ответственности за создание «тайных счетов» см: Saam, HRRS 2015, 345 mwN.

²¹ Подробно: www.welt.de/wirtschaft/article2035729/Der-Herr-der-schwarzen-Kassen-packt-aus.html; Schmid/Schulze, in: Schmid (Hrsg), Strategien der Internationalisierung, 3.Aufl., 2013, S. 203 ff.

В заключение следует упомянуть также инициативы частного-экономического сектора, направленные на предотвращение экономических преступлений, что в особенности касается коррупции в экономической и публичной сферах. Так, берлинским акционерным обществом «Бизнес Кипер» („*Business Keeper AG*“) была создана уникальная в своём роде электронная мониторинговая система, т.е. специальная коммуникационная платформа в интернете, служащая приёму сигналов из экономических структур, администрации или от граждан для передачи их в соответствующие отделы *Compliance*, уполномоченным антикоррупционным или ревизионным отделам и т.д. с целью своевременного (как можно более раннего) распознавания правонарушений и связанных с ними рисков на конкретном предприятии. При этом речь может идти о любом экономическом делинквентном поведении или поступке (в том числе о коррупции), своевременное сообщение о котором посредством разъяснения и принятия необходимых реорганизационных мер может уберечь предприятие или орган государственного управления от непомерного ущерба. В 2013 году система фирмы «Бизнес Кипер» прошла проверку и сертификацию в органах Европейского Союза. В ходе проверки было установлено, что мониторинговая система не только удовлетворяет все (весьма жёсткие) европейские требования, но и соответствует немецким положениям о защите личных данных. Поэтому система была сертифицирована Европейским знаком конфиденциальности.²²

3. Антикоррупционное уголовное законодательство

В немецком уголовном праве само понятие коррупции не является «*terminus technicus*»²³, а представляет собой криминологический феномен, проявляющийся в злоупотреблении служебным положением в государственных, публичных или экономических структурах с целью получения неправомерной выгоды за оказание другому лицу определённых услуг, связанных с профессиональной деятельностью коррупционера (например, неправомерное оказание преимущества другому лицу перед конкурентами, нарушение своих служебных обязанностей или просто их выполнение)²⁴. Подобные действия не только наносят ощутимый ущерб экономике, но и подрывают доверие граждан в справедливое функционирование государственных, публичных и экономических структур. Поэтому противодействие этому феномену является одной из наиважнейших общественно-политических задач современности.

Уголовное уложение ФРГ содержит несколько составов, призванных противодействовать коррупции средствами уголовного права. Речь идёт о должностных коррупционных преступлениях (*Amtsbestechung*, §§ 331 – 335a УУ ФРГ), подкупе депутата (*Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern*, § 108e StGB),

²² Мониторинг и повторная сертификация 13.08.2015г. Подробно: www.european-privacy-seal.eu/EPS-en/Business-Keeper.

²³ *Hellmann/Beckemper*, *Wirtschaftsstrafrecht*, 4. Aufl. 2013, Rn. 759.

²⁴ В обосновании к Закону о противодействии коррупции от 13.08.1997 (BGBl. 1997 I S. 2038) данное понятие определяется как «противоправное взаимодействие должностных лиц и ответственных представителей экономических структур, обоснованное предосудительным стремлением к получению неправомерной выгоды», BT-Drs. 13/3353, S. 8.

коммерческом подкупе (*Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr*, § 299 УУ ФРГ), а также о получении и даче взятки в сфере здравоохранения (*Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen*, §§ 299а и след. УУ ФРГ).

а) Должностные коррупционные преступления

Уголовное право Германии предусматривает ответственность за мздоимство (получение²⁵ и предоставление²⁶ выгоды, §§ 331, 333 УУ ФРГ) и взяточничество (получение²⁷ и дача²⁸ взятки, §§ 332, 334 УУ ФРГ). Все эти деликты являются специальными, поскольку они в случае §§ 331, 332 УУ ФРГ адресованы специальному субъекту преступления, а в §§ 333, 334 – предусматривают специальный объект.²⁹

В соответствии с §§ 331, 332 УУ ФРГ уголовной ответственности за определённые коррупционные действия подлежит должностное лицо³⁰ (§ 11 абз. 1 № 2 УУ ФРГ), европейское должностное лицо³¹ (§ 11 абз. 1 № 2а УУ ФРГ)³², а также лицо, принявшее на себя специальные обязанности, связанные с государственной службой³³ (§ 11 абз. 1 № 4 УУ ФРГ). Имплементируя в национальное уголовное право европейские и международные требования³⁴, § 335а УУ ФРГ³⁵ расширил круг субъектов (объектов) коррупционных деликтов, приравняв к должностному лицу служащих иностранного государства или международной организации, а также лиц, уполномоченных выполнять публичные обязанности в пользу иностранного государства или международной организации. Соответствующие положения действуют также в отношении иностранных (международных) судей и военнослужащих.

Инкриминированным действием взяточничества является требование получения выгоды для себя или третьего лица, получение соответствующего обещания или принятие этой выгоды в качестве встречного обязательства за то, что должностное лицо (или приравнённый ему субъект) совершил или совершит в будущем служебное действие и тем самым нарушил или нарушит свои служебные обязанности. Зеркально сформулированный состав дачи взятки предусматривает уголовную ответственность соответственно за предложение, обещание или предоставление должностному лицу этой выгоды. Решающим для состава взяточничества является т.н. неправомерный

²⁵ Нем.: *Vorteilsannahme*.

²⁶ Нем.: *Vorteilsgewährung*.

²⁷ Нем.: *Bestechlichkeit*.

²⁸ Нем.: *Bestechung*.

²⁹ *Hellmann/Beckemper*, *Wirtschaftsstrafrecht*, 4. Aufl. 2013, Rn. 781,

³⁰ Нем.: *Amtsträger*.

³¹ Нем.: *Europäischer Amtsträger*.

³² Данное расширение круга специального субъекта §§ 331, 332 УУ ФРГ (специального объекта в §§ 333, 334 УУ ФРГ) введено Законом о борьбе с коррупцией от 26.11.2015 (BGBl. 2015 I S. 2025).

³³ Нем.: *Für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter*.

³⁴ BT-Drs. 18/4350, S. 12 f. Подробно: *Dann*, NJW 2016, 203, 206.

³⁵ Введён в Уголовное уложение Законом о борьбе с коррупцией, вступившим в силу 26 ноября 2015 года (BGBl. 2015 I S. 2025).

сговор (Unrechtsvereinbarung)³⁶ о конкретном, нарушающем служебные обязанности действии должностного лица.³⁷

В соответствии с § 332 (абз. 3) УУ ФРГ уголовно наказуемый неправомерный сговор о конкретном, нарушающем должностные обязанности действии должностного лица имеет место уже в том случае, если должностное лицо по отношению к взяткодателю выявило свою готовность при совершении деяния нарушить свои обязанности. Поскольку, таким образом, деяние окончено по заключении неправомерного сговора,³⁸ для выполнения состава не имеет значения, если должностное лицо не выполнило (не могло выполнить или в тайне вообще не собиралось выполнять) неправомерное действие, являвшееся предметом сговора.³⁹

Предметом мздоимства (§ 331 УУ ФРГ) является требование должностным лицом получения выгоды, получение соответствующего обещания или принятие выгоды за исполнение своих служебных обязанностей. Зеркально сформулированный состав предоставления выгоды (§ 333 УУ ФРГ) предусматривает уголовную ответственность соответственно за предложение, обещание или предоставление должностному лицу этой выгоды. В отличие от взяточничества, состав мздоимства не требует, чтобы исполнитель получал и т.д. выгоду в качестве встречного обязательства за совершение конкретного служебного действия.⁴⁰ Поэтому достаточной (но и обязательной) является лишь связь между выгодой и исполнением служебных обязанностей.⁴¹ Так, если «презент» преподносится для поддержки добрых отношений с должностным лицом, для обеспечения хорошего климата в деловых отношениях с ним и пр., – налицо требуемая связь и нет необходимости в конкретизации определённого служебного действия.⁴²

б) Подкуп депутата

Состав подкупа депутата в положениях § 108e УУ ФРГ был кардинально реформирован в 2014 году с целью исключения существовавших в старой редакции значительных пробелов наказуемости, подвергшихся многосторонней критике в литературе⁴³ и правоприменительной практике⁴⁴, а также с целью приведения

³⁶ Подробно с дальнейшими ссылками см.: *Dannecker*, in: NK StGB, § 299 Rn. 42 mwN.

³⁷ Подробно с дальнейшими ссылками: *Hellmann/Beckemper*, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2013, Rn. 796 mwN.

³⁸ BGHSt 15, 239, 249.

³⁹ BGH NSStZ-RR 2008, 13, 14.

⁴⁰ См. BGH wistra 1999, 224.

⁴¹ BGH NJW 2004, 3507 ff.

⁴² См. BGH NJW 2004, 3573, 3575, wistra 2000, 97, LG Wuppertal, NJW 2003, 1405, *Heine*, in: Schönke/Schröder, StGB 29. Aufl. 2014, § 331 Rn. 7 mwN.

⁴³ О проблемах правового регулирования в старой редакции § 108e УУ ФРГ подробно: *Francuski*, HRRS 2014, 220, 222 ff.; *Хелльманн* // Материалы пятого совместного российско-германского круглого стола «Преступления в сфере экономики: российский и европейский опыт». М. 2014. С. 5-13.

⁴⁴ См.: BGHSt. 51, 44, 45 ff. В данном решении Федеральный Верховный суд ФРГ постановил, что депутат не является должностным лицом в контексте § 11 (абз. 1 № 2 Lit. b или c) УУ ФРГ. Таким образом, в отношении депутата применение должностных коррупционных деликтов (§§ 331 и след. УУ ФРГ) исключено.

антикоррупционного уголовного законодательства по преодолению коррупции в сфере народного представительства в соответствии с требованиями международных соглашений против коррупции, о которых шла речь выше.⁴⁵ Технически наименование деликта было изменено на «Получение и дачу взятки в отношении обладателя депутатских полномочий» (*Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern*), что, по сути, несколько казуистически описывает подкуп депутата в широком понимании коррупционных действий в данной области. Защищённым правовым благом в § 108e УУ ФРГ является публичная заинтересованность в безукоризненном функционировании парламентских процессов и независимости обладателей депутатских полномочий, а также в объективности принимаемых парламентом решений.⁴⁶ По мнению законодателя состав призван защищать свободу становления и изъявления воли парламентариев от недопустимого постороннего влияния.⁴⁷ Основной сложностью в формулировке новой редакции являлось установление баланса между необходимостью охватить подлежащие уголовной ответственности коррупционные действия в сфере народного представительства и правом депутата на свободное исполнение депутатских полномочий.⁴⁸ Необходимо было учесть особенности становления и изъявления воли при принятии парламентских решений, т.е. исключить опасность уголовной ответственности за общепринятые и допустимые действия в области парламентской деятельности.⁴⁹

В отличие от старой редакции § 108e УУ ФРГ, которая предусматривала уголовную ответственность лишь за продажу (покупку) голоса на выборах или голосовании в соответствующих органах народного представительства, в новой редакции состава дачи взятки депутату («пассивный подкуп», § 108e абз. 1 УУ ФРГ) инкриминировано требование получения неправомерной выгоды для себя или третьего лица, получение соответствующего обещания или принятие этой выгоды в качестве встречного обязательства за то, что член народного представительства Федерации или Земель (или субъект, приравнённый к нему в соответствии с § 108e абз. 3 УУ ФРГ) при исполнении своих депутатских полномочий совершит или не совершит определённое действие в соответствии с данным ему поручением или указанием. Зеркально сформулированный состав дачи взятки депутату («активный подкуп», § 108e абз. 2 УУ ФРГ) предусматривает уголовную ответственность соответственно за предложение, обещание или предоставление члену народного представительства этой выгоды. Итак, специальным субъектом пассивного подкупа (специальным объектом активного подкупа) является член народного представительства Федерации или Земель; в соответствии с § 108e (абз. 3) УУ ФРГ состав подкупа депутата распространяется также на членов муниципального народного представительства, избранных членов территориального административного органа, членов Федерального Собрания, Европейского парламента, парламентского собрания иностранной организации или

⁴⁵ См.: BT-Drs. 18/476 vom 11.02.2014 idF. der Beschlussempfehlung BT-Drs. 18/607 vom 19.02.2014; BGBl. 2014 I S. 410.

⁴⁶ BT-Drs. 18/476, S. 6. Подробно: *Francuski*, HRRS 2014, 220, 225.

⁴⁷ BT-Drs. 18/476, S. 6.

⁴⁸ BT-Drs. 18/476, S. 5

⁴⁹ BT-Drs. 18/476, S. 5.

иностранного законодательного органа. Неправомерной считается выгода, если она представляет собой материальное или идеальное улучшение экономического, правового или личного положения получателя, на которое он не имеет юридически обоснованного права.⁵⁰ При этом § 108e (абз. 4) УУ ФРГ разъясняет, что признак неправомерности отсутствует во всяком случае тогда, когда получение выгоды не противоречит предписаниям, регулирующим правовое положение обладателя депутатских полномочий.⁵¹ Расширение депутатских полномочий, политические посты, а также допустимые Законом о политических партиях⁵² пожертвования не считаются неправомерной выгодой. Решающим для состава подкупа депутата является неправомерный сговор о конкретном действии депутата по поручению или указанию взяткодателя в качестве ответного обязательства за получение выгоды. Необходимой является каузальная взаимосвязь между неправомерной выгодой и действиями депутата при исполнении его депутатских полномочий.⁵³ Таким образом, новый состав подкупа депутата криминализует лишь «коммерциализацию депутатских полномочий», а не любую выгоду, которую депутат может получить за добросовестное исполнение депутатских полномочий и принятие решений, соответствующих его убеждениям. Лишь в случае, если депутат ставит свои действия (или бездействие) в зависимость от выгоды и подчиняет свои убеждения интересам взяткодателя, имеет место уголовно-наказуемая коммерциализация его полномочий.⁵⁴

Наконец, в соответствии с § 2 Закона о противодействии международной коррупции⁵⁵ уголовной ответственности подлежит тот, кто, имея намерение получить заказ или неправомерное преимущество, предлагает, обещает или предоставляет члену иностранного законодательного органа или члену парламентского собрания иностранной организации выгоду для него или третьего лица в качестве встречного обязательства за то, что это лицо совершит в будущем действие или бездействие, связанное с его депутатским положением или обязанностями.

Подобное «двойное» уголовно-правовое регулирование в отношении членов иностранного законодательного органа или членов парламентского собрания иностранной организации объясняется законодателем требованиями Конвенции Организации экономического сотрудничества и развития по борьбе с подкупом иностранных должностных лиц при осуществлении международных коммерческих сделок⁵⁶ и особенностями взяточничества в международном деловом обороте, которым

⁵⁰ BT-Drs. 18/476, S. 7.

⁵¹ Например: Закон о правовом положении депутатов (*Abgeordnetengesetz*, BGBl 1996 I S. 326), Правила поведения членов немецкого Бундестага в Приложении 1 к Внутреннему распорядку немецкого Бундестага (*Verhaltensregeln für Mitglieder des Deutschen Bundestages, Anlage 1 der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages*, BGBl 1980 I S. 1237), Инструкции Президента Бундестага к этим Правилам (*Ausführungsbestimmungen*), а так же соответствующие земельные предписания. Подробно см.: BT-Drs. 18/476, S. 9 ff.

⁵² *Gesetz über die politischen Parteien – Parteiengesetz*, BGBl 1994 I S. 149.

⁵³ BT-Drs. 18/476, S. 7 f.

⁵⁴ BT-Drs. 18/476, S. 7.

⁵⁵ IntBestG от 10.09.1998, BGBl 1998 II S. 2327.

⁵⁶ См. ссылку № 5.

ограничивается сфера действия Закона о противодействии международной коррупции.⁵⁷

в) Коммерческий подкуп

В отличие от должностных коррупционных преступлений, коммерческий подкуп не связан с защитой доверия общественности в безупречность представителей государственной власти и в объективность принимаемых ими решений⁵⁸, а направлен исключительно на защиту добросовестной конкуренции в частном секторе, интересов конкурентов и работодателя.⁵⁹

§ 299 УУ ФРГ также является специальным деликтом, поскольку может быть совершён лишь служащим или уполномоченным лицом делового предпринимательства⁶⁰.

В соответствии с § 299 (абз. 1 № 1) УУ ФРГ уголовной ответственности подлежит служащий или уполномоченное лицо делового предпринимательства, который/которое в деловом обороте требует получения выгоды для себя или третьего лица, получает соответствующее обещание или принимает эту выгоду в качестве встречного обязательства за то, что недобросовестно окажет предпочтение другому лицу при приобретении конкурирующих товаров или профессиональных услуг на национальном или международном рынке. Зеркальное регулирование в отношении наказуемости взяткодателя установлено в § 299 (абз. 2 № 1) УУ ФРГ.

Вторая альтернатива данной нормы (§ 299 абз. 1 № 2 УУ ФРГ) предусматривает уголовную ответственность служащего или уполномоченного лица делового предпринимательства, который/которое в деловом обороте без согласия работодателя требует получения выгоды для себя или третьего лица, получает соответствующее обещание или принимает эту выгоду в качестве встречного обязательства за то, что при приобретении товаров или профессиональных услуг совершит действие или бездействие и тем самым нарушит свои обязанности по отношению к работодателю.

В ходе (названной выше) недавней реформы антикоррупционного уголовного законодательства Германии § 299 УУ ФРГ претерпел обширные изменения. Если раньше в качестве инкриминированного деяния § 299 УУ ФРГ требовал неправомерного сговора, направленного на предоставление выгоды в качестве встречного обязательства за недобросовестное оказание предпочтения при приобретении конкурирующих товаров или профессиональных услуг, то в новой

⁵⁷ BT-Drs. 18/476, S. 6. Критические замечания *Francuski*, HRRS 2014, 220, 229.

⁵⁸ Что является охраняемыми правовыми благами §§ 331 и след. УУ ФРГ. См. BGHSt14, 123, 131; 15, 88, 96; 43, 370, 377.

⁵⁹ Подробно и с дальнейшими ссылками: *Hellmann/Beckemper*, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2013, Rn. 760.

⁶⁰ Подробно: *Головненков П.В.*, Уголовное уложение (Уголовный кодекс) Федеративной Республики Германия - Strafgesetzbuch (StGB) - Научно-практический комментарий и перевод текста закона, 2-е изд., Москва. 2012. С. 238.

редакции данной нормы охвачены также ситуации вне рынка конкуренции.⁶¹ Решающим в данной альтернативе является не опасность нарушения добросовестности конкуренции⁶², а возможность нарушения лояльности работника по отношению к работодателю, т.е. опасность нарушения интересов работодателя в исполнении обязанностей сотрудников без неправомерного постороннего вмешательства.⁶³

г) Получение и дача взятки в сфере здравоохранения

Особенно ощутимо последствия коррупции проявляются в т.н. «системообразующих» областях экономики, к которым относится, в частности, здравоохранение. Здесь коррупционные действия ведут не только к значительному экономическому ущербу, но и к ощутимому росту цен на лекарства и медицинские услуги. Более того, эти действия подрывают доверие общественности в справедливую и социальную систему медицинского обеспечения, не обременённую финансовыми махинациями со стороны медицинского персонала и фармакологической промышленности.⁶⁴ Кроме того, системообразующая область обеспечения медицинского обслуживания населения непосредственно и системно связана с национально и глобально действующими экономическими структурами с многомиллиардным годовым оборотом. Речь идёт о фармакологической промышленности, медицинском машиностроении, содержании клиник и медицинских центров, логистике и т.д. Так, в 2015 году в Германии оборот денежных средств в сфере здравоохранения составил 344, 2 млрд. евро⁶⁵, что представляет собой рост по отношению к предыдущему году на 4,5% и составляет 11,3 % внутреннего валового продукта ФРГ.⁶⁶ На медицинское обслуживание государственные страховые медицинские организации затратили в общей сложности 200 млрд. евро, а частные страховые медицинские компании – 30,5 млрд. евро.⁶⁷ В 2016 году Федеральное статистическое ведомство ФРГ прогнозирует увеличение расходов на медицинское обслуживание до 359,1 млрд. евро.⁶⁸

Понятно, что столь высоко датированная сфера представляет собой весьма плодородную почву для коррупционной деятельности. К тому же опасность распространения коррупции в сфере здравоохранения связана с концентрацией полномочий на принятие окончательного решения о распространении того или иного препарата или медицинского материала, а также приобретении того или иного медицинского оборудования исключительно в руках представителей определённой медицинской профессии. При этом ключевая позиция врачей и аптекарей в принятии

⁶¹ Подробно: *Dann*, NJW 2016, 203, 204.

⁶² См. *Hoven*, NStZ 2015, 553, 556.

⁶³ BT-Drs. 18/4350, S. 21; 18/6389, S. 15. Подробно и с дальнейшими ссылками: *Dann*, NJW 2016, 203, 204.

⁶⁴ См.: BR-Drs. 451/13, S. 4; 360/15, S. 6.

⁶⁵ *Statistisches Bundesamt (Destatis)*, Fachserie 12 Reihe 7.1.1, 2015 (Gesundheit. Ausgaben). Wiesbaden 2017.

⁶⁶ Данные предоставлены в соответствии с официальным заявлением для прессы Федерального статистического ведомства ФРГ от 21.02.2017 № 61/17.

(www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2017/02/PD17_061_23611.html).

⁶⁷ *Statistisches Bundesamt (Destatis)*, Fachserie 12 Reihe 7.1.1, 2015 (Gesundheit. Ausgaben). Wiesbaden 2017.

⁶⁸ Pressemitteilung des Statistischen Bundesamtes (Destatis) vom 21. Februar 2017 – 61/17.

подобных решений обоснована законодательно установленной обязательностью врачебного назначения лекарственных средств и их распространению только через аптеки (§§ 43, 48 Закона ФРГ об обороте лекарственных средств⁶⁹), а также исключительным правом врачей на назначение лекарственных препаратов (§ 48 Закона ФРГ об обороте лекарственных средств, § 2 (абз. 1 № 1) Положения об обязательном рецептурном отпуске лекарственных препаратов⁷⁰). Подобная концентрация полномочий непосредственно отражается на деятельности прочих участников рынка и создаёт стимул для оказания неправомерного влияния на решения при назначении или отпуске лекарственных препаратов или медицинских материалов.⁷¹ Особенно фармакологические предприятия при сбыте своей продукции целиком и полностью зависят от решений, которые принимают врачи при назначении и аптекари при отпуске лекарственных препаратов. Но и представители иных (не врачебных) медицинских профессий, а также изготовители медицинского оборудования заинтересованы в том, чтобы врачи в процессе лечения прибегали именно к их услугам и приобретали именно их продукцию. Для оказания влияния на процесс принятия соответствующего решения создаются комплексные коррупционные схемы. Так, речь может идти о сговоре частнопрактикующего врача с определённой клиникой или определённым санаторием, в результате которого врач (за определённую плату) рекомендует своим пациентам за счёт своей медицинской страховки воспользоваться услугами именно этих медицинских учреждений.⁷² Широко распространены также случаи так называемого «фармакологического маркетинга»⁷³. Здесь речь идёт о сговоре врача или аптекаря с представителем определённого фармакологического предприятия о назначении или отпуске лекарственных препаратов именно этого производителя. За это врач (аптекарь) получает от производителя определённую выгоду, которая может заключаться в презентрах⁷⁴, приглашениях на конгрессы с оплатой всех издержек или выплате определённых процентов от стоимости препарата, предоставлении определённых скидок на продукцию и т.д.⁷⁵

Разумеется, важную роль в противодействии коррупции в сфере здравоохранения в Германии играют антимонопольное, социальное и дисциплинарное законодательство. Однако именно необходимое⁷⁶ уголовно-правовое антикоррупционное регулирование не может не вызывать некоторого беспокойства, поскольку его действенность в борьбе

⁶⁹ Gesetz über den Verkehr mit den Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz – AMG), BGBl 2005 I S. 3394; BGBl 2016 I S. 1666.

⁷⁰ Verordnung über die Verschreibungspflicht von Arzneimittel (Arzneimittelverschreibungsverordnung – AMVV), BGBl 2005 I S. 3632; BGBl 2016 I S. 237.

⁷¹ Geiger, Zeitschrift Neue Kriminalpolitik 2013, S. 136, 144; Scholz, in Spickhoff, Medizinrecht, § 32 MBO Rn. 1.

⁷² Подробно: Schneider/Gottschaldt, wistra 2009, 133 ff.; Kölbl, wistra 2009, 129; Kölbl, NStZ 2011, 195, 197 f.

⁷³ Подробно см.: Grande/Frosch/Perkins/Kahn, Effect of Exposure to Small Pharmaceutical Promotional Items on Treatment Preferences; Lieb/Brandtönies, Deutsches Ärzteblatt 2010, 392 ff.

⁷⁴ Neupert, NJW 2006, 2811, 2811.

⁷⁵ Прочие схемы см.: Bernsmann/Schoß, GesR 2005, 193; Schütze, FS Jaeger, S. 539, 546; Schneider-Danwitz, jurisPK-SGB V, 2012, § 197a Rn. 24; Ulsenheimer, MedR 2005, 622.

⁷⁶ См.: BGH, GStt 2/11, Rn. 21.

с подобными коррупционными схемами и структурами (во всяком случае до сих пор) весьма ограничена.⁷⁷

Во-первых, это касается проблем применения составов, направленных против должностных коррупционных преступлений (§§ 331, 332 УУ ФРГ) и коммерческого подкупа (§ 299 УУ ФРГ), в отношении противодействия коррупции в сфере здравоохранения. Поскольку (как сказано выше) все антикоррупционные составы в Уголовном уложении ФРГ предполагают наличие специального субъекта (объекта)⁷⁸, в юридической литературе и судебной практике долгое время крайне дискуссионным оставался вопрос, насколько частнопрактикующий врач, допущенный к медицинскому обслуживанию клиентов по расчёту с государственными страховыми медицинскими организациями, является должностным лицом в контексте § 11 (абз. 1 № 2с) УУ ФРГ и может, таким образом, подвергаться уголовной ответственности за вздоимство или взяточничество в соответствии с §§ 331, 332 УУ ФРГ. Кроме того, научная дискуссия велась на тему того, может ли врач, обслуживающий застрахованного в государственной страховой медицинской организации пациента, рассматриваться как уполномоченное лицо этой компании. От ответа на этот вопрос зависела уголовная ответственность врача за коммерческий подкуп по § 299 (абз. 1) УУ ФРГ.⁷⁹ В итоге третья и пятая Судебные коллегии по уголовным делам Федерального Верховного суда ФРГ (*Bundesgerichtshof - BGH*⁸⁰, в дальнейшем: ФВС ФРГ)⁸¹ не смогли прийти к единому мнению и передали решение этого вопроса на рассмотрение расширенной Судебной коллегии по уголовным делам Федерального Верховного суда ФРГ (*Großer Senat für Strafsachen des BGH*). В данной связи своё прецедентное решение от 29 марта 2012 года⁸² расширенная Судебная коллегия вынесла по запросу пятой Судебной коллегии по уголовным делам ФВС ФРГ в рамках кассационного обжалования вердикта Земельного суда г. Гамбург от 2 декабря 2010 года⁸³, приговорившего референта одного крупного фармакологического предприятия за шестнадцатикратный коммерческий подкуп к уголовному наказанию в виде денежного штрафа.⁸⁴ Рассмотрев поставленный вопрос, расширенная Судебная коллегия по уголовным делам ФВС ФРГ установила, что частнопрактикующий врач, допущенный к медицинскому обслуживанию клиентов по расчёту с государственными страховыми медицинскими организациями, не является ни должностным лицом в контексте § 11 (абз. 1 № 2с) УУ ФРГ, ни уполномоченным лицом государственной страховой организации. В обосновании указано, что государственные страховые компании хотя и являются

⁷⁷ BT-Drs. 18/6446, S. 12; 18/8106, S. 1.

⁷⁸ *Hellmann/Beckemper*, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2013, Rn. 762, 781.

⁷⁹ Подробно дальнейшими ссылками: *Fischer*, StGB, § 299, Rn. 10b.

⁸⁰ См.: www.bundesgerichtshof.de.

⁸¹ BGH, NStZ 2012, 35 ff. (3 StR 458/10); BGH, NStZ-RR 2011, 303 ff. (5 StR 115/11).

⁸² BGH, GSt 2/11 (BGH, NJW 2012, 2530 ff.).

⁸³ LG Hamburg, GesR 2011, 164 ff.

⁸⁴ Схема, которой пользовалась подсудимая, заключалась в так называемом «менеджменте по назначению лекарственных препаратов». Врач, который назначал своим пациентам лекарственные препараты данного фармакологического предприятия, получал в качестве вознаграждения 5% от цены за препарат, назначенной изготовителем. Данные средства проводились референтом как гонорар врача за фиктивные научные доклады врача.

«иными организациями»⁸⁵ административного управления в контексте § 11 (абз. 1 № 2с) УУ ФРГ, врач не привлечён к исполнению публично-правовой обязанности, назначая определённые лекарственные препараты или выполняя иные медицинские действия в процессе лечения пациента.⁸⁶ Напротив, в отношениях между врачом и пациентом преобладает частноправовой элемент, а отношения между ними построены на обоюдном доверии и принципе свободного выбора, на обоснование и построение которых государственные страховые медицинские организации влияния не оказывают.⁸⁷ Следовательно, наказуемость врача за взяточничество по §§ 331, 332 УУ ФРГ не наступает. Даже если рассмотреть иную ситуацию, в которой, например, врач, работающий в клинике, организованной в публично-правовой форме, и на этом основании квалифицируемый как должностное лицо в соответствии с § 11 (абз. 1 № 2) УУ ФРГ, получает со стороны выгоду за выбор определённого лекарства в терапевтическом процессе, он не может быть привлечён к уголовной ответственности за мздоимство или взяточничество по §§ 331, 332 УУ ФРГ, поскольку подобные действия (т.е. терапевтические решения) не относятся к сфере административного управления и поэтому не связаны ни с исполнением, ни с нарушением его служебных обязанностей.⁸⁸

Также была отклонена уголовная ответственность частнопрактикующего врача (аптекаря или иного представителя медицинской профессии) за коммерческий подкуп по § 299 УУ ФРГ, поскольку сама концепция их отношений с государственными страховыми медицинскими организациями, предусмотренная в § 72 Книги V Социального уложения ФРГ⁸⁹, построена на принципе равноправного сотрудничества, а не подчинения.⁹⁰ Если же вернуться к примеру работающего в клинике врача, то на основании трудового договора он в функциональном смысле в принципе может быть квалифицирован как служащий или уполномоченное лицо делового предпринимательства в контексте § 299 (абз. 1) УУ ФРГ,⁹¹ однако уголовная ответственность за коммерческий подкуп может наступать только при наличии связи между неправомерной выгодой врача и решениями, принимаемыми работодателем (т.е. клиникой) при приобретении конкурирующих товаров или профессиональных услуг. В случаях, в которых пациент сам приобретает выписанные ему врачом лекарства (как это чаще всего бывает), подобная связь с деловым предпринимательством врача при приобретении указанных товаров или услуг отсутствует. Следовательно, уголовная ответственность врача по § 299 (абз. 1) УУ ФРГ не наступает.⁹²

Во-вторых, имущественные деликты Уголовного уложения ФРГ (например, злоупотребление доверием в контексте § 266 УУ ФРГ или мошенничество в соответствии с § 263 УУ ФРГ), защищающие исключительно имущественные правовые

⁸⁵ Подробно о термине: *Hellmann/Beckemper*, *Wirtschaftsstrafrecht*, 4. Aufl. 2013, Rn. 785.

⁸⁶ См.: BGH, GSSSt 2/11, Rn. 11 ff., 14 ff.

⁸⁷ См.: BGH, GSSSt 2/11, Rn. 20.

⁸⁸ *Schuhr*, *NSStZ* 2012, 11 f.

⁸⁹ *Sozialgesetzbuch V*, *BGBI* 1998 I S. 2477, 2482.

⁹⁰ См.: BGH, GSSSt 2/11, Rn. 32.

⁹¹ Спорно, см.: *BT-Drs.* 18/6446, S. 12.

⁹² Подробно: *Schuhr*, in: *Spickhoff*, *Medizinrecht*, § 299 Rn. 42.

блага⁹³, уже в силу отсутствия их антикоррупционной направленности⁹⁴ не в состоянии в полной мере противодействовать коррупционной деятельности в сфере здравоохранения.⁹⁵

Таким образом, расширенная Судебная коллегия по уголовным делам ФВС ФРГ указала на серьёзный пробел наказуемости в уголовно-правовом противодействии коррупции в сфере здравоохранения, обозначив при этом необходимость решения данной проблемы законодателем.⁹⁶

За последние несколько лет немецким законодателем было предпринято несколько попыток создания действенных норм, противодействующих коррупции в сфере здравоохранения. В прошедшем легислативном периоде немецкий Бундестаг принял Закон о поддержке превенции⁹⁷, содержащий изменения Книги V Социального уложения ФРГ в части противодействия коррупции в сфере здравоохранения. Данный законопроект был заблокирован в Бундесрате (Bundesrat)⁹⁸, а вместо него было предложено внесение в Уголовное уложение ФРГ нового состава § 299а «Получение и дача взятки в сфере здравоохранения».⁹⁹ Однако и эта законодательная инициатива в тот момент успехом не увенчалась.

В коалиционном договоре, заключённом между правящими в текущем (18-том) легислативном периоде партиями ХДС/ХСС (*CDU/CSU*) и СДПГ (*SPD*), предусмотрена договорённость о стремлении к созданию действенных уголовно-правовых норм, обеспечивающих противодействие коррупции в сфере здравоохранения.¹⁰⁰ В дальнейшем последовало несколько законопроектов, предусматривающих соответствующую уголовную ответственность. Вносились предложения о соответствующем изменении действующего состава коммерческого подкупа (§ 299 УУ ФРГ)¹⁰¹, создании общего состава § 299а «Получение и дача взятки в сфере здравоохранения», обозначающего в качестве специального субъекта «лицо, относящееся к медицинской профессии, представители которой объединены в соответствующие профессиональные коллегии»¹⁰². Однако данный проект был отклонён, поскольку он охватывал медицинские профессии лишь выборочно.¹⁰³

⁹³ *Krey/Hellmann/Heinrich*, Strafrecht Besonderer Teil (Vermögensdelikte), 17. Aufl. 2015, Rn. 491, 791.

⁹⁴ BT-Drs. 18/6446, S. 1, 12.

⁹⁵ Подробно: *Schuhr*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 266 Rn. 32 ff.

⁹⁶ BGH, GSSt 2/11, Rn. 46; см. также BR-Drs. 360/15, S. 8.

⁹⁷ *Gesetz zur Förderung der Prävention*, BT-Drs. 17/14184, S. 7.

⁹⁸ BR-Drs. 636/13. Бундесрат является законодательным органом, обеспечивающим участие Федеральных земель в законодательном процессе на федеральном уровне, см.: www.bundesrat.de.

⁹⁹ BR-Drs. 451/13.

¹⁰⁰ Koalitionsvertrag, www.cdu.de/sites/default/files/media/dokumente/koalitionsvertrag.pdf, S. 55.

¹⁰¹ BR-Drs. 548/07. Подробно: *Schneider*, Rechtsgutachten zu dem „Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen“ des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz.

¹⁰² Законопроект Баварского Министерства юстиции «Проект закона о преодолении коррупции в сфере здравоохранения» от 25.07.2014. Критические замечания см.: *Schneider*, Rechtsgutachten zu dem „Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen“ des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, S. 5 f.

¹⁰³ *Schneider*, Rechtsgutachten zu dem „Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen“ des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, S. 5.

21 октября 2015 года Правительством ФРГ на рассмотрение законодателем был внесён законопроект «О противодействии коррупции в сфере здравоохранения»¹⁰⁴, в основном базирующийся на профильном законопроекте Министерства юстиции и защиты прав потребителей ФРГ от 4 февраля 2015 года.¹⁰⁵ Однако, рассмотрев законопроект, Бундестаг направил его на согласование в профильный комитет по праву и защите прав потребителей¹⁰⁶, где он (законопроект), претерпел столь существенные изменения, что от изначально заложенной в нем двухсторонней направленности уголовно-правового противодействия злоупотреблениям в сфере здравоохранения (собственно от антикоррупционной составляющей, специально сформулированной для сферы здравоохранения) практически не осталось и следа. Внеся соответствующие поправки, профильный комитет вернул законопроект в Бундестаг с рекомендацией о его принятии.¹⁰⁷ Закон о противодействии коррупции в сфере здравоохранения от 30 мая 2016 года¹⁰⁸ был принят Бундестагом в третьем чтении¹⁰⁹ в редакции, предложенной профильным комитетом¹¹⁰, и вступил в законную силу 4 июня 2016 года.¹¹¹

В сравнении¹¹² изменения антикоррупционного уголовного законодательства, предложенные Правительственным законопроектом от 21 октября 2015 года, и изменения, внесённые в Уголовное уложение ФРГ Законом о противодействии коррупции в сфере здравоохранения в редакции парламентского профильного комитета от 30 мая 2016 года, выглядят следующим образом:¹¹³

¹⁰⁴ BT-Drs. 18/6446, Anlage 1, S. 7 ff.

¹⁰⁵ См. BR-Drs. 360/15 от 14.08.2015; BR-Drs. 360/1/15 от 14.09.2015; BR-Drs. 360/15 (Beschluss) от 25.09.2015.

¹⁰⁶ См.: Протокол пленарного заседания Бундестага 18/137 от 13.11.2015, С. 13485С (<http://dipbt.bundestag.de/dip21/btp/18/18137.pdf#P.13485>).

¹⁰⁷ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss) v. 13.04.2016, BT-Drs. 18/8106, S. 3.

¹⁰⁸ Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im *Gesundheitswesen* vom 30.05.2016, BGBl. 2016 I S. 1254. Подробно об этапах законодательного процесса см.:

<http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP18/685/68571.html>.

¹⁰⁹ См.: Протокол пленарного заседания Бундестага 18/164 от 14.04.2016, С. 16164А (<http://dipbt.bundestag.de/dip21/btp/18/18164.pdf#P.16164>).

¹¹⁰ BT-Drs. 18/6446, 18/8106; BR-Drs. 181/16.

¹¹¹ Постановлением Бундесрата от 13 мая 2016 года было принято решение воздержаться от созыва согласительного комитета обеих палат немецкого Парламента для совместного рассмотрения законопроекта (ст. 77 абз. 2 Основного закона ФРГ). См.: BR-Drs. 181/16 (Beschluss).

¹¹² См.: Zusammenstellung des Entwurfes eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im *Gesundheitswesen* (Drs. 16/6446) mit den Beschlüssen des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss), BT-Drs. 18/8106, S. 4 ff.

¹¹³ Подчёркнутым курсивом выделены пассажи, изъятые из законопроекта и не вошедшие во вступившую в законную силу редакцию закона. Жирным шрифтом выделены редакционные изменения, а подчёркнутым жирным шрифтом – нововведения.

<p>Изменения Уголовного уложения ФРГ, предусмотренные Правительственным законопроектом о противодействии коррупции в сфере здравоохранения в редакции от 21.10.2015.</p>	<p>Изменения Уголовного уложения ФРГ, внесённые в уголовное законодательство на основании Закона о противодействии коррупции в сфере здравоохранения в редакции парламентского профильного комитета от 30.05.2016.</p>
<p>§ 299а. Получение взятки в сфере здравоохранения</p>	
<p>(1) Тот, кто, являясь представителем медицинской профессии, для занятия которой или для использования в правовом обороте профессионального обозначения которой необходимо приобретение подлежащего государственному регулированию образования, в связи с осуществлением своей профессиональной деятельности требует получения выгоды для себя или третьего лица, получает соответствующее обещание или принимает эту выгоду в качестве встречного обязательства за то, что он при назначении <u>или отпуске</u> лекарственных препаратов, целебных или вспомогательных средств или медицинских продуктов или при направлении пациентов или материала для медицинского исследования</p> <p><u>1. недобросовестно окажет предпочтение другому лицу в условиях национальной или международной конкуренции или</u></p> <p><u>2. нарушит свои профессиональные обязанности, связанные с соблюдением профессиональной независимости медицинского работника.</u></p> <p>– наказывается лишением свободы на срок до трёх лет или денежным штрафом.</p>	<p>Тот, кто, являясь представителем медицинской профессии, для занятия которой или для использования в правовом обороте профессионального обозначения которой необходимо приобретение подлежащего государственному регулированию образования, в связи с осуществлением своей профессиональной деятельности требует получения выгоды для себя или третьего лица, получает соответствующее обещание или принимает эту выгоду в качестве встречного обязательства за то, что он</p> <p>1. при назначении лекарственных препаратов, целебных или вспомогательных средств или медицинских продуктов,</p> <p>2. при приобретении лекарственных препаратов, целебных или вспомогательных средств или медицинских продуктов, <u>соответственно предназначенных для непосредственного применения представителем медицинской профессии или его профессиональным помощником, или</u></p> <p>3. при направлении пациентов или материала для медицинского исследования</p> <p>недобросовестно окажет предпочтение другому лицу в условиях национальной или международной конкуренции</p> <p>– наказывается лишением свободы на срок до трёх лет или денежным штрафом.</p>

<p><u>(2) Таким же образом наказывается тот, кто, являясь представителем медицинской профессии в контексте абз. 1, требует получения выгоды, получает соответствующее обещание или принимает эту выгоду за то, что он при приобретении предназначенных для отпуска пациентам лекарственных препаратов, целебных или вспомогательных средств или медицинских продуктов нарушит свои профессиональные обязанности, связанные с соблюдением профессиональной независимости медицинского работника.</u></p>	
<p>§ 299b. Дача взятки в сфере здравоохранения</p>	
<p><u>(1)</u> Тот, кто предлагает, обещает или предоставляет представителю медицинской профессии в контексте § 299а (<u>абз. 1</u>) в связи с осуществлением его профессиональной деятельности для него или третьего лица выгоду в качестве встречного обязательства за то, что он при назначении <u>или отпуске</u> лекарственных препаратов, целебных или вспомогательных средств, или медицинских продуктов или при направлении пациентов или материала для медицинского исследования</p> <p><u>1.</u> недобросовестно окажет предпочтение другому лицу в условиях национальной или международной конкуренции <u>или</u></p> <p><u>2.</u> <u>нарушит его профессиональные обязанности, связанные с соблюдением профессиональной независимости медицинского работника.</u></p> <p>– наказывается лишением свободы на срок до трёх лет или денежным штрафом.</p>	<p>Тот, кто предлагает, обещает или предоставляет представителю медицинской профессии в контексте § 299а в связи с осуществлением его профессиональной деятельности для него или третьего лица выгоду в качестве встречного обязательства за то, что он</p> <p>1. при назначении лекарственных препаратов, целебных или вспомогательных средств, или медицинских продуктов,</p> <p>2. при приобретении лекарственных препаратов, целебных или вспомогательных средств или медицинских продуктов, <u>соответственно предназначенных для непосредственного применения представителем медицинской профессии или его профессиональным помощником, или</u></p> <p>3. при направлении пациентов или материала для медицинского исследования</p> <p>недобросовестно окажет предпочтение другому лицу в условиях национальной или международной конкуренции</p>

	– наказывается лишением свободы на срок до трёх лет или денежным штрафом.
<i>(2) Таким же образом наказывается тот, кто предлагает, обещает или предоставляет представителю медицинской профессии в контексте абз. 1 выгоду для него или для другого лица в качестве встречного обязательства за то, что тот при приобретении предназначенных для отпуска пациентам лекарственных препаратов, целебных или вспомогательных средств или медицинских продуктов нарушит его профессиональные обязанности, связанные с соблюдением профессиональной независимости медицинского работника.</i>	
§ 300. Особо тяжкие случаи получения и дачи взятки в деловом обороте и в сфере здравоохранения	
В особо тяжких случаях деяние, предусмотренное в § 299, 299а <u>или</u> 299b, наказывается лишением свободы на срок от трёх месяцев до пяти лет. Как правило, особо тяжкий случай имеет место, если:	В особо тяжких случаях деяние, предусмотренное в §§ 299, 299а <u>и</u> 299b, наказывается лишением свободы на срок от трёх месяцев до пяти лет. Как правило, особо тяжкий случай имеет место, если:
<ol style="list-style-type: none"> 1. деяние связано с получением выгоды в крупном размере, или 2. исполнитель действует в виде промысла или в качестве члена банды, организованной для продолжительного совершения подобных деяний. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. деяние связано с получением выгоды в крупном размере, или 2. исполнитель действует в виде промысла или в качестве члена банды, организованной для продолжительного совершения подобных деяний.
<u>§ 301. Ходатайство об уголовном преследовании</u>	Без изменений по отношению к редакции, действовавшей до вступления в силу закона от 30.05.2016
<i>(1) Получение и дача взятки в деловом обороте в соответствии с § 299, а также получение взятки в сфере здравоохранения и дача взятки в сфере здравоохранения в соответствии с §§ 299а, 299b преследуются только по ходатайству, за исключением случаев, в которых по мнению правоохранительных</i>	

<p><u>органов в силу особого общественного интереса в уголовном преследовании требуется государственное вмешательство по официальной инициативе.</u></p> <p><u>(2) Право на ходатайство в соответствии с абзацем 1 имеют наравне с потерпевшим:</u></p> <p><u>1. в случаях, предусмотренных в § 299 (абз. 1 № 1 и абз. 2 № 1), предприниматели, объединения и коллегии, указанные в § 8 (абз. 3 № 2 и 4) Закона о противодействии недобросовестной конкуренции, и</u></p> <p><u>2. в случаях, предусмотренных в §§ 299a, 299b,</u></p> <p><u>a) профессиональная коллегия и профессиональное объединение врачей и врачей-стоматологов, допущенных к медицинскому обслуживанию клиентов по расчёту с государственными страховыми медицинскими организациями, членом которой (которого) исполнитель являлся в момент совершения деяния,</u></p> <p><u>b) любой правоспособный профессиональный союз, представляющий интересы потерпевших в условиях конкуренции, и</u></p> <p><u>c) государственная страховая медицинская и попечительская организация, членом которой является пациент, или частная страховая медицинская и попечительская компания, клиентом которой является пациент.</u></p>	
<p><u>§ 302. Расширенная конфискация того, что было приобретено преступным путём</u></p>	<p>Изменения редакции, действовавшей до вступления в силу закона от 30.05.2016</p>

<i>В случаях, предусмотренных в §§ 299, 299a, 299b, подлежат применению положения, установленные в § 79d, если исполнитель действует в виде промысла или в качестве члена банды, организованной для продолжительного совершения подобных деяний.</i>	В случаях, предусмотренных в §§ 299, 299a, 299b , подлежат применению положения, установленные в § 79d, если исполнитель действует в виде промысла или в качестве члена банды, организованной для продолжительного совершения подобных деяний.
--	---

Итак, в обеих редакциях законопроект предусматривает введение в Уголовное уложение ФРГ двух новых составов преступного деяния: § 299a «Получение взятки в сфере здравоохранения» и § 299b «Дача взятки в сфере здравоохранения», а также расширяет сферу применения действующей нормы об особо тяжких случаях получения и дачи взятки в деловом обороте, т.е. при совершении коммерческого подкупа, на коррупционные злоупотребления в сфере здравоохранения (§ 300 УУ ФРГ). Структурно диспозиции новых норм в обеих редакциях предусматривают совершение определённого коррупционного действия¹¹⁴ в рамках неправомерного сговора¹¹⁵ о достижении определённой неправомерной цели¹¹⁶. Однако по сути, содержанию и направленности защиты правовых интересов вступившая в законную силу редакция значительно отличается от Правительственного законопроекта.

Защищённым правовым благом уголовно-правовых антикоррупционных норм в сфере здравоохранения (в законодательном процессе в целом бесспорно¹¹⁷) является, с одной стороны, защита свободной конкуренции, с другой стороны, – защита интересов пациентов. Защищая свободную конкуренцию, антикоррупционное законодательство призвано обеспечить конкурентоспособность добросовестных участников рынка, предлагающих свои товары и услуги в сфере здравоохранения, и обеспечивать сохранение баланса между качественным и прогрессивным развитием медицинского обслуживания населения, фармацевтики, медицинской техники и приемлемой динамикой ценообразования в данной сфере.¹¹⁸ Наряду с этим, учитывая особую ответственность всех профессиональных групп, задействованных в системе здравоохранения, объявленной целью реформы антикоррупционного уголовного законодательства является необходимость обеспечить обоснованность решений, принимаемых представителями медицинских профессий, исключительно целебной необходимостью без недопустимого постороннего, а тем более, – противоправного влияния.¹¹⁹ Таким образом, защищая интересы пациентов, антикоррупционное уголовное законодательство призвано поддерживать доверие граждан в прозрачность

¹¹⁴ В контексте § 299a УУ ФРГ: «... требует получения выгоды для себя или третьего лица, получает соответствующее обещание или принимает эту выгоду...». Зеркальное регулирование в § 299b УУ ФРГ: «...предлагает, обещает или предоставляет эту выгоду...».

¹¹⁵ «... в качестве встречного обязательства...».

¹¹⁶ В окончательной редакции – исключительно недобросовестное оказание предпочтения в условиях конкуренции; в Правительственном законопроекте - также нарушение профессиональных обязанностей.

¹¹⁷ См.: BT-Drs. 360/15, S. 8; 18/6446, S. 12 f.; 18/8106, S. 17; BR-Drs. 181/16, S. 1 f.

¹¹⁸ См.: BR-Drs. 181/16, S. 1 f.

¹¹⁹ См.: BT-Drs. 18/6446, S. 11.

солидарно финансируемой ими системы здравоохранения и в добросовестность медицинского персонала.¹²⁰

Изначально (в редакции Правительственного законопроекта от 21 октября 2015 года) новые составы были в основном ориентированы на положения о коммерческом подкупе,¹²¹ учитывая специфику совершения деяния в сфере здравоохранения, т.е., с одной стороны, защищая свободу конкуренции, а с другой, – учитывая интересы пациента. Насколько в результате принятых изменений эта двойная защита правовых благ нашла воплощение в окончательной редакции новых антикоррупционных уголовно-правовых норм, представляется крайне сомнительным.

В частности, специальным субъектом обеих редакций новых §§ 299a, 299b УУ ФРГ обозначены представители медицинских профессий, для занятия которыми или для использования соответствующего профессионального обозначения которых необходимо приобретение надлежащего, регулируемого государством, образования. Таким образом, уголовной ответственности за коррупционные действия в сфере здравоохранения в принципе подвергаются не только врачи, но и представители всех медицинских профессий, требующих академического образования (врачи, дантисты, ветеринары, психотерапевты, аптекари и т.д.) или профессионального обучения (санитары, медсестры, эрготерапевты, логопеды, физиотерапевты и т.д.).¹²² Однако из окончательной редакции новых составов исключена возможность их совершения *при отпуске* лекарственных препаратов, целебных или вспомогательных средств или медицинских продуктов, что фактически исключает уголовно-правовое противодействие коррупционным злоупотреблениям целых профессиональных групп (например, аптекарей).¹²³

Далее, диспозиции новых составов охватывают решения о *назначении* соответствующих лекарственных препаратов, целебных или вспомогательных средств или медицинских продуктов и о *направлении* пациентов или материала для медицинского исследования. В отношении альтернативы получения неправомерной выгоды при *приобретении* предназначенных для отпуска пациентам лекарственных препаратов, целебных или вспомогательных средств или медицинских продуктов изменения коснулись защищённого правового блага. В редакции Правительственного законопроекта уголовная ответственность за решения о приобретении соответствующих медицинских средств и материалов была обусловлена неправомерным сговором, направленным на нарушение профессиональных обязанностей, связанных с соблюдением профессиональной независимости медицинского работника (§§ 299a абз. 2, 299b абз. 2 Правительственного законопроекта). Таким образом, в отличие от ситуации совершения деяния при *назначении* лекарственных средств или *направлении* пациентов для дальнейшего медицинского обследования (§§ 299a абз. 1 № 1, 299b абз. 1 № 1 Правительственного

¹²⁰ См.: BR-Drs. 181/16, S. 1 f.

¹²¹ BT-Drs. 18/6446, S. 17.

¹²² BT-Drs. 18/6446, S. 17, 20; BR-Drs. 360/15, S. 14.

¹²³ BR-Drs. 181/16, S. 2.

законопроекта), цель неправомерного сговора в данной альтернативе не была ориентирована на недобросовестное оказание предпочтения в условиях конкуренции, поскольку «недобросовестность оказания предпочтения может иметь место также в случаях нарушения правил ценообразования и предоставления скидок, не содержащего коррупционного элемента и не нарушающего доверия пациентов в независимость решений, принимаемых медицинскими работниками»¹²⁴. В окончательной редакции условия и цель совершения деяния были коренным образом изменены. Принятие решений о *приобретении* соответствующих медицинских средств и материалов были перенесены соответственно в § 299a (абз. 1) и § 299b (абз. 1) УУ ФРГ, ограничены их предназначенностью для непосредственного применения представителем медицинской профессии или его профессиональным помощником и поставлены в зависимость от цели недобросовестного оказания предпочтения в условиях конкуренции.¹²⁵ Следствием этого изменения в альтернативе инкриминированных коррупционных действий при принятии решения о *приобретении* лекарственных препаратов, целебных или вспомогательных средств или медицинских продуктов является ужесточение уголовно-правового регулирования (по сравнению с Правительственным законопроектом), поскольку в окончательной редакции уголовно-правовой проверке и, возможно, уголовной ответственности могут подлежать практически любые договорённости между клиниками, практикующими врачами или иными представителями медицинских профессий и производителями (поставщиками) о льготных условиях приобретения лекарственных средств, медицинского оборудования, материалов и т.д.

Наконец, из окончательной редакции §§ 299a, 299b УУ ФРГ полностью исключена альтернатива получения (предоставления) и т.д. представителем медицинской профессии неправомерной выгоды за принятие определённых решений в *нарушение профессиональных обязанностей, связанных с соблюдением профессиональной независимости медицинского работника* (§§ 299a абз. 1 № 2, абз. 2, 299b абз. 1 № 2, абз. 2 УУ ФРГ в редакции Правительственного законопроекта). Данное изъятие объясняется авторами изменений необходимостью соблюдения конституционного принципа определённости уголовно-правовых норм, неоправданной выборочностью затронутых профессиональных групп и незначительностью данной альтернативы для сферы здравоохранения.¹²⁶

Такая аргументация в отношении нарушения профессиональных обязанностей как цели неправомерного сговора не представляется убедительной. В положениях о коррупционных должностных преступлениях именно направленность неправомерного сговора на нарушение конкретных служебных обязанностей должностного лица отражает коренное отличие взяточничества (§§ 332, 334 УУ ФРГ) от мздоимства (§§ 331, 333 УУ ФРГ).¹²⁷ При этом служебные обязанности, которые должностное лицо готово нарушить вследствие неправомерного сговора, установлены правовыми актами,

¹²⁴ BT-Drs. 18/6446, S. 22.

¹²⁵ Подробно: BT-Drs. 18/8106, S. 14.

¹²⁶ BT-Drs. 18/8106, S. 15.

¹²⁷ Подробно: *Kuhlen*, in: NK StGB § 331 Rn. 1 ff.; 75 ff.

должностными инструкциями или определёнными запретами.¹²⁸ В положениях о коммерческом подкупе (§ 299 УУ ФРГ) также предусмотрена уголовная ответственность за коррупционные действия вне рынка конкуренции. § 299 (абз. 1 № 2, абз. 2 № 2) УУ ФРГ предусматривает уголовную ответственность за неправомерный сговор о получении выгоды, направленный на нарушение предусмотренных законом или трудовым договором¹²⁹ обязанностей по отношению к работодателю. Подобное регулирование (специально сформулированное для антикоррупционного воздействия вне рынка конкуренции в сфере здравоохранения¹³⁰) было предусмотрено положениями §§ 299а (абз. 1 № 2, абз. 2), 299б (абз. 1 № 2, абз. 2) УУ ФРГ в редакции Правительственного законопроекта. При этом профессиональные обязанности представителей медицинских профессий, обеспечивающие их независимость, сформулированы в соответствующих профессиональных кодексах, принятых большинством профессиональных коллегий.¹³¹ После изъятия данной альтернативы из окончательной редакции §§ 299а, 299б УУ ФРГ сфера защиты правовых благ осталась ограниченной защитой добросовестности конкуренции в сфере здравоохранения.¹³² Интересы пациентов в прозрачности и добросовестности решений, принимаемых представителями медицинских профессий, защищены лишь второстепенно.¹³³

Исходя из ориентации вступивших в силу новых антикоррупционных уголовно-правовых норм исключительно на защиту добросовестности конкуренции в сфере здравоохранения (т.е. публичного правового блага), последовательным и верным представляется отказ от внесения изменений в положения § 301 УУ ФРГ о порядке уголовного преследования за коммерческий подкуп. В соответствии с Правительственным законопроектом от 21 октября 2015 года сфера действия данной нормы, предусматривающей обязанность возбуждения соответствующего уголовного дела лишь по ходатайству потерпевшего или в силу особого общественного интереса по официальной инициативе, в случае принятия законопроекта распространялась бы также на получение и дачу взятки в сфере здравоохранения. При этом авторами законопроекта было установлено важное различие в порядке возбуждения уголовного производства по делам о коммерческом подкупе и получении и дачи взятки в сфере здравоохранения. В отличие от коммерческого подкупа (§ 299 УУ ФРГ), внесённого в список деликтов § 374 УПК ФРГ¹³⁴ и являющегося, таким образом, деликтом частного обвинения, новые деликты получения и дачи взятки в сфере здравоохранения (§§ 299а, 299б УУ ФРГ) таковыми не являются, поскольку Правительственным законопроектом не было предусмотрено внесение соответствующих изменений в

¹²⁸ BGHSt 48, 44, 46; *Hellmann/Beckemper*, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2013, Rn. 796.

¹²⁹ BT-Drs. 18/4350, S. 21.

¹³⁰ Подробно: BR-Drs. 451/13, S. 17; 181/16, S. 2.

¹³¹ См. напр. : Профессиональный кодекс практикующих в Германии врачей (MBO-Ä).

www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/MBO/MBO_02.07.2015.pdf.

Подробно: BT-Drs. 18/6446, S. 21 f.

¹³² BR-Drs. 181/16, S. 2.

¹³³ Иного мнения: BT-Drs. 18/8106, S. 14 ff., 17.

¹³⁴ § 374 (абз. 1 № 5а) УПК ФРГ.

Уголовно-процессуальный кодекс.¹³⁵ Это означает, что при наличии ходатайства об уголовном преследовании по подозрению в совершении деяния, предусмотренного §§ 299a, 299b УУ ФРГ, правоохранительные органы были бы обязаны возбуждать соответствующее уголовное дело, не устанавливая при этом наличие или отсутствие особого общественного интереса в уголовном преследовании (см.: § 376 УПК ФРГ).¹³⁶ Однако указанные изменения § 301 УУ ФРГ в окончательную редакцию не вошли. Это означает, что получение и дача взятки в сфере здравоохранения являются деликтами публичного обвинения, преследуемыми по официальной инициативе.¹³⁷

В итоге следует отметить, что введение в Уголовное уложение ФРГ новых норм, противодействующих коррупции в сфере здравоохранения, завершает длительный законодательный процесс и (несомненно) восполняет пробелы наказуемости, на которые было указано расширенной Судебной коллегией по уголовным делам ФВС ФРГ. Насколько же вступившая в законную силу редакция открывает новые пробелы в части исключения возможности её применения в отношении определённых профессиональных групп и ограничения сферы защищённых правовых благ – покажет время и правоприменительная практика. Во всяком случае, в Постановлении Бундесрата от 13 мая 2016 года зафиксировано поручение Правительству ФРГ провести мониторинг применения новых норм и в случае обнаружения пробелов наказуемости возобновить законодательный процесс.¹³⁸

II. Коррупционные преступления в российском уголовном праве

(Татьяна Понятовская)

По справедливому замечанию Т.В. Кондрашовой, взяточничество является одним из древнейших преступлений, известных человечеству и законодательству. Ссылаясь на Публия Овидия Назона, Цицерона, Гомера, она не без оснований утверждает, что взяточничество было распространено во все времена, у всех народов в таких масштабах, что классики художественной литературы не могли обойти его своим вниманием. Н. Бердяев называл взятку самой действенной российской конституцией¹³⁹. Однако это явление не всегда трактовалось как преступление. Известен период российской истории, когда взятки имели "законную" форму, поскольку определяли суть так называемого "кормления", размеры которого определялись в зависимости от занимаемого чиновником положения. С учётом "кормления" определялось и содержание государственных чиновников.

¹³⁵ Подробно о частном обвинении в уголовном процессе ФРГ см.: Головненков П.В., Спица Н.А. Уголовно-процессуальный кодекс Федеративной Республики Германия. Научно-практический комментарий и перевод текста закона. Potsdam 2012. С. 74 – 75.

¹³⁶ BT-Drs. 18/6446, S. 24.

¹³⁷ Подробно: BT-Drs. 18/8106, S. 17.

¹³⁸ BR-Drs. 181/16, S. 2.

¹³⁹ Кондрашова Т.В. Уголовная ответственность за взяточничество: Учебное пособие. Екатеринбург, 2003. С. 29 – 31.

Негативная роль взяточничества раньше всего была осознана применительно к сфере судебной деятельности. Ранние упоминания об ответственности за взяточничество в отечественных источниках мы находим уже в Новгородской и Псковской судных грамотах¹⁴⁰. В этом проявляются закономерности развития права и правосознания. Правосудие является той сферой, которая при становлении государственности раньше других внедрилась в общественное сознание и получила нормативное оформление. По мнению Г.С. Фельдштейна, становлению российского уголовного права предшествовал период нормативного оформления судебной власти. Все законодательные сборники, предшествовавшие Уложению царя Алексея Михайловича, содержали нормы, которые формировались путём судебного решения. Практика судов являлась тем каналом, по которому продвигались в жизнь и находили свою охрану отдельные правовые интересы. Например, Классификация Русской Правды сводилась к распределению предметов тяжб, а отдельные постановления имели характер правил для судьи¹⁴¹. Независимо от того, чьи именно интересы отстаивало правосудие, лица, осуществлявшие его, были теми посредниками, которые обеспечивали связь между народом и властью, общение между ними. Поэтому злоупотребление судебскими полномочиями в корыстных целях являлось злом, как для власти, так и для человека подвластного. Злом, представление о котором складывалось, так сказать, "опытным путём".

Своё традиционное (и современное) уголовно-правовое значение взяточничество получило в связи с юридическим оформлением государства как субъекта не только социальных, но и правовых отношений, когда его интересы перестали трактоваться как данность, а получили правовое оформление вместе с установленными для их реализации юридическими границами. Развитие политико-правового общественного сознания и правовых систем приводит к пониманию того, что любые действия лиц, уполномоченных властью, совершенные в личных целях, несовместимы с функциями власти, назначением государства и его позитивной социальной ролью. Естественно, что одним из самых простых и распространённых из личных мотивов лица, уполномоченного властью, является корыстный мотив, простейшим способом удовлетворения которого является использование таким лицом своего служебного положения и зависимости от него человека, подчинённого власти.

Согласно ст. 401 Уложения о наказаниях Уголовных и исправительных 1845 г., "чиновник или иное лицо, состоящее на службе государственной или общественной, который по делу или действию, касающемуся обязанностей его по службе, примет, хотя бы и без всякого в чем-либо нарушения своих обязанностей его по службе, подарок, состоящий в деньгах, вещах или в чем бы то ни было ином" несёт ответственность за "мздоимство". Статьей 402 этого Уложения предусматривалась ответственность за "лихоимство" – получение взятки для учинения или допущения чего-либо, противного обязанностям службы. «Лихоимство» путём вымогательства

¹⁴⁰ В ст. 4 Псковской судной грамоты указывалось: "При отправлении суда тайных посулов (взяток) не имати ни князю, ни посаднику".

¹⁴¹ *Фельдштейн Г.С.* Главные течения в истории науки уголовного права России. Ярославль, 1909.С. 19.

рассматривалось как самостоятельное, более тяжкое преступление (ст. 406)¹⁴². Указанные формы должностных преступлений нашли отражение и в признаках взяточничества по советскому уголовному законодательству (УК РСФСР 1922, 1926, 1960 гг.).

Взяточничество трактуется как преступление применительно ко всем сферам деятельности государства только в связи с упрочением государственности, развитием системы нормативного регулирования общественной жизни. Вместе с этим приходит осознание позитивной роли государства как такого субъекта общественных отношений, который *не только обязан* обеспечить (установить, сохранить и поддержать) порядок в обществе, но также и *заинтересован* в этом.

Например, В.И. Ленин писал: "Если есть такое явление, как взятка, если это возможно, тут нет речи о политике. Тут нельзя делать политики, потому что все меры останутся висеть в воздухе и не приведут ни к каким результатам. Хуже будет от закона, если практически он будет применяться в условиях допустимости и распространённости взятки"¹⁴³. Продажность лиц, уполномоченных властью, является тем условием, которое позволяет парализовать её начинания и усилия. Однако взяточничество противоречит интересам государственной власти не только в этом смысле. Оно подрывает основы властности управления, в том числе, является средством влияния на власть частных интересов (нередко преступных).

Именно такой взгляд на взяточничество обуславливает пристальное внимание к любым обстоятельствам употребления властных полномочий, которые совершаются из корыстных побуждений. Так, обыденные представления о мздоимстве, лихоимстве (взяточничестве), как явлениях, осложняющих жизнь человека в его общении с представителями власти, достигают того уровня понимания проблемы, которая видится в коррупции как негативном социальном явлении, подрывающем основы государства, противоречащем его позитивной социальной роли и создающем условия для развития транснациональной преступности. По существу, понятие "коррупция" явилось результатом эволюции представлений о негативных социальных последствиях взяточничества.

По мнению А.В. Малько, что "коррупция приобрела тотальный характер, ставит под угрозу сам факт существования государства, выступает основным препятствием в повышении уровня жизни населения, развития экономики, становлении гражданского общества, в борьбе с организованной преступностью. Теневая экономика, теневая политика, теневые избирательные технологии и т.п. образуют в современном

¹⁴² Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1845. СПб, 1845. Аналогичными преступлениями было представлено взяточничество и в Уголовном уложении 1903 г., однако та его часть, в которой предусматривались соответствующие нормы, так и не вступила в действие.

¹⁴³ Ленин В.И. Новая экономическая политика и задачи политпросвета // Полн. собр. соч. Т. 44. С. 174.

российском обществе институционализированную теневую реальность, в которой самым главным элементом на сегодняшний день выступает коррупция”¹⁴⁴.

Сознавая негативное социальное значение коррупции, мировая общественность предпринимает усилия, направленные на борьбу с ней. Так, 27 января 1999 г. Советом Европы была принята Конвенция об уголовной ответственности за коррупцию¹⁴⁵. Организацией Объединённых Наций принята Конвенция против коррупции 31 октября 2003 г.¹⁴⁶ Отмечается также, что в различных странах осуществляются меры, направленные на создание механизма сдержек и противовесов в отношении политических руководителей и высокопоставленных должностных лиц. Этот механизм предусматривает прозрачность информации о действиях, финансовых средствах, доходе и имуществе этих лиц¹⁴⁷. Подобные механизмы задействованы во многих странах, в том числе, в России. В Указе Президента РФ от 31.12.2015 № 683 «О Стратегии национальной безопасности Российской Федерации» (п. 46) отмечается: «особое внимание уделяется искоренению причин, порождающих коррупцию, которая является препятствием устойчивому развитию Российской Федерации и реализации стратегических национальных приоритетов. В этих целях реализуется Национальная стратегия противодействия коррупции и национальные планы противодействия коррупции, повышается уровень ответственности за коррупционные преступления, совершенствуется правоприменительная практика в указанной области»¹⁴⁸.

Механизмы противодействия коррупции включаются в общую систему противодействия транснациональной преступности (включая борьбу с отмыванием денег, распространением наркотиков и терроризмом)¹⁴⁹. Согласно постановлению Пленума Верховного Суда РФ от 09.07.2013 N 24 (ред. от 03.12.2013) «О судебной практике по делам о взяточничестве и об иных коррупционных преступлениях», в Российской Федерации правовую основу противодействия коррупции составляют Конституция Российской Федерации, общепризнанные принципы и нормы международного права, международные договоры Российской Федерации, Федеральный закон от 25 декабря 2008 года N 273-ФЗ «О противодействии коррупции», Федеральный закон от 7 августа 2001 года N 115-ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путём, и финансированию терроризма» и другие нормативные правовые акты, направленные на противодействие коррупции.

¹⁴⁴ Малько А.В. Коррупция как основная часть теневой юридической жизни общества: методология исследования //Современные разновидности российской и мировой преступности: состояние, тенденции, возможности и перспективы / Сб. науч. Трудов. Саратов, 2005. С. 337.

¹⁴⁵ Международное уголовное право в документах, в двух томах. Казань, 2005. Т. 1. С. 316 – 333.

¹⁴⁶ Международное уголовное право в документах, в двух томах. Казань, 2005. Т. 1. С. 339 – 391.

¹⁴⁷ См.: Коррупция в мире и международная стратегия борьбы с ней. Владивосток, 2004. С. 104.

¹⁴⁸ Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 31.12.2015.

¹⁴⁹ Центральный банк России регулярно адресует мировому банковскому сообществу информацию, касающуюся деятельности финансовых организаций в сфере противодействия легализации доходов, полученных преступным путём. В письме от 1 августа 2006 г. № 105 – Т (“О документах Вольфсбергской группы”) Центральный банк России сообщает, что в его руководстве рассматриваются основные факторы, влияющие на повышение риска отмывания денег. К их числу относится информация о том, что страна относится к странам с повышенным уровнем коррупции (наряду с другой преступной деятельностью). См.: Информационные ресурсы системы “КонсультантПлюс”.

Как отмечается в указанном выше постановлении Пленума Верховного Суда РФ, «в целях уголовно-правового обеспечения противодействия коррупции и в интересах выполнения международных обязательств Уголовный кодекс Российской Федерации устанавливает ответственность за совершение коррупционных преступлений. Среди них наиболее распространённым и опасным является взяточничество. Оно посягает на основы государственной власти, нарушает нормальную управленческую деятельность государственных и муниципальных органов и учреждений, подрывает их авторитет, деформирует правосознание граждан, создавая у них представление о возможности удовлетворения личных и коллективных интересов путём подкупа должностных лиц, препятствует конкуренции, затрудняет экономическое развитие».

Однако «взяточничество» не исчерпывает понятия «коррупция» и не тождественно понятию «коррупционное преступление». Ответственность за получение и дачу взятки, а также посредничество во взяточничестве предусмотрена статьями 290, 291 и 291¹ УК РФ, но в действующем уголовном законе отсутствует понятие «коррупционное преступление». По мнению И.Ю. Захватава и Л.И. Овчинниковой, необходимо закрепление в положениях Федерального закона от 25 декабря 2008 г. N 273-ФЗ "О противодействии коррупции" исчерпывающих перечней коррупционных административно-правовых деликтов и уголовно наказуемых деяний¹⁵⁰. Тем не менее, Федеральным законом от 25.12.2008 № 273-ФЗ «О противодействии коррупции» к понятию «коррупция» относятся:

- 1) злоупотребление служебными полномочиями (ст. 285 УК);
- 2) дача и получение взятки (ст.ст. 290, 291, 291¹ УК);
- 3) злоупотреблением полномочиями лицом, выполняющим управленческие функции в коммерческой или иной организации (ст. 201 УК), а также частными нотариусами и аудиторами (ст. 202 УК);
- 4) коммерческий подкуп (ст. 204 УК);
- 5) иное незаконное использование физическим лицом своего должностного положения вопреки законным интересам общества и государства в целях получения выгоды в виде денег, ценностей, иного имущества или услуг имущественного характера, иных имущественных прав для себя или для третьих лиц;
- 6) незаконное представление такой выгоды указанному лицу другими физическими лицами;
- 7) совершение всех, перечисленных выше, деяний от имени и в интересах юридического лица¹⁵¹.

¹⁵⁰ *Захватов И.Ю., Овчинникова Л.И.* О некоторых мерах, направленных на повышение эффективности правового обеспечения деятельности правоохранительных органов по учёту коррупционных преступлений // Административное право и процесс. 2015. N 12. С. 26 - 28.

¹⁵¹ «Собрание законодательства РФ», 29.12.2008 (ч. 1), ст. 6228.

Перечень деликтов, отнесённых законодателем к коррупционным, вызывает недоумение у некоторых российских учёных. Например, В.Н. Борков считает, что своекорыстные действия лиц, не имеющих отношения к публичной власти, нельзя трактовать как коррупционные. «В теории, - отмечает указанный автор, - сложилось представление о коррупции как о социальном явлении, заключающемся в разложении власти, когда государственные (муниципальные) служащие и иные лица, уполномоченные на выполнение государственных функций, используют своё служебное положение, статус и авторитет занимаемой должности в корыстных целях для личного обогащения или в групповых интересах.

От посягательств руководителей коммерческих организаций следует охранять не интересы службы в этих организациях, а права и законные интересы граждан и общества. Характер вреда, причиняемого руководителями коммерческих организаций, во многом схож с последствиями преступлений, совершаемых должностными лицами, наделёнными организационно-распорядительными и административно-хозяйственными полномочиями. Между тем социальный и уголовно-правовой интерес состоит в проведении чёткой границы между государством и частным бизнесом. Государство и коммерческие организации преследуют различные цели. Предпринимательская деятельность осуществляется с целью извлечения прибыли. В свою очередь, основной задачей государства является обеспечение безопасности личности, соблюдение интересов общества»¹⁵².

Нет оснований спорить с указанным выше автором по существу выдвинутых им тезисов, но лишь в той их части, которая касается вопроса разграничения объектов уголовно-правовой охраны (особенностей интересов публичной власти). Что же касается самого понятия «коррупция», то вряд ли есть основания ограничивать его трактовку одним лишь аспектом - «разложением публичной власти». Коррупция сегодня, действительно - социальное явление. Некоторые криминологи ставят вопрос даже о «бытовой» коррупции, т.е. поборах с населения, когда учителя собирают деньги, якобы на ремонт класса; представители родительского комитета в школах - на подарок учителю; врач из муниципального лечебного учреждения «с благодарностью» принимает от пациента дополнительную плату за оказание медицинской услуги и тому подобное. Эти «бытовые» денежные поборы с населения или отдельных лиц, находящихся в зависимости от исполнения другими лицами своих профессиональных или управленческих функций, сегодня не имеют уголовно-правового значения, но они имеют широкое распространение и воспринимаются населением как негативная сторона общественной жизни.

По существу, *объем понятия «коррупция» - политический, а не правовой вопрос.* Поэтому нельзя ограничивать задачи национальной (и международной) стратегии борьбы с коррупцией, государственной политики противодействия ей нашими

¹⁵² Борков В.Н. Коррупционное преступление как основной элемент системы коррупционных отношений // Современное право. 2015. N 4. С. 114 - 119.

догматическими представлениями о наказуемости должностных (и только должностных) преступлений.

При уяснении понятия «коррупция» необходимо различать задачи борьбы с коррупцией как социальным явлением и задачи борьбы с коррупционными преступлениями. Не все деликты, перечисленные в ФЗ «О противодействии коррупции» являются коррупционными преступлениями, а только те, которые предусмотрены в статьях 290, 291, 291¹, 204 УК (взяточничество и коммерческий подкуп - различаются по субъектам при тождественности объективных и субъективных признаков); статьях 285, 201, 202 УК (злоупотребления служебными полномочиями - имеют те же различия и сходства, что и преступления первой группы). С уголовно-правовой точки зрения, борьба с коррупцией обеспечивается лишь двумя инструментами: 1) установлением уголовно-правового запрета в Особенной части УК; 2) усилением наказуемости, т.е. ужесточением санкций в нормах Особенной части УК. Все эти механизмы задействованы и работают в указанных выше статьях УК РФ.

В таком случае, каким целям должно служить законодательное определение понятий «коррупция», «коррупционные преступления»? Эти определения служат решению политических государственных задач по противодействию коррупции. Например, решению этих задач служат ограничения, налагаемые на гражданина, замещавшего должность государственной или муниципальной службы, при заключении им трудового договора (ст. 12 ФЗ «О противодействии коррупции»); административная, гражданско-правовая и дисциплинарная ответственность физических лиц за коррупционные правонарушения. Согласно части 2 ст. 13 12 ФЗ «О противодействии коррупции», физическое лицо, совершившее коррупционное правонарушение, по решению суда может быть лишено в соответствии с законодательством Российской Федерации права занимать определённые должности государственной и муниципальной службы. Согласно ст. 14 этого закона, в случае, если от имени или в интересах юридического лица осуществляются организация, подготовка и совершение коррупционных правонарушений или правонарушений, создающих условия для совершения коррупционных правонарушений, к юридическому лицу могут быть применены меры ответственности в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Для этих целей, а также для целей статистического учёта коррупционных преступлений служит Указание Генпрокуратуры России N 65/11, МВД России N 1 от 01.02.2016 "О введении в действие перечней статей Уголовного кодекса Российской Федерации, используемых при формировании статистической отчётности". Согласно этому Указанию, к преступлениям коррупционной направленности относятся противоправные деяния, имеющие все перечисленные ниже признаки:

- наличие надлежащих субъектов уголовно наказуемого деяния, к которым относятся должностные лица, указанные в примечаниях к ст. 285 УК РФ, лица, выполняющие управленческие функции в коммерческой или иной организации, действующие от имени юридического лица, а также в некоммерческой организации, не являющейся государственным органом, органом местного

самоуправления, государственным или муниципальным учреждением, указанные в примечаниях к ст. 201 УК РФ;

- связь деяния со служебным положением субъекта, отступлением от его прямых прав и обязанностей;
- обязательное наличие у субъекта корыстного мотива (деяние связано с получением им имущественных прав и выгод для себя или для третьих лиц);
- совершение преступления только с прямым умыслом.

Исключением являются преступления, хотя и не отвечающие указанным требованиям, но относящиеся к коррупционным в соответствии с ратифицированными Российской Федерацией международно-правовыми актами и национальным законодательством, а также связанные с подготовкой условий для получения должностным лицом, государственным служащим и муниципальным служащим, а также лицом, выполняющим управленческие функции в коммерческой или иной организации, выгоды в виде денег, ценностей, иного имущества или услуги имущественного характера, иных имущественных прав либо незаконного представления такой выгоды.

Указанные выше критерии коррупционных преступлений обсуждались и в научной литературе. Г.К. Мишин определяет коррупцию как явление в сфере социального управления, выражающееся в злоупотреблении субъектами управления своими властными полномочиями путём их использования в личных (индивидуальных или групповых, материальных или иных) целях¹⁵³. Комиссаров В.С. считает, что коррупция – это использование субъектом управления властных полномочий вопреки интересам службы из личной заинтересованности¹⁵⁴. Г.Н. Борзенков определял коррупцию как социальное явление, заключающееся в разложении управленческого аппарата, основанное на использовании чиновниками своего служебного положения в корыстных целях¹⁵⁵. Аналогичного мнения придерживался Б.В. Волженкин, по мнению которого коррупция – это социальное явление, заключающееся в разложении власти, когда государственные (муниципальные) служащие и иные лица, уполномоченные на выполнение государственных функций, используют своё служебное положение и авторитет занимаемой должности в корыстных целях для личного обогащения или в групповых интересах¹⁵⁶. Все перечисленные позиции являются схожими. Они выделяют два существенных признака: 1) злоупотребление, т.е. деяние, совершенное лицом, уполномоченным властью и 2) корыстная или иная личная заинтересованность.

Согласно этой формуле, преступлением коррупционного характера можно считать любое должностное (или служебное) преступление, совершенное из корыстной или

¹⁵³ Мишин Г.К. Коррупция: понятие, сущность, меры ограничения. М., 1991. С. 12

¹⁵⁴ Комиссаров В.С. Уголовно-правовые аспекты борьбы с коррупцией // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 1993. С. 28.

¹⁵⁵ Борзенков Г.Н. Уголовно-правовые меры борьбы с коррупцией // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 1993. № 1. С. 30.

¹⁵⁶ Волженкин Б.В. Коррупция: Серия "Современные стандарты в уголовном праве и уголовном процессе". СПб, 1998. С. 8.

иной личной заинтересованности. Следовательно, таковым можно считать и злоупотребление служебными полномочиями в целях, например, хищения, присвоения, растраты. По формуле С.В. Максимова (включающего в число признаков коррупции и цели получения неимущественных выгод), преступлением коррупционного характера можно назвать и незаконное привлечение к уголовной ответственности, совершенное по служебным мотивам. Например, когда это преступление совершается с целью улучшить показатели раскрываемости преступлений для избежания служебного порицания или, напротив, для получения перспективы служебного роста. Памятуя о том, что круг преступлений коррупционного характера может быть определён только в результате анализа действующего УК РФ, приходится признать, что использование этой формулы приведёт к тому, что к рассматриваемой группе будут отнесены многие преступления, не имеющие связи ни с социальным значением коррупции, ни с этиологическими корнями обозначающего её термина.

Например, словари определяют смысл термина "коррупция" как "подкуп, продажность (от лат *corruptio* – подкуп) общественных и политических деятелей, должностных лиц"¹⁵⁷. Таким образом, с герменевтической точки зрения, смысл этого понятия сосредоточен именно на подкупе.

В аспекте нашего исследования это означает, что субъективный признак коррупции (корыстная заинтересованность) является не основным, а производным, выводимым из объективного признака – "подкупа". На признаке подкупа как существенной для определения коррупции акцентируют внимание другие авторы.

По мнению А.И. Долговой, коррупция – это социальное явление, характеризующееся подкупом (продажностью) государственных или иных служащих и на этой основе корыстным использованием ими в личных целях либо узкогрупповых, корпоративных интересах официальных служебных полномочий, связанных с ними авторитета и возможностей¹⁵⁸. Аналогичной позиции в определении коррупции придерживалась Н.Ф. Кузнецова¹⁵⁹.

Она согласуется с той, которая получила отражение в международно-правовых актах, ратифицированных Российской Федерацией, и в соответствии с которыми ожидаются изменения в российском уголовном законодательстве. Так, в главе II Конвенции Совета Европы об уголовной ответственности за коррупцию определяются следующие виды коррупционных преступлений: 1) активный подкуп национальных государственных должностных лиц (ст. 2); 2) пассивный подкуп национальных государственных должностных лиц (ст. 3); 3) подкуп членов национальных государственных собраний (ст. 4); 4) подкуп иностранных государственных должностных лиц и членов иностранных государственных собраний (ст.ст. 5 и 6); 5) активный и пассивный подкуп в частном секторе (ст.ст. 7 и 8); 6) подкуп должностных лиц международных организаций (ст. 9); 7) подкуп членов

¹⁵⁷ См.: Словарь иностранных слов. М., 1988. С. 256.

¹⁵⁸ Криминология: Учебник для юридических вузов / Под ред. А.И. Долговой, М., 1997. С. 501.

¹⁵⁹ Кузнецова Н.Ф. Коррупция в системе уголовных преступлений // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 1993. № 1. С. 21.

международных парламентских собраний (ст. 10); 8) подкуп судей и должностных лиц международных судов (ст. 11); 9) использование служебного положения в корыстных целях (ст. 12); 10) отмыwanie денег, полученных от коррупционных преступлений (ст. 13); 11) преступления, касающиеся операций со счетами (ст. 14)¹⁶⁰.

Дополнительным протоколом к Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию (от 15 мая 2003 г.) круг коррупционных преступлений расширен. В него дополнительно включены: 1) активный подкуп национальных третейских судей (арбитров); 2) пассивный подкуп национальных третейских судей (арбитров); 3) подкуп иностранных третейских судей (арбитров); подкуп национальных присяжных заседателей; 4) подкуп иностранных присяжных заседателей¹⁶¹.

Двенадцать из пятнадцати видов коррупционных преступлений, перечисленных в указанной выше Конвенции, трактуются исключительно как подкуп и различаются только по его субъектам.

Из общего ряда выделяются только такие преступления, при указании на которые подкуп не упоминается: использование служебного положения в корыстных целях, отмыwanie денег, полученных от коррупционных преступлений, и преступления, касающиеся операций со счетами. По мнению авторов монографии "Коррупция в мире и международная стратегия борьбы с ней", этим преступлениям присуща "несколько иная юридическая природа": в соответствии со ст.ст. 13 и 14 Конвенции речь идёт о самостоятельных преступлениях¹⁶².

Представляется, что это не совсем так. Например, в соответствии со ст. 14 Конвенции, под преступными операциями со счетами понимаются такие действия, целью которых является совершение или сокрытие коррупционных преступлений. Поскольку в ст.ст. 2 – 12 Конвенции коррупционными преступлениями называется подкуп различных субъектов, то становится очевидным, что к коррупционным преступлениям относятся только такие преступные операции со счетами, которые сопряжены с подкупом (совершаются в обстоятельствах подкупа). Так же и "отмыwanie денег" относится Конвенцией к преступлениям коррупционного характера только в связи с тем, что легализуемые доходы получены именно от этих преступлений (т.е. – в результате подкупа).

В связи с такой трактовкой (основанной на тексте документа) нет достаточных оснований для исключения из общего ряда преступлений с типичным признаком подкупа использования служебного положения в корыстных целях.

Во-первых, это преступление является логическим продолжением подкупа, а подкуп является, как правило, условием совершения указанного преступления и зачастую является его побудительной силой, определяющей содержание корыстного мотива служебного преступления.

¹⁶⁰ Конвенция Совета Европы об уголовной ответственности за коррупцию // Чистые руки. 1999. № 2. С. 69 – 79.

¹⁶¹ Международное уголовное право в документах, в двух томах. Казань, 2005. Т1. С. 334 – 335.

¹⁶² Коррупция в мире и международная стратегия борьбы с ней. Владивосток, 2004. С. 95.

Во-вторых, как уже отмечалось, негативное социальное значение коррупции определяется не только продажностью уполномоченных властью лиц, но, главным образом, теми последствиями, к которым эта продажность приводит. Все возможные негативные последствия продажности носителей публичных полномочий связаны со злоупотреблениями ими. Именно эти злоупотребления и их масштабы явились причиной выделения специфического вида преступности – коррупционной.

В этом аспекте нельзя не согласиться с теми авторами, которые первым существенным признаком коррупции называли деяние – злоупотребление соответствующего субъекта, которым имманентно присущ корыстный мотив.

Поэтому указание на такие злоупотребления (и их корыстные цели) в числе видов коррупционных преступлений является не исключением из общего правила, а его логическим продолжением. Представляется, что эти соображения могут служить основанием для вывода о том, что использование служебных полномочий в корыстных целях так же, как и другие коррупционные преступления, характеризуются связью с обуславливающим их подкупом.

Поскольку для определения коррупционного характера преступления его связь с обстоятельствами подкупа имеет существенное значение, *типичным признаком его субъективной стороны должен являться не любой личный, а именно корыстный мотив (корыстная цель)*. На основании изложенного можно сделать предварительный вывод о двух типичных альтернативных признаках преступлений коррупционного характера. К ним относятся: 1) *подкуп*; 2) *злоупотребление полномочиями в корыстных целях (из корыстной заинтересованности), сопряжённое с подкупом*.

Сведения об авторах:



Павел Головненков: Dr. iur. [доктор права], assessor iuris [ассессор права], 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 заместителем руководителя 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.

Контакт: golovnenkov@googlemail.com

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 более 70 работ.

Dr. iur. Pavel Golovnenkov ist 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 stellvertretender Leiter 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.

Контакт: golovnenkov@googlemail.com

Prof. Tatiana Ponyatovskaya ist Doktor der Rechtswissenschaften, Professorin am Lehrstuhl für Strafrecht an der Moskauer Staatlichen Juristischen O.E.Kutafin-Universität (MGJuA). Zu ihren Forschungsschwerpunkten gehören: Philosophie und Methodologie des Strafrechts; kriminal-politische 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 Ponyatovsakaya veröffentlichte über 70 wissenschaftliche Werke.

Правовое регулирование вопросов уголовной юрисдикции в киберпространстве

Rechtliche Regulierung der strafrechtlichen Jurisdiktion im Cyberspace

***Пармонова Светлана Леонидовна, д.ю.н., LL.M.
(Dr. Svetlana Paramonova, LL.M.)***

*сотрудник фонда Роберта Шумана
Служба научно-аналитических исследований
Европейского Парламента,
Брюссель, Бельгия
e-mail: s.paramonova82@gmail.com*

Der Artikel behandelt Probleme der strafrechtlichen Jurisdiktion im Cyberspace. Die online begangenen transnationalen Verbrechen erreichen eine neue Dimension und damit verlangen qualitativ neue Rechtslösungen.

Für die Internetkriminalität sind zwei Polaritäten charakteristisch: einerseits unbegrenzte Möglichkeiten im Internetraum, andererseits begrenzte Kontrolle mittels Strafrechts. In diesem Zusammenhang gehört die Frage der strafrechtlichen Jurisdiktion, insbesondere das Problem der Auslegung der legitimierenden Jurisdiktionsprinzipien unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Cyberspace, zu den komplexesten rechtlichen Problemen. Solche Charakteristiken von Cyberspace wie eine grenzüberschreitende Natur, Anonymität, hohe Datenübertragungsgeschwindigkeit sichern, dass die territorialen Grenzen der Staaten schnell überwindbar sind. Daher setzt die langfristige Lösung der strafrechtlichen Zuständigkeitsfragen die Berücksichtigung der neuen gesetzlichen sowie technischen Realität voraus.

Содержание

I. Актуальность проблемы

II. Постановка проблемы

III. Безграничные возможности киберпространства и национальная природа уголовного права

1. Интернет: характерные черты
2. Пределы юрисдикции национального уголовного права: Россия и Германия
 - a. «Юрисдикционные нормы уголовного права», их отличие от норм международного частного права
 - b. Объем применимого национального права

с. Уголовная юрисдикция - составляющая правовой основы применения уголовного закона. Национальная природа уголовной ответственности.

3. Предлагаемая схема решения вопросов уголовной юрисдикции с учетом особенностей Интернет-пространства

IV. Вывод

I. Актуальность проблемы

Транснациональные преступления - не новое явление, они существуют, по меньшей мере, уже несколько столетий. Среди них можно выделить пиратство, торговлю оружием, сбыт наркотиков. В современном мире различные виды киберпреступлений представляют собой самый яркий пример трансграничных правонарушений.¹ Интернет, приобретающий все большее значение в современной жизни, сопровождается новыми виртуальными возможностями, которые, однако, влекут за собой возрастающую правовую неопределенность и нестабильность.²

В отношении киберпреступности за последние годы ситуация во многих странах стремительно меняется. Интернет-преступность проникает в важнейшие социальные *сферы жизни*.³ Актуальные уголовно-правовые дискуссии связаны с распространением в Интернет-пространстве порнографии, в том числе детской, материалов насилия, также информации экстремистских террористических организаций.⁴ По-прежнему остается актуальным, особенно в российском Интернет-пространстве, нарушение авторских прав, незаконное использование компьютерных систем.⁵

Как следствие, актуализируются и проблемы правового регулирования происходящих изменений. В частности, вопроса о том, какое государство уполномочено в применении собственного национального уголовного права по отношению к трансграничным преступлениям.

Социальное, экономическое и политическое значение адекватных и эффективных методов уголовного преследования транснациональных Интернет-преступлений сложно переоценить как на национальном, так и на международном уровне. Мультимедийные возможности в ходе дальнейшего онлайн-бума охватывают все аспекты жизни и категории субъектов, величина потенциальных жертв и

¹ Paramonova, Svetlana. Challenges for Criminal Law and International Criminal Law in Cyberspace. In: Justice Report. Canadian Criminal Justice Association, 2014, Issue/Volume 29, N 4, pp. 26 – 29.

² Paramonova, Svetlana. Internationales Strafrecht im Cyberspace: Strafrechtliche Analyse der Rechtslage in Deutschland, Russland und den USA / Criminal Jurisdiction in Cyberspace: Legal Analysis of German, Russian, and US-American Law. Wiesbaden / Berlin, Springer-Verlag, 2013.

³ Лоскутов И. Сравнительный анализ международных норм законодательного регулирования Интернета в различных странах. Режим доступа: <http://www.medialaw.kz>.

⁴ Новая «Кибер-мафия» процветает и развивается (криминологическое исследование McAfee), IuK-Kriminalität, IT-TK-Security. Режим доступа: <http://www.vsw-service.com>; Ladeur, Zur Kooperation von staatlicher Regulierung und Selbstregulierung des Internet, ZUM 1997, 372 (373); Detlef Kröger, Marc A. Gimmy, Handbuch zum Internetrecht, Springer.

⁵ Harbort, Verbrechen im Cyberspace, Kriminalistik 1996, 194 (196).

экономических потерь постоянно возрастает. Именно поэтому данная проблематика имеет особую *социальную, правовую и экономическую* значимость.

Заинтересованность в «Интернет-безопасности» очевидна для *субъектов* различных уровней.⁶

В Интернет-пространстве совершаются разного рода преступления, в том числе, политического характера, которые непосредственно направлены против интересов *государства* и его политической стабильности. К таковым можно отнести, например, саботаж, распространение запрещенной законом информации, вербовку террористическими организациями своих участников, совершение актов, подрывающих авторитет государственных органов власти. Одним из таких примеров в российской «Интернет-практике» может служить создание фальшивого сайта Прокуратуры РФ, зарегистрированного как «www.gprf.info» в Чикаго. Содержание сайта состояло как из общедоступных сведений (выдержки из закона «О прокуратуре»), так и из материалов, призванных создать впечатление о коррумпированности сотрудников Генпрокуратуры.⁷

Число стран, которые по причинам разного рода осуществляют обширную практику регулирования национальных сегментов сети Интернет, ограничивая доступ к сети, в частности, к отдельным веб-сайтам, увеличивается быстрыми темпами в последние годы. К таким государствам относится, например, Китай. Эти страны опираются на аргументы, среди которых есть такие убедительные, как «обеспечение прав интеллектуальной собственности», «защита национальной безопасности», «сохранение культурных норм и религиозных ценностей», а также «ограждение детей от порнографии и эксплуатации». В ряде других государств обсуждаются вопросы принятия аналогичных мер.⁸

В частной сфере значение «Интернет-безопасности» нельзя переоценить для *юридических лиц*. Сверхактуальным вопросом является наличие информации о новых методах совершения киберпреступлений и возможностях проведения превентивных мер. Это обусловлено невероятными материальными потерями, которые несут организации в связи с появлением киберпреступности. Так, согласно исследованию института «Ponemon», 2013 г., из-за хакерских атак разного рода в среднем в мире потери малого или среднего бизнеса за один год составляют 8,46 миллионов евро. По Германии эта цифра составляет 5,76 миллионов евро.⁹ При этом следует учитывать, что реальные потери, безусловно, выше в силу того, что многие предприятия, в особенности банки, не заявляют в правоохранительные органы о совершенных кибератаках из-за риска потери репутации «надежного бизнеса». Согласно оценке

⁶ Paramonova, Svetlana. Internationales Strafrecht im Cyberspace: Strafrechtliche Analyse der Rechtslage in Deutschland, Russland und den USA / Criminal Jurisdiction in Cyberspace: Legal Analysis of German, Russian, and US-American Law. Wiesbaden / Berlin, Springer-Verlag, 2013.

⁷ «Ведомости», 02.10.2003, «Устинову сделали сайт».

⁸ Лоскутов И. Сравнительный анализ международных норм законодательного регулирования Интернета в различных странах. Режим доступа: <http://www.medialaw.kz>.

⁹ Cost of Cybercrime Study, 2013, Ponemon Institute:

http://media.scmagazine.com/documents/54/2013_us_ccc_report_final_6-1_13455.pdf.

консалтинговой фирмы Computer Economics, американские предприятия только за 2004 г. понесли убытки в размере 17 миллиардов долларов из-за преступлений, совершенных с помощью Интернета.¹⁰

Следует учитывать, что на сегодняшний день обеспечение безопасности информационных технологий (IT – information technology) при ведении бизнеса не ограничивается установлением антивирусной программы. Так, в Германии директор общества с ограниченной ответственностью (GmbH)¹¹ или совет директоров акционерного общества (AG)¹² не могут ссылаться на то, что о рисках подобного рода они не знали и не должны были знать. Не следует забывать, что предписанная законом добросовестность и заботливость в отношении ведения дел для любого предпринимателя и бизнесмена предполагает также своевременное распознавание и предотвращение рисков в области электронной обработки данных (EDV). Ведь при нарушении своих обязанностей по немецкому законодательству, в том числе и уголовную ответственность, могут понести и директор, и совет директоров.¹³

Благодаря техническому прогрессу, в частности, через Интернет-страницы, стало возможным (как для *физических*, так и для *юридических* лиц) за невероятно короткий срок обмениваться и получать значительные объемы информации из любой точки мира.¹⁴ Это ведет к тому, что, с одной стороны, для каждого Интернет-пользователя или провайдера открываются новые возможности получения информации, с другой, – растет зона риска, поскольку Интернет становится отчасти неконтролируемой правом зоной.

Думается, что актуальность проблемы, в том числе, для Российской Федерации, очевидна. Назрела необходимость внести соответствующие изменения в российское уголовное законодательство, касающиеся, в частности, уголовной юрисдикции Российской Федерации, в связи с объективными изменениями информационного общества.¹⁵ Необходимо, в частности, установить правила определения *места и времени совершения юридически значимых действий* при использовании Интернета и пределы допустимого правового регулирования в этой сфере.

¹⁰ Интернет-преступления приобретают все более изощренный характер (Internetverbrechen werden immer ausgeklügelter). Режим доступа: <http://www.itsecurityblog.de>.

¹¹ Закон «О ГмбХ», GmbH-Gesetz. Текст на немецком языке: <http://www.gesetze-im-internet.de/gmbhg/>.

¹² Закон «Об АО», AG-Gesetz. Текст на немецком языке: <http://www.gesetze-im-internet.de/aktg/>.

¹³ § 14 Уголовного Кодекса ФРГ от 15.05.1871 (deutsches Strafgesetzbuch), BGBl. I S.3322. Режим доступа законов online: <http://www.bmj.bund.de> : Bundesministerium der Justiz BRD (Министерство юстиции ФРГ). Можно вместо этой ссылки: Текст на немецком и английском языках: <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>. См. также См.: Головненков П.В. Уголовное уложение (Уголовный кодекс) Федеративной Республики Германия. Текст и научно-практический комментарий. 2-е издание. М.: Проспект 2014 г.

¹⁴ Paramonova, Svetlana. Challenges for Criminal Law and International Criminal Law in Cyberspace. In: Justice Report. Canadian Criminal Justice Association, 2014, Issue/Volume 29, N 4, pp. 26 – 29.

¹⁵ Markus Köhler/Arndt/Fetzer, Recht des Internet. 5. Auflage, Müller, Heidelberg, München, 2006. с. 2; Мартин Д., Информационное общество, Москва, 1990, с. 42; Терещенко Л.К., Правовой режим информации. Институт законодательства и сравнительного правоведения РФ, с.. 3, 7.

II. Постановка проблемы

При решении любой правовой ситуации с иностранным элементом, в особенности в отношении трансграничных преступлений, первый возникающий вопрос - это вопрос юрисдикции: какое государство имеет правовое основание применять в отношении уголовного дела собственное национальное право. Свои особенности имеют решения в рамках киберпространства.

В киберпространстве при совершении преступлений можно быстро и часто пересекать если не территориальные, то юрисдикционные границы государств.¹⁶ При этом жертвами могут становиться как, например, российские граждане от преступных действий иностранных нарушителей или же иностранные подданные могут пострадать от действий российских граждан. Возникает вопрос: должны ли объявляться применимыми уголовные правовые порядки множества государств, при том, что огромное количество информации, в том числе незаконной, имеющейся в Интернете, доступно из практически любой страны мира.¹⁷

Интернет-преступления, как уже упоминалось выше, касаются разнообразных жизненных сфер, могут совершаться разными способами и методами; они разнообразны по своей природе. Для того, чтобы решать вопросы юрисдикции, необходимо классифицировать Интернет-преступления. Как в зарубежной, так и российской доктрине¹⁸ существует множество классификаций, которые можно свести к четырем основным группам:

1. правонарушения, связанные с использованием Интернета для совершения традиционных преступлений (например, разжигание национальной розни, подлог; мошенничество, терроризм);

2. преступления против конфиденциальности, целостности и доступности компьютерных данных и систем (например, противозаконный доступ; перехват компьютерных данных; воздействие на функционирование компьютерной системы; противозаконное использование компьютерных программ, паролей, кодов доступа или иных аналогичных данных, с помощью которых может быть получен доступ к компьютерной системе в целом);

¹⁶ Paramonova, Svetlana. Boundlessness of Cyberspace vs. Limited Application of the National Criminal Law (on the example of Russian, US-American and German legal systems). International Cybercrime Court. Journal: Grigol Robakidze University Academic Digest, Law. Heft 2, Tbilisi, 2013, pp. 38 – 51.

¹⁷ Sieber U., NJW, 1999, 2066; Paramonova, Svetlana. Challenges for Criminal Law and International Criminal Law in Cyberspace. In: Justice Report. Canadian Criminal Justice Association, 2014, Issue/Volume 29, N 4, pp. 26 – 29; Paramonova, Svetlana. Internationales Strafrecht im Cyberspace: Strafrechtliche Analyse der Rechtslage in Deutschland, Russland und den USA / Criminal Jurisdiction in Cyberspace: Legal Analysis of German, Russian, and US-American Law. Wiesbaden / Berlin, Springer-Verlag, 2013.

¹⁸ Carter, D., Computer Crime Categories: How Techno-criminals Operate: <http://nsi.org/Library/Compsec/crimecom.html>; Sieber U., NJW, 1999, 2066; Eser A., Internet und Internationales Strafrecht, S. 303, 304; Зинина У.В., Преступления в сфере компьютерной информации. Автореферат, Москва, 2007; Карпов В. С., Уголовная ответственность за преступления в сфере компьютерной информации: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=120234>.

3. правонарушения, связанные с распространением незаконного содержания (правонарушения, связанные, прежде всего, с распространением детской порнографии, материалов экстремистского и ксенофобского содержания);

4. правонарушения, связанные с нарушением авторского права и смежных прав.

III. Безграничные возможности и ограниченный контроль

1. Интернет: специфические характеристики

Неограниченные возможности в Интернет-пространстве, с одной стороны, и ограниченный контроль уголовного права, с другой, - две полярности, которые характерны для Интернет-пространства.¹⁹

Интернет как средство совершения преступлений обладает **специфическими характеристиками**, среди которых выделяются: *разнообразие информации, высокая скорость передачи информации, трансграничность, анонимность*.²⁰ Совершение преступлений в Интернете может происходить мгновенно, за минимальный период времени (например, передача информации запрещенного содержания по E-mail). При этом в секунды могут пересекаться национальные границы многих государств; например, если один из соучастников отправляет информацию с компьютера, находящегося в РФ в Германию, пользуясь сервером, зарегистрированным в США.

Скорость и масштабность преступлений, совершаемых в киберпространстве, существенно отличает их от схожих правонарушений, совершаемых в области традиционных СМИ (газеты, журналы, телевидение, радио). В Интернете существует множество возможностей для совершения преступлений. В первую очередь, это передача незаконной информации через Web-страницы, E-mail, Usenet-News («дискуссионные группы», через которые размещается информация, доступная неопределенному числу пользователей), Chats, где участники могут оставаться полностью инкогнито. С учетом того, что на сегодняшний день в ряде стран, например, в Германии, существуют на легальном основании специальные службы²¹ по анонимизации IP²²-адресов компьютеров, для уголовного преследования преступлений в Интернете, в частности для установления юрисдикции государств, это связано с определенными проблемами. Если одна из основных характеристик, индивидуализирующих компьютер в сети, скрывается, то это значительно затрудняет расследование подобных преступлений. Поскольку IP-адреса компьютера сравнимы с

¹⁹ Paramonova, Svetlana. Challenges for Criminal Law and International Criminal Law in Cyberspace. In: Justice Report. Canadian Criminal Justice Association, 2014, Issue/Volume 29, N 4, pp. 26 – 29; Paramonova, Svetlana. Boundlessness of Cyberspace vs. Limited Application of the National Criminal Law (on the example of Russian, US-American and German legal systems). International Cybercrime Court. Journal: Grigol Robakidze University Academic Digest, Law. Heft 2, Tbilisi, 2013, pp. 38 – 51 (Engl.).

²⁰ Barton, Multimedia-Strafrecht. Ein Handbuch für die Praxis, Neuwied 1999, S. 8; Лоскутов И. Сравнительный анализ международных норм законодательного регулирования Интернета в различных странах. Режим доступа: <http://www.medialaw.kz>.

²¹ Ganz einfach: anonym im Internet surfen: http://www.computerbild.de/artikel/cb-Ratgeber-Kurse-Internet-Anonym-im-Internet-surfen_2206076.html (Anonymisierungsdienste oder –Programme).

²² IP-address (Internetprotocol-address).

телефонными номерами, каждый компьютер имеет в сети свой собственный уникальный номер, с помощью которого он определяем в киберпространстве.²³

2. Пределы юрисдикции национального уголовного права: Россия и Германия

а. «Юрисдикционные нормы уголовного права», их отличие от норм международного частного права

Национальное уголовное право по сравнению с Интернет-возможностями действует **в пределах своей юрисдикции**.²⁴ Здесь: уголовная юрисдикция включает в себя расследование, вынесение судебного решения и исполнение приговора в отношении соответствующего уголовного дела. В первую очередь, юрисдикция государства распространяется на территорию государства, что свидетельствует о его суверенитете (*территориальный принцип*: ст. 11 УК РФ; § 3 УК ФРГ).²⁵

Другим базовым принципом наряду (или самостоятельно), в зависимости от внутреннего законодательства, является *принцип гражданства* (распространение норм национального уголовного права на собственных граждан и постоянно проживающих на ее территории лиц независимо от места совершения преступления - ст. 12 УК РФ; §§ 5-7 УК ФРГ). Например, в Германии основополагающим принципом до 1975 г. был принцип гражданства.²⁶ В зависимости от национального законодательства существует ряд других принципов, определяющих действие национального уголовного закона.²⁷

Нормы, регламентирующие применение уголовного права - пределы юрисдикции, - относятся к материи национального права.²⁸ В этом исследовании назовем их **«юрисдикционные нормы уголовного права»**. Главное назначение данных норм – устанавливать правовые основания распространения уголовной юрисдикции соответствующего государства в случае совершения преступления. Регламентация

²³ Koch, Internet-Recht, München, 1998, S. 551.

²⁴ Парамонова, С.Л. Территориальный принцип в киберпространстве: сравнительно-правовой анализ законодательства России и Германии. Deutsch-Russische Juristenvereinigung e.V., Германно-Российская ассоциация юристов. «Сборник статей о праве Германии», выпуск № 1 (2015): <http://www.drjv.org/index.php/literatur.html>. с. 340-350; Paramonova, Svetlana L.: Challenges for Criminal Law and International Criminal Law in Cyberspace. In: Justice Report. Canadian Criminal Justice Association, 2014, Issue/Volume 29, N 4, pp. 26 – 29.

²⁵ Парамонова, С.Л. Уголовная юрисдикция в Интернет-пространстве: территориальный принцип в российском и немецком законодательстве / Criminal Jurisdiction in Cyberspace: Principle of Territoriality According to the Russian and German Legislation. 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, Issue/Volume 4, pp. 77 – 84.

²⁶ Подробнее см.: Н. Jescheck/Т. Weigend, Starfrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin 1996, S. 171 ff.; D., Internationales Strafrecht, 2. Auflage, Köln 1982, S. 1 ff..

²⁷ См. подробнее о юрисдикционных принципах: Paramonova, Svetlana. Internationales Strafrecht im Cyberspace: Strafrechtliche Analyse der Rechtslage in Deutschland, Russland und den USA / Criminal Jurisdiction in Cyberspace: Legal Analysis of German, Russian, and US-American Law. Wiesbaden / Berlin, Springer-Verlag, 2013.

²⁸ См. спор по поводу международной уголовно-правовой специфики: Eser, A. Internet und internationales Strafrecht, Heidelberg, Müller, 2002, S. 305; Kai Ambos, Internationales Strafrecht, Rn. 1-5.

данных норм содержится в ст. 11-13 УК РФ в российском и в §§ 3-9 УК ФРГ в немецком законодательстве.²⁹

Следует отметить принципиальное отличие «юрисдикционных норм уголовного права» (одностороннего коллизионного права³⁰) от норм **международного частного права (МЧП)**, так называемого "настоящего коллизионного права".³¹ МЧП для каждого конкретного случая с помощью коллизионных привязок³² (например, место жительства лица) определяет применимое право. Так, учитываются коллизионные нормы других государств, как следствие, применимым правом может объявляться не только собственное национальное право, но и зарубежное. «Юрисдикционные нормы уголовного права», напротив, предусматривают исчерпывающие случаи применения собственного внутреннего законодательства, не принимая во внимание юрисдикционных норм других государств.

в. Объем применимого национального права

Применимым, согласно юрисдикционным нормам как немецкого, так и российского права, может быть только соответствующее **национальное право**.³³ Однако, в практике других стран встречаются случаи применения государством иностранного уголовного права. В частности, в 2003 г. году Верховный суд Израиля, вынося решение по одному из уголовных дел, обратился к российскому уголовному праву.³⁴

При этом под немецким применимым уголовным правом понимается совокупность всех уголовных норм ФРГ (в границах объединенной Германии, на основании ст. 1 Договора об объединении).³⁵ Наряду с УК ФРГ, сюда включаются дополнительные уголовные законы (Nebenstrafrecht), где могут содержаться новые составы преступлений.³⁶ Под российским уголовным правом понимаются не только нормы, закрепленные в УК РФ, но также дополнительные уголовно-правовые нормы. Однако, что касается материального уголовного права, согласно п. 1 ст. 1; п. 1 ст. 3 УК РФ, новые законы, предусматривающие уголовную ответственность, подлежат включению в УК РФ. Т.е. все составы преступления должны быть отражены в УК РФ, а не в каких-

²⁹ Парамонова, С.Л. Территориальный принцип в киберпространстве: сравнительно-правовой анализ законодательства России и Германии, «Сборник статей о праве Германии, выпуск № 1 (2015): <http://www.drjv.org/index.php/literatur.html>, с. 340-350.

³⁰ Jeschek/Weigend, Allgemeiner Teil SR, S. 163; Schroeder, DA 68, 353; Lehle, Der Erfolgsbegriff und die deutsche Strafrechtzuständigkeit im Internet, S. 31.

³¹ Kai Ambos, Internationales Strafrecht, Rn. 2,3.

³² Богуславский М.М. МЧП. Учебник. - М., 2001. МЧП: Учебник для вузов/Под ред. доктора юридических наук Н. И. Марышевой. -М.: Юридическая фирма «КОНТРАКТ», «ИНФРА-М», 2000; МЧП: Учебник./Под ред. доктора юридических наук Г.К.Дмитриевой. - М., 2000; Kai Ambos, Internationales Strafrecht, Rn. 2; Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht, S. 316.

³³ Paramonova, Svetlana. Internationales Strafrecht im Cyberspace: Strafrechtliche Analyse der Rechtslage in Deutschland, Russland und den USA / Criminal Jurisdiction in Cyberspace: Legal Analysis of German, Russian, and US-American Law. Wiesbaden / Berlin, Springer-Verlag, 2013; ders. Challenges for Criminal Law and International Criminal Law in Cyberspace. In: Justice Report. Canadian Criminal Justice Association, 2014, Issue/Volume 29, N 4, pp. 26 – 29.

³⁴ Марат Дорфман, Право и Полиика, №11, 2006, – Применение российского уголовного права Верховным судом Израиля (дело по обвинению А. Любарского).

³⁵ См. Н. Troendle. Strafgesetzbuch und Nebengesetze. 48. Auflage. Muenchen, 1997. S. 23.

³⁶ Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 44.

либо иных законах.³⁷ Так, к уголовно-правовому нарушению, в том числе, через Интернет, авторских прав будет применяться ст. 146, 147 УК РФ или соответственно §§ 106-111 «Закона об авторских правах» Германии³⁸, где предусмотрена уголовная ответственность за данные виды преступлений.

с. Уголовная юрисдикция - составляющая правовой основы применения уголовного закона. Национальная природа уголовной ответственности.³⁹

Итак, при установлении *уголовной юрисдикции* какого-либо государства решается следующий вопрос: какое государство уполномочено применять в отношении уголовного дела собственное национальное право.⁴⁰ Однако, указание на юрисдикцию того или иного государства еще не означает, что это деяние будет подлежать уголовной ответственности по законодательству данной страны. Установление и положительное решение о применении юрисдикции - это первое, но не единственное условие, которое должно быть соблюдено, чтобы лицо понесло уголовную ответственность в данном государстве.

Второе условие - *деяние должно преследоваться по уголовному закону* данной страны - должно быть также соблюдено. По российскому или немецкому законодательству это выражается в закреплении определенного состава преступления в национальном уголовном законе, например, в Особенной части УК РФ. Это положение вытекает из принципа законности: "нет наказания без закона" (ст. 3 УК РФ; § 1 УК ФРГ).⁴¹ Отсутствие первого или второго условия свидетельствует о том, что нет легитимационного (здесь: законного) основания применения соответствующего национального права.

Таким образом, если вопрос о юрисдикции решен и государство имеет право применить свое уголовное законодательство, то для этого ему необходимо правовое основание в виде криминализированного деяния в национальном законодательстве. При соблюдении двух данных условий наступает уголовная ответственность. Она носит национальный характер. Ведь если процесс расследования и сбора доказательств может происходить с помощью других государств, международных организаций, например, на основании двусторонних соглашений о помощи в расследовании

³⁷ Paramonova, Svetlana. Concept and systematization of the criminal offense in Russia. In: Sieber, U. / Forster, S. / Jarvers, K. (ed(s).): National Criminal Law in a Comparative Legal Context. Volume 3.1: Defining criminal conduct. Berlin, Duncker & Humblot, 2011, pp. 86 – 97; ders. Principle of legality in Russia. In: Sieber, U. / Forster, S. / Jarvers, K. (ed(s).): National Criminal Law in a Comparative Legal Context. Volume 2.1: General limitations on the application of criminal law. Berlin, Duncker & Humblot, 2011, pp. 103 – 117.

³⁸ Urheberrechtsgesetz (Закон об авторских правах) vom 9. September 1965, BGBl. I S. 1273. Текст на немецком и английском языках: <https://www.gesetze-im-internet.de/urhg/>.

³⁹ Paramonova, Svetlana. Boundlessness of Cyberspace vs. Limited Application of the National Criminal Law (on the example of Russian, US-American and German legal systems). International Cybercrime Court. Journal: Grigol Robakidze University Academic Digest, Law. Heft 2, Tbilisi, 2013, pp. 38 – 51.

⁴⁰ Oehler D., Internationales Strafrecht, S. 134, 135.

⁴¹ Paramonova, Svetlana. Principle of legality in Russia. In: Sieber, U. / Forster, S. / Jarvers, K. (ed(s).): National Criminal Law in a Comparative Legal Context. Volume 2.1: General limitations on the application of criminal law. Berlin, Duncker & Humblot, 2011, pp. 103 – 117.

уголовных дел, то на стадии назначения наказания и исполнения приговора должно быть определено применимое национальное право государства.

В настоящее время не существует международной уголовной юстиции и международных пенитенциарных средств исполнения приговоров по уголовным делам.⁴² Исключением является механизм исполнения наказаний и криминализация ограниченного числа деяний преступления против мира и безопасности человечества в силу межгосударственных соглашений универсального характера, в частности, Римского Статута⁴³. Также факт образования и деятельности двух специальных международных военных трибуналов — Нюрнбергского и Токийского, — а также возможность учреждения международных судебных инстанций на основе международных соглашений — явление редкое, исключительное. Оно не меняет общего правила о том, что уголовная ответственность индивидов наступает на основании **национального уголовного права** государств, и уголовные деяния, подпадающие под юрисдикцию соответствующего государства, подсудны национальным судам с соблюдением национальных процессуальных норм.⁴⁴

Таким образом, для привлечения к уголовной ответственности в отношении преступлений с иностранным элементом необходимо:

-во-первых, положительное решение о применении уголовной юрисдикции государства (*легитимационное или правовое основание юрисдикции*);

-во-вторых, криминализация деяния по национальному уголовному праву соответствующего государства (*легитимационное или правовое основание уголовной ответственности*).

Одна из основных проблем, которая возникает при решении юрисдикционных конфликтов в киберпространстве при совершении трансграничных преступлений это то, что потенциально множество государств имеют правовое основание на применение своей уголовной юрисдикции.

3. Предлагаемая схема⁴⁵ решения вопросов уголовной юрисдикции с учетом особенностей Интернет-пространства

В данной работе анализируется первая стадия - легитимационное основание юрисдикции.

В рамках этого вопроса существует ряд проблем, которые можно разделить на две основные группы:

⁴² См. Paramonova, Svetlana. Challenges for Criminal Law and International Criminal Law in Cyberspace. In: Justice Report. Canadian Criminal Justice Association, 2014, Issue/Volume 29, N 4, pp. 26 – 29.

⁴³ Текст Римского статута, распространенного в качестве документа A/CONF.183/9 от 17 июля 1998 года. Статут вступил в силу 1 июля 2002 года: [http://www.un.org/russian/law/icc/rome_statute\(r\).pdf](http://www.un.org/russian/law/icc/rome_statute(r).pdf).

⁴⁴ Paramonova, Svetlana. Internationales Strafrecht im Cyberspace: Strafrechtliche Analyse der Rechtslage in Deutschland, Russland und den USA / Criminal Jurisdiction in Cyberspace: Legal Analysis of German, Russian, and US-American Law. Wiesbaden / Berlin, Springer-Verlag, 2013.

⁴⁵ Смотреть подробнее: Paramonova, Svetlana. Internationales Strafrecht im Cyberspace: Strafrechtliche Analyse der Rechtslage in Deutschland, Russland und den USA / Criminal Jurisdiction in Cyberspace: Legal Analysis of German, Russian, and US-American Law. Wiesbaden / Berlin, Springer-Verlag, 2013.

1. Решение **юрисдикционного конфликта в количественном аспекте**: когда ни одно государство не претендует на распространение своей юрисдикции (*негативный юрисдикционный конфликт*) или о применении своего национального уголовного права заявляет более, чем одно государство (*позитивный юрисдикционный конфликт*).⁴⁶

2. В **содержательном аспекте в юрисдикционном конфликте** можно выделить три уровня:

а.) Принципы, **закрепленные в национальных нормах уголовного права**, на основе которых решаются пределы распространения юрисдикции того или иного государства, разнятся в зависимости от данных предписаний.

б.) Второй уровень проблемы юрисдикционного конфликта в содержательном аспекте заключается в том, что если даже базовые принципы определения юрисдикции по национальному законодательству некоторых стран совпадают, то их **интерпретация** в доктрине и судебной практике может в значительной степени разниться. Например, территориальный принцип (ст. 11 УК РФ; § 3 УК Германии⁴⁷; § 3.3 УК Швейцарии⁴⁸), принцип гражданства (ст. 12 УК РФ; §§ 5-7 УК Германии; § 3 УК Швейцарии⁴⁹), универсальный принцип (§ 6 УК Германии; п. 2 b § 7.3 УК Швейцарии), являются базовыми юрисдикционными принципами для большинства стран.

с.) В отношении киберпреступлений появляется дополнительный уровень, связанный с **толкованием традиционных юрисдикционных принципов в национальном законодательстве с учетом особенностей Интернета**.

Так, категорию "место совершения преступного действия" (фактически территорию совершения преступления) в Интернет-преступлениях может характеризовать широкий спектр критериев.⁵⁰

Это может быть или место, где зарегистрирован компьютер, с которого производились преступные действия, или место наступления последствий, или место

⁴⁶ W. Brenner, Bert-Jaap Koops, Approaches to Cybercrime Jurisdiction, 4 J. High Tech. L. 1 (2004), p. 5 ff.

⁴⁷ 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: <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>. См. также См.: Головненков П.В. Уголовное уложение (Уголовный кодекс) Федеративной Республики Германия. Текст и научно-практический комментарий. 2-е издание. М.: Проспект 2014 г.

⁴⁸ Уголовный Кодекс Швейцарии (Schweizerisches Strafgesetzbuch), in Kraft seit 1. Jan. 2007 (AS 2006 3459 3535; BBl 1999 1979): http://www.admin.ch/d/sr/311_0/index1.html.

⁴⁹ Уголовный Кодекс Швейцарии (Schweizerisches Strafgesetzbuch), in Kraft seit 1. Jan. 2007 (AS 2006 3459 3535; BBl 1999 1979): http://www.admin.ch/d/sr/311_0/index1.html.

⁵⁰ Парамонова, С.Л. Территориальный принцип в киберпространстве: сравнительно-правовой анализ законодательства России и Германии. Deutsch-Russische Juristenvereinigung e.V. Германно-Российская ассоциация юристов. Сборник статей о праве Германии (Ein Sammelband in russischer Sprache zum aktuellen deutschen Recht), выпуск № 1 (2015): <http://www.drjv.org/index.php/literatur.html>. С. 340-350; Paramonova, Svetlana, Challenges for Criminal Law and International Criminal Law in Cyberspace. In: Justice Report. Canadian Criminal Justice Association, 2014, Issue/Volume 29, N 4, pp. 26 – 29.

совершения действий. Возможны сочетания данных признаков. Интерпретация традиционных категорий уголовного права усложняется и получает разнообразные толкования в Интернет-пространстве.

IV. Вывод

Транснациональные преступления, совершаемые онлайн, приобретают качественно новые масштабы и тем самым новые правовые очертания.

В данном контексте одной из самых сложных правовых задач является проблема уголовной юрисдикции, в частности, в связи с толкованием юрисдикционных принципов с учетом особенностей киберпространства. К таковым относятся трансграничность, анонимность, высокая скорость передачи информации.

Долгосрочное решение в отношении уголовной юрисдикции, принимающее во внимание объективные технические изменения, возможно только с учетом складывающейся новой правовой реальности. Суть ее заключается в том, что уголовное право, основываясь на национальной природе криминализации деяний и уголовной ответственности, не имеет достаточных уголовно-правовых механизмов контроля за безграничными возможностями, которые предоставляет киберпространство.

Об авторе:



Парамонова Светлана Леонидовна (Svetlana Paramonova), LL.M., доктор права, сотрудник фонда Роберта Шумана (Служба научно-аналитических исследований Европейского Парламента), Брюссель, Бельгия. С 2015 по 2017 гг. была старшим научным сотрудником Университета г. Загреба, Хорватия, кафедра уголовного права (фонд Мари Кури). С 2008 по 2015 гг. Светлана являлась старшим научным сотрудником 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.). В круг ее научных интересов входит международное право, в том числе международное уголовное право, права человека, инвестиционное право, биоэтика, 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, итальянского и испанского языков.

E-mail: s.paramonova82@gmail.com

Dr. Svetlana Paramonova, LL.M. ist Mitarbeiterin der Robert-Schuman-Stiftung, Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments. Sie 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. Von 2008 bis 2015 war Svetlana Paramonova als wissenschaftliche Referentin 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. Von 2015 bis 2017 war sie wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Zagreb, Kroatien, und Marie-Curie Postdoc Fellow. Zu ihren Forschungsschwerpunkten zählen Menschenrechte, Cybercrime, Investitionsrecht, (Straf)rechtsvergleichung, Internationales (Straf)recht, Bioethik, Russisches Straf- und Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie.

E-mail: s.paramonova82@gmail.com

РАЗДЕЛ 5.

ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРАВО. РАЗРЕШЕНИЕ СПОРОВ

Основные аспекты системы международной подсудности по Регламенту Брюссель Ia (*Д-р Ольга Кылина*), с. [366](#)

Роль адвоката в немецком гражданском процессе: взгляд из практики (*Д-р Христина Майер*), с. [388](#)

Институт медиации в Германии. Краткое введение (*Анастасия Ермола*), с. [395](#)

Финансирование правовых споров в Германии (*Ольга Хартунг-Афифи*), с. [427](#)

Основные аспекты системы международной подсудности по Регламенту Брюссель Ia

Grundlegendes zum System der internationalen Zuständigkeit nach der Brüssel Ia-Verordnung

Др. Ольга Кылина, LL.M. (Passau)

Der Beitrag verschafft einen Überblick über die grundlegenden Institute der revidierten Brüssel Ia-Verordnung im Ausschnitt der internationalen Entscheidungszuständigkeit. Eingangs wird die Geschichte der schrittweisen Europäisierung der nationalen IZVR-Systeme kurz dargestellt. Danach wird der Geltungsbereich der Brüssel Ia-Verordnung umgerissen. Die darauf folgenden Abschnitte informieren über das System der internationalen Zuständigkeit nach der Verordnung. Geschildert werden die Institute der allgemeinen, besonderen, ausschließlichen Zuständigkeit sowie der Zuständigkeit für zusammenhängende Ansprüche und Zuständigkeit auf Grund einer Gerichtsstandsvereinbarung. Unter den alternativen Gerichtsständen werden der Vertrags- sowie Deliktsgerichtsstand angesichts ihrer hohen Praxisrelevanz ausführlich dargestellt. Näher betrachtet werden darüber hinaus besonders wichtige Aspekte bezüglich der Gerichtsstandsvereinbarungen.

I. Введение

Настоящая статья предлагает обзор системы международной подсудности по Регламенту (ЕС) № 1215/2012 Европейского Парламента и Совета от 12.12.2012 года о подсудности, а также о признании и исполнении решений по гражданским и торговым делам¹, и освещает таким образом один из двух крупных блоков, которые закреплены в данном документе. В кругу профессионалов данный правовой документ, с учетом места его принятия, принято называть Регламентом Брюссель Ia (далее по тексту - Регламент Брюссель Ia или Регламент). Регламент Брюссель Ia является ключевым правовым актом² в международном гражданском процессуальном праве стран Европейского Союза. Под международным гражданским процессуальным правом понимается отрасль, регламентирующая процессуальные вопросы при разрешении гражданских дел с иностранным элементом.³ В глобальном мире с его постоянно расширяющимися

¹ Название на немецком: Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen. Текст документа доступен на одном из официальных языков Европейского союза по ссылке: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX%3A32012R1215>.

² von Hein, Die Neufassung der Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung (EuGVVO), IPRax 2013, 97.

³ Linke/Hau, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 1.1.

возможностями трансграничного ведения бизнеса и трансграничной организации частной жизни дела с иностранным элементом стали важной частью ежедневной адвокатской и судебной практики. При этом в русскоязычной правовой литературе внимание вопросам международного гражданского процессуального права уделяется только эпизодически, что до настоящего времени не позволило создать стройную и завершённую систему знаний об освещаемом здесь предмете. Именно эта все более повышающаяся значимость дел с иностранным элементом, с одной стороны, и существенная недостаточность освещения вопросов международного гражданского процесса в российской правовой литературе, с другой стороны, предопределили выбор тематики для настоящей статьи и ее формат не подробного исследования одного из аспектов международного гражданского процессуального права, а вводного (неисчерпывающего) обзора.

Поскольку регламенты⁴ Европейского союза – это акты прямого действия, они, как правило, становятся неотъемлемой частью правовых систем стран-участниц. Для отрасли международного гражданского процессуального права стран ЕС источники именно европейского права являются на сегодняшний день наиболее значимыми, наряду с национальными правилами и источниками международного права (конвенции различных направленности, значения и объема). Доминирование актов европейского права связано с тем, что после вступления в силу 01.05.1999 года Амстердамского договора Европейским сообществам была передана компетенция в том числе и по вопросам сотрудничества в сфере юстиции по гражданским делам (ранее ст. 65 Договора от 25.03.1957 об основании Европейского сообщества⁵, сегодня⁶ (после переименования) ст. 81 Договора об организации работы Европейского союза⁷). Эта компетенция была активно использована, и за довольно короткий срок на европейском уровне было принято множество регламентов и директив⁸ в тех областях, которые ранее регулировались исключительно международными договорами.⁹ Так называемая европеизация международного гражданского процессуального права (нем.: *Europäisierung des IZVR*) достигла широкого размаха и в настоящее время характерна для всех его важных областей.¹⁰ Таковыми являются, в частности, международная подсудность, признание и приведение в исполнение решений иностранных судов, положение иностранных участников гражданского процесса, вопросы вручения судебных поручений и сбора доказательств за рубежом (вопросы правовой помощи), координация параллельных процессов. На практике наиболее актуальными являются

⁴ Нем.: Verordnung; англ.: Regulation.

⁵ Название на немецком: Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft v. 25.03.1957.

⁶ Начиная с 01.12.2009.

⁷ Название на немецком: Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

⁸ Нем.: Richtlinie; англ.: Directive.

⁹ Linke/Hau, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 1.8.

¹⁰ Linke/Hau, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 1.8; Schack, Die Entwicklung des europäischen Internationalen Zivilverfahrensrechts, FS Leibold, 2009, S. 317 ff.; Wagner, Fünfzehn Jahre justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen, IPRax 2014, 217 ff.

при этом вопросы международной подсудности и действия судебных решений за рубежом.¹¹ Именно эти вопросы регулирует Регламент Брюссель Ia.

II. История Регламента Брюссель Ia

Уже на этапе создания Европейских экономических сообществ у нормотворцев существовало понимание, что функционирование единого рынка весьма затруднительно без «свободного движения» судебных решений в границах Европы. Свое первое воплощение идея упорядоченного трансграничного правового движения в сфере гражданского и торгового оборота нашла в Брюссельской конвенции о подсудности и исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам¹², заключенной в 1968 году (далее - Брюссельская конвенция). Данная конвенция действовала начиная с 01.02.1973 года в отношении шести стран-основательниц ЕЭС. В дальнейшем она распространила свое действие также и на все иные страны, присоединившиеся к европейскому пространству. Хотя Брюссельская конвенция еще не была актом европейского права, она заложила фундамент существующих сегодня европейских правил международного гражданского процесса.

Реализуя компетенцию по вопросам сотрудничества в сфере юстиции по гражданским делам, открытую Амстердамским договором, Совет Европейского союза принял Регламент (ЕС) № 44/2001 Европейского парламента и Совета от 22.12.2000 года о подсудности, а также о признании и исполнении решений по гражданским и торговым делам, получивший наименование «Регламент Брюссель I» (нем. сокращение: EuGVVO или EuGVO). Посредством данного акта положения Брюссельской конвенции были «перенесены» в европейское правовое поле.

Новым витком развития в праве международной подсудности и признания иностранных судебных решений стал пересмотр положений Регламента Брюссель I. Хотя в кругах профессионалов Регламент Брюссель I считался очень успешным правовым инструментом,¹³ в свете общего интенсивного правового развития в гражданско-процессуальной области и с учетом накопленного опыта его применения возникла потребность в его ревизии. Широкомасштабные планы по реформированию и длившиеся в этой связи более трех лет дискуссии были направлены на консолидацию и усовершенствование существовавших ранее правил.¹⁴ В области международной подсудности планировалось расширить сферу применения Регламента, в том числе и на ответчиков с местом нахождения в третьих странах.¹⁵ Таким образом, за положениями национального права предполагалось сохранить только очень ограниченную сферу

¹¹ *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 1.1.

¹² Название на немецком: Übereinkommen von Brüssel über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen.

¹³ *von Hein*, Die Neufassung der Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung (EuGVVO), IPRax 2013, 97.

¹⁴ *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 1.27.

¹⁵ Целесообразность такого решения на будущее время подробно обосновывает *Domej*, Die Neufassung der EuGVVO. Quantensprünge im europäischen Zivilprozessrecht, *RabelsZ* 78 (2014), 524 f.

применения.¹⁶ Фактически в текст нового Регламента Брюссель Ia вошли только немногочисленные предложения разработчиков реформы. По большинству вопросов Европейский парламент расценил инициативы реформаторов как слишком поспешные, в связи с чем принципиальных изменений внесено не было.¹⁷

III. Сфера применения Регламента Брюссель Ia

1. На какие категории дел распространяет свое действие Регламент?

Согласно ст. 1 абз. 1, Регламент Брюссель Ia применяется в отношении гражданских и торговых дел вне зависимости от вида судопроизводства. Для определения объема понятия «гражданское и торговое дело» (нем.: «Zivil- und Handelssache») Европейский Высший суд¹⁸ применяет автономную интерпретацию¹⁹ и исходит при этом из природы правоотношений сторон и предмета правового спора. На основании данных критериев понятие «гражданское и торговое дело», как правило, толкуется расширительно, а перечисленным в ст. 1 абз. 1 предл. 2 Регламента изъятиям из гражданских и торговых дел (налоговые и таможенные дела, административно-правовые дела, дела в отношении ответственности государства за действия или бездействие при исполнении публичных функций), напротив, дается узкая интерпретация.²⁰ Например, дело было признано относящимся к категории гражданского в ситуации, когда государственный орган ошибочно выплатил гражданину более высокую сумму по сравнению с суммой, причитающейся последнему на основании публично-правовых норм, а затем обратился за взысканием излишне уплаченного на основании гражданско-правовых норм о неосновательном обогащении.²¹

Далее, в ст. 1 абз. 2 Регламента перечислены изъятия из сферы его применения. Так, применяться будут не правила Регламента, а национальное право, если предметом процесса является семейное или наследственное дело, дело о несостоятельности, споры в отношении социальной безопасности. За рамками действия Регламента остались также вопросы коммерческого арбитража. Большинство выведенных из сферы действия Регламента вопросов урегулированы самостоятельными актами европейского права,²² применимость которых в конкретной ситуации должна быть отдельно

¹⁶ Domej, Die Neufassung der EuGVVO. Quantensprünge im europäischen Zivilprozessrecht, *RabelsZ* 78 (2014), 521.

¹⁷ Domej, Die Neufassung der EuGVVO. Quantensprünge im europäischen Zivilprozessrecht, *RabelsZ* 78 (2014), 522.

¹⁸ Нем.: Europäischer Gerichtshof (EuGH); англ.: European Court of Justice (ECJ), см.: <http://curia.europa.eu/>.

¹⁹ То есть интерпретацию, разработанную именно для этого правового документа, в свете его целей, истории принятия и действия, системных и структурных связей между институтами и нормами. Такое толкование может существенно отличаться от толкования аналогичных понятий в отдельно взятом национальном праве. Автономное толкование служит гарантией унифицированного применения норм европейского права во всех государствах-участниках, вне зависимости от особенностей национальной правовой системы.

²⁰ Linke/Hau, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 6. Auflage, 2015, Rn. 4.29.

²¹ EuGH v. 11.4.2013 – Rs. C-645/11 (*Land Berlin/Sapir*), *NJW* 2013, 1661 f.

²² Речь идет о Регламенте (ЕС) № 2201/2003 Европейского Парламента и Совета от 27.11.2003 о подсудности, а также признании и исполнении решений по семейным делам и о процедуре в отношении

проверена. В отношении частичного подчинения действию Регламента коммерческого арбитража велись оживленные дискуссии.²³ Тем не менее, Европейский парламент, наряду с некоторыми странами-участницами, высказался решительно против распространения действия Регламента на эту сферу, и существовавшее еще в Регламенте Брюссель I исключение в новом документе было сохранено в неизменном виде (ст. 1 абз. 2 литера d Регламента).²⁴

2. Как определено действие Регламента Брюссель Ia по времени?

Новый Регламент, согласно его ст. 66 абз. 1 в соотношении со ст. 81, применяется в отношении дел, производство по которым было возбуждено начиная с 10.01.2015 года. Дела, возбужденные до этой даты, рассматриваются по правилам предшествующего Регламента Брюссель I.²⁵

3. Действие Регламента Брюссель Ia в пространстве и по кругу лиц

Поскольку национальные законодательства также содержат правила, аналогичные правилам Регламента, важно произвести разграничение сфер действия национального права каждого государства ЕС и правил Регламента. Эту задачу выполняют положения о действии Регламента в пространстве и по кругу лиц (нем.: räumlich-persönlicher Anwendungsbereich). Действие Регламента в пространстве и по кругу лиц определяются местом нахождения ответчика (нем.: Beklagenswohnsitz). Данный принцип выводится из ст. 4 и след. Регламента, которые предписывают, что если ответчик находится/проживает в одной из стран ЕС, то иск к нему всегда подается по правилам Регламента. В таком случае определение подсудности по правилам национального права исключается. Место нахождения истца или гражданство сторон на применимость Регламента не влияют.²⁶

Поскольку исходным для определения сферы действия Регламента является место нахождения/жительства ответчика в одной из стран ЕС, то если ответчик находится/проживает в третьей стране, по общему правилу будет применяться не

родительской ответственности; Регламенте (ЕС) № 4/2009 Европейского Парламента и Совета от 18.12.2008 о подсудности, применимом праве, признании и применении решений, а также о сотрудничестве по делам об алиментах; Регламенте (ЕС) 650/2012 Европейского Парламента и Совета от 04.07.2012 о подсудности, применимом праве, признании и применении решений, о принятии и исполнении публичных свидетельств по наследственным делам, а также о введении Европейского наследственного свидетельства; Регламенте (ЕС) № 1346/2000 Европейского Парламента и Совета от 29.05.2000 о процедуре банкротства.

²³ См. об этом *Pohl*, Die Neufassung der EuGVVO – im Spannungsfeld zwischen Vertrauen und Kontrolle, IPRax 2013, 110, указания на дополняющие источники в Fn. 13, 14, 15.

²⁴ *von Hein*, Die Neufassung der Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung (EuGVVO), IPRax 2013, 99; проблемы, связанные с таким выбором, подробно обозначает *Pohl*, Die Neufassung der EuGVVO – im Spannungsfeld zwischen Vertrauen und Kontrolle, IPRax 2013, 110.

²⁵ *Domej*, Die Neufassung der EuGVVO. Quantensprünge im europäischen Zivilprozessrecht, RabelsZ 78 (2014), 509; *Pohl*, Die Neufassung der EuGVVO – im Spannungsfeld zwischen Vertrauen und Kontrolle, IPRax 2013, 110.

²⁶ *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 4.35.

Регламент, а национальное процессуальное право страны суда. Стремление реформаторов распространить действие Регламента полномасштабно, в том числе и на такие случаи, когда ответчик находится/проживает за рамками ЕС,²⁷ в итоге было реализовано только в ряде нескольких исключений. Так, ст. 18 абз. 1 вариант 2 Регламента касается подачи иска потребителя в отношении ответчика с местом нахождения в третьей стране, а ст. 21 абз. 2 Регламента предоставляет аналогичную возможность работнику в отношении работодателя из третьего государства.²⁸ Целью данных правил является защита европейских потребителей и работников. Однако в литературе справедливо отмечается, что выигравшие дело потребитель или работник фактически не будут иметь успеха, если ответчик не обладает на территории ЕС имуществом, за счет которого могло бы быть осуществлено взыскание.²⁹ В отношении названных исключений важно также учитывать, что они не открывают возможности для подачи иска по правилам Регламента со стороны европейского работодателя или предпринимателя в отношении работника или потребителя из третьего государства. В таких случаях подсудность будет определяться по правилам национального процессуального права.³⁰ Таким образом, в Регламенте была реализована только концепция защиты «слабой» стороны поименованных правоотношений.

Новеллой Регламента являются случаи, в которых критерий места нахождения ответчика не будет определять сферу его применения. Так, согласно ст. 6 абз. 1 Регламента, одним из наиболее важных исключений из общего правила стали соглашения о подсудности, правила о которых содержатся в ст. 25 Регламента. Положения ст. 25 Регламента впервые открывают европейскому праву (в части оценки соглашений о подсудности) широкую сферу применения и вытесняют тем самым соответствующие положения национальных правопорядков.³¹ Поскольку место нахождения ответчика для оценки соглашений о подсудности теперь роли не играет, то допустимость и действительность соглашения, наделяющего компетенцией на рассмотрение спора суд одной из стран Европейского союза, будет регулироваться положениями Регламента даже в том случае, если обе стороны имеют местонахождение в третьих странах.³² Например, если стороны из Японии и России определили, что споры из заключенного между ними договора поставки будут рассматриваться судами Бельгии, то правомерность такого соглашения бельгийские суды будут оценивать по правилам Регламента, а не на основании бельгийского права. За рамками действия

²⁷ *Domej*, Die Neufassung der EuGVVO. Quantensprünge im europäischen Zivilprozessrecht, *RabelsZ* 78 (2014), 521; *von Hein*, Die Neufassung der Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung (EuGVVO), *IPRax* 2013, 100.

²⁸ *Domej*, Die Neufassung der EuGVVO. Quantensprünge im europäischen Zivilprozessrecht, *RabelsZ* 78 (2014), 522 f.; *von Hein*, Die Neufassung der Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung (EuGVVO), *IPRax* 2013, 101.

²⁹ *Domej*, Die Neufassung der EuGVVO. Quantensprünge im europäischen Zivilprozessrecht, *RabelsZ* 78 (2014), 523 f.; *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 4.36.

³⁰ *Domej*, Die Neufassung der EuGVVO. Quantensprünge im europäischen Zivilprozessrecht, *RabelsZ* 78 (2014), 523; *von Hein*, Die Neufassung der Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung (EuGVVO), *IPRax* 2013, 101; *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 4.37.

³¹ *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 6.10.

³² *Domej*, Die Neufassung der EuGVVO. Quantensprünge im europäischen Zivilprozessrecht, *RabelsZ* 78 (2014), 525; *von Hein*, Die Neufassung der Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung (EuGVVO), *IPRax* 2013, 101, 104.

Регламента и, соответственно, в сфере действия национального права остаются однако соглашения, которыми определяется подсудность не судам ЕС, а судам третьей страны.³³ Такое разграничение сферы действия прямо вытекает из текста ст. 25 Регламента. При этом важно учитывать, что в случае наделения соглашения о подсудности *в пользу судов третьей страны* не факультативным, а исключительным действием,³⁴ подсудность судов ЕС все же будет затронута, а именно в виде ее дерогирования. В таком случае, по распространенному в литературе мнению, аспект дерогации все-таки должен оцениваться по правилам Регламента.³⁵

Следующим весомым исключением, в котором критерий места нахождения ответчика не будет определять сферу применения Регламента, является исключительная подсудность, что прямо вытекает из текста ст. 24 Регламента. По мысли разработчиков, в случаях исключительной подсудности связь предмета спора с территорией соответствующей страны ЕС настолько сильна, что правила подсудности могут применяться все зависимости от места нахождения сторон.³⁶

IV. Система международной подсудности Регламента Брюссель Ia

Как вытекает уже из названия Регламента, одним из предметов его регулирования являются вопросы подсудности. При этом речь идет о подсудности дел с иностранным элементом, то есть о международной подсудности (нем.: internationale Zuständigkeit). Систему подсудности Регламента образуют общая подсудность, особенная подсудность (называемая также альтернативной), исключительная подсудность, а также подсудность в силу соглашения сторон об определении места суда (пророгационного или дерогационного соглашения) и подсудность в силу безоговорочного вступления ответчика в процесс.

1. Общая подсудность

Общая подсудность (нем.: allgemeine Zuständigkeit) находящегося/проживающего в одной из стран ЕС ответчика привязана именно к его месту нахождения/жительства (ст. 4 абз. 1 Регламента). Принцип *actor sequitur forum rei* (истец следует суду ответчика) был известен еще римскому праву³⁷ и сегодня, наряду с его укорененностью в европейском праве, широко распространен в правовых порядках различных стран.³⁸ В частности, как национальное право Германии, так и право Российской Федерации, базируются на этом общем принципе определения международной подсудности. Выбор

³³ Domej, Die Neufassung der EuGVVO. Quantensprünge im europäischen Zivilprozessrecht, *RabelsZ* 78 (2014), 525.

³⁴ Подробнее в отношении действия соглашения о подсудности см. пункт 5.3.

³⁵ Geimer, Neues und Altes im Kompetenzsystem der reformierten Brüssel I-VO, FS Gottwald, 2014, 178; von Hein, Die Neufassung der Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung (EuGVVO), *IPRax* 2013, 101 (Fn. 88), 104; Linke/Hau, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 6.8.

³⁶ Linke/Hau, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 4.42.

³⁷ Linke/Hau, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 5.2.

³⁸ Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2014, Rn. 222.

такой привязки в качестве общей объясняется в литературе тем, что она позволяет с довольно высокой степенью справедливости учесть процессуальные интересы обеих сторон процесса.³⁹ С одной стороны, принимается во внимание важность защиты интересов ответчика, для которого начало процесса может быть неожиданным и который должен выстраивать позицию защиты.⁴⁰ С другой стороны, отмечается, что данная привязка также учитывает интересы истца, которому важна ясность в ситуации с подсудностью и с местом нахождения пригодного для осуществления взыскания имущества.⁴¹ Помимо этого, подсудность по месту нахождения/жительства ответчика считается удачной с точки зрения процессуальной экономии, т.к. в силу всеобъемлющего характера полномочий суда позволяет последнему рассматривать любые категории исков вне зависимости от их предмета.⁴²

Место жительства физических лиц определяется на основе ст. 62 Регламента с привлечением положений национального права. Применимым будет право той страны, наличие места жительства в которой должно быть проверено. То есть если суд проверяет, имеет ли ответчик место жительства в стране суда, то он будет проводить проверку на основании своего права. Если же нужно установить, имеется ли место жительства в иной стране ЕС, то проверка будет проводиться на основании права именно этой страны. Место нахождения юридических лиц определяется в ст. 63 Регламента автономно.

2. Особенная подсудность

а. Общая характеристика особенной подсудности

Общую подсудность дополняет особенная (нем.: *besondere Zuständigkeit*), называемая также альтернативной (нем.: *alternative Zuständigkeit*). Далее в тексте оба термина используются как равнозначные. Поскольку общая подсудность в силу ее универсальности нивелирует возможные особенности спорного правоотношения, которые в конкретной ситуации могут иметь значение, системы международной подсудности дополняются привязками особенной (альтернативной) подсудности. Такие привязки сфокусированы именно на характерных аспектах отдельных правоотношений, и определяемое с их помощью место суда, как правило, ближе к спорному правоотношению, чем место суда в рамках общей подсудности. Целесообразность

³⁹ *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Auflage, 2009, Rn. 1103, 1132; *Schüttfort*, Ausschließliche Zuständigkeiten im internationalen Zivilprozessrecht. Autonomes und europäisches Rechts im Vergleich, 2011, 187; с критическими замечаниями *Schröder*, Internationale Zuständigkeit. Entwurf eines Systems von Zuständigkeitsinteressen im zwischenstaatlichen Privatverfahrensrecht aufgrund rechtshistorischer, rechtsvergleichender und rechtspolitischer Betrachtungen, 1971, 233 ff.

⁴⁰ *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Auflage, 2009, Rn. 1127; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2014, Rn. 222.

⁴¹ *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 5.2; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2014, Rn. 222; с критическими замечаниями *Schröder*, Internationale Zuständigkeit. Entwurf eines Systems von Zuständigkeitsinteressen im zwischenstaatlichen Privatverfahrensrecht aufgrund rechtshistorischer, rechtsvergleichender und rechtspolitischer Betrachtungen, 1971, 238.

⁴² *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 5.2, 5.60.

таких привязок обосновывается тем, что они создают тесную связь со страной суда. Решающее значение тесной связи между местом суда и сутью правового спора при введении альтернативных привязок акцентируется в пояснительном положении (нем.: Erwägungsgrund) № 16 к Регламенту. Значимость тесной связи вытекает, в свою очередь, из постулатов близости доказательственной базы и обстоятельств дела, оптимизации правового оборота, а также учета интересов истца.

Помимо этого, правоприменителю важно учитывать иерархическое соотношение общей и альтернативной подсудности. Для европейского права Европейский высший суд вывел формулу, согласно которой общая и особенная подсудность соотносятся как правило и исключение⁴³ («соотношение как правило-исключение»/ нем.: «Regel-Ausnahme-Verhältnis»), в связи с чем все привязки особенной подсудности должны толковаться ограничительно в пользу общей подсудности по месту нахождения ответчика.⁴⁴ Данное понимание продолжает действовать и в рамках нового Регламента Брюссель Ia.⁴⁵

в. Виды особенной подсудности

Действующие в европейском праве привязки альтернативной подсудности закреплены в ст. 7 Регламента. В дальнейшем мы остановимся на двух наиболее распространенных на практике привязках: для споров из договоров (*forum contractus*) и для споров из деликтов (*forum delicti commissi*).

аа. Подсудность по месту исполнения договорного обязательства

Альтернативная подсудность для споров из договорных обязательств закреплена в ст. 7 № 1 Регламента. В первую очередь, она предназначена для разрешения споров о надлежащем исполнении сторонами своих договорных обязательств, но открыта, в том числе и для споров о статусе договора (его действительности).⁴⁶ Базовый для открытия данной подсудности вопрос, наличествует ли в конкретном случае договор или требование из договора, разрешается автономно.⁴⁷ Данная подсудность открывается **по месту исполнения договорного обязательства**.⁴⁸ Соответственно, первостепенной

⁴³ В то же время право Германии исходит из равноправной конкуренции общей и альтернативной подсудности. См. об этом, к примеру, *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 4.17.

⁴⁴ *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 4.17; с критическими замечаниями *Kropholler/von Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen 2007, EuVTVO, EuMVVO und EuGFVO, 9. Auflage, 2011, vor Art. 5 EuGVO, Rn. 2.

⁴⁵ *Nagel/Gottwald*, Internationales Zivilprozessrecht, 7. Auflage, 2013, § 3, Rn. 41, 47.

⁴⁶ *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 5.18.

⁴⁷ *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 5.20.

⁴⁸ В мировой практике встречаются также привязки к месту заключения договора (так, например, в Бельгии, Нидерландах, Бразилии, Греции, Италии, Швеции), см. об этом *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Auflage, 2009, Rn. 1581; *Nagel/Gottwald*, Internationales Zivilprozessrecht, 7. Auflage, 2013, § 3, Rn. 519; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2014, Rn. 288 f. Другие возможные привязки в рамках подсудности споров из договора: место принятия товара или место

задачей является выявление как конкретного обязательства, так и места его исполнения, которые будут иметь значение для определения подсудности. Решающее для открытия подсудности **договорное обязательство** определяется на основе автономного толкования. При этом предпочтение устойчиво отдается не характерному для договора, то есть имеющему решающее значение для содержания договора обязательству⁴⁹ (нем.: *vertragscharakteristische Leistung*), а конкретному спорному обязательству (нем.: *streitige Verpflichtung*).⁵⁰ В какой из стран-участниц находится **место исполнения** спорного обязательства, определяется далее по правилам *lex causae*, в том числе и тогда, когда применимым к правоотношению будет международное право, например, Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров.⁵¹

Важным исключением из описанного общего алгоритма определения места исполнения обязательства является специальное правило для договоров купли-продажи товаров и оказания услуг (нем.: *Warenkauf- und Dienstleistungsverträge*), установленное в ст. 7 № 1 литера b Регламента. Для таких договоров устанавливается унифицированное место исполнения обязательства, которое открывает подсудность не для одного только конкретного спорного обязательства, а для всех вытекающих из договора обязательств.⁵² Таким образом достигается концентрация процессов в одном месте, что приветствуется с точки зрения процессуальной экономии и, в особенности, с точки зрения близости доказательственной базы и сути спора к месту суда.⁵³ Концептуальной проблемой «модели концентрации» является однако то, что место исполнения характерно не для договора как такового, а для отдельных обязательств из договора.⁵⁴ В связи с этим разработчики данной модели должны были наделить какое-то из обязательств решающим значением для определения подсудности. Выбор был сделан в пользу **обязательства, характерного для соответствующего договора** (имеющего решающее значение для содержания договора), то есть обязательства продавца по поставке товара в договоре купли-продажи и обязательства исполнителя по оказанию услуги в договоре оказания услуг. При определении подсудности на основе Регламента важно, таким образом, учитывать описанное соотношение правил подсудности в литере а и литере b: если спор возник из договора купли-продажи или оказания услуг, то применяются закрепленная в литере b «модель концентрации» с единым местом суда для любых споров, если же речь идет о любом ином договоре, то подсудность будет определяться по закрепленному в литере а общему правилу, когда для каждого спорного обязательства место рассмотрения спора устанавливается отдельно.

назначения/доставки (например, для договоров перевозки), место нахождения объекта, в отношении которого заключается договор, место нарушения договорного обязательства, место нахождения или филиал одной из сторон договора. См. об этом *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Auflage, 2009, Rn. 1466 ff.; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2014, Rn. 287.

⁴⁹ Терминология российского МЧП, см., например, ст. 1211 ГК РФ.

⁵⁰ *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 5.21.

⁵¹ *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 5.21.

⁵² См. например BGH v. 23.06.2010 – VIII ZR 135/08, NJW 2010, 3453.

⁵³ *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 5.22.

⁵⁴ *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 5.22; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2014, Rn. 295.

Следующим шагом в установлении конкретного места суда в рамках подсудности споров из договора является определение фактического места поставки (нем.: *Lieferort*). Поскольку понятие «поставка» по смыслу ст. 7 Регламента не сводится к абстрактной формуле,⁵⁵ в каждом отдельном случае необходимо определять, что именно продавец обязался выполнить по договору: подготовить товар для его дальнейшей отгрузки самим покупателем, доставить товар в указанное покупателем место или же осуществить пересылку товара до указанного покупателем места.⁵⁶ Если договором установлено, что обязательство исполняется передачей товара покупателю, то местом разрешения спора будет, соответственно, место фактической передачи товара, вне зависимости от того, осуществлял ли отгрузку сам покупатель или уполномоченная им транспортная организация. Если отгрузка производилась непосредственно в месте нахождения продавца, то последнему открывается подсудность в его месте нахождения (*forum actoris*), что ставит его в более выгодное положение по сравнению с покупателем.⁵⁷ При обязательстве продавца доставить товар в указанное покупателем место поставка будет считаться осуществленной в месте доставки. С позиции подсудности это означает, что *forum actoris* создается для покупателя.⁵⁸ Если в договоре согласована поставка путем пересылки товара, то релевантным для целей определения подсудности местом исполнения, согласно судебной практике, будет пункт назначения товара,⁵⁹ хотя в материальном праве такое обязательство будет считаться выполненным в месте передачи товара перевозчику. В процессуально-правовом плане данное решение было признано предпочтительным, чтобы исключить сложности при разграничении конечного места поставки в указанное покупателем место и такового при пересылке.⁶⁰

bb. Подсудность по месту совершения деликта

Большой значимостью на практике обладает также *международная подсудность по месту совершения деликта*.⁶¹ В европейском праве она закреплена в ст. 7 № 2 Регламента. Основопологающим для состава ст. 7 № 2 Регламента является понятие «недозволенное действие или действие, которое приравнивается к недозволенному действию».⁶² Это понятие толкуется автономно и, как правило, расширительно, что открывает подсудность для любых исков об ответственности из причинения вреда, которые по каким-либо основаниям не подпадают под подсудность по месту

⁵⁵ *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 5.25.

⁵⁶ *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 5.25.

⁵⁷ *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 5.25.

⁵⁸ *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 5.25.

⁵⁹ EuGH v. 25.02.2010 – Rs. C-381/08 (*Car Trim/KeySafety Systems*), NJW 2010, 1061; Продолжающее названную линию решение: BGH v. 23.06.2010 – VIII ZR 135/08, NJW 2010, 3452; в литературе см. *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 5.26.

⁶⁰ *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 5.26, 5.28.

⁶¹ *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2014, Rn. 330; сравнительно-правовые данные в Rn. 335.

⁶² Дословный перевод немецкого текста: «unerlaubte Handlung oder eine Handlung, die einer unerlaubten Handlung gleichgestellt ist».

исполнения договорного обязательства.⁶³ К категории таких исков относятся, например, иски об ответственности в порядке т.н. «снятия корпоративной вуали» в корпоративном праве.⁶⁴ Наряду с ответственностью за (законченное) совершение действий, которые повлекли вред, данная подсудность охватывает также случаи, когда только существует опасность причинения вреда. Соответственно, в суд по месту совершения деликта могут подаваться иски предупредительного характера с требованием о прекращении потенциально опасных действий.⁶⁵

Согласно ст. 7 № 2 Регламента, спор из совершения деликта в описанном выше смысле подсуден суду в том месте, в котором уже произошло *событие причинения вреда* или существует опасность такого события.⁶⁶ Акцент в данной формуле делается на неправомерные последствия (причинение вреда). В правоприменительной практике значение для определения подсудности придается, тем не менее, как месту совершения противоправного деяния, так и месту наступления последствий (т.н. правило места совершения [деяния]/ нем.: Tatortregel).⁶⁷ Данное правило позволяет учитывать особенности дистанционных деликтов (нем.: Distanzdelikte) и т.н. рассеянных деликтов (нем.: Streudelikte), при которых место совершения противоправного действия, под которым понимается место выполнения нарушителем состава правонарушения,⁶⁸ и место наступления последствий, а именно, место, в котором какому-либо правовому благу был причинен вред,⁶⁹ не совпадают.⁷⁰ При этом потерпевшей стороне предоставляется право выбора суда либо в месте совершения действия, либо в месте наступления последствий (т.н. принцип повсеместности/ нем.: Ubiquitätsprinzip).⁷¹ Дальнейшие особенности существуют при определении подсудности в случае рассеянных деликтов, когда местом наступления последствий признается каждая страна, в которой потерпевшей стороне был причинен вред. Для таких случаев судебная практика ввела правило, по которому в каждой соответствующей стране вред может взыскиваться только в той части, в которой он был причинен именно в этой стране (т.н. принцип мозаичности/ нем.: Mosaikprinzip).⁷² Такое правило уменьшает

⁶³ Linke/Hau, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 5.36.

⁶⁴ EuGH v. 18.07.2013 – Rs. C-147/12 (*ÖFAB/Koot*), EuZW 2013, 704 f.; BGH v. 24.06.2014 – VI ZR 315/13, WM 1616 f.; в литературе см. Linke/Hau, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 5.36.

⁶⁵ BGH v. 08.05.2012 – VI ZR 217/08, NJW 2012, 2197 f.; в литературе см. Linke/Hau, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 5.36.

⁶⁶ В немецком тексте: «vor dem Gericht des Ortes, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist oder einzutreten droht».

⁶⁷ Linke/Hau, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 5.37; Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2014, Rn. 335.

⁶⁸ Linke/Hau, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 5.39.

⁶⁹ Linke/Hau, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 5.39.

⁷⁰ Это, например, случаи причинения вреда окружающей среде, случаи причинения вреда недостатками товаров и вытекающей из этого ответственности производителя, случаи недобросовестной конкуренции, случаи причинения вреда вкладчикам и инвесторам; деликты в средствах массовой информации или же считающийся в учебной литературе классическим случай выстрела через границу.

⁷¹ Linke/Hau, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 5.39.

⁷² Закрепляющее этот принцип решение: EuGH v. 07.03.1995 – Rs. C-68/93 (*Shevill/Presse Alliance*), NJW 1995, 1881; подтверждение его дальнейшего применения в решении EuGH v. 25.10.2011 – Rs. C-509/09 (*eDate Advertising*), RIW 2011, 869; в литературе см. von Hein, Die Neufassung der Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung (EuGVVO), IPRax 2013, 102; Linke/Hau, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 5.41.

значимость подсудности в месте наступления последствий и, напротив, повышает значимость подсудности в месте выполнения состава правонарушения.⁷³ Эта практика получила дальнейшее развитие в отношении нарушений личных неимущественных прав в сети Интернет. В таких случаях потерпевшая сторона вправе обратиться за возмещением вреда в полном объеме в той стране, в которой находится центр ее жизненных интересов (как правило, это место постоянного проживания). Если же потерпевшая сторона предпочтет обратиться в суд не в стране сосредоточения ее жизненных интересов, а в ином месте, в котором также наступили последствия, то здесь снова применяется принцип мозаичности, и ущерб может взыскиваться только в объеме его причинения в стране суда.⁷⁴

3. Исключительная подсудность

а. Общая характеристика исключительной подсудности

Об исключительной подсудности (нем.: *ausschließliche Zuständigkeit*) речь идет в том случае, когда, с точки зрения правовой системы государства, только определенные суды (свои собственные или – как, например, в рамках концепции «зеркального отражения»⁷⁵ – иностранные) вправе рассматривать отдельные категории споров.⁷⁶ Если отдельной привязке придается характер исключительности, то в части относимых к ней споров это влечет вытеснение как общей, так и альтернативной подсудности: дело может рассматриваться только судом, наделенным исключительной компетенцией. Таким образом, исключительная подсудность является антиподом альтернативной, в рамках которой сторонам принадлежит право свободного выбора места рассмотрения спора.⁷⁷ Исключительность какой-либо привязки может быть установлена законом либо же определяется сторонами в соглашении о подсудности.⁷⁸ Если исключительная подсудность установлена законом, то она не может быть изменена или отменена соглашением сторон. При этом исключительное действие международной подсудности может быть абсолютным или половинчатым, то есть фиксирующим только для одной стороны подсудность в одном единственном суде, в то время как другой стороне позволяется выбирать между различными вариантами

⁷³ *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 5.41.

⁷⁴ EuGH v. 25.10.2011 – Rs. C-509/09 (*eDate Advertising*), RIW 2011, 869 и Rs. C-161/10 (*Martinez/Société MGN*), NJW 2012, 137; BGH v. 08.05.2012 – VI ZR 217/08, NJW 2012, 2198; в литературе см. *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 5.42; с критикой значительного разброса подсудности в рамках предложенного судом решения *von Hein*, Die Neufassung der Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung (EuGVVO), IPRax 2013, 102.

⁷⁵ Данная концепция действует в национальном праве Германии под названием «*spiegelbildliche Anwendung*», но нашла свое применение в том числе и в европейском праве – здесь в рамках концепции под названием «*Reflexwirkung*». *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 5.53; *Schüttfort*, Ausschließliche Zuständigkeiten im internationalen Zivilprozessrecht. Autonomes und europäisches Recht im Vergleich, 2011, 2 f., 62 ff.

⁷⁶ *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Auflage, 2009, Rn. 863.

⁷⁷ *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 4.9 ff.; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2014, Rn. 227.

⁷⁸ *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 4.12.

подсудности по собственному усмотрению.⁷⁹ Половинчатую исключительную подсудность (нем.: *halbseitig ausschließliche Zuständigkeit*) европейский законодатель использует с целью защиты позиций страхователей, застрахованных лиц и иных выгодоприобретателей (ст. 14 абз. 1 Регламента), потребителей (ст. 18 абз. 2 Регламента) и работников (ст. 22 абз. 1 Регламента).⁸⁰ В каждой из названных норм иски страхователей, предпринимателей и работодателей допускаются только в суде по месту нахождения/жительства другой, как правило, более слабой в правовом плане, стороны. При этом возможности подачи иска со стороны страхователей, потребителей или работников таким строгим ограничениям не подлежат. Кроме того, половинчатое исключительное действие может быть установлено сторонами в т.н. «хромоющем» или односторонне обязывающем соглашении о подсудности (нем.: «*hinkende*» bzw. *einseitig zwingende Gerichtsstandsvereinbarung*).⁸¹

Разумеется, государство, фиксирующее для каких-либо споров исключительную подсудность, не может воспрепятствовать ни сторонам передать спор на рассмотрение суда в другой стране, ни судам другого государства этот спор рассматривать. Такое положение вещей определяется действием международно-правового принципа суверенитета государств, на основе которого никто не вправе вмешиваться во внутренние дела другого государства. Тем не менее, правовые системы, устанавливающие исключительную подсудность, вводят некоторые инструменты воздействия на случай ее нарушения. Широко распространенным инструментом является отказ в признании и приведении в исполнение решения, вынесенного иностранным судом, вопреки правилам внутренней исключительной подсудности. Данное последствие стороны должны учитывать на стадии принятия решения о месте предъявления иска.

в. Исключительная подсудность по месту нахождения недвижимого имущества

Классическим и широко распространенным в мировой юридической практике примером исключительной подсудности является таковая по месту нахождения недвижимого имущества (*forum rei sitae*).⁸² В системе европейского гражданского процессуального права эта подсудность урегулирована в ст. 24 № 1 Регламента. Поскольку применимость Регламента в части исключительной подсудности не ставится в зависимость от места жительства ответчика, для открытия подсудности по ст. 24 № 1

⁷⁹ *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 4.14; *Schüttfort*, Ausschließliche Zuständigkeiten im internationalen Zivilprozessrecht. Autonomes und europäisches Recht im Vergleich, 2011, 6.

⁸⁰ *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 4.14; *Schüttfort*, Ausschließliche Zuständigkeiten im internationalen Zivilprozessrecht. Autonomes und europäisches Recht im Vergleich, 2011, 20 f.

⁸¹ *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 4.14, 6.5.

⁸² *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 5.49; *Schröder*, Internationale Zuständigkeit. Entwurf eines Systems von Zuständigkeitsinteressen im zwischenstaatlichen Privatverfahrensrecht aufgrund rechtshistorischer, rechtsvergleichender und rechtspolitischer Betrachtungen, 1971, 355 ff.

Регламента достаточно, чтобы земельный участок⁸³ находился на территории одной из стран Европейского союза.⁸⁴ Очерчивая сферу действия данной подсудности, Европейский Высший суд констатировал, что под нее подпадают иски, «которые направлены, с одной стороны, на определение объема [состава] или наличия недвижимой вещи или же прав собственности, владения, существования иных вещных прав на нее, а также, с другой стороны, на обеспечение обладателям таких прав защиты преимущественных прав, связанных с их правовым положением»⁸⁵. Так, например, в рамках *forum rei sitae* будут рассматриваться иски о недействительности использования вещного права предварительной покупки, но под нее не будут подпадать процессы, в рамках которых вещное правовое положение имеет значение только опосредованно. В частности, для исков, предметом которых является требование об устранении недостатков или возмещении ущерба, опирающееся на нарушение прав собственности, если такие иски направлены на восстановление первоначального положения путем натуральной реституции или на устранение существующих нарушений, будет открыта альтернативная подсудность по ст. 7 № 2 Регламента, но не по ст. 24 № 1 Регламента.⁸⁶

2. Подсудность по связи дел

Регламент содержит правила в отношении некоторых ипостасей подсудности по связи дел (нем.: *Zusammenhangszuständigkeit*). Таковая приобретает значение, когда между спорами наличествует фактическая или правовая взаимосвязь. Руководствуясь фундаментальным для гражданского процесса постулатом процессуальной экономии, а также стремлением предотвращать противоречащие друг другу судебные акты,⁸⁷ решается вопрос, можно ли для взаимосвязанных по тому или иному параметру споров предусмотреть унифицированную подсудность, даже если не все спорные правоотношения будут иметь какое-либо отношение к месту суда.⁸⁸

а. Процессуальное соучастие на стороне ответчика

В ст. 8 № 1 Регламента содержатся правила подсудности при наличии процессуального соучастия на стороне ответчика (нем.: *passive Streitgenossenschaft*). В

⁸³ Стоит обратить внимание, что здания и сооружения как таковые без их связи с землей объектами недвижимого имущества по европейскому праву не являются. Соответственно, даже если интересом покупки является дом или любое иное строение, сделка будет оформляться на приобретение земельного участка. См., например, *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 4.12.

⁸⁴ *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 5.50.

⁸⁵ EuGH v. 03.04.2014 – Rs. C-438/12 (*Weber/Weber*), NJW 2014, 1872: «[Klagen], die darauf gerichtet sind, zum einen den Umfang oder den Bestand einer unbeweglichen Sache oder das Eigentum, den Besitz oder das Bestehen anderer dinglicher Rechte an ihr zu bestimmen und zum anderen den Inhabern dieser Rechte den Schutz der mit ihrer Rechtsstellung verbundenen Vorrechte zu sichern».

⁸⁶ *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 5.51.

⁸⁷ *Kropholler/von Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen 2007, EuVTVO, EuMVVO und EuGFVO, 9. Auflage, 2011, Art. 6 EuGVO, Rn. 1; *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 5.59; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2014, Rn. 390, 409.

⁸⁸ *Kropholler/von Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen 2007, EuVTVO, EuMVVO und EuGFVO, 9. Auflage, 2011, Art. 6 EuGVO, Rn. 1; *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 5.59.

таких случаях возможна подача иска ко всем ответчикам в одном суде, если речь идет о суде по месту нахождения/жительства одного из ответчиков (то есть об общей подсудности для этого ответчика). Если иск подан на основе привязки альтернативной подсудности, то привлечение в начатый процесс иных ответчиков не допускается.⁸⁹ Предпосылкой для открытия единой подсудности в случае процессуального соучастия на стороне ответчика является наличие такой тесной связи между отдельными исками, которая приводит к необходимости совместного рассмотрения дел в целях предотвращения противоречащих друг другу решений.⁹⁰

в. Встречный иск

Также Регламент предусматривает подсудность для встречного иска (нем.: *Widerklage*) по месту подачи основного иска (ст. 8 № 3 Регламента).⁹¹ Данная подсудность открывается, если встречный иск опирается на тот же договор или те же обстоятельства дела, что и первоначальный иск.⁹² При этом подачей встречного иска нельзя обойти установленную в ст. 24 Регламента исключительную подсудность. В суде, который дерогирован соглашением о подсудности с исключительным действием, не может быть подан не только основной, но также и встречный иск.⁹³ В то же время установленная Регламентом подсудность для встречного иска может быть изменена соглашением сторон.⁹⁴

3. Соглашения о международной подсудности

а. Общие положения

В качестве логического дополнения материально-правовой свободы договора и коллизионно-правовой свободы выбора применимого права соглашения о подсудности (нем.: *Gerichtsstandsvereinbarungen*) призваны воплотить свободу сторон в области определения судебной компетенции.⁹⁵ Правомочие сторон на изменение по собственному усмотрению установленной законом подсудности базируется на

⁸⁹ *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 5.63.

⁹⁰ Подробнее в отношении данного условия см. *Kropholler/von Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen 2007, EuVTVO, EuMVVO und EuGFVO, 9. Auflage, 2011, Art. 6 EuGVO, Rn. 8 ff.; *Nagel/Gottwald*, Internationales Zivilprozessrecht, 7. Auflage, 2013, § 3, Rn. 113, 117.

⁹¹ Теоретическое обоснование см. в *Kropholler/von Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen 2007, EuVTVO, EuMVVO und EuGFVO, 9. Auflage, 2011, Art. 6 EuGVO, Rn. 35 ff.

⁹² *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 5.68; в пользу более широкого использования подсудности для встречного иска высказывается *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2014, Rn. 400.

⁹³ *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Auflage, 2009, Rn. 1776; *Kropholler/von Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen 2007, EuVTVO, EuMVVO und EuGFVO, 9. Auflage, 2011, Art. 23 EuGVO, Rn. 98; *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 5.69.

⁹⁴ См. *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 5.73; *Kropholler/von Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen 2007, EuVTVO, EuMVVO und EuGFVO, 9. Auflage, 2011, Art. 23 EuGVO, Rn. 98.

⁹⁵ *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 6.1.

фундаментальном принципе диспозитивности.⁹⁶ Правопорядки, последовательно реализующие данный принцип, допускают свободу сторон по определению подсудности их спора хотя и в различном, но в довольно широком объеме.⁹⁷ Европейское право в данном аспекте не является исключением и как либеральная правовая система стремится максимально широко обеспечить свободу сторон на определение места суда. Данное правомочие закреплено в ст. 25 Регламента, согласно которой стороны вправе по обоюдному согласию устанавливать подсудность споров в отношении имущественных дел.

Выбор суда, который не обладает компетенцией на рассмотрение дела на основании законодательных положений, называется *пророгацией* (нем.: Prorogation). Если же соглашением сторон исключается имеющаяся на основе закона подсудность, то речь идет о *дерогации* (нем.: Derogation). Как правило, соглашения о подсудности сочетают в себе как пророгационный, так и дерогационный эффект.⁹⁸ Поэтому, несмотря на то, что любое соглашение о выборе суда по устоявшемуся в юридическом обиходе обыкновению называется пророгационным, в каждом отдельном случае необходимо проверять наличие в нем в том числе и дерогационной составляющей. Помимо этого, нужно учитывать, что дерогация может согласовываться сторонами изолированно (т.н. «чистая» дерогация). Такое возможно, когда стороны определяют одну из уже открытых на основании закона подсудностей приоритетной для них (то есть выбирают среди уже имеющихся подсудностей, но не создают новую), а все остальные существующие по закону подсудности исключают.⁹⁹

в. Сфера применения Регламента в части соглашений о подсудности

Как уже показано выше,¹⁰⁰ по правилам новой редакции Регламента (а не национального права), вне зависимости от места нахождения/жительства сторон, оцениваются любые соглашения в пользу суда одной из стран Европейского союза. Соответственно, под действие Регламента подпадают и такие соглашения, обе стороны которых находятся в третьих странах.¹⁰¹ Например, если одна из сторон имеет место нахождения в России, а вторая в Канаде, и стороны согласовали подсудность

⁹⁶ *Kropholler/von Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen 2007, EuVTVO, EuMVVO und EuGFVO, 9. Auflage, 2011, Art. 23 EuGVO, Rn. 1; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2014, Rn. 494; *Weller*, Ordre-public-Kontrolle internationaler Gerichtsstandsvereinbarungen im autonomen Zuständigkeitsrecht, 2005, 23, 27.

⁹⁷ *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2014, Rn. 494; *Weller*, Ordre-public-Kontrolle internationaler Gerichtsstandsvereinbarungen im autonomen Zuständigkeitsrecht, 2005, 28 f.

⁹⁸ *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 6.3; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2014, Rn. 496; *Weller*, Ordre-public-Kontrolle internationaler Gerichtsstandsvereinbarungen im autonomen Zuständigkeitsrecht, 2005, 40.

⁹⁹ *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Auflage, 2009, Rn. 1654 f., 1757; *Kropholler/von Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen 2007, EuVTVO, EuMVVO und EuGFVO, 9. Auflage, 2011, Art. 23 EuGVO, Rn. 15; *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 6.4; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2014, Rn. 496.

¹⁰⁰ См. пункт III. 3.

¹⁰¹ *von Hein*, Die Neufassung der Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung (EuGVVO), IPRax 2013, 101, 104; *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 6.7.

возможного спора судам Германии или Голландии, то действительность соглашения будет оцениваться не по национальному процессуальному праву Германии или Голландии, а по ст. 25 Регламента.

с. Действие соглашений о подсудности

Если рассматривать соглашения о подсудности в разрезе их действия, то важно учитывать, что таковое может быть в силу европейского права как исключительным (нем.: *ausschließliche Wirkung*), так и факультативным (нем.: *fakultative Wirkung*). Исключительность действия выражается в том, что зафиксированное в соглашении место суда является для сторон обязательным. Соответственно, обращение одной из сторон в иной суд приведет к нарушению соглашения. Если же стороны согласовали факультативное действие, то их договоренность позволяет им при определенных условиях обратиться в том числе и в иной (а не только в согласованный) суд. Если из текста соглашения не следует с очевидностью, какой вид действия был избран сторонами, суд определяет волю сторон путем толкования. Чтобы предупредить возможные споры в этой связи, желаемое действие соглашения о подсудности рекомендуется четко и однозначно фиксировать. Помимо этого, в ст. 25 абз. 1 предл. 2 Регламента установлена презумпция исключительного действия.¹⁰² Соответственно, если стороны желали придать согласованной подсудности только факультативное действие, но не отразили это в соглашении, этот аспект нужно будет доказывать, что влечет за собой значительную неопределенность при оценке действия соглашения. На практике встречаются и так называемые «хромающие» (нем.: «*hinkende*») или односторонне обязывающие (нем.: *einseitig zwingende*) соглашения¹⁰³ о подсудности. В рамках таких соглашений зафиксированная в них подсудность будет обязательной только для одной стороны, в то время как для второй стороны она будет факультативной и, соответственно, дающей выбор между подсудностью согласованной и установленной законом. Такие соглашения признаются в европейском праве действительными.¹⁰⁴

d. Требование определенности

Согласно ст. 25 абз. 1 предл. 1 Регламента, соглашение будет считаться заключенным только в том случае, если оно касается споров, возникающих из

¹⁰² *Kropholler/von Hein*, *Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen 2007, EuVTVO, EuMVVO und EuGFVO*, 9. Auflage, 2011, Art. 23 EuGVO, Rn. 92; *Linke/Hau*, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 6. Auflage, 2015, Rn. 6.5.

¹⁰³ В российских источниках таковые именуются асимметричными, гибридными (см., например, *Ходыкин, Р.* Гибридные оговорки о рассмотрении спора. Комментарий к постановлению Пленума ВАС РФ от 19.06.2012 № 1831/12 // *Вестник ВАС РФ*. 2012. № 11. С. 61) или диспаратетными (п. 3 Справки к заседанию международно-правовой секции Научно-консультативного совета при ВАС РФ к проекту Информационного письма от 09.07.2013 № 158. Использован текст, опубликованный на сайте: <http://arbitr.ru/nks/meetings/77799.html>).

¹⁰⁴ *Linke/Hau*, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 6. Auflage, 2015, Rn. 6.5.

конкретно определенного в соглашении правоотношения. Требуя определенности (нем.: Bestimmtheit) в поименовании релевантного для соглашения правоотношения, Регламент исключает возможность т.н. «глобальной пророгации» (нем.: «globale Prorogation»)¹⁰⁵ В связи с этим использование общей формулировки, например, со следующим текстом: «соглашение действует в отношении всех правоотношений между сторонами» приведет к тому, что соглашение будет признано незаключенным. В то же время, если речь идет о делящихся деловых отношениях сторон, то соглашение о подсудности может быть включено в рамочный договор и распространять свое действие на все связанные с этим договором отдельные обязательства (например, отдельные поставки по дополнительным соглашениям или письменным заявкам на поставку, оформляемым к рамочному договору).¹⁰⁶ Также достаточно определенными (нем.: hinreichend bestimmt), и поэтому заключенными, признаются соглашения, которые хотя и не называют прямо то правоотношение, на которое они распространяются, но позволяют однозначно определить, с каким правоотношением они находятся во взаимосвязи. Например, если соглашение включено в договор, приложение или дополнительное соглашение к нему, но при этом не называет правоотношение, на которое оно распространяется, то логично полагать, что оно затрагивает как минимум правоотношения сторон, вытекающие из данного договора.¹⁰⁷

Требование определенности действует не только в части затронутых соглашением правоотношений, но и в части избранного сторонами места суда. Соответственно, стороны должны определенно назвать суд (или суды), о подсудности споров которому они договорились.¹⁰⁸ Несоблюдение этого условия также грозит тем, что соглашение будет признано незаключенным. При этом требование определенности в отношении места суда по устоявшейся практике считается соблюденным не только тогда, когда компетентный суд называется прямо, но и тогда, когда место суда может быть на момент подачи иска однозначно выявлено на основании объективных критериев, содержащихся в соглашении. Например, так называемые «реципрокные» («reziproke»)¹⁰⁹ соглашения с формулировкой «все споры из настоящего договора разрешаются по месту нахождения истца/ответчика» позволяют безошибочно определить место суда и поэтому признаются в европейской практике заключенными.¹¹⁰

¹⁰⁵ *Kropholler/von Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen 2007, EuVTVO, EuMVVO und EuGFVO, 9. Auflage, 2011, Art. 23 EuGVO, Rn. 69.

¹⁰⁶ *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 6.8.

¹⁰⁷ *Kropholler/von Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen 2007, EuVTVO, EuMVVO und EuGFVO, 9. Auflage, 2011, Art. 23 EuGVO, Rn. 69.

¹⁰⁸ *Kropholler/von Hein*, Art. 23 EuGVO, Rn. 71.

¹⁰⁹ В российских источниках таковые именуются «двусторонними» пророгационными соглашениями. См. об этом п. 2 Справки к заседанию международно-правовой секции Научно-консультативного совета при ВАС РФ к проекту Информационного письма от 09.07.2013 № 158. Использован текст, опубликованный на сайте: <http://arbitr.ru/nks/meetings/77799.html>.

¹¹⁰ *Heinig*, Grenzen von Gerichtsstandsvereinbarungen im Europäischen Zivilprozessrecht, 2010, 173, Fn. 345, 346; *Rasmussen-Bonne*, Alternative Rechts- und Forumswahlklauseln. Eine vergleichende Darstellung, 1999, 26.

е. Соотношение с основным договором

Соглашение о подсудности и основной договор являются самостоятельными и независимыми друг от друга сделками. Их самостоятельный статус не изменится также и в том случае, если они будут содержаться в едином документе (ст. 25 абз. 5 Регламента). Соответственно, утверждаемая одной из сторон недействительность основного договора не влечет сама по себе недействительности соглашения о подсудности, и наоборот. Таким образом, споры о недействительности основного договора по общему правилу могут рассматриваться в пророгированном суде.¹¹¹ Введя данное положение в текст Регламента, разработчики этого документа, по сути, учли общепризнанное мнение по вопросу соотношения соглашения о подсудности и основного договора.¹¹²

ф. Требования к форме

Соглашения о международной подсудности обладают особенно высоким значением, т.к. влияют на множество аспектов будущего процесса (например, применимое материальное право, которое при отсутствии оговорки о применимом праве определяется посредством правил МЧП страны суда, а также система доказывания, включая допустимость тех или иных доказательств, скорость разбирательства, правовой менталитет) и могут существенно предопределить его исход. Учитывая повышенную значимость таких соглашений и стремясь предотвратить ситуацию, когда оговорка о подсудности станет частью договора без ведома одной из сторон, европейский законодатель предусмотрел требования к форме соглашений. Таковые закреплены в ст. 25 абз. 1 предл. 3 Регламента. Соглашение может быть заключено:

- в письменной форме (литера а вариант 1), в том числе и путем обмена отдельными документами, письмами, телефаксами¹¹³;
- устно с письменным подтверждением (литера а вариант 2);
- в форме, соответствующей деловым обычкновениям сторон (литера b);
- в форме, соответствующей какому-либо торговому обычаю (литера c).

Согласно ст. 25 абз. 2 Регламента, письменная форма считается соблюденной при обмене сообщениями посредством электронных средств связи, если такой обмен позволяет сохранять данные в течение длительного периода.

¹¹¹ *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 6.9.

¹¹² *von Hein*, Die Neufassung der Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung (EuGVVO), IPRax 2013, 105; *Kropholler/von Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen 2007, EuVTVO, EuMVVO und EuGFVO, 9. Auflage, 2011, Art. 23 EuGVO, Rn. 91.

¹¹³ См. об этом *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 6.13.

g. Право, применимое к материальной составляющей соглашения

Поскольку соглашение о подсудности в своей договорной части по общепризнанному мнению признается разновидностью материально-правовой сделки (согласованных волеизъявлений сторон), его **заклученность** зависит от правил, которые применяются к его материально-правовой составляющей. В этой части реформа Регламента внесла некоторую ясность, впервые текстуально¹¹⁴ дав ориентиры, опираясь на которые должно определяться применимое к аспекту заключения соглашения право. Для определения того, является ли соглашение «материально ничтожным» (нем.: «materiell nichtig»),¹¹⁵ последнее полупредложение в ст. 25 абз. 1 предл. 1 Регламента отсылает к праву пророгированного суда. При этом в пояснительном положении (нем.: Erwägungsgrund) № 20 к Регламенту дается уточнение, что подразумевается право пророгированного суда «с учетом его коллизионного права» (нем.: «einschließlich des Kollisionsrechts»). Соответственно, применимым к данному аспекту будет в итоге право, выясненное на основании правил МЧП страны суда (с учетом обратных отсылок и отсылок к третьему закону), то есть *lex causae*.¹¹⁶

Об авторе:



О.М. Кылина, Dr. jur., LL.M. (Passau)

Автор статьи является владелицей юридической компании *temperi legal services* с местом нахождения в южнобаварском городе Пассау. Деятельность компании сфокусирована на правовом сопровождении германо-российских экономических связей. Ольга Кылина получила юридическое образование в Красноярском

¹¹⁴ Ранее ориентиры в отношении применимого права содержались только в литературе.

¹¹⁵ Данное положение критикуется в литературе в связи с его терминологической узостью. См., например, *Domej*, Die Neufassung der EuGVVO. Quantensprünge im europäischen Zivilprozessrecht, *RabelsZ* 78 (2014), 527, которая предлагает толковать норму расширительно, хотя и подтверждает, что ст. 25 абз. 1 Регламента не содержит достаточных для этого оснований; *von Hein*, Die Neufassung der Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung (EuGVVO), *IPRax* 2013, 106; *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 6.14.

¹¹⁶ Общую позитивную оценку данному нововведению дает *Domej*, Die Neufassung der EuGVVO. Quantensprünge im europäischen Zivilprozessrecht, *RabelsZ* 78 (2014), 526 f. С критическими замечаниями *von Hein*, Die Neufassung der Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung (EuGVVO) *IPRax* 2013, 105 f.; *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage, 2015, Rn. 6.14.

государственном университете (Россия), а также в Университете Пассау (Германия), где она также защитила докторскую диссертацию по тематике международного гражданского процессуального права. В круг профессиональных и научных интересов автора входят темы гражданского, экономического и гражданско-процессуального права как в национальном, так и в международном аспекте.

Die Autorin ist Inhaberin der Rechtsberatungsfirma *temperi legal services* mit Sitz in der südbayerischen Stadt Passau. Die Firma fokussiert ihre Tätigkeit auf rechtliche Begleitung von deutsch-russischen Wirtschaftsbeziehungen. Olga Kylina studierte Rechtswissenschaften an der Krasnojarsker Staatlichen Universität (Russland) sowie an der Universität Passau (Deutschland), wo sie auch mit einem internationalzivilverfahrensrechtlichen Thema zum Dr. jur. promoviert wurde. Zu beruflichen und wissenschaftlichen Interessenschwerpunkten der Autorin gehören Zivil-, Wirtschafts- sowie Zivilverfahrensrecht unter dem nationalen und internationalen Blickwinkel.

olga.kylina2014@gmail.com

www.lex-temperi.de

Роль адвоката в немецком гражданском процессе:

ВЗГЛЯД ИЗ ПРАКТИКИ

Die Rolle des Rechtsanwalts im Zivilprozess: ein Blick aus der Praxis

Д-р Христина Майер, адвокат (Штутгарт, Германия)

Dr. Christina Maier, Rechtsanwältin (Stuttgart)

I. Введение

Из конституционного принципа *правового государства* и *прав человека* как основного элемента правового статуса человека и гражданина наряду с *запретом затягивания процесса* рассмотрения дела, *принципом гласности* судебного разбирательства, *запретом произвола* и *правом на обращение в суд* (ч. 1 ст. 103 Основного Закона ФРГ) следует *принцип равенства сторон в судебном процессе* как проявление конституционного требования равенства всех перед законом.

Следовательно, каждый имеет *право*, а в определённых случаях для обеспечения эффективности правосудия и *обязанность*, быть представленным в суде адвокатом (так называемое обязательное участие адвоката в судебном процессе).

II. Статус адвоката

Прежде чем перейти непосредственно к роли адвоката в гражданском процессе, хотелось бы сперва обратить внимание на особое положение адвоката. С одной стороны, само собой разумеется, он является *представителем интересов доверителя*. Особенность немецкого права составляет то, что в то же время адвокат является *отдельным органом юстиции*.

«Адвокат является независимым органом юстиции» – говорится в пар. 1 Федерального закона об адвокатуре (Bundesrechtsanwaltsordnung, BRAO). Это короткое предложение очень точно описывает особое положение адвоката в немецком правовом государстве: профессия адвоката не похожа на все другие профессии. Статусу адвоката присущи не только особые права, но и специфические корреспондирующие обязанности.

1. Независимость

Одной из характеристик профессии адвоката является его *независимость*. Только она гарантирует, что адвокат может на равных началах с другими органами юстиции – судьями и прокурорами – осуществлять свою профессиональную деятельность в правовом государстве.

Обеспечение адвокатской независимости является одной из важнейших задач региональных адвокатских палат. Они являются самостоятельными, независимыми от государства органами профессионального самоуправления, представляющими интересы адвокатов и одновременно контролирующими законность их деятельности.

Независимость адвокатов означает, в первую очередь, *независимость от государства и несвязанность государственными указаниями*¹. Как независимый в своей профессиональной деятельности консультант и представитель во всех правоотношениях адвокат ответственен *исключительно* перед своим доверителем. Адвокат не связан указаниями третьих лиц или в какой-либо степени от них зависим².

2. Обязанность неразглашения (адвокатская тайна)

Доверие является основой любой адвокатской консультации или представительства. Адвокаты поэтому уполномочены и одновременно связаны *обязанностью неразглашения* (§ 2 Профессионального кодекса адвокатов (Berufsordnung für Rechtsanwälte, BORA))³. Для российского читателя подобная совокупность прав и обязанностей адвоката известна как институт *адвокатской тайны*. Всё, что станет известно адвокату от его доверителя, должно остаться в тайне и только между ними. Закон гарантирует адвокатам, что в суде или иных государственных органах они могут апеллировать к адвокатской тайне. Документы, которые подпадают под действие права отказа от дачи показаний, не могут поэтому быть изъяты.

3. Лояльность

Следующей чертой деятельности адвоката является связанный с поручением *интерес доверителя*. Адвокат должен в рамках права и закона предпринимать все действия, служащие интересам его доверителя. *Лояльность (преданность)* своему манданту является одной из важнейших обязанностей адвоката. Он, к примеру, обязан отклонять все поручения, которые могут привести к конфликту интересов⁴.

¹ См.: Fetzer, Rhona, Der Rechtsanwalt als unabhängiges Organ der Rechtspflege – ein Beruf im Spannungsfeld zwischen Berufsfreiheit und Gemeinwohlverpflichtung, in: Festschrift für Klaus Tolksdorf, hrsg. v. Friedrich Dencker, Gregor Galke u. Andreas Voßkuhle, Köln 2014, S. 453 ff.; Rittershaus, Gerald, Der Rechtsanwalt, in: Leitgedanken des Rechts: Festschrift für Paul Kirchhof, hrsg. v. Hanno Kube, Bd. 2: Staat und Bürger, Heidelberg u.a. 2013, § 116 Rn. 19.

² См.: Fetzer, in: FS Tolksdorf, S. 457.

³ См.: Rittershaus, in: FS Kirchhof, § 116 Rn. 19.

⁴ См.: Fetzer, in: FS Tolksdorf, S. 453, 457 ff.; Rittershaus, in: FS Kirchhof, § 116 Rn. 19.

Адвокаты обязаны, само собой разумеется, бережно обращаться с доверенными им материальными ценностями. Нарушение данной обязанности может повлечь как дисциплинарные, так и уголовно-правовые меры наказания.

4. Обязательство перед общим благом (учёт общественных интересов)

Адвокатская деятельность служит в значительной степени общему благу⁵. Самостоятельная и независимая адвокатура как орган юстиции является интегрированной составной частью правового государства. В этой роли она принимает на себя, наряду с судами и прокуратурой, самостоятельную роль «в борьбе за право». В то же время она добивается для доверителей осуществления их права на участие в судебном разбирательстве и гарантирует равенство сторон в суде. Каждый гражданин, независимо от его финансового положения, может требовать защиты своих прав. Поэтому адвокаты связаны также обязанностью осуществлять свою профессиональную деятельность *pro bono*, т. е. на добровольной основе и в качестве общественной деятельности – даже тогда, когда она приносит меньший, чем гарантированный законом, доход, выплачиваемый из государственного бюджета.

III. Роль адвоката в гражданском процессе

1. Право на адвоката в сравнении с институтом обязательного участия адвоката

Как следует из заголовка, доверитель имеет право на адвоката, что, например, находит своё отражение в *принципе свободного выбора адвоката*. С другой стороны, в определённых законом случаях предусмотрено *обязательное процессуальное представительство через адвоката*.

Немецкое гражданское процессуальное право различает судебный процесс, в котором стороны могут самостоятельно вести процесс, т. е. в качестве представителя сторон могут выступать любые процессуально правоспособные лица (*Parteiprozess*), и гражданский процесс с обязательным участием адвоката в качестве законного представителя стороны (*Anwaltsprozess*). Центральной нормой является п. 1 пар. 78 ГПК ФРГ. Согласно этой норме, при рассмотрении дел в земельных судах, высших земельных судах и в Верховном федеральном суде ФРГ стороны должны быть представлены адвокатами; в Верховном суде – только специально допущенными адвокатами, число которых в настоящее время составляет порядка 50 человек. Это означает, что во всех судебных разбирательствах в первой инстанции, если предмет спора составляет свыше 5000 Евро, а также в порядке апелляции и кассации, дела могут вестись *только* адвокатами.

Подобное правило действует для некоторых споров по семейному праву: согласно пар. 114 Закона о процедурах по семейным делам – для брачных отношений (например, бракоразводный процесс) и других дел, вытекающих из самостоятельных споров по

⁵ См.: *Rittershaus*, in: FS Kirchhof, § 116 Rn. 11.

семейному праву (пар. 121–150 Закона). Для подобных судебных разбирательств закон предусматривает обязательное адвокатское представительство также и в судах первой инстанции.

Какое значение для практики имеет институт обязательного участия адвоката?

Наличие института обязательного участия адвоката приводит к тому, что только адвокаты являются уполномоченными на осуществление процессуальных действий, т. е. совершение процессуальных действий в судебном разбирательстве возможно только адвокатом (так называемая *адвокатская монополия*⁶). Данный механизм необходим для того, чтобы только одно лицо, обладающее достаточными специальными знаниями – представитель стороны – могло вести дело и предпринимать все процессуальные действия, имеющие юридическую силу.

Осуществление в рамках «адвокатского процесса» процессуальных действий самой стороной будет признано недействительным и не имеющим юридической силы. Например, подача иска самой стороной будет отклонена судом как недопустимая; она не прерывает срока исковой давности и не вызывает также прочих материально-правовых последствий для находящегося в производстве дела. В однозначных случаях отказывают уже на этапе подачи иска и определении срока. Если сторона выступает в судебном разбирательстве без допущенного адвоката, то против этой стороны судом может быть вынесено заочное решение как бы в её отсутствие, поскольку сторона не была представлена в суде адвокатом, уполномоченным на осуществление всех процессуальных действий.

2. Права и обязанности адвоката

Адвокат обладает рядом *привилегий*, которые ему предоставил законодатель. К таковым следует отнести *право отказа от дачи показаний* и *запрет конфискации имущества*, используемого им в процессе осуществления профессиональной деятельности; обе привилегии служат интересам и на благо доверителя⁷. Эти привилегии составляют основу адвокатской тайны и обязанности лояльности адвоката своему доверителю по отношению как к третьим лицам, так и к государственным органам.

В гражданском процессе адвокату со стороны суда предоставляется некий, так сказать, кредит доверия, как, например, при заверении адвоката о наличии у него полномочий без, однако, конкретного доказательства (предполагается, что адвокат *негласно* заверяет суд в том, что он уполномочен на ведение дела). Только при оспаривании противной стороной адвокат должен документально подтвердить свои полномочия. (В этой связи интересно заметить, что в России каждый представитель стороны должен перед началом судебного заседания подтвердить документально свои полномочия перед судом, а если лично присутствует истец/ответчик – возможно в

⁶ См.: *Rittershaus*, in: FS Kirchhof, § 116 Rn. 13 ff.

⁷ См.: *Rittershaus*, in: FS Kirchhof, § 116 Rn. 21.

устном порядке, прямо в зале суда, уполномочить лицо (даже не адвоката) на своё представительство.) Или можно упомянуть *упрощённый порядок доставки и вручения повесток и других судебных документов*. Здесь возможна, например, без формального процесса доставка документа «под адвокатское признание факта получения». Эти привилегии – частично результат положения адвоката как органа юстиции. Доступ к этим адвокатским привилегиям открывается путём выполнения нижеследующих условий:

- пригодность юриста к судейской должности после успешной сдачи второго государственного экзамена,
- его обоснованный допуск к адвокатуре и
- принесение присяги (согласно которой он должен охранять конституционный строй и обязуется исполнять обязанности адвоката добросовестно) перед соответствующей адвокатской палатой.

Из этих аспектов складывается *исключительное право адвокатов на представительство в суде* (т. е. адвокатская монополия).

К профессиональным обязанностям адвоката относятся: *обязанность сохранения независимости* (в том числе и экономической независимости по отношению к своему доверителю) и *обязанность неразглашения* (адвокатская тайна). Последняя запрещает адвокату представлять спорные интересы. Помимо этого, институт адвокатской тайны обязует его к заключению страхования ответственности за возможное причинение вреда в процессе осуществления своей профессиональной деятельности, а также к повышению квалификации. Свои действия и выступления адвокат должен подчинять требованию объективности.

IV. Заключение

Немецкое гражданское процессуальное право отражает двойственное положение адвоката как, с одной стороны, представителя интересов своего доверителя, и, с другой стороны, участника отправления правосудия. В гражданском процессе *адвокат обязан действовать правдиво* (ч. 1 пар. 138 ГПК ФРГ), однако, даже при сомнении и отсутствии собственных сведений, он обязан брать на себя представительство доверителя до тех пор, пока его неправдивость не станет ему известна или должна была стать известной. Адвокат обязан предпринимать соответствующие действия, но не должен утверждать о фактах «наобум». *Требование добросовестности* действует также и в процессуальном праве. Адвокат обязан использовать также для тактических целей все предоставленные ему ГПК средства, не допуская при этом нарушения установленных правовых границ.

Адвокат обязан, с одной стороны, исходить из надлежащей формы ведения судебного процесса, вследствие чего упущение суда – например, неисполнение предусмотренного указания – не будет виной самого адвоката; с другой стороны, он

должен стремиться к тому, чтобы предотвратить ошибки суда. В соответствии с отражёнными в гражданском процессуальном праве принципами диспозитивности и состязательности адвокат несёт ответственность за то, если и как долго осуществляется судебное разбирательство и какие фактические обстоятельства лежат в его основе.

В заключение хотелось бы особенно подчеркнуть, что правовое положение адвоката как в Германии, так и в России должно отвечать таким принципам, как независимость, неразглашение обстоятельств дела (адвокатская тайна) и лояльность доверителю. Особенностью немецкого (однако, также и европейского) права заключается в наделении адвокатуры функциями органа юстиции (наравне с судами и прокуратурой), что обуславливает монополию адвоката на представительство в немецких судах общей юрисдикции.

Об авторе:



Д-р. Христина Майер

Родилась в 1978 году во Львове/Украина.

Закончила юридический факультет Тюбингенского университета им. Эберхарда и Карла. Первый государственный экзамен в 2005 году. Референдариат в земельном суде и прокуратуре г. Тюбинген, 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 научным руководством проф. д-ра Михаэля Ронелленфитча.

С 2011 года владелица адвокатского бюро д-р Майер с офисами в Штутгарте, Ройтлингене и Манхайме, предлагающего широкий спектр услуг в различных сферах права и экономики в Германии и в странах Восточной Европы.

Области специализации: подготовка 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

Штутгарт

Königstraße 26

70173 Stuttgart

Тел.: +49 (0) 711 18 567 551
725

Факс: +49 (0) 711 18 567 450
726

Манхайм

Dürerstraße 57

68163 Mannheim

+49 (0) 621 41 87 117

+49 (0) 621 41 87 647

Ройтлинген

Bertholdweg 14

72768 Reutlingen

+49 (0) 7121 38 25

+49 (0) 7121 38 25

info@anwaltskanzlei-maier.com

www.anwaltskanzlei-maier.com

Институт медиации в Германии. Краткое введение

Mediation in Deutschland. Kurze Einführung

Анастасия Ермола (Anastasia Ermola)

Der vorliegende Beitrag stellt die Mediation in Deutschland vor. Darin dargestellt ist die Entwicklungsgeschichte der Mediation und die gesetzliche Entwicklung, mit Schwerpunkt auf den Vorgängen in Deutschland. Der Beitrag stellt gesetzliche Neuerungen dar, welche die Mediation betreffen, erörtert Grundsätze und Strukturen der Mediation, sowie die aktuelle Situation und Ergebnisse diverser Umfragen und Studien. Es werden Anwendungsgebiete dargestellt. In dem Beitrag werden Vorteile und Probleme der Mediation in Deutschland untersucht. Es werden Schlüsse aus der aktuellen Situation gezogen und der Ausblick auf die Entwicklung der Mediation in Deutschland dargestellt.

В данной статье представлен институт медиации в Германии. В статье изложена история развития института медиации и законодательная история с акцентом на события в Германии, представлены германские законодательные нововведения касательно института медиации. Также в ней рассмотрены принципы и структуры медиации и актуальная ситуация в Германии с соответствующими результатами опросов и исследований. Названы области применения медиации. В статье проанализированы преимущества медиации и её проблемы касательно практики в Германии. В заключении представлены выводы, сделанные из актуальной ситуации, и предположительные перспективы развития медиации в Германии.

А. История

Посредничество в конфликтах с привлечением медиаторов существовало отчасти ещё до возникновения правовых норм и создания государственных структур. В античном мире именно специализированные посредники обеспечивали правомерное, мирное сосуществование граждан. Конфликты между городами-государствами в Древней Греции также регулировались через посредничество третьих лиц. Даже Аристотель изучал посредничество в конфликтах. Например, в своём трактате «Афинская Полития», в котором описывается то, что жители Афин избрали своим городским главой Солон в качестве миротворца и посредника, дабы предотвратить гражданскую войну.

На территории нынешней Германии, уже во времена императора Вильгельма прусским ГПК (Civilprozeßordnung) от 30 января 1877 г. на суд налагалась обязанность,

в любой стадии процесса приводить стороны к мирному разрешению спора¹. В этом кодексе уже была закреплена правовая фигура «попытка искупления/примирения» (Sühnever such),² которая в обязательном порядке была предписана для семейных споров. В 1924 г. обязанность попытки примирения была расширена, введена для всех остальных видов судебных разбирательств в участковых судах и переименована в «попытку мирного решения» (Güteversuch). Однако из-за низкой результативности обязанность предварительной попытки примирения касательно общих судебных разбирательств была упразднена в 1950 г., касательно судебных разбирательств в семейных делах в 1976 г.

Медиация в её нынешнем образе возникла в двадцатом веке в англоязычной правовой сфере. Тогда были разработаны формы внесудебного, то есть альтернативного разрешения конфликтов, в том числе и медиация, которые связывались одним общим понятием «Alternative Dispute Resolution».

С конца 70-х годов медиация в её современном образе приобретает и в правовой сфере Германии все большую значимость. Усиленное внимание к процедуре медиации было привлечено социологическими исследованиями подобной практики в англоязычной правовой сфере и тремя конгрессами на эту тему: «Альтернативные правовые формы и альтернативы праву» (декабрь 1977 г.), «Альтернативы гражданскому судопроизводству» (сентябрь 1981 г.), «Мировое соглашение в судебном процессе» (декабрь 1982 г.).

В 2000 году вступил в силу «Закон о поддержке внесудебного разрешения споров»,³ которым были внесены изменения в Закон о создании Гражданского Процессуального Кодекса (EGZPO), в частности §15a, предписывающий для федеральных земель право принятия законов, регулирующих медиацию.⁴ Первой землёй, издавшей закон об обязательном внесудебном примирительном производстве, стала Бавария,⁵ множество других субъектов ФРГ не заставили себя ждать и приняли законы об обязательном внесудебном разрешении споров также в течение 2000 года.⁶ Эти законодательные акты в большинстве своём были лишены законной силы отменяющими законодательными актами после вступления в силу «Закона о развитии медиации и других методов внесудебного разрешения споров». Благодаря этим законам, процедура медиации стала неотъемлемой частью гражданского процесса Германии.

¹ § 268 CPO https://de.wikisource.org/wiki/Civilproze%C3%9Fordnung._Zweites_Buch.

² § 471 CPO https://de.wikisource.org/wiki/Civilproze%C3%9Fordnung._Zweites_Buch.

³ http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=%2F%2F*%5B%40attr_id%3D'bgbl199s2400.pdf'%5D#__bgbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl199s2400.pdf%27%5D__1468825979329.

⁴ <https://dejure.org/gesetze/EGZPO/15a.html>.

⁵ Bayerisches Gesetz zur obligatorischen außergerichtlichen Streitschlichtung in Zivilsachen (Bayerisches Schlichtungsgesetz - BaySchlG) // GVBL. P. 268.

⁶ <http://www.recht-niedersachsen.de/32230/nschlg.htm>, http://www.lexsoft.de/cgi-bin/lexsoft/justizportal_nrw.cgi?xid=173982,1

В. Новейшее развитие законодательной основы медиации

В поддержку внесудебного урегулирования споров и, в частности, медиации на общеевропейском уровне была создана Директива 2008/52/ЕС Европейского Парламента и Совета Европейского Союза от 21 мая 2008 г.⁷ «Относительно некоторых аспектов медиации в гражданских и коммерческих делах», а также Директива 2013/11/ЕС⁸ Европейского Парламента и Совета Европейского Союза от 21 мая 2013 г. «Относительно альтернативного разрешения споров в сфере потребления».⁹

Эти директивы были имплементированы в Германии «Законом о развитии медиации и других методов внесудебного разрешения споров», вступившим в силу 26.06.2012 г. и «Законом о разрешении потребительских споров», вступившим в силу 01.04.2016 г.

Г. Закон о развитии медиации и других методов внесудебного разрешения споров

Директиву Европарламента и Совета ЕС (Директива 2008/52/ЕС) от 21 мая 2008 г.¹⁰ «По определённым аспектам медиации в гражданских и коммерческих вопросах в области трансграничных споров», парламент Германии имплементировал Федеральным Законом «О развитии медиации и других методов внесудебного разрешения споров»,¹¹ вступившим в силу 26 июля 2012 г., а также посредством поправок в различные процессуальные кодексы. Институт медиации, в частности внесудебная медиация, в Германии этим законом получил более чёткую правовую основу и потенциал для дальнейшего развития и укрепления.

Согласно этому закону, в исковом заявлении должно быть указано, предшествовало ли обращению в суд внесудебное урегулирование конфликта (§ 253 абз. 3 Гражданского процессуального кодекса, далее: «ГПК», в новой формулировке).

Суд может предлагать внесудебное конфликтное урегулирование. Если стороны решаются на проведение медиации, суд предписывает приостановление производства по делу (§ 278 а ГПК).

В отличие от директивы ЕС, лежащей в его основе, «Закон о развитии медиации и других методов внесудебного разрешения споров» применяется не только в отношении трансграничных споров касательно гражданского, семейного и коммерческого права, но и в спорах касательно трудового, социального, административного права и вопросах государственной ответственности и не делает различий в отношении субъектного

⁷ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex%3A32008L0052>

⁸ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A32013L0011>

⁹ http://www.mediacia.com/m_docs/DirectiveADRrus.pdf?PHPSESSID=cjrv7437qb7npgbjlvikvgvdp2

¹⁰ RL 2008/52/EG Европейского Парламента и Совета от. 21.5.2008, Официальный журнал ЕС. №. L 136 v. 24.5.2008, С.3 пр.

Примечания к директиве: Eidenmüller/Prause, NJW 2008, 2737; Wagner/Thole, юбилейный сборник Kropholler, 2008, 915; Wagner/Thole, ZKM 2008, 36.

¹¹ Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung // BGBl. I. 2012. 1577.

состава сторон. В отличие от других стран, Германия разработала универсальный закон для всех правовых сфер, а не отдельные законы для каждой.¹²

Сроки реализации директивы были превышены более чем на год, она должна была быть реализована в германском законодательстве до 20 мая 2011 года. Задержки произошли в основном из-за того, что законопроект федерального правительства получил значительное сопротивление в правовом комитете и впоследствии был существенно изменён в ходе законодательного процесса. Расхождение было сосредоточено на двух моментах, а именно: судебной медиации и профессиональном праве.

1. Принципы и определение понятия медиации

Согласно § 1 «Закона о развитии медиации и других методов внесудебного разрешения споров», медиация - это конфиденциальный и структурированный процесс, в котором стороны при содействии одного или нескольких медиаторов добровольно и под собственную ответственность стремятся к взаимовыгодному урегулированию их конфликта.

Элементами фактического состава закона (§ 1 «Закона о развитии медиации и других методов внесудебного разрешения споров») являются:

1. конфиденциальный процесс, 2. структурированный процесс, 3. участие одного или нескольких медиаторов, 4. добровольность сторон, 5. личная ответственность сторон, 6. стремление к взаимовыгодному урегулированию конфликта, 7. информированность сторон, 8. независимость и нейтральность медиатора.¹³

а. Конфиденциальность

Обязательство сохранения конфиденциальности (неразглашения) медиатора рестриктивно установлено в § 4 «Закона о развитии медиации и других методов внесудебного разрешения споров». Это обязательство применяется независимо от соответствующего профессионального права, основной профессии медиатора и даёт ему право отказа от дачи показаний в возможном последующем судебном процессе, согласно § 383 абз. 1 № 6 ГПК¹⁴.

Основой обязательства сторон к конфиденциальности на протяжении всего процесса посредничества может стать только соглашение о медиации, если по обоюдному согласию в нём определяется, что стороны обязуются в течение всего процесса медиации (при желании и после), не разглашать информацию, полученную в процессе или по случаю проведения медиации. Согласно принципу частной автономии, стороны

¹² Ст. 3, 4, 5, 6, 8 закона от. 21.7.2012 вносят изменения в различные процессуальные кодексы, BGBl. 2012 I, 1577.

¹³ Эти элементы являются также принципами процедуры медиации, и критериями её отличия от других процедур внесудебного разрешения конфликтов. Развёрнутое рассмотрение этих принципов: Kracht, в: Haft/Schlieffen (изд.), Handbuch Mediation, § 12 Rn. 98 ff.

¹⁴ Greger, в Greger/Unberath, MediationsG, 2012, § 4, Rn. 1, 5.

также могут отказаться от конфиденциальности на время одной встречи или же всего процесса медиации¹⁵.

В медиации с группой участников целесообразно задействовать сразу несколько медиаторов. Во время процесса эти медиаторы имеют право информировать друг друга в целях обеспечения эффективности процедуры медиации. Об этом они должны предварительно известить участников медиации

в. Структурированный процесс

Медиация характеризуется как структурированный процесс, это означает, что она обязательно должна следовать определённым правилам, которые, однако, могут варьироваться, в зависимости от фактического контекста или предпочитаемого медиатором стиля медиации¹⁶. Медиатор направляет участников через процесс медиации не интуитивно, а строго руководствуясь профессионализмом, следует продуманному методу с определёнными структурами.

Процедура медиации подразделяется на фазы. В зависимости от выбранного медиатором стиля, фаз может быть от 3 до 12. При этом содержание процедуры не меняется, некоторые методы просто объединяют несколько промежуточных шагов в одну фазу, а некоторые придают приблизительно равное значение каждому шагу и делят процесс на большее количество фаз. Название каждого этапа также варьируется.

Я хочу представить вам наиболее распространённую модель медиации, состоящую из пяти этапов.

Этап 1: Подготовка и заключение договора посредничества

Данный этап начинается с контакта всех вовлечённых лиц. В нем уточняется, что должно быть включено в задачи и в процесс медиации, а что нет. Данный этап заканчивается измеримой, делимой на отдельные шаги постановкой цели. Стороны и медиатор подписывают договор о проведении процедуры медиации и прописывают в нем все важные требования и правила медиации:

- инициатива исходит от одной из сторон спора, лучше всего - от всех сторон
- назначение медиатора
- выяснение ожиданий сторон
- совместное обсуждение смысла и цели медиации в настоящем деле
- разработка и формулирование согласованного порядка, правила которого стороны обязуются выполнять
- расчёт расходов

¹⁵ О защите конфиденциальности: Groth/Bubnoff, NJW 2001, S. 338 ff.; Wagner, NJW 2001, S. 1398 ff.; Hartmann, в: Haft/Schlieffen, § 44.

¹⁶ Детально Kessen/Troja, в: Haft/Schlieffen (изд.), Handbuch Mediation, § 13; Montada/Kals, стр. 247 ff.

- заключение договора о проведении процедуры медиации.¹⁷

Этап 2: Сбор информации и выяснение проблем

На этой стадии собираются и представляются все фактические обстоятельства, лежащие в основе конфликта, а иногда и правовая ситуация. А также устанавливается порядок рассмотрения проблем.

Этап 3: Выяснение интересов сторон

Стороны представляют свою позицию, тем самым чётко раскрывая суть конфликта. На этом этапе особенно важно выяснить интересы, ценности и потребности сторон конфликта, лежащие в основе противоположных позиций участников конфликта.

Этап 4: Поиск идей и путей для разрешения конфликта

На этом этапе стороны вместе ищут идеи и разрабатывают варианты решения конфликта.

Этап 5: Примирение сторон

В этой фазе производится оценка и выбор вариантов решения, которые являются наиболее подходящими для достижения интересов сторон.

Также производится оценка осуществимости вариантов решения и заключается соглашение о результатах медиации.

Кроме того, на этом этапе планируется реализация соглашения.

с. При содействии одного или нескольких медиаторов

От двусторонних переговоров по урегулированию спора между конфликтующими сторонами медиация отличается подключением третьей стороны - медиатора.

Согласно абз. 2 § 1 «Закона о развитии медиации и других методов внесудебного разрешения споров», медиатор является независимым и нейтральным лицом, не обладающим полномочием по разрешению спора, которое ведёт стороны через процедуру медиации.

¹⁷ См. в деталях Lapp, в Schmidt/Lapp/Monßen, Mediation in der Praxis des Anwalts § 5 (медиация в практике адвоката).

Стороны при этом не лишаются контроля над решением конфликта, потому что посредник не имеет полномочий на принятие решений и никаких иных распорядительных функций.

В самом экстренном случае он всё же может остановить процесс посредничества, но исключительно если, по его мнению, возможность общения сторон не может быть восстановлена или согласие по иным причинам не ожидается (абз. 5 предл. 2 § 2 «Закона о развитии медиации и других методов внесудебного разрешения споров»).

Закон 2012 года сводит базовые обязанности медиатора к необходимости адекватно информировать стороны, а также быть уверенным в том, что они осведомлены о принципах и ходе медиации (§ 2 Закона). Основными задачами медиатора являются поддержка сторон в развитии между ними безнасиельственной коммуникации, обеспечение адекватного и равноправного участия каждой из сторон в процедуре медиации (§ 3 Закона), например, через компенсацию дисбаланса распределения власти между сторонами. В случае если стороны пришли к мировому соглашению, на медиатора также возлагается обязанность удостовериться в том, что оно достигнуто при полной свободе воли сторон, исчерпывающем знании и понимании обстоятельств и содержания соглашения (§ 6 Закона). Роль медиатора может существенно меняться в зависимости от типа спора и сторон правоотношения, однако при любой констелляции медиатор полномочен только оказывать сторонам поддержку в самостоятельном урегулировании конфликта. Он может совместно со сторонами конфликта предлагать и разрабатывать жизнеспособные решения, но только тогда, когда стороны изъявляют такое желание.

d. Собственная ответственность сторон

Выбранная в ч. 1 § 1 «Закона о развитии медиации и других методов внесудебного разрешения споров» формулировка изначально разъясняет, что медиация является инструментом разрешения конфликтов в сфере контроля сторон. Стороны конфликта остаются хозяевами этого процесса; они не передают полномочия разрешения конфликта третьей стороне или учреждению. Следовательно, сторонам надлежит самостоятельно выбрать посредника (ч. 1 § 2 «Закона о развитии медиации и других методов внесудебного разрешения споров»). Они могут остановить медиацию в любой момент (ч. 5 предл. 1 § 2 «Закона о развитии медиации и других методов внесудебного разрешения споров»). Также они в любой момент могут решить договориться и уладить конфликт мирным соглашением.¹⁸

e. Добровольность сторон

Принцип добровольности, содержащийся в § 1 ч. 1 «Закона о развитии медиации и других методов внесудебного разрешения споров» предполагает прежде всего то, что

¹⁸ Нопт/Steffek в Нопт/Steffek, с. 3 (12 и сл.).

институт медиации не может быть инструментализирован в целях разгрузки судебной системы.

Соответственно, законодательная власть воздерживается от урегулированного обязательства проходить процедуру медиации как в общем, так и в отношении определённых категорий дел.¹⁹

Развитие предписанной в соответствующих законах отдельных федеральных земель обязательной попытки примирения в „обязательство посредничества“ в том смысле, что судебному рассмотрению дела обязательно должно предшествовать мировое урегулирование спора посредством медиации, не противоречило бы европейскому или конституционному праву, однако регламентировать его законодатель не стал. В этом направлении действует лишь поправка в § 253 абз. 3 №. 1 ГПК, который предписывает, что исковое заявление должно содержать сведения о том, предшествовала ли судебному рассмотрению дела попытка мирового урегулирования споров посредством медиации или иных процедур внесудебного разрешения конфликтов и существуют ли обстоятельства, препятствующие такого рода процессам.

Отказ от законодательного обязательства медиации не означает невозможность регламентировать подобное обязательство *inter partes* на договорной основе.²⁰ Согласно принципу приватной автономии, стороны имеют право путём включения в договор медиационной оговорки или отдельного договора об обязательной медиации обязать предпринять попытку решить спор посредством медиации. Такое обязательство *inter partes* не противоречит принципу добровольности медиации и, следовательно, не нарушает § 1 «Закона о развитии медиации и других методов внесудебного разрешения споров».

f. Информированность сторон

Чтобы у сторон была возможность самостоятельно решить свой конфликт, им необходимо знать соответствующие факты и быть в полной мере осведомлённым о реальной ситуации, только тогда они могут принимать решения, которые будут действительны в долгосрочной перспективе. В соответствии с ч. 1 п. 6 § 2 «Закона о развитии медиации и других методов внесудебного разрешения споров» посредник направляет свои действия на то, чтобы стороны при заключении соглашения по результатам медиации были осведомлены об обстоятельствах его заключения и понимали его содержание.

В связи с этим медиатор обязан делиться со сторонами всей информацией, которую он получает, за исключением той, которую одна из сторон желает сохранить в секрете.

¹⁹ Из примечаний правительства к законопректу, BT-Drs.17/5335, S. 15 (печатное издание немецкого бундестага).

²⁰ Wagner, S. 439 сл.; Wagner, *RabelsZ* 74 (2010), 794 (838 f.).

g. Стремление к взаимовыгодному урегулированию конфликта

Целью процедуры медиации является взаимовыгодное урегулирование конфликта, это является главным признаком, отличающим её от других процедур, нацеленных на победу одной стороны и соответствующее поражение другой.

2. Независимость и нейтральность медиатора

Независимость и нейтральность медиатора, прописанная в ч. 2 § 1 «Закона о развитии медиации и других методов внесудебного разрешения споров» конкретизированы в ч. 3 § 2 этого закона, согласно которому медиатор имеет равные обязанности по отношению к каждой из сторон. Более того § 3 «Закона о развитии медиации и других методов внесудебного разрешения споров» обязует медиатора сообщить сторонам все обстоятельства, которые могут помешать его независимости и нейтральности. В § 3 «Закона о развитии медиации и других методов внесудебного разрешения споров» прописаны и иные ограничения деятельности медиатора в случаях, когда существуют обстоятельства, противоречащие его нейтральности и независимости.

Стороны самостоятельно выбирают себе медиатора или обращаются в специализированные учреждения, которые предоставляют медиатора по их запросу. К таким организациям относятся Немецкий арбитражный институт²¹ и Торгово-промышленная палата.²²

3. Обучение, повышение квалификации. Правила сертификации медиатора

Настоящим камнем преткновения в принятии законопроекта стали нормы относительно профессионального права и требований к обучению и квалификации медиаторов. Юридический комитет требовал определить требования к обучению и квалификации медиаторов законодательно,²³ правительство же оставляло обучение в своей версии законопроекта в ответственности посредника.²⁴

В конечном итоге в § 5 ч. 2 «Закона о развитии медиации и других методов внесудебного разрешения споров» устанавливаются только базовые нормы и определения касательно профессии и образования медиатора. Конкретная специальность для медиатора законом не предписывается. Доступ к профессии медиатора также никак не ограничивается. Медиатор гарантирует под свою личную ответственность посредством соответствующего обучения и подготовки, что у него

²¹ Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit [Electronic resource]. URL: www.disarb.org.

²² Industrie-und Handelskammer [Electronic resource]. URL: www.dihk.de.

²³ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (Рекомендация к решению и доклад юридического комитета), BT-Drs.17/8058, S. 6 ff., 18 ff (печатное издание немецкого бундестага).

²⁴ § 5 Закона о медиации в версии правительственного законопроекта, BT-Drs.17/5335, S. 6 (печатное издание немецкого бундестага).

есть необходимые навыки и опыт для компетентного и профессионального сопровождения сторон через процедуру медиации.

Также базово закон определяет, какие знания, навыки и методы должны передаваться в процессе надлежащего обучения. Лица, отвечающие этим требованиям, имеют право осуществлять профессиональную деятельность медиатора. Минимальный возраст или определённая изначальная профессия с высшим образованием не требуются.

Федеральное министерство юстиции уполномочено посредством постановления, имеющего законодательную силу (*Verordnung*), установить дополнительные стандарты, критерии и содержание образования, профессиональной подготовки и повышения квалификации. Это постановление может включать положения, касающиеся требований к преподавателям и к сертификации медиаторов, а также обязательство регулярной профессиональной переподготовки для сертифицированных медиаторов.

Только лицо, успешно завершившее обучение, которое отвечает требованиям, принятым в распоряжении, в будущем будет иметь право именоваться «сертифицированным медиатором».²⁵ Однако формальная процедура сертификации или государственный контроль над институтами, проводящими сертификацию, не предусмотрены.

Требования к обучению медиатора, однако, не рассматриваются как условия доступа к профессии, а всего лишь выполняют функцию условий получения сертификата и предоставления права называть себя «сертифицированный медиатор».²⁶

В феврале 2014 года Федеральное министерство юстиции и защиты прав потребителей (BMJV) опубликовало проект постановления об обучении сертифицированных медиаторов (*Verordnung über die Aus- und Fortbildung von zertifizierten Mediatoren*).²⁷

Согласно этому проекту, медиатор должен наряду с образованием медиатора иметь полноценное высшее или профессиональное образование в изначальной профессии и минимум 3 года профессионального опыта в ней, § 2 проекта. В § 3 требуется интенсивное обучение, занимающее минимум 120 часов, минимальное содержание которых прописано в приложении к распоряжению. Официальное именование «Сертифицированный медиатор» может быть использовано исключительно после выполнения необходимых условий, как согласно § 2 (базовые навыки) так и согласно § 3 (требования к содержанию обучения).

²⁵ Проект соответствующего распоряжения был представлен Федеральным Министерством Юстиции и защиты прав потребителя 31.1.2014
[http://www.bmju.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Verordnungsentwurf ueber die Aus und Fortbildung v on zertifizierten Mediatoren.pdf? __blob=publicationFile](http://www.bmju.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Verordnungsentwurf_ueber_die_Aus_und_Fortbildung_von_zertifizierten_Mediatoren.pdf?__blob=publicationFile).

²⁶ Wagner, ZKM 2012, 110 (114 f.)

²⁷ [http://blog.mediation.de/wp-content/uploads/2014/02/Verordnungsentwurf ueber die Aus und Fortbildung von zertifizierten Mediatoren.pdf](http://blog.mediation.de/wp-content/uploads/2014/02/Verordnungsentwurf_ueber_die_Aus_und_Fortbildung_von_zertifizierten_Mediatoren.pdf)

В § 4 устанавливается обязанность регулярного повышения квалификации в объёме 20 часов в течение двух лет. Срок, в который должно быть проведено повышение квалификации, начинается с завершения обучения сертифицированного медиатора. Содержание и цели повышения квалификации, например, за счёт расширения и обновления некоторых тем базового обучения также прописаны в приложении распоряжения.

Для регулярной перееаттестации в § 5 требуется непрерывное доказательство практического опыта.

В § 6 установлены требования к содержанию и форме сертификатов об успешном завершении обучения и учебных мероприятий повышения квалификации для образовательных и учебных заведений.

§ 7 содержит подробные требования к образовательным заведениям и их преподавателям. Преподаватель должен иметь базовые навыки согласно § 2 и основательные знания содержания образования в соответствии с ч. 1 § 3.

Для медиаторов, чьё образование медиатора длилось не более 90 часов и было получено до 26.07.2012 г., § 9 Закона содержит переходное положение. В § 9 также содержатся возможности комбинации образования с достаточным практическим опытом.

Согласно высказываниям федерального министра юстиции Хайко Маас в его интервью Адвокатской Газете (Anwaltsblatt) от 07.01.2015 г., окончательное принятие этого постановления, как и в общем дальнейшая имплементация Директивы 2008/52/ЕС были вытеснены из списка прерогатив необходимостью безотлагательной имплементации Директивы 2013/11/ЕС от 21 мая 2013 г. «Относительно альтернативного разрешения споров в сфере потребления» и создания потребительских примирительных камер.

К тому же, согласно § 6 «Закона о развитии медиации и других методов внесудебного разрешения споров» издание распоряжения считается не обязанностью, а полномочием Министерства юстиции,²⁸ без обязательства согласования такого распоряжения с федеральным советом земель.

После высказывания такой позиции со стороны министра юстиции остаются сомнения в том, будет ли это распоряжение принято в краткосрочной перспективе (если будет принято вообще).

4. Соглашения в медиации

В «Законо о развитии медиации и других методов внесудебного разрешения споров» нет норм, регулирующих договорную базу медиации. Поэтому контракты и оговорки касательно выбора медиации, начала медиации, так же, как и соглашение по

²⁸ <https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/magazin/anwaltsblattgesprach-mit-heiko-maas>.

результатам медиации являются атипичными договорами, что открывает широкие возможности их оформления.

а. Соглашение о применении процедуры медиации, медиативная оговорка

Существенной особенностью медиации является добровольность и личная ответственность сторон. Так, уже ч. 1 § 1 «Закона о развитии медиации и других методов внесудебного разрешения споров» (MediationsG) гласит: «Медиация - конфиденциальный и структурированный процесс, в котором стороны при содействии одного или нескольких медиаторов добровольно и под собственную ответственность стремятся к взаимовыгодному урегулированию их конфликта».

Таким образом, то обстоятельство, что «Закон о развитии медиации и других методов внесудебного разрешения споров» содержит в ч. 1 § 2 единственное условие, касательно инициирования процедуры медиации,²⁹ отражает природу медиации. Это означает, что для закрепления обязанности первоочередного урегулирования споров посредством медиации, как и вообще всех положений касательно инициации процедуры медиации между сторонами договора должно быть заключено соответствующее гражданско-правовое соглашение.

Стороны заключают гражданско-правовое соглашение о том, проводить ли процедуру медиации, и если да, то в каких случаях и при каких обстоятельствах - так называемый договор о медиации. Это может быть проделано либо после возникновения конфликта, либо независимо от существования конфликта в существующих правовых отношениях между сторонами до возникновения какого-либо конфликта. Соглашение об избрании медиации главным методом разрешения споров, вынесенное в отдельный договор, называется медиативным договором³⁰. Это наиболее распространённый способ в случае последующего соглашения о медиации. Соглашение об избрании медиации, непосредственно включённое в текст главного договора между сторонами, называется медиативной оговоркой³¹. Это наиболее распространённая форма предварительного соглашения о медиации.

В большинстве случаев процедура медиации осуществляется именно на основании предварительного соглашения о медиации, так как заключение соглашения о медиации, когда между сторонами уже существуют разногласия и нарушено доверие, требует огромных усилий и практически не представляется возможным.

Поэтому если путь разрешения конфликтов посредством медиации сторонам не представляется приемлемым, целесообразно заключить предварительное соглашение о медиации.

²⁹ Которое гласит: «Стороны избирают медиатора.»

³⁰ По аналогии с арбитражным производством см. Арбитражное соглашение ч. 2 альт.1 §1029 ГПК ФРГ.

³¹ Арбитражная оговорка ч. 2 альт.2 §1029 ГПК ФРГ.

Если у сторон существует хоть малейшая готовность прибегнуть к процедуре медиации, я, к примеру, в договоре прописываю комбинированное условие разрешения споров, содержащее, кроме прочего, и возможность процедуры медиации:

«

В любых разногласиях, возникающих из настоящего договора, в связи с настоящим договором, а также касательно его заключения, действительности или прекращения, стороны обязуются в первоочередном порядке попытаться достигнуть взаимоприемлемого разрешения путём переговоров.

В случае, когда стороны самостоятельно не достигают такого взаимоприемлемого разрешения в течение 30 дней, они в обязательном порядке проводят процедуру медиации до предъявления официального иска. Стороны проводят процедуру медиации, не дожидаясь истечения 30-ти дневного срока, если разрешение спора путём самостоятельных переговоров изначально не представляется вероятным.

В случае, когда процедура медиации также не приводит к урегулированию конфликта, споры подлежат окончательному урегулированию в соответствии с Арбитражным Регламентом Немецкой Арбитражной Институтции (ДИС), с исключением подсудности судам общей юрисдикции.

Вышеуказанные положения не исключают осуществление предварительного делопроизводства в судах общей юрисдикции.»

«

Die Parteien verpflichten sich, sich zunächst zu bemühen, alle Meinungsverschiedenheiten die sich aus diesem Vertrag oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag ergeben, oder das Zustandekommen und Bestehen des Vertrages betreffen, im Wege einer partnerschaftlichen Verhandlung, einvernehmlich zu lösen.

Sollten die Parteien in einem Zeitraum von 30 Tagen nicht selbständig eine solche einvernehmliche Lösung herbeiführen können, ist vor Klageerhebung bei einem ordentlichen Gericht oder Schiedsgericht ein Mediationsverfahren durchführen.

Die Parteien können statt der selbständigen partnerschaftlichen Verhandlung, auch sofort Mediationsverfahren einleiten, wenn die einvernehmliche Lösung im Wege der selbständigen Verhandlung keine Erfolgsaussichten hat.

Sollte das Mediationsverfahren erfolglos beendet werden, wird die Meinungsverschiedenheit unter Ausschluss des ordentlichen Rechtsweges bindend in einem Schiedsverfahren entsprechend den Normen der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS) entschieden. »

в. Соглашение о проведении процедуры медиации

Соглашение о проведении процедуры медиации заключается на первом этапе процедуры медиации между медиатором и сторонами конфликта. Это соглашение представляет собой договор смешанного типа.

Основной обязанностью сторон конфликта по отношению к медиатору является обязательство оплаты гонорара, по отношению друг к другу - обязательство сотрудничества, обязательство переговоров на основе принципов проведения процедуры медиации до её окончания.

Основной обязанностью посредника является *lege artis* сопровождение переговоров, согласно принципам проведения процедуры медиации, он также обязан давать разъяснения и информировать стороны. Вместе с тем, посредник не обязан достигнуть определённого результата, но подлежит обязанности проявлять добросовестность.

Договор посредничества может быть свободно разработан в рамках «Закона о развитии медиации и других методов внесудебного разрешения споров» и (в случае, когда медиатор является юристом с правом занятия судебных должностей) Закона об оказании юридических услуг.

Посредник оказывает услуги более высокого порядка, не будучи связанным никакими инструкциями (§ 611 Германского Гражданского Уложения, нем.: BGB, далее: «ГГУ»). Таким образом, применимыми для него являются законодательные нормы, регулирующие договоры о предоставлении услуг без применения специального трудового законодательства. Лишь в очень редких случаях для таких услуг частично могут применяться правила, касающиеся договора поручения (§§ 662 и сл. ГГУ), или трудового договора (§§ 631 и сл. ГГУ).

В связи с этим соглашение о проведении медиации может быть заключено в произвольной форме. Однако лучше всё-таки закрепить договор в письменном виде в целях определённости и доказуемости прав и обязанностей сторон конфликта и медиатора.

Содержание соглашения о проведении процедуры медиации:

- правила процедуры медиации
- данные о личности сторон
- данные о личности медиатора
- предмет и цель медиации
- задачи и положение медиатора
- нейтральность, отсутствие полномочий принятия решений
- конфиденциальность сторон, обязательство неразглашения/право медиатора на отказ от дачи показаний

- обязательства по раскрытию информации медиатора
- освобождение от запретов на осуществление деятельности
- роль сторон
- общие принципы медиации:
 - конфиденциальность
 - собственная ответственность сторон
 - добровольность сторон и т. д.
- отказ сторон от возражения об истечении срока исковой давности
- прекращение посредничества
- заключение медиативного соглашения форма соглашения, контроль исполнения
- договорённость о размере гонорара
- ограничение ответственности

с. Медиативное соглашение

Медиативное соглашение по возникшему из гражданских правоотношений спору, которым оформляются результаты, достигнутые в процедуре медиации, представляет собой гражданско-правовую сделку и является мировым соглашением в понимании § 779 ГГУ. Это соглашение направлено на создание, изменение или прекращение прав и обязанностей сторон.

Касательно содержания этого договора, сторонам предоставлена полная свобода, что, однако не освобождает их от обязанности соблюдать при этом законодательные нормы и общепринятые нормы морали.

Для обеспечения доказуемости это соглашение оформляется письменно. Норм, предписывающих определённое оформление, не существует.

В случае если стороны являются резидентами разных стран и не договорились о выборе применимого права, то к содержанию медиативного соглашения применяется право, с которым оно имеет наиболее тесную связь. При этом в абсолютном большинстве случаев применяется право, применимое к основному правоотношению сторон.

5. Исполнимость медиативного соглашения

В проекте «Закона о развитии медиации и других методов внесудебного разрешения споров» было запланировано внесение в ГПК ФРГ дополнительного параграфа 796 d, который бы регламентировал правила соглашения, заключённого по итогам процедуры

медиации. Однако, в конечной версии законодатель отказался от регламентации принудительного исполнения. Это означает, что, как и прежде, достигнутое посредством медиации соглашение может быть правооснованием для принудительного исполнения, если о результатах заключено так называемое адвокатское мировое соглашение (Anwaltsvergleich) §§ 796a сл. ГПК ФРГ или нотариализацией, проведённой немецким нотариусом ч. 1 № 5 § 794 ГПК ФРГ.

Медиатор обязан информировать стороны о том, что соглашение, заключённое по результатам медиации, само по себе не является основанием для принудительного исполнения.

6. Виды медиации

В «Законе о развитии медиации и других методов внесудебного разрешения споров» происходит разделение медиации на три вида в зависимости от пути доступа к медиации и персоны медиатора. Законом регулируются три вида медиации: стандартная внесудебная медиация, внесудебная медиация по случаю судебного процесса (близкая суду медиация) и процесс перед примиряющим судьёй (Güterichter).

а. Стандартная внесудебная медиация

Законом о медиации законодатель оставляет прерогативу за внесудебной медиацией.

Стандартная внесудебная медиация основана исключительно на соглашении сторон о разрешении своего спора подобной процедурой. Правовой основой здесь выступает только Закон 2012 года. В случае если между сторонами сложились устоявшиеся правоотношения, к процедуре медиации можно перейти посредством заключения ad hoc соглашения или добавив оговорку о медиации в договоре.

Касательно ответственности за некачественное или ошибочное консультирование надлежит различать между обязанностями адвоката в качестве медиатора и медиатора без допуска к адвокатской деятельности : оба обязаны выяснять обстоятельства дела , а также определять цели присутствующих сторон. Адвокат в качестве медиатора к тому же имеет право и обязанность предоставлять юридическую консультацию. Он должен продемонстрировать сторонам различные правовые варианты для достижения их целей.

б. Внесудебная медиация по случаю судебного процесса

Новый § 278 а ГПК ФРГ открывает для суда возможность предложить сторонам близкое суду урегулирование конфликта, в частности медиацию. Такое предложение может быть особенно показано, когда в основе судебного разбирательства лежат глубоко идущие конфликты, которые не могут быть разрешены в полной мере в ходе судебного разбирательства. Например, в тех случаях, когда за требованием, образующим предмет иска, стоят долгосрочные личные или деловые отношения между

сторонами, которые могут быть нарушены развитием процесса или его результатом. На время проведения процедуры медиации или иного внесудебного урегулирования конфликта назначается приостановление производства по делу.

с. Процесс перед примиряющим судьёй

Согласно § 278 ч. 5 ГПК ФРГ, суд может передать дело для примирительной процедуры, как и для дальнейших попыток примирения, специализированному судье, не имеющему полномочий принятия решения по данному делу. Примиряющий судья (Güterichter) уполномочен применять все методы внесудебного разрешения конфликтов, в том числе и медиацию³².

Решение о передаче дела примиряющему судье принимается на усмотрение судьи, ведущего судопроизводство по делу, и не зависит от согласия сторон³³.

Примиряющий судья в обязательном порядке принадлежит тому же суду, что и передающий судья, то есть стороны не вправе выбирать примиряющего судью в той же мере как медиатора в стандартной внесудебной медиации.

Решающим для направления является, прежде всего, существует ли вообще вероятность разрешения конфликта путём примирительного производства.

Судья, ведущий процесс, извещает стороны о своём намерении передачи дела примиряющему судье и даёт им возможность высказать свои замечания, по мере возможности сопровождая извещение дополнительной информацией касательно процедуры примирительного производства. Передача производства против заявленной воли одной из сторон, однако, в целом не может быть целесообразной. При не обоснованном и непонятном для него неприятии процедуры примирения, судья должен, в случае необходимости с привлечением координатора посредничества, попытаться исправить любые неправильные представления стороны или её адвоката.

О передаче дела выносится судебное постановление с приблизительной формулировкой:

«Стороны направляются к примиряющему судье для примирительной процедуры».

В качестве обоснования достаточно ссылка на норму закона, (например, § 278 п. 5 ГПК).

Постановление о приостановлении производства по делу (§ 251 ГПК) не выносится, так как процесс идёт дальше, но уже в форме примирительного слушания.

Материалы дела передаются примиряющему судье сразу после передачи дела. Ответственный судья определяется соответственно организационной структуре и плану распределения функциональных обязанностей суда. Принцип законного судьи не

³² Развёрнуто о процессе перед примиряющим судьёй Greger/Weber, MDR 2012 выпуск 18 доп.

³³ Sächs. OVG, Beschl. v. 28.1.2014 – 1 A 257/10 (ZKM 2014, 135)

применяется к качеству судей, так как он не играет никакой роли в принятии решения по делу.

Примиряющий судья отличается от существовавшего в прошлом судебного медиатора, действовавшего в рамках внутрисудебной медиации, по следующим параметрам:

- передача дела примиряющему суду находится полностью на усмотрении судьи, ведущего судебное разбирательство,
- производство внутрисудебной медиации перед судьёй медиатором было возможно только с согласия обеих сторон конфликта,
- производство по делу приостанавливается, только когда обе стороны не являются на заседание примирительного производства.

В рамках этой процедуры судья не может выносить решения, обязывающие стороны. Однако примиряющий судья является законным судьёй, согласно § 16 предл. 2 Закона о судоустройстве Германии, и имеет право протоколировать соглашение, достигнутое в процессе примирительного производства. Это протоколированное соглашение является мировым соглашением, заключённым в суде, таким образом, примиряющий судья производит исполнительный лист, на основании которого судебный исполнитель может привести это соглашение в исполнение.

Помимо применения классических методов медиации, примиряющий судья имеет полномочия давать правовую оценку ситуации и предлагать сторонам целесообразные и, с юридической точки зрения, практикабельные решения конфликта, помимо прочего, он также уполномочен устанавливать размер судебных расходов.

Процесс примирительного производства является частью процесса и, следовательно, не вызывает никаких дополнительных судебных расходов.

В случае достижения успешного разрешения спора посредством медиации суд прекращает рассмотрение дела.

Целью этой процедуры также является урегулирование спора без вынесения судебного решения.

В процессе принятия «Закона о развитии медиации и других методов внесудебного разрешения споров» возникло немало споров относительно регламентации внутрисудебной медиации.

Федеральный совет земель настаивал на внутрисудебной медиации т.к. именно она показала себя как эффективный инструмент урегулирования споров³⁴. Юридический комитет, тем временем, настаивал на исключении внутрисудебной медиации из закона и замене её моделью «примиряющего судьи»³⁵. Профессиональные ассоциации

³⁴ BR-Drucksache. 10/1/12, С. 1 пр.(печатное издание федерального совета).

³⁵ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (Рекомендация к решению и доклад юридического комитета), BT-Drs.17/8058, S. 4, 17 ff (печатное издание немецкого бундестага).

считали, что обеспечение судейской (внутрисудебной) медиации правовой основой является вторжением в свободу конкуренции. Федеральный парламент изначально принял сторону юридического комитета. После того как федеральный совет земель добился внесения в § 278 пункт 5 ГПК ФРГ дополнительного предложения, что примиряющий судья может «использовать все методы разрешения конфликтов, включая медиацию», федеральные земли тоже согласились с проектом закона. После этого у профессиональных ассоциаций не осталось иного выбора, кроме как отказаться от своих протестов, мотивируя это тем, что приоритет всё же остаётся за внесудебным урегулированием споров³⁶.

7. Оценка

К июлю 2017 года Федеральное министерство юстиции и защиты прав потребителей должно представить в Бундестаг доклад о действенности «Закона о развитии медиации и других методов внесудебного разрешения споров». Для подготовки этого доклада научно-исследовательскому институту немецкого государственного управления в городе Шпейер было поручено исследование развития фактической ситуации.

II. Закон о разрешении потребительских споров

С 1 апреля 2016 года вступил в силу Закон об имплементации Директивы 2013/11/ЕС³⁷ Европейского Парламента и Совета Европейского Союза от 21 мая 2013 г. «Относительно альтернативного разрешения споров в сфере потребления»³⁸ и о реализации постановления об урегулировании споров в потребительских делах в режиме онлайн от 19 февраля 2016 года (BGBl. I 254). Важной частью этого закона является новый «Закон о разрешении потребительских споров» (споров с участием потребителей) (Verbraucherstreitbeilegungsgesetz)³⁹. Наряду с этим, в нём содержатся различные изменения отдельных нормативных положений, касающиеся примирительных камер.

Дополнительно к Закону от 1 апреля 2016 года, с 28 февраля 2017 года вступило в силу распоряжение об информационных обязанностях в потребительских спорах (Verbraucherstreitbeilegungs-Informationspflichtenverordnung).⁴⁰

По сравнению с проектом правительства⁴¹ окончательная версия закона⁴² содержит несколько изменений, внесённых в связи с рекомендацией правового комитета,⁴³ в частности:

³⁶ См. Пресс-релиз Федеральной Палаты адвокатов Германии:

<http://www.brak.de/fuer-journalisten/pressemitteilungen-archiv/2012/presseerklaerung-6-2012/>.

³⁷ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A32013L0011>.

³⁸ http://www.mediacia.com/m_docs/DirectiveADRrus.pdf?PHPSESSID=cjrv7437qb7npgbjlvikvgvdp2.

³⁹ http://www.bmjv.de/DE/Themen/FokusThemen/Schlichtungsstellen/Schlichtungsstellen_node.html.

⁴⁰ http://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Verbraucherstreitbeilegung_Informationspflicht_enverordnung_VSBInfoV.html.

- К квалификации медиаторов предъявляется больше требований (§ 6 VSBG).
- За аккредитацию примирительных камер отвечает Федеральное Управление Юстиции, а не каждая из федеральных земель отдельно.
- Потребители не могут быть посредством общих условий заключения сделок обязаны проводить процедуру примирения допредъявления иска.
- Земли не обязаны устанавливать универсальные примирительные камеры.
- Существующие примирительные органы получают двухмесячный переходный период, чтобы приспособиться к новым требованиям, а владельцы бизнеса двенадцать месяцев.

Директива 2013/11/ЕС предписывает для стран-участниц создание отвечающих установленным нормам органов альтернативного урегулирования споров⁴⁴. Согласно части 1 статьи 4 Директивы 2013/11/ЕС, органом альтернативного урегулирования споров является «любой орган, независимо от его именованя, учреждённый на долгосрочную перспективу, и предлагающий разрешение конфликтов в процессе альтернативного урегулирования споров (...)».

В соответствии с Директивой 2013/11/ЕС, Закон о реализации создаёт основным Законом о разрешении потребительских споров комплексную систему основания, развития и официального признания⁴⁵ органов внесудебного урегулирования споров между потребителями и предпринимателями, возникающих из потребительских договоров в значении ч. 3 § 310 ГГУ⁴⁶.

1. Примирительные камеры

Закон устанавливает создание сети частных потребительских примирительных камер⁴⁷ (Verbraucherschlichtungsstelle) по всей Германии (согласно п. 1 ч. 1 § 1 «Закона о разрешении потребительских споров»), отвечающих требованиям Директивы 2013/11/ЕС Европейского Парламента и Совета Европейского Союза от 21 мая 2013 г. «Относительно альтернативного разрешения споров в сфере потребления», а также

⁴¹ ВТ-Drs.18/5089, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/050/1805089.pdf> (печатное издание немецкого бундестага).

⁴² www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl#_bgbl_%2F%2F*%40attr_id%3D%27bgbl1116s0254.pdf%27%201457368921742.

⁴³ ВТ-Drs.18/6904, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/069/1806904.pdf> (печатное издание немецкого бундестага)

⁴⁴ Согласно терминологии директивы, процессом альтернативного урегулирования споров является внесудебный процесс, при котором задействован орган альтернативного урегулирования споров, который «предлагает или предписывает сторонам вариант решения или собирает их вместе, в целях побудить их к мировому соглашению, Ст. 2 в совокупности с ч. 1 Ст. 4 директивы 2013/11/ЕС.

⁴⁵ Статья 1 Реализующего закона BGBI.2016 I, стр. 254.

⁴⁶ Детально о реализации директивы Naunings, ZKM 2013, стр. 86 и сл.

⁴⁷ Подробнее о выборе определения ВТ-Drs. 18/5760 стр4 и сл. Предложение совета земель и стр. 25 и сл. Возражение правительства (печатное издание немецкого Бундестага).

основные условия, которые должны быть ими выполнены. Это включает в себя и минимальные требования к процедурам урегулирования споров.

Понятие «потребительская примирительная камера» является охраняемым законом наименованием.⁴⁸ Исключительно органы, соответствующие установленным законом нормам, признаются «потребительскими примирительными камерами».

К компетенции потребительских примирительных камер относятся процедуры внесудебного разрешения гражданских споров, по крайней мере, вытекающих из потребительского договора или касающихся его фактического существования §§ 2 ч. 1, 4 ч. 1 «Закона о разрешении потребительских споров».⁴⁹

Каждый потребитель может обратиться в такую потребительскую примирительную камеру в спорах, вытекающих из потребительских договоров.

2. Финансирование, учреждение, признание

Потребительские примирительные камеры могут быть учреждены при государственном учреждении, согласно ч. 3 ст. 4 Директивы, или находиться в финансировании частного зарегистрированного общества, согласно ч. 2 § 2, § 3 «Закона о разрешении потребительских споров».

Примирительные камеры при государственном учреждении при этом являются субсидиарными⁵⁰.

Примирительные камеры в частном владении должны быть признаны уполномоченным государственным органом. В подавляющем большинстве случаев этим органом является Федеральное Управление Юстиции (BfJ), согласно § 27 «Закона о разрешении потребительских споров».⁵¹ Органы, ответственные за сертификацию примирительных камер, также должны обеспечивать соблюдение нормативных требований.

Примирительные камеры не могут получить апробацию, если у них отсутствует надёжное финансирование, которое бы обеспечило их финансовую жизнеспособность в долгосрочном плане, или же они в силу других причин не предназначены к существованию в долгосрочной перспективе согласно ч. 1 § 24 «Закона о разрешении потребительских споров».

В спорах в отраслях предпринимательской деятельности, где нет специализированной отраслевой примирительной камеры, для потребителей должны быть учреждены универсальные потребительские примирительные камеры для

⁴⁸ § 2 «Закона о Разрешении Потребительских Споров» (VSBG).

⁴⁹ <https://www.gesetze-im-internet.de/vsbg/BJNR025410016.html#BJNR025410016BJNG000200000>.

⁵⁰ § 29 и сл. «Закона о Разрешении Потребительских Споров» (VSBG).

⁵¹ Исключения представляют собой специальные подведомственности в областях пассажирской перевозки и энергообеспечения.

обеспечения полного спектра предложения урегулирования потребительских споров, согласно Европейским законодательным нормам.

Универсальные потребительские примирительные камеры учреждаются федеральными землями на их усмотрение, если существующие на их территории камеры не покрывают весь диапазон потребительского спроса.

Однако учреждение таких универсальных потребительских примирительных камер большинством федеральных земель, по всей вероятности, будет отложено до конца 2019 г., так как до этого времени будет существовать поддерживаемая государством всеобщая потребительская примирительная камера согласно § 43 ч. 1 «Закона о разрешении потребительских споров», которая как раз и будет задействована во всех отраслях потребительских споров. В отличие от универсальных, эта камера будет не административно-правовой, а гражданско-правовой, как и регулярные примирительные камеры.

3. Медиация

Отдельной нормой «Закона о разрешении потребительских споров», в § 18 в качестве возможной процедуры в примирительных камерах приводится медиация. Из комментария законодателя к проекту «Закона о разрешении потребительских споров» становится очевидно, что в процессе создания этого закона он усиленно ориентировался на соответствующие нормы «Закона о развитии медиации и других методов внесудебного разрешения споров»⁵².

4. Посредник

Посредники, которые несут ответственность за независимость и нейтральность примирительной камеры, должны соответствовать высоким требованиям относительно качества их услуг и их профессиональной квалификации.

Так, посредник должен иметь достаточные правовые знания. К тому же посредником может быть только лицо, имеющее допуск к исполнению обязанностей судьи (то есть сдавшее два юридических государственных экзамена) или являющееся сертифицированным медиатором, согласно ч. 2 § 6 «Закона о разрешении потребительских споров».

Большинство ассоциаций медиаторов видят в этой норме закона ограничение доступа к профессии.

Посредником в примирительной камере не может быть человек, который ранее работал в соответствующей экономической ассоциации, согласно ч. 3 § 6 «Закона о

⁵² BT Drs. 18/5089

https://www.bundestag.de/blob/383134/86ee266bcf5dbe74459b50469c7b0da7/a_gesetzentwurf-data.pdf.

разрешении потребительских споров», так как он должен быть независимым и объективным, согласно § 7 этого закона.

5. Независимость и объективность

Особенно в примирительных камерах, находящихся в частном владении, должно быть уделено особое внимание обеспечению независимости и объективности.

В первую очередь, это достигается путём построения чётких организационных структур и предоставления примирительным камерам строго выделенного, привязанного к определённому назначению достаточного финансирования.

6. Прерывание течения срока давности

Попытка примирения в потребительской примирительной камере не должна препятствовать исковой силе претензии.

Директива предусматривает, что стороны должны иметь возможность после примирительного процесса в потребительской примирительной камере беспрепятственно обратиться в суд с этим же предметом разбирательства, несмотря на какие-либо сроки исковой давности (Статья 12 Директивы 2013/11/ЕС).

В соответствии с этим были внесены изменения в ч. 1 № 4 § 204 ГГУ, который предписывает остановку течения срока давности иска при обращении в примирительную камеру⁵³.

С. Области применения медиации

Урегулирование споров посредством процедуры медиации особенно целесообразно в областях, где „отношения“ между сторонами после разрешения конфликта так же важны, как и сам предмет конфликта. Это могут быть, например договорные отношения, которые желательно сохранить даже в случае возникновения конфликта, или межличностные отношения в повседневной жизни.

Первоначально процедура медиации в Германии была задействована в основном для посредничества в семейных конфликтах и разногласиях во время расторжения брака. В настоящее же время медиация как способ разрешения конфликтов находит успешное применение в областях социальной, экономической и политической жизни. Медиация применима в семейных, экономических, трудовых отношениях, в отношениях между соседями, в учебных заведениях, в отношениях с административными органами.

В экономико-трудовой сфере медиация применима в отношениях между:

- сотрудниками, командами и отделами компании

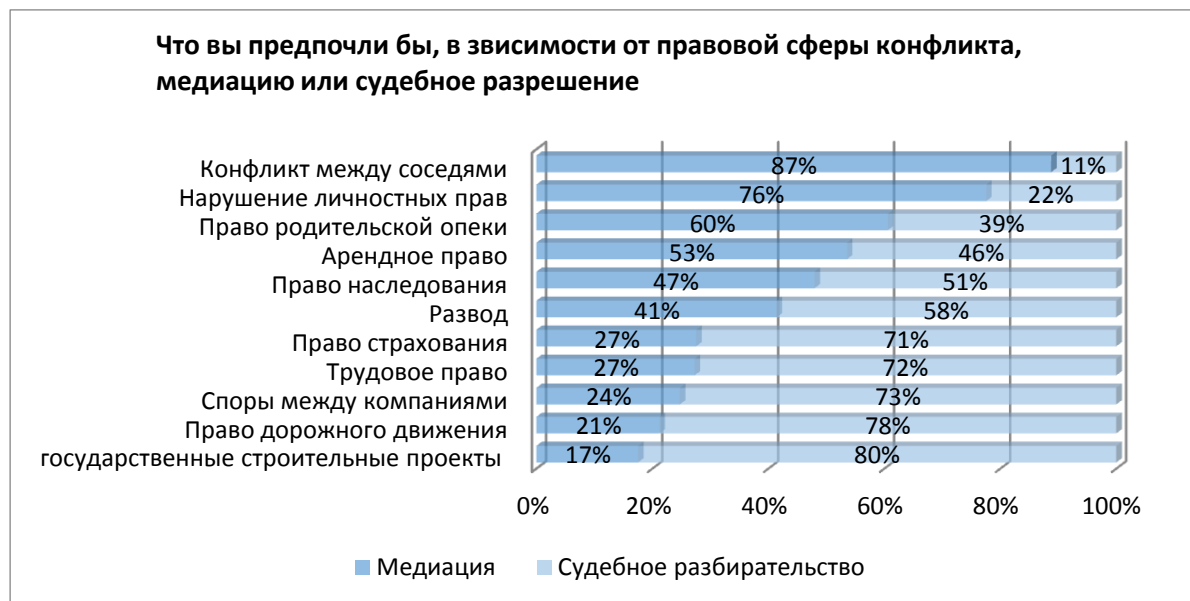
⁵³ В деталях Borowski VuR Sonderheft 2016, стр.45.

- производственным советом и руководством
- акционерами или долевыми владельцами компании
- владельцами и исполнительными директорами
- поставщиками и заказчиками
- наследниками и остальными владельцами долей предприятия
- коллективами и сотрудниками при слиянии и поглощении

В семейно-правовой сфере и сфере наследственного права медиация применима:

- при разделе наследственной массы между наследниками
- в регулировке отношений при разводе

Даже в рамках уголовных разбирательств существует фигура примирения между преступником и пострадавшим § 155 a, § 155 b УПК и § 46 a УК (Täter-Opfer-Ausgleich).



Опрос среди населения Германии старше 16 лет. Источник: Allensbacher Archiv, IfD-Umfrage 6272 <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/167548/umfrage/praferenz-von-mediation-oder-gerichtsverfahren-nach-art-des-rechtsstreits/>

D. Сравнение медиации и судебного разбирательства

Процедура медиации имеет несколько преимуществ перед судебным разбирательством, но и недостатки у неё есть.

а. Мировое соглашение

По итогам успешной медиации заключается мировое соглашение. Большие убытки для сторон, как правило, исключаются, так как достигнутое соглашение в максимально возможной степени учитывает интересы всех сторон. Если же соглашение не достигается, сторонам по-прежнему открыт путь для судебного разбирательства.

Однако у медиативного соглашения нет исполнительной силы и это соглашение должно быть подтверждено дополнительно.

в. Затраты

Процедура медиации в большинстве случаев является менее дорогостоящей, чем судебное разбирательство по тому же иску.

а судебные разбирательства могут довольно быстро и неожиданно для участников процесса достигнуть сравнительно высоких сумм.

Цена иска	Предположительные затраты на процесс
€ 10 000	€ 2.000 - € 4.000
€ 100 000	€ 6.500 - € 12.000
€ 500 000	€ 17.500 - € 31.500
€ 100 000 000	

При этом, какая из сторон должна нести возникшие расходы, выясняется только в конце разбирательства.

Дополнительно могут возникнуть расходы в размере от 17.500 € до 31.500 € на проведение экспертиз, вызов на заседание и допрос свидетелей, а также иные расходы и издержки, в том числе личные издержки сторон. Ко всему выше перечисленному могут к тому же добавиться затраты на обжалование судебных решений в вышестоящих инстанциях.

Согласно исследованиям развития стоимости регулирования конфликтов, судебные процессы между предприятиями влекут за собой дополнительно высокие производственные издержки.

Разбирательства вокруг старых заказов приводят к затруднениям и нарушениям текущей деятельности предприятия и выполнения текущих заказов, что, в свою очередь, может привести к штрафным санкциям по договору, потере новых заказов и клиентов, а также к потере поставщиков.

К тому же на предприятии, долгое время вовлечённом в судебные разбирательства, возрастает флюктуация персонала и образуется риск убытков в связи с неэффективным

использованием рабочего времени, вызванным нарушениями текущей деятельности предприятия.

Сумма такого рода издержек конфликта достигает, по меньшей мере, 20% от общего объёма расходов на персонал.

В медиации в основном принята почасовая оплата, которая составляет от 80 € до 400 € и рассчитывается в соответствии с директивной ориентировочной ставкой общества экономической медиации и управления конфликтами «Gesellschaft für Wirtschaftsmediation und Konfliktmanagement e. V.».

Зачастую сторонами изначально оговаривается общая сумма за весь процесс от 1250 до 2250 €.

Кроме того, в финансовом отношении интересно, что всё больше страховых компаний, занимающихся страхованием судебных расходов, включают страхование расходов медиации в свой перечень услуг, однако в большинстве случаев не больше 180 € в час.

Однако стоимость разбирательства в суде рассчитывается в зависимости от цены иска.

В то время как размер гонорара медиатора не зависит от цены предмета разбирательства, это означает что, урегулирование конфликта с невысокой ценой предмета разбирательства может повлечь за собой относительно высокие затраты, которые стороны несут поровну. К гонорару медиатора могут также добавиться личные затраты на адвокатские услуги и иные расходы.

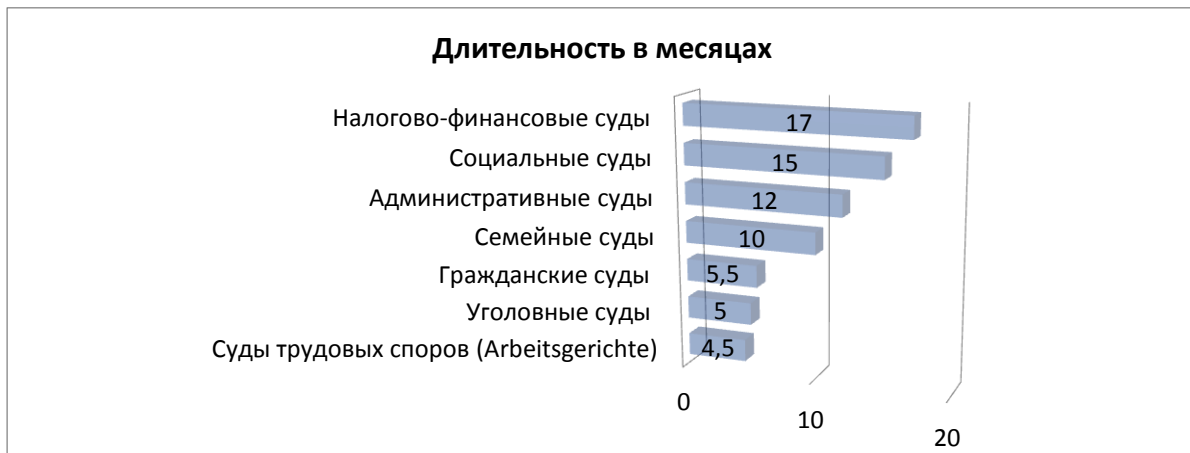
Большим недостатком для медиации является и то, что финансовой помощи государства для малоимущих в возмещении издержек процесса для медиации не существует.

Этот недостаток практически нивелируется возможностью потребителей обратиться для прохождения процедуры медиации в примирительную камеру.

В процессах перед примирительными камерами при участии в споре предпринимателя для потребителя процесс обходится бесплатно, согласно ч. 1 § 23 «Закона о разрешении потребительских споров», за исключением платы, защищающей от неправомерного обращения, составляющей не более 30 €. Согласно ч. 2 § 23 «Закона о разрешении потребительских споров», с предпринимателя в примирительных камерах может быть затребована плата. В большинстве примирительных камер эта плата составляет, в зависимости от цены предмета разбирательства, от 100 до 600 Евро. Расходы адвокатской поддержки стороны несут сами.

с. Продолжительность процесса

Классические судебные разбирательства длятся в среднем от трёх до девяти месяцев, в случае же обжалования процесс может длиться в общей сложности от одного года до полутора лет.



Продолжительность медиации составляет в зависимости от характера и масштабов конфликта всего лишь несколько дней.

Процесс перед примирительной камерой, согласно новому «Закону о разрешении потребительских споров», должен быть закончен по истечении 90 дней после обращения сторон в примирительную камеру.

d. Неприменимость принципа гласности

Для многих преимуществ является неприменимость принципа гласности.

e. Недобросовестные стороны

Огромным же недостатком медиации, особенно для предпринимателей, является то, что необходимый для эффективного разрешения конфликта открытый обмен информацией может быть использован недобросовестной стороной во вред оппоненту.

f. Единоличное полномочие принятия решений

Единоличное полномочие сторон принятия решений в процессе медиации имеет двоякую оценку: с одной стороны, это преимущество, так как именно стороны конфликта знают источник конфликта, как и интересы, скрывающиеся за их противоречащими позициями, и именно они смогут предложить взаимовыгодное решение.

С другой стороны, нет возможности переложить ответственность за принятие решения на третью сторону, имеющую нужную эмоциональную дистанцию к спору и возможность принять объективно взвешенное решение, свободное от эмоциональной подоплёки.

g. Препятствия медиации

Признанными препятствиями для медиации являются:

- экстремальный дисбаланс сил
- заинтересованность в разрешении конфликта не у всех участников
- времени для урегулирования конфликтов запланировано слишком мало
- конфликт уже достиг слишком высокого уровня эскалации.

h. Препятствия процесса в примирительной камере

Препятствием процесса перед примирительной камерой является то, что примирительные камеры обязаны отклонить обращение сторон, если предмет разбирательства не принадлежит к сфере полномочий потребительских примирительных камер, согласно ч. 1 пр. 1 § 14 и ч. 1 пр. 1 § 30 «Закона о разрешении потребительских споров».

Для того, чтобы спор был причислен к сфере компетенции потребительской примирительной камеры, это должен быть спор с участием потребителя и предпринимателя, участвующих в разбирательстве качестве истца или ответчика, возникший из потребительского договора в соответствии с ч. 3 § 310 ГГУ.

Понятие «потребитель» в толковании «Закона о разрешении потребительских споров» при этом распространяется также на лиц, заключающих договоры купли-продажи или контракты на оказание услуг в процессе исполнения профессиональных задач в наёмной профессиональной деятельности. В договоре, который служит отчасти предприятию и отчасти для личных целей, решение о том, потребительский ли это договор, должно быть основано на преобладающей направленности.

Споры, возникающие из трудовых договоров, не входят в число тех, которые могут быть урегулированы во вновь учреждённых потребительских примирительных камерах.

К тому же «Закон о разрешении потребительских споров» исключает следующее:

- споры по договорам о неэкономических услугах, заключённых в интересах общественности.
- договоры об услугах здравоохранения,
- договоры о профессиональной переподготовке и высшем образовании с государственными учреждениями,

а также

- споры, для урегулирования которых уже созданы или признаны специальные потребительские примирительные органы на иной нормативной основе.

i. Мнение населения

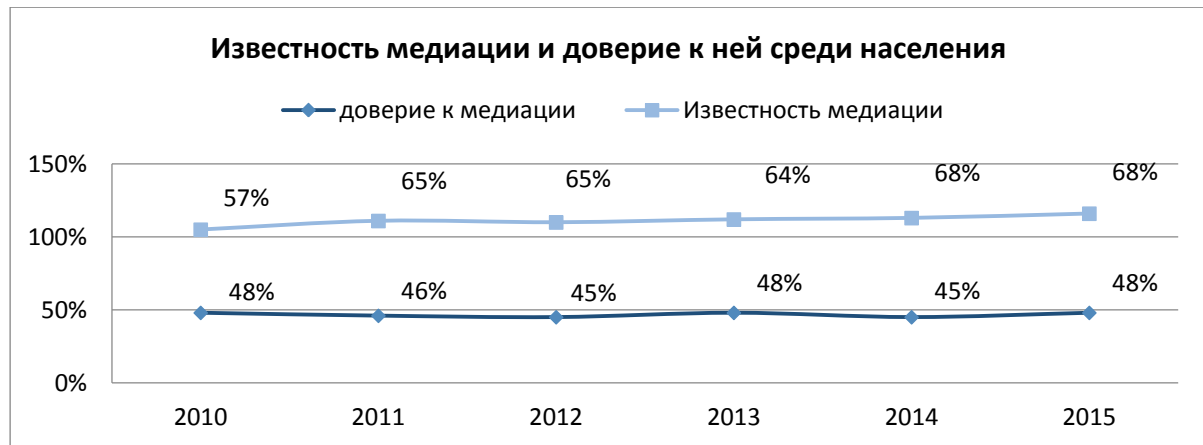
Согласно опросам, подавляющее большинство (примерно 80%) немцев отрицательно относится к возможности быть участником судебного разбирательства, в независимости от того, в каком качестве им бы пришлось предстать перед судом.

По мнению 83% опрошенных, судебные процессы длятся слишком долго, а 70% считают, что суды перегружены⁵⁴.

Справедливости большинство опрошенных от судов не ожидают, так как 66% считают, что выигрывает суд тот, кто может себе позволить знаменитого адвоката, а 58% думают, что исход разбирательства зависит от судьи, руководящего судебным процессом.

Немецкие законы же, по мнению 57% опрошенных, слишком сложные для понимания.

Уровень доверия к медиации, согласно опросам, напротив довольно высок, 44% опрошенных скорее прибегнут к процедуре медиации, чем обратятся в суд.



Е. Заключение

Реальная ситуация относительно медиации в Германии кардинально отличается от картины, полученной в результате опросов.

Согласно исследованиям Института «Солдан», на протяжении одного года 40% опрошенных адвокатов (всего 1132) принимало участие в процессе медиации в качестве представителя стороны конфликта, 16% сами получили медиационный мандат, 10% более одного и 3% от трёх до пяти мандатов медиации. В целом по стране это фактически означает не больше 80 000 процедур медиации с участием адвоката в год. Это число незначительно увеличится, если прибавить процедуры медиации под руководством частного медиатора без участия адвокатов. Согласно заявлению, которое я получила от Федерального Союза Медиации (Bundesverband Mediation e.V) в телефонном интервью, общего учёта процедур медиации среди частных медиаторов не

⁵⁴ Все предоставленные в этой главе данные, взяты из отчёта страховой компании Роланд «Roland Rechtsreport 2016».

ведётся, так как не существует обязательства для медиаторов отчитываться перед союзом о количестве медиаций в год. Однако это число, скорее всего, незначительно в масштабах всей страны, так как только очень небольшой процент медиаторов после обучения открывает свои медиационные бюро, остальные работают на предприятиях или в государственных организациях, которые зачастую и оплачивают обучение.

Согласно данным Федерального статистического ведомства (Statistisches Bundesamt),⁵⁵ число обращений в гражданские участковые суды Германии в 2014 году составило 1 107 028, в окружные суды 332 044, обращений в семейные суды примерно 600 000, а процессов взыскания задолженности в порядке судебного приказа было 5 590 228. И это при том, что число обращений в суд из года в год уменьшается.

То есть фактически, когда дело доходит до выбора между судебным процессом и медиацией в реальной ситуации, большая часть населения всё же выбирает привычное судебное разбирательство.

Ситуация в Германии такова, что эффективность (не в последнюю очередь из-за относительно высокой численности и практически пошаговой доступности судов общей юрисдикции) и предсказуемость немецкого судопроизводства касательно итогов судебного разбирательства, а также эффективность и надёжность законодательных актов и административных структур выше, чем в других странах. Это приводит к сравнительно высокой правовой определённости и безопасности, что, в свою очередь, и приводит к очень высокому уровню доверия населения относительно судебной системы, законодательных актов и административных структур Германии.

Представленный ниже опрос, проведённый в 2015 году среди населения Германии в возрасте от 16-ти лет, подтверждает это⁵⁶.



⁵⁵ <https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/GerichtePersonal/Zivilgerichte.html>.

⁵⁶ Источник: Roland Rechtsreport 2016; Allensbacher Archiv, IfD-Umfrage 11048 (Ноябрь 2015).

Благодаря этому, нет острой потребности искать альтернативы судебному разрешению конфликтов.

Благодаря «Закону о разрешении потребительских споров», появится бесплатная и сравнительно простая возможность достичь примирения в небольших конфликтах, не доводя дело до суда. Из объяснений к проекту закона правительство ожидает до 120 тысяч процедур по урегулированию споров в примирительных камерах по всей Германии в год⁵⁷.

Это означало бы не только разгрузку судов, но и обеспечение более сильной защиты прав потребителей. По крайней мере, так считает федеральный министр юстиции Хайко Маас (Heiko Maas), ведь из-за боязни проиграть дело и понести большие расходы многие потребители даже не пытаются добиться своих прав в судебном порядке⁵⁸.

К тому же население Германии, как простые граждане, так и предприниматели, скептически относятся к большинству нововведений и к так называемой новой культуре споров в том числе.

Это усугубляется тем, что немецкий рынок медиации остаётся мало прозрачным. Профессионализация частных медиаторов отсутствует. Медиатором имеет право стать человек из практически любой изначальной профессии, соответственно, существует множество лиц, предлагающих медиационные услуги разного уровня профессионализма, компетентности и подготовки.

К тому же существует множество разных обществ и ассоциаций медиаторов и, соответственно, разных систем сертификации, берущих за основу разные критерии.

Законодательные нововведения, представленные мной выше, не способны решить главных проблем медиации.

Профессионализации функции медиатора и определения профессионального права не происходит. Принимается всего лишь несколько более-менее конкретных норм относительно основных требований к персоне медиатора, обучения и дополнительного обучения, сертификации и пересертификации медиаторов. Однако не принимается никаких норм относительно требований к самим сертифицирующим организациям, не устанавливаются и органы контроля над этими сертифицирующими организациями. Каких-либо конкретных норм относительно органов апробации потребительских камер также не устанавливается.

Также не принимается никаких законодательных мер относительно исполняемости соглашения, достигнутого по итогам медиации.

Законодательные нововведения в целом позиционируют медиацию как упрощённую или предварительную процедуру осуществления прав, сродни существующим

⁵⁷ BR-Drs. 258/15, https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2015/0201-0300/258-15.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

⁵⁸ <https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/magazin/anwaltsblattgesprach-mit-heiko-maas>.

предварительным процессам или процессам взыскания задолженности в порядке судебного приказа, что противоречит целям, заданным соответствующими европейскими директивами, а именно: создания альтернатив судебному осуществлению прав. А также облегчают выбор в пользу процесса перед примиряющим судьёй, либо медиации с помощью лиц, успешно сдавших оба юридических государственных экзамена. Особенно размытыми и малопонятными законодательными актами относительно образования и сертификации, которые частично даже ещё не приняты, и неизвестно, когда вообще вступят в силу. Что, посредственно, имеет эффект регулирования конкуренции на рынке услуг медиации в пользу лиц, сдавших два юридических государственных экзамена.

И хотя из моего интервью с Астрид Пультнер, ответственной за связи с общественностью Федерального Союза Медиации (Bundesverband Mediation e.V), Министр Юстиции в устной форме обещал принятие Постановления об образовании и сертификации медиаторов министерством юстиции и защиты прав потребителей ещё в этом году, у потребительских примирительных камер во главе с юристом, имеющим доступ к полномочиям судьи, образуется временное преимущество. К тому же в силу большей определённости в системе понятий и структур относительно профессии у примирительной камеры во главе с юристом, сдавшим оба государственных экзамена, перспектива апробации выше, в силу большей надёжности.

На мой взгляд, в медиации, как и в иных альтернативных способах разрешения конфликтов, ситуация будет развиваться в три направления: процесс перед примиряющим судьёй, процесс перед примирительной камерой, а также твёрдая штатная единица медиатора в отделах обработки жалоб или в отделах кадров внутри предприятий или государственных организаций. В остальном уже из-за финансовой помощи государства малоимущим и широко распространённого страхования судебных издержек среди населения Германии множество исков в ближайшей и среднесрочной перспективе, как и прежде будет рассматриваться в судебном порядке.

Об авторе:



Анастасия Ермола юрист, медиатор, специалист по договорной работе. Получила высшее юридическое образование в Тюбингенском Университете Еберхарда Карла в Германии. Имеет опыт работы в международных компаниях. На данный момент работает в окружной администрации Тюбингенского административного округа.

Контакт: aermola@yahoo.com

Финансирование правовых споров в Германии

Die Finanzierung rechtlicher Streitigkeiten in Deutschland

Ольга Хартунг-Афифи

(Olga Hartung-Afify)

Etwa die Hälfte der Privatpersonen, welche ihren Anspruch unter Hinzuziehung eines Rechtsanwalts gerichtlich geltend machen, greift in Deutschland zur Finanzierung der Prozesskosten auf Unterstützung Dritter zurück.¹ Im unternehmerischen Bereich dürfte die Fremdfinanzierungsquote aufgrund höherer Streitwerte darüber liegen. Als Drittfinanzierer kommen neben der gesetzlichen Prozesskostenhilfe die Rechtsschutzversicherung und gewerbliche Prozessfinanzierung in Betracht. Nachfolgend soll ein Überblick über das Rechtsinstitut der gewerblichen Prozessfinanzierung vermittelt und das in Deutschland gängige Konzept dargestellt werden.

I. Введение

Судебные разбирательства в Германии стоят немалых денег. Например, для востребования от ответчика суммы в 10.000 евро истец должен предварительно оплатить судебные расходы первой инстанции в размере 723 евро. Свой адвокат обойдется истцу в 1.683 евро,² столько же нужно предусмотреть и для адвоката другой стороны на случай проигрыша. Таким образом, полностью проиграв первую инстанцию, истец понесет затраты в 4.090 евро. В случае опротестования, с учетом двух дальнейших инстанций, риск потерь в целом составит 15.120 евро, и это при наличии только одного ответчика.³ Очевидно, что не каждый истец готов или желает брать на себя риск, стоимость которого в худшем случае превысит стоимость интереса. Поэтому вопрос обращения в суд всегда является и вопросом материальным. Статистические данные показывают, что около половины истцов-физических лиц воспользуются финансовой поддержкой со стороны. Таковую оказывают в Германии, как правило, государство, страховые компании и инвесторы в правовые споры.

¹ Kilian, Drittfinanzierung von Rechtsverfolgungskosten, Forschungsberichte des Soldan Instituts für Anwaltsmanagement, Bonn, 2014, S. 5, 11 ff.

² Во все названные суммы включены 19 % НДС, если они подвергаются налогообложению.

³ Berechnung mit dem Verfahrenskostenrechner der FORIS AG www.foris.com/service-center/prozesskostenrechner.html nach dem Gesetz über die Vergütung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte (Rechtsanwaltsvergütungsgesetz – RVG) vom 05.05.2004, zuletzt geändert durch Gesetz vom 16.11.2016.

II. Возможности финансирования судебных процессов

1. Государственная поддержка

Малоимущие граждане в Германии имеют право на материальную поддержку со стороны государства (Prozesskostenhilfe).⁴ Несколько бюрократическая процедура подачи заявления на предоставление поддержки завершается, в лучшем случае, подтверждением того, что государство предварительно предоставит средства на оплату судебных расходов (в описанном примере 723 евро) и на своего адвоката по заниженному тарифу в 937 евро (таким образом, на 745 евро ниже полной ставки).⁵ При необходимости оплачиваются и расходы на экспертизу по назначению суда (Sachverständigenkosten). Расходы на адвоката другой стороны в случае проигрыша государство на себя не берет. Эти расходы остаются риском истца. Право на государственную поддержку имеют лица (в первую очередь физические, но при определенных условиях и юридические⁶), доказавшие суду свою нужду (Bedürftigkeit) и давшие полный отчет о заработке и имуществе не только личном, но и членов своей семьи.⁷

Одним из существенных недостатков этой системы являются заниженные ставки гонораров адвоката, которые оплачиваются государством. На основании вышеназванного примера (гонорар в 1.683 евро в сравнении с 973 евро) очевидно, что далеко не все адвокаты заинтересованы вести дела малообеспеченных граждан. Эта проблема усугубляется в случае, если затронуты узко специализированные правовые вопросы, например, в праве грузовых перевозок (Transportrecht) или в делах по возмещению убытков лечащим врачом (Arzthaftungsrecht). Клиент может просто остаться без поддержки достаточно квалифицированного юриста, готового работать с ним по оплачиваемым государством тарифам.⁸

2. Правовое страхование

Предусмотрительные лица заключают широко распространенный в Германии договор страхования в целях оказания правовой защиты (Rechtsschutzversicherung). Страховщик в таком случае берет на себя судебные расходы и оплату услуг адвоката истца, а в случае поражения - и адвоката противоположной стороны в рамках заранее заключенного договора. Этот договор может распространяться исключительно на споры в определенных сферах права - например, трудового права (Arbeitsrecht) или на все иски, связанные с использованием дорожного транспорта (Verkehrsrecht). Возможно и исключение определенных тем и сфер права из страхового договора. Широко распространено, к примеру, исключение из страхового пакета на тему

⁴ § 114 ff. ZPO Zivilprozessordnung (ZPO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 05.12.2005, zuletzt geändert durch Gesetz vom 21.11.2016 (BGBl. I S. 2591) m.W.v. 26.11.2016 bzw. 18.01.2017.

⁵ § 49 RVG.

⁶ § 116 ZPO.

⁷ См. памятка по заполнению бланков для оказания финансовой поддержки по судебным расходам: http://www.justiz.de/formulare/zwi_bund/zp1a.pdf.

⁸ Stieglitz, Prozessfinanzierung im Transportrecht, TransR 7/8, 2013, S. 283 ff.

недвижимости исков, связанных со строительством.⁹ Число и объем исков, связанных с проблемами при строительстве, просто-напросто превышает рентабельность страхования для страховщика.

Одними из существенных недостатков защиты путем правового страхования являются необходимость предварительного заключения страхового договора и срок ожидания (*Wartezeit*), обычно длиной в три месяца с начала действия страхования. Страховая защита распространяется в таком случае исключительно на иски, связанные с событиями, произошедшими после окончания срока ожидания.

Таким образом, объем защиты застрахованного лица при правовом страховании зависит исключительно от масштаба индивидуальной предусмотрительности, однако не каждый риск возможно предугадать и соответственно своевременно застраховать.

3. Финансирование инвестором

В отличие, например, от исков по установлению наличия или отсутствия правоотношений между сторонами (*Feststellungsklage*), в отношении исков по выполнению обязательства (*Leistungsklage*), направленных прежде всего на выплату денежных средств, материальную поддержку истцу может оказать и третье лицо, являющееся инвестором (*Prozessfinanzierer*). Финансирование правовых споров (нем. *Prozessfinanzierung*, англ. *Litigation funding*, также *third party funding/litigation financing/legal financing*) было введено в Германии в 1998 году.¹⁰

На сегодняшний день на немецком рынке активно действуют три крупных инвестора правовых споров – ФОРИС АГ (*FORIS AG*), ЛЕГИАЛЬ АГ (*LEGIAL AG*) и Роланд Процессфинанц (*Roland Prozessfinanz*), два последних из которых являются дочерними предприятиями страховых компаний. Наряду с ними существует множество более или менее серьезных малых инвесторов, деятельность которых в принципе соответствует правилам крупной конкуренции. Отличием является, как правило, стоимость конкретного иска: в то время как крупные инвесторы принимают на финансирование требования размером от 100.000 евро (в отдельных случаях от 50.000 евро), более «мелкие» конкуренты инвестируют и в требования в несколько тысяч евро.¹¹

III. Концепция инвестиций в правовые споры

1. Предмет инвестиций

Предметом инвестиций может быть любое требование, направленное на выплату денежных средств. Общие условия финансирования довольно просты: (i) сумма требования должна достигать определенного минимума, например в 10, 50 или 100

⁹ *Jaskolla*, *Prozessfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung*, Karlsruhe 2004, S. 1 ff.

¹⁰ Пионером в области финансирования правовых исков является ФОРИС АГ (*FORIS AG*), <https://www.foris.com/fuer-aktionaere/unternehmensportrait/historie.html>.

¹¹ *Kallenbach*, *Die Möglichkeit der Prozessfinanzierung durch Dritte*, *Anwaltsblatt* 2010, 352 ff.

тысяч евро; (ii) ответчик по требованию должен быть материально в состоянии исполнить обязательство и (iii) вероятность выиграть дело должна быть достаточно высока.¹²

Ограничения предмета инвестиций в судебных исках (Klage), как правило, не устанавливаются. При достижении договоренности в отношении требования до начала судопроизводства стороны имеют возможность значительно сэкономить на судебных расходах и заметно сократить ожидание выплаты выручки. Если такого рода договоренность достигается при содействии или хотя бы после привлечения инвестора, то он вправе востребовать заранее именно на этот случай предусмотренную часть выручки, которая, как правило, значительно ниже стандартной ставки в процессе или по окончании судопроизводства. Несмотря на это, большая часть финансирования касается именно судебных исков.

2. Концепция инвестиций

Инвесторы правовых споров преследуют цель максимизации прибыли при максимальном снижении риска потери. Так как стоимость услуг адвоката в судебном процессе урегулирована соответствующим законом,¹³ то возможно заранее достаточно точно определить размер инвестиций и объем возможных потерь.

На этом основании каждый из участников рынка решает для себя, по каким параметрам он выбирает наиболее подходящие для его инвестиций запросы. Такими критериями могут быть назначение минимальной суммы требований либо определенный подход к запросу (например, особо тщательная экспертиза вероятности выигрыша дела) или даже концентрация на запросах из определенных сфер права вплоть до ограничения инвестиций в иски по одному единственному правовому составу.

Основой запроса по финансированию является, как правило, юридически квалифицированно сформулированный набросок судебного иска или правовая экспертиза. Из этого следует, что истец нуждается в юридической поддержке уже на стадии обращения к инвестору.

Доля инвестора в выручке варьируется и зависит от многих факторов. Ориентировочная формула крупных инвесторов: 30 % при требовании до 500 тысяч евро и 25 % на все, что эту сумму превышает при достижении успеха путем судебного разбирательства. К примеру, на таких условиях при подаче иска в 100 тысяч евро инвестор оплачивает предварительные судебные издержки в 3.078 евро и несет расходы по оплате услуг адвоката истца в 4.495 евро. В случае проигрыша дела в суде первой инстанции инвестор при самом простом раскладе (один истец на одного ответчика) теряет в целом 12.068 евро. В случае выигрыша истцом полной суммы в

¹² Jaskolla, S. 6 ff.

¹³ RVG, гонорар адвоката насчитывается в зависимости от стоимости интереса, но повышается не строго линейно.

100.000 евро инвестору положено 30 тысяч евро, а все судебные издержки несет проигравшая сторона. Если же истец проиграет, в худшем случае, в третьей инстанции, то инвестор несет безвозмездные расходы стоимостью 45.006 евро.¹⁴

Если существует реальная возможность того, что стороны достигнут договоренности до начала судопроизводства, доля инвестора может составить соответственно небольшой процент от такой выручки. Стоимость интереса и риск инвестора также влияют на тарифы, которые могут в особых случаях достигать 70 % и выше.

3. Правовая основа финансирования судебных процессов третьей стороной

Отношения между истцом (Anspruchsinhaber/Kläger) и инвестором (Prozessfinanzierer) регулируются договором финансирования (Finanzierungsvertrag). По своей сути он является договором об учреждении простого товарищества (Gesellschaftsvertrag einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts - GbR).¹⁵ Стороны объединяет желание достичь общую цель (Gesellschaftszweck) – добиться выплаты ответчиком суммы, на которую претендует истец. Обе стороны вносят свою долю в товарищество для достижения этой цели – истец свое требование по отношению к ответчику, а инвестор – денежные средства для достижения этой цели.¹⁶

Для обеспечения права инвестора на выплату доли из выручки истец, как правило, переуступает ему свое требование по отношению к ответчику (Abtretung der Finanzierungsforderung). Характерно, что истец сам, то есть с помощью своего адвоката и от своего имени ведет судебное дело, а инвестор влияет на развитие дела в тени. Зачастую об участии инвестора в деле не подозревает и не знает никто, кроме истца. Конфиденциальность отношений, по крайней мере до определенного времени, зачастую согласовывается в договоре, чтобы непреднамеренно не повлиять на исход судебного дела. В иных случаях раскрытие факта участия инвестора, наоборот, используется стороной истца в тактических целях для оказания давления на ответчика. С материальной поддержкой инвестора истец до открытия судопроизводства может быть в состоянии достичь договоренности во избежание судебных тяжб. Такая ситуация нередко складывается при неравных материальных возможностях сторон – независимо от того, насколько обосновано требование истца, если ответчик не платит добровольно, истец должен передать дело в суд и, как минимум, понести предварительные издержки. Нередко именно на материальную недееспособность истца и рассчитывают более или менее недобросовестные ответчики.

¹⁴ Berechnung mit dem Verfahrenskostenrechner der FORIS AG www.foris.com/service-center/prozesskostenrechner.html nach dem Gesetz über die Vergütung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte (Rechtsanwaltsvergütungsgesetz – RVG) vom 05.05.2004, zuletzt geändert durch Gesetz vom 16.11.2016.

¹⁵ Dethloff, Verträge zur Prozessfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung, NJW 2000, 2225, 2227.

¹⁶ Правовая природа данного инвестиционного договора, в первую очередь его отграничение от страхового договора, являлось предметом обсуждений в 1990-ых годах: Müller-Güldemeister/Rollmann, Die Prozessfinanzierung der FORIS AG ist keine Versicherung, NJW 1999, 3540 ff.

IV. Значение инвестиций в судебные споры для предприятий и юридических лиц

Экономически здоровые предприятия, как правило, в состоянии сами оплачивать собственные судебные расходы. На первый взгляд необходимости привлекать инвесторов в таких случаях нет. В зависимости от размера предприятия и наличия у него ликвидных средств, предстоящие расходы на ведение судебного дела могут существенно повлиять на балансы предприятия-истца, которое должно отложить соответствующую сумму на неопределенное время.¹⁷ В таких случаях для истца зачастую выгоднее уступить инвестору часть выручки, не подвергая средства предприятия ни малейшему риску. Несмотря на это, возможностью материальной поддержки со стороны инвестора предприниматели и юридические лица вне кризиса пользуются сравнительно редко. Стигма подозрения в неплатежеспособности зачастую препятствует обращению к инвестору, а неполноценная осведомленность об условиях финансирования в кругах адвокатов (в первую очередь пожилых) обостряет предубеждения. Возможность финансирования судебного иска инвестором адвокат в разговоре с истцом зачастую даже не упоминает - то ли из-за незнания адвокатом этой возможности, то ли из-за принятого заранее для себя решения об отсутствии такой необходимости. В то время как адвокат обязан обратить внимание малоимущего истца на возможность материальной поддержки государством,¹⁸ обязательств пояснять истцу, что он может воспользоваться поддержкой инвестора, не существует.

V. Итог

Привлечение инвесторов к правовым спорам в Германии давно введено и с правовой точки зрения проверено. Поддержкой со стороны инвестора пользуются физические и юридические лица, а также конкурсные управляющие в делах по банкротству, которым государство в материальной поддержке зачастую отказывает.¹⁹ Материальная поддержка со стороны инвестора имеет смысл не только в случаях, когда истец не в состоянии нести судебные расходы, но и тогда, когда он не желает подвергать риску свой капитал.

¹⁷ К средней продолжительности судебных дел по гражданским искам: *Stieglitz*, *Prozessfinanzierung im Transportrecht*, *TransR* 7/8, 2013, S. 285.

¹⁸ § 16 BORA, *Berufsordnung für Rechtsanwälte in der Fassung vom 01.07.2015*, Quelle: http://www.brak.de/w/files/02_fuer_anwaelte/berufsrecht/bora-stand-01.07.15.pdf.

¹⁹ *Fischer*, *Haftungsrisiken für Insolvenzverwalter bei unterlassener Inanspruchnahme gewerblicher Prozessfinanzierung*, *NZI* 2014, 241 ff.

Об авторе



Ольга Хартунг-Афифи (Olga Hartung-Afify) - адвокат, специалист в области налогового права и права несостоятельности (Rechtsanwältin, Fachanwältin für Steuerrecht, Fachanwältin für Insolvenzrecht).

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 и трудовому праву, таким образом охватив отрасли права, имеющие прямое отношение к праву о несостоятельности.

С 2010 по август 2016 года Ольга работала в юридической фирме Lehmkuhler Rechtsanwälte Steuerberater в г. Бонн, где сопровождала дела о несостоятельности как на стороне управляющего, так и на стороне должников и кредиторов.

С сентября 2016 года Ольга юрисконсульт FORIS AG, котирующегося на бирже акционерного общества, специализирующегося на финансировании гражданских исков.

Ольга 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.foris.com

olga.hartung-afify@foris.com

РАЗДЕЛ 6. СЕМЕЙНОЕ ПРАВО

Алименты на ребенка и отцовство - Аспекты подачи судебного заявления на установление отцовства и алименты для проживающего в России ребенка против проживающего в Германии должника (отца) (*Флориан Ролофф*), с. [436](#)

Алименты на ребенка и отцовство

Аспекты подачи судебного заявления на установление отцовства и алименты для проживающего в России ребенка против проживающего в Германии должника (отца)

Kindesunterhalt und Vaterschaft

Aspekte der Geltendmachung von Vaterschaft und Unterhalt für das in Russland lebende Kind gegen den in Deutschland lebenden Unterhaltsschuldner (Vater)

Флориан Ролофф (Florian Roloff)

Содержание:

I. Введение

II. Алименты на ребенка

III. Особенности вопроса отцовства как предпосылка обязанности платить алименты на ребенка

IV. Процессуальные аспекты: мать и ребенок в России, отец в Германии: куда и как подавать заявление на установление отцовства и выплату алиментов: в России или в Германии, соединенный или отдельный процесс?

V. Особенности международного частного права, выравнивание покупательной способности

VI. Резюме

Der folgende Artikel gibt einen ersten Überblick über das deutsche Kindesunterhaltsrecht und Aspekte der Vaterschaft als Voraussetzung für die Geltendmachung von Kindesunterhalt. Der Fokus wird in diesem Artikel auf praktische Aspekte und Probleme bei der Geltendmachung in Deutschland für das in Russland lebende Kind gegen den in Deutschland lebenden Unterhaltsschuldner gelegt.

Das BGB, das in Deutschland in § 1601 eine Unterhaltspflicht u.a. für Kinder vorsieht, sagt nichts zu der konkret zu zahlenden Unterhaltshöhe. Die Rechtsprechung orientiert sich zur Unterhaltshöhe an der sogenannten Düsseldorfer Tabelle, die in dem Artikel erläutert wird. Weiß man aber, in welcher Höhe Unterhalt in Deutschland gezahlt werden würde, weiß man aber

noch nicht, ob und ggf. in welcher Höhe das in Russland lebende unterhaltsberechtigten Kind Unterhalt verlangen kann und wie man diesen gegen den in Deutschland lebenden Unterhaltsschuldner durchsetzt. Der Artikel erläutert anhand der Erörterung typischer Konstellationen, welche Probleme auftauchen können: Was tun, wenn die Vaterschaft noch nicht festgestellt oder bestritten ist? Ist es sinnvoll, in Russland oder in Deutschland auf Vaterschaft und Unterhalt vorzugehen? In welcher Höhe kann man mit Unterhaltszahlungen rechnen? Nicht immer können in dem Artikel verbindliche Antworten gefunden werden. Gleichwohl wird dargelegt, dass es sinnvoll sein kann, in Deutschland auf Feststellung der Vaterschaft vorzugehen, jedenfalls schon wegen der Vollstreckbarkeit aber sinnvoll ist, Unterhalt in Deutschland geltend zu machen. Es wird auch erläutert, dass das deutsche Rechtssystem Verfahrenskostenhilfe auch für in Russland lebende Rechtssuchende gewähren kann, so dass es durchaus auch dann, wenn man mittellos ist, realistisch ist, über einen deutschen Rechtsanwalt mit Aussicht auf Erfolg ohne großes Kostenrisiko Unterhaltsansprüche aus Russland heraus in Deutschland geltend zu machen.

Der Artikel erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit und reine Wissenschaftlichkeit. Er soll vielmehr einen ersten Überblick und Impulse geben, das Recht zu suchen und auf diesem Wege den Berechtigten zur Durchsetzung ihrer Ansprüche zu verhelfen.

I. Введение

«Стать отцом совсем легко, быть отцом, напротив, сложно» - эту цитату Вильгельма Буша (Wilhelm Busch – немецкий поэт-юморист 19-го века) можно применить и к семейному праву. Зачатые в результате случайной связи во время курортного романа или во время долголетнего брака: дети рождаются, иногда желанно, иногда нет. С момента появления ребенка возникает необходимость обеспечения его содержания. В первую очередь ответственность за это несут родители. Если родители живут вместе, в обеспечении ребенка, как правило, задействованы оба родителя и это не является проблемой. Правовые вопросы становятся важными лишь в случае, если ребенок живет только с одним родителем, а выплата алиментов требуется от второго. Если к тому же у родителей ребенка еще и разное гражданство и/или они живут в разных странах, то возникают сложности при установлении применяемого права и предъявлении претензий, особенно, если еще не решен вопрос отцовства как предпосылка обязанности платить алименты на ребенка.

В этой статье подробно рассматриваются русско-немецкие отношения с практической точки зрения, особенно вариант живущих в России матери и ребенка и отца в Германии, в отношении требования алиментов на ребенка и вопроса отцовства. Эта статья не претендует стать научным пособием, а, скорее, предоставляет обзор

правового положения в Германии и подсказывает, как правильно поступить согласно закону, принимая во внимание правовую практику Германии.

II. Алименты на ребенка

1. Алименты на ребенка по немецкому праву – общие принципы

Большинство законов предусматривает, как правило, выплату алиментов тем родителем, который не живет вместе с ребенком. Согласно § 1601 Гражданского уложения Германии (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB)¹ действует следующее положение: «Родственники по прямой линии обязаны обеспечить содержание друг друга». § 1602 Гражданского уложения Германии требует, чтобы нуждающаяся в алиментах сторона была не в состоянии обеспечить себя самостоятельно (необеспеченность, *Bedürftigkeit*), и § 1603 Гражданского уложения Германии определяет, что родитель должен быть в состоянии платить алименты без ущерба своему собственному содержанию (работоспособность, *Leistungsfähigkeit*).

Размер выплат алиментов на ребенка закон не предусматривает. При расчете алиментов на ребенка судопроизводство ориентируется на созданную и регулярно пересматриваемую Высшим земельным судом г. Дюссельдорфа (OLG Düsseldorf) так называемую «Дюссельдорфскую таблицу» (Düsseldorfer Tabelle, вызов по ссылке: http://www.olg-duesseldorf.nrw.de/infos/Duesseldorfer_tabelle/index.php).

«Дюссельдорфская таблица» публикуется Высшим земельным судом г. Дюссельдорфа с примечаниями, которые должны быть приняты во внимание, но не могут быть детально рассмотрены в рамках этой статьи, так же как и доступные в интернете для каждого района Высших земельных судов правовые показатели по алиментам с многочисленными ссылками. Здесь мы лишь вкратце рассмотрим два варианта применения «Дюссельдорфской таблицы» на практике и определения фактических размеров алиментов. Указанные в таблице суммы применяются к должнику, который обязан платить алименты на двоих детей, суммы выплат определяются по группам в соответствии с доходами должника. Также необходимо учесть, что, как правило, детское пособие (Kindergeld), получаемое тем родителем, у которого живет ребенок (по состоянию на ноябрь 2016 г.: 190 € на два первых ребенка, 196 € - на третьего и 221 € - на четвертого и каждого следующего ребенка) полагается обоим родителям. Таким образом, сумму, полагающуюся согласно таблице, следует уменьшить на половину суммы детского пособия. Пример: для ребенка от 0 до 5 лет по самой низкой группе доходов до 1.500 € «Дюссельдорфской таблицей» предусмотрены алименты в размере 335 €. Родитель, у которого живет ребенок, получает ежемесячно 190 € детского пособия, половина которого, т.е. 95 € в месяц, должна быть учтена при требовании алиментов от второго родителя. Поэтому, после вычитания 95 € из 335 €, сумма ежемесячных алиментных выплат на ребенка составляет 240 €.

¹ Текст Гражданского уложения Германии на немецком и английском языках: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>. См. также Гражданское уложение Германии, 4 –ое издание, 2015.

На этом этапе также необходимо упомянуть так называемую «повышенную обязанность содержания несовершеннолетних детей» (*gesteigerte Unterhaltsverpflichtung gegenüber minderjährigen Kindern*): так как несовершеннолетние дети особенно нуждаются в содержании, должник не может просто сослаться на свою недостаточную трудоспособность (минимальная сумма дохода, предусмотренная для покрытия собственных нужд должника алиментов, составляет 1.080 €). Более того, он обязан приложить все усилия, чтобы, по крайней мере, быть в состоянии платить так называемые минимальные алименты по первой группе «Дюссельдорфской таблицы». Дополнительно к работе на полную ставку также, к примеру, требуется, по возможности, дополнительная работа по вечерам или в выходные. Если он не делает этого без уважительной причины, то ему начисляется фиктивный доход, на основе которого подсчитываются алименты. Должник, который в состоянии иметь достаточные средства, не может просто «сидеть сложа руки», чтобы не платить алименты своему ребенку. На практике же довольно часто оказывается, что должник нетрудоспособен и не в состоянии платить алименты, например, при низком заработке, несмотря на предпринятые им всевозможные усилия, в случае безработицы не по своей вине или в связи с болезнью.

«Дюссельдорфская таблица» является конкретным ориентиром для принятия решения о размере алиментов согласно немецкому праву. Но все же ошибочно думать, что она расставляет все точки над «i». В адвокатской консультационной и представительской практике, в основном, речь идет о вопросе, как определить доход, лежащий в основе расчета алиментов, и какие суммы из него вычитаются (например, погашение долгов) и т.д. Поэтому проверка ситуации адвокатом, специализирующимся на семейном праве, играет важную роль.

В завершение этого краткого обзора правового положения по выплате алиментов на ребенка в Германии следует упомянуть, что семейное право в § 1605 Гражданского уложения Германии предусматривает обязанность должника сообщить о размере своих действительных доходов для установления размера алиментов. Поскольку обязанность платить алименты появляется только с момента заявления о них, а подсчитать их размер можно лишь после предоставления должником информации о его доходах, то нанятый по этому вопросу адвокат сразу - параллельно с запросом предоставить информацию о доходах - будет требовать выплаты алиментов, размер которых будет определен после получения информации. В судебном процессе можно действовать поэтапно: на первом этапе требовать предоставления информации и на втором – выплаты подсчитанных на основе предоставленной информации алиментов.

2. Особенности применения российского права немецкими судами

В этой статье не рассматриваются детально аспекты российского законодательства о взыскании алиментов, предусматривающие схожее урегулирование алиментных выплат, в основе которых – как и в немецком праве - лежит потребность и необеспеченность ребенка и работоспособность должника. Поэтому, даже принимая во

внимание российское законодательство о взыскании алиментов, немецкая правовая система, определяя размер алиментов, ссылается на «Дюссельдорфскую таблицу» с учетом регулирования покупательной способности (подробнее об этом в главе IV).

3. Промежуточный результат

В большинстве случаев родитель, не проживающий с ребенком, располагает достаточными доходами и является работоспособным, так что ребенок имеет возможность требовать алименты от него. Как добиться выплаты алиментов, рассматривается подробнее в главе IV.

III. Особенности вопроса отцовства как предпосылка обязанности платить алименты на ребенка

Иметь претензии на выплату алиментов на ребенка в принципе несложно. Но кто же является должником согласно закону? Что касается матери, как правило, все ясно, не принимая во внимание возникающих вопросов, касающихся суррогатного материнства: § 1591 Гражданского уложения Германии предусматривает, что матерью ребенка является женщина, которая его родила. Итак, мать, которая обязана платить алименты, в большинстве случаев известна.

Как же обстоят дела с отцом? Согласно немецкому законодательству отцом не обязательно является биологический отец. В соответствии с § 1592 Гражданского уложения Германии отцом ребенка является мужчина, который: 1) состоит в браке с матерью ребенка к моменту его рождения, 2) признал свое отцовство или, 3) его отцовство установлено в судебном порядке. В 1-ом и 2-ом варианте биологическое происхождение, которое проверяется в рамках судебной процедуры по установлению отцовства, не играет роли. § 1600d Гражданского уложения Германии выдвигает законное предположение, что отцом является мужчина, который сожительствовал с матерью во время зачатия ребенка и не имеющий веских сомнений в своем отцовстве.

В большинстве случаев отцовство давно законно установлено и неоспоримо, не важно согласно российскому или немецкому законодательству. Для взыскания алиментов с отца через суд в Германии достаточно заявить или при необходимости доказать, что данный мужчина является отцом ребенка, так как ребенок рожден в брачных отношениях, был признан им или же по судебному решению.

Бывают случаи, что отец ребенка неизвестен матери или же он отрицает отцовство. Если отца невозможно найти даже при задействовании детектива, то и взыскание алиментов невозможно.

Если отец известен, но не был женат на матери ребенка на момент его рождения или же не признает отцовство по тем или иным причинам, для начала важно установление отцовства как предпосылки обязанности платить алименты. Часто, если после зачатия ребенка у матери нет контакта с биологическим отцом, ей все же известны его имя и

адрес, и существует возможность обратиться к нему с просьбой добровольно признать отцовство. Некоторые потенциальные отцы в принципе согласны добровольно признать отцовство, но все же нуждаются в уверенности, что они действительно являются биологическим родителем. В таких случаях можно воспользоваться относительно недорогой частной экспертизой на отцовство. Обычно матери известно, кто отец ребенка, но и это не всегда однозначно и может привести к «сюрпризам»: в одном случае из моей судебной практики мать обратилась к предполагаемому отцу после восьми лет и заявила о взыскании алиментов на ребенка, который, в принципе, был готов к оплате, но сначала хотел выяснить вопрос отцовства. Проведенная при обоюдном согласии экспертиза показала, что он не является отцом. Матери припомнился другой мужчина, который уже давно состоял в браке с другой женщиной и был отцом семейства, и, конечно же, факт, что от него спустя восемь лет требуют алименты на ребенка, обрушился на него как «снег на голову». Но такова жизнь. В связи с этим необходимо разъяснить очень популярное недоразумение: есть мужчины, которые думают, что они не обязаны платить алименты согласно закону, так как женщина уверила их, что она не может забеременеть. Но для закона это не имеет значения: принцип «Доверяй, но проверяй» нельзя применить в немецком законодательстве с целью освобождения от алиментных выплат. Отец обязан платить алименты независимо от того, хотел ли он зачатия ребенка или нет, и что ему обещала женщина.

Если отцовство еще не установлено или оспаривается предполагаемым отцом, сначала все же необходимо его установление как предпосылки предъявления претензий на взыскание алиментов на ребенка. На практике имеет смысл письменно обратиться к биологическому отцу с заявлением о взыскании алиментов (обязанность алиментных выплат, как уже упоминалось выше, возникает с момента заявления о них) и также с просьбой добровольно, без судебной процедуры, признать отцовство. В Германии это можно сделать бесплатно, заявив об этом в управление по делам несовершеннолетних (Jugendamt). Мать также должна выразить свое согласие с заявлением отца на признание отцовства. Если она с ребенком живет в России, то в этом случае она может обратиться в компетентное заграничное представительство Германии в России (посольство/консульство).

Отцы, не имеющие сомнений в подлинности отцовства или убедившиеся в этом с согласия матери с помощью приватного теста на отцовство, принимают, как правило, решение в пользу этого требуемого небольших затрат пути, чтобы не подвергать себя риску дорогостоящей судебной процедуры.

Отцов, оспаривающих свое отцовство или не готовых добровольно установить его, а также, конечно же, вообще никак не реагирующих отцов, заставить платить алименты можно только прибегая к судебной процедуре на установление отцовства.

IV. Процессуальные аспекты: мать и ребенок в России, отец в Германии: куда и как подавать заявление на установление отцовства и выплату алиментов: в России или в Германии, соединенный или отдельный процесс?

1. Общие соображения

Если биологический отец, как прежде всего рассматривается в этой статье, живет в Германии, а мать с ребенком - в России, возникает вопрос, как, где и на каких основаниях заявить о взыскании алиментов согласно закону. Здесь играют роль множество индивидуальных и практических аспектов: компетенция и доступность судов, доверие к судебной системе, продолжительность судебного процесса, его стоимость (возможность подать заявление на предоставление оплачиваемой государством судебной помощи), приведение в исполнение вынесенного судом решения и т.д.

2. Взыскание алиментов в судебном порядке – исполнение судебного решения

На первый взгляд, компетентными для ведения процесса по взысканию алиментов являются суды обоих задействованных государств, так что можно предположить, что в рассматриваемой здесь ситуации проживающих в России матери и ребенка и отца в Германии иск о взыскании алиментов можно подавать по собственному месту жительства. Это давало бы преимущества известной правовой системы на привычном языке, без чувства неуверенности из-за иностранных положений с неизвестными затратами и представлением своих интересов на иностранном языке.

Для проживающих в России взыскателей эта процедура может быть без каких-либо проблем проведена российскими судами, даже если должник живет в Германии. Однако, по-прежнему действует: если должник живет в Германии, и в России у него нет имущества, на которое можно было бы наложить арест, мы не советуем подавать иск о взыскании алиментных выплат в России. Исполнение соответствующих российских судебных решений в Германии невозможно и поэтому не имеет практической ценности, т.е. является так называемым «решением, чтобы повесить на стену»: § 328 Гражданского процессуального уложения Германии (Zivilprozessordnung, ZPO)² предусматривает, что если не существует двухсторонних договоров о признании и исполнении между Германией и Россией, то иностранные решения не могут быть признаны в Германии, если только допустимость такой процедуры не отражена в постановлении суда об исполнении решения иностранного суда. При отсутствии судебной практики о соблюдении принципа взаимности при признании решений российских судов в Германии на сегодняшний день это является невозможным. Верховный Федеральный суд Германии (Bundesgerichtshof) еще не принимал решения

² Текст Гражданского процессуального уложения Германии на немецком и английском языках: www.gesetze-im-internet.de/zpo/. См. также Германское процессуальное уложение Германии, 2-е издание, 2016.

по этому вопросу в отношении судебных решений из России. Последние судебные решения нижестоящих судов по этому поводу вынесены Высшим Ганзейским судом г. Гамбург (OLG Hamburg). Они исходят из того, что так как нет двухстороннего обеспечения взаимности, то и решения российских судов не могут быть исполнены на территории Германии.³ Хотя и существуют отдельные решения по особым случаям, когда решения российских судов признаются в Германии, так, например, решение земельного суда г. Аугсбург по транспортному праву согласно Конвенции о договоре международной перевозки грузов автомобильным транспортом (CMR).⁴ Пока из-за невозможности исполнения не рекомендуется при отсутствии подлежащего аресту имущества в России ходатайствовать о получении решения о взыскании алиментов в России против проживающего в Германии должника.

Вывод: если приводить в исполнение судебное решение о взыскании алиментов в Германии против должника, проживающего в Германии, осуществить это лучше через немецкие суды.

3. Процесс установления отцовства: в Германии или в России?

В разных проведенных мною процессах для проживающих в России или в Украине российских или украинских детей, представляемых их матерями, против проживающих в Германии отцов, немецкие суды без особых сложностей признавали свою компетенцию рассматривать иск.

Закон Германии о производстве по делам семьи и добровольной юрисдикции (FamFG)⁵ регулирует компетенцию по вопросам установления отцовства следующим образом:

§ 100 Дела об отцовстве

Немецкие суды обладают компетенцией рассматривать дело, если ребенок, мать, отец или мужчина, заявляющий под присягой, что в период зачатия он был в отношениях с матерью,

- 1. имеет немецкое гражданство или*
- 2. местом постоянного проживания является Германия.*

С первого взгляда кажется, что компетенция немецких судов бесспорна, из чего и исходит судопроизводство без дальнейшего углубления в детали в большинстве случаев. Однако, решением суда первой инстанции по семейным делам г. Кельн, подтвержденным вышестоящей инстанцией для обжалований, в проверочном процессе

³ OLG Hamburg, 28.10.1914, 6 U 89/04, также опубликованное в публикации VDRW-Mitteilungen, номер 28-29 (www.drjv.org, «Mitteilungshefte»); OLG Hamburg, 13.07.2016, 6 U 152/11, см. DRRZ 2016, 127.

⁴ LG Augsburg, 9.7.2013, Az.: 81O 3956/12.

⁵ Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG), текст на немецком и английском языках: www.gesetze-im-internet.de/famfg/.

по предоставлению судебной помощи было установлено, что немецкий суд некомпетентен, так как из-за непроведенного процесса об установлении отцовства согласно § 100 Семейного кодекса ребенок не имеет так называемого «предполагаемого» отца.⁶

Хотя, по моему мнению, эти вынесенные проверочной инстанцией по предоставлению судебной помощи решения неправильны, и я вижу шансы, что международная подсудность немецких судов по ведению процессов по установлению отцовства могла бы быть подтверждена Верховным Федеральным судом Германии, консультируя по таким вопросам, необходимо иметь в виду эти решения.

Решившись подавать иск на установление отцовства в Германии, и если суд не считает себя некомпетентным на международном уровне, установление отцовства немецкими судами происходит довольно быстро и эффективно, при необходимости после получения экспертизы на отцовство. Если, как часто случается в России из-за сложной экономической ситуации, мать и ребенок имеют лишь небольшой доход, существует возможность подачи судебного заявления на предоставление судебной помощи (Verfahrenskostenhilfe). В таком случае процессуальные расходы, включая гонорар адвоката и стоимость экспертизы, будут оплачены судебной казной.

Если немецкий суд отклонит иск по причине отсутствия у него международной подсудности или при желании избежать риска такого решения, остается обратиться за установлением отцовства проживающего в Германии отца ребенка в российский суд. Однако, эффективность такого подхода должны оценивать российские юристы, специализирующиеся на семейном праве. Мне представляется ситуация, когда проживающий в Германии отец ребенка либо совсем не будет принимать участия в проходящем в России процессе, либо, при участии в нем, будет отрицать свое отцовство. Вопрос о том, как российским судом в таком случае может быть установлено отцовство, и как, например, при принятии им решения о назначении экспертизы по установлению происхождения от проживающего в Германии отца такое решение может быть исполнено в порядке, например, правовой помощи, остается открытым. Очевидно, однако, что такой подход может сопровождаться большими сложностями и временными задержками. В случае существенной задержки такого рода процесса в российском суде эффективная правовая защита больше не может быть гарантирована, данный аспект должен безусловно учитываться, чтобы все-таки подпасть под международную подсудность немецкого суда. Ибо в силу конституционно гарантируемого права на правовую защиту представляется невозможным, что российский суд, за неимением возможности продолжить процесс (при необходимости в принудительном порядке) в Германии, в итоге не может прийти к решению заявленного искомым требованием установления отцовства, а немецкий суд считает себя вне компетенции.

⁶ Суд первой инстанции по семейным делам г. Кельн, решение от 19.05.2015, AG Köln, Az.: 329 F 62/15; Высший земельный суд г. Кельна (OLG Köln), решение от 30.06.2015, 14 WF 146/15; оба решения могут быть анонимно заказаны у автора.

По моему мнению, многое говорит о том, что следует вести процесс по установлению отцовства в Германии даже при наличии, с моей точки зрения, неправомерной судебной практики, отклоняющей международную подсудность немецкого суда.

4. Объединенное производство или изолированный подход?

Исходя из международной подсудности немецкого суда и по делам о происхождении в тех случаях, когда мать и ребенок живут в России, а биологический отец ребенка в Германии, возникает вопрос, каким образом можно быстрее взыскать алименты.

§ 237 Закона Германии о производстве по делам семьи и добровольной юрисдикции (FamFG) предусматривает возможность рассмотрения в порядке объединенного производства как дела об установлении отцовства, так и дела о получении алиментов в минимальном размере. Такой порядок рекомендуется при наличии чисто немецких обстоятельств дела в тех случаях, когда необходимо быстрое получение исполнительного листа о взыскании алиментов и нужно исходить из того обстоятельства, что отец ребенка, так или иначе, не в состоянии уплачивать больше минимального содержания.

Судебная практика по вопросу, насколько допустимо объединение требований в одно производство в том случае, если лицо, имеющее право на получение содержания, имеет постоянное место жительства в России, не является единообразной. По одному делу суд первой инстанции города Ганновера (AG Hannover) первоначально принял решение о предоставлении помощи для покрытия процессуальных издержек по объединенному производству, однако затем, после установления отцовства, изменил свою правовую позицию, сообщив, что на основании наличия иностранного элемента объединение производств недопустимо. Как следствие, ступенчатый порядок заявления требований был отозван, суд принял новое решение о покрытии процессуальных издержек по отдельному производству о взыскании алиментов и уже в процессе последнего, как зачастую встречается по делам о взыскании алиментов с участием российского элемента, было заключено мировое соглашение о размере содержания. В другом случае суд первой инстанции по семейным делам района Шенеберга в г. Берлине твердо исходил как из правомочности своей международной подсудности, так и из допустимости объединения производств, и назначил выплату минимального размера алиментов с учетом паритета покупательной способности.⁷

Остается констатировать, что порядок объединенного производства по установлению отцовства и взысканию алиментов может быть, в каждом отдельном случае, эффективным и целесообразным подходом.

⁷ AG Schöneberg, окончательное решение от 27.1.2015, 22 F 72/13; решение имеется у автора и может быть им предоставлено в индивидуальном порядке.

5. Особенности территориальной подсудности в Германии

Исходя из международной подсудности немецкого суда, дела по установлению отцовства и/или взысканию алиментов подлежат по признаку функциональности рассмотрению в суде первой инстанции (Amtsgericht) - суде по семейным делам (Familiengericht). Касательно территориальной подсудности рассматриваются, в первую очередь, общие нормы о подсудности §§ 170, 232 Закона Германии о производстве по делам семьи и добровольной юрисдикции. Данные нормы гласят:

§ 170 Производство по делам о происхождении ребенка

(1) Исключительной подсудностью обладает суд, на участке которого ребенок имеет место обычного пребывания.

(2) Если подсудность немецкого суда не вытекает из абз. 1, то она определяется по месту обычного пребывания матери, или, в остальных случаях, отца.

(3) Если подсудность немецкого суда не вытекает из абз. 1 и 2, то исключительной подсудностью обладает суд первой инстанции района Шенеберга в Берлине.

и

§ 232 Производство по делам о взыскании содержания

(1) Исключительной подсудностью обладает:

1. по делам о взыскании алиментов, касающихся обязательств по их уплате на общего ребенка супругов, за исключением дел о содержании несовершеннолетних, рассматриваемых в порядке упрощенного производства, или других дел по обязательствам уплаты содержания в силу брака, на время рассмотрения дела в суде суд, рассматривающий или рассматривавший дело из брачных правоотношений в первой инстанции;

2. по делам о взыскании алиментов на несовершеннолетнего ребенка или приравненного к таковому в силу § 1603 абз. 2 предл. 2 ГГУ, суд, на участке которого ребенок или родитель, уполномоченный к действиям от имени несовершеннолетнего ребенка, имеет место обычного пребывания, за исключением случаев, если ребенок или родитель имеет место обычного пребывания за границей.

(2) Подсудность в силу абз. 1 имеет превосходство перед исключительной подсудностью другого суда.

(3) Если подсудность не вытекает из абз. 1, то она определяется согласно предписаниям Гражданского процессуального уложения с условием, что в нормах об общей подсудности место постоянного проживания подменяется

местом постоянного пребывания. Помимо того, по выбору заявителя является компетентным:

- 1. в отношении заявления одного родителя против другого о требовании, касающегося обоснованного брачными отношениями права на получение алиментов или о требовании согласно § 1615I Гражданского Уложения суд, в котором в первой инстанции рассматривается дело о содержании ребенка;*
- 2. в отношении заявления ребенка, выдвигающего требование о выполнении обязанности по содержанию обоим родителям, суд, являющийся компетентным для подачи заявления против одного родителя;*
- 3. суд, являющийся компетентным для заявителя по месту его обычного пребывания в случае, если заявитель не подпадает под подсудность в стране.*

Согласно указанному, в случае, если мать и ребенок проживают в России, территориальной подсудностью обладает суд региона, где проживает отец. С другой стороны, представляется спорным вопрос о том, рассматривается ли в делах об установлении происхождения в качестве отца по смыслу § 170 абз. 2 Закона Германии о производстве по делам семьи и добровольной юрисдикции так называемый «предполагаемый отец». В одном случае, в котором биологический отец имел постоянное место жительства на участке суда первой инстанции г. Дортмунда (AG Dortmund), данный суд отклонил дело в силу неподсудности и, как следствие, передал его в компетентный, по мнению суда, суд первой инстанции района Шенеберг в г. Берлине. Суд первой инстанции района Шенеберг также пришел к выводу об отсутствии территориальной подсудности и передал дело на основании § 5 абз. 1 № 4 Закона о производстве по делам семьи и добровольной юрисдикции в Высший земельный суд г. Хамма (OLG Hamm). Далее Высший земельный суд г. Хамма, однако, определил суд первой инстанции Шенеберга компетентным для ведения дела.⁸ Высший земельный суд г. Хамма обосновал свое решение тем, что несмотря на то, что другая позиция также имеет веские основания, отсылка суда первой инстанции г. Дортмунда, однако, не является очевидно противоправной и необоснованной. Таким образом, рассматривать также и "предполагаемого отца" в качестве отца по смыслу § 170 абз. 2 Закона Германии о производстве по делам семьи и добровольной юрисдикции и, соответственно, исходить из территориальной подсудности суда, на участке которого (предполагаемый) отец имеет постоянное место жительства - такая точка зрения представляется оправданной.

В соответствии с предписаниями Закона о выплате алиментов за рубежом (AUG),⁹ дальнейшей особенностью является возможная концентрация компетенции в одном

⁸ OLG Hamm, решение от 14.5.2013, II-2 SAF 5/13; решение имеется у автора и может быть им предоставлено в индивидуальном порядке.

⁹ Gesetz zur Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen im Verkehr mit ausländischen Staaten. Текст на немецком и английском языках: http://www.gesetze-im-internet.de/aug_2011/.

определенном суде первой инстанции - суде по семейным делам, находящемуся в компетенции Верховного земельного суда. Судебная практика немецких судов и по российско-немецким делам о выплате алиментов исходит из применимости Закона о выплате алиментов за рубежом (AUG) и его нормы о концентрации компетенции в силу § 28 AUG, хотя согласно § 1 абз. 1 № 3 AUG его сфера применения ограничивается тем, что одна сторона проживает в сфере действия закона, а другая - в другом государстве, с которым действует принцип взаимности. Как указывалось выше, в отношениях Германия - Россия, это правило, однако, неприменимо. Таким образом, вопрос о том, насколько данная судебная практика является правомерной или нет, здесь не будет рассматриваться далее, тем не менее ознакомление с ней представляется целесообразным. Однако, когда заявление первоначально подается в территориально некомпетентный суд с целью, чтобы с отсылкой данного суда дело могло бы быть передано в другой, по мнению первого суда, компетентный суд, такое действие остается, как правило, без последствий.

V. Особенности международного частного права, выравнивание покупательной способности

Принимая решение об обращении в немецкий суд с требованием выплаты содержания и исходя из того, что такой суд обладает территориальной подсудностью, возникает вопрос выбора права, применимого немецким судом в отношении выплаты содержания и определения его размера. Ранее, в качестве соответствующей нормы, ст. 18 Вводного закона к ГГУ (EGBGB) устанавливала, что к обязанностям предоставлять содержание, в первую очередь, применялись нормы материального права, действовавшего в месте обычного пребывания лица, обладающего правом на содержание. В настоящее время обязанности по уплате алиментов на ребенка определяются согласно ст. 15 Регламента ЕС № 4/2009¹⁰ в соответствии с предписаниями Гаагского Протокола от 23.11.2007 о праве, применимом к алиментным обязательствам. В силу ст. 3 абз. 1 Протокола в качестве общей нормы применяется право государства, в котором лицо, обладающее правом на содержание, постоянно пребывает, в данном случае в России. Относительно несовершеннолетних детей действует, однако, ст. 4 абз. 3 Протокола. Согласно этой норме применению подлежит право местонахождения суда, в котором рассматривается дело, если лицо, обладающее правом на содержание, обратилось в компетентное учреждение государства, в котором лицо, обязанное предоставлять содержание, постоянно пребывает. Таким образом, при обращении в немецкий суд с требованием о выплате алиментов на ребенка, проживающего в России, от проживающего в Германии лица, обязанного уплачивать содержание, применяется немецкое право.

Учитывая то, что еще предшествующая судебная практика при применении российского права согласно ст. 18 Вводного закона к ГГУ (ст. редакция) придерживалась положений «Дюссельдорфской таблицы», право, подлежащее

¹⁰ См. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=URISERV%3Ajl0024>.

применению, в результате не имеет большого практического значения. Однако, при применении как российского, так и немецкого права, как принято в правоотношениях с иностранным элементом, нужно выяснять, насколько необходимо урегулирование покупательной способности.

Для прояснения проблематики: при установлении покупательного паритета аргументация разных участников в российско-немецких правоотношениях является одной и той же - естественным образом ориентированной на интересы каждого из них. Проживающий в Германии должник аргументирует, как правило, тем, что немецкий, даже минимальный, размер содержания зачастую является выше, чем обычно зарабатывают служащие или рабочие в России и, таким образом, размер алиментов не может быть выше, чем уровень заработной платы. Получатель содержания приводит аргумент, что и в России также все дорого. Судебная практика исходит из того, что имеющий право на получение алиментов ребенок, разумеется, должен получать выгоду от благоприятных условий дохода должника, однако, из-за различий в покупательной способности Евро за рубежом, должна быть проведена корректировка потребностей.

Каким же образом происходит такая корректировка на практике? После того, как судебная практика по данному вопросу ранее частично ориентировалась на классификации стран по группам министерства финансов, в настоящее время является общепринятой ориентация на обменный курс и паритет потребительских корзин. До 2009 года Федеральная статистическая служба вела для этой цели статистику, открытую для ознакомления по ссылке: https://www-genesis.destatis.de/genesis/online/link/tabellen/61611*

Однако, с 2010 года эта статистика больше не ведется. Вместо этого, Федеральная статистическая служба ссылается на имеющуюся в интернете статистику, которую можно найти, введя "Purchasing Power Parities" (PPP), например, по следующей ссылке: <http://www.oecd.org/std/purchasingpowerparitiespppsdata.htm>

В уже упомянутом выше решении суда первой инстанции района Шенеберга г. Берлина от 27.1.2015 (№ дела 22 F 72/13) суд исходил также и из учитываемого Федеральной статистической службой паритета потребительских корзин, который в последней год публикации (2009) предусматривал для России разницу уровня цен в 97,3 % по сравнению с Германией и, соответственно, устанавливал содержание в размере немецкого минимального содержания за вычетом 3 процентов. Таким образом, даже учитывая паритет потребительских корзин, можно приблизиться к размеру содержания, устанавливаемому в Германии, хотя, разумеется, в последних решениях должно бы быть учтено также и актуальное падение курса рубля и, вследствие этого, относительное повышение покупательной способности Евро.

Еще одна особенность заключается в том, что проживающий в России ребенок не получает такое пособие на ребенка, как выплачиваемое в немецкой социальной системе (Kindergeld). Поэтому при определении размера алиментных платежей, согласно «Дюссельдорфской таблице», зачета половины размера пособия на ребенка не производится. Это приводит к тому, что должник по алиментным обязательствам перед

проживающим в России ребенком должен, несмотря на вычет разницы в покупательных способностях или, как выше указывалось, из-за отсутствия зачета части пособия на ребенка, платить даже больше алиментов, чем если бы ребенок проживал в Германии.

VI. Резюме

Правовые вопросы, касающиеся российско-немецких правоотношений, предлагают разнообразные возможности для юридической аргументации. Хотелось бы иметь больше правовой определенности по вопросам отцовства и оплаты алиментов в германно-российских отношениях в виде более обширной и единообразной судебной практики. Однако, действительность такова: приемлемым является многое, судебной практики немецких высших земельных судов или Федерального Верховного суда существует немного. При скромных доходе и имуществе зачастую существует возможность получения помощи, позволяющей почти полное возмещение судебных расходов, включая оплату адвоката, из судебной казны. Специализирующийся на соответствующих вопросах немецкий адвокат может без особых трудностей составить заявление в суд. Нередко удается заключить мировое соглашение удовлетворяющее все стороны, даже по самым спорным вопросам, таким как, например, о размере подлежащих выплате алиментов. Если оговорить с адвокатом риски несения судебных расходов и благодаря умелой тактике (например, сначала путем подачи заявления, зависящего от предварительного согласия на предоставление помощи на возмещение судебных издержек) их минимизировать, попытка начать процесс в Германии о требовании по уплате содержания, возможно, также и предшествующего вопроса об отцовстве, может себя оправдать: попытка не пытка!

Об авторе:



Флориан Ролофф (Florian Roloff)

Автор - адвокат, специализирующийся, кроме других областей, также и в семейном праве, Гамбург, адвокатское бюро Steiner & Roloff, член правления (казначей) германно-российской ассоциации юристов (DRJV). Он занимается координацией находящегося на стадии становления рабочего сообщества по семейному праву и будет рад сообщениям о соответствующих немецких или российских судебных решениях, касающихся семейных правоотношений с участием российской или немецкой стороны. Просьба присылать соответствующие сообщения на

адрес э-почты ассоциации DRJV roloff@drjv.org.

РАЗДЕЛ 7. НАЛОГОВОЕ ПРАВО

Правила «тонкой капитализации» в Германии
(*Рихард Велльманн / Евгения Шульц*), с. [451](#)

Правила «тонкой капитализации» в Германии

Zinsschrankenregelung in Deutschland

Рихард Велльманн (Richard Wellmann) /

Евгения Шульц (Evgenia Schulz)

Der Beitrag gibt einen Überblick über die Regelung der Zinsschranke im deutschen Steuerrecht. Thematisiert werden der Regelungszweck, der Regelungsinhalt sowie die Konsequenzen der Anwendung der Zinsschranke. Des Weiteren wird auf die aktuellen Entwicklungen auf der Ebene der OECD- und G20-Staaten eingegangen.

I. Цель правил «тонкой капитализации»

В основе введения правил «тонкой капитализации» (Zinsschranke) лежит наблюдение, что предприятия, являющиеся налоговыми резидентами Германии, нередко пытаются уменьшить свою налоговую нагрузку путём займа денежных средств у иностранных взаимозависимых лиц.¹ Согласно § 8 абзацу 1 предл. 1 KStG (Körperschaftsteuergesetz² - закон о налоге на прибыль организаций)³ во взаимодействии с § 4 абзацем 4 EStG (Einkommensteuergesetz⁴ - закон о налоге на доход физических лиц) предприятие вправе признать расходом проценты по долговым обязательствам. В результате этого доход предприятия, облагаемый налогом в Германии, понижается, что, соответственно, приводит к снижению налога. В случае, если предприятие-кредитор является налоговым резидентом государства, налоговая ставка в котором ниже действующей налоговой ставки в Германии, концерну удаётся уменьшить общую налоговую нагрузку. Данное явление называется перемещением налоговой базы за пределы государства. В результате этого государственный бюджет теряет миллиарды евро потенциальных налоговых поступлений.⁵ Целью правил «тонкой капитализации» является предотвращение перемещения налоговой базы за пределы Германии.

¹ См. BT-Drucksache 16/4841 vom 27.03.2007, Entwurf eines Unternehmensteuerreformgesetzes 2008, S. 1, текст на немецком языке: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/048/1604841.pdf>

² Текст закона о налоге на прибыль организаций на немецком языке: http://www.gesetze-im-internet.de/kstg_1977/

³ В отличие от Российской Федерации в Германии не существует единого налогового кодекса. Налоговое право Германии составляет множество отдельных законов.

⁴ Текст закона о налоге на доход физических лиц на немецком языке: <http://www.gesetze-im-internet.de/estg/>

⁵ См. BT-Drucksache 16/4841 vom 27.03.2007, Entwurf eines Unternehmensteuerreformgesetzes 2008, S. 1.

II. Содержание правил «тонкой капитализации»

Правила «тонкой капитализации» были введены в Германии в рамках закона о реформе налогообложения предприятий 2008 г., принятого 14 августа 2007 г.⁶ Упомянутым законом был введён § 4h в EStG, а также переформулирован § 8a KStG. Нормы EStG применяются к организациям согласно § 8 абзацу 1 предл. 1 KStG, если иное не предусмотрено отдельными нормами закона.⁷

§ 4h EStG предусматривает ограничение включения процентов по долговым обязательствам в расходы для налоговых периодов, начинающихся после 25 мая 2007 г. и заканчивающихся не ранее 1 января 2008 г.⁸ § 4h EStG претерпел изменения в рамках принятия закона об ускорении экономического роста от 22 декабря 2009 г.⁹ Изменения, внесённые данным законом, применяются для налоговых периодов, заканчивающихся после 31 декабря 2009 г.¹⁰ В последующем представлены действующие на сегодняшний день правила «тонкой капитализации».

Согласно § 4h EStG проценты по полученным кредитам могут быть включены в расходы в размере полученных процентов от предоставленных кредитов. Проценты по полученным кредитам, превышающие проценты по предоставленным кредитам, могут быть включены в расходы в размере, равном расчётному показателю EBITDA (verrechenbares EBITDA (earnings before interest, taxes, depreciation and amortization)). При этом расчётный EBITDA составляет 30 процентов так называемого "налогового EBITDA". § 4h абзац 1 предл. 2 EStG во взаимодействии с § 8a абзацем 1 предл. 1, 2 KStG определяет налоговый EBITDA следующим образом:

учитываемый доход / учитываемая прибыль организаций (maßgeblicher Gewinn / maßgebliches Einkommen)

+ проценты по полученным кредитам

+ амортизация (§ 6 абзац 2 предл. 1, § 6 абзац 2а предл. 2, § 7 EStG)

- проценты по предоставленным кредитам

= налоговый EBITDA

⁶ См. Unternehmensteuerreformgesetz 2008 vom 14.08.2007, BGBl. I 2007, S. 1912-1938; текст закона на немецком языке:

http://www.bgb1.de/xaver/bgb1/text.xav?SID=&tf=xaver.component.Text_0&toctf=&qmf=&hlf=xaver.component.Hitlist_0&bk=bgb1&start=%2F%2F*%5B%40node_id%3D%271122239%5D&skin=pdf&tlevel=-2&nohist=1

⁷ Правила «тонкой капитализации» применяются к индивидуальным предпринимателям, прозрачным лицам, а также организациям. В данной статье термин «предприятие» подразумевает все названные правовые формы.

⁸ См. Unternehmensteuerreformgesetz vom 14.08.2007, BGBl. I 2007, S. 1912 (1925).

⁹ См. Gesetz zur Beschleunigung des Wirtschaftswachstums (Wachstumsbeschleunigungsgesetz) vom 22.12.2009, BGBl. I 2009, S. 3950-3956; текст закона на немецком языке:

http://www.bgb1.de/xaver/bgb1/start.xav?start=%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgb1109s3950.pdf%5D#_bgb1%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgb1109s3950.pdf%27%5D_1463660520407

¹⁰ См. Gesetz zur Beschleunigung des Wirtschaftswachstums (Wachstumsbeschleunigungsgesetz) vom 22.12.2009, BGBl. I 2009, S. 3950 (3951).

Если расчётный EBITDA превышает разницу между процентами по полученным кредитам и процентами по предоставленным кредитам (эффективный процент по полученным кредитам), неиспользованный расчётный EBITDA переносится на последующие пять налоговых периодов¹¹, позволяя тем самым включить в расходы эффективный процент по полученным кредитам в размере расчётного EBITDA рассматриваемого налогового периода, а также в размере неиспользованного EBITDA из предыдущих периодов. В обратном случае, если эффективный процент по полученным кредитам превышает расчётный EBITDA, то не включенный в расходы процент в рассматриваемом налоговом периоде переносится на последующие налоговые периоды. Ограничения срока, в течение которого ранее не включённый в расходы эффективный процент по полученным кредитам должен быть использован, не существует.

III. Исключения

§ 4h абзац 2 предл. 1 EStG предусматривает три случая-исключения, в которых описанные выше правила не применяются.

Исключение 1: Эффективный процент по полученным кредитам не превышает 3 000 000 евро в рассматриваемом налоговом периоде.

Исключение 2: Предприятие частично входит или не входит в концерн. Предприятие считается принадлежащим концерну, если оно консолидируется или может консолидироваться с одним или несколькими другими предприятиями в рамках составления консолидированной финансовой отчётности (§ 4h абзац 3 предл. 5 EStG).¹² Предприятие также считается принадлежащим концерну, если его бизнес- и финансовая политика может разрабатываться вместе с одним или несколькими другими предприятиями (§ 4h абзац 3 предл. 6 EStG). Таким образом, данное исключение имеет силу в том случае, если рассматриваемое предприятие не консолидируется и возможность консолидации отсутствует.

Дополнительное правило существует для организаций. Представленное исключение применяется к организациям только, если часть эффективного процента по полученным кредитам, уплачиваемая участнику организации, доля прямого или косвенного участия которого превышает 25%, его взаимозависимому лицу или третьему лицу, имеющему влияние на упомянутого участника или его взаимозависимое лицо, не превышает 10%, и рассматриваемая организация это докажет (§ 8a абзац 2 KStG).

Исключение 3: Предприятие входит в концерн и доля собственного капитала предприятия в конце предыдущего налогового периода была равна доле собственного капитала концерна или превышала её (сравнение собственных капиталов, Eigenkapitalvergleich). Исключение действует и в том случае, если доля собственного капитала предприятия на два процентных пункта ниже доли собственного капитала

¹¹ В налоговом праве Германии налоговый период не всегда соответствует календарному году.

¹² Касательно правил консолидации см. исключение 3.

концерна. При этом доля собственного капитала определяется как соотношение собственного капитала и совокупных активов (пассивов).

Для проведения сравнения собственных капиталов консолидированная финансовая отчётность должна быть составлена согласно международным стандартам финансовой отчётности (*International Financial Reporting Standards, IFRS/IAS*). Концерны, консолидированная финансовая отчётность которых не должна быть составлена и не составлялась согласно IFRS в течение последних пяти налоговых периодов, вправе использовать отчётность, составленную в соответствии с национальными стандартами финансовой отчётности одного из государств Евросоюза. В случае, если концерн не обязан составлять консолидированную финансовую отчётность ни в соответствии с IFRS, ни в соответствии с национальными стандартами финансовой отчётности одного из государств Евросоюза, с целью сравнения собственных капиталов может быть использована консолидированная финансовая отчётность, составленная согласно общепринятым принципам бухгалтерского учёта США (*Generally Accepted Accounting Principles, US-GAAP*). Если финансовая отчётность предприятия и консолидированная финансовая отчётность концерна составлены в соответствии с разными стандартами, доля собственного капитала рассматриваемого предприятия определяется путём корректировок согласно стандартам финансовой отчётности, на основе которых составлена консолидированная финансовая отчётность концерна.

Дополнительное правило существует для организаций. Представленное исключение применяется к организациям только, если часть эффективного процента по полученным кредитам, уплачиваемая организацией или другим предприятием, принадлежащим тому же концерну, участнику одной из компаний концерна, доля прямого или косвенного участия которого превышает 25%, его взаимозависимому лицу или третьему лицу, имеющему влияние на упомянутого участника или его взаимозависимое лицо, не превышает 10%, и рассматриваемая организация это докажет (§ 8a абзац 3 предл. 1 KStG).

В случае применения исключений перенос расчётного EBITDA в последующие налоговые периоды не предусмотрен.

IV. Следствие применения правил «тонкой капитализации»

Правила «тонкой капитализации» ограничивают вычет процентов по долговым обязательствам, в результате чего налоговая ставка применяется к более высокой налоговой базе. Таким образом, налоговые поступления в государственный бюджет в рассматриваемом налоговом периоде возрастают.

Вследствие возможности переноса не учтённого ранее эффективного процента по полученным кредитам, предприятия теоретически не теряют возможность включения процентов по полученным кредитам в расходы в полном объёме. Тем не менее, запрет вычета эффективного процента по полученным кредитам, превышающего расчётный EBITDA, в том налоговом периоде, к которому он относится, приводит к потере

потенциальных процентов и ухудшению ликвидности предприятия-должника. Фактически возможность включения процентов по полученным кредитам в расходы в полном объёме исключается в случае, если эффективный процент по полученным кредитам и расчётный EBITDA не меняются на протяжении многих лет.¹³

К примеру, если в первом налоговом периоде эффективный процент по полученным кредитам составляет 4 000 000 евро, а расчётный EBITDA 3 000 000 евро (налоговый EBITDA = 10 000 000 евро), эффективный процент по полученным кредитам включается в расход в размере 3 000 000 евро и переносится на последующие налоговые периоды в размере 1 000 000 евро. Если во втором налоговом периоде значения сумм эффективного процента по полученным кредитам и расчётного EBITDA остаются неизменными, то сумма эффективного процента по полученным кредитам, переносимого на последующие налоговые периоды, в сумме со значением не учтённого процента первого налогового периода составит во втором (1 000 000 + 1 000 000) 2 000 000 евро. Если в последующих налоговых периодах не происходит значительного изменения, например, значительного уменьшения эффективного процента по полученным кредитам или значительного увеличения расчётного EBITDA, результатом является постоянный перенос эффективного процента по полученным кредитам на последующие налоговые периоды. В таких случаях возможность переноса не учтённого ранее эффективного процента является потенциальной, но не фактической. Если переносимый в последующие налоговые периоды эффективный процент по полученным кредитам частично или полностью не может быть использован, налоговая нагрузка предприятия увеличивается в размере налога, приходящегося на этот неиспользованный эффективный процент по полученным кредитам.

Следствием является экономическое двойное налогообложение, поскольку неиспользованный эффективный процент по полученным кредитам облагается налогом как недопустимый расход на уровне предприятия-должника и как доход в виде процентов по предоставленным кредитам на уровне предприятия-кредитора.¹⁴ Пункт 3 протокола к соглашению об избежании двойного налогообложения между Российской Федерацией и Германией от 29 мая 1996 г.¹⁵ предусматривает неограниченный вычет процентов при исчислении налогооблагаемой прибыли компании в государстве, налоговым резидентом которого она является. При этом такой вычет не может превышать сумм, рассчитанных по правилам трансфертного ценообразования (в

¹³ См. Brähler/Brune/Heerd, KoR 2008, S. 289 (293).

¹⁴ См. Hierstetter, DB 2009, S. 79 (79 f.).

В данный момент ещё не закончен судебный процесс, результатом которого должно стать решение Федерального Конституционного Суда (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG) по вопросу, являются ли правила «тонкой капитализации» нарушением конституции. См. BVerfG, 2 BvL 1/16.

¹⁵ Текст соглашения об избежании двойного налогообложения между Российской Федерацией и Германией от 29 мая 1996 г. на русском языке: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_13006/. См. также Е. Болдинова, О некоторых вопросах применения соглашения об избежании двойного налогообложения между Российской Федерацией и Германией, «Сборник статей о праве Германии», выпуск № 1 (2015), стр. 420-431. Текст соглашения на немецком языке на сайте Федерального министерства финансов Германии: http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/Internationales_Steuerrecht/Staatenbezogene_Informationen/Laender_A_Z/Russische_Foed/1996-12-11-Russische-Foederation-Abkommen-DBA-Gesetz.pdf?__blob=publicationFile&v=3

Германии § 1 AStG (Außensteuergesetz¹⁶ - закон о налогообложении при внешнеэкономических отношениях); статья 9 германно-российского соглашения об избежании двойного налогообложения). Несмотря на письмо Министерства финансов РФ N 03-08-05/48897 от 14 ноября 2013 г., согласно которому указанный пункт имеет силу независимо от действующих в Российской Федерации правил «тонкой капитализации» (статья 269 Налогового кодекса РФ), вопрос возможности неограниченного вычета процентов по полученным кредитам был рассмотрен в рамках судебного процесса.¹⁷ При этом было решено, что правила «тонкой капитализации» применяются. Аналогичные решения были вынесены российскими судами и в отношении других соглашений об избежании двойного налогообложения, например, в отношении соглашений между Российской Федерацией и Швейцарией, Российской Федерацией и Кипром, Российской Федерацией и Люксембургом.¹⁸ Действующие в Германии правила «тонкой капитализации» применяются независимо от соглашений об избежании двойного налогообложения.¹⁹ В случае, если проценты по полученным кредитам превышают сумму, которая была бы согласована независимыми предприятиями при сопоставимых условиях, переквалификации в дивиденды не происходит.²⁰

К тому же, на первый взгляд, выгодная для налогоплательщика возможность переноса не учтённого ранее эффективного процента по полученным кредитам на последующие налоговые периоды не всегда действительно является выгодной.²¹ Если, к примеру, в первом налоговом периоде эффективный процент по полученным кредитам составляет 4 000 000 евро, а расчётный EBITDA 3 000 000 евро, эффективный процент по полученным кредитам включается в расход в размере 3 000 000 евро и переносится на последующие налоговые периоды в размере 1 000 000 евро. Если во втором налоговом периоде эффективный процент по полученным кредитам составляет 2 900 000 евро, а расчётный EBITDA 1 800 000 евро (налоговый EBITDA = 6 000 000 евро), налогоплательщик теряет возможность вычесть полную сумму эффективного процента по полученным кредитам согласно исключению 1, так как за счёт перенесённого из предыдущих налоговых периодов эффективного процента по полученным кредитам в размере 1 000 000 евро превышен предусмотренный лимит (2 900 000 + 1 000 000 = 3 900 000 > 3 000 000). В этом случае возможность переноса может иметь для налогоплательщика отрицательный эффект.

¹⁶ Текст закона о налогообложении при внешнеэкономических отношениях на немецком языке: <http://www.gesetze-im-internet.de/astg/>

¹⁷ См. решение Арбитражного суда Тульской области от 19.11.2012 по делу ОАО «Гурово-Бетон» № А68-7455/2012; постановление Двадцатого арбитражного апелляционного суда от 04.02.2013; постановление Федерального арбитражного суда Центрального округа от 30.05.2013; определение ВАС РФ № ВАС-9469/13 от 04.10.2013.

¹⁸ См., к примеру, постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 15.11.2011 по делу ОАО Угольная компания «Северный Кузбасс» № 8654/2011; решение Арбитражного суда Псковской области от 16.12.2013 по делу ООО «ЮНАЙТЕД БЕЙКЕРС-Псков» № А52-4072/2012.

¹⁹ См. Zielke, DStZ 2016, S. 283.

²⁰ См. Tischbirek/Specker, in: Vogel/Lehner, DBA Kommentar, 6. Aufl., 2015, Rn. 201b.

²¹ См. Eilers, in: Eilers/Rödding/Schmalenbach, Unternehmensfinanzierung, 2. Aufl., 2014, Rn. 311 m.w.N.

В случае продажи или ликвидации предприятия либо доли предприятия, имеющиеся на момент продажи или ликвидации неиспользованные эффективный процент по полученным кредитам и расчётный EBITDA теряются целиком либо пропорционально переходящей доле (§ 4h абзац 5 предл. 1, 2 EStG). Более строгие правила предусмотрены для организаций. В случае покупки доли в организации в размере более 25% (прямо или косвенно) в течение пяти лет одним и тем же лицом или его взаимозависимым лицом, возможность переноса неиспользованного эффективного процента по полученным кредитам теряется пропорционально приобретённой доле. Возможность переноса неиспользованного эффективного процента по полученным кредитам теряется целиком, если в течение пяти лет одним и тем же лицом или его взаимозависимым лицом куплена доля, составляющая прямо или косвенно более 50% (schädlicher Beteiligungserwerb, согласно § 8a абзацу 1 предл. 3 во взаимодействии с § 8c абзацем 1 предл. 1, 2 KStG).

Согласно § 1 абзацу 2 AStG лицо считается взаимозависимым лицом налогоплательщика в каждом из следующих случаев:

1. Лицо прямо или косвенно участвует в налогоплательщике, и доля такого участия составляет минимум 25%, или лицо в состоянии оказывать значительное влияние (beherrschender Einfluss) на налогоплательщика. Правило действует и в обратном порядке, то есть если налогоплательщик прямо или косвенно участвует в лице, и доля такого участия составляет минимум 25%, или налогоплательщик в состоянии оказывать значительное влияние на лицо.
2. Третье лицо участвует как в лице, так и в налогоплательщике, и доля участия в обоих случаях составляет минимум 25%, или третье лицо в состоянии оказывать значительное влияние как на лицо, так и на налогоплательщика.
3. Лицо в состоянии влиять на налогоплательщика в рамках заключения сделки, причём это влияние не основано на данной сделке, или лицо заинтересовано в прибыли налогоплательщика. Правило действует и в обратном порядке.

V. Актуальность правил «тонкой капитализации»

В октябре 2015 г. был завершён совместный проект Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР, OECD) и Большой двадцатки (G20) по борьбе с размыванием налоговой базы и выводом прибыли из-под налогообложения (*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting – BEPS*). В рамках данной инициативы были определены 15 направлений масштабного развития международной и локальной налоговых систем для достижения поставленной цели.

План действия номер 4 направлен на предотвращение снижения налоговых поступлений в государственный бюджет при помощи процентных платежей. Такая цель была поставлена на основании того, что многие транснациональные компании включают в расход больше процентов по полученным кредитам, чем они действительно платят третьим лицам. Отдельные государства, например, Германия,

ввели ограничения по включению процентов в расход ещё до проекта BEPS. В результате этого снизилась привлекательность таких стран как мест базирования предприятий. Таким образом, план действия номер 4 также направлен на смягчение эффекта конкуренции между государствами.

В своем финальном отчёте от 05.10.2015²² ОЭСР представила рекомендуемый вариант решения проблемы. Рекомендуемый вариант включает следующие пункты:

- Ограничение вычета процентных платежей должно действовать как для долговых обязательств между взаимозависимыми лицами, так и для долговых обязательств между независимыми друг от друга лицами. Для процентных платежей между взаимозависимыми лицами может быть предусмотрено более строгое ограничение.
- Предусмотрена возможность расширения понятия «проценты», например, на поручительства по векселям (авали) и валютные эффекты.
- Предусмотрено ограничение вычета процентов до 10-30% соотношения эффективного процента по полученным кредитам и EBITDA.
- Также государства вправе ввести исключения, например, исключение, связанное с долей собственного капитала.

Представленный ОЭСР вариант означает только изменение деталей для правил «тонкой капитализации», действующих в Германии ещё до проекта BEPS. Важным результатом проекта являются запланированные в ближайшем будущем нововведения (или, как в случае Германии, возможные изменения) правил «тонкой капитализации» в других государствах ОЭСР и Большой двадцатки.

Об авторах:

Рихард Велльманн (Richard Wellmann)



Адвокат и консультант по налогам и сборам (Германия и РФ) Рихард Велльманн руководит Русским Столом (Russia Desk) и является старшим менеджером отдела международного налогового права аудиторской компании BDO AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft во Франкфурте-на-Майне. Рихард консультирует в области налогообложения более 15-ти лет, два из которых в московском офисе российской BDO Member Firm. Рихард Велльманн специализируется на консультациях по внешнеэкономическим вопросам, особенно в сфере трансфертного ценообразования. Его услуги включают, помимо прочего, документацию, планирование и защиту трансфертных цен. Рихард владеет немецким,

²² См. OECD vom 05.10.2015, BEPS Action Item 4 Final Report, <http://www.oecd.org/ctp/beps-2015-final-reports.htm>

английским и русским языками. Он является автором комментариев соглашения об избежании двойного налогообложения между Германией и Российской Федерацией, выходящих в издании "*Wassermeyer DBA Kommentar*", автором комментариев, посвящённых налоговому праву Российской Федерации, выходящих в издании "*Mennel/Förster: Steuern in Europa, Amerika und Asien*", и соавтором книги "*Handbuch der Verrechnungspreise*" (Справочник трансфертного ценообразования), вышедшей уже в четвёртом издании.

Richard Wellmann, Rechtsanwalt, Steuerberater, консультант по налогам и сборам, ist Leiter des Russia Desk der BDO AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft und als Senior Manager im Fachbereich Internationales Steuerrecht in der Niederlassung der BDO in Frankfurt am Main tätig. Herr Wellmann ist seit mehr als 15 Jahren steuerberatend tätig, zwei Jahre davon in der russischen BDO Member Firm in Moskau. Er berät in grenzüberschreitenden Sachverhalten mit dem Schwerpunkt Verrechnungspreise. Zu seiner Tätigkeit gehören insbesondere die Dokumentation, Planung und Verteidigung von Verrechnungspreisen. Herr Wellmann spricht Deutsch, Englisch und Russisch. Er ist Autor u.a. der Kommentierung des DBA Russische Föderation im *Wassermeyer DBA Kommentar* und des Länderteils Russische Föderation in *Mennel/Förster: Steuern in Europa, Amerika und Asien* sowie Mitautor des bereits in 4. Auflage erschienenen und von *Vögele/Borstel/Engler* herausgegebenen Handbuchs der Verrechnungspreise.

Евгения Шульц (Evgenia Schulz)



Евгения Шульц является ассистентом отдела международного налогового права и Русского Стола аудиторской компании BDO AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft во Франкфурте-на-Майне. Евгения закончила экономической факультет университета г. Гиссена, во время учёбы специализировалась на бухгалтерии, налоговом праве и контроллинге. Евгения Шульц оказывает услуги по внешнеэкономическим вопросам, особенно в сфере трансфертного ценообразования. Евгения владеет немецким, английским, русским и испанским языками.

Evgenia Schulz ist Assistentin des Fachbereichs Internationales Steuerrecht sowie des Russia Desk der BDO AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft in der Niederlassung Frankfurt am Main. Frau Schulz studierte Betriebswirtschaft mit dem Schwerpunkt Accounting-Controlling-Taxation an der Universität Gießen. Den Schwerpunkt ihrer Tätigkeit bildet die steuerliche Beurteilung grenzüberschreitender Sachverhalte, insbesondere Verrechnungspreise. Evgenia Schulz spricht Deutsch, Englisch, Russisch und Spanisch.

Контактные данные:

Рихард Велльманн

Тел.: +49 69 95941 263

Факс: +49 69 95941 111

richard.wellmann@bdo.de

BDO AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

Hanauer Landstraße 115

60314 Frankfurt am Main

www.bdo.de

russia.desk@bdo.de

Евгения Шульц

Тел.: +49 69 95941 481

Факс: +49 69 95941 111

evgenia.schulz@bdo.de

РАЗДЕЛ 8.

ЮРИДИЧЕСКИЕ ПРОФЕССИИ И ЮРИДИЧЕСКОЕ ОБРАЗОВАНИЕ В ГЕРМАНИИ

Адвокатура в Германии (*Мария Дерра*), с. [462](#)

Получение юридического образования в Германии в рамках двухступенчатого обучения (бакалавр / магистр) (*Виктория Грошева*), с. [489](#)

Дополнительная юридическая квалификация по программе LL.M. в немецком университете (*Мария Боженова, LL.M. / Др. Ольга Кылина, LL.M.*), с. [496](#)

Как изучают право немецкие юристы (*Д-р Азер Алиев, LL.M. / Проф. Буркхард Брайг*), с. [508](#)

Адвокатура в Германии Rechtsanwaltschaft in Deutschland

Мария Дерра (Maria Derra)

Der folgende Artikel beschäftigt sich mit dem Thema „Rechtsanwaltschaft in Deutschland“ und hat zum Ziel, den Leser mit den wesentlichen Besonderheiten des Berufs „Rechtsanwalt“ in Deutschland vertraut zu machen. „Der Rechtsanwalt ist ein unabhängiges Organ der Rechtspflege“, heißt es im ersten Paragraphen der Bundesrechtsanwaltsordnung. Dieser kurze Satz beschreibt prägnant die besondere Stellung der Rechtsanwaltschaft in Deutschland: Der Rechtsanwaltsberuf ist kein Beruf wie jeder andere. Mit ihm sind besondere Rechte, aber auch besondere Pflichten verknüpft.

I. Введение

Профессия адвоката (Rechtsanwalt)¹ в Германии всегда считалась очень престижной и вызывающей особое уважение. Если верить статистическим данным, по популярности у населения адвокаты занимают почетное второе место, уступив лишь врачам и обойдя священников.²

По состоянию на 01.01.2016 г. Федеральная палата адвокатов Германии (Bundesrechtsanwaltskammer)³ насчитывала 163 779⁴ допущенных к профессиональной деятельности адвокатов. Учитывая, что население Германии в начале прошлого года оценивалось в 81 292 400 человек, цифра может показаться на первый взгляд не такой и большой. Однако, за последние 70 лет число адвокатов в Германии выросло более чем в 13 раз.⁵ Если в 1950 г. на одного адвоката приходилось 4 934 человека, то в 2013 г. - всего лишь 499 человек. Согласно проведенным исследованиям, такой стремительный рост численности адвокатов за последние 30 лет объясняется отчасти тем, что женщины прочно завоевали эту изначально сугубо «мужскую» профессию.⁶ В 1984 г. только 12% от общего числа адвокатов составляли представительницы женского пола, к 2016 г. их число выросло до 33,87%.⁷ Учитывая, что число студенток, поступающих ежегодно на юридические факультеты университетов страны, продолжает неуклонно расти (примерно 55% от общего числа первокурсников),⁸ адвокатура в Германии в

¹ Слово произошло от староанглийского „*onweald*“, что означало «власть», «сила», на древневерхненемецком звучало как „*anawalto*“, на средневерхненемецком как „*anwalde*“ и означало «уполномоченный», «посланник», и только в современном немецком языке слово „(Rechts-)Anwalt“ приобрело значение «адвокат».

² Streck, Michael in: Beruf AnwaltAnwältin, S. 8, München 2001.

³ <http://www.brak.de/>.

⁴ http://www.brak.de/w/files/04_fuer_journalisten/statistiken/2016/2016_kleine_mgstatistik-zum01.01.2016.pdf.

⁵ Kilian/Dreske, Statistisches Jahrbuch der Anwaltschaft 2015/2016, S. 19.

⁶ Kilian/Dreske, Statistisches Jahrbuch der Anwaltschaft 2015/2016, S. 21.

⁷ BRAK Mitteilungen, 47. Jahrgang, Oktober 2016, 5/2016, S. 233.

⁸ Kilian/Dreske, Statistisches Jahrbuch der Anwaltschaft 2015/2016, S. 21.

обозримом будущем неизбежно станет одной из профессий, в которой будет доминировать прекрасный пол.

Особенно большая плотность адвокатов наблюдается в городах, имеющих одновременно статус федеральных земель (Stadtstaat): Берлин, Бремен и Гамбург, а также в федеральных землях Гессен и Северный Рейн-Вестфалия.⁹ В Гамбурге на одного адвоката приходится 194 человека, в Берлине – 271 человек, а в Бремене – 338. Высокая плотность адвокатов в названных выше двух федеральных землях (Гессен: 1/319; Северный Рейн-Вестфалия: 1/478) объясняется высокой концентрацией представителей адвокатской профессии в двух крупнейших немецких банковских и коммерческих центрах: Франкфурте-на-Майне и Дюссельдорфе.

Вполне понятно, что в связи с непрекращающимся увеличением числа адвокатов¹⁰ в Германии в последние годы разгорелась жаркая дискуссия на тему перенасыщения рынка адвокатов.¹¹ И тем не менее, как считает министр юстиции Германии Хайко Маас,¹² опасения многих «старичков» в профессии относительно подешевения и неизбежной потери качества оказываемых адвокатом услуг в связи с перенасыщенностью рынка, появившиеся 10 лет назад, когда количество адвокатов превысило отметку в 140 000 человек, не оправдались.

II. Допуск к адвокатской деятельности, функции адвоката

1. Наличие высшего юридического образования

В Германии не существует экзамена на получение статуса адвоката, однако процесс получения юридического образования в Германии считается одним из самых сложных. Всем желающим¹³ заниматься адвокатской деятельностью необходимо сдать два государственных экзамена. Первый государственный экзамен ежегодно не сдают примерно 30% студентов, со вторым государственным экзаменом не справляются 15% экзаменующихся. После повторно несданного экзамена (первого или второго) дорога в юриспруденцию в Германии закрыта навсегда.

Первым государственным экзаменом (Erste Juristische Staatsprüfung) в Германии завершается университетское образование, на получение которого, согласно статистическим данным, требуется в среднем 10 семестров.¹⁴ Экзамен состоит из 2 частей: экзамена по обязательным предметам, включающим в себя устную и письменную часть, и экзамена по специализации. Студенты, успешно сдавшие первый государственный экзамен, называются дипломированными юристами (Diplom-Jurist) и

⁹ Kilian/Dreske, Statistisches Jahrbuch der Anwaltschaft 2015/2016, S. 43.

¹⁰ Например: 12 844 адвоката (1950 г.), 36 077 адвокатов (1980 г.), 150 377 адвокатов (2010 г.), подробная статистика с 1950 г. по 2016 г.:

http://www.brak.de/w/files/04_fuer_journalisten/statistiken/2016/2016_gesamtentwicklung-1905_2016.pdf.

¹¹ Streck, Michael in: Beruf AnwaltAnwältin, S. 71, München 2001.

¹² „Mehr als irgendein Job. Der Anwaltsberuf bietet attraktive Chancen“, Heiko Maas in: Anwaltsblatt Karriere, 1/2016, S. 54.

¹³ В 2014/2015 учебном году на юридических факультетах страны числилось 99.225 студентов.

¹⁴ Kilian/Dreske, Statistisches Jahrbuch der Anwaltschaft 2015/2016, S. 157.

имеют право продолжить обучение в т.н. референдариате (Referendariat). Однако, как показывает статистика, количество оценок «отлично» не превышает 1%. Так, например, из 12 028 экзаменуемых в 2014 году экзамен не сдали 3 495 человека (29,10%), оценку «отлично» получили 22 человека (0,2%).¹⁵

Референдариат представляет собой двухлетнее практическое обучение юристов при одном из 24 Высших земельных судов (Oberlandesgericht) Германии, по окончании которого сдается второй государственный экзамен (Zweite Juristische Staatsprüfung), дающий право занимать должность нотариуса, судьи, прокурора или адвоката.¹⁶ Нужно сказать, что и по второму государственному экзамену статистика выглядит неутешительно: из 8 789 экзаменуемых в 2014 году экзамен не сдали 1 260 человека (14,3%), при чем 336 из них не сдали экзамен повторно, оценку «отлично» получили всего 4 человека (0,0%).¹⁷

2. Требования, предъявляемые законом к кандидатам в адвокаты

Помимо двух сданных государственных экзаменов, Федеральным законом об адвокатуре Германии¹⁸ (Bundesrechtsanwaltsordnung = BRAO) предусмотрены определенные требования, предъявляемые к юристу, желающему заниматься адвокатской деятельностью. Согласно § 7 данного закона,¹⁹ соискатель не будет допущен к адвокатской практике, если он:

- по решению Федерального конституционного суда был лишен основных гражданских прав;
- решением суда лишен права занимать публичные должности;
- решением суда был исключен из адвокатуры;
- решением дисциплинарного суда был уволен из правоохранительных органов;
- был обвинен в совершении поступка, недостойного адвокатского звания;
- противозаконным способом участвует в борьбе против существующего в Германии общественного строя;
- вследствие своих физических недостатков или слабости духовных сил длительное время не в состоянии надлежащим образом исполнять адвокатские функции;
- занимается деятельностью, не совместимой с профессией и репутацией адвоката;
- решением суда ограничен в праве распоряжаться своей собственностью;
- является судьей или государственным служащим (за исключением тех случаев, когда эти функции выполняются на общественных началах).

¹⁵ https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/Justizstatistik/Juristenausbildung_2014.pdf;jsessionid=A20700EB44F5A57E66A44B45B358D646.1_cid386?_blob=publicationFile&v=4.

¹⁶ Более подробно: Мария Дерра «Получение юридического образования в Германии», «Сборник статей о праве Германии» № 1 (2015), стр. 433.

¹⁷ https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/Justizstatistik/Juristenausbildung_2014.pdf;jsessionid=A20700EB44F5A57E66A44B45B358D646.1_cid386?_blob=publicationFile&v=4.

¹⁸ <https://www.gesetze-im-internet.de/brao/>.

¹⁹ https://www.gesetze-im-internet.de/brao/_7.html.

3. Функции адвоката

В соответствии с Федеральным законом об адвокатуре,²⁰ на адвокатов возложены следующие профессиональные функции:

- консультирование по юридическим вопросам;
- осуществление представительства клиента, выступающего в качестве стороны в судебном процессе;
- защита обвиняемого или подсудимого по уголовному делу в суде и/или органах следствия. В рамках уголовного процесса, адвокат может выступать и в качестве представителя интересов потерпевшего;
- заключение договора с доверителем на управление его имуществом;
- выполнение функций юрисконсульта (Syndikus) в соответствии с заключенным договором;
- выполнение функций конкурсного управляющего.

4. Этические правила поведения адвоката

В § 43 Федерального закона об адвокатуре²¹ говорится следующее:

«Адвокат должен добросовестно исполнять свои профессиональные обязанности. В рамках своей профессии и вне их он должен быть достойным того уважения и доверия, которого требует положение адвоката». Адвокату запрещено осуществлять представительство в суде по поручению доверителя, на которого он раньше работал в качестве юрисконсульта, если эта работа занимала основное количество его рабочего времени.

Согласно § 45 Федерального закона об адвокатуре,²² адвокату запрещено принимать поручение доверителя в следующих случаях:

- если требуемые от него действия противоречат адвокатскому долгу;
- если по тому же делу он уже консультировал или представлял интересы противоположной стороны;
- если в том же самом правовом споре он уже принимал участие ранее в качестве судьи, третейского судьи, прокурора, представителя официального учреждения;
- если речь идет о толковании документа, в составлении которого принимал участие в качестве нотариуса он сам или адвокат, с которым он сотрудничает в своей адвокатской практике.

За непрофессиональное поведение адвокат может быть привлечен к дисциплинарной ответственности. Рассмотрением вопросов нарушения профессиональной этики занимаются т.н. адвокатские суды (Anwaltsgerichte).²³ Адвокатские суды состоят из

²⁰ Часть 3, раздел 1, §§ 43-59b.

²¹ https://www.gesetze-im-internet.de/brao/_43.html.

²² https://www.gesetze-im-internet.de/brao/_45.html.

²³ Раньше они назывались судами чести (Ehrengerichte).

председателя суда и нескольких членов, которые назначаются Управлением юстиции федеральной земли (Landesjustizverwaltung) сроком на 5 лет.²⁴ Члены суда назначаются после согласования с региональной адвокатской палатой. Работа в адвокатском суде – общественная, т.е. члены суда не получают зарплату, но имеют, тем не менее, все полномочия «обычного» судьи. Рассмотрение дел в адвокатских судах проходит коллегиально: председательствующий с двумя членами суда.

Также существует адвокатская судебная палата (Anwaltsgerichtshof) при высших земельных судах, которая является второй инстанцией по отношению к нижестоящим адвокатским судам. В состав судебной палаты входят как профессиональные судьи, так и сами адвокаты.²⁵ Председателем палаты и председательствующим по конкретному делу может быть только адвокат.

Если говорить о надзорном производстве, то в качестве такой инстанции выступает Сенат по делам адвокатов (Anwaltssenat). Сенат функционирует при Федеральном верховном суде Германии с целью реализации чрезвычайного пересмотра дел, которые были рассмотрены адвокатскими судами или адвокатскими судебными палатами. В состав Сената входят председатель Федерального верховного суда, два члена этого же суда и два адвоката (в качестве заседателей).²⁶ Адвокаты-заседатели назначаются сроком на 5 лет министром юстиции Германии из определенного списка кандидатур. Данный список адвокатов предоставляет Федеральная палата адвокатов. Остальные члены Сената (за исключением председателя Федерального верховного суда) назначаются министром юстиции, но по списку, предоставленному Федеральным конституционным судом.

§ 114 Федерального закона об адвокатах предусматривает следующие виды ответственности для адвоката:²⁷

- предупреждение;
- выговор;
- штраф в размере до 25 000 евро;
- запрет заниматься адвокатской деятельностью сроком от 1 года до 5 лет;
- исключение из адвокатуры.

III. Организация адвокатуры

В Германии существуют два вида адвокатских сообществ: Федеральная палата адвокатов (Bundesrechtsanwaltskammer) и Германский союз адвокатов (Deutscher Anwaltverein). Каждой из этих организаций стоит уделить особое внимание.

²⁴ https://www.gesetze-im-internet.de/brao/_94.html.

²⁵ https://www.gesetze-im-internet.de/brao/_101.html.

²⁶ https://www.gesetze-im-internet.de/brao/_106.html.

²⁷ https://www.gesetze-im-internet.de/brao/_114.html.

1. Федеральная палата адвокатов

Федеральная палата адвокатов (далее: ФПА) была создана в 1959 г., является по своей организационно-правовой форме корпорацией публичного права, находится в Берлине и включает в себя 28 региональных адвокатских палат.

а. Цели и задачи

В § 1 Федерального закона об адвокатуре сказано: «Адвокат является независимым органом правосудия».²⁸ В этом коротком предложении передана вся суть адвокатской профессии в Германии: немецкий адвокат не только отстаивает частные интересы своего доверителя, но и объективно способствует повышению качества правосудия (в широком смысле этого слова), т.е. адвокат стоит на страже справедливости и законности, а адвокатура в целом способствует реализации идеи правового государства. При этом это означает, что адвокат в своей деятельности связан нормами права и обеспечивает соблюдение законных интересов своего доверителя. Соответственно, одной из самых фундаментальных задач ФПА является всестороннее обеспечение работы адвоката именно в этом качестве.

в. Организация

аа) Президент ФПА

Президент ФПА²⁹ (Präsident) избирается Общим собранием сроком на 4 года. В его обязанности входит судебное и внесудебное представительство ФПА, председательствование на Общем собрании и исполнение принятых Общим собранием решений. Кроме того, президент ФПА отчитывается в ежегодном отчете о работе палаты перед Федеральным министерством юстиции, которое осуществляет контроль за деятельностью ФПА.

bb) Президиум ФПА

Президиум ФПА (Präsidium) состоит из президента, (минимум) трех вице-президентов и казначея. Члены президиума избираются президентами региональных палат адвокатов на Общем собрании сроком на 4 года. Работа Президиума осуществляется на добровольных началах.

сс) Правление ФПА

Правление ФПА (Geschäftsführung) организует работу Президиума и Общего собрания и исполняет принятые ими решения. В настоящий момент правление состоит из 14 адвокатов, из которых 11 человек работают в берлинском бюро и 3 человека в брюссельском бюро ФПА.

²⁸ https://www.gesetze-im-internet.de/brabo/_1.html.

²⁹ С 2015 г. адвокат из г. Равенсбург, господин Эккехарт Шэфер (Ekkehart Schäfer).

dd) Экспертные комитеты

При ФПА сформировано более 30 экспертных комитетов (Fachausschüsse), занимающихся в основном подготовкой заключений (Gutachten) по законопроектам или отдельным правовым вопросам. Члены экспертных комитетов, также избирающиеся сроком на 4 года и работающие на добровольных началах, зачастую принимают участие в заседаниях федеральных министерств и Бундестага.³⁰ В настоящий момент сформированы следующие экспертные комитеты:³¹

1. Ликвидаторы/представители (Abwickler/Vertreter)	17. Конкурсное право (Insolvenzrecht)
2. Адвокат-нотариус (Anwaltsnotariat)	18. Международное частное право (Internationales Privatrecht)
3. Трудовое право (Arbeitsrecht)	19. Получение юридического образования (Juristenausbildung)
4. Право на убежище/право иностранцев (Asyl- und Ausländerrecht)	20. Права человека (Menschenrechte)
5. Внесудебное урегулирование споров (außergerichtliche Streitbeilegung)	21. Связи с общественностью (Öffentlichkeitsarbeit)
6. Профессиональное обучение (Berufsbildung)	22. Вознаграждение адвоката (Rechtsanwaltsvergütung)
7. Оценка адвокатских бюро (Bewertung von Anwaltskanzleien)	23. Закон о правовых услугах (Rechtsdienstleistungsgesetz)
8. Федеральное положение об адвокатуре (Bundesrechtsanwaltsordnung)	24. Обязательственное право (Schuldrecht)
9. Право охраны данных, не подлежащих разглашению (Datenschutzrecht)	25. Социальное право (Sozialrecht)
10. Электронные правоотношения (elektronischer Rechtsverkehr)	26. Налоговое право (Steuerrecht)
11. Европа (Europa)	27. Уголовное право (Strafrecht)
12. Европейское договорное право (Europäisches Vertragsrecht)	28. Конституционное право (Verfassungsrecht)
13. Семейное и наследственное право (Familien- und Erbrecht)	29. Страхование право (Versicherungsrecht)
14. Корпоративное право (Gesellschaftsrecht)	30. Административное право (Verwaltungsrecht)
15. Охрана промышленной собственности (gewerblicher Rechtsschutz)	31. Обеспечение качества (Qualitätssicherung)
16. ИТ-право (IT-Recht)	32. Гражданский процессуальный кодекс/Закон о судоустройстве (ZPO/GVG)

ee) Общее собрание

Общее собрание (Hauptversammlung) представляет собой объединение всех региональных палат адвокатов, представленных их президентами. Общее собрание является главным органом ФПА, определяющим основные направления ее работы. Повестку дня определяет президент ФПА с учетом поданных заявлений региональных палат.

³⁰ Федеральный парламент Германии.

³¹ Перечислены в немецком алфавитном порядке.

ff) Учредительное собрание

Учредительное собрание (Satzungsversammlung) представляет собой т.н. парламент ФПА. Именно Учредительное собрание ответственно за принятие Профессионального положения об адвокатах (Berufsordnung der Rechtsanwälte)³² и Положения об адвокатах-специалистах (Fachanwaltsordnung).³³ Профессиональное положение об адвокатах дополняет Федеральный закон об адвокатуре (Bundesrechtsanwaltsordnung).³⁴ В Положении об адвокатах-специалистах закреплены требования и порядок получения дополнительной квалификации в одной из областей права.

Учредительное собрание состоит из прямо избранных членов региональных адвокатских палат, президентов региональных адвокатских палат и президента ФПА. Примечательно, что правом голоса обладают лишь прямо избранные члены региональных палат, что подчеркивает особую демократичность данного органа ФПА: каждый адвокат может, таким образом, отправить «своего» представителя на заседание Учредительного собрания. Члены Учредительного собрания так же, как Общее собрание и Президент ФПА, работают на добровольных началах.

gg) Согласительная комиссия

Согласительная комиссия (Schlichtungsstelle) не является органом ФПА, а представляет собой самостоятельную, независимую организацию при ФПА, созданную в 2010 г. для рассмотрения имущественных споров между адвокатами и доверителями на суммы до 50 000 евро³⁵ с целью улучшения возможности граждан разрешить конфликт со своим адвокатом без привлечения суда и, соответственно, без лишних денежных и временных затрат.

За время ее пока еще недолгого существования в комиссию было подано 5110 заявлений. Почти половина всех поданных в 2015 г.³⁶ заявлений касалась споров из области общего гражданского права (483), 109 из области семейного права, 64 из области наследственного права и 50 из области жилищного и арендного права.³⁷ В 2015 г. согласительная комиссия дала 207 рекомендаций по урегулированию конфликта,³⁸ 126 из них были полностью приняты сторонами спора. При этом интересно отметить тот факт, что около 20% всех поданных в 2015 г. заявлений были разрешены в пользу доверителей, около 40% - в пользу адвокатов, примерно 1/3 заявлений была отклонена ввиду отсутствия содействия со стороны заявителя.³⁹

³² http://www.brak.de/w/files/02_fuer_anwaelte/berufsrecht/bora-stand-01.07.15.pdf.

³³ http://www.brak.de/w/files/02_fuer_anwaelte/FAO_1.1.08_090615.pdf.

³⁴ <https://www.gesetze-im-internet.de/brao/>.

³⁵ До 1 июля 2016 г. рассматривались споры на суммы, не превышающие 15 000 евро.

³⁶ С полным отчетом согласительной комиссии по работе за 2015г. можно ознакомиться на сайте: www.schlichtungsstelle-der-rechtsanwaltschaft.de/sites/default/files/tb_2015.pdf.

³⁷ Anwaltsblatt, 8+9/2016, М 238.

³⁸ В 2014 г. было дано 188 рекомендаций.

³⁹ Anwaltsblatt, 8+9/2016, М 238.

ff) Бюро ФПА в Берлине и Брюсселе

Бюро в Берлине, в котором в настоящее время располагается ФПА, находится в доме Ганса Литтена, немецкого адвоката, представлявшего интересы рабочих и противников национал-социализма во времена Веймарской республики. В 1931 г. по его ходатайству в качестве свидетеля был допрошен Адольф Гитлер, который, конечно, запомнил Ганса Литтена на всю жизнь и придя к власти, незамедлительно распорядился, чтобы Литтен был арестован и помещен в концентрационный лагерь в г. Дахау, где тот в 1938 г. покончил жизнь самоубийством.

Помимо берлинского бюро, ФПА имеет представительство в Брюсселе, что объясняется огромным количеством законодательных инициатив, идущих из Брюсселя, и стремлением ФПА держать руку на пульсе.

ee) Региональные адвокатские палаты

Региональные адвокатские палаты (regionale Rechtsanwaltskammer) являются основой адвокатского самоуправления в Германии. Каждый адвокат в обязательном порядке является членом одной из них. Самой многочисленной является адвокатская палата Мюнхена, насчитывающая 21 500 членов, за ней следуют адвокатская палата Франкфурта (18 515) и адвокатская палата Берлина (14 025).⁴⁰ 27 из 28 региональных палат созданы в округе соответствующих Высших земельных судов и только адвокатская палата при Верховном федеральном суде (Bundesgerichtshof) является исключением. Для представительства в Верховном федеральном суде требуется специальная лицензия. Адвокаты, допущенные к представительству в этом суде, образуют отдельную адвокатскую палату, находящуюся в г. Карлсруэ.⁴¹ На конец 2015 г. насчитывалось всего 46 таких адвокатов, из них только 8 женщин.⁴²

Задачами региональных адвокатских палат являются:

- допуск адвокатов к осуществлению профессиональной деятельности, отзыв допуска;
- консультирование адвокатов по вопросам профессиональной ответственности;
- урегулирование споров адвокатов между собой, а также споров между адвокатами и их доверителями;
- контроль за выполнением профессиональных обязанностей адвокатов и санкционирование нарушений;
- подготовка заключений для управления юстиции той или иной федеральной земли, судов или административных органов.

⁴⁰ BRAK Mitteilungen, 47. Jahrgang, Oktober 2016, 5/2016, S. 233.

⁴¹ По месту нахождения Верховного федерального суда Германии.

⁴² Kilian/Dreske, Statistisches Jahrbuch der Anwaltschaft 2015/2016, S. 107.

2. Германский союз адвокатов

Германский союз адвокатов (Deutscher Anwaltverein = DAV),⁴³ основанный в далеком 1871 году в г. Бамберге, является, в отличие от Федеральной палаты адвокатов, добровольным профессиональным объединением, насчитывающим по состоянию на 1 января 2016 г. 65 981 членов,⁴⁴ объединенных в 250 региональных сообществ. Так же, как и в ФПА, основную работу Союза выполняют экспертные комитеты (41) и рабочие группы (30). Особого внимания заслуживает огромный спектр разнообразных услуг для повышения квалификации адвокатов, предлагаемый Союзом:

- **адвокатская академия Германии**

Т.н. адвокатская академия Германии (Deutsche Anwaltakademie) предоставляет возможность прохождения курсов повышения квалификации по 23 направлениям.⁴⁵ Из 15 обязательных часов, которые ежегодно должны быть потрачены на повышение квалификации, 5 часов адвокаты-специалисты могут с января 2015 г. потратить на самостоятельное обучение, согласно § 15 абз. 4 Положения об адвокатах-специалистах. На интернет-портале www.faocampus.de члены Союза адвокатов имеют доступ к релевантной для их специализации информации.

- **степень магистра права**

Совместно с университетом дистанционного обучения в г. Хаген Союз адвокатов предлагает возможность получения степени магистра права (LL.M.) по направлению «Адвокатское право и адвокатская практика».⁴⁶

- **«Европа: краткий обзор» (Europa im Überblick = EiÜ)**

Интернет-рассылка «Европа: краткий обзор» брюссельского бюро Союза адвокатов информирует своих подписчиков о последних правовых новостях из Брюсселя. Подписаться на рассылку (на немецком языке) можно по электронной почте bruessel@eu.anwaltverein.de.

- **«Адвокатский журнал» (Anwaltsblatt)**

«Адвокатский журнал» является, пожалуй, самым важным печатным изданием Союза адвокатов, выходящим тиражом в 70 000 экземпляров и освещающим актуальные вопросы на темы адвокатского права, адвокатской ответственности, адвокатского вознаграждения и рынка адвокатских услуг.⁴⁷

⁴³ www.anwaltverein.de.

⁴⁴ Tätigkeitsbericht 2015/2016, S. 36 in: Anwaltsblatt 8+9/2016.

⁴⁵ Подробнее о звании адвоката-специалиста и 23 областях права, в которых предлагается получить это звание, см. п. VI статьи.

⁴⁶ <https://anwaltverein.de/de/ll-m-programm>.

⁴⁷ <https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/>.

- **«Адвокатский журнал: карьера» (Anwaltsblatt Karriere)**

Название этого журнала говорит само за себя: студенты и реферандары,⁴⁸ интересующиеся адвокатской профессией, имеют уникальную возможность еще до начала профессиональной карьеры познакомиться с потенциальными работодателями, узнать об имеющихся вакансиях, о готовящихся ярмарках вакансий и т.д. «Адвокатский журнал: карьера» является бесплатно распространяемым изданием, выходит дважды в год, рассылается по всем юридическим факультетам, библиотекам, судам и специализированным книжным магазинам страны.

- **«Адвокатский совет» (Anwaltsauskunft)**

«Адвокатский совет» - интернет-портал правовой информации для потребителей и предпринимателей,⁴⁹ ежедневно знакомящий своих посетителей с наиболее важными правовыми новостями, дающий советы и рекомендации по различным вопросам из разных областей права, предлагающий для бесплатного скачивания образцы наиболее распространенных писем, жалоб, заявлений и т.д. За прошедший год портал посетили более 5 млн. пользователей,⁵⁰ в текущем году наблюдается тенденция на возрастание.

- **«Горячая линия» Союза Адвокатов (DAV-Service-Hotline)**

С марта 2009 г. Союз адвокатов поддерживает своих членов в решении сложных вопросов выплаты адвокатского гонорара. По бесплатному номеру «горячей линии» 0800 1 328 328 позвонивший может задать свой вопрос и получить быстрый квалифицированный ответ. За первые 7 лет работы сотрудники «горячей линии» ответили на 45 000 вопросов.⁵¹

IV. Вознаграждение и гонорар адвоката

1 июля 2004 г. вступил в силу Закон о гонорарах адвокатов (Rechtsanwaltsvergütungsgesetz = RVG),⁵² который сменил действовавшее до тех пор Федеральное Положение о вознаграждении адвокатов (Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung = BRAGO). Закон о гонорарах адвокатов действителен для всех допущенных к работе на территории Германии адвокатов. И так как все адвокаты «связаны» нормами этого закона, то конкуренции между адвокатами как таковой, по замыслу законодателя, быть не должно. Правда, есть одно очень важное исключение из этого правила: адвокатам разрешено заключать с доверителями

⁴⁸ Дипломированные юристы, окончившие юридический факультет и проходящие двухлетнее практическое обучение. Подробнее о референдарате: Мария Дерра, «Получение юридического образования в Германии, Мария Дерра «Получение юридического образования в Германии», «Сборник статей о праве Германии на русском языке» № 1 (2015), стр. 433.

⁴⁹ <https://anwaltauskunft.de/magazin/>.

⁵⁰ Tätigkeitsbericht 2015/2016, S. 34 in: Deutscher Anwaltverein Geschäftsführung, Beilage zum Anwaltsblatt 8+9/2016.

⁵¹ Tätigkeitsbericht 2015/2016, S. 34 in: Deutscher Anwaltverein Geschäftsführung, Beilage zum Anwaltsblatt 8+9/2016.

⁵² <https://www.gesetze-im-internet.de/rvg/>.

индивидуальные соглашения о гонорарах (Honorarvereinbarung), в которых размер гонорара может существенно превышать тот, что предусмотрен законом. При этом заключение соглашения о выплате «гонорара успеха» (Erfolgshonorar), широко распространенное во многих странах, в Германии не разрешено (за некоторыми исключениями), т.е. адвокат получает свой гонорар за проделанную работу, независимо от достигнутого результата.

1. Вознаграждение, установленное законом

По закону размер гонорара адвоката зависит от двух факторов: от стоимости/суммы спора (Gegenstandswert) и от вида оказываемой адвокатом услуги. В большинстве случаев стоимость спора определяется достаточно легко. Например, если доверитель хочет взыскать со своего должника определенную денежную сумму, то именно эта сумма и является стоимостью спора.

Однако есть случаи, когда определить стоимость дела в денежном эквиваленте бывает не так просто. Например, во сколько оценить развод? Сколько стоит получение права единоличной опеки над ребенком? Во сколько обойдется восстановление водительских прав? Для этих и других подобных случаев судебной практикой разработаны определенные критерии «оценивания».

Пример 1:

- Если доверитель, сдающий в аренду свою квартиру, желает подать против арендатора иск о принудительном выселении (Räumungsklage), то за сумму спора берется размер 12-ти месячных арендных плат.
- Если речь идет о защите доверителя от необоснованного увольнения (Kündigungsschutzprozess), то стоимость спора оценивается в сумму, равную трем его месячным зарплатам (брутто).

Таким образом, основанием для расчета гонорара адвоката является стоимость спора, а его конкретный размер зависит от вида оказываемой адвокатом услуги. Если адвокат оказывает устную или письменную консультацию (Beratung), то ожидается, что адвокат и доверитель заключат соглашение о гонораре за консультацию (Beratungsgebühr), так как для этого вида деятельности с 1 июля 2006 г. закон больше не предусматривает конкретные цифры. Правда, если клиент адвоката является потребителем (Verbraucher), то за предоставление консультации адвокат имеет право потребовать гонорар в размере не больше 250,00 евро (нетто), а за первичную консультацию (erstes Beratungsgespräch) не больше 190,00 евро (нетто).⁵³

Адвокат, представляющий интересы доверителя во внесудебном разбирательстве, имеет право на получение гонорара за ведение дела (Geschäftsgebühr).

⁵³ https://www.gesetze-im-internet.de/rvg/_34.html.

Пример 2:

Согласно Закону о гонорарах адвокатов, размер гонорара адвоката за ведение дела (во внесудебном порядке) стоимостью в 5.000,00 евро равен 492,54 евро (из них 393,90 евро – сам гонорар, 20,00 евро – паушальная пошлина за почтовые и телекоммуникационные расходы (переговоры адвоката по телефону, переписка по электронной почте, факс, отправка писем по почте и т.д.), плюс 19% НДС от двух первых сумм (393,90 + 20,00) в размере 78,64 евро.

За представление интересов доверителя в судебном разбирательстве адвокат получает, как правило:

- гонорар за ведение судебного дела (Verfahrensgebühr), т.е. за то, например, что он составляет в суд определенные заявления, реагирует на судебные уведомления, возражает на письма адвоката оппонента и т.д.
- и гонорар за представление интересов доверителя на судебном заседании (Terminsgebühr), т.е. за само присутствие в суде и за все совершаемые на судебном заседании действия (подача заявления, отзыв заявления, ведение переговоров, заключение мирового соглашения и т.д.).

К слову, если судебное разбирательство закончится заключением мирового соглашения, то адвокат получает еще и гонорар за заключение мирового соглашения (Einigungsgebühr).

Пример 3:

Во внесудебном порядке адвокат взыскивает для своего доверителя 5.000,00 евро. Если после адвокатской претензии реакции со стороны должника не последовало, адвокат подает в суд исковое заявление. Расходы, которые возникают в данном случае:

Гонорар за ведение дела (Geschäftsgebühr)	393,90 евро
Паушальная пошлина за почтовые и телекоммуникационные расходы (Auslagenpauschale)	20,00 евро
19% НДС	78,64 евро
Гонорар за ведение судебного дела (Verfahrensgebühr)	393,90 евро
Гонорар за представление в суде (Terminsgebühr)	363,60 евро
Вычет с учетом внесудебного разбирательства	-196,95 евро
Паушальная пошлина за почтовые и телекоммуникационные расходы	20,00 евро
19% НДС	110,30 евро
Судебная пошлина (Gerichtskosten)	438,00 евро
Общая сумма расходов доверителя	1.621,39 евро

2. Соглашение о гонораре

Как уже было сказано выше, в Германии не только разрешена, но и очень широко распространена практика заключения с доверителем соглашения о гонораре. Как правило, размер гонорара будет превышать предусмотренный законом гонорар. Важно при этом знать, что адвокатам запрещено заключать соглашения о гонораре размером меньше, чем предусмотренный законом гонорар. Причины на это две: защита самого адвоката от неконкурентноспособных расценок, способных привести его к банкротству, и защита рынка адвокатских услуг от «дешевых» адвокатов, предлагающих «дешевые» (во всех смыслах этого слова) услуги.

3. «Гонорар успеха»

Заключение соглашения о «гонораре успеха» (Erfolgshonorar), как правило, запрещено, согласно § 49b абз. 2 предл. 1 Федерального закона об адвокатуре.⁵⁴ Единственное исключение из этого правила урегулировано в § 4a Закона о гонорарах адвокатов,⁵⁵ в котором сказано, что соглашение о «гонораре успеха» разрешено заключать только на ведение конкретного дела и только в том случае, если доверитель в силу своего финансового положения вынужден был бы отказаться от ведения судебного разбирательства. На случай судебного разбирательства допускается договоренность адвоката и доверителя о том, что в случае проигрыша адвокату либо выплачивается вознаграждение меньше, чем предусмотрено законом, либо не выплачивается вообще. Однако, на случай выигрыша такое соглашение в обязательном порядке должно предусматривать соразмерную «надбавку» к установленному законом гонорару.

4. Государственная материальная помощь

Кто в силу финансового положения не в состоянии оплатить услуги своего адвоката, тот имеет право на получение материальной помощи от государства. Перед тем, как пойти к адвокату на консультацию, необходимо обратиться в участковый суд (Amtsgericht) по месту своего проживания с просьбой выдать документ, подтверждающий право на получение адвокатской помощи (Beratungshilfeschein). С этим документом доверитель может обратиться за помощью к адвокату по своему выбору. Оплачивать труд адвоката будет в таком случае государство.

Если дело дойдет до суда, то малоимущим гражданам государство предоставляет материальную помощь на ведение судебного разбирательства (Prozesskostenhilfe). Предоставление материальной помощи зависит от того, насколько выигрышным обещает быть судебный процесс (необходима грамотная аргументация адвоката), и каково финансовое положение истца/ответчика (его доходы/расходы) на момент подачи заявления на получение материальной помощи. Важно знать, что если в течение 10 лет после предоставления нуждающемуся лицу государственной материальной помощи его финансовое положение изменится (имеется в виду, улучшится), то

⁵⁴ https://www.gesetze-im-internet.de/brao/_49b.html.

⁵⁵ https://www.gesetze-im-internet.de/rvg/_4a.html.

государство может потребовать назад выплаченную на судебное разбирательство сумму.

V. Профессиональная ответственность адвоката

Согласно § 51 Федерального закона об адвокатуре,⁵⁶ адвокат должен осуществлять страхование риска своей профессиональной имущественной ответственности (Berufshaftpflichtversicherung). Минимальный размер страховой суммы при страховании профессиональной ответственности адвокатов составляет 250 000 евро. Наличие страховки является обязательным условием допуска к осуществлению профессиональной деятельности, согласно § 14 абз. 2 № 9 Федерального закона об адвокатуре.⁵⁷ Примечательно, что страховка должна быть у любого юриста, допущенного к адвокатской деятельности, но не обязательно работающего адвокатом.

VI. Адвокаты-специалисты

Внутренняя дифференциация между генералистами и специалистами является, наряду с непрерывным ростом числа адвокатов и изменениями в гендерном соотношении, еще одной значимой линией развития адвокатуры в Германии. В условиях высокой конкуренции на рынке адвокатских услуг все большее количество адвокатов старается получить узкую специализацию и право называться адвокатом-специалистом (Fachanwalt) в определенной области права.

В настоящее время в Германии можно стать адвокатом-специалистом в следующих областях права:

область права	дата введения	количество специалистов в процентах
1. Административное право (Verwaltungsrecht)	1986 г.	3%
2. Налоговое право (Steuerrecht)	1937 г.	9,7%
3. Трудовое право (Arbeitsrecht)	1986 г.	19,7%
4. Социальное право (Sozialrecht)	1986 г.	3,4%
5. Семейное право (Familienrecht)	1997 г.	18,4%
6. Уголовное право (Strafrecht)	1997 г.	6,3%
7. Конкурсное право (Insolvenzrecht)	1999 г.	3,1%
8. Страховое право (Versicherungsrecht)	2003 г.	2,5%

⁵⁶ https://www.gesetze-im-internet.de/bravo/_51.html.

⁵⁷ https://www.gesetze-im-internet.de/bravo/_14.html.

9. Медицинское право (Medizinrecht)	2004 г.	3,0%
10. Арендное и жилищное право (Miet- und Wohnungseigentumsrecht)	2004 г.	6,5%
11. Дорожное право (Verkehrsrecht)	2004 г.	7,1%
12. Строительное и архитектурное право (Bau- und Architektenrecht)	2004 г.	5,3%
13. Наследственное право (Erbrecht)	2004 г.	3,2%
14. Транспортное право (Transportrecht)	2004 г.	< 1,0%
15. Охрана промышленной собственности (Gewerblicher Rechtsschutz)	2005 г.	< 1,0%
16. Торговое и корпоративное право (Handels- und Gesellschaftsrecht)	2005 г.	2,9%
17. Авторское право/медиаправо (Urheber- und Medienrecht)	2006 г.	< 1,0%
18. Право информационных технологий (Informationstechnologienrecht)	2006 г.	< 1,0%
19. Банковское право и право рынка капиталов (Bank- und Kapitalmarktrecht)	2007 г.	< 1,0%
20. Аграрное право (Agrarrecht)	2008 г.	< 1,0%
21. Международное экономическое право (Internationales Wirtschaftsrecht)	2014 г.	< 1,0%
22. Право о государственных закупках (Vergaberecht)	2015 г.	< 1,0%
23. Миграционное право (Migrationsrecht)	2016 г.	нет данных

Условия получения права называться адвокатом-специалистом перечислены в Положении об адвокатах-специалистах (Fachanwaltsordnung = FAO).⁵⁸ Адвокат, желающий получить звание специалиста, должен быть допущен к осуществлению профессиональной деятельности и работать в профессии не менее 3 лет в течение последних 6 лет на момент подачи заявления. Кроме того, адвокат должен иметь соответствующие практические навыки и подтвердить наличие определенных теоретических знаний, прослушав курс лекций (120 часов) и успешно сдав 3 письменные экзаменационные работы.

⁵⁸ http://www.brak.de/w/files/02_fuer_anwaelte/berufsrecht/fao_stand_01.03.2016.pdf.

Например, для получения звания адвокат-специалист в области миграционного права (Fachanwalt für Migrationsrecht) необходимо иметь углубленные знания по следующим вопросам:

- получение гражданства,
- право проживания,
- Европейское право,
- право на убежище,
- миграционные аспекты социального права,
- миграционные аспекты уголовного права,
- правовые особенности эмиграции,
- процессуальные особенности.

После получения звания «специалист» адвокат обязан ежегодно посещать курсы повышения квалификации (15 часов), чтобы не утратить право называться таковым.

В настоящее время в Германии насчитывается 53 629 адвокатов-специалистов, из них 10 265 адвокатов получили звание специалиста в области трудового права (самая распространенная специализация), 9 685 адвокатов - в области семейного права и 4 910 адвокатов - в области налогового права.⁵⁹

VII. Адвокатские образования

До 90-х годов XX века немецкие адвокаты имели возможность работать или индивидуально, или в региональных товариществах, и только принятое Федеральным верховным судом в 1989 г.⁶⁰ решение позволило им создавать межрегиональные товарищества. Именно после этого решения в Германии появились первые крупные межрегиональные адвокатские бюро, прежде всего, в Гамбурге, Дюссельдорфе, Франкфурте-на-Майне, Кельне и Мюнхене.⁶¹

Формами современных адвокатских образований в Германии являются:

- индивидуальная адвокатская контора (Einzelanwalt);⁶²
- офисное сообщество (Bürogemeinschaft);
- простое товарищество (Sozietät als Gesellschaft bürgerlichen Rechts = GbR);
- партнерское товарищество (Partnerschaftsgesellschaft = PartG);
- партнерское товарищество с ограниченной профессиональной ответственностью (Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung = PartG mbB);

⁵⁹ BRAK Mitteilungen, 47. Jahrgang, Oktober 2016, 5/2016, S. 233.

⁶⁰ BGH, Beschluss v. 18.09.1989, Az.: AnwZ (B) 30/89.

⁶¹ Готтхард, Йенс Эрик, презентация на тему «Законодательство об адвокатских образованиях в Германии» в рамках Германно-российского форума.

⁶² Дословно: «адвокат-одиночка».

- адвокатское общество с ограниченной ответственностью (Anwalts-Gesellschaft mit beschränkter Haftung = Anwalts-GmbH);
- адвокатское акционерное общество (Anwalts-Aktiengesellschaft = Anwalts-AG);
- Limited Liability Partnership (LLP) по британскому/американскому праву.

По состоянию на 1 января 2016 г. в Германии насчитывалось 3716 партнерских товариществ с ограниченной профессиональной ответственностью, 764 адвокатских обществ с ограниченной ответственностью, 92 компании LLP и всего лишь 23 адвокатских акционерных общества.⁶³ Подавляющее большинство немецких адвокатов работают в индивидуальных конторах, офисных сообществах или простых товариществах.

1. Офисное сообщество

В офисном сообществе совместная деятельность ограничивается общим использованием офисными помещениями, материальным обеспечением и персоналом, а также совместной оплатой коммунальных расходов. Главными характеристиками этой формы адвокатского образования являются: отсутствие коллективного облика по отношению к третьим лицам, отсутствие коллективного ведения дел и отсутствие ответственности за деятельность других членов офисного сообщества.⁶⁴

2. Простое товарищество

Простое товарищество является обществом гражданского права, участниками которого, помимо адвокатов, могут быть аудиторы, налоговые консультанты, патентные поверенные, а также представители аналогичных профессий из других стран. Ведение дел осуществляется каждым адвокатом под личную ответственность, в остальном же представительство простого товарищества осуществляется всеми адвокатами совместно. Ответственность за все дела товарищества несут все адвокаты лично, независимо от того, какой из участников товарищества консультировал клиента.

3. Партнерское товарищество

Партнерское товарищество правоспособно, требует учредительного договора, вносится в специальный реестр. Участниками партнерского товарищества могут быть представители тех же профессий, что и в простом товариществе. Однако в отличие от простого товарищества, личную ответственность за профессиональные ошибки несут ведущие дело партнеры. По всем другим обязательствам партнерства все партнеры отвечают лично.

⁶³ Anwaltsblatt 8+9/2016, S. 670.

⁶⁴ Здесь и далее по формам адвокатских образований: Готтхард, Йенс Эрик, презентация на тему «Законодательство об адвокатских образованиях в Германии» в рамках Германо-российского форума.

4. Партнерское товарищество с ограниченной профессиональной ответственностью

Партнерское товарищество с ограниченной профессиональной ответственностью является разновидностью партнерских товариществ и считается немецким аналогом британской или американской LLP. В случае причинения ущерба вследствие ненадлежащего осуществления обязанностей ответственность перед доверителем предусмотрена только за счет общего имущества и при условии, что доверителю было указано на ограничение ответственности (т.е. в названии фирмы обязательно должно присутствовать словосочетание «с ограниченной профессиональной ответственностью») и при наличии договора страхования профессиональной ответственности в повышенном объеме со страховой суммой не менее 2,5 миллионов евро на каждый страховой случай.

5. Адвокатское общество с ограниченной ответственностью

Адвокатское общество с ограниченной ответственностью является правоспособным. Учреждение этой формы адвокатского образования требует нотариального удостоверения и регистрируется в торговом реестре. Одним из условий учреждения такого общества является допуск со стороны соответствующей адвокатской палаты. Особенностью адвокатского общества с ограниченной ответственностью является ограничение возможности междисциплинарного сотрудничества. Большая часть долей и прав голоса должна принадлежать адвокатам, так же, как и руководство обществом должно осуществляться преимущественно адвокатами. Ответственность перед доверителями предусмотрена только за счет общего имущества, т.е. личная ответственность участников исключена.

6. Адвокатское акционерное общество

Адвокатское акционерное общество не урегулировано законодательно. Допустимость этой формы адвокатского образования объясняется судебной практикой. В адвокатском акционерном обществе в обязательном порядке должен быть создан наблюдательный совет, в остальном применимы характеристики адвокатского общества с ограниченной ответственностью, в том числе, запрет на привлечение третьих лиц, не являющихся представителями профессии.

7. Компании LLP

LLP в Германии не регулируется специальными законодательными актами. К ней применимы нормы о товариществах, при этом междисциплинарное сотрудничество допускается без каких-либо ограничений. LLP учреждается согласно британскому или американскому законодательству. Участники LLP не несут личной ответственности по обязательствам общества.

VIII. Использование интернета в адвокатской деятельности

Современные средства коммуникации играют все более важную роль практически во всех сферах жизни, и адвокатская деятельность не исключение. Использование сети Интернет позволило адвокатам, прежде всего, расширить возможности самопрезентации и поиска новых клиентов. В обозримом будущем современные средства коммуникации займут главное место и в повседневной работе адвокатских бюро. Одним из наиболее актуальных примеров является переход на электронную корреспонденцию с судами, которая в ближайшие годы станет обязательной для всех адвокатов страны.

1. Веб-сайт

а) Домен

Огромное количество решений судов первой инстанции посвящено вопросу допустимости использования названия профессии адвокат и видов адвокатской деятельности в рекламных целях. Так, например, комбинация слова «адвокат» (или словосочетания «адвокатское бюро») с указанием его местонахождения в домене долгое время признавалась судами⁶⁵ неправомерной, согласно § 43b Федерального закона об адвокатуре, § 6 Профессионального положения об адвокатах, §§ 3, 5 Закона против недобросовестной конкуренции, так как вызывала у потенциального доверителя (неверное) представление об «уникальности» того или иного адвоката. Речь шла, к примеру, о таких доменах как: www.anwalt-hannover.de («адвокат-ганновер»), www.rechtsanwaelte-dachau.de («адвокаты-дахау»), Bodenseekanzlei («Адвокатское бюро на Боденском озере») и др.

Однако, после того, как Федеральный верховный суд Германии признал допустимым домен с использованием названия профессии «налоговый консультант» и региона, в котором налоговый консультант осуществляет профессиональную деятельность,⁶⁶ некоторые суды⁶⁷ более низких инстанций стали применять аргументацию Федерального верховного суда («современный потребитель в состоянии понять, что владелец домена «налоговый консультант – южная нижняя саксония», не является единственным налоговым консультантом, практикующим в этом регионе») и в обосновании решений касательно доменов, используемых адвокатами.

Стоит отметить, что использование названия профессии «адвокат» было признано Федеральным верховным судом не нарушающим правил конкуренции уже достаточно давно.⁶⁸ Если, помимо слова «адвокат», в домене используются дополнения уточняющего характера (например, указание на наличие права называться «адвокатом-специалистом» в той или иной области права или перечисление главных практик), то

⁶⁵ OLG Celle, NJW 2001, 2100; OLG München, NJW 2002, 2113; OLG Stuttgart, NJW 2006, 2273; aA OLG Hamm, MMR 2009, 50; LG Duisburg, NJW 2002, 2114.

⁶⁶ BGH, MMR 2010, 820 = DStR 2010, 2326 mit Anm. Mutschler: www.steuerberater-suedniedersachsen.de («налоговый консультант – южная нижняя саксония»).

⁶⁷ OLG Celle, MMR 2012, 107: www.kanzlei-niedersachsen.de («адвокатское бюро – нижняя саксония»).

⁶⁸ BGH, NJW 2003, 504: www.rechtsanwaelte-notar.de («адвокаты – нотариус»).

такая информация, естественно, должна соответствовать действительности. Недопустимым суды сочли, например, употребление таких слов в домене, как: „Prädikatsanwalt“⁶⁹ («адвокат, сдавший государственный экзамен на высокую оценку»), „Fachanwalt für Markenrecht“⁷⁰ («адвокат-специалист по праву товарных знаков»), так как таких специальностей попросту не существует.

в) Выходные данные (Impressum)

Адвокаты, имеющие веб-сайт, должны соблюдать информационные обязанности, согласно § 55 Государственного соглашения о вещании⁷¹ и § 5 Закона о средствах аудио-визуальной информации.⁷²

Информационные обязанности должны быть соблюдены не только на сайте адвоката, но и на других веб-порталах и в социальных сетях, одним словом, везде, где адвокат предлагает свои услуги.⁷³

Обязательными к размещению, согласно § 5 Закона о средствах аудио-визуальной информации, являются следующие данные:

- имя, фамилия и адрес, по которому находится адвокатское бюро; для юридических лиц дополнительно – организационно-правовая форма, представители, сумма уставного капитала;
- контактные данные, включая адрес электронной почты;
- информация об адвокатской (региональной) палате, членом которой адвокат является, с указанием контактных данных этой палаты;
- ссылка на торговый реестр, реестр союзов, реестр партнерств, в который занесено сообщество адвокатов, с указанием реестрового номера;
- идентификационный налоговый номер.

Обязательные данные должны быть легко узнаваемы, быстро находимы и постоянно доступны. При этом, конечно же, не имеется в виду, что они должны быть размещены на стартовой (домашней) странице, вполне достаточно указать ссылку,⁷⁴ пройдя по которой пользователь быстро получит необходимую информацию.⁷⁵

⁶⁹ AG Regensburg, MMR 2009, 723.

⁷⁰ LG Frankfurt a.M., MMR 2010, 336; vgl. auch LG Frankfurt a.M., MMR 2012, 380.

⁷¹ <http://www.juris.de/jportal/portal/page/bshaprod.psml?doc.id=jlr-RdFunkStVtrHAV3P55&st=lr&showdoccase=1¶mfromHL=true>.

⁷² https://www.gesetze-im-internet.de/tmg/_5.html.

⁷³ LG Stuttgart, DStRE 2014, 1530.

⁷⁴ Из названия ссылки должно быть понятно, что по ней можно перейти к выходным данным (например, «контакт», нем.: „Kontakt“ или «выходные данные», нем. „Impressum“.

⁷⁵ LG Stuttgart, DStRE 2014, 1530 (1532).

с) Реклама

Реклама адвокатам в Германии не запрещена, но есть определенные рамки, выходить за которые не рекомендуется. Ввиду отсутствия четкой нормативной регламентации приведем несколько наглядных примеров:

Так, например, многообещающая фраза «Развод онлайн – экономит время, нервы и деньги» на сайте адвоката не считается вводящей в заблуждение и, как следствие, не является запрещенной рекламой, если в следующем предложении потенциальному доверителю подробно объяснено, что понимается под «экономией».⁷⁶ Дело в том, что развод в Германии возможен только через суд, только с участием адвоката (хотя бы с одной стороны) и только при личном присутствии обоих супругов на суде,⁷⁷ т.е. развестись «онлайн», конечно, нельзя и адвокат, рекламирующий свои услуги вышеназванным способом, всего лишь предлагал клиентам заполнить размещенный на его сайте формуляр со всеми необходимыми для составления заявления о разводе данными, прикрепить к нему копии необходимых для подачи в суд документов и, таким образом, сэкономить время (на посещение офиса адвоката) и деньги (за первичную консультацию, на которой адвокат в процессе беседы с доверителем получает необходимую информацию для составления заявления о разводе и изучает предоставленные ему документы).

Также адвокатам не запрещается размещать объявления о предоставлении бесплатной первичной консультации (*kostenlose Erstberatung*) или бесплатной первичной оценки (*kostenlose Ersteinschätzung*), так как гонорар за внесудебную консультацию (больше) не нормируется Законом о гонорарах адвокатов.⁷⁸ А вот размещение на адвокатском сайте информации о том, что правовое разбирательство «вплоть до 1 инстанции» обойдется без расходов на (своего) адвоката,⁷⁹ однозначно вводит в заблуждение и недопустимо.

В одном из своих недавних решений⁸⁰ Федеральный верховный суд счел недопустимой рекламу на адвокатской мантии (*Anwaltsrobe*), при этом речь шла не о каком-то рекламном слогане: суд запретил ношение мантии с вышитыми на ней именем и фамилией адвоката и адресом его сайта. § 20 Профессионального положения адвокатов предписывает обязательное ношение адвокатской мантии в суде⁸¹ и не предусматривает нанесение на мантию какой-либо информации рекламного характера. Адвокатская мантия должна подчеркивать особый статус адвоката как органа правосудия, а не «носителя» рекламы.

⁷⁶ OLG Hamm, NJW 2013, 2038, bespr. v. Heinemann, FamFR 2013, 263.

⁷⁷ См. Мария Дерра «Бракоразводный процесс в Германии», «Сборник о праве Германии», выпуск № 1 (2015), стр. 402.

⁷⁸ LG Essen, MMR 2014, 184 (185).

⁷⁹ OLG Hamm, MMR 2012, 602 (603).

⁸⁰ BGH, Urt. v. 7.11.2016 – AnwZ (Brfg) 47/15, Anwaltsblatt 1/2017, S. 88.

⁸¹ <https://dejure.org/gesetze/BORA/20.html>.

d) Гостевая книга

Решение Высшего земельного суда г. Нюрнберга семнадцатилетней давности о том, что размещение гостевой книги (Gästebuch) на сайте адвоката является недопустимой (само)рекламой, согласно § 43b Федерального закона об адвокатуре, если третьи лица оставляют в ней записи, касающиеся профессиональных качеств адвоката, конечно, уже устарело.⁸² И тем не менее, адвокату следует быть очень осторожным с размещением отзывов доверителей в своей гостевой книге, так как он может быть привлечен за ту или иную запись к ответственности, как если бы эта запись была сделана им самим. Важно отметить, однако, тот интересный факт, что размещать у себя на сайте мнение третьего лица о работе конкурирующего адвоката/адвокатского бюро не запрещается (даже если заметка представляет владельца гостевой книги в более выгодном свете по сравнению с адвокатом-конкурентом), если речь идет о допустимом «выражении мнения» (Meinungsäußerung), без оскорблений, клеветы и проч.⁸³

e) Ссылки

На адвокатском сайте, как правило, находится достаточно большое количество различных ссылок на другие веб-сайты, например, на сайт Федеральной палаты адвокатов, сайт Германского союза адвокатов, сайты судов и прочих государственных учреждений, сайты профессиональных сообществ и ассоциаций, членом которых является адвокат. Нередко адвокаты размещают у себя на странице также ссылки на тексты законов (например, ссылка на страницу www.gesetze-im-internet.de) или судебные директивы (например, т.н. «Дюссельдорфская таблица» для расчета алиментов). Размещение всех этих ссылок на сайте адвоката разрешено без каких-либо ограничений. Правда, не до конца проясненным остается пока вопрос о форме перелинковки, особенно что касается т.н. „Framing“ или „Inlinking“, когда контент чужого сайта открывается непосредственно на сайте адвоката.⁸⁴ Во избежание неприятностей рекомендуется (пока) использовать т.н. „Deep-Link“, т.е. помещение на сайте гиперссылки, которая указывает на страницу, находящуюся на другом веб-сайте.

2. Социальные сети

Адвокаты, пользующиеся социальными сетями (например, Facebook, Google+, YouTube, Twitter, XING, Instagram и т.д.), должны соблюдать те же самые требования к размещению информации на своей страничке, которые предусматриваются законом для размещения информации на веб-сайте.⁸⁵ Прежде всего, важно, чтобы на страничке были размещены обязательные данные, согласно § 5 Закона о средствах аудио-визуальной информации, ознакомиться с которыми потенциальный доверитель может или на самой страничке адвоката в социальной сети или на веб-сайте адвоката, пройдя по соответствующей ссылке, расположенной на страничке адвоката.

⁸² OLG Nürnberg, NJW 1999, 2126 = MMR 1999, 489 mit Anm. Rein.

⁸³ OLG Hamm, MMR 2012, 750 (751f.).

⁸⁴ OLG Düsseldorf, MMR 2012, 118; KG, MMR 2013, 52 (53); OLG Celle, MMR 2013, 123.

⁸⁵ Haug in: NJW 2015, 661; Pießkalla, ZUM 2014, 368.

Немецкие суды неоднократно рассматривали вопросы, связанные с размещением (или неразмещением) выходных данных на страничке адвоката на платформе XING. В то время как, например, земельный суд г. Дортмунда не посчитал отсутствие выходных данных в профиле адвоката правонарушением,⁸⁶ первый земельный суд г. Мюнхена пришел к выводу, что неразмещение выходных данных является нарушением правил конкуренции, но не счел это нарушение существенным, по той причине, что «доверители вряд ли ищут адвоката через платформу XING».⁸⁷

3. Заключение договора через интернет

Долгое время оставался спорным вопрос, подпадает ли договор с адвокатом под определение т.н. договора, заключенного дистанционным способом (Fernabsatzvertrag), согласно § 312c абз. 1 Гражданского Уложения Германии (далее: ГГУ), влекущим за собой особые информационные обязанности (§ 312d абз. 2 ГГУ) и предоставляющим особое право отзыва (Widerrufsrecht, § 312g абз. 1, § 355 ГГУ).⁸⁸ Если договор с адвокатом заключается исключительно при помощи средств опосредованной коммуникации (например, по электронной почте), то не согласиться с тем, что договор заключается дистанционным способом, будет сложно: «адвокатская горячая линия» (Anwalts-Hotline) или «виртуальное адвокатское бюро» (virtuelle Kanzlei) представляют из себя не что иное, как оказание услуг в такой форме, которая требует дополнительных инструментов защиты потребителей, а именно: незнание потребителем (доверителем) покупаемого продукта (услуги) и продавца (адвоката).⁸⁹ Правда, стоит оговориться, что в подавляющем большинстве случаев договор с адвокатом заключается все-таки «классическим» способом – на личной встрече в офисе адвоката.⁹⁰

4. Электронная коммуникация

а) Коммуникация с клиентами

Адвокат, получивший по электронной почте или через контактный формуляр на своем веб-сайте запрос от потенциального доверителя и не желающий или не имеющий возможности взяться за ведение дела, должен незамедлительно сообщить об этом обратившемуся к нему за помощью лицу, § 44 предл. 1 Федерального закона об адвокатуре.⁹¹ В противном случае он может быть обязан возместить потенциальному доверителю возникший ущерб, § 44 предл. 2 Федерального закона об адвокатуре.⁹²

⁸⁶ LG Dortmund, MMR 2014, 678.

⁸⁷ LG München I, MMR 2014, 677 (678).

⁸⁸ Vollkommer/Greger/Heinemann, Anwaltshaftungsbuch, 4. Aufl. 2014, § 3 Rn. 10f.

⁸⁹ Axmann/Degen, NJW 2006, 1457 (1461).

⁹⁰ Henke in: Anwaltsblatt 2002, 106 (107).

⁹¹ https://www.gesetze-im-internet.de/brao/_44.html.

⁹² Vollkommer/Greger/Heinemann, Anwaltshaftungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 3 Rn. 15.

Стоит отметить, что адвокат, имеющий свой веб-сайт, обязан, согласно § 5 абз. 1 № 2 Закона о средствах аудио-визуальной информации, иметь свой электронный ящик. С приходящими по электронной почте сообщениями адвокат должен незамедлительно ознакомиться (в день получения сообщения).⁹³ Это правило действует и в тех случаях, когда электронные сообщения попадают сначала в папку «Спам», которую, как считает земельный суд г. Бонн, адвокат обязан проверять ежедневно.⁹⁴

в) Коммуникация с судами

С 01.01.2022 года все адвокаты Германии будут обязаны вести корреспонденцию с судами только в электронном виде (§ 130d предл. 1 Гражданского процессуального кодекса Германии, новая версия), подача документов в бумажном виде будет разрешена в виде исключения, если, к примеру, электронная передача временно невозможна ввиду технических неполадок (§ 130d предл. 2 Гражданского процессуального кодекса Германии, новая версия), при этом факт «невозможности» должен быть доказан, а поданный в бумажном виде документ после устранения технических неполадок незамедлительно продублирован в электронном виде (§ 130d предл. 3 Гражданского процессуального кодекса Германии, новая версия). Ожидаемые нововведения коснутся процессуального порядка рассмотрения дел во всех судах страны⁹⁵ (§ 14b FamFG; §§ 46c, 46g ArbGG; §§ 65a, 65d SGG; §§ 55a, 55d VwGO; §§ 52a, 52d FGO).

IX. Обороты адвокатских бюро

В рамках проводимого в 2013 г. институтом «Soldan»⁹⁶ исследования на тему «Адвокатская деятельность в настоящее время»⁹⁷ адвокаты поделились информацией об оборотах своих бюро. По данным исследования, средний годовой оборот немецкого адвокатского бюро составляет 195 716 евро.⁹⁸ При чем самый большой оборот был отмечен у адвокатов межрегиональных контор: более половины из них заявили, что их личный годовой оборот составил свыше 300 000 евро, в то время как только 24% адвокатов региональных адвокатских бюро и 5% адвокатов-«одиночек» смогли приблизиться к этим цифрам.

Стабильный рост оборота наблюдается у адвокатов, занимающихся судебными делами: 74% имеют годовой оборот в размере свыше 150 000 евро. Положительно сказывается на росте оборота и работа в области трансграничных правоотношений. Среди адвокатов, которые постоянно или часто работают с иностранными клиентами,

⁹³ OLG Nürnberg, NJW-RR 2002, 1721; LG Bonn, MMR 2014, 709 (711) mit Anm. Tiedemann.

⁹⁴ LG Bonn, MMR 2014, 709 (711) mit Anm. Tiedemann.

⁹⁵ В Германии существует 5 подсудностей. Подробнее см. Дмитрий Маренков, «Судебная система Германии. Краткий обзор», «Сборник статей о праве Германии», выпуск № 1 (2015), стр. 351.

⁹⁶ <http://www.soldaninstitut.de/index.php?id=start>.

⁹⁷ Kilian, *Anwaltstätigkeit der Gegenwart: Rechtsanwälte, Kanzleien, Mandanten und Mandate*, ISBN 978-3-8240-5431-2, Bonn 2016. В опросе принимали участие 1 593 адвоката.

⁹⁸ Здесь и далее: Kilian, „Umsätze der deutschen Rechtsanwaltschaft nach Marktsegmenten“ in: *Anwaltsblatt* 3/2017, S. 283.

применяют иностранное право или сотрудничают с адвокатами из других государств, около 40% заявили, что их личный годовой оборот составляет 300 000 евро и больше.

Размер годового оборота напрямую зависит и от области права, в которой специализируется адвокат.⁹⁹ Так, например, годовой оборот специалистов в области социального права составляет, как правило, меньше 150 000 евро. Адвокаты, занимающиеся уголовным правом (70%), семейным правом (63%), административным правом (61%) или арендным правом (60%) имеют годовой оборот ниже среднего. Самый высокий годовой оборот имеют адвокаты, занимающиеся хозяйственно-административным правом (83%), корпоративным правом (79%), строительным и архитектурным правом (74%), конкурсным правом (74%) и банковским правом (68%).

Средний оборот индивидуальной адвокатской конторы в Германии составляет 135 387 евро. Адвокатские бюро, в которых заняты 2-3 адвоката, имеют в год 349 490 евро. Годовой оборот адвокатских бюро со штатом больше 5 адвокатов составляет в среднем 1 167 790 евро (4-5 адвокатов), 1 401 047 евро (6-10 адвокатов), 2 478 462 евро (11-20 адвокатов).

Годовой оборот более половины индивидуальных адвокатских контор в Германии составляет менее 100 000 евро, правда, стоит отметить, что 49% респондентов работают меньше 40 часов в неделю. 18% адвокатов-«одиночек» смогли достичь годового оборота в 200 000 евро и больше, к отметке 500 000 евро смогли приблизиться лишь единицы. Если учитывать только адвокатов, имеющих 40-часовую рабочую неделю, то цифры будут следующими: 39% - менее 100 000 евро, 39% - от 100 000 до 200 000 евро, 18% - от 200 000 до 500 000 евро, 3% - от 500 000 евро до 1 000 000 евро, 1% - свыше 1 000 000 евро.

область права	< 150 000 евро	> 150 000 евро
социальное право	81%	19%
уголовное право	70%	30%
семейное право	63%	37%
административное право	61%	39%
арендное и жилищное право	60%	40%
гражданское право	58%	42%
дорожное право	58%	42%
трудовое право	48%	52%
наследственное право	46%	54%
Право интеллектуальной собственности	46%	54%
медицинское право	43%	57%
налоговое право	40%	60%
страховое право	39%	61%
торговое и экономическое право	37%	63%
банковское право и право рынков капиталов	32%	68%
конкурсное право	26%	74%
строительное и архитектурное право	26%	74%
корпоративное право	21%	79%
хозяйственно-административное право	17%	83%

⁹⁹ См. таблицу в конце статьи.

Об авторе:



Мария Дерра

Окончив 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. С 2010 по 2012 год проходила референдариат при Высшем Земельном Суде г. Нюрнберга. Во время учебы и референдариата проходила практику 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 сначала в германо-итальянском адвокатском бюро, а затем в германо-китайской коллегии адвокатов и налоговых консультантов в г. Мюнхене. С 2013 по 2014 год работала в российском отделе международного адвокатского бюро в г. Берлине, после чего вернулась в г. Мюнхен и осенью 2015 года открыла адвокатское бюро «DERRA», основными направлениями работы которого являются консультирование и представительство в суде русско- и италоговорящих клиентов в области миграционного, медицинского и корпоративного права. Является членом германо-российской, германо-итальянской, германо-китайской ассоциаций юристов и Германского союза адвокатов.

Контактные данные:

www.derra-legal.eu

E-Mail: m.derra@derra-legal.eu

Тел.: +49 (0) 89/54 32 97 50

Факс: +49 (0) 89/54 32 97 10

Получение юридического образования в Германии в рамках двухступенчатого обучения (бакалавр / магистр)

Ausbildung zum Wirtschaftsjuristen in Deutschland

Виктория Грошева (Viktoria Groschewa)

Dieser Beitrag soll den Abschnitt „Juristische Ausbildung“ um die Darstellung der Ausbildung zum Wirtschaftsjuristen ergänzen. Der Studiengang zum Wirtschaftsjuristen wurde infolge des Bologna-Vertrages eingeführt, der u.a. dazu dienen soll, international vergleichbare Studiengänge zu schaffen. Das Studium baut auf einem zweistufigen System auf und besteht je nach Universität oder Fachhochschule mindestens zur Hälfte aus juristischen Fächern und mindestens zu 25% aus betriebswirtschaftlichen Themen. Die Wirtschaftsjuristen werden in der Wirtschaft an den Schnittstellen zum Recht eingesetzt. Der Artikel soll den Unterschied zur klassischen juristischen Ausbildung in Deutschland aufzeigen und den Aufbau des Studiums ausführlich beschreiben.

I. Введение

В 1999 году в итальянском городе Болонье министрами образования и науки из 30¹ стран, в том числе и Германией, была подписана Болонская декларация с целью сближения и гармонизации систем высшего образования стран Европы, а также создания единого европейского пространства высшего образования. Так как Болонский процесс открыт для присоединения других стран, позже к нему присоединились и другие государства. На сегодняшний день процесс включает в себя 47 стран-участниц.² Россия присоединилась к Болонскому процессу в сентябре 2003 года, Украина в 2005 году, Казахстан в 2010 году, а Белоруссия в мае 2015 года.

Болонский процесс преследует 3 основные цели - содействие мобильности, международной конкурентоспособности и способности к трудоустройству. Для этого требуется, чтобы получаемые в разных странах научные степени были легко сравнимы. Вследствие чего Болонский процесс предполагает двухступенчатую систему образования в высших учебных заведениях (бакалавриат и магистратура). С этим напрямую связано введение в ВУЗах т.н. Европейской системы перевода и накопления

¹ Лихтенштейн был позже вписан в список стран, считающимися первыми подписавшими Болонскую декларацию.

² Доклад правительства Германии об имплементации Болонского процесса в 2012-2015 гг. в Германии / Bericht der Bundesregierung über die Umsetzung des Bologna-Prozesses 2012-2015 in Deutschland, см. <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/043/1804385.pdf>.

кредитов (*European Credit Transfer System - ECTS*), которая отображает работу студентов при освоении образовательной программы или курса, то есть попросту переводит оценочные баллы в систему набирания очков. Такая практика позволяет ВУзам засчитывать работу студентов (например, в виде сданных экзаменов), проведенную ими в ВУЗе в другой стране-участнице.

Гармонизация и вместе с ней более беспрепятственное признание дипломов, выданных ВУзами стран-участниц, требует не только одной системы высшего образования, но и единства его качества. Поэтому одной из подцелей Болонского процесса является содействие совместной работе стран-участниц в целях повышения качества обучения.

В связи с этим в 1998 году в Германии был введен институт аккредитации, призванный обеспечить качество двухступенчатого обучения в ВУЗах. Он основан на принципе проведения экспертизы образовательной программы той или иной специальности. Правила аккредитации были кодифицированы в 2005 году в Законе о Создании учреждения по аккредитации курсов обучения для разных специализаций.³

Таким образом, система аккредитации в Германии включает в себя центральное учреждение - Совет по аккредитации (*Akkreditierungsrat*)⁴ - и независимые негосударственные агентства, которые, собственно, и проводят аккредитацию программ обучения ВУЗов. Совет лишь уполномочивает отдельные агентства на аккредитацию. Он устанавливает минимальные требования для проведения аккредитации образовательных программ, обеспечивает соблюдение правил честной конкуренции между агентствами, а также осуществляет контроль за их работой.

Вследствие аккредитации программ образования для получения научной степени «Бакалавр» и «Магистр» возникло множество разных специализаций, к которым также относится «Юрист в сфере экономики» (*Wirtschaftsjurist*). Главным отличием этого образования от классического юридического обучения является отсутствие у дипломированных юристов в сфере экономики пригодности к судейской деятельности (*Befähigung zum Richteramt*) в понимании Закона о судьях⁵, а, значит, юристы с дипломом бакалавра или магистра не могут работать нотариусами, прокурорами, судьями и осуществлять адвокатскую деятельность.

Как и говорит за себя название специализации, юристы-бакалавры и магистры находят свое применение в экономической сфере. Они могут заниматься юридической деятельностью в юридических отделах кредитных организаций, промышленных предприятий, коммерческих предприятий, в юридических компаниях, в отделе кадров, в консалтинговых налоговых фирмах, в аудиторских и страховых компаниях и в других сферах экономики. В отличие от адвокатов (в понимании немецкого термина «*Volljurist*»), т.е. юристов, получивших классическое юридическое обучение и сдавших

³ Gesetz zur Errichtung der „Stiftung zur Akkreditierung von Studiengängen in Deutschland“, см. www.akkreditierungsrat.de/fileadmin/Seiteninhalte/AR/Beschluesse/ASG_Stiftungsgesetz.pdf.

⁴ См. www.akkreditierungsrat.de/.

⁵ Deutsches Richtergesetz, текст на немецком и английском языках: www.gesetze-im-internet.de/drjg/.

два государственных экзамена⁶, они не имеют права представлять подзащитных/клиентов в суде.

В данном обзоре будет рассматриваться только очная форма обучения.

II. Условия приема на юридический факультет для получения степени «бакалавр/магистр права»

Обучение на юриста в экономической сфере по двухступенчатой программе (бакалавр/магистр) возможно как в высших прикладных учебных заведениях (Hochschule), так и в университетах (Universität). За счет того, что высшие прикладные учебные заведения владеют бóльшим опытом в подготовке специалистов данного направления, а также практикуют более близкий к практике стиль преподавания, бытует мнение, что если будущий юрист планирует реализовывать свои знания в бизнесе, то ему стоит учиться в прикладном учебном заведении. Если же он видит себя в будущем в науке, то лучше учиться в университете. Метод преподавания там считается более теоретическим.

Условия поступления и критерии отбора ВУЗа устанавливаются самостоятельно. Вступительные экзамены отсутствуют. Отбор на бакалавра происходит по оценкам абитуриента в аттестате об окончании (12-го или 13-го класса) гимназии. Проходной балл при отборе варьируется ежегодно и в зависимости от ВУЗа.

Условием поступления в магистратуру является диплом бакалавра и его средний балл или диплом юриста, сдавшего первый или второй государственный экзамен в рамках классического юридического обучения.

III. Учебный план и специализация

Как правило, 50%-60% учебного плана составляют юридические предметы. Оставшееся время отведено для изучения экономических предметов, иностранного языка и предметов по развитию социальной компетенции, т.н. *soft skills*.

1. Бакалавр (LL.B.)

Обучение на юриста с дипломом бакалавра длится, как правило, 6-8 семестров, которые делятся на базовый и основной курс.

В зависимости от учебного заведения базовый курс может включать в себя:

- Финансовую математику и статистику (Finanzmathematik)
- Финансовую отчетность (Rechnungswesen)
- Микро- и макроэкономику (Volkswirtschaftslehre)
- Управление бизнесом (Betriebswirtschaftslehre)

⁶ см. статью Марии Дерра «Получение юридического образования в Германии» в «Сборнике статей о праве Германии», выпуск № 1 (2015), с. 433-452, www.drjv.org/index.php/literatur.html.

- Маркетинг (Marketing)
- Технику презентации и риторику (Soft skills)
- Английский язык в сфере бизнеса (Business English)
- Методику изучения материалов дела (Methodik der Fallbearbeitung)
- Публичное право (Öffentliches Recht)
- Гражданское право (Privatrecht)
- Налоговое право (Steuerrecht)
- Трудовое право (Arbeitsrecht)
- Европейское право (Europarecht)

Основной курс включает в себя углубленное изучение предметов, фундамент которых был заложен в базовом курсе, и дополнительных предметов, выбор которых также варьируется в зависимости от ВУЗа. Дополнительными предметами могут быть, например:

- Корпоративное право
- Международное налоговое право
- Контроллинг / аудит
- Этика предпринимательства
- Антимонопольное право
- Конкурсное право
- Процессуальное право
- Конкуренционное право
- Торговое право
- Экономическое уголовное право
- Право охраны окружающей среды

Во время основного курса бакалавриата студенты могут выбрать направление для специализации. В некоторых ВУЗах специализация (например, на налогообложение) заранее predetermined и тогда права выбора у студента больше нет.

2. Магистр (LL.M.)

Обучение в магистратуре длится от двух до четырех семестров и предполагает еще более углубленное изучение предметов из основного курса. Можно целенаправленно выбрать отличную от бакалавриата специализацию, закончив обучение в магистратуре другого ВУЗа.

Для юристов, получивших полное юридическое классическое обучение, а, значит, сдавших второй государственный экзамен, степень магистра тоже может быть интересной, особенно если магистратуру студент заканчивал в ВУЗе другой страны, что подчеркивает его гибкость и открытость к другим культурам. В международных юридических компаниях очень ценится приобретенная за рубежом степень магистра права (LL.M.).

На данный момент ВУЗаами предлагаются следующие специализации в рамках обучения в магистратуре:⁷

- Европейское экономическое право
- Слияния и поглощения
- Налогообложение и аудит
- Договорное право
- Корпоративное и экономическое право
- Конкурсное право и реструктуризация компаний
- Право в сфере энергетики
- Право в сфере высоких технологий
- Право в сфере средств массовой информации
- Конкурентное право
- Частное и публичное право
- Право в сфере промышленной и интеллектуальной собственности
- Право в сфере медицины
- Лицензионное право
- Экономическое уголовное право

IV. Практический опыт

Во время основного курса обучения на степень «бакалавра» предусматривается обязательная практика продолжительностью от трех до шести месяцев. Студент может пройти ее в юридической компании, в компании, занимающейся консалтингом в налоговой сфере, в аудиторской компании, в юридическом отделе кредитной организации, промышленного предприятия и в других сферах экономики на стыке с юриспруденцией. Аттестат, выданный компанией по окончанию практики, необходим для допуска к написанию дипломной работы и выпускным экзаменам.

V. Дидактика

1. Лекции (Vorlesungen)

Лекции являются основной формой преподавания и посещаются студентами, как правило, в добровольной форме. В зависимости от ВУЗа до 70% поступивших на факультет студентов не проходят базовый уровень. Таким образом, во время первых трех семестров на лекциях присутствует около 100 студентов, а начиная с третьего семестра в аудитории сидит около 30 студентов. Во время обучения в магистратуре группы студентов могут составлять и вовсе 5-10 человек. За счет этого лекции представляют собой интерактивное обсуждение тем и подробный разбор т.н. «кейсов», т.е. наглядных случаев из практики.

⁷ „Wegweiser zu deinem Studium“: <http://www.wirtschaftsrecht-studieren.com/wirtschaftsrecht-master/>

2. Рабочие группы (Tutorien)

В целях дополнительного разбора тем организовываются рабочие группы, в которых студенты объясняют друг другу пройденный материал и обмениваются усвоенными знаниями по предмету.

3. Иностранный язык

Так как общее (экономическое) направление в учебе юристов в рамках бакалавриата и магистратуры predetermined, то владение как минимум английским языком в нынешнее время глобализации необходимо. Ему отводится в зависимости от ВУЗа около 10% от всего объема предметов. При поступлении на степень бакалавра английский язык должен быть желательным уже на таком уровне, чтобы студент мог слушать лекцию на английском языке на экономические или юридические темы, принимать участие в обсуждениях, проводить презентации и сдавать письменные экзамены. В ином случае у него могут возникнуть сложности со сдачей экзаменов по английскому языку.

Студенты, знания английского языка у которых еще не соответствуют этому уровню, могут посещать дополнительные курсы.

Учеба за рубежом, как правило, не является обязательной частью обучения. Студент может добровольно принять участие в той или иной программе по обмену студентами (например, программа ERASMUS) или самостоятельно организовать учебу в другой стране и на это время «заморозить» свое обучение в Германии.

4. Экзамены (Prüfungen)

В зависимости от ВУЗа, в конце каждого семестра студент должен сдать письменно от шести до девяти экзаменов. Каждый экзамен длится от одного до полутора часов. Исключением могут быть предметы по развитию социальной компетенции, так как их часто сдают в виде проведенных студентами устных презентаций.

После написания дипломной работы (*Bachelor Thesis / Master Thesis*) студенты, в зависимости от правил ВУЗа, либо защищают свою дипломную работу перед комиссией в рамках коллоквиума (*Kolloquium*), либо во время последующего за сдачей дипломной работы (*Diplomarbeit*) семестра посещают обобщающие лекции по всем ведущим предметам, в рамках коллоквиумов делают по ним презентации и в конце семестра сдают устные выпускные экзамены по всем основным предметам (их около пяти).

Об авторе:

Виктория Грошева, LL.M.



Автор очерка работает в юридическом отделе головного офиса Коммерцбанка во Франкфурте-на-Майне в сфере инвестиционного права. Виктория Грошева является выпускницей Университета прикладных наук в г. Висбаден (бакалавр; специализация "аудит и налоговое право"), а также выпускницей Московского Государственного Юридического Университета им. О.Е. Кутафина (магистр; специализация "банковское право").

Viktoria Groschewa ist in der Rechtsabteilung der Commerzbank AG in Frankfurt am Main tätig und befasst sich mit dem Investmentrecht. Sie absolvierte die RheinMain Hochschule in Wiesbaden als Bachelor of Laws mit dem Schwerpunkt auf Wirtschaftsprüfung und Steuerlehre. Ihr Master-Abschluss mit dem Schwerpunkt auf Bankrecht erlangte sie an der Moskauer Staatlichen Juristischen O.E. Kutafin Akademie (Universität).

Электронная почта: viktoria.groschewa@commerzbank.com

Дополнительная юридическая квалификация по программе LL.M. в немецком университете

Zusatzqualifikation für Juristen im Rahmen eines LL.M.-Programms an einer deutschen Universität

Мария Боженова, LL.M. (Passau)

Maria Bozhenova, LL.M. (Passau)

Д-р Ольга Кылина, LL.M. (Passau)

Dr. Olga Kyliina, LL.M. (Passau)

Der Beitrag beschäftigt sich eingangs mit den Wesenszügen eines LL.M.-Studiums in Deutschland. Neben den Zulassungsvoraussetzungen werden die wichtigsten Bedingungen geschildert, deren Beachtung nötig ist, um ein LL.M.-Studium aufnehmen zu können. Als Beispiel wird abschließend der LL.M.-Studiengang “Deutsches Recht für ausländische Studierende” an der Universität Passau dargestellt.

I. Введение

Современные реалии рынка труда таковы, что зачастую работодатель, в особенности крупные компании, ориентированные на ведение бизнеса с участием иностранного партнера, хотят видеть у себя на рабочем месте не просто лицо, успешно освоившее тонкости национального права, но и обладающее дополнительной квалификацией в той или иной области. Конечно, наличие дополнительной квалификации к основному юридическому образованию не является необходимым условием для трудоустройства. С другой же стороны, наличие дополнительных знаний и умений значительно увеличивает преимущество соискателя на этапе поиска работы, а также открывает новые горизонты для профессионального роста. Вариантов приобретения перспективной дополнительной квалификации существует множество: это и обучение в магистратуре с приобретением дополнительной профессии (например, по экономике или по весьма востребованной сегодня информатике), и написание диссертации, и прохождение практик в серьезных компаниях, работающих с крупными проектами. Но, пожалуй, одним из актуальных вариантов повышения квалификации является изучение иностранного права в зарубежных ВУЗах. В связи с этим данная статья попытается пролить свет на возможность получения базового или специализированного юридического образования по иностранному праву на примере ВУЗов Германии.

II. Что такое LL.M.?

Под экзотическим сокращением «LL.M.» скрывается степень магистра¹ или мастера² права, полученная, как правило, за рубежом³. Такого рода образовательные программы имеют продолжительность от двух до четырех семестров, хотя наиболее распространены годовые курсы. Часть таких программ носит выраженный прикладной характер, другая часть отличается ориентированностью на научно-исследовательскую деятельность. Все они открывают возможности приобрести основные знания интересующего иностранного права и усовершенствовать владение иностранным языком, в особенности же профессиональной терминологией, которая, как известно, без специального в нее погружения остается тайной за семью печатями. LL.M.-программы пользуются сегодня большой популярностью, и спрос на эту дополнительную квалификацию мотивировал многие университеты в Германии запустить собственные курсы. При этом предлагаются как общеориентирующие программы, позволяющие получить обзорное представление о правовой системе Германии, так и узко специализированные, дающие целенаправленную подготовку для работы в определенной области права. Например, Рурский университет Бохума предлагает программу по экономическому и налоговому праву, в университете Дюссельдорфа им. Генриха Гейне можно выбирать между программой по охране промышленной собственности и программой по информационному праву, а Мюнхенский центр права интеллектуальной собственности⁴ предлагает соответственно дополнительную квалификацию в праве интеллектуальной собственности. Обзорные программы, дающие введение в немецкое право и ориентированные, в первую очередь, на юристов с иностранным образованием, можно посещать в университете Пассау, университете Бремена, в Боннском университете, университете Тюбингена или в университете Вюрцбурга.⁵ Желая пройти обучение в магистратуре в Германии стоит поэтому задуматься, какое направление обучения наиболее соответствует собственным представлениям о дальнейшей карьере.

III. Кому может быть выгодно пройти обучение по программе LL.M.?

В первую очередь, дополнительная квалификация по иностранному праву с углубленным владением правовой терминологией может быть интересна и полезна тем, кто планирует юридическую карьеру в международной юридической фирме. Поскольку такие компании преимущественно сопровождают проекты с международной составляющей, от сотрудников требуется как понимание зарубежных правовых порядков,

¹ Magister of Laws.

² Master of Laws.

³ Исключением в своем роде является магистерская программа по повышению квалификации «Немецкое и европейское экономическое частное и экономическое административное право» в МГИМО МИД России, созданная в сотрудничестве со Свободным Университетом Берлина. Подробную информацию можно найти на сайтах университетов-партнеров: <http://mgimo.ru/study/master/llm-moskau/>; <http://www.jura.fu-berlin.de/studium/masterstudiengaenge/llm-moskau/>.

⁴ Munich Intellectual Property Law Center (MIPLC).

⁵ Информативный обзор предлагаемых в настоящее время в Германии LL.M.-программ можно получить на сайте www.llm-guide.com/germany.

так и владение иностранными языками на очень высоком уровне. Зачастую специалисты, начавшие работать в подобных компаниях, довольно быстро понимают необходимость пройти дополнительное обучение за рубежом, чтобы повысить свою квалификацию до уровня задач, которые решаются их компанией-работодателем.

Нередко обучение по LL.M.-программе выбирается с целью ознакомления с условиями юридического образования в университетах Германии, чтобы в дальнейшем принять решение о поступлении в университет для получения полного юридического образования.⁶ Как правило, обучение в магистратуре дает хорошее представление о дидактическом подходе в рамках юридического образования, об экзаменационных требованиях и условиях, о перспективах в карьере. За это время лицо, решившееся получить диплом немецкого юриста, проходит, можно сказать, акклиматизационный период и начинает полное обучение уже без того стресса, который так хорошо знаком любому первокурснику. За время обучения в магистратуре нарабатывается солидная языковая база, позволяющая в дальнейшем не только в необходимые сроки осваивать новую юридическую материю, но и беспрепятственно работать с иностранной литературой и судебной практикой. Немаловажным преимуществом является также возможность зачесть результаты экзаменов в магистратуре в рамках дальнейшего обучения.

Для тех, кто планирует научную карьеру, обучение по программе LL.M. будет также полезным, так как позволяет развить языковые навыки, которые в дальнейшем пригодятся для работы с зарубежными источниками, заложить основу контактов с зарубежными коллегами, а также получить первый опыт серьезного научного исследования при подготовке магистерской работы. При этом магистерское обучение создает необходимый базис в том числе и для написания докторской диссертации в одном из университетов Германии.

IV. Подготовка

Учеба за границей – это серьезное предприятие, успешность которого во многом зависит от основательности его подготовки. Важно учесть вопросы финансирования, длительность процедур получения учебного места и зачисления, организацию поездки и иные аспекты. Подготовительные мероприятия рекомендуется начинать за год до предполагаемого начала обучения.

1. Владение языком, на котором ведется обучение

Университеты Германии предлагают магистерские программы как на немецком, так и на английском языке. Поскольку студенты сразу должны погрузиться в работу со сложной правовой материей, поступление на такие программы предполагает наличие

⁶ О системе юридического образования в Германии см. *Дерра*, Получение юридического образования в Германии, «Сборник статей о праве Германии», выпуск № 1 (2015), размещено на сайте <http://www.drjv.org/index.php/literatur.html>.

языковых знаний на высоком уровне. Как правило, требуется предоставить сертификат DSH⁷ первого или второго уровня или сертификат TestDAF⁸ уровня 4*4, либо иной сертификат уровня B2, выданный по системе Единого Европейского контрольного стандарта в области языков⁹. На случай, если уровень иностранного языка абитуриента пока недостаточен, немецкие университеты предлагают воспользоваться подготовительными языковыми курсами¹⁰. Такие курсы рассчитаны на различные языковые уровни и длятся, как правило, от одного до двух семестров. Языковая подготовка за такой промежуток времени среди носителей языка, несомненно, дает свои плоды и позволяет не только достичь необходимого для обучения в высших учебных заведениях Германии языкового уровня, но и познакомиться с культурой страны и манерой преподавания.

2. Иные условия приема на магистерскую программу

Магистерские программы являются постградуальным образованием и предполагают в связи с этим наличие законченного первого этапа университетского образования, как правило, в области юриспруденции. Сегодня это, в первую очередь, диплом бакалавра, но не исключено поступление в магистратуру и с дипломом специалиста. В университетах Германии не существует вступительных экзаменов. Распределение учебных мест осуществляется на основании оценок в дипломе о первом вузовском образовании. Некоторые университеты допускают к обучению в магистратуре только претендентов со стабильно высокими оценками (например, входящих в 10% или 25 % лучших выпускников своего года выпуска). К преимуществу иностранных поступающих многие университеты Германии выделяют квоты для иностранных студентов. При наличии квот конкурировать при поступлении нужно будет только с иными иностранцами.

3. Финансирование

Одним из наиболее важных условий обучения за границей является финансирование образовательного проекта. Несмотря на то, что учеба в государственных университетах

⁷ Немецкое обозначение «DSH» = Deutsche Sprachprüfung für den Hochschulzugang; данный языковой экзамен предусмотрен именно как допуск к получению высшего образования в Германии. Стоит отметить, что сдать данный языковой экзамен абитуриент может только в университетах Германии. Для желающих подтвердить свои языковые знания за пределами страны предусмотрены альтернативные варианты языковой проверки, проводимые в большинстве стран мира.

⁸ Немецкое обозначение «TestDaF» = Test Deutsch als Fremdsprache für ausländische Studienbewerber: этот языковой экзамен является альтернативой к DSH и наравне с ним является допуском к получению высшего образования в Германии. В качестве несомненного плюса данного экзаменационного испытания на владение немецким языком можно назвать возможность пройти это испытание в большинстве стран мира в филиалах института TestDaF. Так на территории России на сегодняшний момент открыто 33 филиала института TestDaF, подробнее информацию можно получить на официальном сайте института: <https://www.testdaf.de>.

⁹ Немецкое обозначение: Gemeinsamer Europäischer Referenzrahmen für Sprachen (GER).

¹⁰ Так, например, университет Пассау предлагает иностранным абитуриентам пройти обучение на специальных курсах «Deutschkurse für Juristen» / «Немецкий для юристов» в рамках German Courses Passau: <http://www.gcp.uni-passau.de>.

Германии, в том числе и для иностранцев, бесплатная, важно учесть размер расходов на жизнь. Основные статьи расходов – это проживание, питание и медицинская страховка, являющаяся обязательным условием для зачисления в университет Германии. В зависимости от выбранного претендентом города ежемесячные расходы могут составлять от семисот до одной тысячи евро. При этом общая сумма как минимум на один семестр должна быть подтверждена еще перед началом обучения, т.к. от наличия финансовых средств напрямую зависит выдача визы, а затем и разрешения на пребывание в Германии.

Широкие возможности финансирования постградуального обучения открывают стипендиальные программы различных российских¹¹ и немецких фондов¹², а также Германской службы академических обменов (ДААД)¹³. Чтобы воспользоваться такой возможностью, нужно заблаговременно ознакомиться с условиями подачи заявок, которые, как правило, можно найти на сайте соответствующего фонда, и со всем тщанием и всей серьезностью подойти к вопросу подготовки документов. Тщательность и максимальная серьезность здесь важны, поскольку конкурс на такие стипендии довольно высок. Позитивный опыт стипендиатов различных фондов позволил вывести такое правило: успеха, как правило, достигают те кандидаты, которые начинают заниматься подготовкой пакета документов за несколько месяцев до момента подачи. Большое значение имеет взвешенное мотивационное письмо, которому стоит уделить много внимания. Хорошим ориентиром станут также рекомендации тех лиц, которые один или несколько раз были стипендиатами.

4. Подача документов на получение учебного места и зачисление

Вслед за выбором конкретной LL.M.-программы наступает этап организации зачисления в выбранный университет. Сроки подачи заявления на зачисление, список необходимых документов и их оформление может варьироваться у каждого университета. Поэтому лицу, желающему обучаться по магистерской программе в немецком университете, стоит брать инициативу в свои руки и запрашивать данную информацию в отделе университета, ответственном за зачисление иностранцев. На данном этапе немаловажным является также тот факт, что в части университетов зачисление производится не самим ВУЗом, а централизованно через вспомогательную организацию UniAssist¹⁴, которая, в свою очередь, устанавливает свои сроки по приему заявок и отдельные требования по оформлению пакета документов. В случае, если документы должны подаваться через UniAssist, важно заранее ознакомиться с

¹¹ Здесь стоит отметить Стипендию Президента РФ для обучения за рубежом, присуждаемую по результатам открытого всероссийского конкурса. Подробнее: <http://минобрнауки.рф/news/7466/>.

¹² В России представлены, например, такие фонды и/или стипендиальные программы, как стипендия Канцлера Германии имени Александра фон Гумбольдта для молодых лидеров (Alexander-von-Humboldt-Stiftung); фонд Конрада Аденауэра (Konrad-Adenauer-Stiftung); фонд Генриха Бёлля (Heinrich-Böll-Stiftung); фонд Розы Люксембург (Rosa-Luxemburg-Stiftung); фонд Фридриха Эберта (Friedrich-Ebert-Stiftung); фонд Ганса Бёклера (Hans-Böckler-Stiftung). Детально с условиями получения стипендий можно ознакомиться на сайтах этих организаций.

¹³ www.daad.ru.

¹⁴ www.uni-assist.de.

процедурой подачи документов и учитывать сроки, действующие в этой организации. Соответственно, в зависимости от действующей в выбранном претендентом ВУЗе системы, документы нужно подавать либо напрямую в университет, либо в данную организацию. Наличие информации по данному аспекту позволяет сэкономить время и избежать дальнейших неприятных сюрпризов.

5. Поиск жилья

Поиск жилья – неизменный атрибут начала обучения в немецком ВУЗе. Зачастую университеты заботятся об иностранцах, желающих обучаться у них, и стараются оказывать поддержку в выборе жилья. Для этих целей предусмотрены специальные службы, распределяющие места в студенческих общежитиях, равно как и подыскивающие отдельные квартиры или апартаменты. Однако, нередки и такие случаи, когда поиск жилья ложится на плечи самого лица, планирующего обучение. Здесь на помощь придут интернет-сайты¹⁵, ориентированные на студентов, желающих найти недорогое, но приемлемое во всех отношениях жилье.

Говоря о выборе жилья, стоит отметить, что несомненно полезным, с точки зрения интересного общения в студенческой среде, будет размещение как в студенческом общежитии, существенно отличающемся от пугающей российской альтернативы тем, что на каждого проживающего предусмотрена, как правило, отдельная комната с личной ванной и туалетной комнатой, или в так называемом «сообществе совместного проживания» (Wohngemeinschaft), представляющем собой, как правило, многоквартирную квартиру с отдельной жилой площадью для каждого жильца, общей кухней, ванной и туалетной комнатой, а также комнатой для проведения совместного досуга.

6. Получение визы на въезд в страну

Пожалуй, последним, но не менее важным этапом перед началом обучения в немецком ВУЗе по магистерской программе является получение национальной визы на въезд в страну. Оформление визы в Германию начинается после того, как лицо, подавшее документы на обучение, получает самую важную и долгожданную бумагу из университета – приглашение на обучение. Именно эта бумага является основанием для получения национальной визы в Германию, срок действия которой составляет, как правило, 3 месяца и требует дальнейшего оформления разрешения на пребывание в местной миграционной службе. Стоит отметить, что оформление такой визы значительно отличается от оформления шенгенской визы как по срокам, так и по необходимым для предоставления документам, поэтому будущему студенту стоит позаботиться о документах и времени посещения немецкого консульского учреждения заранее, дабы успеть к началу семестра.

¹⁵ Особо популярны среди немецких студентов такие интернет-сайты, как: www.wg-gesucht.de; www.studenten-wg.de.

Документы, необходимые для получения национальной визы, а также требования к их оформлению, размещаются на информационных стойках консульств Германии и, конечно же, на официальных сайтах¹⁶. Как правило, к ним относятся паспорта (внутренний и заграничный) и их копии, анкета – заявление о выдаче национальной визы, полис медицинского страхования или подтверждение оформления страховки на месте, приглашение на обучение от университета Германии, а также подтверждение наличия финансовых средств на весь период обучения. Поскольку речь здесь идет о документах, подаваемых в немецкие ведомства, то и их оформление должно отвечать немецким стандартам, а именно: анкета заполняется на немецком языке, а ко всем документам на русском языке должен быть представлен нотариально заверенный перевод на немецкий язык.

V. Особенности обучения на примере LL.M. в университете Пассау

1. Общая информация

Университет Пассау на протяжении многих лет предлагает немецкоязычную LL.M.-программу «Немецкое право для иностранных студентов»/«Deutsches Recht für ausländische Studierende».¹⁷ Обучение начинается в зимнем семестре (в середине октября каждого года) и длится два семестра. Написание магистерской работы при необходимости может быть продлено на третий семестр. Условиями допуска к обучению являются законченный первый этап юридического образования в зарубежном университете, объем компетенций которого оценивается в 240 ECTS-пунктов, а также вхождение в 25% лучших выпускников своего выпуска и знания немецкого языка, подтвержденные сертификатом DSH второго уровня или иными приравненными к сертификату DSH сертификатами.

2. Программа обучения состоит из трех модулей:

2.1. Основной (базовый) модуль (Grundkursmodul)

В рамках основного модуля в течение двух семестров посещается базовый курс гражданского права (Grundkurs Privatrecht) или базовый курс конституционного права (Grundkurs Staatsrecht). Студент вправе самостоятельно выбирать, какой именно предмет он будет изучать. По выбранному предмету предлагаются лекции (Vorlesungen) и семинарские занятия (Übungen / дословно = «упражнения»), в рамках которых целенаправленно развивается навык решения экзаменационных задач по определенной методике (Falllösungstechnik). Экзамен, называемый «клаузура» (Klausur), сдается по завершении летнего семестра и представляет собой решение в

¹⁶ Например, официальный сайт Представительства Германии в России в Москве: <http://www.germania.diplo.de/Vertretung/russland/ru/02-mosk/1-visa/0-visuminformationen.html>.

¹⁷ Подробная информация о программе размещена на сайте университета Пассау: <http://www.uni-passau.de/master-deutsches-recht/>.

письменной форме задачи, специально сконструированной на основе изученного в течение двух семестров материала. Студенты магистратуры пишут тот же экзамен, что и иные студенты, посещавшие базовый курс. Всем принимающим участие в экзамене предлагается одинаковая задача, что ставит экзаменуемых в равные условия с немецкими студентами.

2.2. Модуль научной работы (Modul Wissenschaftliches Arbeiten)

В рамках данного модуля в зимнем семестре специально для студентов-магистров предлагается семинар. Основными задачами модуля является развитие навыков самостоятельной исследовательской деятельности, а также структурированного и аргументированного изложения материалов исследования. Данный модуль состоит из написания семинарской работы и ее публичного представления и защиты в виде реферата. Модуль готовит к написанию магистерской работы.

2.3. Модуль предметов по выбору (Wahlmodul)

Данный модуль ориентирован на приобретение своего рода специализации в одной или нескольких областях немецкого права. В зимнем семестре посещаются два предмета по выбору, а в летнем семестре один. Интересующие предметы можно выбрать из пяти направлений: частное право (Privatrecht), публичное право (Öffentliches Recht), уголовное право (Strafrecht), международная составляющая немецкого права (Internationale Bezüge des deutschen Rechts), а также основы права (Grundlagen des Rechts). При этом учебный план позволяет заменить оба предмета в зимнем семестре на базовый курс, который не был выбран в рамках основного модуля. Таким образом, в зимнем семестре посещаются либо базовый курс и два предмета по выбору, либо два базовых курса (гражданское и конституционное право). Экзамены по предметам по выбору сдаются в устной форме.

2.4. Магистерская работа

Завершает обучение подготовка магистерской работы в объеме не более 60-ти страниц. По договоренности с курирующим профессором и в зависимости от согласованной с ним темы, объем может быть и несколько больше. Однако, существенное превышение названного ориентира нежелательно, т.к. на подготовку текста дается (с момента регистрации начала написания) только три месяца. Магистерское исследование оттачивает навыки самостоятельной научной работы и может служить превосходным подготовительным этапом для будущей докторской диссертации.

3. Система оценок и итоговая оценка

Экзаменационные оценки проставляются по системе, установленной в § 1 Распоряжения Федерального министра юстиции о шкале оценок и баллов для первого и второго юридического экзамена.¹⁸ Согласно данному параграфу экзаменационные результаты первого и второго юридического экзамена оцениваются следующим образом:

от 16 до 18 баллов	«очень хорошо» / «sehr gut» ¹⁹	«особенно выдающийся результат» / «eine besonders hervorragende Leistung»
от 13 до 15 баллов	«хорошо» / «gut»	«результат, значительно превышающий средний уровень» / «eine erheblich über den durchschnittlichen Anforderungen liegende Leistung»
от 10 до 12 баллов	«полностью удовлетворительно» / «vollbefriedigend»	«результат, превышающий средний уровень» / «eine über den durchschnittlichen Anforderungen liegende Leistung»
от 7 до 9 баллов	«удовлетворительно» / «befriedigend»	«результат, во всех отношениях соответствующий среднему уровню» / «eine Leistung, die in jeder Hinsicht durchschnittlichen Anforderungen entspricht»
от 4 до 6 баллов	«достаточно» / «ausreichend»	«результат, который, несмотря на недостатки, еще отвечает среднему уровню» / «eine Leistung, die trotz ihrer Mängel durchschnittlichen Anforderungen noch entspricht»
от 1 до 3 баллов	«неудовлетворительно» / «mangelhaft»	«результат со значительными недостатками и поэтому в целом неудовлетворительный» / «eine an erheblichen Mängeln leidende, im Ganzen nicht mehrbrauchbare Leistung»
0 баллов	«недостаточно» / «ungenügend»	«совершенно неудовлетворительный результат» / «eine völlig unbrauchbare Leistung»

¹⁸ Название на немецком: Verordnung des Bundesministers der Justiz über eine Noten- und Punkteskala für die erste und zweite juristische Prüfung.

¹⁹ Здесь и далее в этой таблице дается дословный перевод.

Данные об итоговой оценке можно найти в § 19 Порядка обучения и сдачи экзаменов в рамках магистерской программы университета Пассау «Немецкое право для иностранных студентов».²⁰ Итоговая оценка проставляется следующим образом:

от 11,5 до 18,0 баллов	summa cum laude
от 9,0 до 11,4 баллов	magna cum laude
от 6,5 до 8,9 баллов	cum laude
от 4,0 до 6,4 баллов	rite
от 0,0 до 3,9 баллов	insufficenter

4. Дополнительные возможности

Перед началом обучения служба университета по работе с иностранными студентами (Akademisches Auslandsamt / International Office) организует так называемые «ориентирующие недели» (Orientierungswochen). В течение четырех недель студентам предоставляется возможность посещать интенсивные подготовительные языковые курсы, побывать в экскурсионных поездках по достопримечательным местам Баварии и других регионов Германии, познакомиться с университетом и городом, завязать первые дружеские контакты и таким образом создать платформу для успешного обучения.

В семестровый период, наряду с основной программой, можно воспользоваться обширным предложением языкового центра (Sprachenzentrum) и посещать один или несколько языковых курсов. На выбор предоставлены как классические иностранные языки (например, английский, французский, испанский, итальянский), так и редкие или экзотические (например, чешский, португальский, вьетнамский или турецкий). Начать или продолжить изучение языка можно с любого уровня. А для определения существующего языкового уровня предусмотрены специальные вступительные тесты.

Помимо этого, полезными могут быть многочисленные курсы и семинары центра ключевых компетенций (Zentrum für Schlüsselkompetenzen), которые нацелены на тренировку таких навыков как риторика, самопрезентация, тайм-менеджмент, творческое мышление, межкультурная коммуникация и многие другие.

²⁰ Название на немецком: Studien- und Prüfungsordnung für den Masterstudiengang „Deutsches Recht für ausländische Studierende“ an der Universität Passau. Документ можно найти на сайте университета Пассау: <http://www.uni-passau.de/universitaet/verwaltung/rechtsvorschriften/stupos-modulkataloge/>.

О соавторах:



М.В. Боженова, LL.M. (Passau)

Мария Боженова является докторантом Университета Пассау под научным руководством почетного профессора в области уголовного, уголовно-процессуального права и криминологии Вернера Бойльке. Мария Боженова родилась в пос. Малиновка Красноярского края (Россия). Окончив с отличием школу в г. Красноярск, она изучала юриспруденцию в Юридическом институте Сибирского Федерального Университета на отделении Сравнительного правоведения (2006 – 2011 гг.), а также на отделении Магистратуры по программе «Цивилист: iustitia et ius» (2011 – 2013 гг.). В 2009 – 2010 гг. Мария Боженова изучала основы немецкого права по программе обмена с Университетом Пассау, где также позже успешно прошла обучение по магистерской программе и получила степень магистра права (LL.M.) (2012 г.). Во время учебы неоднократно проходила стажировки в немецких адвокатских бюро, юридических фирмах, а также в Арбитражном суде Красноярского края. С 2013 года она занимается в рамках своей диссертации проблемами уголовной ответственности в случаях так называемой «альтернативной ликвидации». В круг ее научных интересов входит уголовное экономическое право, гражданское право, цивилистический процесс, законодательство о юридических лицах и банкротстве.



О.М. Кылина, Dr. jur., LL.M. (Passau)

Ольга Кылина является владелицей юридической компании *temperi legal services* с местом нахождения в южнобаварском городе Пассау. Деятельность компании сфокусирована на правовом сопровождении германно-российских экономических

связей. Ольга Кылина получила юридическое образование в Красноярском государственном университете (Россия), а также в Университете Пассау (Германия), где она также защитила докторскую диссертацию по тематике международного гражданского процессуального права. В круг профессиональных и научных интересов автора входят темы гражданского, экономического и гражданско-процессуального права как в национальном, так и в международном аспекте.

Zu Mitautorinnen:

Maria Bozhnova, LL.M. ist Doktorandin unter Betreuung von Prof. Dr. Werner Beulke (emeritierter Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie) an der Universität Passau. Maria Bozhnova wurde in Malinovka, Krasnojarsker Region (Russland) geboren. Nach dem ausgezeichneten Abitur in Krasnojarsk studierte sie die Rechtswissenschaft an der Abteilung der Rechtsvergleichung im Juristischen Institut der Sibirischen Föderalen Universität (2006 – 2011), sowie an der Magistratur nach dem Programm „Zivilist: iustitia et ius“ (2011 – 2013). Im Studienjahr 2009 – 2010 nahm Maria Bozhnova am Austauschprogramm mit der Universität Passau teil und studierte an der Juristischen Fakultät der Universität Passau, wo sie später den Masterstudiengang „Deutsches Recht für ausländische Studierende“ erfolgreich abschloss und den Grad „Master of Laws“ (LL.M.) erlangte. Im Anschluss an das Studium absolvierte sie Rechtspraktika in den Rechtsanwaltskanzleien, juristischen Firmen in Passau und Moskau sowie im Wirtschaftsgericht der Krasnojarsker Region in Krasnojarsk. Seit 2013 beschäftigt sich Maria Bozhnova im Rahmen ihres Dissertationsvorhabens mit den strafrechtlichen Problemen bei einer Unternehmensbestattung. Zu ihren Forschungsschwerpunkten zählen russisches und deutsches Wirtschaftsstrafrecht, Bürgerliches Recht, zivilistischer Prozess sowie rechtliche Vorschriften über juristische Personen und Insolvenz.

E-Mail: mariabvl@gmail.com

Olga Kyлина ist Inhaberin der Rechtsberatungsfirma temperi legal services mit Sitz in der südbayerischen Stadt Passau. Die Firma fokussiert ihre Tätigkeit auf rechtliche Begleitung von deutsch-russischen Wirtschaftsbeziehungen. Olga Kyлина studierte Rechtswissenschaften an der Krasnojarsker Staatlichen Universität (Russland) sowie an der Universität Passau (Deutschland), wo sie auch mit einem international-zivilverfahrensrechtlichen Thema zum Dr. jur. promoviert wurde. Zu beruflichen und wissenschaftlichen Interessenschwerpunkten der Autorin gehören Zivil-, Wirtschafts- sowie Zivilverfahrensrecht unter dem nationalen und internationalen Blickwinkel.

E-Mail: olga.kyлина2014@gmail.com

www.lex-temperi.de

Как изучают право немецкие юристы

Wie man in Deutschland Jura studiert

Д-р Азер Алиев, LL.M. (Azar Aliyev) /

Проф. Буркхард Брайт (Burkhard Breig)

Anhand des klassischen „Weinversteigerungs-Falls“ (einem Lehrbuchfall, der auf *Isay* zurückgeht: Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts, 1899) wird die Falllösungsmethode, die in der deutschen juristischen Ausbildung praktiziert wird, demonstriert.

I. Введение

В Германии юридическое образование с XIX века было нацелено на подготовку кадров для судебной системы. С этих времен государственные экзамены, которые пишут выпускники юридических факультетов для получения доступа ко всем юридическим профессиям, состоят, в основном, из юридических казусов. Соответственно, методике разрешения юридических казусов уделяется особое внимание.

Ниже приведен казус, который является классическим казусом из общей части гражданского права. На примере этого казуса разъясняется юридический состав понятия волеизъявления (Willenserklärung).

II. Казус

Примечание: Юридический казус – реалистичный случай, адаптированный для изучения одного или нескольких юридических вопросов. Казус представляет собой описание какого-то события неюридическим языком и зачастую содержит наряду с необходимой для разрешения казуса информацией дополнительную «бесполезную» информацию. Юрист должен уметь «отсеять» юридически важную информацию.

Альберт (А) приехал в город Трир и случайно зашел в зал, где проходил винный аукцион. В это время на аукцион была выставлена бочка вина «Бетзенбергер Весткурв». А вдруг обнаруживает в другом конце зала своего старого знакомого. Обрадовавшись неожиданной встрече, А машет рукой, чтобы привлечь внимание своего знакомого. А не знает, что по местному обычаю взмах рукой во время аукциона означает предложение более высокой цены. Аукционист регистрирует взмах руки А как предложение. Больше никаких предложений не следует. Аукционист объявляет А

победителем аукциона на приобретение бочки вина «Бетзенбергер Весткурв» у аукционного дома за 1000 Евро.¹

Вопрос: *Обязан ли А заплатить продавцу покупную цену в размере 1000 евро на основании договора купли-продажи?*

III. Разрешение казуса

1. Гипотеза

Примечание: в первую очередь необходимо правильно сформулировать гипотезу о наличии субъективного права требования: такой вопрос должен содержать четыре элемента: КТО? может потребовать У КОГО? ЧТО? НА КАКОМ ОСНОВАНИИ? (по-немецки: Wer? Will was? Von wem? Woraus?). Для формулировки гипотезы необходимо найти подходящее основание для предъявления требования (Anspruchsgrundlage). Поиск осуществляется по правовому последствию, которое решающее казус лицо хочет достичь.

В представленном казусе вопрос сам по себе содержит гипотезу. Необходимо лишь уточнить основание права требовать оплаты покупной цены. Единственным подходящим основанием является договор купли-продажи (Kaufvertrag) в соответствии с ч. 2 § 433 Гражданского уложения Германии (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB, далее: ГГУ)².

Гипотеза: А может быть обязанным заплатить 1000 евро на основании ч. 2 § 433 ГГУ (обязательство покупателя принять вещь и оплатить покупную цену).³

Примечание: таким образом, гипотеза содержит четыре элемента: КТО? (Аукционный дом) может потребовать у КОГО? (у Альберта) ЧТО? (покупную цену в размере 1000 Евро) НА ОСНОВАНИИ договора купли-продажи.

2. Предпосылка

Примечание: после того как поставлен вопрос, необходимо установить, какие предпосылки предусмотрены в соответствующей норме закона, которая является основанием права требования.

Единственной предпосылкой для возникновения обязанности оплаты покупной цены в соответствии с частью 2 § 433 ГГУ является наличие договора купли-продажи. Поэтому необходимо проверить, был ли заключен договор купли-продажи.

¹ Этот случай известен немецким юристам как „Trierer Weinversteigerung“.

² Текст ГГУ на немецком и английском языках: www.gesetze-im-internet.de/bgb/. См. также русский перевод: Гражданское уложение Германии, 4-ое издание, 2015.

³ Ч. 2 § 433 ГГУ гласит: «Покупатель обязан уплатить продавцу согласованную покупную цену и принять купленную вещь».

3. Юридическая оценка

Примечание: следующим шагом будет проверка соответствия каждой отдельной предпосылки фактическим обстоятельствам дела, т.е. юридическая оценка казуса.

В немецком гражданском праве договор заключается путем изъяснения двух согласованных друг с другом волеизъявлений (*übereinstimmende Willenserklärungen*), оферты и акцепта (§§ 145, 147 ГГУ). Наряду с этим, существует § 156 ГГУ, который учитывает особенность заключения договоров на торгах. В соответствии с этой статьей, договор на аукционах заключается присуждением.

а. Оферта

Оферта (*Angebot*) представляет собой волеизъявление, которое должно быть получено адресатом, и в котором намерение заключить договор выражено таким образом, что для заключения договора необходимо лишь согласие адресата.

аа. Оферта аукционного дома путем выставления бочки вина на аукцион?

Выставление бочки вина на аукционе могло бы считаться офертой. Оферта имеет место лишь в том случае, если волеизъявление было направлено с целью достижения правовых последствий и содержит все существенные условия договора, т.е. в случае договора купли-продажи – предмет договора купли-продажи, стороны и цену. В данном казусе на тот момент, когда вино было выставлено на аукцион, не была установлена ни цена договора купли-продажи, ни контрагент. Помимо этого, предложение 1 § 156 ГГУ устанавливает специальный порядок заключения договоров на аукционах. В соответствии с этой нормой, договор считается заключенным на аукционе в результате присуждения. Следовательно, речь идет не об оферте, а о приглашении к оферте (*invitatio ad offerendum*). Таким образом, оферты аукционного дома не было.

bb. Оферта А взмахом руки?

Взмах руки А мог бы быть офертой на заключение договора купли-продажи. Вопрос в том, имеет ли место действительное волеизъявление А, так как А своим движением не хотел направлять оферту, а только помахать своему другу. Действительное волеизъявление предполагает наличие внешнего и внутреннего элементов.⁴

⁴ Brox/Walker, BGB AT, 40. Auflage, 2016, Rdn. 83; Leipold, BGB AT, 8. Auflage 2015, §10 Rdn. 12 ff., хотя встречается и мнение, что подобное разделение не имеет практического значения см. например: Leenen, BGB AT: Rechtsgeschäftslehre, De Gruyter 2011, § 5 Rdn. 38 ff.

Комментарий: ГГУ не содержит дефиниции волеизъявления (Willenserklärung). В данном случае законодатель исходил из того, что наука и правоприменительная практика конкретизируют понятие волеизъявления. При разрешении казуса необходимо учитывать конструкции и дефиниции, разработанные в науке и применяемые на практике. Общеизвестно, что волеизъявление содержит два элемента: внутренний и внешний. Поэтому необходимо проверить наличие обоих элементов.

Внешний элемент

Внешний элемент волеизъявления – заметное для других участников гражданского оборота выражение воли, направленной на достижение правовых последствий.⁵ В данном случае необходимо выяснить, как разумный участник оборота оценил бы поведение А. Так как по местному обычаю отмашка рукой во время аукциона означает предложение более высокой цены, то остальные участники поняли бы это как оферту, а не как приветствие друга. Следовательно, разумный участник гражданского оборота может понять отмашку как выражение воли приобрести бочку вина по более высокой цене.

Внутренний элемент

Внутренний элемент - это желание изъявителя связать себя правовым обязательством.⁶ В идеальном случае внешнее поведение полностью выражает внутреннюю волю действующего лица, которая направлена на заключение сделки. Можно выделить три уровня субъективного отношения действующего лица к своему действию:

- Действие лица является осознанным (например, не является результатом судороги) - воля к действию
- Действующее лицо осознавало, что его действие направлено на создание, изменение или прекращение правоотношения (это как раз проблема настоящего казуса, так как А не осознавал, что взмах рукой может быть воспринят как волеизъявление) - осознание волеизъявления
- При осуществлении действия лицо осознавало суть и точное содержание заключаемой сделки, однако ошибалось в одном из элементов (типичным примером является описка в цене) – воля на заключение сделки

В науке ведется дискуссия по поводу того, является ли наличие всех этих элементов необходимым для возникновения действительного волеизъявления. Необходимо представить эти точки зрения и выразить свою позицию.

⁵ Leipold, BGB AT, 8. Auflage 2015, § 10, Rdn. 14.

⁶ Leipold, BGB AT, 8. Auflage 2015, § 10, Rdn. 17 ff.

Воля на заключение сделки

Воля на заключение сделки - это воля заключить определенную сделку с помощью волеизъявления (например: при заключении договора была ошибочно указана цена). По общепринятому мнению, воля на заключение сделки не является обязательным условием действительности волеизъявления.⁷ При отсутствии воли на заключение сделки волеизъявление действительно, но может быть оспорено в соответствии с частью I § 119 ГГУ, которая гласит: "Лицо, которое заблуждалось при волеизъявлении относительно его содержания, либо вообще не имело намерения высказать волеизъявление такого содержания, вправе оспаривать сделанное волеизъявление, если можно предположить, что, зная о действительном положении дел и разумно оценивая ситуацию, оно бы его не сделало".

Следовательно, отсутствие воли на заключение конкретной сделки не влияет на действительность волеизъявления А.

Осознание волеизъявления

Помимо этого, можно предположить, что волеизъявление не может быть действительным, если лицо не осознавало не только суть и точное содержание сделки, но даже того, что его действие может быть воспринято как волеизъявление. Вопрос о последствиях отсутствия осознания волеизъявления является до сих пор спорным.

В науке существует два основных мнения по этому вопросу. Одна группа ученых считает, что осознание волеизъявления является необходимым условием возникновения волеизъявления.⁸ В нашем казусе А не намеревался заключать сделку - таким образом, в соответствии с этой точкой зрения, волеизъявление не возникло.

Эта позиция допускает случаи, когда волеизъявление не возникло в то время, как другие участники оборота имели все основания положиться на свое восприятие о существовании действительного волеизъявления.

Вторая группа ученых считает, что осознание волеизъявления не является существенным элементом волеизъявления. Для возникновения волеизъявления, с их точки зрения, достаточно возможности осознания действующим лицом правовых последствий своих действий.⁹

Так как на аукционах в Трире взмах рукой оценивается как действительное волеизъявление, то разумный участник гражданского оборота оценивает это поведение как оферту. Кроме этого, А должен был знать, что его поведение будет оценено как оферта. Поэтому, по мнению второй группы ученых, за отсутствие осознания волеизъявления А, как правило, сам несет ответственность.

⁷ Wertenbruch, BGB AT, 2. Auflage, 2012, § 6 Rdn. 5; Leenen, § 5, Rdn. 32.

⁸ См. например: Leipold, § 17 Rdn. 19; Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 428, 548 ff.

⁹ См. например: Brox / Walker, BGB AT, Rdn. 85.

Следовательно, имеется волеизъявление А на заключение договора купли-продажи.

Вторая позиция представляется более обоснованной, так как она эффективнее защищает гражданский оборот, и в то же время учитывает интересы действующего лица. Этой позиции придерживается и Федеральный Верховный суд ФРГ (Bundesgerichtshof).¹⁰

Воля к действию

Воля к действию – осознанность фактического действия. Тогда как воля к сделке не является обязательным условием внутреннего элемента, а роль осознанности волеизъявления является предметом дискуссии, осознание самого действия (в данном случае взмах рукой) рассматривается в качестве обязательной составляющей действительного волеизъявления.¹¹

А поднял руку осознанно - это не было неуправляемым действием (например, болезненная судорога), поэтому это условие внутреннего элемента выполнено.

Если бы это условие не было выполнено, то по общепризнанному мнению волеизъявление не возникло бы.

Примечание: Проведя юридическую оценку части предпосылки, мы получили предварительный результат, который необходимо сформулировать в одном предложении.

Промежуточный результат

Взмах руки А является офертой, направленной на заключение договора купли-продажи.

Примечание: теперь необходимо проверить наличие акцепта. Так как вопрос не является проблематичным, можно коротко сформулировать ответ. В принципе, при решении казуса излишнее внимание очевидным аспектам оценивается негативно.

в. Акцепт (Annahme)

Условием возникновения договора является принятие оферты А аукционным домом (акцепт). Акцепт (Annahme) – это волеизъявление, при помощи которого акцептант соглашается с предложением заключить договор (оферта). При проведении торгов договор заключается посредством присуждения предмета торгов выигравшего их лицу (предложение 1 § 156 ГГУ). В данном случае аукционный дом присудил покупку вина А по цене 1000 евро. Таким образом, аукционный дом принял (акцептировал) оферту.

¹⁰ BGHZ 91, 324; 109, 177.

¹¹ Leipold, § 10 Rdn. 18.

3. Результат

Имеется действительный договор между аукционным домом и А. Аукционный дом может требовать у А выплату покупной цены на основании ч. 2 § 433 ГГУ

Примечание: многие воспримут наложение на А обязанности оплатить «ненужный» бочонок вина несправедливым, ведь А ошибался и действовал по неосторожности. Однако, на самом деле А имеет возможность оспорить свое волеизъявление в соответствии с ч. 1 § 119 ГГУ, если оно было сделано по ошибке и А не намеревался изъявлять волю. Существенное отличие оспаривания волеизъявления (Anfechtung) в соответствии с ч. 1 § 119 ГГУ от отсутствия факта волеизъявления заключается в обязанности лица, оспаривающего свое волеизъявление, возместить вред, возникший вследствие того, что другая сторона или третье лицо поверило в действительность сделки. В нашем казусе это может быть обязанность возместить расходы аукционного дома по хранению бочки вина до следующего аукциона. Во-вторых, договор остается действительным, если А его не оспорит.

Об авторах:



Д-р Азер Алиев, LL.M.

Д-р Азер Алиев, LL.M. (University of Heidelberg), научный сотрудник Института права стран Восточной Европы Кильского университета.

Контакт: azar.aliyev@yahoo.de



Проф. д-р Буркхард Брайг

Профессор д-р Буркхард Брайг является профессором гражданского, торгового и корпоративного права, а также права стран Восточной Европы, в частности России в Свободном университете Берлина (Юр. факультет и Институт Восточно-европейских исследований).

Контакт: burkhard.breig@fu-berlin.de.

Prof. Dr. Burkhard Breig ist Inhaber der Professur für Bürgerliches Recht, Handel- und Gesellschaftsrecht und osteuropäisches Recht mit besonderer Berücksichtigung Russlands an der Freien Universität Berlin (Fachbereich Rechtswissenschaft und Osteuropa-Institut).
Контакт: burkhard.breig@fu-berlin.de

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

Германно-Российская ассоциация юристов, Сборник статей о праве Германии [Sammelband zum deutschen Recht in russischer Sprache], Выпуск № 2, 2017, сост. Д.Маренков/М.Дерра

Vorgeschlagene Zitierweise:

[Name des Autors/Autorin], in: Deutsch-Russische Juristenvereinigung (Hrsg.), Sammelband zum deutschen Recht in russischer Sprache [Sbornik statej o prave Germanii], Ausgabe Nr. 2, 2017

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.