



Deutsch-Russische Juristenvereinigung e.V.

Германо-Российская ассоциация юристов

Сборник статей о праве Германии

выпуск № 3 | июнь 2018 г.



Foto: Joergelman (Pixabay)

посвящается 30-летнему юбилею
Германо-Российской ассоциации юристов

Ein Sammelband zum deutschen Recht in russischer Sprache, anlässlich des
30-jährigen Jubiläums der Deutsch-Russischen Juristenvereinigung e.V.,
Ausgabe Nr. 3 (Juni 2018)

www.drjv.org

Вступление

(Vorwort)

Уважаемые коллеги,

уважаемые дамы и господа!

Спасибо за Ваш интерес к третьему выпуску «Сборника статей о праве Германии».

В 2018-ом году мы отмечаем 30-летний юбилей Германно-Российской ассоциации юристов. Настоящий сборник посвящен этому знаменательному для нас событию.

Германно-Российский правовой диалог предполагает обмен опытом и популяризацию российского права в Федеративной Республике Германии, а также германского права в Российской Федерации и странах СНГ. По нашим наблюдениям, русскоговорящие юристы в поиске примеров зарубежного законодательного опыта или правоприменительной практики в отношении определенных правовых вопросов зачастую обращаются к источникам англосаксонского права. Это объясняется, на наш взгляд, как недостаточным количеством информации о праве Германии на русском языке, так и «фактором языка»: лишь немногие юристы в России и странах СНГ владеют немецким языком в достаточной степени, чтобы серьезно изучать отдельные аспекты правового регулирования в Германии.

Германно-Российская ассоциация юристов решила совместными усилиями своих членов внести свой вклад и попытаться заполнить эту нишу. В августе 2015 г. и в мае 2017 г. вышли первые два выпуска «Сборника статей о праве Германии», насчитывающие более 60 статей с общим объемом в 1 000 страниц. Сейчас перед Вами третий выпуск, который вышел в июне 2018 г. и охватывает 24 статьи.

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

Отдельные разделы этого выпуска посвящены гражданскому и коммерческому праву (раздел 1), праву интеллектуальной собственности (раздел 2), праву защиты персональных данных (раздел 3), процессуальному праву и разрешению коммерческих споров (раздел 4), энергетическому праву (раздел 5), семейному праву (раздел 6), налоговому праву (раздел 7) и публичному праву (раздел 8).

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.

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.

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.

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

Этот сборник статей составлен с максимально возможной тщательностью и аккуратностью. Тем не менее ни ассоциация, ни составители, ни авторы не несут ответственности за полноту и правильность изложенной в сборнике информации. Данные материалы носят справочный характер и не могут заменить консультации у специализированного юриста/адвоката в конкретном

случае. Для этого Вы можете обратиться к авторам статей сборника или другим специалистам Вашего доверия.

С уважением и наилучшими пожеланиями,

Дмитрий Маренков и Мария Дерра

Ответственные редакторы



Мария Дерра

maria.derra@gmail.com



Дмитрий Маренков

d.marenkov@t-online.de

Оглавление

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

РАЗДЕЛ 1. ГРАЖДАНСКОЕ И КОММЕРЧЕСКОЕ ПРАВО

Основывается ли современное российское гражданское право на германском
правопорядке?

(Камиль Арсланов / Ханс Йоахим Нотхельфер).....с. [2](#)

Юридический анализ дизельного скандала в Германии и США –
поучительная пьеса на тему защиты прав потребителей

(Д-р Ганс-Йоахим Шрамм).....с. [14](#)

Некоторые отличия в праве недвижимости между Германией и Россией

(Д-р Александр Немцов).....с. [33](#)

Введение в вещное право Германии

(Д-р Тим Лассен).....с. [51](#)

Ответственность за недобросовестное ведение переговоров в России и
Германии

(Игорь Бостаника).....с. [77](#)

Невозможность исполнения, ответственность за которую несут обе стороны
обязательства, в немецком обязательственном праве

(Кирилл Нам).....с. [90](#)

Сравнительный анализ некоторых положений Конвенции ООН о договорах
международной купли-продажи товаров и положений Гражданского (и
Торгового) Уложения Германии

(Д-р Иван С. Аладьев).....с. [105](#)

Введение в немецкое международное частное право (Фальк Тишендорф / Проф. д-р Райнер Ведде).....с. 130
Рынки капиталов как источник финансирования предприятий (Анна Рихтер).....с. 148
Основания установления корпоративного контроля и регулирование ответственности контролирующих лиц в корпоративном праве Германии (Мария Большакова).....с. 157
Немецкое право кооперативов – расторжение и отмена договоров о членстве в кооперативе (Инго М. Детлофф / Анатолий Вольф).....с. 177
Насколько алкоголь может быть «полезным»? – обзор избранных актуальных вопросов права пищевой промышленности (Александра Беднарц-Кун / Фабиан Т. Херинг).....с. 189

РАЗДЕЛ 2. ПРАВО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

Основные принципы системы защиты прав промышленной собственности в Германии (Евгений Тухшерер).....с. 201

РАЗДЕЛ 3. ПРАВО ЗАЩИТЫ ПЕРСОНАЛЬНЫХ ДАННЫХ

Общий Регламент по защите Персональных Данных – Новая эпоха европейского права по защите персональных данных (Ольга Каснер).....с. 221
--

РАЗДЕЛ 4. ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРАВО.

РАЗРЕШЕНИЕ КОММЕРЧЕСКИХ СПОРОВ

Арбитражная оговорка в германно-российском праве: применимое право, объективная и субъективная области применения (Франк Шмидер).....с. 238

Новый Регламент Коммерческого Арбитража 2018 Немецкого Арбитражного
Института (ДИС)

(Д-р Александр Щавелев).....с. [255](#)

Признание и исполнение иностранных арбитражных (третейских) решений в
Германии

(Дмитрий Маренков).....с. [286](#)

РАЗДЕЛ 5. ЭНЕРГЕТИЧЕСКОЕ ПРАВО

Введение в энергетическое право Германии

(Сергей Козлов).....с. [306](#)

Меры по защите интересов государства по горному праву ФРГ

(Жанна Досманова).....с. [336](#)

Интеграция энергии из солнечных и ветровых энергоустановок в систему
электрообеспечения Германии

(Татьяна Шлейхер).....с. [357](#)

РАЗДЕЛ 6. СЕМЕЙНОЕ ПРАВО

Задачи опекуна-представителя в спорах об установлении прав и обязанностей в
отношении ребенка

(Майке Руске).....с. [366](#)

РАЗДЕЛ 7. НАЛОГОВОЕ ПРАВО

НДС на услуги в электронной форме – законодательство Германии и
Европейского Союза

(Анна Лесова / Фалк Тишendorф).....с. [382](#)

РАЗДЕЛ 8. ПУБЛИЧНОЕ ПРАВО

Право регулирования

(Проф. д-р Урс Крамер).....с. [396](#)

Конституционно-правовые основы организации государственной власти в
землях Федеративной Республики Германия

(Александр Горский).....с. [415](#)

ВЫХОДНЫЕ ДАННЫЕ (IMPRESSUM).....с. [444](#)

Inhaltsverzeichnis (Оглавление на немецком языке)

Abschnitt 1. Zivil- und Wirtschaftsrecht

Inwieweit stützt sich das moderne russische Zivilrecht auf die deutsche Rechtsordnung? (*Dr. Kamil Arslanov / Hans Joachim Nothelfer*), S. [2](#)

Die juristische Aufarbeitung des Dieselskandals in Deutschland und den U.S.A. – ein Lehrstück zum Verbraucherschutz (*Dr. Hans-Joachim Schramm*), S. [14](#)

Einige Unterschiede zwischen dem deutschen und russischen Immobilienrecht (*Dr. Alexander Nemzov*), S. [33](#)

Einführung in das deutsche Sachenrecht (*Dr. Tim Lassen*), S. [51](#)

Die Haftung für unredliche Führung von Verhandlungen in Deutschland und Russland (*Igor Bostanika*), S. [77](#)

Beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit im deutschen Schuldrecht (*Kirill Nam*), S. [90](#)

Die (rechts) vergleichende Analyse ausgewählter Vorschriften des UN-Kaufrechts mit denen des deutschen BGB /HGB (*Dr. Ivan S. Aladyev*), S. [105](#)

Einführung in das deutsche Internationale Privatrecht (*Falk Tischendorf / Prof. Dr. Rainer Wedde*), S. [130](#)

Kapitalmärkte als Quelle der Unternehmensfinanzierung (*Anna Richter*), S. [148](#)

Die Grundsätze der Unternehmenskontrolle und die Regelung der Haftung der herrschenden Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht (*Maria Bolshakova*), S. [157](#)

Genossenschaftsrecht – Kündigung und Widerruf (*Ingo M. Dethloff / Anatoli Wolf*),
S. [177](#)

«Bekömmlichkeit» bei alkoholischen Getränken im lebensmittelrechtlichen Kontext
(*Aleksandra Bednarz-Kuhn / Fabian T. Hering*), S. [189](#)

Abschnitt 2. Recht des geistigen Eigentums

Grundzüge des Systems der gewerblichen Schutzrechte in Deutschland
(*Eugen Tuchscherer*), S. [201](#)

Abschnitt 3. Datenschutzrecht

Die Datenschutz-Grundverordnung – Neue Epoche des Europäischen
Datenschutzrechts (*Olga Kasner*), S. [221](#)

Abschnitt 4. Prozessrecht. Streitbeilegung

Die Schiedsklausel im deutsch-russischen Rechtsverkehr - anwendbares Recht,
objektive und subjektive Reichweite (*Frank Schmieder*), S. [238](#)

Neue Schiedsordnung 2018 der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit
(*Dr. Alexander Shchavelev*), S. [255](#)

Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Schiedssprüchen in Deutschland
(*Dmitry Marenkov*), S. [286](#)

Abschnitt 5. Energierecht

Einführung in das deutsche Energierecht (*Sergey Kozlov*), S. [306](#)

Die Vorkehrungen zum Schutz staatlicher Interessen nach dem deutschen Bergrecht
(*Zhanna Dosmanova*), S. [336](#)

Integration des volatil erzeugten Stroms in das deutsche
Elektrizitätsversorgungssystem (*Tatjana Schleicher*), S. [357](#)

Abschnitt 6. Familienrecht

Die Aufgabe des Verfahrensbeistandes in Kindschaftssachen (*Maike Ruske*), S. [366](#)

Abschnitt 7. Steuerrecht

Umsatzsteuerliche Behandlung von digitalen Dienstleistungen nach deutschem und
EU-Recht (*Anna Lesova / Falk Tischendorf*), S. [382](#)

Abschnitt 8. Öffentliches Recht

Regulierungsrecht (*Prof. Dr. Urs Kramer*), S. [396](#)

Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Staatsorganisation in den Ländern der
Bundesrepublik Deutschland (*Alexander Gorskiy*), S. [415](#)

IMPRESSUM, S. [444](#)

Список авторов (Autorenverzeichnis)

(в алфавитном порядке)

	<p>Д-р Иван АЛАДЬЕВ (Dr. Ivan Aladyev)</p>
	<p>к.ю.н. Камиль АРСЛАНОВ (Dr. Kamil Arslanov)</p>
	<p>Александра БЕДНАРЦ-КУН (Aleksandra Bednarz-Kuhn)</p>
	<p>Мария БОЛЬШАКОВА (Maria Bolshakova)</p>



Игорь **БОСТАНИКА**

(Igor Bostanika)



Проф. Д-р Райнер **ВЕДДЕ**

(Prof. Dr. Rainer Wedde)



Анатолий **ВОЛЬФ**

(Anatoli Wolf)



Александр **ГОРСКИЙ**

(Alexander Gorskiy)



Инго М. ДЕТЛОФФ

(Ingo M. Dethloff)



Жанна ДОСМАНОВА

(Zhanna Dosmanova)



Ольга КАСНЕР

(Olga Kasner)



Сергей КОЗЛОВ

(Sergey Kozlov)



Проф. Д-р Урс КРАМЕР

(Prof. Dr. Urs Kramer)



Д-р Тим ЛАССЕН

(Dr. Tim Lassen)



Анна ЛЕСОВА

(Anna Lesova)



Дмитрий МАРЕНКОВ

(Dmitry Marenkov)



Кирилл НАМ

(Kirill Nam)



Д-р Александр НЕМЦОВ

(Dr. Alexander Nemzov)



Ханс Йоахим **НОТХЕЛЬФЕР**
(Hans Joachim Nothelfer)



Анна **РИХТЕР**
(Anna Richter)



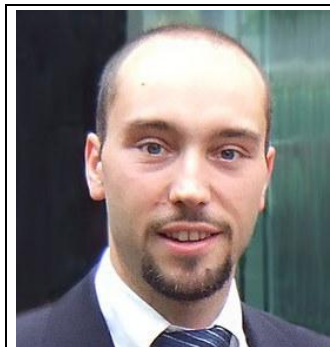
Майке **РУСКЕ**
(Maike Ruske)



Фальк **ТИШЕНДОРФ**
(Falk Tischendorf)



Евгений **ТУХШЕРЕР**
(Eugen Tuchscherer)



Фабиан Т. **ХЕРИНГ**

(Fabian T. Hering)



Татьяна **ШЛЕЙХЕР**

(Tatjana Schleicher)



Франк **ШМИДЕР**

(Frank Schmieder)



Д-р Ханс-Йоахим **ШРАММ**

(Dr. Hans-Joachim Schramm)



Д-р Александр **ЩАВЕЛЕВ**

(Dr. Alexander Shchavelev)

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



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

Ассоциация отмечает в 2018 г. 30-летний юбилей. 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).

Германно-Российская ассоциация юристов проводит ежегодные конференции («Jahrestagung»), посвященные актуальным вопросам российского права и правовым вопросам германно-российского бизнеса, а также множество докладов и семинаров. В 2018 г. конференция прошла 7 июня в г. Мюнхене. В 2019 г. ежегодная конференция пройдет в г. Берлине.

Кроме того, мы регулярно проводим тематические конференции и семинары, например, о праве интеллектуальной собственности или разрешении коммерческих споров.

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

Ассоциация также с 2011 г. принимает активное участие в проведении ежегодного конкурса на присуждение 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.

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

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

РАЗДЕЛ 1.

ГРАЖДАНСКОЕ И КОММЕРЧЕСКОЕ ПРАВО

Основывается ли современное российское гражданское право на германском
правопорядке?

(Камиль Арсланов / Ханс Йоахим Нотхельфер)с. [2](#)

Юридический анализ дизельного скандала в Германии и США –
поучительная пьеса на тему защиты прав потребителей

(Д-р Ганс-Йоахим Шрамм)с. [14](#)

Некоторые отличия в праве недвижимости между Германией и Россией

(Д-р Александр Немцов)с. [33](#)

Введение в вещное право Германии

(Д-р Тим Лассен)с. [51](#)

Ответственность за недобросовестное ведение переговоров в России и
Германии *(Игорь Бостаника)*с. [77](#)

Невозможность исполнения, ответственность за которую несут обе стороны
обязательства, в немецком обязательственном праве

(Кирилл Нам)с. [90](#)

Сравнительный анализ некоторых положений Конвенции ООН о договорах
международной купли-продажи товаров и положений Гражданского (и
Торгового) Уложения Германии *(Д-р Иван С. Аладьев)*с. [105](#)

Введение в немецкое международное частное право

(Фальк Тишendorф / Райнер Ведде)с. [130](#)

Рынки капиталов как источник финансирования предприятий

(Анна Рихтер)с. [148](#)

Основания установления корпоративного контроля и регулирование
ответственности контролирующих лиц в корпоративном праве Германии

(Мария Большакова)с. [157](#)

Немецкое право кооперативов – расторжение и отмена договоров о членстве в
кооперативе

(Инго М. Детлофф / Анатолий Вольф)с. [177](#)

Насколько алкоголь может быть «полезным»? – обзор избранных актуальных
вопросов права пищевой промышленности

(Александра Беднарц-Кун / Фабиан Т. Херинг)с. [189](#)

Основывается ли современное российское гражданское право на германском правопорядке?

Inwieweit stützt sich das moderne russische Zivilrecht auf die deutsche Rechtsordnung?

к.ю.н. Камиль Арсланов

(Dr. Kamil Arslanov)

адвокат Ханс Йоахим Нотхельфер

(Rechtsanwalt Hans Joachim Nothelfer)

Der vorliegende Beitrag widmet sich der Frage, inwieweit das russische Zivilrecht von ausländischer Rechtserfahrung beeinflusst und teilweise auch geprägt ist. Von nicht nur unerheblicher Bedeutung ist hierbei insbesondere das Verhältnis zwischen russischem und deutschem Zivilrecht.

Die Ursprünge des modernen russischen Zivilrechts liegen im XIX. Jahrhundert, als französisches und - vor allem - deutsches Recht starke Auswirkungen auf die Entwicklung des russischen Zivilrechts zeigten.

Dieser Einfluß ist bis heute, gerade in allgemeinen Bestimmungen und Grundsätzen des russischen Zivilrechts, deutlich feststellbar.

Trotz dieser historischen Entwicklung bleibt das russische Zivilrecht aber doch in vielen Regelungen vor allem des besonderen Teils einzigartig.

1. Введение. Когда возникло «современное российское гражданское право»

Существуют разные мнения относительно того, насколько российское право зависит от иностранного правового влияния. И если зависит, то можно ли сказать о том, что российское право основывается на правовом опыте конкретного правопорядка. Многочисленные исследователи в своих работах зачастую находят в российском праве черты тех правопорядков, языком которых

они владеют. И делают выводы о том, что именно с этим правопорядком российское право связано самым тесным образом.¹

Здесь речь идет о ситуации, которая нашла свое отражение в произведении немецкого писателя Курта Тухольски «Отчет о путешествии (Reisebericht)» (1930 г.).² В этом небольшом рассказе автор описывает ситуацию, когда на основании лишь очень короткого знакомства со страной герой рассказа делает далеко идущие обобщения о стране в целом. Сходство правовых систем, которое имеет место в связи с российским и германским (западноевропейским) правом, само по себе не означает возможность выводов о специфике другой правовой системы на основании своей собственной.

Постановка вопроса в названии работы о связи российского и германского права объясняется распространенной позицией в российской науке гражданского права о том, что в своем развитии российское право строится прежде всего на германском правовом опыте. Какое значение может иметь это утверждение? Означает оно лишь, что германское право дало определенный импульс российскому праву для развития последнего? Или же германское право определило развитие российского права? Быть может, речь нужно вести о том, что российское право в своем развитии логично должно опираться на германский правовой опыт? А другие правопорядки лишь служат своеобразной корректировке той или иной правовой конструкции? Здесь нужно, конечно же, учесть, что любой правопорядок, в том числе и российский, носит национальный характер, обеспечивая самобытность правового развития.

В заголовок вынесен термин «современное российское гражданское право». «Современное» означает «действующее». Именно в «современном» периоде развития национальной правовой системы следует искать обоснования и

¹ См. здесь более подробно: Арсланов К.М. Об использовании иностранного правового опыта при проведении научных цивилистических исследований. В: Методологические проблемы цивилистических исследований: Сборник научных статей. Ежегодник. Вып. 3. 2018 / Отв. ред. А.В. Габов, В.Г. Голубцов, О.А. Кузнецова. М.: Статут, 2018. 376, [6] с. С. 58-70.

² Tucholsky, Kurt. Reisebericht (1930). In: Kurt Tucholsky: Gesammelte Werke in zehn Bänden. Band 8, Reinbek bei Hamburg 1975. S. 7-10.

объяснения действующему правовому регулированию. Бесспорен тот факт, что «современное российское гражданское право» стало формироваться, как минимум (не позднее), в 1991 году, после прекращения существования Советского Союза и, соответственно, советского права. Хотя ряд нормативных правовых актов союзного значения и стал основой для развития «современного российского гражданского права». В этой связи можно назвать Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 года, которые существенно повлияли на формирование нового российского Гражданского кодекса. Именно тогда, в начале 90-х годов XX столетия, стали появляться новые российские нормативные правовые акты, которые в себя вобрали – может быть, зачастую избыточно – иностранный правовой опыт. В 1994 году принимается первая из четырех ныне действующих частей Гражданского кодекса РФ, которая стала примером такого воздействия иностранного правового опыта.

Мы исходим из позиции, что – вопреки мнению о возникновении «современного российского гражданского права» в начале 90-х годов XX столетия – российское право берет свое начало в XIX веке, в кодификационных работах по созданию свода законов для Российской Империи 1833 г.³ Это подтверждает и Концепция развития гражданского законодательства 2009 г., в которой в качестве ориентиров дальнейшего развития названы – наряду с иностранным правовым опытом – обращение к истории и правовым традициям прошлого, в том числе к правовым традициям XIX столетия.⁴ Сама Концепция 2009 года является своеобразной программой развития российского права на ближайшее время.

³ Арсланов К.М. О связи российского гражданского права и иностранного правового опыта в период с XIX века по настоящее время. В: XI Всероссийская научно-практическая конференция «Державинские чтения»: сб.ст. / отв.ред. О.И.Александрова: ВГУЮ (РПА Минюста России). Москва: ВГУЮ (РПА Минюста России), 2016. 580 с. С. 188-191.

⁴ Концепция развития гражданского законодательства 2009 г. – Указ Президента РФ от 18 июля 2008 г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 2008. № 29 (ч. I). Ст. 3482. См. также: Концепции развития российского законодательства / Под ред. Т.Я. Хабриевой, Ю.А. Тихомирова. М.: Эксмо, 2010. 732 с.

2. Основы современного российского гражданского права и его взаимосвязь с иностранным правовым опытом заложены в XIX и XX столетиях

Общепризнано, что российское право в его современном виде стало образовываться в XIX столетии, взяв за основу развития французскую и германскую кодификации (Французский гражданский кодекс 1804 г. и Германское гражданское уложение 1896 года). Свод законов для Российской Империи, созданный законодательной комиссией под руководством М.М.Сперанского, вобрал в себя достижения французской кодификации, Французского гражданского кодекса 1804 г. Но уже при проведении кодификационных работ по созданию Проекта Гражданского Уложения для Российской Империи в конце XIX – начале XX столетий, который в силу революционных событий первых двух десятилетий XX столетия так и не стал законом, большое влияние на российского законодателя оказал германский правовой опыт.⁵

Несмотря на то, что Советское государство заявило об отказе от «старого», «царского» права, дореволюционное право продолжало действовать в советском праве.⁶ Это важное утверждение для понимания взаимосвязи современного (сегодняшнего) российского права и дореволюционного права. Декрет СНК РСФСР о суде от 22 ноября (5 декабря) 1917 года⁷ ознаменовал собой прекращение существования царской судебной системы. При этом в п. (5) установлено, что «местные суды решают дела именем Российской Республики и руководятся в своих решениях и приговорах законами свергнутых правительств лишь постольку, поскольку таковые не отменены революцией и не противоречат революционной совести и революционному правосознанию». Тем самым была признана сама возможность обращения к дореволюционному праву. Это позволило в последующие годы многие нормативные правовые акты (среди

⁵ Арсланов К.М. О значении германских юридических конструкций для развития российского гражданского права // Вестник Новосибирского государственного университета. Серия: Право. 2015. Т. 11. № 3. С. 84-91.

⁶ См. также: Рыбаков В.А. Советское право: преемственный аспект // Современное право. 2010. № 10. С.13-17.

⁷ Декреты Советской власти. Т. I. М.: Гос. изд-во полит. литературы, 1957. С.124-126.

которых и ГК РСФСР 1924 года) построить на правовом опыте дореволюционного права. Построение нормативного правового материала на иностранном (в том числе на германском) правовом опыте оказало влияние и на науку гражданского права.

3. Связь российского и германского гражданского права в XIX столетии

Общепризнанной является связь как нормативного правового регулирования в России и в Германии в XIX столетии, так и связь российской и немецкой науки того времени. Показательными в этой связи являются работы Л.И. Петражицкого, создателя своей собственной юридико-социологической школы. Работы Л.И. Петражицкого прекрасно характеризуют конвергенцию российского и германского права на рубеже XIX и XX столетий. Студентом он подготовил перевод «Пандектов» Юлиуса Барона, который стал учебным пособием для обучения студентов римскому праву.⁸ Работа Л.И. Петражицкого «Fruchtverteilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten» (Берлин, 1892),⁹ посвященная учению о доходах с позиции римского права, составила основу его магистерской диссертации «О распределении доходов при переходе права пользования по римскому праву» (Киев, 1892) и докторской диссертации «Права добросовестного владельца на доходы с точек зрения догмы и политики гражданского права» (С.-Петербург, 1898).¹⁰ Эти работы Л.И. Петражицкого стали предметом обсуждения германскими юристами в процессе подготовки проекта Германского гражданского уложения в 1896 г. и в последующие годы. Интересна критика Л.И. Петражицкого неопределенности многих терминов нового ГГУ. Нужно упомянуть и глубокий анализ Л.И. Петражицкого

⁸ Барон, Юлиус. Система римского гражданского права. В 6 книгах. Перевод Л.И. Петражицкого. С.-Петербург: Юридический центр, 2005. 1102 с.

⁹ Petrażycki, Leo. Die Fruchtvertheilung beim Wechsel der Nutzungsberechtigten vom Standpunkt des positiven Rechts und der Gesetzgebung: drei civilrechtliclie Abhandlungen. Berlin: Müller, 1892. XI, 268 с.

¹⁰ Петражицкий Л.И. Права добросовестного владельца на доходы с точек зрения догмы и политики гражданского права]. С.-Петербург: Типография М. М. Стасюлевича, 1897. 435 с.
Петражицкий Л.И. Права добросовестного владельца на доходы с точек зрения догмы и политики гражданского права. М.: Статут, 2002. 424 с.

германского права в его работе об исках о незаконном обогащении, которая стала примечательной основой для дальнейшего развития российского кондикционного права.¹¹ Работы Л.И. Петражицкого, по признанию его современников, повлияли на работу законодательной комиссии по созданию германской гражданской кодификации. В этой связи следует отметить подготовку в XIX столетии российских юристов в Германии, подробное описание которой в рамках соответствующих курсов при Берлинском университете содержится в исследовании Флориана Колбингера.¹² То есть в Берлинском университете готовились юристы, которые затем в России занимались развитием правовой науки, а также практикой правоприменения.

4. Связь российского и германского гражданского права после 1991 года

Мы осознанно не останавливаемся на изложении влияния иностранного (германского) правового опыта на российское право в период с 1917 по 1997 г.г., поскольку это время характеризовалось отказом от исторических основ «буржуазного», «царского» права. Правда, такой отказ был смягчен работой тех юристов, которые получили свое образование в дореволюционной России и которые продолжали в той или иной степени – вольно или невольно – популяризировать в (Советской) России достижения российского дореволюционного права, а значит и иностранного правового опыта. Да и полного отказа, как такового, все-таки не произошло. Мы уже говорили выше о том, что уже в первые годы советской власти не произошло полного отказа от дореволюционного, «старого», права. Влияние на российское право со стороны дореволюционной школы гражданского права продолжалось и в последующем.¹³

¹¹ Петражицкий Л.И. Иски о незаконном обогащении в 1 ч. X т. (к характеристике современной юриспруденции) // Вестник права. 1900. №1. С.1-32; № 2. С. 1-31; № 3. С. 19-47; № 4 и 5. С.50-96.

¹² Kolbinger, Florian. Im Schleppeil Europas? Das russische Seminar für römisches Recht bei der juristischen Fakultät der Universität Berlin in den Jahren 1887-1896 (= Studien zur europäischen Rechtsgeschichte 173). Klostermann Vittorio GmbH: Frankfurt am Main 2004. XIV, 348 S.

¹³ Арсланов К.М. Влияние западноевропейского правового опыта на развитие современного российского гражданского права. В: Научные труды. Российская академия юридических наук. Выпуск 15. М.: Издательство «Юрист», 2015. 1320 с. С. 575 - 580.

При подготовке Гражданского кодекса РФ, часть первая которого была принята в 1994 году, а также всех последующих частей ГК РФ активно использовался иностранный правовой опыт.¹⁴ Это позволило ряду исследователей даже провести количественный подсчет влияния того или иного правопорядка на российское право, на российский ГК. Так, например, профессор Кристофер Осакве на одном из своих выступлений в Международном юридическом институте (г.Москва) на форуме, посвященном памяти Д.И. Мейера, в 2012 г.¹⁵ представил интересный результат исследований «корней» российского гражданского кодекса («genetic image of CCR»)¹⁶ Он сделал вывод, что на 80% - он немецкий, на 13% - французский, на 0,5% – швейцарский, на 0,5% – датский, на 3% – советский, на 2% – англо-американский. Вывод Кристофера Осакве: «...то есть ближе к ГГУ, чем к ФГК, но не совсем входит в германскую подгруппу». Мы уже обращали внимание на то, что трудно подтвердить или опровергнуть данный подсчет, поскольку оценить в процентном отношении влияние на ГК РФ со стороны различных правопорядков достаточно сложно, без учета материалов подготовительных законодательных комиссий и мнения непосредственных разработчиков закона.¹⁷ Для нас важным является тот факт, что представитель англо-американской правовой семьи оценил невысоко влияние англо-американского права на российскую гражданскую кодификацию. При этом показательно выделение Кристофером Осакве роли французского права на формирование современного российского права. Такая роль, действительно, представляется весьма существенной.¹⁸

¹⁴ Арсланов К.М. О заимствованиях иностранных юридических конструкций в российском гражданском праве // Ученые записки Казанского университета. Сер. Гуманитарные науки. 2015. Т. 157, кн. 6. С.79-89.

¹⁵ Международный конгресс «Право, культура, образование: интеграция и социальные вызовы», г. Москва, Московский юридический институт, 28.03.2012-30.03.2012.

¹⁶ Арсланов К.М. О заимствованиях иностранных юридических конструкций в российском гражданском праве. С.82.

¹⁷ Арсланов К.М. О заимствованиях иностранных юридических конструкций в российском гражданском праве. С.82.

¹⁸ Маковский А.Л. Code Civil Франции и кодификация гражданского права в России (связи в прошлом, проблемы влияния и совершенствования) // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2005. № 2. С. 137–148.

Немаловажным является, конечно же, воздействие на российское право со стороны англо-американского права. Такое воздействие проявилось, например, во введении в российский правовой оборот в 90-х г.г. XX столетия института доверительного управления («доверительной собственности»)¹⁹. До сегодняшнего дня эта дискуссия о «доверительной собственности» напоминает о себе в п. 4 ст. 209 и в главе 53 (ст. 1012-1026) ГК РФ. Влияние англо-американского правового опыта является существенным в области корпоративного права²⁰ и в других областях российского гражданского права (агентирование и др.).

Работы российских ученых, являющихся одними из разработчиков действующего Гражданского кодекса РФ, Е.А. Суханова²¹ и А.Л. Маковского,²² подчеркивают взаимосвязь российского и иностранного правового опыта, прежде взаимосвязь российского и западноевропейского права. Работы Л.Ю. Василевской,²³ И.А. Емелькиной²⁴ и многих других современных цивилистов

¹⁹ Указ Президента РФ от 24 декабря 1993 г. № 2296 «О доверительной собственности (трасте)» // Собрание актов Президента и Правительства Российской Федерации от 3 января 1994 г. № 1. Ст. 6.

²⁰ См.: Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право. М.: Статут, 2014. 456 с.; Арсланов К.М. Корпоративное право Германии и России: тенденции взаимного влияния // Сборник научно-практических статей II Международной научно-практической конференции «Актуальные проблемы предпринимательского и корпоративного права в России и за рубежом» (22 апреля 2015 года, г. Москва) / под общ. ред. С.Д.Могилевского, М.А.Егоровой // Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ. Юридический факультет им. М.М.Сперанского. М.: Юстицинформ, 2015. 214 с. С.50-53.

²¹ Например: Суханов Е.А. Интернет-интервью «Перспективы развития гражданского законодательства в России: планы и современные реалии» // <https://www.consultant.ru/law/interview/sukhanov/>; Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право. М.: Статут, 2014. 456 с.; Суханов Е.А. О некоторых итогах реформы гражданского кодекса РФ // *Deutsch-Russische Rechtszeitschrift*. 2016. Heft 1. S. 4-14, и др.

²² Например: Маковский А.Л. О кодификации гражданского права 1922-2006. - М.: Статут, 2010. – 726 с.; Маковский А.Л. Code Civil Франции и кодификация гражданского права в России (связи в прошлом, проблемы влияния и совершенствования) // *Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ*. 2005. № 2. С. 137–148, и др.

²³ Например: Василевская Л.Ю. Вещные сделки по германскому праву (Методология гражданско-правового регулирования): Дисс... д-ра юрид. наук: 12.00.03. Москва, 2004. 578 с.; Василевская Л.Ю. Институты иностранного права в Гражданском кодексе Российской Федерации: новое регулирование – новые проблемы // *Судья*. 2016. № 10. С. 10–13; и др.

развивают теорию взаимосвязи российского и иностранного (германского) правового опыта.

5. Выводы

Современное российское гражданское право, возникшее в XIX столетии, строится на достижениях дореволюционного и советского гражданского права. Учитывая при этом связь российского дореволюционного права и германского права XIX столетия, можно сделать вывод о том, что современное отнесение российского права к германской правовой группе является обоснованным. Но на российское право оказывали и оказывают свое влияние иные зарубежные правовые порядки, и прежде всего западно-европейское право (кроме германского права – французское право), а также англо-американское право. Последнее воздействует на российское гражданское право в настоящее время в части развития российского корпоративного права, а также ряда правовых институтов (агентирование, доверительное управление и др.).

Для западноевропейского юриста российское право с точки зрения его понимания является близким в силу общих теоретических основ, берущих свое начало в XIX столетии. Вместе с тем культурологические особенности российского права, самобытность его развития не допускают простой перенос тех или иных правовых институтов западноевропейского (в том числе германского) права на российское право. Во многом сходство российского и западноевропейского права является основой для понимания российского права и отправной точкой его изучения.

Можно со всей определенностью сказать, что современное российское гражданское право основывается на германском правовом порядке, что не предполагает, однако, возможность оперировать германским правом, или же правом других европейских правовых порядков, для непосредственного решения конкретных российских проблем правоприменения.

²⁴ Например: Емелькина И.А. Система ограниченных вещных прав на земельный участок. М.: Инфотропик Медиа, 2013. 416 с.

Информация об авторах:



Камиль Маратович Арсланов (Kamil Maratovitsch Arslanov), к.ю.н., доцент, заведующий кафедрой гражданского права Казанского (Приволжского) федерального университета. С 2003 г. – участник юридического бюро «НЕП Адвокаты» (Дрезден, Германия), руководитель Казанского представительства, с 2015 г. – участник адвокатского сообщества «НЕП АДВОКАТЫ*» (Дрезден, Германия).

Родился 27 октября 1973 года. Обучался на юридическом факультете Казанского государственного университета (1990-1995), в магистратуре Университета имени Юстуса Либига (Гиссен, Германия) (1995-1997).

Член редакционных советов и коллегий научных журналов: «Гражданское право» (Москва), «Юрист» (Москва), «Ученые записки Казанского университета. Серия Гуманитарные науки» (Казань), «Журнал предпринимательского и корпоративного права» (Москва), «Транспортное право» (Москва).

Председатель Третейского суда при Торгово-промышленной палате Республики Татарстан (2002-2017). Арбитр по международным коммерческим спорам Международного коммерческого арбитражного суда (МКАС) при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (г.Москва) с 2017 года.



Адвокат Ханс Йоахим Нотхельфер (Hans Joachim Nothelfer), руководитель адвокатского сообщества «НЕП АДВОКАТЫ*» (Дрезден, Германия).

Родился 16 декабря 1957 г. Обучался на юридическом факультете Университета имени Эберхарда Карла в Тюбингене. В 1990-1991 г. – адвокат немецкой адвокатской канцелярии «КХВП» (KNWP), в 1992-2002 г.г. – партнер «КХВП». С 2002 г. – старший партнер немецкой адвокатской канцелярии «НЕП Адвокаты». Является доверенным лицом Торгово-промышленной палаты Республики Татарстан (г. Казань, Российская Федерация).

Входил в состав экзаменационного комитета налоговых консультантов при Саксонском государственном министерстве финансов (1996-2010). Президент в отставке и Почетный президент Гольф-Союза Саксонии и Тюрингии (Golf Verband Sachsen und Thüringen e.V.); Президент Объединения свободных гольфистов в Германском Гольф-Союзе (Vereinigung clubfreier Golfspieler im DGV e.V.); Председатель наблюдательного совета «Райдер Кап Дойчланд ГмбХ» (RC Deutschland GmbH) (2008-2010); Президент в отставке Германского Гольф-Союза (Deutscher Golf Verband e.V.).

Членства: Германская ассоциация по вопросам наследственного права и имущественного правопреемства (Deutsche Vereinigung für Erbrecht und Vermögensnachfolge e.V.); Германно-Российская ассоциация юристов (Deutsch-russische Juristenvereinigung); Член редакционного совета «Журнала предпринимательского и корпоративного права» (Москва).

www.n-j-p.com

info@n-j-p.com

Юридический анализ дизельного скандала в Германии и США – поучительная пьеса на тему защиты прав потребителей

Die juristische Aufarbeitung des Dieselskandals in Deutschland und den U.S.A. – ein Lehrstück zum Verbraucherschutz

Д-р Ганс-Йоахим Шрамм

(Dr. Hans-Joachim Schramm)

Der Beitrag beleuchtet die Hintergründe und die juristische Aufarbeitung des sog. Dieselskandals in Deutschland und weiteren Ländern, vor allem den U.S.A. Ausgangspunkt des Skandals war die Feststellung, dass Volkswagen über Jahre hinweg mittels eines Computerprogramms das Verhalten von Dieselmotoren so manipuliert hatte, dass diese die gesetzlich vorgegebenen Abgaswerte lediglich unter Laborbedingungen, nicht aber unter Reallast im Straßenverkehr einhalten. Im Beitrag werden die sich hieraus ergebenden vertragsrechtlichen und deliktischen Ansprüche der Verbraucher untersucht, die sich sowohl gegen den Verkäufer als auch den Produzenten richten können. Herausgearbeitet werden dabei insbesondere die unterschiedlichen Ansichten zu einzelnen Tatbestandsmerkmalen, wie sie von den mit entsprechenden Klagen befassten Gerichten vertreten werden. Darüber hinaus werden Fragen der prozessualen Durchsetzung untersucht. Der Skandal hat die Vorzüge einer Sammelklage, wie sie den Verbrauchern in den U.S.A. zur Verfügung steht, gegenüber der Rechtslage in Deutschland, wo dies nicht der Fall ist, noch einmal deutlich gemacht.

1. Введение

После 18 сентября 2015 года, когда ведомство США по защите окружающей среды (Environmental Protection Agency, EPA) сообщило о начале расследования против акционерного общества «Фольксваген» по факту нарушения американских стандартов в области защиты окружающей среды на основании

Clean Air Act,¹ стали известны обстоятельства, которые поставили огромное количество правовых вопросов.

«Фольксваген», являясь одним из крупнейших автопроизводителей в мире и одной из самых известных компаний Германии, начиная с 2008 года устанавливал программное обеспечение для дизельных двигателей, которое было настроено на то, чтобы распознавать, эксплуатируется ли автомобиль в лабораторных условиях. В этом случае программное обеспечение включало измененный режим подачи топлива, который снижал уровень выбросов вредных веществ. Только при помощи этих манипуляций было возможным соблюдение необходимых стандартов в области защиты окружающей среды, а также получение соответствующего разрешения для определенных моделей автомобилей к эксплуатации в США и ЕС, так как соблюдение стандартов как в США, так и в Германии проверялось только в рамках тестирования в лабораториях. При этом «Фольксваген» в своей рекламе в Европе делал акцент на соблюдении стандартов защиты окружающей среды в соответствии с действующими европейскими нормами.

При эксплуатации автомобилей в рамках дорожного движения в обычных условиях предельно допустимые значения были превышены в одних случаях от 5 до 20 раз, в других случаях – в 35 раз. По всему миру такое программное обеспечение «Фольксваген» было установлено на 11 миллионах дизельных автомобилей, из них 2,5 миллиона в Германии и 400.000 в США. Согласно имеющейся информации, другие автопроизводители также использовали программное обеспечение для занижения количества выбросов вредных газов.²

¹ О причинах: *Reitze The Volkswagen Air Pollution Emissions Litigation*, Quinney College Law research paper No. 174, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2805186. Нарушение допустимых пределов обнаружил Международный совет по экологически чистым перевозкам (ICCT).

² См. Федеральное министерство транспорта и цифровой инфраструктуры Германии, отчет следственной комиссии «Фольксваген», https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/VerkehrUndMobilitaet/Strasse/bericht-untersuchungskommission-volkswagen.pdf?__blob=publicationFile

С правовой точки зрения этот случай послужил поводом для большого количества вопросов, с одной стороны, относительно потребителей, которые считают себя обманутыми, с другой стороны, относительно защиты всего общества, чьи интересы были ущемлены посредством загрязнения воздуха. Кроме того интересным является в этом казусе то, что он развивался одновременно в разных государствах и в связи с этим возможно сравнение различных механизмов, используемых в этих странах для решения данной проблемы.³ При этом для сравнения можно использовать, с одной стороны, немецкое право, с другой стороны – американское. В то время, как в Германии сейчас на рассмотрении находятся тысячи судебных исков, по которым суды низших инстанций приходят частично к разным выводам, в США стороны достигли в суде мирового соглашения, согласно которому «Фольксваген» должен заплатить пострадавшим потребителям в общей сложности 25 миллиардов долларов США.⁴ Кроме того, должно быть исследовано, какие правовые инструменты в Германии и в США привели к таким различным результатам.

2. Фактические обстоятельства

Для систематизации проблематики дизельного скандала необходимо осветить подоплеку относительно политики развития промышленности и охраны окружающей среды. Отправной точкой является то обстоятельство, что в Германии, где с 1970-х годов традиционно высокие цены на бензин, законодатель хотел поддержать транспортную отрасль посредством налоговых преференций. Используемое грузовыми автомобилями дизельное топливо облагается более низким налогом, чем используемый легковыми автомобилями бензин. Это побудило автопроизводителей к развитию дизельных двигателей для использования их в легковых автомобилях. В сочетании с более низким расходом это привело к тому, что в Германии порой до половины автомобилей,

³ См. отчеты отдельных стран относительно дизельного скандала в: *Journal of European Consumer and Market Law (EuCML) 2017 Nr. 1, 2.*

⁴ *Eger/ Schäfer Reflections on the Volkswagen Emissions Scandal;* https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3109538

которые получали допуск к эксплуатации, работали на дизельном топливе.⁵ Из этого возник интерес промышленности к продаже дизельных автомобилей на экспортных рынках, даже если там для дизельного топлива не предоставлялись налоговые льготы. То обстоятельство, что дизельные двигатели относительно выбросов вредных веществ более вредные, чем бензиновые, не играло никакой роли.

Параллельно с этим вначале в Англии, а позже в США было введено законодательство о защите воздуха.⁶ В Германии в 1974 году был принят закон «Об охране окружающей среды от воздействия экологически вредных выбросов», причем в настоящее время издание соответствующих нормативных актов находится в компетенции Европейского союза.⁷ В связи с тем, что выбросы транспортных средств влекут за собой значительное загрязнение воздуха, и в США, и в ЕС они были ограничены предельно допустимыми значениями. Однако, предельно допустимые значения для вредных выбросов в США значительно строже чем в Европейском союзе.⁸ Реализация соблюдения предельно допустимых значений достигается посредством того, что для продажи новых моделей транспортных средств установлена необходимость получения так называемого разрешения к эксплуатации. Такое разрешение новые модели могут получить, только если производитель обеспечит технически и сможет это подтвердить документально, что транспортные средства соблюдают предписанные предельные значения выбросов вредных веществ.⁹ Соблюдение

⁵ Статистика Федерального автотранспортного ведомства относительно допуска к эксплуатации новых автомобилей в 2017 году,

https://www.kba.de/DE/Statistik/Fahrzeuge/Neuzulassungen/Umwelt/n_umwelt_z.html

⁶ UK: Clean Air Act 1956, U.S.A.: Clean Air Act 1963.

⁷ Вначале директива 96/62 от 12.9.1996, затем директива 2008/50 от 21.5.2008 о качестве воздуха и чистом воздухе в Европе.

⁸ *Eger/Schäfer* Reflections on the Volkswagen Emissions Scandal,

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3109538

⁹ Важными являются директивы ЕС 2007/46 от 5.9.2007 (рамочная директива в отношении лицензирования моделей транспортных средств) и постановление ЕС 2007/715 о разрешении на эксплуатацию моделей транспортных средств относительно загрязнения окружающей среды (Euro 5 и Euro 6) от 20.6.2007. В постановлении 692/2008 были регламентированы детали процесса проверки.

допустимого объема выбросов контролируется компетентным ведомством. В США такой контроль находится в компетенции ведомства по охране окружающей среды, в Германии – в компетенции федерального автотранспортного ведомства (*Kraftfahrt-Bundesamt*),¹⁰ которое осуществляет технический контроль за транспортными средствами.¹¹ При этом изначально соблюдение предельных значений проверялось только в лабораторных условиях. Программное обеспечение, устанавливаемое «Фольксваген» начиная с 2008 года, определяло, проводится ли тестирование автомобиля в лабораторных условиях, и в этом случае изменяло настройки двигателя таким образом, чтобы снижался выброс вредных веществ. Во время нормальной эксплуатации автомобиля программное обеспечение отключалось, что вело к превышению предельно допустимых значений вредных выбросов. Использование таких устройств было прямо запрещено постановлением ЕС.¹² Примечательно при этом, что согласно исследованиям федерального ведомства, в ведении которого находятся вопросы защиты окружающей среды, значительные подозрения существовали уже с 2006 года.¹³

Эти махинации были обнародованы в письме ЕРА в октябре 2015 года. Теперь необходимо выяснить, какие правовые последствия они обуславливают. Уголовно-правовые аспекты, несмотря на то, что они имеют значение в данном деле, рассматриваться не будут.¹⁴

¹⁰ См. www.kba.de

¹¹ *Eger/Schäfer* Reflections on the Volkswagen Emissions Scandal; https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3109538

¹² Art. 5 Abs. 1 VO 715/2007, к этому вопросу *Klinger*, *Rechtsgutachten zu Verbraucheransprüchen infolge manipulierter Schadstoffwerte bei Personenkraftwagen* (Правовая экспертиза относительно прав потребителей вследствие манипулированных значений выбросов вредных веществ легковыми автомобилями), <https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/Rechtsgutachten-VW-manipulierte-Schadstoffwerte-KFZ-Oktober-2015.pdf>; *Eger/Schäfer* Reflections on the Volkswagen Emissions Scandal; https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3109538

¹³ *Führ*, *Der Dieselskandal und das Recht – Ein Lehrstück zum technischen Sicherheitsrecht* (Дизельный скандал и право - поучительная пьеса по вопросам права технической безопасности), *NVwZ* 2017, 265 (267).

¹⁴ В США были осуждены к лишению свободы два менеджера, которые принимали участие в разработке программного обеспечения. В Германии было возбуждено уголовное дело в

3. Публично-правовые предпосылки: положения о защите окружающей среды

Отправной точкой с фактической точки зрения является то обстоятельство, что продаваемые концерном «Фольксваген» автомобили вопреки данным, предоставленным с целью получения разрешений на эксплуатацию моделей, не соблюдали допустимые пределы выбросов вредных веществ. Несмотря на это, «Фольксваген» все же получил разрешения на эксплуатацию моделей автомобилей, так как в заявке не было указано о свойствах программного обеспечения. С точки зрения административного права следствием этого является то, что автомобили, имеющие такое программное обеспечение, эксплуатируются без необходимого разрешения. На этом основании компетентное ведомство вправе потребовать от производителя установления на уже эксплуатируемых автомобилях устройств, при помощи которых будет достигнуто соблюдение предусмотренных законом предельных значений.¹⁵ «Фольксваген» обещал выполнить это требование в течение двух лет, в связи с чем компетентное ведомство считает выполненными условия, предусмотренные положениями о дорожном движении.¹⁶

Относительно загрязнения воздуха имеются расчеты, согласно которым в Германии с момента введения предельных размеров превышение показателей выбросов вредных веществ привело к смерти до 1200 человек. Однако в связи с тем, что в соответствующих национальных положениях вопреки директиве ЕС отсутствуют санкционные механизмы, это не повлекло для производителей в

отношении 37 человек, в том числе в отношении ответственного председателя правления. Пока никто осужден не был.

¹⁵ *Fassbender* Der Dieselskandal und der Gesundheitsschutz (Дизельный скандал и защита здоровья), NJW 2017, S. 1995 (1999). *Klinger* Rechtsgutachten zu Verbraucheransprüchen infolge manipulierter Schadstoffwerte bei Personenkraftwagen, (Правовая экспертиза относительно прав потребителей вследствие манипулированных значений выбросов вредных веществ легковыми автомобилями), <https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/Rechtsgutachten-VW-manipulierte-Schadstoffwerte-KFZ-Oktober-2015.pdf>

¹⁶ *Fassbender* Der Dieselskandal und der Gesundheitsschutz (Дизельный скандал и защита здоровья), NJW 2017, S. 1995 (1999). Поведение ведомства в этом отношении сомнительно, так как неизвестно, можно ли добиться соблюдения стандартов при помощи обновления программного обеспечения. Кроме того, переходный срок определен очень щедро.

Германии никаких значимых последствий.¹⁷ Так, соответствующая норма немецкого закона об административных правонарушениях предусматривает всего лишь денежный штраф в отношении юридического лица в размере до 10 миллионов евро.¹⁸ В США, напротив, возможно наложение административного штрафа в размере 25.000 евро за каждый проданный автомобиль.¹⁹

Поэтому европейская комиссия начала в декабре 2016 года производство против Германии о нарушении договора ЕС в связи с отсутствием достаточных санкционных механизмов. Тем не менее был изменен порядок проверки показателей вредных выбросов, который теперь также предусматривает проверку в реальных условиях при эксплуатации автомобиля в рамках дорожного движения.

4. Гражданско-правовой уровень: индивидуальные иски потребителей

4.1. Основы

В связи с тем, что покупатели приобрели автомобили на основании договора, в первую очередь, необходимо проверить договорные требования к продавцу. При этом здесь будут проверены только требования к первому продавцу-предпринимателю. Центральным основанием предъявления требования в Германском Гражданском Уложении (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB; далее – ГГУ) является § 437 ГГУ, который был сформулирован на основе ст. 3 директивы ЕС 1999/44. В отличие от украинского и российского права продавец вначале имеет право на устранение недостатков, прежде чем покупатель может снизить цену или расторгнуть договор.²⁰ Помимо договорных требований к стороне договора в немецком праве, в принципе, рассматриваются еще и

¹⁷ *Führ* Der Dieselskandal und das Recht – Ein Lehrstück zum technischen Sicherheitsrecht (Дизельный скандал и право - поучительная пьеса по вопросам права технической безопасности), NVwZ 2017, 265 (271).

¹⁸ § 30 Закон об административных правонарушениях (OWiG).

¹⁹ 42 U.S.C. Chapter 85 Sec.7524.

²⁰ В украинском праве можно сравнить со ст. 678, 708 ГК Украины, в российском праве со ст. 475, 503 ГК РФ.

деликтные требования.²¹ Они представляют интерес для покупателя в связи с более длинным сроком исковой давности.²² Напротив, требования на основании оспаривания вследствие заблуждения изначально исключаются, так как право купли-продажи имеет приоритет как более специальное.²³

Договорные требования покупателя к изготовителю не рассматриваются (к продавцу могут быть регрессные требования у продавца). Более подробно, однако, следует рассмотреть требования покупателя к изготовителю на основании деликта. Требования покупателя к изготовителю на основании его ответственности за некачественный товар исключены, так как закон об ответственности за недоброкачественную продукцию, как и положенная в его основу директива ЕС, предусматривают только возмещение ущерба, причиненного другим вещам, а не предмету договора купли-продажи.²⁴

4.2 Обман покупателя

4.2.1 Обман, совершенный продавцем

Как правило, покупатели автомобилей с нелегальным программным обеспечением ссылаются на то, что их обманули. Проблема заключается здесь в том, что продавец защищается при помощи аргумента, что он ничего не знал и не мог знать об установлении такого программного обеспечения. Ответственность продавца может быть принята во внимание в таком случае только, если ему может быть вменен обман, совершенный продавцем. В этом случае в немецком праве применяется § 123 ГГУ. Немецкое право следует в этом

²¹ Сравнительно-правовой, *Van Gerven a.o. Cases, Materials and Text on Tort Law*, S. 32 ff.

²² Право требования в связи с недостатком купленного товара истекает согласно § 438 ГГУ через 2 года после передачи товара, соответственно ст. 5 директивы ЕС 1999/44, деликтные требования истекают через 3 года после того, как кредитор узнал о лежащих в основе требования обстоятельствах и о должнике, §§ 195, 199 ГГУ. Соответствующие нормы предусмотрены в украинском праве в ст. 257, 261, 680 (2) ГК Украины, в российском праве - в ст. 196, 200, 477 (2) ГК РФ.

²³ *BGH NJW* 1988, S. 2597.

²⁴ § 1 Закон об ответственности за недоброкачественную продукцию (*Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte*); ст. 9 директива ЕС 85/347 от 25.7.1985. Соответственно ст. 1187 (2) ГК Украины, ст. 1095 ГК РФ.

случае решению, которое похожим образом регулируется российским гражданским кодексом. Согласно этому решению важным является, знал или как минимум мог ли знать партнер по договору об обмане, совершенном третьим лицом.²⁵ По этому вопросу суды до настоящего времени в большинстве случаев решили, что продавцу нельзя вменить в вину обман, совершенный изготовителем.²⁶

4.2.2 Обман, совершенный изготовителем

Обманное действие изготовителя, возможно, заключалось в содержащемся в рекламном проспекте заявлении о том, что автомобили соблюдают необходимые показатели выбросов вредных веществ, хотя показатели соблюдались только в рамках тестирования, а не в нормальных условиях дорожного движения. То, что такое действие, противоречащее прямому запрету европейского права, представляет собой обман покупателя, в значительной мере бесспорно. Спорным является лишь вменение, так как до сих пор обман признали только инженеры, устанавливавшие программное обеспечение. Менеджеры «Фольксваген», напротив, ссылаются на то, что они ничего не знали об установке программного обеспечения. Независимо от того, является ли их возражение убедительным, оно не является достаточным для освобождения менеджеров от ответственности, так как они были обязаны организовать внутренние процессы внутри «Фольксваген» таким образом, чтобы исключить подобные нарушения действующего права.²⁷ Ответственность АО «Фольксваген» за действия менеджеров, кроме того, вытекает из § 31 ГГУ.²⁸

²⁵ Ст. 179 (2) ГК РФ, см. ст. 230 ГК Украины.

²⁶ Земельный суд Оснабрюка (LG Osnabrück), решение от 28.06.2017 - 1 O 29/17, другое решение было принято земельным судом Мюнхена (LG München I, решение от 17.5.2016 - 23 O 23033/15), где были установлены корпоративные связи между изготовителем и продавцом.

²⁷ Земельный суд Оснабрюка (LG Osnabrück), решение от 28.06.2017 - 1 O 29/17; Земельный суд Дюссельдорфа (LG Düsseldorf, решение от 09.02.2018 - 7 O 212/16). Однако есть суды, которые по этому вопросу решили по-другому.

²⁸ Сравнимо со ст. 53 (1) ГК РФ, ст. 92 ГК Украины.

4.3 Недостаток вещи

Предпосылкой требования на основании договора купли-продажи является передача вещи, имеющей недостаток. Соответствующее положение § 434 ГГУ, которое базируется на положении ст. 2 директивы ЕС 1999/44, ориентируется при этом на договоренность между сторонами договора либо на то, что покупатель вправе был ожидать.²⁹ Большинство судов в данном случае установили наличия недостатка вещи, указав, что автомобили вопреки данным изготовителя могли соблюдать показатели выбросов вредных веществ только при помощи противоправных устройств.³⁰ Только в единичных случаях суды следовали аргументу, что манипулированные автомобили являются свободными от недостатков, так как федеральное автотранспортное ведомство не отозвало разрешение на эксплуатацию моделей автомобилей. Это мнение, однако, является менее убедительным, так как на основании рекламного проспекта изготовителя фактические показатели выбросов вредных веществ стали предметом соглашения о свойствах продаваемой вещи.

4.4 Права покупателя по отношению к продавцу

4.4.1 Договорные требования

В соответствии с уже названным § 475 ГГУ покупатель некачественной вещи, как в российском и украинском праве, в принципе, может по своему выбору потребовать устранения недостатков в форме ремонта или передачи свободной от недостатков вещи, а также уменьшить покупную цену или отказаться от договора. В отличие от российского и украинского права, покупатель не вправе напрямую поручать третьему лицу производство ремонта за счет продавца.³¹ Интересным здесь является то, что согласно немецкому и европейскому праву потребитель в случае отказа от договора не обязан

²⁹ Ст. 2 директивы ЕС: обладает качеством, общепринятым для вещей такого сорта, и покупатель может ожидать его наличия. Формулировки в украинском и российском праве немного отличаются от этого определения, см. ст. 469 ГК РФ, ст. 673 ГК Украины.

³⁰ *Ring Abgas-Manipulationssoftware und Mängelrechte der Käufer* (Манипулированное программное обеспечение и гарантийные права покупателей), NJW 2016, 3121.

³¹ Ст. 475 (1) ГК РФ, ст. 678 ГК Украины.

возмещать стоимость извлеченных выгод.³² Кроме того, могут быть рассмотрены требования о возмещении ущерба, которые, однако, могут быть обоснованы только в том случае, если продавец знал о манипуляциях или ему может быть вменено знание изготовителя. Как правило, однако, для этого нет оснований.

В отличие от российского и украинского права, которые следуют Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров, согласно немецкому праву покупатель обязан вначале назначить продавцу разумный срок для последующего исполнения, прежде чем он будет вправе отказаться от договора или уменьшить покупную цену.³³ Общим для всех правовых систем является то, что отказ от договора исключается, если недостаток вещи является несущественным.³⁴

На практике в связи с этим возникают следующие вопросы: в случае, когда покупатель согласился на установку нового программного обеспечения, необходимо решить, в каком месте должна быть произведена установка этого программного обеспечения. Вопрос является спорным. Однако, господствующее мнение требует производства работ в месте нахождения вещи.³⁵ В соответствии с этим покупатель, в принципе, не обязан доставлять свой автомобиль продавцу.

Что касается поставки нового автомобиля, существует вопрос, вправе ли покупатель требовать новый автомобиль, если модельный ряд, к которому автомобиль относится, больше не производится. В этой ситуации большинство судов отклонили последующее исполнение посредством передачи свободной от недостатков вещи, указав, что в этом модельном ряду нет автомобилей, свободных от недостатков. Однако, есть также решения, в которых суды признали за покупателем право требования на поставку автомобиля из нового

³² Ранее § 474 ч. 5 ГГУ, сейчас § 475 ч. 3 ГГУ. Насколько можно увидеть, последствия отказа от договора в России и Украине регулируются по-разному, ст. 453 ГК РФ, ст. 653 ГК Украины.

³³ § 437 Nr. 2 ГГУ, § 323 ГГУ, в отношении покупки потребительских товаров: ст. 503 ГК РФ, ст. 708 ГК Украины.

³⁴ § 323 ч. 5 ГГУ, ст. 475 (2) ГК РФ, ст. 678 (2) ГК Украины.

³⁵ *Brors Die Bestimmung des Nacherfüllungsortes vor dem Hintergrund der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie* (Определение места последующего исполнения на фоне директивы о покупке потребительских товаров), NJW 2013, S. 3329.

модельного ряда с указанием на договорное соглашение поставки нового автомобиля.³⁶

В заключении необходимо выяснить, исключается ли отказ от договора на том основании, что при нарушении показателей выбросов вредных веществ и связанного с этим обязательства по обновлению программного обеспечения речь идет о «незначительном» недостатке.³⁷ Представители такого мнения указывают на то, что связанные с обновлением программного обеспечения расходы являются небольшими и поэтому недостаток является незначительным.³⁸ Большинство судов, однако, не придерживается такого мнения, так как по состоянию на сегодняшний день неизвестно, приведет ли к желаемому результату установка улучшенного программного обеспечения.³⁹

4.4.2 Деликтные требования

Деликтные требования к продавцу в значительной степени исключены, так как продавец, как правило, может успешно сослаться на то, что он не знал о манипуляциях и поэтому действовал невиновно.

4.5 Права покупателя по отношению к изготовителю

4.5.1 Общее о деликтных требованиях по немецкому праву

С точки зрения покупателя представляют интерес не только требования к продавцу, но и к изготовителю. В связи с тем, что между покупателем и изготовителем нет договорных отношений, здесь могут быть рассмотрены только деликтные требования. В немецком праве в сфере ответственности вне зависимости от наличия вины, имеется, в принципе, три основания для предъявления требования. Чистый имущественный вред возмещается согласно § 826 ГГУ только при наличии умышленного, противоречащего добрым нравам

³⁶ Witt Der Dieselskandal und seine kauf- und deliktsrechtlichen Folgen (Дизельный скандал и его договорные и деликтные правовые последствия), NJW 2017, S. 3681.

³⁷ § 323 ч. 5 ГГУ.

³⁸ Высший земельный суд Мюнхен (OLG München) NJW-RR 2017, S. 1238.

³⁹ Высший земельный суд Кельн (OLG Köln) NJW-RR 2018, 373.

действия. Простая вина ведет к обязанности по возмещению причиненного вреда при нарушении указанных в § 823 ч. 1 ГГУ правовых интересов или при нарушении защитного закона в смысле § 823 ч. 2 ГГУ. § 823 ч. 1 ГГУ в данном случае исключается, так как в случае с покупателем недоброкачественного автомобиля вред был причинен только лишь его имуществу.

4.5.2 Умышленное, противоречащее добрым нравам причинение вреда согласно § 826 ГГУ

Условием ответственности согласно § 826 ГГУ является наличие умышленного, противоречащего добрым нравам действия изготовителя. Такое действие усматривается в установке нелегального программного обеспечения.⁴⁰ Также можно говорить о наличии вреда, если ориентироваться на то, что покупатель вследствие обмана приобрел не такой автомобиль, какой он хотел.⁴¹ С точки зрения доказательственного права, однако, для покупателя возникает проблема. Он должен доказать причинную связь между обманом изготовителя и своим решением приобрести автомобиль. Некоторые суды ориентируются при этом на то, что в конкретном случае для покупателя показатели выбросов вредных веществ безразличны и что покупатель и без обмана приобрел бы автомобиль за ту же цену.⁴² Другие суды, напротив, справедливо подчеркивают, что покупатели, зная положение вещей, не купили бы автомобиль без действительного разрешения на эксплуатацию.⁴³

⁴⁰ *Öchsler Rückabwicklung des Kaufvertrags gegenüber Fahrzeugherstellern im Abgasskandal* (Последствия отказа от договора купли-продажи по отношению к автопроизводителю в скандале с вредными выбросами), NJW 2017, S. 2865.

⁴¹ *Witt Der Dieselskandal und seine kauf- und deliktsrechtlichen Folgen* (Дизельный скандал и его договорные и деликтные правовые последствия), NJW 2017, S. 3681 (3685), Земельный суд Хильдесхайма (LG Hildesheim) DAR 2017, S. 83.

⁴² Земельный суд Брауншвейга (LG Braunschweig), решение от 26.05.2017 - 11 O 4093/16, *Öchsler Rückabwicklung des Kaufvertrags gegenüber Fahrzeugherstellern im Abgasskandal* (Последствия отказа от договора купли-продажи по отношению к автопроизводителю в скандале с вредными выбросами), NJW 2017, S. 2865.

⁴³ Земельный суд Вупперталь (LG Wuppertal), решение от 16.01.2018 - 4 O 295/17.

4.5.3 Деликтные требования согласно § 823 ч. 2 ГГУ вследствие нарушения защитного закона

Согласно § 823 ч. 2 ГГУ во внимание может быть принята деликтная ответственность вследствие виновного причинения имущественного ущерба, если виновное лицо нарушило защитный закон.⁴⁴ Проблему, о которой здесь идет речь, представляет вопрос о том, каждое ли нарушение какой-либо нормы ведет к гражданско-правовой ответственности или только нарушение определенных норм. Этот вопрос является интересным относительно нарушения положений о защите окружающей среды. Согласно немецкому праву обязанность по возмещению вреда может быть обоснована нарушением таких положений, если речь идет о нормах, направленных на защиту другого лица. В связи с этим здесь также встает вопрос,⁴⁵ имеют ли нарушенные нормы, направленные на защиту окружающей среды, своей целью защиту всего общества или также и защиту отдельных пострадавших лиц. Господствующее мнение исходит из того, что разрешение на эксплуатацию содержит гарантии по отношению к индивидуальному покупателю.⁴⁶

В результате это означает, что требования покупателя к изготовителю о расторжении договора также являются обоснованными.

4.6 Основания для предъявления требования согласно праву США

С материально-правовой точки зрения иски против изготовителя в США в значительной степени опирались на два основания⁴⁷ – на деликтное основание для предъявления требования⁴⁸ и на положения о защите прав потребителей.⁴⁹

⁴⁴ В российском и украинском праве соответствующее правило отсутствует. Вопрос правомерности действия приводится только в диспозиции нормы, предусматривающей исключение, ст. 1064 (3) ГК РФ, ст. 1166 (4) ГК Украины.

⁴⁵ Также может быть рассмотрено нарушение нормы уголовного кодекса, предусматривающей ответственность за мошенничество, § 263 УК ФРГ.

⁴⁶ *Harke Herstellerhaftung im Abgas-Skandal* (Ответственность изготовителя в скандале с выбросами вредных веществ), *VuR* 2017, S. 83.

⁴⁷ См. Order granting final approval of the consumer and dealer class action settlement vom 25.10.2016, <https://www.cand.uscourts.gov/crb/vwmdl/settlement-documents-2-liter>

⁴⁸ Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act (“RICO”), 18 U.S.C. § 1962(c)-(d).

Центральным элементом деликтного основания было обвинение в мошенничестве, а иски на основе положений о защите прав потребителей исходили из признания наличия гарантии изготовителя, данной в рекламном проспекте.⁵⁰ Насколько можно увидеть, в американском федеральном праве высказывания, содержащиеся в рекламном проспекте, проще квалифицировать в качестве гарантии в правовом смысле, нежели в немецком праве.⁵¹ Дело до судебного решения в конечном счете не дошло, так как стороны заключили мировое соглашение. Тем не менее, суд, утвердив мировое соглашение, дал понять, что он считает требования по существу обоснованными.

5. Процессуальный уровень

Главное отличие американского и немецкого права заключается в процессе реализации требований. В то время, как в немецком процессе до сих пор, в принципе,⁵² исходят из модели двухстороннего процесса между обладателем нарушенного права и ответчиком, право США предлагает возможность группового иска. В данном случае применяется Rule 23 of Federal Rules of Civil Procedure.⁵³ Согласно этому положению можно объединять схожие по содержанию иски в одном процессе и принимать одно решение с действием для всех заинтересованных лиц, если только они прямо не заявят, что они не хотят принимать участие в процессе (,opt-out’).

⁴⁹ Magnusson-Moss Warranty Act, 15 U.S.C. § 2301 et seq.

⁵⁰ Насколько можно увидеть, по американскому праву рекламные проспекты признаются гарантией, вследствие чего любому гаранту в случае нарушения может быть предъявлен иск.

⁵¹ *Weidenkaff/ Palandt – BGB*, 76. Aufl., § 443 Rn. 6.: Соответствующая реклама сама по себе не дает основания для признания гарантии. Относительно указанного казуса, однако, дискуссия ведется в том направлении, что имеется гарантия изготовителя по отношению к потребителю относительно тех данных, которые изготовитель указал в рамках заявки на получение разрешения на эксплуатацию определенной модели автомобилей; *Artz/ Harke EU-Übereinstimmungserklärung als Auskunft- und Garantievertrag* (Сертификат соответствия как гарантийный и информационный договор), *NJW* 2017, S. 3409.

⁵² Исключением является ограничивающийся защитой вкладчиков закон о судопроизводстве по модельным делам, возникающим из правоотношений, регулируемых законодательством о рынке ценных бумаг от 16.8.2005 в редакции от 2.7.2016 (*Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten* vom 16.8.2005 i.d.F. vom 2.7.2016).

⁵³ Дополнен посредством Class Action Fairness Act 28 U.S.C. sections 1332(d), 1453, and 1711–1715.

В Европе и, в том числе в Германии, в подавляющем большинстве выступают против групповых исков по американскому образцу.⁵⁴ Значительные возражения сводятся к тому, что такие процессы, в первую очередь, будут служить на пользу адвокатам, так как они требуют гонорар успеха в размере до 30-35 % от требуемой в иске суммы, и пострадавшим по окончании процесса достаются лишь незначительные суммы в качестве возмещения ущерба.⁵⁵ Проблематичным, кроме того, является объединение большого количества лиц в рамках одной стороны процесса, при том что для включения лица в процесс не требуется его сознательного решения.

Эти возражения привели к тому, что в Германии до сих пор существует только один вид процесса, при помощи которого могут приниматься решения по отдельным правовым вопросам с действием для других заинтересованных лиц (судопроизводство по модельным делам, нем. «Musterklage»). Этот вид процесса в Германии, однако, ограничен применением в сфере рынка ценных бумаг и, кроме того, непрактичен, так как решение суда не становится исполнительным документом.⁵⁶ Для общей защиты потребителей было также введено право признанных союзов на предъявление иска.⁵⁷ Однако они вправе обращаться в суд лишь с исками о запрете, они не могут требовать возмещения ущерба. В некоторых европейских странах в настоящее время появились другие институты, например, во Франции,⁵⁸ Великобритании,⁵⁹ Нидерландах⁶⁰ и Польше.⁶¹

⁵⁴ *Wopen Kollektiver Rechtsschutz – Ziele und Wege* (Коллективная правовая защита – цели и пути), NJW 2018, S. 133.

⁵⁵ *Wopen Kollektiver Rechtsschutz – Ziele und Wege* (Коллективная правовая защита – цели и пути), NJW 2018, S. 133.

⁵⁶ *Tilp/Schiefer VW Dieselgate – die Notwendigkeit zur Einführung einer zivilrechtlichen Sammelklage* (Дизельгейт – необходимость введения гражданско-правового группового иска), NZV 2017, 14.

⁵⁷ Закон об исках о запрете при нарушениях законодательства о правах потребителей и других нарушениях (*Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen*) от 26.11.2001.

⁵⁸ Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (Loi Hamon).

⁵⁹ Consumer Rights Act 2015.

⁶⁰ Code of Civil Procedure Titel 14 Class Action.

⁶¹ Act on group litigation 2010.

Несмотря на то, что Еврокомиссия еще в июне 2013 года издала рекомендации относительно процессов о запрете и о возмещении ущерба,⁶² в Германии только в 2017 году был представлен для дискуссии первый проект закона об общем судопроизводстве по модельным правоустанавливающим делам. Предложение Еврокомиссии отличается тем, что подобные процессы могут вестись только ассоциациями по защите прав потребителей, а лица становятся стороной процесса только при наличии заявленного согласия („opt-in“). В отличие от немецкого права Еврокомиссия предлагает создать возможность завершения подобных процессов путем заключения мирового соглашения с действием для всех участников. Недавно Еврокомиссия предоставила отчет о реализации в странах ЕС рекомендаций комиссии от 2013 года.⁶³ При этом следует исходить из того, что развитие в этой области продолжится.

6. Обобщение результатов

Результаты исследования можно обобщить следующим образом:

- Одной из причин дизельного скандала явился недостаточный контроль со стороны компетентных ведомств Германии за соблюдением стандартов в области защиты окружающей среды. Причины этого лежат в материальном праве, а именно в недостаточности контрольных и санкционных механизмов. Кроме того, имеются проблемы в организации. В США есть центральное ведомство, отвечающее за охрану окружающей среды и соблюдение стандартов. В Европе контроль за транспортными средствами находится в компетенции национальных ведомств, в Германии – в

⁶² Комиссия ЕС, Общие принципы коллективных процессов о запрете и о возмещении ущерба в странах ЕС при нарушении прав, гарантируемых союзным правом (2013/396/EU) от 11.6.2013.

⁶³ EU-Commission Report (2018/40) of 25.01.2018 on the implementation of the Commission Recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union law (2013/396/EU).

компетенции федерального автотранспортного ведомства.⁶⁴ Это ведомство подчинено в организационном плане министерству транспорта и по отношению к национальной промышленности настроено скорее позитивно. Контроль в связи с этим осуществлялся скорее в недостаточной мере.

- С материальной точки зрения и американское, и немецкое право предлагают достаточные инструменты для защиты потребителей.
- Проблематичным, однако, является вопрос предъявления требований. В отличие от США в Германии нет процесса, предусматривающего возможность коллективного предъявления требований о возмещении ущерба. На практике это привело к тому, что в судах рассматривается большое количество исков, по которым в некоторых случаях принимаются решения, отличающиеся друг от друга.
- В настоящее время в ЕС обсуждается вопрос введения механизмов для коллективной реализации прав. Целью является разработка процесса, который, с одной стороны, был бы достаточным для более эффективного оформления подобных судебных производств. С другой стороны, в отличие от американских групповых исков должен быть снижен риск злоупотребления адвокатами подобными процессами в своих интересах. При этом следует исходить из того, что развитие в этой области продолжится.

Об авторе:

Д-р Ганс-Йоахим Шрамм (Dr. habil. Hans-Joachim Schramm), доцент в Университете прикладных наук г. Висмара (Fachhochschule Wismar), специализация: международное экономическое право; научный директор Восточного института в г. Висмаре (Ostinstitut Wismar); в течение более 20 лет

⁶⁴ *Eger/ Schäfer* Reflections on the Volkswagen Emissions Scandal; https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3109538

выступает в качестве консультанта по вопросам гражданского и коммерческого права в странах постсоветского пространства; является ответственным руководителем следующих учебных программ в Университете прикладных наук г. Висмара: «немецкое и международное экономическое право» для русскоговорящих учащихся, «российское и международное экономическое право», курсы повышения квалификации для русскоговорящих студентов.

Контакт: Hans-Joachim.Schramm@hs-wismar.de

www.ostinstitut.de



Dr. habil. Hans-Joachim Schramm, Dozent an der Fachhochschule Wismar, Fachgebiet internationales Wirtschaftsrecht; Wissenschaftlicher Direktor des Ostinstitut/Wismar, seit mehr als 20 Jahren in den Nachfolgestaaten der Sowjetunion als Rechtsberater im Auftrag u.a. der GIZ und Indecon Berlin tätig; Schwerpunkt im Bereich des Zivil- und Wirtschaftsrechts; Mitherausgeber des Ost/Letter; verantwortlich für den Doppeldiplomstudiengang an der Hochschule Wismar «*Deutsches und internationales Wirtschaftsrecht*» für russischsprachige Studierende bzw. «*Russisches und internationales Wirtschaftsrecht*» sowie für Fortbildungskurse für russischsprachige Juristen.

Kontaktdaten 03841/ 753 7517

Hans-Joachim.Schramm@hs-wismar.de

www.ostinstitut.de

Некоторые отличия в праве недвижимости между Германией и Россией

Einige Unterschiede zwischen dem deutschen und russischen Immobilienrecht

Д-р Александр Немцов

(Dr. Alexander Nemzov)

Der Artikel dient dazu, einige bedeutsame Unterschiede zwischen dem russischen und dem deutschen Immobilienrecht aufzuzeigen. Insbesondere soll aus dem Blickwinkel eines russischen Anwenders dargestellt werden, an welchen bedeutenden Schnittstellen sich das deutsche Immobilienrecht vom russischen unterscheidet.

1. Введение

На первый «невооруженный» взгляд российское и немецкое право недвижимости весьма схожи. Так, например, в обеих странах господствует так называемый «принцип внесения» (Eintragungsprinzip), смысл которого заключается в том, что право на объект недвижимости возникает с момента его внесения в соответствующий реестр (п. 2 ст. 8.1. и ст. 223 ГК РФ и § 873 Гражданского Уложения Германии, далее: ГГУ).¹

Помимо этого бросается в глаза внешняя схожесть построения Единого Государственного Реестра Недвижимости (ЕГРН) и немецкой поземельной книги (Grundbuch). Оба реестра основаны на принципе регистрации прав на недвижимость и соответственно построены пообъектно.² Это означает, что на каждый объект недвижимости заводится свой отдел реестра или лист

¹ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), текст на немецком и английском языках: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/> См. также русский перевод: Гражданское уложение Германии, 4-е издание, 2015.

² В отличие, например, от французского реестра, построенного на принципе регистрации сделок с недвижимостью и соответственно не пообъектно, а по участникам сделок.

(Grundbuchblatt). Основой реестра в обеих странах являются сведения государственного кадастра недвижимости. Далее очевидно, что немецкая поземельная книга служила моделью для ЕГРН в части построения каждого раздела по «отделам» (Abteilungen).³ Это означает, что каждый раздел реестра или так называемый лист поземельной книги состоит из нескольких отделов, которые содержат определенные сведения. Так, например, первый отдел содержит сведения об объекте недвижимости (кадастровый номер, дата и обоснования создания, как, например, межевание) и о собственнике, второй отдел информирует о правовладельце и основании возникновения права, а третий отдел об обременениях недвижимости (ипотеки, сервитуты и т.д.).

Целью данной статьи является выявить существенные различия между регистрационными системами, при чем дальнейшее их перечисление не является ни в коем случае исчерпывающим, впрочем как и вышеперечисленные сходства.

2. «Горизонтальное разделение» против Akzessionsprinzip («принцип прироста»)

Главным и основополагающим отличием российского права недвижимости от немецкого (да и почти любого другого права) является принцип разделения собственности на земельный участок и на строения на нем. В России земельный участок и строения на нем являются различными объектами права. В соответствии со ст. 130 ГК РФ "недвижимыми вещами" являются не только земельные участки, но и здания, сооружения, помещения и иные прочно связанные с земельным участком объекты. Таким образом возможно раздельное правовладение земельным участком и строениями на нем и различный правовой режим для них.

Это приводит, с одной стороны, к курьезным спорам, является ли, например, футбольное поле, детская площадка или недостроенное сооружение самостоятельным объектом недвижимости и с какого момента возможно

³ См. А. Немцов, Система поземельных книг и внесения прав на недвижимость в Германии, Сборник статей о праве Германии, выпуск № 2 (2017), стр. 230 - 244, www.drjv.org/index.php/literatur.html

приобрести собственность на такие объекты.⁴ С другой стороны, в связи с этим возникает серьезный правовой вопрос о регулировании правоотношений между собственниками земельных участков и собственниками неразрывно с ними связанных строений. Этот вопрос регулирует в основном Земельный кодекс РФ.

В немецком праве господствует «принцип прироста», выраженный в § 94 ГГУ, согласно которому любые строения на земельном участке и иные «нераздельно связанные с ним вещи» являются составными частями (wesentliche Bestandteile) земельного участка. Таким образом, объектом права является исключительно земельный участок. Так, например, в случае «покупки дома» приобретается не строение, а земельный участок вместе со зданием как его составной частью. Соответственно и обременения как ипотека или сервитут обременяют исключительно земельный участок.

3. Исключения из принципа прироста – поквартирная собственность и наследственное право застройки

Своеобразными исключениями из принципа прироста являются поквартирная и долевая собственность (Wohnungs- und Teileigentum),⁵ а также наследственное право застройки (Erbbaurecht).⁶ Под них создаются отдельные поземельные книги.

3.1. Поквартирная собственность

Необходимо отметить, что поквартирная собственность всегда неразрывно связана с долей в общей собственности и в земельном участке, на котором построено здание (ст. 1 абз. 2 Закона о поквартирной и долевой собственности). Невозможно приобрести или продать квартиру без сопровождающей доли в

⁴ Этот вопрос лишь частично регулируется п. 2 ст. 223 ГК РФ. Необходимо отметить, что в ходе подготовки реформы вещного права в России готовится переход к системе т.н. Единого Недвижимого Комплекса в целом, что уже частично воплощено на факультативной основе в ст. 133.1 ГК РФ.

⁵ Закон о поквартирной и частичной собственности (Wohnungs- und Teileigentumsgesetz: <https://www.gesetze-im-internet.de/woeigg/>).

⁶ Закон о наследственном праве застройки (Erbbaurechtsgesetz: <https://www.gesetze-im-internet.de/erbbaue/BJNR000720919.html>).

общей собственности, которая обычно соответствует пропорции квартиры в общей площади здания. Таким образом земельный участок находится в общей собственности и должен содержаться и поддерживаться сообществом собственников квартир (Wohnungseigentümergeinschaft), т.е. аналогом российского товарищества собственников жилья (ТСЖ), так же, как и лестничная площадка, лифты и т.д. Оформить первичную квартирную собственность возможно только при условии наличия «справки о закрытом периметре» (Abgeschlossenheitsbescheinigung), то есть документального подтверждения о том, что будущая квартира является закрытым помещением, отгороженным от других помещений и пригодной для ведения домашнего хозяйства. Это означает, что невозможно приобрести в собственность часть квартиры, например, одну комнату в многокомнатной квартире за отсутствием в ней туалета, кухни и т.д., так как такая часть не признается строительным ведомством, пригодной для ведения хозяйства, и на нее не выдается справка о закрытом периметре. Но при этом необходимо отметить, что машиноместа в гараже могут приобретаться в отдельную собственность при наличии явной маркировки (§ 3 абз. 2 цифра 2 немецкого Закона о поквартирной и долевой собственности), в связи с тем, что для машиномест наличие стен и потолка, то есть закрытого периметра, не является условием для оборота и внесения в поземельную книгу. Тут проявляется аналогия к недавно принятой в РФ поправке в ГК РФ, которая ввела машиноместа в качестве объекта недвижимости в оборот (п. 1 ст. 130 ГК РФ). Однако, это касается только машиномест в подземных гаражах, а не стоянок на открытом воздухе. Для машиномест на открытом воздухе, так же как и для террас или прилегающего садика, существует концепция права исключительного (обособленного) использования (Sondernutzungsrecht), которое связано с конкретной квартирой и принадлежит исключительно ее собственнику. Обычно такое обособленное право пользования отчуждается совместно с собственностью на квартиру.

3.2. Наследственное право застройки

Наследственное право застройки является обременением земельного участка. Составной частью такого права в свою очередь являются исключительно строения, которые владелец права обязуется возвести и содержать на земельном участке. Это фактически дает знакомый российскому праву эффект горизонтального сечения. Владелец наследственного права застройки (Erbbauberechtigter) может распоряжаться зданием как составной частью права застройки, но не самим участком, на котором здание расположено. Отчуждаться или обременяться может исключительно само право застройки, а не здание или сооружение. Наследственное право застройки является срочным, обычно его срок составляет от 50 до 99 лет, после чего оно погашается и строение становится частью земельного участка и собственностью владельца земельного участка, если стороны не договорились, например, о праве выкупа земельного участка владельцем права застройки по окончании срока его действия. При завершении срока собственник земельного участка обязан оплатить владельцу права застройки компенсацию за повышение стоимости участка (т.к. здание становится составной частью участка и повышает значительно его стоимость) в заранее согласованном размере. Если размер не согласован, то его определяет суд. В случае, если владельцем права застройки заключены договоры аренды на здание, то они согласно принципу следования (§ 566 ГГУ, аналогичная ст. 617 ГК РФ) также переходят на собственника земельного участка, но собственник вправе их расторгнуть в определенный законом срок, даже если договоры срочные (§ 30 абз. 2 Закона о праве наследственной застройки). Это необходимо учитывать арендаторам, заключающим договор с владельцем права наследственной застройки.

4. Участие нотариуса в сделках с недвижимостью. Принцип абстракции. Достоверность реестра

В России сделки с недвижимостью подлежат простой письменной форме. При этом возможна, но не обязательна нотариальная форма сделки. Исключение

нотариусов из оборота недвижимости и предписание лишь письменной формы для сделок с ней приводит к определенной неустойчивости оборота недвижимости, так как такие сделки легче оспорить. Это в свою очередь ведет к частым случаям недостоверности реестра, что понижает его публичную достоверность. Кроме того, само наличие публичной достоверности реестра недвижимости, то есть защиты добросовестного покупателя, полагающегося на запись в реестре, до сих пор является предметом споров.⁷ Это связано, с одной стороны, с нечеткой формулировкой пункта 6 ст. 8.1. ГК РФ, которая отказывает в добросовестности лицу, «которое знало или должно было знать» о недостоверности реестра. С другой стороны, Верховный суд РФ сформулировал весьма высокие требования для признания добросовестности, в частности утверждением, что "разрешая вопрос о добросовестности (недобросовестности) приобретателя жилого помещения, необходимо учитывать осведомленность приобретателя жилого помещения о наличии записи в Едином государственном реестре прав на недвижимое имущество и сделок с ним о праве собственности отчуждателя имущества, а также принятие им разумных мер для выяснения правомочий продавца на отчуждение жилого помещения".⁸ Таким образом покупатель недвижимости должен не только проверять реестр, но и правовые основания записи продавца в реестре, то есть предыдущие сделки. В общей сумме такое положение вещей подрывает веру в реестр недвижимости и заставляет стороны проверять не только записи в реестре, но и основополагающие сделки.

В Германии сделки с недвижимостью подлежат обязательной нотариальной форме (§ 311 b ГГУ).⁹ При этом нотариус не только заверяет подлинность подписи (Begläubigung), но и зачитывает вслух договор и при необходимости

⁷ Например В. Алексеев, Закон 2016, № 11 с. 125.

⁸ Обзор судебной практики по делам, связанным с истребованием жилых помещений от добросовестных приобретателей, по искам государственных органов и органов местного самоуправления (утвержден президиумом Верховного суда РФ 1 октября 2014 года).

⁹ См. статью «Роль нотариуса при совершении сделок с недвижимостью в немецком праве» (В. Шмиткель / В. Примаченко), Сборник статей о праве Германии, № 2 (2017), с. 245-255, см. www.drjv.org/index.php/literatur.html

объясняет сторонам смысл отдельных положений ("Beurkundung"). Кроме того, нотариус производит проверку законности и действительности сделки и ее соответствия требованиям регистрации. Несоблюдение нотариальной формы сделки ведет к ее ничтожности (§ 125 ГГУ). Но при этом такая сделка может быть исцелена, если ее содержание (т.е. переход или возникновение права на недвижимость) будет внесено в поземельную книгу (§ 311 b абз. 1 ГГУ). В силу действующего в ГГУ принципа абстракции (Abstraktionsprinzip) норма § 311 b ГГУ действует только в отношении обязательственных сделок. А для внесения в поземельную книгу необходима также распорядительная сделка (dingliche Einigung или Auflassung) и заявление о внесении в поземельную книгу. Так как распорядительные сделки и заявления могут лишь быть осуществлены перед нотариусом или непосредственно регистрационным ведомством (Grundbuchamt), то их исполнение «исцеляет» недостаток нотариальной формы у обязательственной сделки. Объясняется это тем, что в целях «спокойствия оборота» вещные (распорядительные) сделки в сфере недвижимости не должны подлежать кондикции, т.е. реституции по правилам необоснованного обогащения.¹⁰

Нотариус обычно не только заверяет сделки с недвижимостью, но также, особенно при сделках с участием потребителей, составляет их и сопровождает (за вознаграждение) их осуществление, в том числе предоставляет депозитный счет для перевода суммы сделки и следит за исполнением условий сделки, в том числе о погашениях предыдущих обременений и т.д.

Участие нотариуса в обязательственной сделке в содействии с принципом абстракции «цементируют» оборот недвижимости в Германии и сводят случаи оспаривания сделок и неверности реестра к минимуму. Записи в поземельной книге имеют полную достоверность. Это означает, что приобретатель, который полагается на запись в поземельной книге является добросовестным, если не будет доказано (бремя доказательства лежит на противоположной стороне!), что приобретатель *знал* о неверности записи, например, об отсутствии у продавца

¹⁰ Beck'scher Online-Kommentar BGB/Gehrlein, 44. Ed. 1.11.2017, BGB § 311 b Rn. 33.

права распоряжения недвижимостью (§§ 891, 892 ГГУ). Даже грубая неосторожность приобретателя, то есть случай, что он должен был знать о неверности реестра, не может повредить его добросовестности.

5. Регистрация сделок. Аренда и покупка будущей вещи

Следующим важным отличием в регистрационных системах является тот факт, что в Германии производится исключительно регистрация прав на недвижимость, в то время как в России регистрируются не только права, но и два вида сделок, а именно долгосрочная аренда (ст. 608 и ст. 651 ГК РФ) и договор участия в долевом строительстве (ст. 4 закона о долевом строительстве).¹¹ При этом, если ранее в России подписанные, но не зарегистрированные договоры считались «незаключенными»,¹² то согласно новой тенденции в судебной практике теперь такие договоры действительны между сторонами, подписавшими их, но не противопоставимы третьим лицам.¹³ Тем не менее сдача в аренду и продажа будущей, еще не построенной недвижимости до сих пор на практике воспринимается с трудом,¹⁴ в связи с чем очень распространены предварительные договоры. Схожая проблема также имеется при покупке будущей, еще не построенной квартиры или нежилого помещения в рамках договора участия в долевом строительстве.

Важно еще отметить, что долгосрочная аренда в России рассматривается как обременение недвижимости, в связи с чем в ЕГРН делается запись о ней в отделе об обременениях. Таким образом имеет место так называемая «двойная

¹¹ Федеральный закон РФ "Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации" от 30.12.2004 N 214-ФЗ.

¹² Так, например, до сих пор ст. 651 ГК РФ гласит о том, что договор аренды недвижимости сроком более чем на год считается заключенным с момента регистрации.

¹³ Например, определение ВС РФ от 16.02.2017 №309-ЭС16-14273Б или от 27.06.2017 по делу № А60-40368/2014. Основополагающим в этом отношении является обзор ВАС РФ № 165 от 25.02.2014 и Пленума ВАС РФ № 73 в редакции постановления № 13 от 25.12.2013.

¹⁴ Что также связано с крайне неудачной формулировкой ст. 608 ГК РФ, согласно которой сдавать в аренду может только «собственник», а собственность на здание в силу горизонтального сечения появляется только после завершения строительства и ввода в эксплуатацию здания.

регистрация», договора аренды как сделки и аренды как обременения недвижимости. Такой подход к аренде недвижимости объясним тем, что аренда имеет сразу несколько вещных свойств, противопоставимых третьим лицам - помимо права следования, то есть эффекта противопоставимости новому собственнику (ст. 617 ГК РФ), арендатор также имеет право преимущественной последующей аренды (ст. 621 ГК РФ), а также владельческой защиты (ст. 305 ГК РФ).¹⁵ Тем не менее, сам факт регистрации договора выглядит странным и даже лишним в свете того, что российский реестр недвижимости в целом создан как реестр регистрации прав, а не сделок. С точки зрения автора, логичней смотрелось бы внесение в реестр исключительно аренды как обременения, без регистрации договора.

В Германии аренда рассматривается как исключительно обязательственный договор, аренда не подлежит внесению в поземельную книгу, несмотря на ее противопоставимость по отношению к новому собственнику недвижимости (§ 566 ГГУ).¹⁶ Важно знать, что такая противопоставимость возникает только с момента передачи арендованной недвижимости во владение арендатору, так как – в отсутствие регистрации аренды – только лишь факт владения является достаточным предупреждением для оборота о присутствии арендатора на объекте. Кроме того, отсутствие регистрации аренды в Германии компенсируется положением § 550 ГГУ, согласно которому договоры аренды, составленные не в письменной форме, считаются заключенными на неопределенный срок. Статья нацелена в первую очередь на защиту приобретателя недвижимости, который должен быть из письменного договора аренды осведомлен о всех правах и обязательствах, в которые он вступает, при

¹⁵ Россия - не единственная страна, где долгосрочная аренда подлежит регистрации в той или иной форме. Это имеет место, например, также во Франции, Бельгии и Польше.

¹⁶ Этот «фактически вещный» эффект аренды (Herrmann in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, § 566 Rn. 1) несомненно является своеобразной аномалией среди обязательственных сделок, что признается наукой, например Kreyll in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 11. Auflage, § 566 Rn. 6.

приобретении такой недвижимости.¹⁷ В случае нарушения письменной формы, в том числе в силу наличия устных договоренностей, договор становится бессрчным и может быть расторгнут каждой из сторон в любое время.

Кроме того, в Германии не является проблемным договор купли-продажи или аренды будущей вещи, так как сам договор (в силу принципа абстракции и относительности обязательственных прав) создает лишь обязательства между сторонами по созданию и передачи вещи в будущем. Рынок застройки жилой недвижимости оперирует так называемым «Договором с застройщиком» (Bauträgervertrag), представляющим собой смешанный договор купли-продажи и подряда, в котором застройщик обязуется построить и передать в собственность покупателю квартиру или дом. Чтобы обезопасить покупателей, этот договор регулируется специальным «Постановлением о договорах с маклером и застройщиком» (Makler- und Bauträgerverordnung, MaBV, далее «Постановление»¹⁸ Постановление, в частности, регулирует необходимые обеспечения покупателя в процессе застройки и размер и частоту выплат в зависимости от стадии застройки. В частности ст. 3 и ст. 7 Постановления гласят о том, что застройщик вправе принимать выплаты от покупателя только после предоставления банковской гарантии на случай расторжения договора на полную сумму выплат покупателя или только после внесения покупателя как собственника в поземельную книгу. Таким образом застройка многоквартирного дома работает согласно следующей модели: застройщик покупает земельный участок и начинает возводить на нем здание. Финансирует покупку и начало работ банк, который обеспечен за счет ипотеки (или поземельного долга), обременяющей этот участок, стоимость которого вырастает за счет застройки. Только после начала земляных работ здания застройщик вправе требовать первую часть оплаты от покупателя в размере от 30% от общей стоимости (ч. 1 п. 2. ст. 3 Постановления). Если покупатель еще не записан собственником

¹⁷ О сложностях понимания, какие условия подпадают под письменную форму и судебную практику, см. А. Немцов, Сборник статей о праве Германии, выпуск № 1 (2015), с. 101 (104), см. www.drjv.org/index.php/literatur.html

¹⁸ https://www.gesetze-im-internet.de/gewo_34cdv/

будущей квартиры (что фактически невозможно, т.к. нет и еще не может быть справки о закрытом периметре), то для получения оплаты от покупателя застройщику необходимо предоставить банковскую гарантию покупателю на случай незавершения работ и расторжения договора покупателем. Далее покупатель оплачивает застройку по факту завершения отдельных стадий,¹⁹ последней из которых является полное завершение работ. Покупатель финансируется за счет ипотеки или поземельного залога, которые обременяют его будущую квартиру, для чего банк застройщика обязуется освободить будущую квартиру из залога своей ипотеки (которая охватывает строения и после записи квартир переходит также на квартиры) в пользу банка покупателя.

6. Процедура регистрации и институт предварительной записи

Существенно различается процедура проверки сделок и заявлений регистрационным органом и внесения самого права на недвижимость в России и в Германии. Так, например, регистрационный процесс в России должен производиться в период от 3 до 14 рабочих дней, в зависимости от конкретного права.²⁰ За это время орган регистрации должен успеть проверить полноту предоставленных документов, их действительность и соответствие условиям для внесения, как, например, отсутствие противоречия с ранее внесенными правами, а в случаях регистрации сделок еще и отсутствие оснований для ничтожности сделки.²¹ Этот весьма обширный объем работы связан, в том числе, с отсутствием обязательства заключения сделок с недвижимостью в нотариальной форме. В случае, если основополагающая сделка все же (по воле сторон) составлена в нотариальной форме и заявление подано нотариусом, то сроки для регистрации еще более сжаты, но при этом сокращен и объем проверки документов регистрационным органом. Наличие Единого реестра прав на недвижимость (ЕГРН) позволяет подавать заявления на регистрацию права через

¹⁹ Например, крыша, стекольные работы, электропроводка, санузлы и т.д.

²⁰ Ст. 16 Федерального закона № 218 о государственной регистрации недвижимости (далее: Закон о регистрации) - http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_182661/

²¹ Ст. 26 Закона о регистрации содержит обширное перечисление поводов для приостановления регистрации.

т.н. Мультифункциональный центр (МФЦ) не по месту нахождения недвижимости, а в любом ином городе. Таким образом заявление на регистрацию перехода права собственности на квартиру в Новосибирске возможно подать через МФЦ в Москве.

Порядок проверки и внесения регистрационным ведомством права на недвижимость в Германии совершенно иной. Во-первых, регистрационный орган не проверяет содержание обязательственной сделки. При переходе права собственности согласно § 20 Правил ведения поземельной книги (Grundbuchordnung, далее "ПВП")²² проверяется только вещная сделка (Auflassung). При внесении или устранении всех остальных обременений, как ипотека, сервитут, суперфиций и т.д. согласно § 19 ПВП проверяется исключительно наличие "Разрешения" собственника недвижимости на внесение обременения или в случае прекращения обременения Разрешение его обладателя (Bewilligung). Такое Разрешение является процессуальным действием, а не сделкой, и должно содержать ключевую информацию о содержании обременения. Например, в случае сервитута, оно должно содержать план обременяемого участка и границы пользования сервитутом, время его продолжения, условия пользования и погашения. Таким образом, ведомство поземельной книги ограничивается проверкой наличия Разрешения от правопреемника и не обязано проверять иные правоустанавливающие документы, особенно сделки.

В Германии не существует установленного законом срока для внесения записи в поземельную книгу. Такое внесение может длиться от месяца до года. Это связано с тем, что на ведомство поземельной книги возложена функция не только проверки законности внесения права, но и еще некоторые дополнительные функции. В том числе, ведомство проверяет, уплачен ли покупателем налог на приобретение недвижимости (Grunderwerbssteuer), имеются ли приоритетные (преимущественные) права на приобретение недвижимости (Vorkaufsrechte) и истек ли их срок, имеют ли третьи лица, в

²² <https://www.gesetze-im-internet.de/gbo/index.html#BJNR001390897BJNE002901307>

частности коммунальные органы самоуправления или члены ТСЖ, право вето и т.д. Кроме того, в договоре купли-продажи недвижимости условием внесения нового собственника²³ зачастую является полная выплата покупателем покупной цены, а она, в свою очередь, зависит от погашения продавцом всех прошлых кредитных обременений недвижимости, в частности ипотек. Такие процессы занимают некоторое время, так как требуется согласование с кредитующими банками и получение от них Разрешения на погашение записи об ипотеке.

Так как право приобретателя на недвижимость возникает только с момента его внесения в поземельную книгу, то встает вопрос о том, как обезопасить приобретателя от того, что купленное им имущество до внесения записи будет отчужденно третьему лицу, и третье лицо будет внесено в поземельную книгу ранее. Для этого в ГГУ существует институт «предварительной записи» (Vormerkung, § 883 ГГУ), которая вносится с Разрешения продавца в поземельную книгу сразу же после заключения обязательственной сделки. Предварительная запись не запрещает отчуждения или обременения имущества в пользу третьего лица, но такие распоряжения не будут действительны в отношении лица, в чью пользу внесена предварительная запись. Такое лицо будет согласно § 888 ГГУ вправе требовать от приобретателя исправления записи в поземельной книге в свою пользу. Таким образом предварительная запись фактически замораживает поземельную книгу в пользу того лица, на кого она произведена и предотвращает возможность добросовестного приобретения третьими лицами.

²³ Само заявление о внесении права не может быть подано под условием, так же как и законом запрещена распорядительная сделка (Соглашение) под условием. Чтобы тем не менее обеспечить приобретателя в части покупки необремененной недвижимости, стороны обычно договариваются, что сумма покупки подлежит оплате только после погашения всех кредитных обременений. В свою очередь нотариус уполномачивается сторонами подать заявление о внесении нового собственника только после оплаты денег.

7. Особенности ограниченных вещных прав

Ограниченные вещные права - это права, наделяющие владельца определенным правом пользования чужой недвижимостью или обеспечения ею. Помимо права наследственной застройки следует отметить следующие ограниченные вещные права, не имеющие пока аналога в российском праве:

Узуфрукт

Узуфрукт (Nießbrauch) – это право извлечения пользы из чужого участка (§ 1030 ГГУ). Узуфрукт является разновидностью сервитута²⁴ и изначально был распространен в сельском хозяйстве в качестве права пользования чужим полем и собирания с него урожая, а также для извлечения недр. Впоследствии он распространился и на остальные отрасли экономики. В частности, он распространен в недвижимости для извлечения арендной платы из земельного участка. Узуфрукт дает право владения обремененным участком, однако обычно ограничен в праве проведения переустройства, то есть за исключением особенного соглашения с собственником нельзя снести здание на участке и построить новое. Узуфрукт также в принципе нельзя передавать или уступать иному лицу, но возможно предоставление иному лицу права пользования (в том числе и владения) участком, обремененного узуфруктом. Таким образом, владелец узуфрукта может сдать обремененный участок в аренду и извлекать пользу в виде арендной платы.

Ограниченно-личный сервитут

В отличие от обычного сервитута, устанавливаемого в пользу соседнего участка и известного российскому праву (ст. 274 ГК РФ), ограниченно-личный сервитут (Beschränkt-Persönliche Dienstbarkeit, § 1090 ГГУ) устанавливается в пользу конкретного лица, которое не обязано быть собственником соседнего участка. Такие сервитуты распространены в пользу снабжающих организаций для прокладки путепроводов, а также как негативные сервитуты, например,

²⁴ Jauernig, BGB Kommentar, § 1130, Rn. 1.

запрещающие определенное использование участка, например, для продажи определенного алкоголя. Ограниченно-личные сервитуты также распространены в коммерческой аренде как обеспечение арендатора от банкротства арендодателя (и связанной с этим возможностью выселения арендатора последующим приобретателем).²⁵

Поземельный залог (Grundschild) и оборот вне реестра

Ипотека, как вид обеспечения кредитора, как в Германии так и в России, является акцессорным обеспечением. Это означает, что ипотека прекращается, и должник вправе требовать ее удаления из реестра в случае прекращения (выплаты) основного долга. Поземельный залог или «Грундшюльд» является разновидностью ипотеки, главное отличие которого заключается в отсутствии акцессорности. То есть, существование «грундшюльда» не зависит от наличия основного долга (§ 1192 ГГУ). Это повышает его оборотоспособность, в частности связь между «грундшюльдом» 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 «грундшюльда» отдельно от долгового требования или обеспечения им нескольких или последующих требований. В связи с этим, именно «грундшюльд» является основным видом обеспечения обязательств и регулярно выбирается банками при кредитовании как приоритетный вариант. Чтобы в случае уступки «грундшюльда» защитить должника от требований нового владельца «грундшюльда» (которые, например, были исполнены в отношении предыдущего владельца) в 2009 году в ходе финансового кризиса была введено положение § 1192 абз. 2а ГГУ, гарантирующее должнику те же возражения из договора обеспечения против

²⁵ На эту тему подробнее: А. Немцов, Сборник статей о праве Германии, выпуск № 1 (2015), с. 101 (104), см. www.drjv.org/index.php/literatur.html

требований нового обладателя, которые у него были по отношению к предшественнику.²⁶

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» (Briefgrundschuld, § 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).

8. Заключение

Из вышесказанного следует, что при ближайшем рассмотрении регулирование права недвижимости в Германии сильно отличается от российского. При этом в данной статье приведены далеко не все нюансы. В частности, не рассмотрено особенное регулирование кредитного договора (Darlehensvertrag), договора с архитектором или строительного подряда (Bau- und Architektenvertrag). В целом нужно отметить, что большинство вопросов, остро стоящих в российском праве, как, например, определение недвижимости, договоры купли-продажи или аренды будущей вещи, правоотношения сторон при застройке и последующей продаже (т.н. договоры долевого участия в строительстве) в Германии давно решены или изначально не поднимались в силу

²⁶ Речь идет, в первую очередь, о возражении о (частичном) погашении долга. По действующему до этого порядку такие возражения, конечно же, тоже предусматривались, но приобретатель «грундшульда» мог им противопоставить свою добросовестность, то есть свое незнание о том, что долг был (частично) погашен и требовать оплаты долга в полном объеме. В новой редакции ссылка на добросовестное приобретение невозможна.

гибкого регулирования в ГГУ. Тем не менее, критически сто́ит отметить некую косность немецкой системы, выраженную, в том числе, в очень долгой регистрации прав на недвижимость, которая в зависимости от загруженности конкретного ведомства может длиться много месяцев. Кроме того, в современном мире явным недостатком является отсутствие единого на всю страну реестра недвижимости в Германии и вместо этого его раздробленность на несколько сотен локальных реестров,²⁷ делающих невозможным оперативный сбор необходимой информации. В свою очередь, в России еще только вырабатывается правильная концепция вещных прав и понятия недвижимой вещи,²⁸ что, в свою очередь, дает шанс на построение более современной и адаптированной к требованиям современного оборота системы прав на недвижимость и их регистрации.



Сведения об авторе:

Д-р Александр Немцов

Родился в 1980 году в Ленинграде (Санкт-Петербурге).

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

²⁷ На эту тему подробнее: А. Немцов, Система поземельных книг и внесения прав на недвижимость в Германии, Сборник статей о праве Германии, выпуск №2 (2017), стр. 230 (233), <http://www.drjv.org/index.php/literatur.html>

²⁸ См. Проект закона «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации в части совершенствования гражданского оборота недвижимости и создания режима единого объекта недвижимости» <http://regulation.gov.ru/projects#npa=62515>

Получил степень доктора права в 2017 году в университете Тюбингена за работу в сфере киберпреступности.

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 юрисконсультom (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

Введение в вещное право Германии

Einführung in das deutsche Sachenrecht

Тим Лассен,

доктор права (Германия), адвокат (Rechtsanwalt)

Dr. Tim Lassen, Rechtsanwalt

Die vorliegende Arbeit gibt eine kurze Einführung in das deutsche Sachenrecht mit dem Schwerpunkt des Immobiliensachenrechts. Erläutert werden der Grundsatz der Einheit von Grund und Boden und aufstehendem Bauwerk sowie die im deutschen Recht anzutreffenden Aufweichungen dieses Grundsatzes im Wohnungseigentumsrecht und beim Erbbaurecht. Die Darstellung enthält ebenfalls das Gutgläubensprinzip des Grundbuchs. Eingegangen wird zudem auf das nicht-akzessorische Grundpfandrecht, die Grundschuld, sowie europaweite Forschungen zur Akzessorietät und die Gesamthypothek als besondere Form des Immobilienpfandes.

Abschließend werden – über das Sachenrecht hinausgehend – die Instrumente der Zwangsverwaltung als milderer Form der Forderungsbeitreibung und die Insolvenzanfechtung nach deutschem Recht, bei der stets eine Gläubigerbenachteiligung gegeben sein muss, vorgestellt.

Содержание

I. Введение

II. Установление опосредованного владения (Besitzkonstitut)

III. Нормативно-правовое регулирование прав на недвижимость

1. Superficies solo cedit (собственность на строения неотделима от собственности на землю)
2. Право собственности на жильё (Wohnungseigentum)
3. Наследственное право застройки (Erbbaurecht)

4. Публичное доверие к поземельной книге (Öffentlicher Glaube des Grundbuchs)

5. Неакцессорный залог недвижимости

а. Поземельный долг (Grundschild)

б. Круглый стол Залога недвижимости

6. Общий залог недвижимости (Gesamthypothek)

IV. Принудительное взыскание и несостоятельность

1. Принудительное управление (Zwangsvollstreckung)

2. Оспаривание сделок при несостоятельности (Insolvenzanfechtung)

V. Заключительная часть

VI. Список литературы

I. Введение

Цель данной публикации состоит в коротком обзоре сегодняшнего состояния германского вещного права.¹

При этом сама формулировка «сегодняшнее» является путеводной, так как в отличие от других частей Германского Гражданского Уложения (далее: ГГУ)² германское вещное право до сегодняшнего дня не было – за малым исключением – предметом значительных реформ. Говоря об изменениях, следует назвать выделение положений о наследственном праве застройки из ГГУ, а также право собственности на жильё. Помимо этого большое значение имеет превращение поземельного долга, не носящего акцессорный характер, в практически единственную форму залога недвижимости в Германии. Правда, до самого последнего времени это было фактом деловой и судебной практики без существенного изменения законодательства.

¹ Предыдущая версия обзора по данному вопросу была опубликована автором в своем разделе на сайте www.zakon.ru.

² Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), текст на немецком и английском языках: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/> См. также русский перевод: Гражданское уложение Германии, 4-е издание, 2015.

При этом не следует удивляться тому обстоятельству, что именно вещное право обходится без сравнительно крупных реформ: ведь предметом его регулирования являются – в частности, в сфере прав на недвижимость – длительные правовые отношения и правовые институты, которые складывались веками.

В этой работе даётся обзор основных институтов германского вещного права, регулирующих, прежде всего, права на недвижимость. Помимо этого затрагиваются некоторые смежные аспекты, например, правовые нормы, регулирующие исполнение судебных решений, в той степени, в которой они связаны с правами на недвижимость.³

Настоящий обзор не распространяется на вопрос перехода собственности по праву Германии, который требует, кроме обязывающего договора, еще и вещного договора – а не только передачу вещи (так называемый «принцип абстрактности»⁴). Это один из ключевых вопросов немецкого гражданского права и требует представления проблемы в отдельной работе.

II. Установление опосредованного владения (Besitzkonstitut)

В ГГУ вопросам, связанным с владением, отведена первая часть книги «Вещное право» (§§ 854 – 872 ГГУ). Важным для германского права является различие между непосредственным и опосредованным владением (*mittelbarer und unmittelbarer Besitz*).

При опосредованном владении одно лицо передаёт другому владение вещью на основании согласованного правоотношения, например, аренды или хранения. При этом непосредственный владелец – лицо, осуществляющее фактическое господство над вещью, – получает своё право владения от другого лица, признаёт его главенство и свою ответственность перед ним. Тем самым, другое лицо – опосредованный владелец – также должен быть признан владельцем – но

³ По системе ограниченных вещных прав на объект недвижимости в Германии, см. Емелькина.

⁴ По-немецки «Abstraktionsprinzip», см. Soergel/Stöcker.

не на основании фактического господства, а по причине его правового положения по отношению к непосредственному владельцу.⁵

Это регулирование имеет значение при приобретении путём установления опосредованного владения (§ 930 ГГУ, *constitutum possessorium*, *Besitzkonstitut*). Для перехода собственности германское право требует – среди прочего – передачи вещи.⁶ При установлении опосредованного владения передачи вещи не происходит, напротив, отчуждатель остаётся непосредственным владельцем, приобретатель же становится опосредованным владельцем через согласование соответствующего правового отношения, например, аренды, безвозмездного пользования или хранения.⁷

Эта правовая конструкция допускает разнообразное использование, например, при передаче прав по кредитам, обеспеченным залогом недвижимого имущества: банк в качестве обеспечения кредита получает ипотеку, подтверждённую свидетельством. Позднее права по кредиту, в том числе залог недвижимости, передаются другим банкам. Для этого требуется передать, в том числе, ипотечное свидетельство. Передачу свидетельства можно при этом заменить согласием банка в соответствии с § 930 ГГУ на вступление других банков в опосредованное со-владение свидетельством.⁸ Это облегчает передачу ипотеки, а также образование консорциумов, состоящих из нескольких банков, которые тем самым получают собственную долю в заложенной недвижимости.

III. Нормативно-правовое регулирование прав на недвижимость

Важное место в данном кратком обзоре будет отведено регулированию прав на недвижимость, которое играет особую роль в экономической жизни с учётом стоимости объектов недвижимости.

⁵ Schwab/Prütting, стр. 31 и след., номер на поле 81 и след.

⁶ Здесь мы не будем останавливаться на том различии, что по германскому праву передача вещи является частью раздельной вещной юридической сделки.

⁷ Schwab/Prütting, стр. 156, номер на поле 379.

⁸ По этому вопросу см. пример со свидетельством о поземельном долге: Stöcker, 1992, стр. 50 - 52.

1. Superficies solo cedit (собственность на строения неотделима от собственности на землю)

Этот принцип господствует как в законодательстве Германии о недвижимости, так и в праве большинства европейских стран.⁹ Он означает, что строения всегда являются существенными составными частями земельного участка (§ 94 ГГУ). Существенными составными частями строения (и тем самым – участка) являются вещи, которые включены в него для его возведения, например, отопительная система. Существенные составные части не могут быть предметом отдельных прав (§ 93 ГГУ). Итак, строение находится в собственности собственника земельного участка и тогда, когда его строит другое лицо.¹⁰

С учётом тех правовых проблем и затрат на оформление и проверку сделок с недвижимым имуществом, которые возникают на практике при разделении прав собственности на земельный участок и строение, становится ясно, что их правовое единство выгодно уже по экономическим соображениям. При раздельных правах собственности специфические вопросы возникают при возведении строения, поскольку самостоятельное право собственности на строение возникает не с закладкой первого камня, а – в разных юрисдикциях этот вопрос регулируется по-разному – лишь тогда, когда заложен фундамент, или когда строение возвышается над землёй, или даже, когда построен первый этаж. Поэтому финансирование, особенно первой фазы строительства, правовая ситуация при строительстве подвальных этажей и подземных гаражей порождают массу сложных юридических вопросов, не возникающих в случае правового единства участка и строения.¹¹

⁹ Stöcker/Stürner, 2010, стр. 29 – 31.

¹⁰ Stürner, стр. 13 и след., номер на поле 9 и след.

¹¹ Stöcker/Stürner, 2010, стр. 30 и след.

Экономическая необходимость, прежде всего нехватка жилья в послевоенные годы, привела к появлению изъятий из этой системы. Так, кроме собственности на земельный участок существуют особые права собственности на квартиру в многоквартирном доме – правда, через долю в собственности на участок – а также раздельная собственность на строение и земельный участок: если строение возводится на основании вещного наследственного права застройки, которое заменяет право на участок. Оба этих случая представляют собой специальное регулирование принципа *superficies solo cedit*, тем не менее основываются на праве собственности на земельный участок.

2. Право собственности на жильё (*Wohnungseigentum*)

До вступления в силу 1 января 1900 года Германского Гражданского Уложения во многих немецких землях существовала собственность на жильё. Она регулировалась законодательством соответствующей земли, но не рейха.¹² Однако ГГУ запретил установление новых прав на поэтажную собственность. Причина носила как догматический, так и практический характер: дома с поэтажной собственностью считались «яблоком раздора». Ситуация изменилась лишь в годы обострения жилищного кризиса после Второй мировой войны. Тогда для строительства жилья потребовалось привлечение и относительно небольших сумм капитала.¹³

В этих условиях 15 марта 1951 года принимается закон о праве собственности на жильё и праве длительного пользования жилой площадью (*Wohnungseigentumsgesetz, WEG*). Таким образом появились собственники квартир. В отношении нежилых помещений, т.е. помещений, используемых преимущественно в предпринимательских целях, подобная правовая конструкция называется «долевой собственностью».

При этом собственность на квартиру или долевая собственность как неразрывное целое складывается из собственности на жилое помещение и доли

¹² В качестве т.н. поэтажной собственности.

¹³ Stürner, стр. 375.

собственника квартиры в совместной собственности.¹⁴ Собственность на жилое помещение означает право собственника на квартиру со всеми составными частями (например, пол, потолок, стены за исключением несущих). В совместной собственности, напротив, находится общий земельный участок, все «несущие» конструкции строения, а также места общего пользования.¹⁵

Поэтому юридически право собственности на квартиру неразрывно связано с долей в совместной собственности. Права, существующие в связи с долевой совместной собственностью, распространяются и на собственность на жилое помещение. С юридической точки зрения, господствующей является доля в совместной собственности, собственность на квартиру представляет собой «довесок» к ней.¹⁶

Собственность на жильё является подлинной собственностью, она продажна и обременяема, может быть предметом принудительного взыскания, сдаваться в аренду и переходить по наследству.

3. Наследственное право застройки (Erbbaurecht)

Наследственное право застройки даёт правомочному лицу возможность возвести собственный дом на чужой земле. Изначально регулирование наследственного права застройки в ГГУ было рудиментарным, с 1919 года действует Постановление о наследственном праве застройки,¹⁷ которое с 2007 года называется Законом о наследственном праве застройки (Gesetz über das Erbbaurecht, ErbbauRG).

Наследственное право застройки является обременением земельного участка таким образом, что правомочное лицо вправе иметь на поверхности участка строительное сооружение. Оно представляет собой самое серьёзное обременение

¹⁴ Schwab/Prütting, стр. 262, номер на поле 600.

¹⁵ Stürner, стр. 377, номер на поле 8.

¹⁶ Stürner, стр. 377, номер на поле 9.

¹⁷ Verordnung über das Erbbaurecht, ErbbauVO.

собственности, т.к. собственник тем самым утрачивает владение обременённым участком и все выгоды.¹⁸

Наследственное право застройки – это ограниченное вещное право, которое регулируется аналогично земельному участку. Так, оно может быть обременено (например, залогом). В частности, построенное в осуществление наследственного права застройки или уже существующее строение является существенной составной частью наследственного права застройки, а не земельного участка.¹⁹ Образно говоря, строение стоит на наследственном праве застройки, а не на земельном участке.

Два важных признака наследственного права застройки:²⁰

- установление на время: наследственное право застройки обычно устанавливается на время, т.е. с конечным сроком действия. Действие этого права в течение неопределённого срока сделало бы собственность на земельный участок почти иллюзорной.
- отчуждаемость, наследуемость: наследственное право застройки в общем случае отчуждаемо (может быть предусмотрено требование согласия собственника). Кроме того, оно может быть унаследовано, поскольку его прекращение со смертью правомочного лица противоречило бы цели этого права.

Собственник земельного участка получает от держателя права наследственной застройки плату за предоставление права застройки. В конечном результате эта плата может оказаться выше стоимости участка. К нему прибавляется растущая стоимость земли. Кроме того, может существовать договорённость о том, что собственник участка по истечении определённого времени может потребовать, чтобы держатель права наследственной застройки выкупил земельный участок.²¹

¹⁸ Schwab/Prütting, стр. 366, номер на поле 866.

¹⁹ Stürner, стр. 385, номер на поле 29.

²⁰ Schwab/Prütting, стр. 366 и след., номер на поле 867.

²¹ Stürner, стр. 386, номер на поле 31.

Право наследственной застройки может быть прекращено в связи с истечением установленного срока или по договорённости сторон. Однако это право не прекращается в связи с исчезновением строения или в случае принудительной продажи земельного участка^{22, 23}.

В случае прекращения права наследственной застройки его держатель не вправе снести строение, но может потребовать полного возмещения стоимости здания, если стороны не договорились об ином.²⁴ Если право наследственной застройки прекращается, строение становится существенной составной частью земельного участка, на котором оно расположено, и тем самым переходит в собственность собственника земельного участка.²⁵

Особый случай представляет обязательство держателя права наследственной застройки передать это право собственнику земельного участка (т.н. обратный переход к собственнику, «Heimfall»). В этом случае право наследственной застройки не прекращается, а переходит к собственнику земли, который, в свою очередь, может передать его третьему лицу. Такая правовая конструкция может быть оговорена сторонами заранее, в частности, на случай ненадлежащего управления зданием держателем права. Передав право собственнику, держатель права наследственной застройки теряет собственность на строение, однако вправе притязать на вознаграждение от собственника земли, т.к. противный случай послужил бы обогащению последнего.²⁶

Наследственное право застройки может быть обременено ипотеками. При этом важно обратить внимание на следующие особенности: строение находится не в собственности собственника земельного участка, а является собственностью

²² Правовая судьба земельного участка не должна мешать реализации наследственного права застройки, Stürner, стр. 389, номер на поле 43.

²³ Schwab/Prütting, стр. 371 и след.; номер на поле 876, 877, 879.

²⁴ Stürner, стр. 388, номер на поле 43.

²⁵ Schwab/Prütting, стр. 371, номер на поле 876.

²⁶ Schwab/Prütting, стр. 371 и след., номер на поле 878.

держателя права наследственной застройки. Это означает, что его не затрагивают ипотеки земельного участка.²⁷

С другой стороны, если наследственное право застройки прекращается, например, в силу истечения срока, строение автоматически отходит в собственность собственника земельного участка. Последний обязан заплатить компенсацию держателю права наследственной застройки. Это право на компенсацию становится обременением участка вместо права наследственной застройки. К тому же собственник земельного участка несёт также личную имущественную ответственность по этому обязательству. Одновременно это требование компенсации служит и обеспечением возможно ещё существующих залоговых прав на наследственное право застройки. При этом залогодержатель имеет приоритет перед держателем права наследственной застройки.²⁸

4. Публичное доверие к поземельной книге (Öffentlicher Glaube des Grundbuchs)

Правовой оборот и экономика требуют оформления многочисленных вещных правовых сделок с целью установления новых, передачи или прекращения существующих прав. В число необходимых основ надёжного правового оборота входит также уверенность в том, что та сторона договора, с которой заключается договорённость о распоряжении, является подлинным правомочным лицом. В случае сделок с недвижимостью для этого используется поземельная книга в качестве публичного реестра вещных правовых отношений в сфере недвижимости.²⁹

Неправильная запись в поземельной книге может появиться, например, по следующим причинам:

- ошибочное действие органа, который ведёт поземельную книгу,

²⁷ Schwab/Prütting, стр. 370 и след., номер на поле 875.

²⁸ Schwab/Prütting, стр. 371, номер на поле 876.

²⁹ Schwab/Prütting, стр. 81, номер на поле 204.

- изменение правового положения вне поземельной книги (например, наследство),
- недействительность вещной правовой сделки.

Записи в поземельной книге сначала обладают презумпцией правильности сами по себе (§ 891 ГГУ). Это действует в двух направлениях: предполагается, что зарегистрированное право существует и принадлежит указанному в поземельной книге лицу. Предполагается также, что прекращённого права не существует. Однако презумпции полноты поземельной книги – кроме случаев добросовестного приобретения – не существует.³⁰

ГГУ повышает уровень презумпции до неопровержимой фикции правильности поземельной книги, если правовые сделки с лицом, указанным в поземельной книге в качестве правообладателя, заключались добросовестно, устанавливая, что содержание поземельной книги в этих случаях считается правильным.³¹ Неотъемлемым условием является то, что приобретатель действовал добросовестно, т.е. верил в правильность поземельной книги. В данном случае не приобретатель должен доказывать свою добросовестность,³² а лицо, оспаривающее законность приобретения, должно доказать отсутствие добросовестности при заключении сделки. Добросовестность исключается, если, например, в поземельную книгу внесено возражение в отношении достоверности записи.³³

Содержание поземельной книги, подпадающее под презумпцию добросовестности, ограничивается юридическими сведениями. Фактические сведения, такие как величина, положение или застройка участка к ним не относятся. Из юридических сведений в качестве добросовестных рассматриваются только те из них, которые по своему содержанию подлежат

³⁰ Schwab/Prütting, стр. 83, номер на поле 210.

³¹ Schwab/Prütting, стр. 83 и след., номер на поле 212.

³² Добросовестным считается лицо, которое не знало и не должно знать о неправильности записи в поземельной книге.

³³ Schwab/Prütting, стр. 84, номер на поле 213 f.

регистрации в поземельной книге (например, к ним не относятся сведения о дееспособности лица).³⁴

Публичное доверие воздействует как положительно, так и отрицательно:

Положительное воздействие заключается в том, что при добросовестном приобретении права на земельный участок от лица, указанного в поземельной книге в качестве правомочного, это право переходит к приобретателю так, как если бы отчуждатель действительно был правомочен (абз. 1, предл. 1 § 892 ГГУ). Запись в поземельной книге и добросовестное доверие к ней заменяют недостающее право отчуждателя.³⁵ Добросовестное приобретение является юридически действительным. Из этого следует, что приобретатель земельного участка или права на земельный участок может законно передавать его, в том числе лицу, которое само не могло непосредственно приобрести это право из-за недобросовестности.³⁶

Негативно воздействует фикция полноты поземельной книги. Добросовестный приобретатель приобретает право на земельный участок, например, собственность, свободную от всех обременений, которые не очевидны из записи в поземельной книге. Например, если одна ипотека погашена неправомерно, то собственность переходит к приобретателю не будучи обременённой этой ипотекой. Ипотека прекращается.³⁷

В качестве компенсации потери права прежнему истинному правомочному лицу дана возможность предъявить требования в связи с неосновательным обогащением. Если отчуждатель был недобросовестен, к этому требованию присоединяется требование о возмещении ущерба.³⁸

5. Акцессорность залога недвижимости

³⁴ Schwab/Prütting, стр. 86, номер на поле 219.

³⁵ Schwab/Prütting, стр. 88, номер на поле 225.

³⁶ Schwab/Prütting, стр. 90, номер на поле 231.

³⁷ Schwab/Prütting, стр. 89, номер на поле 228.

³⁸ Schwab/Prütting, стр. 91, номер на поле 234.

Наряду с акцессорной ипотекой в Германии существует ещё одна форма залога недвижимости: поземельный долг (Grundschild, § 1191 ГГУ). На практике поземельный долг в Германии почти целиком заменил ипотеку.

а. Поземельный долг (Grundschild)³⁹

Поземельный долг – это абстрактное обременение земельного участка, юридически отделённое от его экономического основания, т.е. от требования, обеспечением которого он служит. С другой стороны, без экономического основания никто, конечно, не будет обременять свою недвижимость в пользу другого лица. На практике это означает, что между требованием и поземельным долгом устанавливается договорная связь (в отличие от ипотеки, не регулируемая в законе) (так называемый обеспечительный поземельный долг - Sicherungsgrundschild). Связь между вещным правом поземельного долга и обеспечиваемым требованием устанавливается в договоре, который принято называть соглашением об обеспечении (Sicherungsvereinbarung). Этот договор является двусторонне обязывающим договором: он обязывает собственника установить поземельный долг, а кредитора – использовать поземельный долг только для обеспечения требования.⁴⁰

Для правового регулирования поземельного долга прибегают к ссылкам на ипотеку, за исключением тех из них, что предполагают правовую связь с требованием (§ 1192 ГГУ).⁴¹

Абстрактность поземельного долга в смысле отсутствия акцессорности придаёт ему большую гибкость и позволяет уменьшить издержки. Этим объясняется его триумфальное шествие.⁴²

³⁹ О залоге по германскому праву см. Вебер. Термин «Grundschild» раньше часто был переведен как «вотчинный долг».

⁴⁰ Schwab/Prütting, стр. 330, номер на поле 767.

⁴¹ Schwab/Prütting, стр. 328, номер на поле 759.

⁴² Baur/Stürner, стр. 457, номер на поле 79а; стр. 566, номер на поле 5.

- поземельный долг может служить обеспечением сколь угодно большого числа взаимозаменяемых требований кредитора к его должнику (использование глобального средства обеспечения меняющихся требований),
- при замене обеспечиваемого требования/обеспечиваемых требований достаточно заключить письменное соглашение, то есть изменение соглашения об обеспечении не требует – как в случае с ипотекой – изменения записи в поземельной книге (экономия расходов при реструктуризации долга, меньшее количество записей в поземельной книге).
- К тому же поземельный долг в отличие от ипотеки может обеспечивать требования других кредиторов, нежели держателя поземельного долга; для этого достаточно соответствующего соглашения между держателем поземельного долга и кредитором по требованию.
- При этом в конечном счёте защита интересов собственника путём включения соответствующих положений в соглашение об обеспечении гарантируется не хуже, чем через ипотеку.
- В случае существования обеспечительного поземельного долга любые возражения, которые собственник может иметь против поземельного долга в связи с соглашением об обеспечении с предыдущим кредитором, также могут быть противопоставлены против любого приобретателя поземельного долга (абз. 1а § 1192 ГГУ⁴³).

Поземельный долг представляет собой вещное право. Для его появления поземельный долг нужно занести в поземельную книгу, не упоминая при этом требование. В книгу вносится сумма поземельного долга и процентная ставка. Допускается установление поземельного долга на предъявителя, который устанавливается в пользу собственника земельного участка (§ 1115 ГГУ)^{44, 45}.

⁴³ Данный абз. 1а был введен в ГГУ в 2008 году как первое изменение законодательной базы поземельного долга.

⁴⁴ Тем самым собственник получает в своё распоряжение открытый ранг (старшинство, очередь) и может использовать его в любое время в соответствии со своими интересами для обеспечения кредита.

Из договора об обеспечении могут быть предъявлены возражения против поземельного долга. Возражение из договора об обеспечении может сводиться к тому, что подлежащий уплате поземельный долг не может считаться таковым, пока он не валютирован или срок возврата полученного займа ещё не наступил.⁴⁶

При уступке поземельного долга он и обеспеченное им требование могут быть уступлены разным лицам. Правда, связанная с такой уступкой опасность для должника-собственника весьма невелика: лицу, которому передано право требования, он может возразить, что платить он должен только получив согласие на погашение.⁴⁷ Новому кредитору по поземельному долгу в качестве возражения он может выдвинуть соглашение об обеспечении.⁴⁸

Существует возможность списывать платежи должника с поземельного долга или с требования, или с того и другого. В каждом конкретном случае это зависит от воли сторон:⁴⁹

- Если должник гасит требование, то прекращается только оно, а поземельный долг продолжает существовать. Правда, возникает право потребовать обратного перевода поземельного долга. Как правило, на практике это и происходит.

- При погашении поземельного долга смысл и цель соглашения об обеспечении диктует необходимость признать, что при совпадении в одном лице должника и собственника погашение поземельного долга одновременно ведёт к погашению требования, если сроки их погашения совпадают.

- Если собственник недвижимости и должник по обязательству суть разные лица, то платежи должника идут в погашение исключительно поземельного долга, а он приобретает поземельный долг собственника. Требование

⁴⁵ Schwab/Prütting, стр. 328 и след., номер на поле 760, 762.

⁴⁶ Schwab/Prütting, стр. 330, номер на поле 767.

⁴⁷ То есть только получив согласие на погашение поземельного долга – а таковое кредитор, действующий на основании обязательственного права, разумеется, не даст.

⁴⁸ Baur/Stürner, стр. 569, номер на поле 13.

⁴⁹ Schwab/Prütting, стр. 334 и след., номер на поле 772.

продолжает существовать. Однако собственник не приобретает требование в силу закона (§ 1143 ГГУ). Но в соответствии с судебной практикой собственник может потребовать от кредитора уступки требования.

Если платит должник по обязательству, то если он является стороной соглашения об обеспечении, он может потребовать перевода поземельного долга на себя, если собственник обязан к возмещению убытков.

Если обеспечительная цель соглашения об обеспечении достигнута: например, требование погашено или произошла уступка обеспечиваемого требования, то возникает право обратной уступки поземельного долга держателем поземельного долга в пользу собственника объекта недвижимости. Это право может принять форму уступки поземельного долга (§ 1154 ГГУ) или отказа от него (§ 1168 ГГУ), причём и в том и в другом случае возникает поземельный долг собственника. Право на обратную уступку поземельного долга находится под отлагательным условием погашения требования и не может быть исключено. Данное право требования может быть уступлено, на него может быть установлен залог и обращено взыскание.⁵⁰

в. Круглый стол Залога недвижимости

Под эгидой vdp⁵¹ существует «Круглый стол Залога недвижимости».⁵² На нём эксперты из 30 стран Европы, Японии и Северной Америки изучают и сравнивают как догматические основы, так и практическое использование залога недвижимости в разных странах. Этим Круглым столом «Залог недвижимости» уже разработаны общие и специальные процедуры оценки правовых структур залогового обеспечения, а также процедура расчёта странового рэнкинга правовых структур в отношении залога недвижимости. Результаты работы

⁵⁰ Schwab/Prütting, стр. 335 и след., номер на поле 773.

⁵¹ Verband deutscher Pfandbriefbanken, Berlin (Ассоциация немецких банков-эмитентов пфандбрифов, Берлин).

⁵² О Круглом столе Залога недвижимости: Stöcker, Autumn 2010; Luckow.

Круглого стола уже опубликованы в восьми томах на немецком и английском языках.⁵³

Почти во всех юрисдикциях, которые входят в спектр наблюдения Круглого стола, ослабление или даже отсутствие акцессорности в структурах залога недвижимости является общей тенденцией.

Примером для современных структур, в которых отсутствует зависимость залога от обеспеченного требования, может служить новый, не акцессорный залог недвижимости в Венгрии.⁵⁴

6. Общий залог недвижимости (Gesamthypothek)

Особенность общей ипотеки состоит в том, что в обеспечение *одного и того же* требования устанавливается *одна* ипотека, относящаяся к *нескольким* земельным участкам, причём таким образом, что взыскание по требованию в полном объёме осуществляется за счёт каждого из этих нескольких земельных участков (абз. 1, предл. 1 § 1132 ГГУ). При этом не имеет значения, сколько собственников у этих земельных участков, является ли должник одновременно собственником.⁵⁵ Существенная особенность общей ипотеки заключается в удовлетворении требования за счёт нескольких земельных участков, т.е. особенность состоит во *множестве объектов залога*.⁵⁶

С экономической точки зрения, общая ипотека (или общий поземельный долг) важна, например, для портфельного финансирования: если у должника по кредиту есть несколько объектов недвижимости, которые он может предложить в качестве обеспечения, то благодаря большей надёжности обеспечения условия получения заёмных средств обычно бывают для него лучше, чем при раздельном

⁵³ Последняя англоязычная публикация Круглого стола по залогам недвижимости: Stöcker/Stürner, 2010.

Последняя немецкоязычная публикация Круглого стола по залогам недвижимости: Stöcker/Stürner, 2012; Lassen/Luckow/Thurner.

⁵⁴ См. Bodzási. Другим примером является Эстония, см. Tiivel. В России существовали соответствующие инструменты до 1917 года (Lassen, стр. 77 – 79).

⁵⁵ Baur/Stürner, стр. 557, номер на поле 1.

⁵⁶ Baur/Stürner, стр. 559, номер на поле 14.

залоге этих объектов. Другим важным для возникновения общей ипотеки случаем является то, что объект недвижимости, обременённый отдельной ипотекой, впоследствии подвергается разделению.⁵⁷ Если не принимать во внимание названные особенности, то общую ипотеку можно считать обычным залогом недвижимости.

При регистрации в поземельной книге может быть сделана пометка о совместной ответственности, сутью которой является упоминание о других объектах недвижимости, внесённых в качестве обеспечения. Однако эта запись по сути остаётся декларативной. Общий залог недвижимости возникает вне зависимости от наличия или отсутствия данной пометки – уже в силу внесения нескольких земельных участков в обеспечение одного и того же требования.⁵⁸

По вопросу погашения и регрессных требований между собственниками необходимо учитывать различные варианты:

Если у всех обременённых объектов недвижимости один и тот же собственник, при погашении требования он приобретает общее право залога собственника. Если же кредитор прибегает к принудительному взысканию за счёт одного из объектов недвижимости, то общая ипотека прекращается в отношении всех объектов недвижимости.⁵⁹

Если обременённые объекты недвижимости принадлежат разным собственникам и все вместе удовлетворяют залогодержателя, то право на них в форме общего поземельного долга переходит к ним всем вместе. Каждый из собственников может потребовать разделения этого общего поземельного долга.⁶⁰ Если кредитор получает удовлетворение требования только от одного собственника, то право залога его участка передаётся ему как собственнику.⁶¹

⁵⁷ Baur/Stürner, стр. 559, номер на поле 11.

⁵⁸ Baur/Stürner, стр. 560, номер на поле 16.

⁵⁹ Baur/Stürner, стр. 560 и след., номер на поле 18, 19.

⁶⁰ Baur/Stürner, стр. 561, номер на поле 20.

⁶¹ Baur/Stürner, стр. 561, номер на поле 22.

Судьба права залога в отношении других объектов недвижимости тогда зависит от того, вправе ли должник, удовлетворивший кредитора, требовать регресса. Если он не вправе делать это, то общая ипотека в отношении других объектов недвижимости прекращается, и собственники не получают права залога. Если же должник, удовлетворивший кредитора, вправе требовать от других регресса, то ипотека в размере данного регрессного требования переходит к нему и в качестве общей ипотеки служит обеспечением регрессного требования.⁶²

IV. Принудительное взыскание и несостоятельность

Разумеется, принудительное взыскание и несостоятельность не являются темами вещного права. С другой стороны, эти инструменты могут служить целям лишения вещных прав (собственности) и зачастую для этого используются другие вещные права (право залога). Поэтому, с точки зрения использования залоговых прав для обращения взыскания на недвижимость, здесь будет уместно остановиться на двух вопросах: принудительное управление и оспаривание сделок при несостоятельности.

1. Принудительное управление (Zwangsverwaltung)

В принципе, в германском праве в ходе принудительного взыскания объект недвижимости подвергается принудительной продаже с торгов, и требования кредитора удовлетворяются за счёт вырученных средств. Однако если речь идёт о сравнительно небольших суммах или о тех объектах недвижимости, которые дают поступления в виде арендной платы, такая процедура бывает весьма обременительна для собственника.

Поэтому в германском праве имеется смягчённая форма принудительного взыскания – принудительное управление. При принудительном управлении требования кредитора удовлетворяются из поступлений от объекта

⁶² Baur/Stürner, стр. 561 и след., номер на поле 23 – 28.

недвижимости.⁶³ Это происходит при соблюдении существующих с ним соглашений, например, согласно условиям кредитного договора.

Для введения принудительного управления требуется выполнить те же условия, что и для принудительной продажи с торгов.⁶⁴ Принудительное управление вводится по ходатайству суда, занимающегося исполнением решений, при этом суд обязан назначить управляющего для принудительного управления (§§ 15; 146; абз. 1 § 150 ZVG⁶⁵).

Этот управляющий осуществляет право управления и использования земельного участка, то есть те права, которых лишается должник. Управляющий вправе и обязан предпринимать все действия, необходимые для того, чтобы сохранить экономическую ценность объекта недвижимости и надлежащим образом его использовать.⁶⁶ При этом надзор за ним осуществляет суд, который может давать ему указания по управлению.⁶⁷

Выгода, полученная от объекта недвижимости, прежде всего идёт на покрытие текущих расходов, связанных с его управлением, и на покрытие судебных издержек. Оставшиеся суммы распределяются между кредиторами. Распределение осуществляется в соответствии с общими правилами удовлетворения кредиторов при принудительном взыскании долгов. Следует отметить, что, например, при кредитном долге обслуживаются только «периодические исполнения» (проценты и платежи в счёт основного долга). Причина в том, что и при управлении собственником от него можно требовать только эти суммы.⁶⁸

⁶³ Baur/Stürner/Bruns, стр. 476, номер на поле 37.1.

⁶⁴ Baur/Stürner/Bruns, стр. 476, номер на поле 37.1.

⁶⁵ Закон о принудительной продаже с торгов и принудительном управлении - Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung.

⁶⁶ Baur/Stürner/Bruns, стр. 478, номер на поле 37.4.

⁶⁷ Baur/Stürner/Bruns, стр. 479, номер на поле 37.4.

⁶⁸ Baur/Stürner/Bruns, стр. 480, номер на поле 37.5, 37.6.

Принудительное взыскание прекращается в том числе тогда, когда требования кредитора удовлетворены или если объект недвижимости был реализован в порядке принудительной продажи с торгов.⁶⁹

2. Оспаривание сделок при несостоятельности (Insolvenzanfechtung)

Оспаривание сделок при несостоятельности должника является инструментом, который в различных вариантах встречается в абсолютном большинстве юрисдикций. На практике, особенно непосредственно перед введением процедуры банкротства, существует риск уменьшения активов должника с целью воспрепятствования реализации в ходе банкротства. Целью норм, регулирующих оспаривание сделок при несостоятельности, является возврат и упорядочение «уведённых» активов в целях восстановления интересов кредиторов. Тем самым соблюдается и главный принцип конкурсного права, принцип соблюдения равенства кредиторов.⁷⁰

Правда, германским правом не предусматривается оспаривание правовых действий только по времени их удалённости от даты введения процедуры банкротства. В конкурсном законодательстве Германии перечислены различные обстоятельства, наличие которых даёт конкурсному управляющему основание оспорить правовое действие.

Необходимое условие для права оспаривания - это всегда наличие объективной невыгодности (ущерба) для кредитора.⁷¹ Это может иметь место, например, если обеспечивающее лицо при заключении соглашения об обеспечении (пример: установление залога) не исполняет свои договорные обязательства, а лишь препятствует реализации прав других кредиторов.⁷²

Необходимость оспаривания правовых действий только в связи с причинением ущерба кредиторам ведёт к распределению рисков среди кредиторов. Залог, установленный непосредственно перед открытием

⁶⁹ Baur/Stürner/Bruns, стр. 481, номер на поле 37.8.

⁷⁰ Breuer, стр. 123, номер на поле 341.

⁷¹ Schimansky/Bunte/Lwowski II - Ganter, стр. 120, § 90, номер на поле 485.

⁷² Schimansky/Bunte/Lwowski II - Ganter, стр. 135, § 90, номер на поле 525.

конкурсной процедуры, может быть признан и правомерным, если он не причиняет ущерба другим кредиторам. Норма, позволяющая оспорить правовое действие лишь потому, что оно было осуществлено непосредственно перед открытием конкурсной процедуры, – даже если оно не приводит к ущербу для кредиторов – может иметь несправедливые последствия.

V. Заключительная часть

Российскому юристу при чтении данной статьи непременно бросится в глаза тесное родство российского и германского права недвижимости. Это сходство стало бы ещё сильнее в случае принятия закона о реформе российского вещного права.⁷³

С учётом этих обстоятельств следует пожелать скорейшего осуществления реформы на практике, а также активного использования её результатов в повседневной юридической жизни.

VI. Список литературы

Baur, Fritz / Stürner, Rolf: Sachenrecht (Вещное право); 18-ое изд., Мюнхен 2009

Baur, Fritz / Stürner, Rolf / Bruns, Alexander: Zwangsvollstreckungsrecht (Правовое регулирование принудительного исполнения); 13-ое изд., Гейдельберг 2006

Bodzási, Balázs: Das neu geregelte nicht akzessorische Pfandrecht im ungarischen Zivilgesetzbuch (Вновь регулированный не акцессорный залог в гражданском кодексе Венгрии), in: Csehi, Zoltán: Ungarisches Jahrbuch für Handelsrecht – Band IV, 2017, стр. 120 - 163 (на английском языке: стр. 11 - 47)

Breuer, Wolfgang: Insolvenzrecht – Eine Einführung (Введение в конкурсное право); 2-ое изд., Мюнхен 2003

Вебер, Хансйорг: Обеспечение обязательств (перевод с немецкого); Москва 2009

⁷³ О статусе и содержании реформы вещного права, см. Суханов.

Емелькина Ирина А.: Система ограниченных вещных прав на земельный участок; 2-е изд., Москва – Берлин 2013

Lassen Tim: Die Hypothek nach russischem Recht als Kreditsicherungsmittel (Ипотека по российскому праву как средство кредитного обеспечения); Берлин 2007 (Сводное издание vdp, том 30)

Lassen, Tim / Luckow, Andreas / Thurner, Mario: Grundpfandrechte 2016 in Europa und darüber hinaus (Залоги недвижимости 2016 в Европе и за ее пределами); Берлин 2016 (Сводное издание vdp, том 54)

Luckow, Andreas: Security rights over immovable property: An international comparison of legal provisions at a glance; Housing Finance International, Autumn 2016, стр. 35 – 44

Prütting, Hanns: Sachenrecht (Вещное право); 36-ое изд., Мюнхен 2017

Schimansky, Herbert / Bunte, Hermann-Josef / Lwowski, Hans-Jürgen: Bankrechts-Handbuch – Band II (Справочник по банковскому праву, том II); 3-е изд., Мюнхен 2007; в нём: Ganter, Hans Gerhard: § 90. Kreditsicherung. Allgemeines, (Кредитное обеспечение. Общие вопросы), стр. 1 - 162

Soegel, Otto / Stöcker, Otmar M.: EU-Osterweiterung und dogmatische Fragen des Immobiliarsachenrechts – Kausalität, Akzessorietät und Sicherungszweck (Расширение ЕС на восток и догматические вопросы законодательства о недвижимости - причинность, аксессуарность и цель обеспечения); ZBB 2002, стр. 412 – 420 (на английском языке: EU-Enlargement in Easter Europe and Dogmatic Property Law Questions; Notarius International 2002, стр. 236 – 244)

Stöcker, Otmar M.: Die Eurohypothek (Европейская ипотека); Берлин 1992

Flexibility, Security and Efficiency of Security Rights over Real Property in Europe; Housing Finance International, Autumn 2010, стр. 14 – 18

Stöcker, Otmar M. / Stürner, Rolf: Flexibilität, Sicherheit und Effizienz der Grundpfandrechte in Europa (Гибкость, надежность и эффективность залогов недвижимости в Европе) – том III, 3-е изд., Берлин 2012 (том 50 Сборника публикаций vdp (vdp-Schriftenreihe))

Flexibility, Security and Efficiency of Security Rights over Real Property in Europe – Volume III; 2-ое изд. Берлин 2010 (Сводное издание vdp, том 44)

Суханов Евгений А.: Вещное право; Москва 2016

Tiivel, Rein: Über das estnische Grundpfandrecht im internationalen Rechtsvergleich (Об эстонском залоге недвижимости в рамках международного сравнительного правоведения); в: Lassen/Luckow/Thurner, стр. 79 – 84

Об авторе



Тим Лассен (Dr. Tim Lassen), доктор права,⁷⁴ адвокат (Rechtsanwalt), Москва, с марта 1998 по сентябрь 2005 г. будучи юристом Ассоциации немецких банков – эмитентов закладных листов (vdp – бывш. Ассоциация немецких ипотечных банков, VdH), Берлин, курировал вопросы ипотечного законодательства, международных связей, системного маркетинга. Помимо этого, он отвечал за деятельность Ассоциации в странах Центральной и Восточной Европы, внедряющих систему ипотечных банков и ипотечных облигаций (Covered Bonds), а также вёл работу по совершенствованию законодательства об ипотечном кредитовании.

⁷⁴ *Dr. iur.* (doctor iuris), Германия. В 2008 году в Кильском университете им. Кристиана Альбрехтса (Германия) автор защитил диссертацию на тему «Ипотека в российском праве как средство кредитного обеспечения».

В октябре 2005 г. Тим Лассен перешёл на работу в банк Eurohypo AG, Эшборн (Германия, фирменное название с 2012 года «Ипотекенбанк Франкфурт АГ»), в отдел инвестиционных услуг для корпоративных клиентов за рубежом. В сентябре 2007 года он был назначен заместителем главы представительства банка Eurohypo AG в Москве и до января 2014 года курировал вопросы ипотечного кредитования в России. В т. ч. сбор информации (due dilligence), моделирование денежных потоков (cash flows), структурирование кредитов, подготовка индикативных и обязывающих предложений, процедура одобрения кредита внутри банка, согласование кредитной документации и текущее сопровождение кредитов, выданных для строительства новых и финансирования или рефинансирования существующих объектов коммерческой недвижимости и реструктуризация выданных кредитов.

Сегодня Тим Лассен работает членом команды холдинга «Пермская финансово-производственная группа» (ПФПГ Холдинг):

В феврале 2014 года он стал директором по международно-правовым вопросам ООО «ПФП-группа».

С июля 2014 года он занимает должность Генерального директора ООО «УМА Кэпитал» (UMA Capital), входящей в состав ПФПГ Холдинг, занимающейся управлением объектами коммерческой недвижимости в Москве.

С мая 2016 года Тим Лассен является членом совета директоров АО «ЭР-Телеком Холдинг».

Тим Лассен является автором многочисленных публикаций, освещающих юридические аспекты деятельности ипотечных банков, эмиссии ипотечных облигаций (Covered Bonds), а также ипотечного кредитования в Европе. Он часто выступает с докладами на эти темы.

Электронная почта: timlassen@pfpgru; tim.lassen.68@gmx.de

Der Autor

Dr. iur. Tim Lassen,⁷⁵ Rechtsanwalt, Moskau, war von März 1998 bis September 2005 Jurist in der Geschäftsstelle des Verbandes Deutscher Hypothekenbanken (Berlin, seit 2005 Verband deutscher Pfandbriefbanken, vdp). Er war zuständig für die Tätigkeit des Verbandes in den mittel- und osteuropäischen Ländern bei der Einführung von Hypothekenbank- und Covered-Bond-Systemen sowie zur Verbesserung des Rechtsrahmens für Immobilienfinanzierungen.

Im Oktober 2005 trat Dr. Lassen bei der Eurohypo AG (Eschborn, Firma ab 2012 „Hypothekbank Frankfurt“) in den Bereich „Corporate and Investment Banking International - Corporate Banking Central and Eastern Europe“ ein. Im September 2007 wechselte er als stellvertretender Leiter in die Repräsentanz der Eurohypo AG in Moskau und war bis Januar 2014 zuständig für die Gewerbeimmobilienfinanzierung in Russland. Dies umfasste Informationssammlung (due dilligence), Modellierung von Zahlungsströmen (cash flows), Kreditstrukturierung, Vorbereitung indikativer und verbindlicher Angebote, interne Kreditgenehmigung, Verhandlung der Kreditdokumentation und laufende Betreuung von Bau- und Bestandsfinanzierungen sowie Refinanzierungen (Ablösung) von Gewerbeimmobilien und die Restrukturierung ausgegebener Kredite.

Heute ist Dr. Lassen tätig bei der russischen Permer Finanz- und Industriegruppe (Perm Financial and Industrial Group, PFIG Holding):

Seit Februar 2014 ist er Direktor für internationale Rechtsfragen der PFP-Group Ltd.

Im Juli 2014 wurde er zudem Generaldirektor der UMA Capital Ltd., die der PFIG Holding angehört und für die Verwaltung der Moskauer gewerblichen Immobilienobjekte der Holding zuständig ist.

Darüber hinaus trat er im Mai 2016 in den Verwaltungsrat der AO ER-Telecom Holding ein.

⁷⁵ Der Autor wurde im Jahre 2008 an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel mit einer Arbeit zur „Hypothek nach russischem Recht als Kreditsicherungsmittel“ promoviert.

Dr. Lassen ist Autor zahlreicher Veröffentlichungen zu Fragen des Rechts der Hypothekenbanken, der Emission von Covered Bonds sowie der Hypothekenfinanzierung in Europa und hält regelmäßig Vorträge zu diesen Themen.

E-Mail: timlassen@pfpg.ru; tim.lassen.68@gmx.de

Ответственность за недобросовестное ведение переговоров в России и Германии

Die Haftung für unredliche Führung von Verhandlungen in Deutschland und Russland

Игорь Бостаника (Igor Bostanika)

Die Haftung für ein Vergehen nach dem in Deutschland seit langem anerkannten und praktizierten Grundsatz der culpa in contrahendo (lateinisch für Verschulden bei Vertragsschluss, im Folgenden c.i.c.) ist seit einigen Jahren auch in Russland anerkannt. Bereits während der Vertragsverhandlungen haben die Parteien gewisse Pflichten zu beachten und einzuhalten. Bei Nichteinhaltung drohen Ersatzansprüche des Geschädigten. International tätige russische und deutsche Unternehmer sollten bei grenzüberschreitenden Handelsbeziehungen zu Deutschland/Russland einen Überblick über solche Haftungspotenziale haben, um Schadensersatzansprüchen vorzubeugen. Im Folgenden wird ein Vergleich des russischen und deutschen Rechts im Hinblick auf die unredliche Führung von Verhandlungen vorgenommen. Im Ergebnis soll dem Leser ein Bild über Parallelen und Unterschiede vermittelt werden.

Принцип так называемой «преддоговорной ответственности», давно признанный и применяемый в Германии (вина при заключении договора), в последние несколько лет признается и в России. Уже в процессе переговоров стороны обязаны соблюдать некоторые обязательства, несоблюдение которых может привести к требованиям о возмещении ущерба со стороны пострадавшего. Международным российским и немецким предприятиям следует учитывать возможные причины наступления ответственности при осуществлении трансграничных торговых операций с Германией или Россией, чтобы избежать возникновения требований о возмещении ущерба.

Далее в данной статье будет проведено сравнение российского и немецкого законодательства в отношении недобросовестного ведения переговоров. В

заключение будет представлена картина совпадений и различий в законодательных нормах.

Общие положения

Гражданское право Германии в целом основано на принципе автономии воли (Privatautonomie), выраженном в абз. 1 ст. 2 Основного Закона Германии (Grundgesetz). Согласно этому принципу каждый вправе самостоятельно определять, когда, как и с кем вступать в переговоры и вступать ли, а также заключать ли в результате переговоров какое-либо соглашение. Учитывая необязательность исполнения согласованных условий договора на стадии переговоров в соответствии с абз. 1 § 154 Германского Гражданского Уложения (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB; далее: ГГУ) и принцип автономии воли при заключении итогового соглашения, в отношении уже возникших в ходе переговоров расходов стороны действуют на свой страх и риск. Таким образом, требование возмещения расходов, понесенных в расчете на заключение договора, как правило, невозможно, так как на стадии переговоров обычно не возникает обоснованной уверенности в заключении договора.¹ Однако из этого правила в судебной практике на основании принципа добросовестности и честной деловой практики в соответствии с § 242 ГГУ постоянно делаются исключения для случаев недобросовестного поведения, что ведет к привлечению недобросовестной стороны к ответственности на основании принципа преддоговорной ответственности, следующего из абз. 1 § 311, абз. 2 § 241, абз. 1 § 280 ГГУ. Принцип ответственности по преддоговорным обязательствам существует в правовой системе еще с 1861 года и из-за его постоянного применения в судебной практике и правоведении стал рассматриваться как обычное право (Gewohnheitsrecht). Основанием для наступления такой ответственности является доверие, изначально оказываемое контрагенту перед заключением договора. Для этого достаточно уже того факта, что одна сторона предоставляет другой возможность влиять на свои права и интересы или

¹ BGH, WM 2008, 491.

доверяет их другой стороне.² Для наступления ответственности по преддоговорным обязательствам достаточно также факта вступления в переговоры в форме предварительных переговоров, собеседования или тендера, организованного государственным заказчиком. Таким образом, обязательным и достаточным условием является совершение действий, направленных на заключение договора или установление деловых контактов. Ответственность по преддоговорным обязательствам выполняет в данном случае защитную функцию при подготовке к заключению договора. Наиболее частым случаем недобросовестного ведения переговоров является их необоснованное прекращение. Кроме того, к данной категории относятся случаи заключения действительного, но по причине недобросовестных действий одной стороны невыгодного для ее контрагента договора, совершение виновных действий с целью достижения недействительности договора и, наконец, недобросовестное затягивание процесса переговоров.

Российское законодательство также исходит из принципа свободы договора, закрепленного в ст. 421 ГК РФ. По общему правилу, для начала правовых отношений между сторонами необходимо, как и в Германии, совершение определенного правового действия. До совершения такого действия, с которым в соответствии с законодательством связано возникновение обязательства, стороны правовыми отношениями не связаны. В соответствии с Федеральным законом № 42-ФЗ от 8 марта 2015 г. «О внесении изменений в часть 1 Гражданского кодекса Российской Федерации» в ст. 434.1 ГК РФ была внесена новая правовая конструкция, предусматривающая ответственность за недобросовестное ведение переговоров и таким образом смягчающая указанный принцип. Данное положение вступило в силу 1 июня 2015 г. Ответственность за недобросовестное ведение переговоров представляет собой вид преддоговорной и деликтной ответственности, что разъясняется в абз. 19 Постановления Пленума Верховного суда Российской Федерации от 24 марта 2016 г. «О применении судами отдельных положений Гражданского кодекса Российской

² BGH, WM 13, 692.

Федерации об ответственности за нарушение обязательств». Данное постановление предусматривает применение главы 59 ГК РФ (Обязательства вследствие причинения ущерба) в случаях недобросовестного поведения при ведении переговоров, с исключениями в соответствии со ст. 434.1 ГК РФ. Наряду с этим, российские суды установили возможность применения общих норм деликтной ответственности в данном контексте.

Наступление ответственности

Если у стороны переговоров вплоть до прекращения переговоров создаются или поддерживаются неверные представления о намерениях или способности другой стороны заключить договор, то есть готовность заключить договор имитируется или не предоставляется информация о намерении прекратить переговоры, такой случай является основанием для наступления ответственности за необоснованное прекращение переговоров.³ Аналогично рассматриваются случаи, когда одна сторона намеренно убеждает другую в гарантированном заключении договора с целью последующего прекращения переговоров без уважительной причины.⁴ Таким образом, должно возникнуть веское основание полагать, что договор гарантированно будет заключен. Необходимо отметить, что суды устанавливают невысокие требования к оправданиям прекращения переговоров, чтобы избежать любого, даже опосредованного принуждения к заключению договора. Поэтому достаточным считается любой разумный объективный повод для прекращения переговоров, например, получение более выгодного предложения.⁵ В немецкой судебной практике встречаются примеры необоснованного прекращения переговоров из всех областей договорного права. Например, если заключение учредительного договора общества стало поводом для прекращения предыдущих трудовых отношений одной из сторон, так как создавалось впечатление, что договор обязательно будет заключен, также возникает возможность наступления

³ BGH, NJW 2013, 928; OLG Stuttgart, BB 1989, 1932.

⁴ OLG Hamm, WM 2008, 746; OLG Düsseldorf, ZMR 2011, 629.

⁵ BGH, WM 1996, 738.

ответственности по преддоговорным обязательствам.⁶ Аналогичная ситуация возникает между работником и работодателем при наличии объективно необоснованного доверия. В еще одном случае, в котором предполагается преддоговорная ответственность, сторона А пообещала стороне Б заключить договор купли-продажи земельного участка. Для обеспечения цены покупки сторона Б продала золотые монеты по действующей цене. В дальнейшем сделка не состоялась по вине стороны А. Стороне Б в качестве возмещения ущерба была присуждена сумма, на которую возросла стоимость золотых монет за период между их продажей стороной Б и прекращением переговоров стороной А.⁷ Аналогичное решение было принято в случае, когда для финансирования сделки были проданы акции.⁸

В случае действующих, но невыгодных для одной из сторон договоров наступление преддоговорной ответственности предполагается, если заключение договора основано на влиянии на волеизъявление пострадавшей стороны в нарушение обязательств, и при этом предполагалось, что нарушенное обязательство должно защитить интересы пострадавшей стороны. Как правило, речь идет о нарушении обязанности по предоставлению информации недобросовестной стороной пострадавшей стороне посредством передачи недостоверной или неполной информации. Примером может служить ситуация, в которой продавец земельного участка, на котором находилась сдаваемая в аренду недвижимость, необоснованно заверял покупателя, что затраты покупателя будут покрываться доходами от сдачи недвижимости в аренду, что не соответствовало действительности. Федеральный верховный суд (Bundesgerichtshof, BGH) вынес решение о возмещении ущерба покупателю в размере суммы превышения затрат над доходами от сдачи в аренду.⁹ В случае сокрытия информации ответственность может наступить, только если одна сторона умалчивает об определенных обстоятельствах, хотя сообщение другой

⁶ BGH, NJW-RR 1988, 288; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2001, 1524.

⁷ OLG Dresden, ZIP 2001, 604.

⁸ BGH, WM 2008, 491.

⁹ BGH, NJW 1998, 302.

стороне об этих обстоятельствах предполагается в соответствии с принципом добросовестности и честной деловой практики, выраженном в § 242 ГГУ, и обычаем делового оборота. Например, эта норма может применяться при купле-продаже предприятий, если продавец умалчивает о безнадежном экономическом положении своего предприятия.¹⁰

Совершение виновных действий в целях достижения недействительности договора на основании недочетов, возникающих уже на этапе переговоров, как и при ответственности за необоснованное прекращение переговоров, ведет к обязанности по возмещению ущерба, вызванного нарушением преддоговорных обязательств. При этом речь идет, главным образом, о случаях виновных действий с целью достижения ничтожности договора, например, виновном сокрытии разногласий в соответствии с § 155 ГГУ.¹¹

Ответственность за затягивание заключения или отказа от заключения договора, как правило, исключается.¹² Тем не менее, данный принцип может нарушаться, если одна сторона своими обещаниями удерживает другую сторону от заключения другого договора¹³ или если одна сторона явно ошибается насчет сроков принятия решения о заключении договора и не уведомляет об этом другую сторону.¹⁴

Количество случаев наступления ответственности в России по сравнению с Германией ограничено. В соответствии с общими положениями о наступлении деликтной ответственности и с учетом Постановления Десятого арбитражного апелляционного суда от 19 сентября 2017 г. по делу № 10АП-7521/2017, можем отметить, что для наступления ответственности ключевым является:

- внезапное и необоснованное прекращение переговоров при обстоятельствах, при которых другая сторона (заявитель) не могла этого ожидать;

¹⁰ BGH, NJW 2001, 2163.

¹¹ BGH, NJW 1987, 639.

¹² BGH, NJW 1966, 1407.

¹³ BGH, NJW 1984, 866.

¹⁴ BGH, VersR 1975, 1093.

- наличие причиненного ущерба;
- размер ущерба, подтвержденный достоверными документами;
- наличие причинной связи между прекращением переговоров и причиненным ущербом.

То же самое частично устанавливается пунктом 5 Постановления Пленума Верховного суда Российской Федерации № 7 от 24 марта 2016 г.

При установлении причинной связи между нарушением обязательства и ущербом необходимо также учитывать, к каким последствиям такое нарушение могло бы привести в обычных условиях гражданского оборота. Если ущерб, возмещения которого требует кредитор, представляет собой обычное следствие нарушения должником своих обязательств, наличие причинной связи между нарушением и доказанным ущербом предполагается. Тем не менее, должник, который оспаривает причинную связь между своими действиями и ущербом должника, может представить доказательства других причин возникновения ущерба.

Как и в Германии, в России представлена группа споров по действительным, но невыгодным для одной стороны договорам. Требование о возмещении ущерба по таким договорам может возникнуть, если одна из сторон переговоров представляет другой стороне недостоверные или неполные сведения или умалчивает об обстоятельствах, которые в силу характера договора должны быть известны другой стороне.

Кроме того, в России в случаях незаключения договора также могут быть заявлены требования, если договор не был заключен по причине представления неполной или недостоверной информации или замалчивания определенных обстоятельств. При этом другой стороне, исходя из характера договора, необходимо было знать об указанных обстоятельствах.

Пленум Верховного Суда РФ также привел примеры случаев (список неокончательный), когда применяются общие нормы деликтной ответственности в контексте недобросовестного ведения переговоров:

- юридическое лицо либо гражданин возмещает вред, причиненный недобросовестным поведением его работника при проведении переговоров (статья 1069 ГК РФ);
- вред при проведении переговоров причинен несколькими контрагентами совместно, они отвечают перед потерпевшим солидарно (статья 1080 ГК РФ).

Правовые последствия и бремя доказывания

В соответствии с законодательством Германии, при нарушении преддоговорных обязательств пострадавшая сторона вправе заявить требование о возмещении ущерба согласно §§ 280 абз. 1, 311 абз. 2, 241 абз. 2 ГГУ. Пострадавшая сторона в соответствии с §§ 249 и последующими ГГУ ставится в такое положение, как если бы она не вступала в переговоры и не несла расходов, совершенных в связи с обещаниями другой стороны. Размер требования при этом не ограничивается заинтересованностью в исполнении обязательств другой стороной.¹⁵ Совместная вина пострадавшей стороны снижает размер требования в соответствии с § 254 ГГУ.

В случае если, несмотря на нарушение преддоговорных обязательств, между сторонами был заключен имеющий юридическую силу договор, пострадавшая сторона, согласно судебной практике, вправе заявить требование о возмещении ущерба при дальнейшем соблюдении договора. При этом условия договора, который далее намерена соблюдать пострадавшая сторона, не могут быть изменены.¹⁶

¹⁵ BGHZ 136, 105.

¹⁶ BGH, NJW 06, 3139/41.

Более того, пострадавшая сторона может потребовать сокращения размеров своего обязательства по договору и возмещения излишне уплаченных сумм.¹⁷ Указанные возможности необходимо учитывать, помимо прочего, при сделках купли-продажи предприятий, в ходе которых продавец представляет покупателю искаженный баланс или убеждает в показателях годового оборота, несоответствующих действительности.¹⁸

Бремя доказывания недобросовестности действий и необоснованного прекращения переговоров, равно как и незаконность нарушения обязательства несет пострадавшая сторона, так как оба этих обстоятельства предоставляют ей преимущества. По этому же принципу пострадавшая сторона обязана доказать вину недобросовестной стороны. Однако в соответствии с законодательством Германии в случаях, к которым применяется § 280 ГГУ, бремя доказывания в соответствии с § 280 абз. 1 предл. 2 ГГУ возлагается на лицо, нанесшее вред. В этом случае указанное лицо должно доказать отсутствие своей вины. Если ему это не удастся, то его вина предполагается судом без необходимости ее доказывания пострадавшей стороной.

Как в отношении правовых последствий, так и в отношении бремени доказывания, присутствуют параллели с российским законодательством. В соответствии с п. 3 ст. 434.1 ГК РФ сторона, которая ведет или прерывает переговоры о заключении договора недобросовестно, обязана возместить другой стороне причиненные этим убытки. Убытками, подлежащими возмещению недобросовестной стороной, признаются расходы, понесенные другой стороной в связи с ведением переговоров о заключении договора, а также в связи с утратой возможности заключить договор с третьим лицом. Пленум Верховного Суда Российской Федерации в п. 20 Постановления от 24 марта 2016 г. № 7 указал на то, что данный перечень не является исчерпывающим, при этом разъяснив, что потерпевший должен быть поставлен в положение, в котором он находился бы, если бы не вступал в переговоры с недобросовестным

¹⁷ BGH, NJW 01, 2875,06, 899/02, 06, 3139/41.

¹⁸ BGH, NJW 77, 1536/38, NJW-RR 89, 307.

контрагентом. Исходя из этого, в случаях действительных, но невыгодных для одной стороны договоров соответствующая сторона вправе потребовать признания сделки недействительной и возмещения вызванных такой недействительностью убытков (ст. 178 или 179 ГК РФ) либо использовать способы защиты, специально предусмотренные для случаев нарушения отдельных видов обязательств.

В случае незаключения договора по причине представления неполной или недостоверной информации, пострадавшая сторона в России также вправе потребовать возмещения убытков в соответствии с п. 3, ст. 434.1 ГК РФ.

В отношении бремени доказывания Пленум Верховного суда Российской Федерации пояснил следующее: «Предполагается, что каждая из сторон переговоров действует добросовестно и само по себе прекращение переговоров без указания мотивов отказа не свидетельствует о недобросовестности соответствующей стороны. На истце лежит бремя доказывания того, что, вступая в переговоры, ответчик действовал недобросовестно с целью причинения вреда истцу, например, пытался получить коммерческую информацию у истца либо воспрепятствовать заключению договора между истцом и третьим лицом». Вместе с тем, в п. 2 ст. 434.1 ГК РФ указаны исключения из этого общего правила для двух ситуаций, при которых бремя доказывания добросовестности своих действий возложено на ответчика:

- 1) предоставление стороне неполной или недостоверной информации, в том числе умолчание об обстоятельствах, которые в силу характера договора должны быть доведены до сведения другой стороны;
- 2) внезапное и неоправданное прекращение переговоров о заключении договора при таких обстоятельствах, при которых другая сторона переговоров не могла разумно этого ожидать.

В указанных двух случаях недобросовестность действий ответчика предполагается. Так как оба исключения представляют собой обычные случаи недобросовестного ведения переговоров, можно заключить, что нормы

российского законодательства в отношении бремени доказывания в данном случае совпадают с нормами законодательства Германии.

Вывод

Необходимо подчеркнуть, что в целом как в России, так и в Германии, не предполагается наличие обязательств при отсутствии договора. Тем не менее, в соответствии с принципом преддоговорной ответственности в обеих юрисдикциях стороны обязаны действовать добросовестно в ходе переговоров. Однако две правовые системы по-разному рассматривают понятие «добросовестность». Это различие объясняется тем, что в Германии принцип преддоговорной ответственности применяется уже десятилетиями, а в России он был признан совсем недавно. В целом, как в России, так и в Германии не допускается предоставление неполных или недостоверных сведений или замалчивание обстоятельств, которые в силу характера договора должны быть доведены до сведения другой стороны. В отношении правовых последствий законодательства двух стран различаются тем, что в Германии присутствует возможность в случае заключения договора в дальнейшем исполнять его условия, тогда как в России сделка может быть признана недействительной. Однако и в том, и в другом случае пострадавшая сторона вправе требовать возмещения ущерба. Последнее правило действует также в случаях, когда договор не был заключен по указанным выше причинам. В отличие от российского, немецкое право содержит более развернутый перечень случаев применения преддоговорной ответственности. В отношении бремени доказывания также присутствуют значительные различия. По общему правилу, как в России, так и в Германии пострадавшая сторона должна доказать наличие всех выгодных для нее обстоятельств. При этом в Германии ей предоставляется возможность перехода бремени доказывания в соответствии с положением 2 абзаца 1 § 280 ГГУ, а в России исключения в соответствии с п. 2 ст. 434.1 ГК РФ, которые возлагают бремя доказывания на ответчика.

Предприниматели из Германии в России должны соблюдать привычные им правила, тогда как российские предприниматели сталкиваются с развернутой системой правил, которые необходимо учитывать. Как российское законодательство будет развиваться в ближайшие годы и приблизится ли количество случаев применения преддоговорной ответственности к немецкому законодательству - это вопрос времени.

Об авторе



Игорь Бостаника

Юрист

ООО «Редль и партнеры»

ул. Электрозаводская, д. 27, стр. 2

107023 г. Москва

Тел.: +7 (495) 933 51 20

Е-Mail: igor.bostanika@roedl.pro

Игорь Бостаника специализируется на юридических услугах судебно-правового направления, представления интересов клиентов в арбитражных судах, судах общей юрисдикции, третейских судах, в том числе по делам о банкротстве юридических и физических лиц.

До перехода в компанию «Редль и партнеры» в Москве Игорь Бостаника с 1999 по 2006 г. работал юристом в Молдавии. Там в 2002 г. он получил статус адвоката. С 2006 г. он работал юристом в адвокатских бюро и консалтинговых компаниях в России и в последнее время руководителем юридического отдела московской компании, специализирующейся на банкротствах юридических лиц. Игорь Бостаника учился на юридическом факультете Государственного университета Республики Молдавия по специализации «международное частное право».

Igor Bostanika

Jurist

ООО Rödl & Partner

ul. Elektrosawodskaja, d. 27, str. 2

107023 Moskau

Tel.: +7 (495) 933 51 20

E-Mail: igor.bostanika@roedl.pro

Igor Bostanika ist auf dem Bereich Prozessrecht und die Vertretung der Interessen von Mandanten vor den staatlichen Arbitragegerichten, Gerichten der allgemeinen Gerichtsbarkeit sowie vor Schiedsgerichten spezialisiert, unter anderem auf Insolvenzen juristischer und natürlicher Personen.

Bevor er zu Rödl & Partner in Moskau wechselte, war Igor Bostanika von 1999-2006 als Jurist in Moldawien tätig. Dort erwarb er 2002 den Status als Rechtsanwalt. Ab 2006 arbeitete er als Jurist in Rechtsanwaltskanzleien und Beratungsunternehmen in Russland, zuletzt als Leiter der Rechtsabteilung eines Unternehmens in Moskau, das auf Insolvenzen juristischer Personen spezialisiert ist.

Igor Bostanika studierte an der juristischen Fakultät der Staatlichen Universität der Republik Moldawien mit Spezialisierung auf internationales Privatrecht.

Невозможность исполнения, ответственность за которую несут обе стороны обязательства, в немецком обязательственном праве

Beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit im deutschen Schuldrecht

*Кирилл Нам, кандидат юридических наук, LL.M (Гейдельберг), магистр
частного права (РШЧП¹).*

*(Kirill Nam, Kandidat der Rechtswissenschaften (Moskau), LL.M (Heidelberg),
Magister für Privatrecht (Moskau))*

Schuldverhältnisse spielen im privaten und geschäftlichen Rechtsverkehr eine zentrale Rolle. Wenn alle Leistungspflichten im Schuldverhältnis ordnungsmäßig erfüllt werden, greift die zivilrechtliche Regelung ins Innenverhältnis der Seiten nicht ein. Aber nicht immer wird ein Schuldverhältnis ordnungsgemäß abgewickelt. Sein Zweck kann durch das Verhalten des Schuldners oder des Gläubigers vereitelt werden. Die Störung der Leistung im Schuldverhältnis kann auch von den beiden Seiten verursacht werden. Das Rechtsinstitut der Unmöglichkeit der Leistung als eine der Arten von Leistungsstörungen ist im deutschen Schuldrecht gut genug und ausführlich geregelt. Aber das betrifft Fälle, wenn nur eine der Seiten für die eingetretene Unmöglichkeit der Leistung haftet. Im Gegensatz dazu sind die Situationen der beiderseits zu vertretenden Unmöglichkeit weder im Gesetz noch in Rechtsprechung geregelt. Im vorliegenden Beitrag werden die Lösungen der einigen Problemfragen, die bei der beiderseits zu vertretenden Unmöglichkeit entstehen können, vorgeschlagen.

I. Введение

Правовой институт невозможности исполнения обязательства (Unmöglichkeit der Leistung) является одним из видов нарушения обязательств и имеет достаточно подробное правовое регулирование в законодательстве Германии.

¹ Российская школа частного права при Президенте РФ (Москва, Россия).

Понятие невозможности, ее предпосылки и правовые последствия описаны и исследованы в правовой литературе. Однако это касается только случаев, когда за невозможность исполнения отвечает одна из сторон обязательства. Речь здесь идет или о невозможности, отвечает за которую либо должник, либо кредитор.² Но на практике могут встречаться случаи, когда на невозможность исполнения обязательства влияет поведение как должника, так и кредитора. Во многих случаях должник не может исполнить свои обязанности без содействия кредитора.³ Случаи, когда за невозможность исполнения ответственны обе стороны обязательства, в немецком законодательстве прямо не урегулированы.

В отсутствие специального регулирования в литературе предлагались различные решения подобных ситуаций. В основном речь идет о раздельном рассмотрении прав и обязанностей кредитора и должника.⁴ Другие предлагаемые способы заключаются в телеологическом коррекционном толковании закона с отказом от грамматического и системного толкования имеющихся норм.⁵ Но в любом случае, как следует отметить, проблема подлежит решению посредством имеющихся правовых норм.

Представляется, что правовой инструментарий, имеющийся в законодательстве, должен рассматриваться и применяться с учетом того, что невозможность исполнения обязательства была вызвана поведением обеих сторон. Применяемые нормы должны анализироваться при строгом учете обстоятельств конкретного дела. Только во взаимосвязи с условием, что невозможность была вызвана не одной стороной, а обеими сторонами, должны определяться права и обязанности каждой стороны в подобных ситуациях. Права и обязанности сторон можно рассматривать по отдельности или совместно, здесь нет принципиальной разницы. Но обязательным при рассмотрении должно быть то, что за возникшую невозможность отвечают обе стороны. Представляется, что

² Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 13. Auflage, München 2015, Rn. 703.

³ Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 40. Auflage, München 2016, § 26 Rn. 1.

⁴ Vgl. Faust, Von beiden Teilen zu vertretende Unmöglichkeit, JuS 2001, S. 135; Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl., Rn. 704.

⁵ Vgl. Stoppel, Die beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit nach neuem Schuldrecht, Jura 2003, S. 224.

только таким образом можно установить, какие правовые средства и насколько могут и должны быть применены. Полезным здесь будет не только телеологическое толкование, но и, как минимум, систематическое.

II. Невозможность, за которую отвечают обе стороны

То, что понимается под невозможностью (Unmöglichkeit), за которую отвечают обе стороны, можно определить или понять следующим образом. Сначала следует остановиться на общем понимании невозможности. Затем определить, что означает ответственность за невозможность исполнения. И, наконец, нужно исходить из того, что ответственность за невозможность несет не одна из сторон, а обе стороны.

1. Понятие невозможности

Невозможность исполнения обязательства (Unmöglichkeit) не является единым правовым институтом, не имеет единого состава и единых правовых последствий.⁶ Существует много видов невозможности. В литературе предлагается для облегчения понимания рассматривать невозможность через ее отдельные виды.⁷ В основном предлагается следующая классификация невозможности: 1) объективная и субъективная; 2) начальная и последующая; 3) временная и окончательная; 4) частичная и полная; 5) абсолютная и практическая невозможность; 6) невозможность, за которую несет ответственность та или иная сторона, или за которую ни одна из сторон ответственности не несет.

В тексте закона не дается определения невозможности. В § 275 абз. 1 Гражданского Уложения Германии (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB; далее – ГГУ)⁸ говорится лишь о том, что право требования исполнения исключается, если такое исполнение для должника или любого другого лица является невозможным. Для кредитора это означает, что он не может требовать

⁶ Huber, Leistungsstörungen, Band 1, Tübingen, 1999, S. 97.

⁷ Jacoby/von Hinden, Studienkommentar BGB, 15. Aufl., München 2015, S. 125.

⁸ Текст нормы на немецком по ссылке: https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_275.html

исполнения обязательства в натуре. Невозможность означает фактическое состояние, при котором отпадает требование исполнения в натуре.⁹ Вопрос о том, исполнимо ли еще обязательство, подлежит выяснению лишь посредством анализа фактических обстоятельств.¹⁰ § 275 абз. 1 ГГУ служит здесь как отправная точка для понимания смысла и содержания невозможности. Невозможность согласно § 275 абз. 1 ГГУ имеется тогда, когда исполнение не может быть произведено ни при каких обстоятельствах.¹¹ При этом причины могут быть как фактического, так и правового характера.¹² § 275 абз. 1 ГГУ говорит о настоящей, действительной невозможности. Если исполнение хотя бы теоретически возможно, то такие случаи регулируются уже абзацами 2 и 3 § 275 ГГУ.

2. Ответственность за невозможность исполнения

Следует отличать препятствия исполнения, которые возникли случайно, и препятствия, за которые кто-то из сторон несет ответственность.¹³ В немецком праве используется термин „zu vertretende Unmöglichkeit“.¹⁴ Такая невозможность имеет место тогда, когда препятствие, вследствие которого исполнение обязательства стало невозможным, вызвано той или иной стороной, находилось в зоне ответственности той или иной стороны, и такая сторона несет последствия невозможности исполнения. Обязанность нести ответственность, нести неблагоприятные последствия не ограничивается только случаями наличия у лица вины (умысел и неосторожность) в том, что исполнение обязательства стало невозможным. Сюда относятся также случаи, когда сторона несет риск наступления или ненаступления тех или иных обстоятельств (например, в случае с гарантией).

⁹ Huber, Schadenersatz statt der Leistung, in Archiv für die civilistische Praxis, 210. Band, Heft ¾, August 2010, S. 326.

¹⁰ Esser/Schmidt, Schuldrecht Band 1 Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Heidelberg 2000, S. 5.

¹¹ Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 40. Aufl., § 22 Rn. 3.

¹² Schmidt, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., Grasberg bei Bremen 2015, Rn. 363.

¹³ Esser/Schmidt, Schuldrecht Band 1 Allgemeiner Teil, 8. Aufl., S. 1.

¹⁴ На русский язык данное выражение можно перевести как невозможность, ответственность за которую несет какое-либо лицо.

3. Ответственность обеих сторон

Следующим квалифицирующим условием является факт того, что невозможность исполнения была вызвана обеими сторонами. Обе стороны несут в равной степени или в существенной мере ответственность за обстоятельство, повлекшее невозможность исполнения обязательства.¹⁵ Здесь прежде всего речь идет о том, что обе стороны содействовали в наступлении обстоятельств, приведших к невозможности исполнения обязательства.¹⁶ Если должник виновен в гибели подлежащей передаче вещи, то он должен отвечать за это, нести негативные последствия. Вина кредитора принципиально не меняет здесь ничего. Вина одной стороны не отменяет вину другой стороны.¹⁷ Вопрос здесь лишь в том, что в случаях ответственности обеих сторон необходимо рассматривать и оценивать участие каждого в том, что исполнение стало невозможным. Конечно, следует учитывать, что от кредитора исполнение обязательства зависит в значительно меньшей степени, чем от должника. Важным является вопрос, за что, за какие обстоятельства кредитор может нести ответственность. Кредитор, как правило, не несет самостоятельных обязанностей, а его роль часто заключается лишь в пассивном принятии исполнения.¹⁸ Кредитор лишь в редких случаях несет собственные договорные обязанности, например, принятие кредитором исполнения обозначено в качестве договорной обязанности согласно § 433 абз. 2 ГГУ. Поскольку кредитор сам редко обязан производить действия по исполнению обязательства, то его ответственность определить не так просто.¹⁹ Чаще кредитор несет так называемые дополнительные обязанности, неисполнение или нарушение которых также может привести к невозможности исполнения обязательства.

Следующий вопрос, который имеет значение, это ситуация, когда кредитор лишь ограниченно, в небольшой степени повлиял на возникновение

¹⁵ Brade, Die beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit, JA 2013, S. 413.

¹⁶ Westermann/Bydlinski/Weber, BGB-Schuldrecht allgemeiner Teil, 8. Aufl. Heidelberg 2013, S. 143.

¹⁷ Huber, Leistungsstörungen, Band I, 1999, S. 728-729.

¹⁸ Westermann/Bydlinski/Weber, BGB-Schuldrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. S. 142.

¹⁹ Westermann/Bydlinski/Weber, BGB-Schuldrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. S. 142.

невозможности исполнения. Этот вопрос связан с общей проблемой определения «доли» участия каждой стороны в возникновении того обстоятельства, которое повлекло невозможность. Законодатель напрямую подобные вопросы не решает, а передает их судьям.²⁰ В качестве исходной нормы для определения доли участия каждой стороны предусмотрено предписание § 254 абз. 1 ГГУ.²¹ Несмотря на то, что распределение ответственности зависит от всех обстоятельств конкретного дела, судебной практикой сформулированы общие отправные точки, среди которых называются: 1) непосредственное причинение; 2) вина; 3) производственная опасность; 4) другие обстоятельства.²² Вопрос непосредственного причинения имеет первоочередное значение. Определение вины сторон происходит во вторую очередь.²³ Это объясняется тем, что в силу закона для наступления ответственности нарушителя его вина не является обязательным, неизменным условием.

В зависимости от оценки обстоятельств участие той или иной стороны может и не учитываться вовсе. Так, согласно судебной практики, не учитываются доли ответственности менее 10%, а в некоторых случаях и около 20%.²⁴ В подобных случаях говорят не об обоюдной ответственности, а о преимущественной ответственности одной стороны. Соответственно об ответственности обеих сторон за невозможность исполнения речь может идти тогда, когда ответственность одной стороны не может быть определена как преимущественная.

III. Влияние невозможности, ответственность за которую несут обе стороны, на обязанности сторон

Невозможность, за которую отвечают обе стороны, представляет собой один из случаев невозможности исполнения как одного из видов нарушения

²⁰ Hirsch, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 9 Aufl., Baden-Baden, 2015, S. 392 (Rn. 956).

²¹ Bamberger/Roth/Grothe, Kommentar zum BGB Band 1, 3. Auflage, München 2012, S. 1688 (Rn. 15).

²² Palandt/Grüneberg, BGB. 75 Aufl. München 2016, § 254 Rn. 58 ff.

²³ Palandt/Grüneberg, BGB. 75 Aufl., § 254 Rn. 59.

²⁴ Palandt/Grüneberg, BGB. 75 Aufl., § 254 Rn. 64.

обязательства. Правовые последствия невозможности как вида нарушения обязательства подробно урегулированы как на уровне законодательства, так и на уровне судебной практики. Последствия же невозможности в случае обоюдной ответственности не имеют специального регулирования. В этой ситуации необходимо использовать общие имеющиеся нормы, но с учетом того, что ответственность обоюдная.

1. Исключение исполнения основной обязанности

а) Исключение исполнения обязанности при абсолютной невозможности

§ 275 ГГУ, который охватывает все случаи невозможности, определяет судьбу основных обязанностей. Согласно § 275 абз. 1 ГГУ требование исполнения исключено, если оно невозможно для должника или вообще для каждого. Исключение исполнения здесь происходит автоматически. Это следует из природы приводящих к невозможности обстоятельств. Сохранение обязанности по исполнению при его невозможности не имело бы никакого смысла.²⁵ Еще римское право знало правило – «*impossibilia nulla obligatio*» (невозможное не может быть обязанностью). И здесь не имеет никакого значения, отвечает ли должник за обстоятельства, повлекшие невозможность исполнения.²⁶ Также не имеет значения, отвечает ли за это кредитор. Если имеется настоящая невозможность, то исполнение обязанности в принципе исключено.²⁷ Для нормы § 275 абз. 1 ГГУ не важно, несет ли ответственность за невозможность одна или другая, или же обе стороны – невозможное не может быть обязанностью.

В отличие от нормы § 275 абз. 1 ГГУ, когда обязанность прекращается автоматически, в случаях, указанных в § 275 абз. 2 и 3, должнику предоставляется право отказаться от исполнения, если имеется существенный

²⁵ Westermann/Bydlinski/Weber, BGB-Schuldrecht Allgemeiner Teil, 8.Aufl., Rn. 7/37.

²⁶ MüKo/*Ernst*, Kommentar zum BGB Band 2, 7.Aufl. München 2016, § 275 Rn. 57; Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 40.Aufl., § 22 Rn. 3.

²⁷ Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 13.Aufl., § 21 Rn. 433.

дисбаланс с интересами кредитора, или если исполнение в силу личных причин неприемлемо для должника.

в) Исключение основной обязанности в случае грубого несоответствия необходимых для исполнения затрат и усилий должника с интересами кредитора

Право должника отказаться от исполнения в соответствии с § 275 абз. 2 ГГУ является обоснованным тогда, когда исполнение требует таких затрат и издержек, которые с учетом существа обязательства и принципов справедливости явно несоразмерны имеющемуся у кредитора интересу в исполнении обязательства. Законодатель связывает право должника отказаться от исполнения с наличием явной несоразмерности (грубого несоответствия) затрат на исполнение с интересами кредитора в исполнении. Четких критериев «явной несоразмерности» законодательно не предусмотрено, т.к. они могут определяться только с учетом конкретных обстоятельств. Слишком большие, несоразмерные затраты могут быть следствием обстоятельств, ответственность за которые несет одна или другая сторона, либо обе стороны обязательства.

Обстоятельство, вызванное обеими сторонами, которое привело к такому грубому несоответствию, дает право должнику отказаться от исполнения в соответствии с § 275 абз. 2 ГГУ. Согласно буквальному смыслу данной нормы законодатель не исключает случаи, когда такая практическая невозможность была вызвана обеими сторонами, либо одной из сторон.²⁸ Однако, степень участия сторон в наступлении невозможности должна учитываться для наделения должника правом на отказ от исполнения. Норма § 275 абз. 2 ГГУ предписывает, что при определении уровня затрат и усилий должника следует учитывать, отвечает ли он за наступление невозможности. Если он ответственен за это, то требования к усилиям и затратам должника должны быть выше.²⁹ Это правило должно стимулировать должника к устранению обстоятельств

²⁸ Hkk-BGB/Schermaier, Band II, Tübingen 2007, § 275 Rn. 61; Medicus, Das neue Schuldrecht, Kapitel: Leistungsstörungsrecht, München 2002, Rn. 43.

²⁹ Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 13.Aufl., § 21 Rn. 436.

невозможности и соответствует общему масштабу добросовестности.³⁰ Если за обстоятельства невозможности несет ответственность должник, то справедливо было бы вменять ему повышенные усилия по устранению таких препятствий.³¹ Данный правовой подход логически приводит к тому, что, если за наступление препятствующих обстоятельств отвечает одновременно и кредитор, то требования к усилиям должника должны быть меньше, чем если бы он один отвечал за такие обстоятельства. Подобный вывод следует также из принципа добросовестности и необходимости сохранения баланса интересов сторон. Факт того, что за обстоятельства отвечают обе стороны, говорит о том, что согласно § 275 абз. 2 ГГУ должник скорее получит право отказаться от исполнения, чем потеряет такое право. Таким образом, если вследствие обстоятельств, за которые отвечают обе стороны, имеется грубое несоответствие усилий и затрат должника с интересами кредитора в исполнении, то в качестве общего правила за должником следует признать право отказаться от исполнения.

с) Исключение исполнения обязанности при неприемлемости такого исполнения для должника в силу личных причин

Так же, как и в § 275 абз. 2 ГГУ, законодатель в абз. 3 этого параграфа наделяет должника правом отказаться от исполнения своих обязанностей, если они должны быть исполнены должником лично, но такое исполнение является для него неприемлемым в силу определенных препятствующих обстоятельств. При этом для обоснованности наличия у должника такого права следует учитывать степень неприемлемости для него такого исполнения с интересами кредитора. Неприемлемость личного исполнения для должника должна быть существенно выше и значительней нежели заинтересованность кредитора в исполнении обязательства. Поскольку данная норма касается обязательств, которые должны исполняться должником лично, связанных с его личностью, то

³⁰ Medicus, Das neue Schuldrecht, Kapitel: Leistungsstörungenrecht, Rn. 43.

³¹ BGH NJW 2008, 3122, 3123.

она касается в первую очередь трудовых отношений³² и обязательств по оказанию услуг.³³

Здесь помимо объективных нужно учитывать в первую очередь личные обстоятельства, и интересы должника, которые могут привести к возникновению у него права отказаться от исполнения своих обязанностей. Если имеет место «персональная» невозможность, то должник вправе отказаться от исполнения лежащих на нем обязанностей. И его право отказа от исполнения не зависит от того, кто из сторон обязательства отвечает за такую невозможность. Норма § 275 абз. 3 ГГУ не обуславливает такое право с наличием ответственности той или иной стороны или обеих сторон. Если имеется «персональная» невозможность, должник в любом случае вправе отказаться от исполнения.

2. Освобождение от обязанности встречного исполнения

Предписания § 275 ГГУ не регулируют исчерпывающим образом правовые последствия невозможности исполнения обязательства, касающиеся судьбы обязанностей сторон в двустороннем обязательственном отношении. Нормы § 275 ГГУ затрагивают только основные обязанности. Для двусторонних обязательств предусмотрен § 326 ГГУ, согласно положениям которого определяется уже судьба обязанностей по встречному исполнению. При этом § 275 ГГУ выступает здесь в качестве необходимой предпосылки для применения норм § 326 ГГУ. Условием для применения положений абзацев 1-5 § 326 ГГУ является факт того, что должник в двустороннем обязательстве освобожден в соответствии с § 275 ГГУ от исполнения своей обязанности.³⁴ Двусторонние обязательства по своей природе характеризуются тем, что состоят по меньшей мере из двух обязанностей, синаллагматически (synallagmatisch) противостоящих друг другу. Если одна из таких обязанностей становится невозможной, то вмешивается § 326 ГГУ. Если обязанность должника, являющаяся предметом двустороннего договора, не может быть исполнена, то

³² В Германии трудовые отношения регулируются нормами гражданского права.

³³ Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, § 22 Rn. 22.

³⁴ Hk-BGB/Schulze, Baden-Baden 2014, § 326 Rn. 3.

логически встает вопрос, что происходит с обязанностью предоставления встречного исполнения со стороны кредитора.³⁵

Смысл и цель предписаний § 326 ГГУ (абзацы 1-4)³⁶ состоит в том, чтобы определить судьбу обязанностей по встречному исполнению в двусторонних правоотношениях в тех случаях, когда исполнение основных обязанностей становится невозможным. То, что освобождение от основной обязанности влияет на судьбу встречной обязанности, логически вытекает из взаимосвязи этих обязанностей в двусторонних правоотношениях. Эта взаимосвязь представляет собой принцип справедливости обмена, который мог бы быть нарушен, если бы кредитор оставался бы обязанным предоставить встречное исполнение без получения исполнения от должника.³⁷

§ 326 ГГУ содержит два основных правила, в соответствии с которыми определяется судьба обязанностей по встречному исполнению: 1) если на основании § 275 абзацев 1-3 ГГУ должник не обязан к исполнению, то требование встречного исполнения отпадает; 2) если за обстоятельство, в силу которого должник освобождается от исполнения своей обязанности в соответствии с § 275 абзацами 1-3 ГГУ, ответственность несет кредитор единолично или преимущественно, либо это обстоятельство, за которое должник не отвечает, возникло в период просрочки кредитором принятия исполнения, то должник сохраняет право требовать встречного исполнения.

Бесспорным считается, что норма § 326 ГГУ абз. 1 охватывает также случаи, когда за возникшую невозможность должник несет единоличную ответственность. В этом случае он, вне зависимости от своей ответственности, освобождается от исполнения ставшим невозможным обязательства и не вправе требовать от кредитора встречного исполнения. В случае же, если единоличная либо преимущественная ответственность за невозможность исполнения

³⁵ Schmidt, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Rn. 404.

³⁶ Текст нормы на немецком языке: https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_326.html

³⁷ Staudinger/Schwarze, Kommentar zum BGB, Leistungsstörungenrecht 2, Berlin 2015, § 326 Rn. B1.

должником своей обязанности лежит на кредиторе, должник сохраняет право требования к кредитору о предоставлении встречного исполнения.

Считается, что § 326 ГГУ подлежит также применению в случаях, когда невозможность исполнения обязательства не лежит в сфере ответственности ни одной из сторон.³⁸ Такие ситуации подпадают под норму абз. 1 § 326 ГГУ, и должник не вправе требовать от кредитора исполнения встречной обязанности. Если невозможность исполнения обязательства возникает вследствие событий, ответственность за которые не несет ни одна из сторон, то в этом случае невозможность рассматривается как «случайная». Здесь закономерно встает вопрос о риске возникновения «случайной» невозможности и бремени несения и/или распределения данного риска. Такой риск называется риском неполучения встречного исполнения или риском неоплаты.³⁹ В двустороннем обязательственном отношении в случае нарушения обязательства по общему правилу должна «пострадать» та сторона, которая несет ответственность за такое нарушение. В ситуации с невозможностью исполнения это означает, что сторона, ответственная за невозможность, не может и не должна получить от этого выгоды. Это считалось бы несправедливым. Если ответственен должник, то он не может требовать встречного исполнения. Если же за невозможность исполнения должником своей обязанности ответственность несет кредитор, то он не может быть освобожден от выполнения своей обязанности по встречному удовлетворению. В случаях, когда за невозможность не отвечает ни одна из сторон, логичным является, что ни одна из сторон не должна быть «наказана». Это естественным образом вытекает из принципа справедливости обмена.

Вопрос, охватывает ли норма § 326 абз. 1 ГГУ не только ситуации случайной невозможности, когда за нее ответственность не несет ни одна из сторон, в литературе рассматривается или неоднозначно, или негативно. Высказываются мнения, что данная норма охватывает только лишь случаи, когда причины невозможности исходят не со стороны должника или кредитора, а из

³⁸ Hk-BGB/Schulze, § 326 Rn. 5.

³⁹ Medicus /Lorenz, Schuldrecht Allgemeiner Teil, München 2015, Rn. 428.

«нейтральной» сферы.⁴⁰ Применение данной нормы к случаям обоюдной ответственности сторон за обстоятельства, приведшие к невозможности, тем самым отрицается.⁴¹ Согласно другому мнению, в отсутствие соответствующей судебной практики, вопрос, отпадает ли встречное исполнение при невозможности исполнения при обоюдной ответственности, остается открытым.⁴²

Представляется, что при ответе на этот вопрос следует исходить из целей нормы § 326 ГГУ. Законодатель данным предписанием преследовал цель определить судьбу встречного исполнения и других прав и обязанностей сторон в двустороннем обязательстве, основываясь на принципе справедливости обмена. Если ни одна из сторон не отвечает за невозможность исполнения основного обязательства, а ответственность несут обе стороны, то и негативные последствия не могут быть возложены лишь на одну из сторон. В этом смысле обе стороны согласно принципу справедливости обмена равны. В правовом смысле ситуация здесь похожа или даже аналогична той, которая имеет место при «случайной» невозможности. Буквальный смысл нормы § 326 абз. 1 ГГУ не исключает и не противоречит такому подходу. Соответственно можно обоснованно говорить о том, что норма § 326 абз. 1 ГГУ легитимирует исключение встречного исполнения при невозможности основного исполнения, за которую отвечают обе стороны. Такой подход в литературе вызывал критику в том плане, что исключение встречного исполнения в ответ на невозможность основного исполнения не является справедливым, т.к. может не отражать степень участия той или иной стороны в ответственности за невозможность. В литературе в связи с этим выдвигались различные теории, в основном предлагавшие не исключать или не полностью исключать встречное исполнение.⁴³ Однако, в силу принципа справедливости обмена при отсутствии ответственности только одной стороны, было бы, наверное, не совсем

⁴⁰ Staudinger/Schwarze, Kommentar zum BGB, Buch 2, Leistungsstörungenrecht 2, § 326 Rn. b29.

⁴¹ Staudinger/Schwarze, Kommentar zum BGB, Buch 2, Leistungsstörungenrecht 2, § 326 Rn. c109.

⁴² Looschelders, Rücktritt und Schadensersatz bei beiderseits zu vertretender Unmöglichkeit, JZ 11/2005, S. 869.

⁴³ Brade, Die beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit, JA 2013, S. 414-417.

справедливо при невозможности основного исполнения сохранять встречное исполнение. Куда более обоснованной здесь выглядит теория о предоставлении сторонам права на взыскание убытков по отношению друг к другу исходя из степени участия каждой в ответственности за невозможность исполнения.⁴⁴ В силу такого подхода отпадение встречного исполнения, во-первых, будет отвечать принципу синаллагматичности, во-вторых, стороны не будут ущемлены и смогут получить возмещение своих убытков исходя из доли ответственности каждой из них.

IV. Заключение

При обоюдной ответственности сторон за невозможность исполнения обязательства такое исполнение по общему правилу отпадает, т.к. предписания § 275 ГГУ регулируют основания для исключения исполнения в принципе безотносительно ответственности той или иной стороны. В этом плане одновременная ответственность обеих сторон не приносит значительных изменений в общее регулирование. Лишь в § 275 абз. 2 ГГУ обоюдная ответственность может и должна иметь положительное значение для наделения должника правом отказаться от исполнения.

Исходя из нормы § 326 абз. 1 ГГУ и принципа справедливого обмена требование встречного исполнения должно отпадать в случаях, когда основное исполнение стало невозможно по причинам, ответственность за которые несут обе стороны.

Системное рассмотрение вопросов правового регулирования в случаях с конструкцией невозможности исполнения при обоюдной ответственности сторон облегчает понимание как самой такой конструкции, так и правовых средств, которые следует применять в данных случаях.

⁴⁴ Soergel/Gsell, Bürgerliches Gesetzbuch Schuldrecht 3/2, 13.Aufl., Stuttgart 2005, § 326 Rn. 90.

Об авторе:



Кирилл Нам, кандидат юридических наук, LL.M, магистр частного права.

Выпускник юридического факультета Томского государственного университета.

Имеет степень магистра частного права (Исследовательский центр частного права при Президенте РФ (Москва) и степень LL.M (университет г. Гейдельберга, Германия).

Также имеет ученую степень кандидата юридических наук (Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ (Москва)).

Кирилл Нам имеет многолетний опыт как научной, так и практической работы. В настоящее время в университете г. Гейдельберга занимается исследованием немецкого права и сравнительным правоведением в рамках научной работы по доктринальному обеспечению отдельных новелл Гражданского кодекса РФ.

Контакт: 6964889@gmail.com

Сравнительный анализ некоторых положений Конвенции ООН о договорах международной купли- продажи товаров и положений Гражданского (и Торгового) Уложения Германии

Die (rechts) vergleichende Analyse ausgewählter Vorschriften des UN-Kaufrechts mit denen des deutschen BGB /HGB

Иван С. Аладьев, доктор права (Dr. iur. Ivan S. Aladyev)

Der nachfolgende Aufsatz beschäftigt sich mit Unterschieden und Gemeinsamkeiten der Haftungsbestimmungen des deutschen Kaufvertragsrechts nach BGB/HGB auf der einen Seite und nach UN-Kaufrecht (CISG) auf der anderen Seite. In der deutschen kautelarischen Praxis bestand und besteht die Tendenz, die Anwendung des CISG auszuschließen. Dies liegt oft daran, dass die Kenntnisse des UN-Kaufrechts vielen Vertragsjuristen fehlen. Auch in Russland gibt es nur vereinzelt Entscheidungen, die sich mit dem UN-Kaufrecht auseinandersetzen, so dass auch hier das CISG oft ausgeschlossen wird. Aus diesem Grund erscheint es sinnvoll, sich vergleichend mit dem Haftungsregime des UN-Kaufrechts und dem des BGB/HGB auseinanderzusetzen, damit die Entscheidung über die Anwendung des einen oder anderen Gesetzeswerkes nicht aus Unkenntnis, sondern eben tatsächlichen Gegebenheiten getroffen wird.

A. Введение

Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров¹ (Венская конвенция 1980 года, «CISG»/«КМКПТ») - многостороннее международное соглашение, имеющее целью унифицировать правила международной торговли.

¹ Также называемая Венской конвенцией 1980 года. В Германии называется также и «UN-Kaufrecht» и повсеместно используется англ. сокращение «CISG». В России часто сокращается «КМКПТ»,

http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html

Это сокращение будет использоваться и в настоящей статье.

I. История

Венская конвенция 1980 года заменила две Гаагские конвенции 1964 г. о Единообразных законах в международной купле-продаже товаров. Эти Гаагские конвенции никогда не получили международного признания за пределами Западной Европы. Да и не все страны Запада подписали эти конвенции. Так, например, ни Франция, ни США не ратифицировали их. В связи с непризнанием Гаагских конвенций Комиссия ООН по праву международной торговли² в рамках ежегодных конференций начала разрабатывать унифицированное право, регулирующее договор купли-продаж.

Окончательная версия договора была предоставлена на обсуждение в 1980 г. в Вене, поэтому КМКПТ и называется Венской конвенцией 1980 года. Конференция ООН приняла Заключительный акт (документ ООН A/CONF.97/18), приложением к которому и является текст Венской конвенции 1980 года. Венская конвенция вступила в силу 01.01.1988 года.

II. Страны-участники

В настоящий момент Венскую конвенцию приняли и ратифицировали 89 стран.³ К примеру, в Азербайджане она вступила в силу 01.06.2017.⁴ Последними к Конвенции присоединились: Фиджи, где она вступит в силу с 01.07.2018, Камерун - с 01.11.2018. 29.12.2017 Палестина (Государство)⁵ ратифицировала

² ЮНСИТРАЛ; англ. United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL.

³ См. официальную страницу ЮНСИТРАЛ

http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html

⁴ Тем самым на пространстве бывшего СССР осталось только три государства, не подписавших Конвенцию. Это – Казахстан, Туркменистан и Таджикистан.

⁵ http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980ciscg_status.html

Конвенцию, она вступит в силу 01.01.2019.⁶ В отличие от высказываемых ранее мнений, считается, что Конвенция действует и в Гонконге.⁷

В Германии (ФРГ) Конвенция вступила в силу 01.01.1991.⁸ Советский Союз ратифицировал Конвенцию 16.08.1990; она вступила в силу 01.09.1991. В России, как правопреемнице СССР, Конвенция продолжала действовать.⁹

Конвенция имеет большое значение для Германии. Среди 20 стран, с которыми Германия имеет наибольший товарооборот, только Соединённое Королевство Великобритании и Северной Ирландии не присоединилось к Венской Конвенции.¹⁰

III. Структура Конвенции

Конвенция состоит из преамбулы и четырех частей. Части I–III регулируют правоотношения в сфере международной купли-продажи товаров; часть IV содержит нормы, относящиеся к составу международного публичного права.

В Части I-ой (ст.ст. 1–13) закреплены положения, предусматривающие основания и сферу применения Конвенции. Наряду с этим в данной Части приводятся также нормы, имеющие характер материально-правовых, и вопросы, регулирующие проблемы, связанные с:

⁶ В Израиле Конвенция вступила в силу 01.02.2003.

⁷ В Китае Конвенция вступила в силу 01.01.1988. К действию Конвенции в Китае и Гонконге см. *Pilz*, NJW [Новый Юридический Журнал] 2017, 2449; *Gillette/Walt*, The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 2nd ed., 2016, p. 36.

⁸ Уведомление в: BGBl. 1990 II Seite 1477

(https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl290s1477.pdf#_bgbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl290s1477.pdf%27%5D_1517778186217).

В ГДР Конвенция вступила в силу раньше, 01.03.1990. К вопросу, действовала ли Конвенция в «новых землях» с 03.10.1990 по 31.12.1990 см. *Sonntag*, в: Gsell/Krüger/Lorenz/Reumann, beck-online.GROSSKOMMENTAR [Большой Онлайн Комментарий издательства Бек], Версия 01.01.2018, Art. 99 CISG, п. 4.1.

⁹ Официально Конвенцию опубликовали намного позже. К дате вступления в силу Конвенции в России (01.09.1990 или позже) см. *Муранов (Muranov)*, History of the Official Publication of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna 1980) in the Russian Federation in the Context of Application of International Treaties in Russia, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/muranov.html>

¹⁰ Возможные объяснения, почему Великобритания не ратифицировала конвенцию, можно найти на <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html>

- толкованием содержания волеизъявлений: ст. 8,
- действием обычаев делового оборота: ст. 9,
- определением места нахождения предприятия: ст. 10,
- формой совершения сделок либо действий, имеющих правовой характер: ст.ст. 11–13.

Часть II (ст.ст. 14–24) Конвенции регулирует вопросы, связанные с порядком заключения договора международной купли-продажи товаров.

Часть III (ст.ст. 25–88) устанавливает нормы, образующие материальную сторону права международной купли-продажи товаров как таковых, т.е. определяет перечень взаимных прав и обязанностей сторон по договору, а также средств правовой защиты в случае нарушения одной из сторон своих договорных обязательств.

Статьи 30–44 Конвенции образуют перечень обязанностей продавца по договору международной купли-продажи, в то время как статьи 53–60 определяют обязанности покупателя при исполнении им условий сделки купли-продажи. Нормы, регулирующие вопросы, связанные с ненадлежащим исполнением сторонами условий договора купли-продажи, закреплены в ряде статей:

- Статьи 45–52 относятся к случаям нарушения договорных обязательств продавцом;
- Статьи 61–65 относятся к случаям нарушения договорных обязательств покупателем.

Часть IV (ст.ст. 89–101) Конвенции регулирует вопросы, связанные с различного рода аспектами, определяющими статус Конвенции с позиции содержания норм международного публичного права. В ней устанавливается, в том числе, процедура размещения на хранение ратификационных грамот, вступления Конвенции в силу, применение ее норм на территории государств, воспользовавшихся правом оговорить неприменение отдельных положений КМКПТ и т.д. Немецкий текст Конвенции является переводом. Официальными

версиями Конвенции являются версии на английском, арабском, испанском, китайском, русском и французском языках, см. после ст. 101 КМКПТ.

IV. Сфера применения Конвенции

1. Предметное применение Конвенции

Конвенция регулирует вопросы договоров купли-продажи, п. 1 ст. 1 КМКПТ, но не определяет, что Конвенция понимает под этим понятием. Ст. 2 КМКПТ регулирует договоры купли-продаж, к которым Конвенция не применяется. К ним относятся, например, продажи на аукционах и продажи в ходе исполнительного производства. Также Конвенция не применяется к продажам ценных бумаг, денег, электроэнергии¹¹ и воздушных и водных судов.¹² Для смешанных договоров о продаже и выполнении работ/услуг (которые, например, постоянно встречаются при поставках промышленного оборудования/установок), основным критерием для применимости Конвенции является характеристика сути договора. Так, в соответствии с п. 2 ст. 3 КМКПТ Конвенция не применяется к договорам, в которых обязательства стороны, поставляющей товары, заключаются в основном в выполнении работы или в предоставлении иных услуг. Решающим моментом для определения, применяется конвенция или нет, является отношение стоимости товара к стоимости услуг/работ.¹³ Однако, отношение стоимости товара и услуг не

¹¹ Большинство государств-участников не считало, что электроэнергия является товаром, см. *Wagner*, в: beck-online.GROSSKOMMENTAR (сн. 8), версия 01.12.2017, ст. 2, п. 18.

¹² В отношении судов Конвенция не применяется, если суда должны использоваться для постоянного перемещения. Корабли-отели, плавучие деррик-краны для морского бурения, космические корабли и радиоуправляемые самолёты подпадают под действие Конвенции, см. *Saenger*, в Ferrari / Kieninger / Mankowski / Otte / Saenger / Schulze / Staudinger (Изд.), в: Internationales Vertragsrecht, Kommentar [Международное контрактное право, комментарий], 3-е издание, Мюнхен 2018, Ст. 21 КМКПТ, п. 11, 12.

¹³ *Wagner*, в: beck-online.GROSSKOMMENTAR (сн. 8), ст. CISG, п. 9; CISG-AC (Advisory Council, <http://www.cisgac.com/>), Opinion no. 4 v. 24.10.2004, Opinion on Art 3 (2) пояснение 4; OLG [Верховный земельный суд] München, решение от 03.12.1999, 23 U 4446/99 = BeckRS 1999, 30085441).

является единственным показателем применения Конвенции.¹⁴ Так, немецкие суды при определении применимости Конвенции обращают внимание и на «интерес клиента».¹⁵ Бремя доказательства того, что Конвенция не применяется в связи с преобладанием элементов трудового права/права услуг, накладывается на ту сторону, которая ссылается на неприменение Конвенции.¹⁶

В соответствии с подпунктом а) ст. 2 КМКПТ из сферы применения Конвенции исключена купля-продажа потребительских товаров. Сделка находится вне сферы применения настоящей Конвенции, если товары приобретаются для «личного, семейного или домашнего пользования». Однако сделка, при которой товары были куплены частным лицом для коммерческих целей, регулируется Конвенцией.¹⁷ Если товары куплены для личного, семейного или домашнего пользования, Конвенция не применяется, «за исключением случаев, когда продавец в любое время до или в момент заключения договора не знал и не должен был знать, что товары приобретаются для какого-либо такого пользования». При этом по решениям немецких судов у продавца существует обязательство проверять или спрашивать у покупателя цель, которую преследует покупатель при заключении сделки.¹⁸ Покупатель несет на себе бремя доказательства того, что он не знал и не должен был знать того, что товары куплены для личного пользования.

¹⁴ Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari (Изд.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht [Комментарий к КМКПТ], 6. изд., Мюнхен 2013, ст. 3, п. 14.

¹⁵ OLG [см. сн. 13] Karlsruhe, решение от 12.06.2008, 19 U 5/08 = BeckRS 2008, 11940. При применении российского права при квалификации договоров, в которых сочетаются обязательства по поставке товара с обязательствами по выполнению работ и предоставлению услуг, необходимо основываться на нормах, относящихся как к договору купли-продажи (поставки) и подряда, так, соответственно, и к другим видам договора (например, к договору на производство проектных и изыскательских работ), см. также *М. М. Богуславский и др.*, Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров Комментарий, Москва, 1994. Исходя из базы данных на <http://www.cisg.ru> и комментариев к ст. 3 в Сборнике ЮНСИТРАЛ к Конвенции (www.cisg.ru/dok/CISG_Digest_2016_r.pdf) российские суды этот вопрос пока не решали.

¹⁶ *Wagner*, в: beck-online.GROSSKOMMENTAR (сн. 11), ст. 3 КМКПТ, п. 11.

¹⁷ <http://www.cisg.ru/konvenciya-text-postatejno.php?id=2>; *Wagner*, в: beck-online.GROSSKOMMENTAR (сн. 8), ст. 2 CISG, п. 5.

¹⁸ OLG [см. сн. 13] Hamm [Хамм/Гамм], решение от 02.04.2009, 28 U 107/08 = BeckRS 2009, 25875 = CISG-online Nr. 1978) и др.

2. Пространственно-личное применение Конвенции

Конвенция применяется исключительно к договорам купли-продажи товаров, носящих международный характер. Она не претендует на компетентность в чисто внутригосударственных сделках. Помимо места нахождения коммерческих предприятий в разных странах и знания об этом обстоятельстве, важным является еще и то, что договор международной купли-продажи должен быть связан с государствами — членами Конвенции.

Основным критерием для определения международного характера Конвенции является местонахождение сторон (их баз или филиалов) договора. Гражданство роли не играет, п. 3 ст. 1 КМКПТ. Договор международной купли-продажи должен быть связан с государствами-членами Конвенции. Если обе стороны официально зарегистрированы в различных странах, каждая из которых является участником Конвенции, то Конвенция применяется. Согласно подпункту б) п. 2 ст. 1 КМКПТ действие Конвенции распространяется и на те случаи, в которых только одна сторона договора находится в государстве, являющемся участником Конвенции. В этом случае из норм международного частного права вытекает, что договор все равно подпадает под действие Конвенции. В связи со ст. 95 КМКПТ подпункт б) п. 2 ст. 1 КМКПТ исключение составляют случаи, когда государство при ратификации Конвенции сделало оговорку о неприменении этого положения. После того как 27.11.2017 Чешская Республика при ратификации Конвенции отозвала оговорку, сделанную ЧССР (уведомление депозитария C.N.55.1990.TREATIES-3) о неприменении подпункта в пункта 1 статьи 1,¹⁹ она (оговорка) продолжает действовать только в отношении Сингапура, Сент-Винсента и Гренадины, Словакии, Китая и США.²⁰ Для Германии (и почти всех государств ЕС) подпункт б) п. 2 ст. 1 КМКПТ ведет к применению Конвенции к договорам купли-продажи, если продавец находится в одной из стран-участников. Согласно подпункту б) п. 1 ст. 4 Первого Римского

¹⁹ <http://www.cisg.ru/konvenciya-text-postatejno.php?id=95>

Отказ от применения ранее совершенной оговорки вступает в силу 01.06.2018 г. См. также уведомление депозитария C.N.740.2017.TREATIES-X.10 от 24.11.2017.

²⁰ Сборник ЮНСИТРАЛ к Конвенции (сн. 15), ст. 95, п. 1.

Регламента Европейского парламента о коллизиином регулировании вопросов определения права²¹ к договорам купли-продажи применяется право того государства, в котором находится продавец (если стороны не определили или договорились о применимости определённого права договора, ст. 3 Рим-I).

Ст. 6 КМКПТ разрешает сторонам исключить применения Конвенции в целом или какой-то ее части. При этом надо обратить внимание, что неприменение Конвенции должно быть сформулировано в договоре или вытекать из него. Так, формулировка *«Этот договор регулируется немецким правом. Действие международных договоров исключается.»* не приводит при применении немецкого права к неприменению Конвенции, так как Конвенция является частью (национального) немецкого права^{22, 23}. Для неприменения Конвенции надо четко сформулировать в договоре, что Конвенция не действует, на пример: *«Этот договор регулируется немецким правом. Венская конвенция 1980 года не применяется.»*

В. Заключение договора купли-продажи

²¹ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom-I-Verordnung) - <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?qid=1431682847748&uri=CELEX:32008R0593>. На английском: EC Regulation on the law applicable to contractual obligations (Rome I). В дальнейшем «Рим-I». См. к определению права договора также *Гетьман / Пельгер*, Сборник статей о праве Германии № 1, 2015, 80 (91).

²² См. сн. 8.

²³ См. BGH (ВС Германии), решение от 23.07.1997, VIII ZR 134/96 = BeckRS 9998, 00746 = CISG-Online Nr. 276; от 25.11.1998, VIII ZR 259/97 = BeckRS 1998 30035496 = CISG-Online Nr. 353; от 11.05.2010, VIII ZR 212/07 = BeckRS 2010, 16053 = CISG-Online Nr. 2125. В России ситуация неоднозначная. Есть арбитражные решения, из которых следует, что выбор права определенного государства равноценен подразумеваемому исключению применения Конвенции: См. Решения Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации, Российская Федерация, от: 16.03.2005; 12.04.2004; 11.10.2002; 06.09.2002; для всех на английском языке на: www.cisg.law.pace.edu. Но более поздние решения исходят из применения Конвенции при ссылке на национальное право: Решения Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации, Российская Федерация, от: 22.10.2004; 17.09.2003; 25.06.2003; 06.06.2003, для всех на английском языке на: www.cisg.law.pace.edu; см. также Сборник ЮНСИТРАЛ к Конвенции (сн. 15), ст. 6, п. 11.

Конвенция содержит нормы, регулирующие заключение договора купли-продажи, ст. 14 и след. КМКПТ. Эти нормы применяются только в том случае, если государство-участник Конвенции не сделало оговорки о том, что оно не будет связано частью II или III Конвенции в рамках ст. 92 КМКПТ.²⁴

I. Отзыв оферты

В праве Германии (внутригосударственном) сторона, которая посылает другой стороне оферту (предложение о заключении договора) оказывается связанной предложением, если только она не указала на отсутствие ответственности за это предложение, § 145 ГГУ.²⁵ КМКПТ подходит иначе к вопросу об обязательности оферты. Так, п. 1 ст. 16 КМКПТ говорит, что пока договор не заключен, оферта может быть отозвана оферентом, если сообщение об отзыве будет получено адресатом оферты до отправки им акцепта. Тем самым это положение закрепляет правило, что оферта может быть аннулирована и что аннулирование вступает в силу, когда оно достигает адресата оферты. Тем самым в типичной ситуации у оферента возникает возможность отозвать свое предложение, например, если он неправильно рассчитал цену. Тем самым это положение на практике помогает продавцу, который делает предложение о поставке. П. 1 ст. 14 КМКПТ предусматривает, что право оферента на аннулирование своей оферты прекращается в момент направления адресатом оферты своего акцепта, а не в момент получения акцепта оферентом. Эта норма была принята несмотря на то, что п. 2 ст. 16 КМКПТ предусматривает, что акцепт вступает в силу именно в момент получения акцепта оферентом, то есть в

²⁴ Германия не делала соответствующих оговорок. Скандинавские страны от оговорок отказались, см. CISG Advisory Council Declaration Nr. 2; *Ferrari*, в: Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht [Комментарий к КМКПТ], 6. издание, Мюнхен, 2013, ст. 92 КМКПТ, п. 1-3. В билатеральных договорах между скандинавскими странами и Исландией действует собственное унифицированное право, оттесняющее Конвенцию в силу ст. 94 КМКПТ, *Sonnentag*, в: beck-online.GROSSKOMMENTAR (сн. 8), версия 01.01.2018, ст. 92 КМКПТ, п. 5.

²⁵ В российском праве ситуация аналогичная: п. 2 ст. 435 ГК РФ говорит, что оферта связывает направившее ее лицо с момента получения ее адресатом.

более поздний момент, и договор, следовательно, заключается в соответствии со ст. 21 КМКПТ.²⁶

II. Акцепт с изменениями оферты

Ст. 19 КМКПТ различает случаи, в которых акцепт (принятие) отличается от первоначальной оферты (предложения). Если акцепт содержит существенные изменения условий договора, то этот ответ в силу п. 3 ст. 19 КМКПТ является не акцептом, а новой офертой по п. 1 ст. 19 КМКПТ. По сути, эта норма соответствует нормам российского (ст 443 ГК) и немецкого права (§ 150 ГГУ). Конвенция содержит и исключение из этого принципа: несущественные изменения в акцепте не изменяют его правового характера: акцепт с несущественными изменениями приводит к заключению договора на условиях, указанных в акцепте, п. 2 ст. 19 КМКПТ.

III. Противоречивые типовые (стандартные) условия / «Battle of forms»

Вышеуказанные правила действуют и в отношении так называемых типовых договоров.²⁷ Конвенция не содержит правил о привлечении типовых условий договора. При заключении контрактов внутри Германии считается, что одной стороне достаточно указать на действие ее типовых условий и сообщить, где другая сторона с ними может ознакомиться.²⁸ При этом на другой стороне лежит бремя узнать, есть ли типовые условия у другой стороны. В отличие от этого,

²⁶ *Лебедев С.Н.*, Вопросы заключения договоров в Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров. В: Материалы семинара по Конвенции об исковой давности и Конвенции о договорах международной купли-продажи товаров, 2005 — <http://25.cisg.ru/content/publikation.php?id=3>

²⁷ Нем.: «Allgemeine Geschäftsbedingungen/AGB», § 305 ГГУ. В ГК РФ, несмотря на критическое отношение науки к данному вопросу, нет общего понятия типовых договоров. Примерными условиями договора по ст. 427 ГК являются условия, разработанные третьей стороной, а договор присоединения по ст. 428 ГК, который более подходит под (немецкую) квалификацию как типовой договор есть договор, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом. Таким образом договор присоединения может быть только весь договор в целом; в Германии проверяется каждое отдельное условие договора, является ли оно типовым, см. также *Aladyev/Aden* [Аладьев/Аден], *RIW* [Журнал права международной экономики] 2016, 497 (499).

²⁸ Например, указать интернет-адрес, по которому можно скачать договор.

при заключении договоров, подпадающих под действие Конвенции, такой, «чисто немецкий» подход немецкими судами не признается.²⁹ Стороне, которая хочет сослаться на действие своих типовых условий, необходимо до заключения договора указать, что она будет заключать договор при действии этих условий, а также переслать эти условия другой стороне, причем они должны быть написаны на языке, на котором заключается договор.³⁰

«Battle of forms» («битва форм») – это следующая проблема, которую необходимо решить в соответствии с Конвенцией.³¹ Проблема возникает в тот момент, когда одна сторона присылает оферту, ссылаясь на свои типовые условия. Другая сторона договора в ответ высылает акцепт, в рамках которого она, в свою очередь, ссылается на собственные типовые условия. В этот момент возникает вопрос с какими условиями, договор вступил в силу: с условиями оферты,³² акцепта³³ или действуют только те из условий, которые у обеих сторон совпадают, а остальные типовые условия вычеркиваются^{34 35}.

²⁹ Так, немецкие суды решали, что недостаточно напечатать типовые условия на обратной стороне оферты/акцепта и не указать на первой стороне на их существование; LG [Земельный Суд] Hannover [Ганновер], решение от 21.04.2009, 32 O 102/07 = CISG-online 2298; Типовые условия должны прикладываться к оферте, ссылки после подписания договора не достаточно, LG Aachen, решение от 22.6.2010, 41 O 94/09 = IHR [Международное Торговое Право] 2011, 82; Сторона, использующая типовые условия, должна доказать, что она прислала условия и указала на их действие, OLG Jena [Йена] решение от 10.11.2010, 7 U 303/10 = BeckRS 2011, 03846; возможность ознакомления с типовыми условиями на интернет-странице, даже при указании ссылки на нее, не достаточно, OLG Celle [Целле] решение от 24.07.2009, 13 W 48/09 = BeckRS 2009, 22951. OLG Düsseldorf [Дюссельдорф], решение от 21.04.2004, I-15 U 88/03 = BeckRS 2004, 18385.

³⁰ См. также BGH решение от 31.10.2001, VIII ZR 60/01 = BeckRS 2001, 9626 говорит, что стандартные условия не вступают в силу, если они написаны на немецком языке в то время, как договор составлен на английском.

³¹ Вопрос, как решать проблему при ссылке на действие различных законодательств, если одно из них приводит к неприменению Конвенции, рассматриваться в рамках этой статьи не будет. К этому вопросу *Kadner Graziano*, в *Yearbook of Private International Law*, Vol. XIV, с. 71 и дл.

³² Т.н. теория первого слова/выстрела – «first shot rule».

³³ Т.н. теория последнего слова/выстрела – «last shot rule».

³⁴ Т.н. «knock out rule» / «Kongruenzlösung» / решение с помощью конгруэнции / сравнения.

³⁵ К решению проблемы в российском праве см. *Aladyev/Aden* [Аладьев/Аден], RIW 2016, 497; *Громов*, Вестник ВАС РФ 2012 № 10, 70 и сл.

Теория первого слова/выстрела действует на сегодняшний день только в Нидерландах. П. 3 ст. 6:225 BW³⁶ говорит, что в случае, если оферта и акцепт ссылаются на действие различных типовых условий, то вторая ссылка является недействительной, если сторона особо не отказалась от действия типовых условий первой стороны.

Немецкое право решает проблему с помощью конгруэнции. Это решение объясняется следующим образом: отправной точкой является п. 2 § 150 ГГУ. Ссылка, сделанная получателем оферты на действие собственных стандартных условий, является отказом от оферты и, в свою очередь, собственной офертой, которую другая сторона принимает чаще всего не молчанием, а конклюдентно.³⁷ Эта аргументация должна бы приводить к действию теории последнего слова/выстрела. Безоговорочное получение услуг от стороны, которая последней указала на действие ее типовых условий, должно расцениваться как акцепт этих условий по принципу добросовестности (§ 242 ГГУ).³⁸ Позднее ВС Германии конкретизировал ситуацию, решив, что если обе стороны исходят из заключения договора на собственных условиях, но в тоже время исполняют его (договора) обязательства, то, несмотря на существующий спор о действии своих типовых условий, по мнению ВС, в данной ситуации нельзя исходить из конклюдентного акцепта типовых условий.³⁹ ВС ссылается опять же на принцип добросовестности. Смертельным ударом по теории последнего слова послужило решение ВС Германии, в котором он постановил, что сторона, получившая оферту с ссылкой на действие типовых условий другой стороны, имеет право сослаться на собственные типовые условия. В них возможно указать условие, при котором отличные типовые условия другой стороны не принимаются. Для этого стороне, получившей оферту, достаточно в ответе на нее сослаться на действия своих стандартных условий.⁴⁰ Эта ссылка на свои условия исключает

³⁶ Burgerlijk Wetboek = Голландский Гражданский Кодекс.

³⁷ BGH (ВС Германии), решение от 26.09.1973, VIII ZR 106/72 = NJW 1973, 2106.

³⁸ BGH, решение от 14.03.1963, VII ZR 257/61 = NJW 1963, 1248.

³⁹ BGH, решение от 26.09.1973, VIII ZR 106/72 = NJW 1973, 2106 (2107).

⁴⁰ BGH, решение от 20.03.1985, VIII ZR 327/83 = NJW 1985, 1838; BGH, решение от 24.10.2000, X ZR 42/99 = NJW-RR [Новый Юридический Журнал – Репорт Решений Судов] 2001, 484 (485).

квалификацию полученных услуг от другой стороны как конклюдентное волеизъявление о полном акцепте условий оферты. Несмотря на догматическую неопределенность, возникающую при использовании встречных типовых условиях, немецкие суды считают, что договор заключен, и при решениях споров не обращают внимания на противоречащие друг другу условия, то есть они вычеркиваются. Другими словами: сам факт заключения договора судами считается более важным, чем условия договора.

Некоторые другие страны, такие, например, как Польша, Австрия и отчасти Франция и Швейцария применяют, как и Германия, теорию конгруэнции.⁴¹ Большинство стран англо-саксонской правовой семьи для решения данной проблемы применяют в рамках внутригосударственного права теорию последнего слова.⁴² В России ситуация неопределенная, хотя анализ последних судебных решений дает возможность говорить о тенденции все более частого применения теории последнего слова.⁴³

В Конвенции отсутствуют правила для решения данной проблемы. Суды различных стран решают ее различными способами. Тем не менее, наблюдается тенденция решения проблемы с помощью пп. 2, 3 ст. 19 КМКПТ. Считается, что ссылка на собственные типовые условия в акцепте существенно не меняет характера договора. Последнее означает, что договор заключается на условиях акцепта, если только другая сторона не наложила протест, сославшись на собственные условия. Если в типовых условиях существует правило, по которому сторона отказывается от принятия условий другой стороны, то, в конечном счете, начинает действовать теория конгруэнтности, при условии, что стороны уже приступили к выполнению договора.⁴⁴

⁴¹ *Pilz*, IWRZ 2017, 195.

⁴² Список стран у *Pilz*, IWRZ 2017, 195.

⁴³ *Aladyev/Aden*, RIW 2016, 497; *Громов*, Вестник ВАС РФ 2012 № 10, 70; с указаниями решений.

⁴⁴ См. детально примеры решений судов у *Pilz*, IWRZ 2017, 195.

С. Ответственность Продавца

Центральной нормой права ГГУ, регулирующей обязанности сторон, является § 433 ГГУ. Так, п. 1 § 433 ГГУ обязывает продавца предоставить покупателю вещь без вещественных или правовых дефектов (недостатков).⁴⁵ В принципе Конвенция накладывает такие же требования на продавца. Так ст. 35 КМКПТ обязывает продавца поставить товар, который по количеству, качеству и описанию соответствует требованиям договора и который затарирован или упакован так, как это требуется по договору.⁴⁶

И. Должное качество товара

П. 1 § 434 ГГУ говорит, что товар не имеет вещественного дефекта и является не бракованным, если в момент перехода риска на покупателя он (товар) соответствует договорному качеству. То есть, вещевой брак – это отрицательное смещение данного качества от должного качества.⁴⁷ В отсутствие договоренностей о качестве, разъяснение того, что является должным качеством, осуществляется на основании § 434 ГГУ. Так, например, пр. 3 п. 1 § 434 ГГУ налагает на продавца ответственность за рекламу производителя или связанной с ним дистрибьюторской организацией. В Конвенции аналогичная норма отсутствует. Но суды могут принимать во внимание и рекламные высказывания для определения должного качества товара.

Исходя из буквы с) п. 2 ст. 25 КМКПТ, Конвенция накладывает на продавца большую ответственность за качество товара, чем это делает ГГУ. Так, за исключением случаев, когда стороны договорились об ином, считается, что товар не соответствует договору, если он не пригоден для любой конкретной цели, о которой продавец прямо или косвенно был поставлен в известность во

⁴⁵ В России обязанности продавца вытекают из ст.ст. 460 (свобода товара от прав третьих лиц), 469 (передача товара, товар, качество которого соответствует договору купли-продажи) ГК РФ и др.

⁴⁶ Отсутствие правовых недостатков вытекает из ст.ст. 41 и дл. КМКПТ, которые дополнительно требуют свободу от недостатков как промышленной, так и интеллектуальной собственности.

⁴⁷ *Westermann*, в: *Münchener Kommentar zum BGB*, 7-ое издание, Мюнхен 2016, § 434 ГГУ, п. 6 и дл.

время заключения договора. Исключение составляют те случаи, когда, как следует из обстоятельств дела, покупатель не полагался или для него было неразумным полагаться на компетентность и суждения продавца. На практике это положение означает, что для конкретизации качества товара покупателю достаточно сказать профессиональному продавцу/производителю, для каких целей товар будет использован.⁴⁸ Такой подход к определению качества/состояния товара является более общим, чем специфическое определение должного качества в № 1 п. 1 § 434 ГГУ. По ГГУ – качество соответствует договорному, если товар годен для обыкновенного использования и качество товара соответствует общепринятому качеству подобных товаров, ожидаемому покупателем от товаров подобного типа. Другими словами, просто указать на способ использования товара является недостаточным. Стороны должны договориться о состоянии качества как минимум конклюдентно.⁴⁹

II. Осмотр/проверка качества товара

Конвенция обязывает⁵⁰ покупателя принимать определенные меры для возможности предъявления требований покупателю. Так, согласно п. 1 ст. 38 КМКПТ покупатель обязан осмотреть товар или обеспечить его осмотр в максимально короткий срок, который практически возможен при данных обстоятельствах. В соответствии с п. 1 ст. 39 КМКПТ покупатель утрачивает право ссылаться на несоответствие товара, если он не предоставил в разумный срок продавцу извещения, содержащего данные о характере несоответствия, сразу же после того, как оно было или должно было быть обнаружено

⁴⁸ *Schwenzer*, в: *Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 6-ое издание, Мюнхен, 2013, ст. 35 КМКПТ, п. 18-23; см. также примеры у *Saenger*, в: *beck-online.GROSSKOMMENTAR* (сн. 8), версия 01.12.2017, ст. 35 КМКПТ, п. 7.

⁴⁹ Российское понимание качества товара соответствует пониманию Конвенции. Так п. 2 ст. 469 ГК РФ гласит: «Если продавец при заключении договора был поставлен покупателем в известность о конкретных целях приобретения товара, продавец обязан передать покупателю товар, пригодный для использования в соответствии с этими целями».

⁵⁰ В немецкой терминологии используется понятие «*Obliegenheit*», которое означает, что другая сторона (в данном случае продавец) не имеет возможности требовать исполнения этого обязательства. Но в случае неисполнения покупатель теряет права, связанные с нарушением контрактных обязательств. «*Verpflichtung*», напротив, означает обязательство, исполнение которого можно достичь и через суд.

покупателем. При внутригосударственных договорах купли-продажи⁵¹ ТГУ не накладывает на покупателя аналогичных обязательств. Они возникают лишь в случае, если договор купли-продажи для обеих сторон является торговой (коммерческой) сделкой коммерсанта, совершаемой по § 343 ТГУ.⁵² Тогда п. 1 § 377 ТГУ обязывает покупателя проводить проверку товара в «незамедлительный» срок и рекламировать несоответствия качества/дефекты. В случае, если коммерсант воздерживается от такой рекламации, дефектный товар в соответствии с п. 2 § 377 ТГУ считается принятым. Претензии, связанные с дефектами (не исключено, реально существующими), предъявлять больше невозможно.⁵³

Разница между п. 1 ст. 39 КМКПТ и п. 2 § 377 ТГУ состоит в сроках. В английской версии Конвенции используется формулировка: «Reasonable Time». В первоначальном варианте п. 1 ст. 39 Гагской Конвенции о единообразном законе в международной купле-продаже товаров («КЕМКП»)⁵⁴ использовалось выражение «promptly» («короткий срок»). Тем самым Венская Конвенция сформулирована более дружественно для покупателя в то время, как Гагская Конвенция и ТГУ в большей степени защищают продавца. В связи с этим невозможно перенести практику немецких судов в отношении § 377 ТГУ на ст. 39 Конвенции.⁵⁵ В научной литературе под понятием «разумного срока» подразумевается срок⁵⁶ продолжительностью примерно в один месяц. Для ТГУ сроки рекламации значительно короче. «Сразу»/«незамедлительно» в п. 2 § 377

⁵¹ Или при исключении применения Конвенции.

⁵² К понятию «коммерсанта» / «торговца» / «купца» и к структуре торгового права в Германии, см. *Vedde*, Германское торговое право — структура и важные правовые институты, в: Сборник статей о праве Германии, № 2, 2017, ст. 135.

⁵³ См. также *Vedde*, (сн. 52), ст. 135 (141).

⁵⁴ Текст КЕМКП можно найти на <http://www.cisg.ru/>

⁵⁵ См. *Hachem*, в: beck-online.GROSSKOMMENTAR (сн. 8), версия 01.11.2017, ст. 39 CISG, п. 35.

⁵⁶ Немецкие суды считают, что рекламация, поданная в течение 7-14 дней в любом случае является своевременной. Австрийское правосудие допускает рекламацию до 14-дневного срока; суды Великобритании и США допускают для подачи рекламации значительно более длительные сроки (до 2-3 месяцев), см. примеры у *Schwenzer*, в: *Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer* (сн.48), Art. 39 CISG, п. 16.

ГГУ означает «без необоснованного промедления» (п. 1 § 121 ГГУ). Если раньше под этим понятием понимался срок в 2-3 дня, то в последнее время в судебной практике наметилась тенденция понимать под данной формулировкой срок в 1-1,5 недели.⁵⁷

III. Ответственность продавца за некачественный товар

1. Ответственность по ГГУ

§ 437 ГГУ является центральной нормой, регулирующей требования, возникающие у покупателя к продавцу в случае продажи некачественного товара. В соответствии с этой статьей наличие брака, а также выполнение отдельных условий ряда дополнительных норм, дает покупателю право потребовать от продавца:

- повторного исполнения обязательств⁵⁸ в соответствии с § 439 ГГУ;
- отказаться от договора в соответствии с §§ 440, 323, п. 5 § 326 ГГУ или снизить цену в соответствии с § 441 ГГУ;
- получения компенсации или возмещения вреда по §§ 440, 280, 281, 283 и 311a ГГУ, или компенсации за напрасно понесенные расходы по § 284 ГГУ.

Продавец в первую очередь обязан повторно исполнить договор, т.е. поставить вещь без брака. П. 1 § 439 ГГУ понимает под повторным исполнением либо поставку новой вещи, либо устранение брака. Если другое не оговорено в договоре, то выбор варианта повторного исполнения лежит на покупателе. При этом надо обратить внимание, что в соответствии с п. 4 § 439 ГГУ, продавец имеет право отказаться от повторного исполнения договора в виде замены бракованной вещи на новую, если это исполнение связано с непропорционально большой стоимостью для продавца. В этом случае покупатель имеет право потребовать другого варианта повторного исполнения. Но и в этом случае продавец имеет право отказаться, сославшись на непропорционально большую

⁵⁷ Примеры у *Schwartz*, в: Häublein/Hoffmann-Theinert, Beck'scher Online Kommentar HGB, 19. Edition, версия 15.01.2018, § 377 HGB, п. 25.

⁵⁸ «Nacherfüllung».

стоимость. При оценке пропорциональности стоимости надо учитывать: стоимость товара в бездефектном состоянии, значительность дефекта и вопрос о том, существует ли альтернативная форма повторного исполнения.

Существовавший ранее спор о том, обязан ли продавец оплачивать демонтаж, необходимый для извлечения встроенной вещи, а также повторный монтаж, в случаях, когда продавец не является производителем товара, а покупатель не является потребителем, закрыт с 01.01.2018. Законодатель изменил п. 3 § 439 ГГУ и, тем самым, решил этот вопрос в пользу покупателя: продавец обязан оплачивать и демонтаж, и повторный монтаж встроенного товара.

Главным условием для возможности отказа от договора и требования компенсации ущерба является обязанность покупателя назначить продавцу срок, в течение которого тот обязан повторно выполнить условия договора купли-продажи (поставить новую вещь или устранить брак). При этом в принципе повторное исполнение считается не выполненным только после второй неудачной попытки, § 440 ГГУ. При отказе продавца повторно исполнить поставку, для отказа от договора⁵⁹ от покупателя не требуется наличие в его претензиях указания срока исполнения договора. Необходимым условием для получения компенсации является вина продавца в неисполнении обязательств. Из п. 1 § 280 ГГУ следует, что продавец не обязан возмещать вред,⁶⁰ если он не

⁵⁹ Так как вина является необходимым условием возмещение вреда (компенсации ущерба), то без помощи п. 3 § 439 ГГУ в сегодняшней версии невозможно взыскать компенсацию с продавца товара, который не является производителем, если компенсация состоит в возмещении расходов на (де)монтаж встроенной вещи. Продавец нарушает договор, так как он поставляет бракованную вещь. В то же время эту вещь он закупает у производителя. На продавце не всегда лежит обязанность проверять качество товара. На практике товар часто поставляется покупателю от производителя несмотря на то, что договор заключен между продавцом и покупателем (так называемая прямая поставка или дропшип / «Streckengeschäft»). Таким образом, у продавца нет возможности проверить товар. Между покупателем и продавцом нет договорных отношений, поэтому расходы на монтаж (дополнительный) накладываются на покупателя, который не может обратиться к производителю. При строительных договорах бремя дополнительной оплаты в случае брака стройматериалов лежит на строительной компании. См. также *Jansen, NZBau* [Новый журнал строительного права] 2017, 639.

⁶⁰ В немецкой терминологии «возмещение вреда, «Schadensersatz».

виноват. Тем самым, бремя доказательства невиновности в этом случае лежит на продавце. Вообще Закон исходит из того, что виноват тот, кто не исполняет своих обязательств.

2. Ответственность по Конвенции

Центральной нормой Конвенции, по которой покупатель может выставить продавцу претензии за поставку некачественного товара, является ст. 46 КМКПТ. По п. 1 ст. 46 КМКПТ покупатель может потребовать исполнения продавцом своих обязательств, если только покупатель не прибег к средству правовой защиты, не совместимому с таким требованием. Покупатель также не может потребовать исполнения договора, если он сам не отвечает на просьбу продавца, подтвердить выбранную продавцом форму исполнения, п. 2 ст. 48 КМКПТ.

В принципе покупатель имеет право требовать от продавца исполнения договора. Если продавец поставил вещь, не соответствующую договору (некачественную/бракованную), то у покупателя остаётся право требовать в качестве исполнения либо поставку новой вещи, либо устранение брака, п. 2 и 3 ст. 46 КМКПТ. Эти требования обременены дополнительным условием, что отличает Конвенцию от ГГУ. Можно себе представить ситуацию, когда и условия поставки новой вещи, и условия устранения брака являются невыполнимыми.

Право покупателя потребовать реального исполнения договора ограничено еще одним существенным моментом. В соответствии со ст. 28 КМКПТ, предусматривающей, что требование одной из сторон об исполнении какого-либо обязательства другой стороной не обязывает суд выносить решение об исполнении в натуральной форме, кроме случаев, когда он сделал бы это на основании своего собственного закона в отношении аналогичных договоров купли-продажи. Требование устранения несоответствия путем исправления в такой же мере, как и требование замены товара, подчиняются тем же формальным правилам. Они должны быть заявлены либо одновременно с

извещением, предусмотренным ст. 39 КМКПТ, либо в разумный срок после него. Тем самым, правила Конвенции соответствуют правилам ГТУ. В отличие от немецкого ГТУ, при поставке некачественного товара и при невыполнении условий договора ст. 39 КМКПТ оставляет за собой право уменьшить цену, а ст. 50 КМКПТ - и/или требовать компенсацию ущерба. Далее надо обратить внимание на то, что покупатель утрачивает право заявлять о расторжении договора или о замене продавцом товара, если он не в состоянии возвратить товар в том же состоянии, в котором он его получил. Исключения из этого правила содержатся в п. 2 ст. 81 КМКПТ.

Реализация права покупателя требовать реального исполнения договора ограничена еще одним существенным моментом. Речь идет о ст. 28 КМКПТ, которая предусматривает, что требование одной из сторон об исполнении какого-либо обязательства другой стороной не обязывает суд в своем решении требовать исполнения договора в натуральной форме. Исключением являются случаи, когда суд сделал бы это на основании своего собственного закона в отношении аналогичных договоров купли-продажи.⁶¹

Право требовать повторного исполнения договора не отменяет у покупателя права требовать компенсации, б) п. 1 ст. 45 КМКПТ.

Независимо от вида нарушения договора, ст. 49 КМКПТ дает покупателю возможность в определенный срок отказаться от договора. Если покупатель требует от продавца повторного исполнения договора и указывает продавцу срок, в течение которого он должен устранить брак или поставить новую вещь, то он (покупатель) в течение указанного срока не может потребовать отмены

⁶¹ В отличие от англосаксонского *Common Law*, в немецкой научной литературе считается, что данная норма не обладает практической значимостью, *Müller-Chen*, в: *Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer* (сн. 48), Art. 29 CISG, п. 4. Говоря о праве покупателя требовать реального исполнения договора, необходимо заметить, что российское ни материальное, ни процессуальное право не создают препятствий для его реализации. Решения об исполнении обязательства в натуральной форме имели место также в практике Арбитражного суда уже при ТПП СССР, *Розенберг*, Международное регулирование поставок в рамках СЭВ, с. 147; *Богуславский*, Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров Комментарий, Москва, 1994, ст. 29 п. 6.

договора.⁶² Несмотря на это, отказ от договора все же возможен, если продавец не поставил вещь или если нарушения договора являются существенными, п. 1 ст. 49 КМКПТ. Последнее условие играет главную роль, когда товар, поставленный продавцом, является бракованным, то есть обладает либо вещественными, либо правовыми недостатками. Ст. 25 КМКПТ говорит, что нарушение договора, допущенное одной из сторон, является существенным, если оно влечет за собой такой вред для другой стороны, что последняя в значительной степени лишается того, на что была вправе рассчитывать на основании договора. Исключением является случай, когда сторона, нарушившая договор, не могла предвидеть такого результата и другое разумное лицо, действующее в том же качестве при аналогичных обстоятельствах, также не смогло бы его предвидеть. Типичными примерами такого существенного нарушения договора являются:

- Непоставка товара в определенный, особо оговоренный обязательный срок при действии условия CIF по INCOTERMS® 1990;⁶³
- Невозможность сделать покупателя собственником украденного автомобиля;⁶⁴
- Невозможность устранить брак и отказ от повторной поставки.⁶⁵

Срок поставки не является необходимым условием для отказа от договора, если продавец сам замечает, что не сможет поставить в оговоренный срок, и не поставляет товар в течение нового (второго) срока, установленного им самим.⁶⁶

Далее обратим внимание на то, что покупатель утрачивает право заявлять о расторжении договора или замене продавцом товара, если он не в состоянии возвратить товар в том же по существу состоянии, в котором он его получил. Исключения из этого правила содержатся в п. 2 ст. 82 КМКПТ. Отказ от

⁶² *Hartmann*, в: beck-online.GROSSKOMMENTAR (сн. 8), версия 01.02.2018, ст. 49 CISG, п. 29.

⁶³ OLG Hamburg, решение от 28.02.1997, 1 U 167/95 = BeckRS 1997, 15842 = CISG-online Nr. 261; BGH, решение от 24.09.2014, VIII ZR 394/12 = BeckRS 2014, 20679 = CISG-online Nr. 2545.

⁶⁴ LG Freiburg, решение от 22.8.2002, 8 O 75/02 = КМКПТ-online Nr. 711 = IHR 2003, 22.

⁶⁵ LG München I, решение от 29.11.2005, 5 НКО 10734/02 = RiW 2007, 146.

⁶⁶ OLG Düsseldorf, решение от 21.04.2004, I-15 U 88/03 = BeckRS 2004, 18385.

договора должен быть заявлен в разумный срок, п. 2 ст. 49 КМКПТ. Немецкие суды посчитали, что отказ от договора через два месяца и 18 дней является отказом в разумный срок.⁶⁷ Отказ через пять месяцев после обнаружения брака сделан не в разумный срок, и поэтому с опозданием.⁶⁸

Ст. 50 КМКПТ дает возможность покупателю снизить цену в той же пропорции, в какой стоимость фактически поставленного товара на момент поставки соотносится со стоимостью, которую на тот же момент имел бы товар, соответствующий договору. Эта норма соответствует § 441 ГГУ. При этом цена может быть после снижения и до «нуля», если не существует другой возможности использования вещи.⁶⁹

D. Сравнение некоторых положений Венской Конвенции и положений ГГУ/ГТУ

I. Аспекты в пользу Продавца

- Предложение заключить договор – оферта – может быть отозвано еще до заключения договора, п. 1 ст. 16 КМКПТ. § 145 ГГУ не предоставляет такой возможности, оферту нельзя отозвать. Обычно продавец обращается к покупателю с офертой. В силу этого обстоятельства Конвенция защищает продавца.
- Для определения состояния (качества) товара, предусмотренного договором, и по Конвенции, и по ГГУ может быть привлечена информация, содержащаяся в рекламе. В Конвенции нет правила, аналогичного пр. 3 п. 1 § 434 ГГУ, согласно которому за информацию, содержащуюся в рекламе производителя и его дилерской сети, ответственность несет и продавец.
- Покупатель теряет свои права по гарантии, если он в течение двух лет после передачи ему вещи не информирует продавца о браке (что, в общем, соответствует № 3 п. 1. § 438 ГГУ). При продаже стройматериалов

⁶⁷ OLG Stuttgart, решение от 31.03.2008, 6 U 220/07 = BeckRS 2008, 06273.

⁶⁸ BGH, решение от 08.03.1995, VIII ZR 159/94 = NJW 1995, 2099.

⁶⁹ BGH, решение от 02.03.2005, VIII ZR 67/04 = NJW-RR 2005, 1218 = RiW 2005, 547.

действует пятилетний срок, №2 п. 1. § 438 ГГУ. При договорах, подпадающих под действие Конвенции, пятилетнего срока нет.

- Отказ от договора по Конвенции возможен только в (достаточно узких) рамках ст. 49, 46 КМКПТ. Для отказа от договора необходимо, чтобы нарушение договора было бы существенным. В рамках действия ГГУ покупатель не может отказаться от договора, если нарушение договора является незначительным. То есть отказ от договора по ГГУ проще, чем по Конвенции.
- Конвенция уменьшает размер компенсации ущерба на величину, который мог бы быть предвидимым другой стороной, ст. 74 КМКПТ. § 249 ГГУ такого ограничения не знает.
- Место оплаты цены – местонахождение продавца, ст. 57 КМКПТ. ГГУ исходит из местонахождения покупателя, см. п. 4 § 270, п. 1, 2 § 269 ГГУ.

II. Аспекты в пользу Покупателя

- Конвенция при определении качества товара обращает внимание на «специфическую цель» товара и требует, чтобы эта цель была бы известна продавцу, б) п. 2 ст. 35 КМКПТ. Согласно № 1 § 434 ГГУ качество товара должно быть оговорено сторонами. Одностороннее сообщение является недостаточным.
- Компенсация ущерба по ГГУ возможна только при наличии вины; Конвенция не требует наличия вины. После внесения изменений в п. 3 § 439 ГГУ разница в правовых подходах между Конвенцией и ГГУ практически исчезла. Трудно представить ситуацию, в которой продавца можно было бы считать невиновным в нарушении договора при наличии нарушений с его стороны.
- По Конвенции срок, в течение которого покупатель обязан сообщить продавцу о наличии брака, больший, чем по ГГУ.

Об авторе:



Иван С. Аладьев, доктор права, адвокат, специалист (Fachanwalt) в области торгового и корпоративного права, а также международного экономического права. Родился в 1981 г. в Москве. Специализируется на немецком и международном экономическом и корпоративном праве, внешнеторговым и договорным отношениям и судопроизводстве в национальных и европейских судах и (международном) арбитраже. Также имеет большой опыт работы в области конкурентного и антимонопольного права.

Является доцентом SRH Hochschule в г. Хамм по экономическому праву и комплаенсу. Автор многих статей, опубликованных на русском, английском и немецком языках. Член Германно-Российской Ассоциации Юристов и Германно-Российского Форума.

Контактные данные:

Tel.: +49 172 2820160

aladyev@aladyev-legal.com; iwan.aladieff@gmail.com

Über Autor:

Dr. Ivan S. Aladyev, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht sowie für internationales Wirtschaftsrecht. Geboren 1981 in Moskau. 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

vor nationalen und internationalen Gerichten und Schiedsgerichten. Herr Dr. Aladyev ist Lehrbeauftragter der SRH Hochschule Hamm für Wirtschaftsrecht und Compliance. Er ist Autor zahlreicher Aufsätze in deutscher, englischer und russischer Sprache. Er ist unter anderem Mitglied des Deutsch-Russischen Forums und der Deutsch-Russischen Juristenvereinigung.

Kontakt:

Tel.: +49 172 2820160

aladyev@aladyev-legal.com; iwan.aladieff@gmail.com

Введение в немецкое международное частное право

Einführung in das deutsche Internationale Privatrecht

Фальк Тишendorф (Falk Tischendorf) /

Райнер Веdde (Rainer Wedde)

Im wieder wachsenden deutsch-russischen Handelsverkehr kommt der Frage des anwendbaren Rechts eine große Bedeutung zu. Diese Frage richtet sich aus deutscher Sicht nach dem deutschen Internationalen Privatrecht (IPR). Allerdings ist das IPR mittlerweile in weiten Teilen durch Verordnungen der EU geregelt, die auch gegenüber Drittstaaten wie Russland gelten. Damit ist eine Befassung mit dem deutschen IPR für russische Juristen nicht nur aus praktischen Gründen von Interesse. Das Rechtsgebiet verdeutlicht auch die enge Verzahnung von nationalem und europäischem Recht in der EU.

I. Вступление

Российско-германские торговые отношения преодолели спад, обусловленный кризисом; товарообмен как в сфере импорта, так и в сфере экспорта снова заметно растет. Это следствие возросших цен на сырье, но также оживления экономики в России и объема экспорта немецких компаний.

Правовым основанием для трансграничной торговли, как правило, являются договоры, от небольшого договора поставки до миллионных рамочных договоров в нефтяном и газовом секторе. При этом постоянно встает вопрос о том, каким правом регулируется такой договор. В ситуации, когда обстоятельства дела осложнены иностранным элементом, быстро покидаешь родной правопорядок, который больше не может претендовать на очевидное применение. Это также относится к вопросам перехода права собственности, к трудовым отношениям или обеспечению исполнения обязательств по кредитам. В первую очередь всегда следует проверять, какое право применяется.

Ответ на этот вопрос дает международное частное право (МЧП). При этом, однако, речь идет не о международном праве, а о национальном праве, регулирующем отношения, осложненные иностранным элементом. Любые трансграничные отношения при этом затрагивают (как минимум) два правопорядка. Таким образом, в российско-германских отношениях также большое значение имеет российское МЧП. Однако российские юристы, очевидно, хорошо с ним знакомы, поэтому далее будет представлен только обзор немецкого МЧП.

Это должно быть интересно не только с практической точки зрения оформления договоров, но и в связи со значительным изменением немецкого МЧП правом ЕС. Растущая "европеизация" национального права в ЕС становится очевидной на примере МЧП.

II. Правовые основы

Немецкое МЧП (Internationales Privatrecht, IPR), в отличие от российского, не урегулировано в отдельной части Гражданского кодекса или в отдельном законе.¹ Наоборот, правовые основы можно найти в сложном переплетении норм. Это создает трудности в применении.

Исторически немецкое МЧП в значительной степени было урегулировано в Вводном законе к Германскому гражданскому уложению (Einführungsgesetz zum BGB, EGBGB, далее: Вводный закон к ГГУ)² в статье 3 и далее.³ Исходным пунктом является ст. 3 абз. 1) Вводного закона к ГГУ, которая, однако, предусматривает применение последующих статей лишь в том случае, если не действует превалярующая норма.

¹ Как, например, в Швейцарии, см. Швейцарский закон о МЧП от 18.12.1987 (IPR-Gesetz).

² Текст Вводного закона к ГГУ на немецком и английском языках: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgbeg/>

³ Однако и положения Вводного закона к ГГУ всегда имели пробелы. Например, международное деликтное и вещное право было урегулировано лишь несколько лет назад. Все еще отсутствует регулирование в отношении доверенности и международного корпоративного права.

При этом преобладающими являются в первую очередь международные нормы, унифицирующие материальное право (то есть создающие так называемый *единообразный закон (loi uniforme)*). В первую очередь здесь следует указать Конвенцию ООН о договорах международной купли-продажи товаров (CISG).⁴ Если применяется эта конвенция, она имеет приоритет перед нормами национального МЧП. Поскольку как Российская Федерация, так и Германия являются участниками Венской конвенции 1980 года, по общему правилу договоры поставки между компаниями обеих стран в соответствии со ст. 1 а) Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров попадают под ее действие.⁵

Однако Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров регулирует не все вопросы, поэтому остается (небольшая) сфера применения для МЧП и, таким образом, национального права. Кроме того, ст. 6 конвенции предусматривает возможность исключить ее применение (так называемая *возможность выйти (opting-out)*), что часто используется на практике.⁶ В этом случае снова действуют нормы национального МЧП.

Также приоритет перед национальным МЧП имеют регламенты ЕС, касающиеся МЧП. Амстердамский договор предоставил ЕС соответствующие полномочия.⁷ Эти регламенты стали известны как "римские регламенты". Они унифицируют не материальное право, а МЧП. При этом они действуют не только между государствами-членами ЕС, но и универсально, то есть в

⁴ Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров от 11 апреля 1980 г., иногда также именуется как Венская конвенция 1980 года. См.: http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html

⁵ Способ применения Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров в соответствии со ст. 1 b) рассматривается только в отношении третьих стран, таких как, например, Великобритания или Индия.

⁶ На практике эта возможность используется достаточно часто, хотя не совсем понятно, почему существует предубеждение против Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров.

⁷ По крайней мере именно так Европейская комиссия истолковала ст. 81 Договора о функционировании Европейского союза.

отношении третьих стран, поэтому их содержание интересно и российским юристам.

На настоящий момент существует целый ряд таких регламентов, которые унифицируют отдельные области права. Самыми важными являются Регламенты Рим I⁸ о международном договорном праве и Рим II⁹ о праве, применимом к внедоговорным обязательственным отношениям. Другие регламенты касаются, в частности, наследственного права или семейного права. Они создают единое МЧП ЕС, которое также действует в отношении третьих стран.¹⁰

Кроме того, со многими государствами существуют двусторонние соглашения Федеративной Республики Германия, содержащие нормы МЧП.¹¹ В отношении сферы их применения они имеют приоритет перед общими положениями Вводного закона к ГГУ.

Только если правоотношения не подпадают под действие превалирующей международной нормы, применяется национальное МЧП Германии в соответствии со ст. 7 и далее Вводного закона к ГГУ. Однако это относится только к некоторым немногочисленным областям права.

В международных правоотношениях также большое внимание может уделяться международным торговым обычаям. Однако отдельная система торговых обычаев, не связанная с государствами (так называемое *lex mercatoria*), еще не сформировалась. В любом случае для принудительного исполнения судебных решений или решений третейского суда необходимо снова обратиться

⁸ Регламент (ЕС) № 593/2008 Европейского парламента и Совета от 17 июня 2008 г. о праве, применимом к договорным обязательствам (Рим I), см.: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex%3A32008R0593>

⁹ Регламент (ЕС) № 864/2007 Европейского парламента и Совета от 11 июля 2007 г. о праве, применимом к внедоговорным обязательствам (Рим II), см.: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_.2007.199.01.0040.01.DEU

¹⁰ Так называемое универсальное действие, см., например, ст. 2 Регламента Рим I.

¹¹ Например, Договор о дружбе, торговле и судоходстве между Федеративной Республикой Германия и Соединенным Штатами Америки от 29. 10. 1954, см. Федеральный Верховный суд (BGH) от 13.10.2004, "Новый журнал корпоративного права" (NZG) 2005, 44.

к национальному праву и, прежде всего, к национальным органам правоприменения.

III. Основная структура

Немецкое МЧП – как и ГГУ – разделено на Общую часть (ст. 3-6) и Особенную часть (ст. 7 и далее). Таким образом, общие вопросы урегулированы лишь единожды, однако согласно принципу приоритета уступают специальным нормам Особой части. Так как европейские регламенты не содержат таких положений, эта часть немецкого МЧП сохранила свое значение. Основным условием для попадания под действие МЧП является наличие правоотношения с иностранным элементом.¹²

1. Структура нормы МЧП

Норма МЧП (в отличие от нормы материального права в ГГУ, именуется также коллизионной нормой) следует определенной структуре: она состоит из объёма (нем.: Anknüpfungsgegenstand; например, права на вещь) и привязки (нем.: Anknüpfungsmoment; например, место нахождения). Обе ведут в качестве правового последствия (Rechtsfolge) к применению материальных норм определенного правопорядка, см. ст. 43 абз. 1 Вводного закона к ГГУ. Норма МЧП не содержит решения дела; оно может быть взято только из применяемого национального права.

2. Привязки коллизионной нормы

В качестве коллизионных привязок (Anknüpfungsmomente) рассматриваются многочисленные возможности. Важнейшими привязками в МЧП являются:

- Гражданство в немецком МЧП ранее являлось важнейшей коллизионной привязкой. Однако в связи с "европеизацией" оно потеряло свое значение и применяется только в исключительных случаях. В пользу гражданства

¹² Фон Хайн в "Мюнхенский комментарий к ГГУ", 7-е издание, Мюнхен, 2018. Вводный закон к ГГУ, ст. 3 Вводного закона к ГГУ, п. 9 и далее / v. Hein in: MüKo BGB 7. Auflage München 2018, EGBGB Art. 3 EGBGB, Rn. 9ff.

говорит то, что оно, как правило, легко определяется и не подвержено манипуляциям. Кроме того, оно документирует наиболее тесную и длительную связь лица с государством, к которому оно принадлежит.

Тем не менее, гражданство не может прямо решить некоторые случаи. Если человек является гражданином нескольких государств, ст. 5 абз. 1 Вводного закона к ГГУ предусматривает, что эффективное гражданство, то есть гражданство государства, с которым у человека более тесная связь, имеет приоритет. Однако в соответствии со ст. 5 абз. 1 2 Вводного закона к ГГУ немецкое гражданство всегда имеет приоритет перед другими гражданствами.¹³ Для лиц без гражданства в соответствии со ст. 5 абз. 2 Вводного закона к ГГУ вместо гражданства действует обычное или, в отсутствие такового, простое (т.е. кратковременное) место пребывания.

- Важнейшей коллизионной привязкой в настоящее время является обычное место пребывания (нем.: *gewöhnlicher Aufenthalt*; *домицилий (domicile)*). Оно имеет место, если лицо в течение определенного времени пребывает в одном месте и имеет соответствующее намерение там остаться (*animus manendi*). Часто домицилий в большей степени соответствует фактической связи, чем гражданство, но его труднее устанавливать и, кроме того, им легче манипулировать. Между тем обычное место пребывания играет все более важную роль. Так, в соответствии со ст. 21 абз. 1 Регламента о наследственном праве (EuErbVO)¹⁴ порядок наследования зависит от последнего обычного места пребывания наследодателя.¹⁵

¹³ Однако эта норма частично критикуется, так как она представляет скрытую дискриминацию, см. фон Хайн в "Мюнхенский комментарий к ГГУ", 7-е издание, Мюнхен, 2018, Вводный закон к ГГУ, ст. 5 Вводного закона к ГГУ, п. 84 и далее / v. Hein in: MüKo BGB 7. Auflage München 2018, EGBGB Art. 5 EGBGB, Rn. 84-87 mwN.

¹⁴ Регламент (ЕС) № 650/2012 Европейского парламента и Совета от 04 июля 2012 г. "О компетенции, применимом праве, признании и исполнении решений, принятии и исполнении нотариальных актов по вопросам наследования, а также о создании европейского свидетельства о наследовании"; см.: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex%3A32012R0650>

¹⁵ Прежнее регулирование в ст. 25 Вводного закона к ГГУ, в соответствие с которым гражданство имело решающее значение, действует только для старых дел.

- Часто важным также является место совершения действия/место наступления результата; место, в котором происходит событие, определяет применяемое право. Место совершения действия имеет значение для формы (ст. 11 Вводного закона к ГГУ), при деликтах (ст. 4 Регламента Рим II), а также в международном корпоративном праве (место нахождения или учреждения).
- Место нахождения является классической привязкой коллизионной нормы для международного вещного права (как для движимого, так и недвижимого имущества, так называемый *закон места нахождения вещи (lex rei sitae)*).
- И наконец, иногда решающую роль играет воля сторон, в частности, в международном договорном праве (ст. 3 Регламента Рим I), а также в других областях права (например, в праве, применимом к внедоговорным обязательственным отношениям, см. ст. 14 Регламента Рим II). Таким образом, эта коллизионная привязка играет исключительно важную роль в международной торговле.

3. Правовые последствия

Если фактический состав коллизионной нормы выполнен, правовым последствием является то, из какого правопорядка берется материальное решение дела. Это, однако, вызывает множество вопросов.

Любой правопорядок состоит из двух частей: коллизионные нормы (МЧП) проясняют, когда должно применяться национальное право; материально-правовые нормы решают спор по содержанию. По общему правилу коллизионные нормы независимо от их формулировки понимаются всесторонне.¹⁶ То есть они регулируют не только то, когда применяется немецкое материальное право, но и зеркально, когда применяется иностранное право. Это также не является нарушением суверенитета, так как распоряжение о применении всегда направлено только национальным (немецким) судьям.

¹⁶ См. Лоренц в "Бамбергер/Рот/Хау/Позек, "БекОК", ГГУ, 45-е издание, по состоянию на 01.11.2015, Вводный закон к ГГУ по международному частному праву, п. 45 / *Lorenz in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck*, BeckOK BGB, 45. Auflage, Stand: 01.11.2015, EGBGB Einleitung zum Internationalen Privatrecht, Rn. 45.

Коллизионная норма, таким образом, указывает, как правило, на общий правопорядок другого государства (так называемая *отсылка к праву в целом*; нем.: *Gesamtverweisung*), то есть на коллизионное и материальное право. Лишь в исключительных случаях имеет место отсылка к материально-правовой норме, когда идет прямая отсылка на материальное право другого государства. Иностранное право не должно применяться против своей воли.

Таким образом, на втором этапе следует проверить, признает ли вообще национальное МЧП правопорядка, на который ссылается немецкое МЧП, такую отсылку. В идеале иностранное право принимает отсылку.¹⁷ Тогда применяется материальное право иностранного государства. В этом случае не играет роли, в какой стране начинают проверку (так называемое *международное единообразие принятия решения*; нем.: *internationaler Entscheidungseinklang*).

Иногда МЧП государства, которое с точки зрения немецкого права является компетентным, делает обратную отсылку на немецкое право (так называемая *обратная отсылка (renvoi)*). В этом случае ст. 4 абз. 1 Вводного закона к ГГУ объявляет применимыми нормы немецкого материального права. Немецкое право, таким образом, принимает обратную отсылку. Это может вызвать проблемы, так как нет соответствия какому-либо правопорядку. Однако непротиворечивое решение в этом случае невозможно. Поэтому применение отечественного права (так называемый *закон суда (lex fori)*) принимается как наименьшее зло. Международное единообразие принятия решения отсутствует; в зависимости от суда, рассматривающего дело, определяется другой применимый правопорядок. Это может осознанно использоваться сторонами (так называемый *базар инстанций (forum shopping)*).

И наконец, иностранное право в своем МЧП может делать отсылку к праву третьего государства (так называемая *дальнейшая отсылка; Weiterverweisung*). В этом случае в соответствии со ст. 4 абз. 1 Вводного закона к ГГУ немецкое право

¹⁷ Это имеет место, в частности, тогда, когда обе страны в своем МЧП применяют одинаковые привязки коллизионной нормы. Что касается России и Германии, соответствие случается часто, так как обе системы МЧП следуют похожим принципам.

принимает дальнейшую отсылку. Обратная отсылка третьего государства также принимается.¹⁸

4. Квалификация

Если привязка коллизионной нормы при необходимости должна быть истолкована, в случае квалификации речь идет о коллизионном объеме. Коллизионный объем в немецком МЧП ориентируется, естественно, на терминологию немецкого права. В редких случаях немецкое МЧП и немецкие материально-правовые нормы не совсем соответствуют друг другу.¹⁹ Чаше случаются расхождения между немецким МЧП и материальным правом иностранных государств. В конце концов иностранные правовые институты могут быть неизвестны немецкому праву.²⁰

На первый взгляд не подходит никакая (немецкая) норма МЧП, поэтому необходимо перенести понятия в национальные правоотношения. Как это происходит – спорный вопрос. Согласно господствующему мнению следует исходить из квалификации в соответствии с *lex fori*,²¹ квалификация, таким образом, осуществляется по праву государства, МЧП которого применяется. Это логично, однако предусматривает, что соответствующие понятия такому правопорядку известны. Кроме того, следует обратиться к функциональной квалификации, то есть понять цели и функции неизвестного правового института и перенести это в национальное право. Так таяк выполняет похожие

¹⁸ Спорно, см. фон Хайн в "Мюнхенский комментарий к ГГУ", 7-е издание, Мюнхен, 2018. Вводный закон к ГГУ, ст. 4 Вводного закона к ГГУ, п. 97 и далее / v. Hein in: MüKo BGB 7. Auflage München 2018, EGBGB Art. 4 EGBGB, Rn. 97ff.

¹⁹ Спорно, например, следует ли квалифицировать требования о компенсации пережившего супруга в соответствии с § 1371 ГГУ в соответствии с правом наследования или имущественным правом, см. Хаусман в "Хаусман/Одерски Международное частное право в нотариальной и общей практике", 3-е издание, Мюнхен, 2016. Общие правило, п. 20-23; Hausmann in: Hausmann/Odersky, Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 3. Auflage 2016, § 3. Allgemeine Lehren, Rn. 20-23.

²⁰ Например, такие институты как брак по доверенности, утренний дар или таяк по исламскому праву.

²¹ фон Хайн в "Мюнхенский комментарий к ГГУ", 7-е издание, Мюнхен, 2018. Ведение в международный частное право, п. 115 и далее v. Hein in: MüKo BGB, Einleitung zum Internationalen Privatrecht, Rn.115.

функции, что и развод и, таким образом, квалифицировался бы в соответствии с правом о разводе.

5. Предварительные вопросы/частные вопросы

В делах МЧП иногда возникают предварительные или частные вопросы. В отношении предварительных вопросов (Vorfragen) роль играют правоотношения или права (например, вопрос, является ли кто-либо собственником вещи). При этом преимущественно речь идет о самостоятельной привязке в соответствии с *lex fori*. Предварительный вопрос привязывается так, как будто речь идет о самостоятельном вопросе. Таким образом можно избежать противоречивые по содержанию решения.

Это также касается частных вопросов (Teilfragen), которые отделяются от рассматриваемых правоотношений и подчиняются уже собственным правилам; например, правоспособность при заключении договора или форма сделки. Здесь происходит самостоятельная привязка, если есть самостоятельная коллизионная норма.

6. Публичный порядок (Ordre public)

Применение коллизионных норм может привести к тому, что вопрос разрешается материальным иностранным правом. По общему правилу немецкий судья должен его применить. Тем не менее он не обязан его знать; он может узнать о его содержании из заключения эксперта.

В большинстве случаев при этом принимаются надлежащие решения. Однако в отдельных случаях может прийти к тому, что немецкая судебная власть должна применять правила, которые абсолютно несовместимы с национальным правопорядком. На этот случай национальное право должно содержать возможность последней корректировки. Ее предоставляет оговорка *о публичном порядке* в ст. 6 Вводного закона к ГГУ. Она позволяет избежать неприемлемых с точки зрения немецкого права результатов.

При применении публичного порядка (*ordre public*) необходимо соблюдать осторожность. Иные по своему содержанию результаты иностранного права, по общему правилу, необходимо принимать. Публичный порядок затрагивается только в тех случаях, когда конкретный результат применения иностранной нормы несовместим с основополагающими принципами немецкого права. Под этим в первую очередь понимаются основные конституционные права.

Как правило, публичный порядок не релевантен при применении правопорядков стран ЕС или иных западных стран.²² Он, однако, может иметь значение, если МЧП дает отсылку на неевропейское право. В целом немецкая судебная практика из уважения к другим правопорядкам достаточно осторожна в применении публичного порядка.²³

IV. Особенная часть МЧП

Между тем сами коллизионные нормы находятся, прежде всего, в Римских регламентах, а также в Особенной части немецкого МЧП, ст. 7 и далее Вводного закона к ГГУ.

1. Международное договорное право

Для российско-германских экономических отношений обязательственное право, вероятно, имеет наибольшее значение. В отношении права, применимого к договору, часто ведутся ожесточенные споры, хотя с практической точки зрения вопрос места рассмотрения споров может быть важнее. При этом у многих компаний наблюдается желание действовать в рамках отечественного права.

²² Однако Федеральный Верховный суд с отсылкой на публичный порядок отказывает в исполнении решений США в связи с убытками, присужденными в порядке наказания (*punitive damages*), см. Федеральный Верховный суд "Новый юридический еженедельник" (NJW) 1992, 3096, который ссылается на § 328 I п. 4 Гражданского процессуального уложения.

²³ См. как примеры: Высший земельный суд Дюссельдорфа "Новый юридический еженедельник – Отчет о судебной практике" (NJW) 2003, 725 (Возмещение в связи с расторжением брака).

При этом нельзя в общем ответить на вопрос, какое право больше удовлетворяет собственным интересам. Следует учитывать конкретные обстоятельства сделки и собственные правовые интересы. Рекомендация всегда выбирать один (например, немецкий) правопорядок нецелесообразна.

Уже ранние положения немецкого МЧП основывались на положениях международных договоров. Ст. 27 и далее Вводного закона к ГГУ недавно были отменены, вместо них вступил в силу Регламент Рим I, при этом, однако, он не повлек за собой значительных изменений. Решающее значение по-прежнему имеет воля сторон как результат свободы договоров (*Vertragsfreiheit*). В соответствии со ст. 3 Регламента Рим I в первую очередь учитывается явно выраженный и конклюдентный выбор права. Выбор права может также осуществляться частично и быть изменен в любой момент. И то и другое обычно не рекомендуется. При выборе правопорядка следует обратить внимание на то, что как Германия, так и Россия являются участниками Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров, таким образом, простой выбор немецкого или российского права ведет к Венской конвенции 1980 года. Только безоговорочный отказ ведет к классическому ГГУ или ГК РФ. Конклюдентный выбор права имеет место, если обстоятельства позволяют выявить невыраженный выбор права. Индикаторами могут быть неустойка, подсудность или место заключения. Суд иногда склонен к тому, чтобы достаточно быстро принять конклюдентный выбор права.

Если выбор права отсутствует, используется перечень из ст. 4 Регламента Рим I. Для особенно важных типов договоров европейский законодатель установил в нем выбор права. Например, в отношении договора купли-продажи применяется право продавца, что предоставляет преимущество экспортеру. Вне перечня применяется право государства стороны, которая осуществляет характерное для договора исполнение, ст. 4 абз. 2 Регламента Рим I.

2. Международное корпоративное право

Международное корпоративное право определяет вопрос, какому правопорядку подчиняется общество. Ни в европейском, ни в немецком праве это не урегулировано законом.²⁴ Традиционно немецкая судебная практика следует так называемой теории места нахождения (*Sitztheorie*).²⁵ То есть применяется право места, где общество имеет фактическое место нахождения. В связи с влиянием свободы размещения в соответствии со ст. 49, 54 Договора о функционировании Европейского союза в судебной практике Европейского суда внутри ЕС сейчас, однако, фактически действует теория места учреждения (*Gründungstheorie*).²⁶ Общество, таким образом, может свободно переносить свое (фактическое) место нахождения внутри ЕС, не меняя правопорядок. Это привело к усилению конкуренции внутри ЕС. Таким образом, возможно работать в Германии с английским LTD или нидерландским BV. Это открывает дополнительные возможности и перед российскими инвесторами, однако требует особого ноу-хау. Пока неясно, как предстоящий выход Великобритании из Европейского союза (брекзит) повлияет на работающие в Германии LTD. Однако Федеральный Верховный суд разъяснил,²⁷ что он в отношении третьих стран, то есть и в отношении России, придерживается теории места нахождения.

Также не урегулировано право, применяемое в отношении доверенности. В первую очередь, с немецкой точки зрения, действует право страны, в которой используется доверенность.²⁸

²⁴ Попытка ввести в немецкое МЧП соответствующие правила провалилась из-за политического сопротивления. Было запланировано и дальше опираться на так называемую теорию места учреждения.

²⁵ См. Федеральный Верховный суд "Новый юридический вестник" (NJW) 2002, 3539 / BGH, NJW 2002, 3539.

²⁶ См. судебную практику Европейского суда, прежде всего дела Centos, Überseering и Inspire Art, а также Podbul, Европейский суд (EuGH) "Новый юридический вестник" (NJW) 2017, 3639.

²⁷ Федеральный Верховный суд "Новый юридический вестник" (NJW) 2009, 289, ("Ипподром").

²⁸ Подробно в Хаусман в "Хаусман/Одерски Международное частное право в нотариальной и общей практике", 3-е издание, Мюнхен, 2016. § 6. Договорное представительство. / *Hausmann* in: *Hausmann/Odersky*, Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 3. Auflage München 2016, § 6. Rechtsgeschäftliche Vertretung.

3. Другие области права

МЧП играет роль во многих других областях права. Однако они, как правило, не затрагивают заключение договоров или затрагивают лишь в незначительной степени. В связи с этим, несмотря на свое принципиальное значение, здесь они будут рассмотрены кратко.

Международное вещное право еще не "европеизировано". Таким образом, применяемое к вещам право определяется в соответствии со ст. 43 и далее Вводного закона к ГГУ. Как правило, привязка осуществляется к месту нахождения вещи (так называемый *закон места нахождения вещи (lex rei sitae)*, ст. 43 абз. 1 Вводного закона к ГГУ).

Право, применяемое к внедоговорным обязательственным отношениям подчиняется Регламенту Рим II. При этом в деликтном праве привязкой коллизионной нормы является по общему правилу место наступления вреда, см. ст. 4 абз. 1 Регламента Рим II. Право, применяемое к обязательствам, возникающим вследствие неосновательного обогащения (*ungerechtfertigte Bereicherung*), по общему правилу определяется в соответствии с правоотношением, в связи с которым возникло неосновательное обогащение, ст. 10 абз. 1 регламента Рим II.

В наследственном праве решающее значение имеет последнее обычное место жительства (домиций) наследодателя, см. ст. 21 Регламента о наследственном праве (EuErbVO).²⁹

VI. Выводы

Немецкое МЧП в прямом смысле больше не существует; в большинстве областей оно было перекрыто нормами ЕС. Преимущество для российских юристов состоит в возможности найти единые правила во всех странах ЕС.

²⁹ Регламент (ЕС) № 650/2012 Европейского парламента и Совета от 04 июля 2012 г. "О компетенции, применимом праве, признании и исполнении решений, принятии и исполнении нотариальных актов по вопросам наследования, а также о создании европейского свидетельства о наследовании".

В ЕС были устремления разработать так называемое общее европейское торговое право.³⁰ Оно могло бы стать на место национального правопорядка как единообразный закон (loi uniforme) и сделать его излишним. МЧП тогда применялось бы только в отношениях с третьими странами. Однако сопротивление было слишком большим, государства-участники ссылаются на принцип subsidiarity. Со временем проект был отозван.

В итоге изложенное показывает, что немецкое и российское МЧП похожи друг на друга, следуют одинаковым основным принципам. Для важной сферы договорного права это значит, что стороны имеют возможность сделать подходящий выбор права. Какое право, немецкое или российское, при этом предпочтительнее, зависит от конкретной ситуации. Выбор же права третьей страны (в частности англосаксонского права) может быть целесообразным лишь в исключительных случаях.

Информация об авторах:



Фальк Тишендорф - Адвокат и Управляющий партнёр московского офиса БАЙТЕН БУРКХАРДТ. Фальк начал свою карьеру в 2002 году в качестве

³⁰ Предложение для Регламента Европейского парламента и Совета об Общем Европейском праве купли-продажи, Европейская комиссия КОМ (2011) 635, от 11.10.2011, по этому вопросу: Штауденмайер "Предложение комиссии для Регламента об Общем Европейском праве купли-продажи" "Новый юридический вестник" (NJW) 2011, 3491.

адвоката в компании Хаарман, Хеммельрат и партнеры, с 2006 года был партнером и руководителем практики в сфере недвижимости и коммерческого права в Московском офисе юридической фирмы СИ ЭМ ЭС Хаше Зигле. С 2009 года он Глава Представительства БАЙТЕН БУРКХАРДТ в Москве. Фальк Тишендорф зарегистрирован при Министерстве юстиции Российской Федерации в реестре адвокатов иностранных государств, осуществляющих адвокатскую деятельность на территории Российской Федерации, и включен в состав арбитров Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (МКАС) и Арбитражного Суда Ассоциации Европейского Бизнеса. Фальк награжден Министерством экономического развития Российской Федерации памятным знаком за вклад в развитие Российско-Германских внешнеэкономических отношений. В 2016 году Фальк Тишендорф официально назван представителем Федеральной земли Мекленбург-Передняя Померания в России. Контакт: Falk.Tischendorf@bblaw.com, www.beitenburkhardt.com



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: r.wedde@wile-institute.eu

Autoreninfo:

Falk Tischendorf - Rechtsanwalt und Managing Partner des Moskauer Büros von BEITEN BURKHARDT. Herr Tischendorf begann seine berufliche Laufbahn 2002 als Rechtsanwalt bei Haarmann Hemmelrath & Partner und war seit 2006 als Partner im Moskauer Büro von CMS Hasche Sigle für die Immobilien- und Commercial-Praxis verantwortlich. Seit 2009 leitet er das Moskauer Büro von BEITEN BURKHARDT. Herr Tischendorf wurde in das Register der in Russland tätigen ausländischen Rechtsanwälte beim Justizministerium der Russischen Föderation aufgenommen und ist Schiedsrichter am Internationalen Wirtschaftsschiedsgericht der Handels- und Industriekammer der Russischen Föderation (MKAS) und am Schiedsgericht der Association of European Businesses. Herrn Tischendorf wurde durch das Ministerium für wirtschaftliche Entwicklung der Russischen Föderation das Gedenkabzeichen für den persönlichen Beitrag zur Entwicklung der Deutsch-Russischen Außenwirtschaftsbeziehungen verliehen. 2016 wurde Herr Tischendorf zum Beauftragten Landes Mecklenburg-Vorpommern in Russland ernannt. Kontakt: Falk.Tischendorf@bblaw.com; www.beitenburkhardt.com

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 Rechtsanwaltsgesellschaft Beiten Burkhardt und Vorsitzender der Deutsch-Russischen Juristenvereinigung (DRJV). Kontakt: r.wedde@wile-institute.eu.

Рынки капиталов

как источник финансирования предприятий

Kapitalmärkte als Quelle der Unternehmensfinanzierung

Anna Puxmer, LL.M.

(Anna Richter, LL.M.)

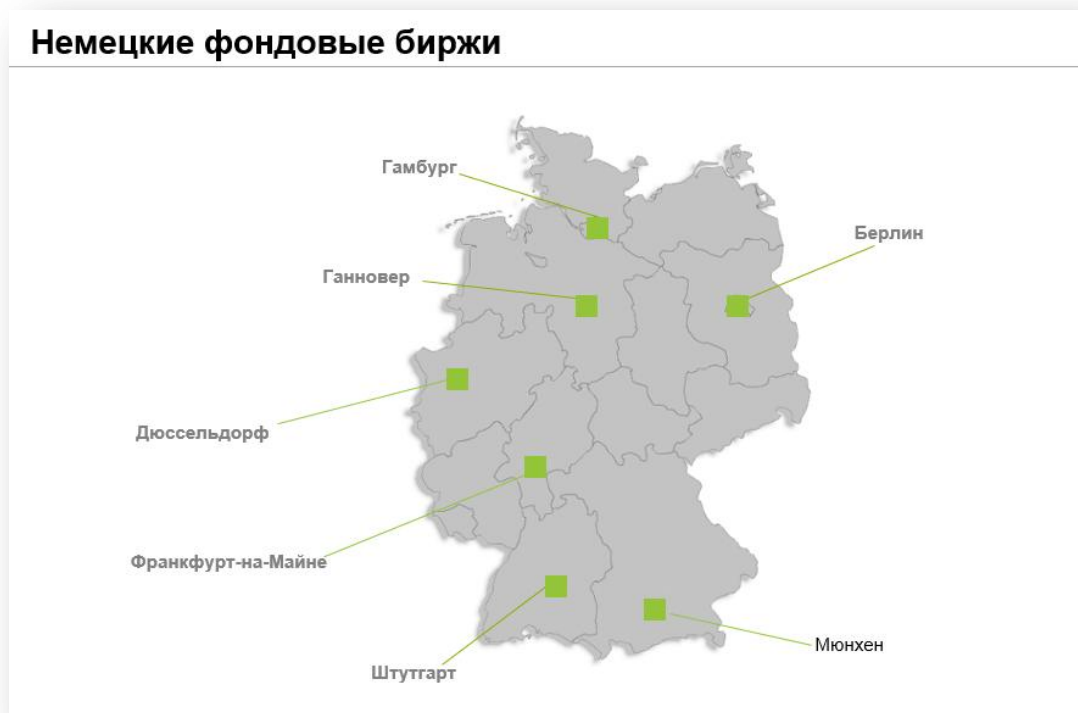
Die Inanspruchnahme der Kapitalmärkte hat für die Finanzierung von Unternehmen überaus große praktische Bedeutung. Dieser Beitrag gibt eine Übersicht über die Börsen in Deutschland, beleuchtet dabei einen der weltweit größten Handelsplätze für Wertpapiere - die Frankfurter Wertpapierbörse - und gibt einen Überblick über die Frankfurter Börsensegmente, abgerundet durch die Zugangsvoraussetzungen ausgewählter Börsensegmente, Kosten und Folgepflichten. Abschließend erfolgt ein Überblick über die Vorteile der Börsenzulassung und Wege an den Kapitalmarkt.

I. Введение

Рынки капиталов имеют большое практическое значение для финансирования компаний. Это организованные системы, где, с одной стороны, эмитенты - частные компании и государственные структуры - могут получить средства для долгосрочного финансирования своих проектов, а с другой стороны, инвесторы - частные лица и организации - могут разместить свободные денежные средства.

В связи с тем, что на рынке капитала обращаются значительные средства, торги проводятся организованно, как правило, на фондовых биржах. Функция биржи заключается в поддержании прозрачного ведения торгов через торговую платформу, а также в обеспечении равного доступа к информации.

Немецкие фондовые биржи расположены в таких городах Германии, как Франкфурт-на-Майне, Дюссельдорф, Мюнхен, Берлин, Штутгарт, Гамбург и Ганновер.



Сегодня на рынках капиталов можно наблюдать стабильный поток конвертируемых и других корпоративных облигаций, вторичные размещения, а также «обратные IPO» («**Revers IPO**»). Рынки капитала включают в себя публичные предложения, размещение акций, как часть увеличения капитала предприятий, выпуск конвертируемых и других корпоративных облигаций, а также торги котирующимися акциями и другими финансовыми инструментами, в которые инвесторы могут вложить свободные средства.

Правовая среда для рынков капитала подвержена постоянным изменениям. Новое законодательство ЕС и Германии требует, чтобы эмитенты и инвесторы постоянно следили за соблюдением требований для оборота ценных бумаг. В последние годы требования для компаний, включая их акционеров и инвесторов, явно возросли. Европейское регулирование («**Market Abuse Regulation**») еще больше увеличило не только европейскую стандартизацию, но и внесло новые

обязательства по соблюдению правил. Компании, выпускающие акции, должны соблюдать эти правила сейчас более, чем когда-либо: например, в годовых отчетах, собраниях акционеров и публикациях новостей или обстоятельств, существенных для оценки ценных бумаг компании («**Ad-hoc-News**»). В сделках с участием котируемых акций должны строго соблюдаться правила для избегания инсайдерской торговли и учитываться обязанности по ведению инсайдерской отчетности. Также должны публиковаться сделки с директорами.

II. Франкфуртская фондовая биржа

Франкфуртская фондовая биржа является одной из крупнейших в мире торговых площадок для ценных бумаг и чрезвычайно важным финансовым центром Германии. На Франкфуртскую фондовую биржу приходится около 90 % оборота ценных бумаг Германии (статус на 2018 год). Несмотря на то, что в Германии существует семь региональных бирж, деятельность в области IPO концентрируется на Франкфуртской фондовой бирже. В листинге этой биржи участвуют акции более 200 компаний, около половины из которых являются иностранными, что дает право считать ее торговой площадкой международного уровня.

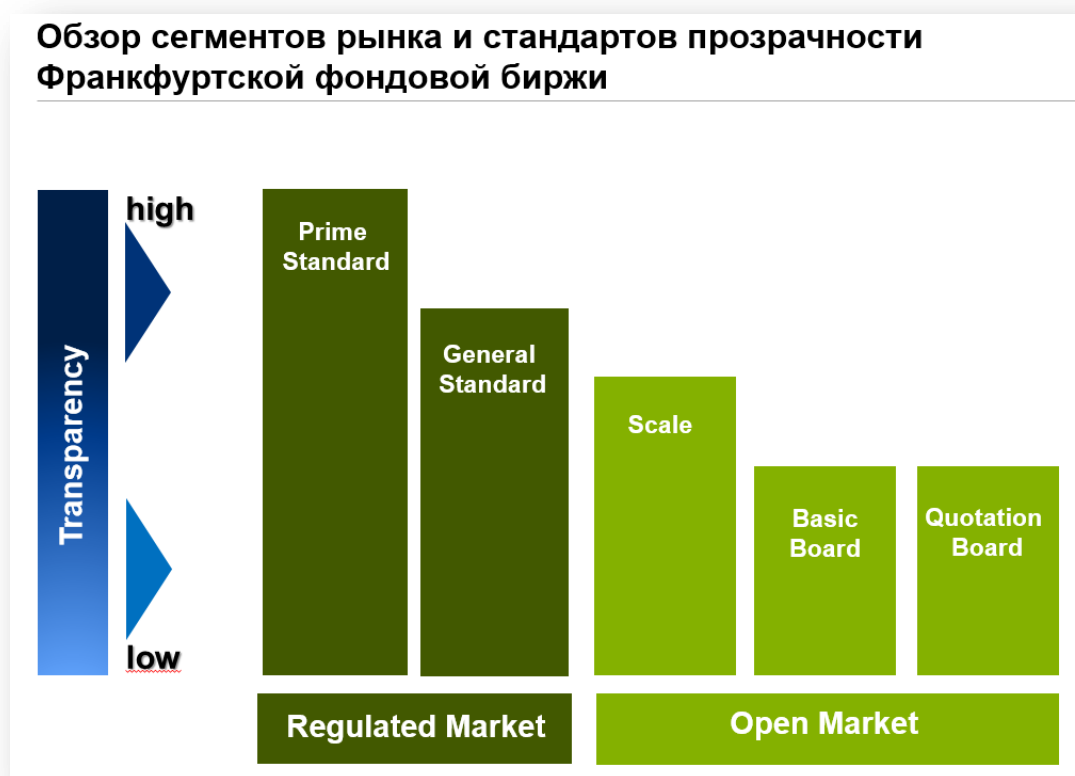
Помимо специализированной торговли на Франкфуртской фондовой бирже, торговая площадка является оператором одной из самых ведущих в мире электронных торговых платформ под названием «**Xetra**». С введением Xetra в 1997 году Франкфуртской фондовой бирже удалось не только укрепить свою ведущую позицию, но и также создать привлекательные условия для иностранных инвесторов и участников рынка.

Управляет Франкфуртской фондовой биржей компания в правовой форме акционерного общества под именем «**Deutsche Börse AG**».

На Франкфуртской фондовой бирже существуют различные сегменты рынка, на которых ведутся торги ценных бумаг. В марте 2017 года наиболее важный сегмент Франкфуртской фондовой биржи для малых и средних IPO, «**Entry Standard**», был заменен новым сегментом под названием «**Scale**» с

повышенными требованиями к прозрачности. Это является частью инициативы по поощрению большего количества IPO в Германии, в частности в технологическом секторе.

Регулируемый рынок («**Regulated Market**»), который разделен на «**Prime Standard**» и «**General Standard**», остается неизменным, тогда как Открытый рынок («**Open Market**»), делится на «**Quotation Board**» и, как упомянуто выше, - с марта 2017 года – также на сегменты «**Scale**» и «**Basic Board**». Все эти сегменты различаются в отношении требований к доступу, постоянных обязательств эмитентов и участия государственного управления в процессе торговли и ценообразования.



1. Сегмент Scale для малых и средних предприятий

Сегмент Entry Standard, который был введен в 2005 году, был заменен в марте 2017 года сегментом Scale. Этот сегмент является частью открытого

рынка, предназначенного для малых и средних предприятий. Новый сегмент должен поддерживать финансовый рост малых предприятий, обеспечивая легкий доступ к международным и национальным финансовым инвесторам.

Для допуска к новому сегменту Scale требуется проспект или документ о допуске. Требования к допуску включают поддержку со стороны партнера по рынкам капитала («**Capital Market Partner**»), который будет проверять, соответствует ли компания всем требованиям нового сегмента или нет, поэтому требуется юридическая и финансовая Due Diligence. Capital Market Partner также сообщает о текущих листинговых требованиях после начала торгов. Он должен быть банком, юридической фирмой или аудиторской компанией.

Кроме того, существуют определенные специальные положения, касающиеся финансовых показателей и деловой информации компании, которые должны быть выполнены для получения доступа к сегменту Scale:

- компания должна существовать в течение, как минимум, двух лет (необязательно в ее текущей правовой форме),
- минимальная рыночная капитализация должна составлять не менее 30 миллионов евро,
- номинальная стоимость должна составлять не менее 1 евро за акцию и
- минимальная доля акций в свободном обращении («**Free Float**») должна быть 20% или в общей сложности не менее 1 миллиона акций.

Также компания должна выполнить три из следующих пяти финансовых показателей:

- годовой оборот не менее 10 миллионов евро,
- собственный капитал перед IPO не менее 5 миллионов евро,
- не менее 20 сотрудников,
- положительный балансовый капитал и
- положительная годовая чистая прибыль.

Для допуска корпоративных облигаций необходимо выполнить финансовые обязательства для облигаций.

Компании, торгующие в сегменте Scale, должны публиковать аудированную годовую финансовую отчетность не позднее, чем через шесть месяцев после окончания финансового года, и неаудированную полугодовую финансовую отчетность в течение четырех месяцев. Deutsche Börse AG проводит обязательное исследование компаний («**Research Report**»). Кроме того, компании должны немедленно публиковать Ad-hoc-News. Они также обязаны вести списки инсайдеров, публиковать сделки с директорами и проводить по меньшей мере одну конференцию аналитиков в год.

Интеграция в сегмент Scale на Франкфуртской фондовой бирже стоит не менее 20 000 евро с дополнительными базовыми затратами около 5 000 евро за календарный квартал в случае акций и 2 500 евро в случае облигаций, которые выше, чем расходы в предыдущем сегменте Entry Standard.

2. Basic Board

Basic Board является сегментом для компаний, которые не могут (в дальнейшем) выполнять требования сегмента Scale. Допуск к сегменту Scale всегда включает листинг в Basic Board. В результате Basic Board не является сегментом для доступа, а служит как улавливающий сегмент.

3. Quotation Board

Quotation Board включает первичные и вторичные листинги облигаций и вторичные списки акций. Все компании, уже имеющие листинг или допущенные к торгам на другой международной или немецкой фондовой бирже и подавшие заявку на получение допуска к открытому рынку, проводят листинг на Quotation Board. Это означает, что только акции, которые уже торгуются на другой фондовой бирже, признанной Deutsche Börse AG, могут быть указаны в Quotation Board. Таким образом, для первоначального листинга акций на открытом рынке во Франкфурте должен быть выбран сегмент Scale.

4. General Standard

General Standard является базовым сегментом регулируемого рынка. Для получения доступа к сегменту General Standard требуется проспект листинга. Кроме того, здесь также существуют определенные специальные положения, касающиеся финансовых показателей и деловой информации компании, которые должны быть выполнены для получения доступа к сегменту General Standard:

- компания должна существовать в течение, как минимум, трех лет (необязательно в ее текущей правовой форме),
- проспект должен содержать годовые отчеты за предыдущие три года, а в течение двух предыдущих лет - в соответствии с МСФО (IAS/IFRS),
- будущий годовой отчет также должен соответствовать МСФО (IAS/IFRS).

Годовые и полугодовые отчеты должны быть опубликованы, также должны немедленно публиковаться Ad-hoc-News и сделки с директорами. Кроме этого, эмитент должен публиковать отклонения от соблюдения положений Кодекса корпоративного управления Германии («**Deutscher Corporate Governance Kodex**»), соблюдать более строгие положения, касающиеся собраний акционеров, и вести списки инсайдеров.

5. Prime Standard

Prime Standard - это сегмент высокой прозрачности для регулируемого рынка. Требования прозрачности, в дополнение к требованиям General Standard, включают:

- квартальные отчеты,
- отчетность на английском и немецком языках и
- обязательство проводить по меньшей мере одну конференцию аналитиков в год.

III. Преимущества публичного статуса компании и пути на рынки капиталов

В настоящее время многие компании стремятся обрести публичный статус. Это подразумевает свободный оборот акций компании на фондовом рынке. Публичный статус расширяет возможности привлечения капитала, дает компании инструмент оценки ее текущей рыночной стоимости, позволяет использовать акции в качестве поощрения работников компании, предоставляет возможность собственнику компании в любой момент продать свою долю и выйти из бизнеса.

Приобрести такой статус компания может разными путями. Один из самых популярных путей для крупных компаний – это IPO, то есть первоначальное публичное предложение акций.

Для малых и средних предприятий часто используются «обратные IPO» («**Revers IPO**»). Суть обратного IPO состоит в том, что компания становится публичной путем приобретения уже существующей публичной компании, так называемой – компании-оболочки с гораздо меньшими по сравнению с IPO финансовыми и временными затратами.

В настоящее время IPO концентрируются на сегментах Scale и Prime Standard.

Об авторе:



Анна Рихтер, LL.M., адвокат Германии (Rechtsanwältin) и также дипломированный юрист Казахстана, практикует в Кельне в одной из крупнейших юридических фирм Германии, «Heuking Kühn Lüer Wojtek»; специализируется в области рынков капиталов, корпоративного права, финансирования предприятий, слияний и поглощений и также юридическом сопровождении международных инвестиционных, торговых и

финансовых проектов, связанных с Российской Федерацией и другими странами СНГ.

Email: **A.Richter@heuking.de**

Tel.: **+49 221 2052-474**

Autoreninfo:

Anna Richter, LL.M., Rechtsanwältin in Deutschland und Diplom-Juristin in Kasachstan, praktiziert in Köln in einer der größten Wirtschaftskanzleien in Deutschland, "Heuking Kühn Lüer Wojtek". Sie spezialisiert sich auf das Kapitalmarktrecht, Gesellschaftsrecht, Fragen rund um die Unternehmensfinanzierung, Fusionen und Übernahmen sowie rechtliche Unterstützung für internationale Investitions-, Handels- und Finanzprojekte im Zusammenhang mit der Russischen Föderation und anderen GUS-Staaten.

Email: **A.Richter@heuking.de**

Tel.: **+49 221 2052-474**

Основания установления корпоративного контроля и регулирование ответственности контролирующих лиц в корпоративном праве Германии

Die Grundsätze der Unternehmenskontrolle und die Regelung der Haftung der herrschenden Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht

Мария Большакова

(Maria Bolshakova)

Dieser Artikel enthält einen kurzen Überblick über die Gründe einer Unternehmenskontrolle im deutschen Konzernrecht. Der Betrag beleuchtet auch die Bestimmungen des Aktiengesetzes über die Haftung des herrschenden Unternehmens im Vertragskonzern und im faktischen Konzern.

Данная статья содержит краткий обзор оснований установления корпоративного контроля в рамках германского права концернов. Также в ней проведен анализ положений Акционерного закона об ответственности господствующего предприятия в рамках договорных и фактических концернов.

I. Законодательное регулирование права концернов

Отношения взаимного участия различных корпоративных объединений в капиталах и деятельности друг друга регулируются особым разделом корпоративного права Германии – правом концернов (Konzernrecht). Право концернов также называют правом взаимосвязанных (связанных) предприятий (verbundene Unternehmen).¹

¹ Стоит отметить, что общепринятый перевод на русский язык термина «Unternehmen» как «предприятия» не является корректным. В российском праве предприятие рассматривается как имущественный комплекс. Используемый в немецком праве термин «Unternehmen» следует переводить как «предприниматель», в качестве которого могут выступать как физические, так и

Признается, что именно Германия обладает наиболее развитым и кодифицированным регулированием отношений связанности между юридическими лицами.² Германский Акционерный закон 1965 года (Aktengesetz, далее – Акционерный закон)³ являлся первым актом кодифицированного типа, который закрепил нормы о праве концернов. В момент принятия закона предприятиями, заинтересованными во взаимном участии, являлись в основном акционерные общества. В связи с этим, закон рассматривает в качестве участников концернов лишь акционерные общества (Aktiengesellschaft – AG) и акционерно-командитные товарищества (Kommanditgesellschaft auf Aktien – KGaA).

Нормы права концернов традиционно разделяют на общую и особенную часть. Общая часть содержится в первой книге Акционерного закона (§§ 15–22) и регулирует основные виды «взаимосвязанных предприятий». Данные нормы-дефиниции применяются ко всем видам юридических лиц вне зависимости от их формы (т.е. они применимы к другим обществам с привлеченным капиталом (Kapitalgesellschaften) и обществам с персональной ответственностью (Personengesellschaften), к ассоциациям (Verein) и союзам (Stiftungen), а также к иностранным юридическим лицам).

Нормы особенной части права концернов содержатся в третьей книге Акционерного закона и подразделяются на нормы: о договорах между предприятиями (Unternehmensverträge §§ 291–307), об иных отношениях зависимости между предприятиями (über sonstige Abhängigkeitsverhältnisse §§ 311–318), об отношениях присоединения (über die Eingliederung §§ 319–327) и о взаимно участвующих предприятиях (über wechselseitig beteiligte Unternehmen § 328). Сфера действия норм особенной части права концернов гораздо уже. Они

юридические лица. Физическое лицо можно расценивать как предпринимателя (по смыслу норм о праве концернов) в случае, если оно участвует как минимум в двух компаниях.

² Федчук В.Д. Defacto зависимость de jure независимых юридических лиц: проникновение за корпоративный занавес в праве ведущих зарубежных стран. М.: ВолтерсКлувер, 2008. С.100.

³ Aktengesetz (AktG), текст закона на немецком и английском языках: <https://www.gesetze-im-internet.de/aktg/>

распространяются лишь на акционерные общества и акционерно-командитные товарищества, которые имеют место нахождения внутри страны.⁴

II. Понятие «взаимосвязанных предприятий» и преимущества создания концернов⁵

В качестве оснований установления корпоративного контроля в германском праве выступают основания установления отношений зависимости между предприятиями. В первой книге Акционерного закона дается определение понятию «взаимосвязанных предприятий», а также перечисляются возможные варианты взаимосвязи предприятий. Согласно § 15 связанными предприятиями считаются юридически самостоятельные предприятия, которые по отношению друг к другу являются:

- 1) предприятиями, находящимися во владении преобладающего участника (in Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen), и предприятиями с преобладающим участием (mit Mehrheit beteiligte Unternehmen);
- 2) зависимыми и господствующими предприятиями (abhängige und herrschende Unternehmen);
- 3) предприятиями концерна (Konzernunternehmen);
- 4) взаимно участвующими предприятиями (wechselseitig beteiligte Unternehmen);
- 5) сторонами договора сотрудничества между предприятиями согласно §§ 291– 292 Акционерного закона (Vertragsteile eines Unternehmensvertrags).

Законодатель предлагает широкий перечень вариантов участия предприятий в деятельности друг друга, учитывая при этом, что некоторые участники оборота все же отдадут предпочтение «фактическому участию» в капитале или

⁴ Emmerich/Habersack Aktien-/GmbH-Konzernrecht, 8. Aufl. 2016, AktG § 15 Rn. 5.

⁵ Несмотря на то, что концерн является лишь одной из разновидностей «взаимосвязанных предприятий», в данной работе эти понятия будут использоваться как равнозначные.

деятельности другого предприятия без юридического закрепления данных отношений.

Все представленные варианты «связанных предприятий» не являются отдельными юридическими лицами. Они представляют собой экономические объединения, в которых важнейшие решения принимаются общим руководством, при этом каждый из участников является самостоятельным субъектом права (оборота), имеющим собственные волеобразующие органы. В литературе данную конструкцию называют «единство во множестве» (Einheit in Vielheit).⁶

По критерию наличия единого руководства взаимосвязанные предприятия можно разделить на две группы.

Первая группа – это предприятия «под единым руководством» (mit einheitlicher Leitung):

- предприятия, входящие в состав концерна (§ 18 Акционерного закона)
- предприятия – стороны договора о подчинении (§ 291 Акционерного закона)

Вторая группа – это предприятия «без единого руководства» (ohne einheitliche Leitung):

- предприятия с преобладающим участием (§ 16 Акционерного закона)
- предприятия, участвующие в капиталах друг друга (§ 19 Акционерного закона)
- предприятия, заключившие договор об отчислении прибыли (§ 292 Акционерного закона)

Необходимо отметить, что конструкция взаимосвязанных предприятий несет существенные риски для миноритарных акционеров общества. Ситуация, в которой одна компания контролирует несколько других, отличается от более

⁶ Drygala/Staake/Szalai, Kapitalgesellschaftsrecht. Mit Grundzügen des Konzern- und Umwandlungsrechts, 2012, S. 621.

привычной ситуации наличия мажоритарного акционера. Последний при нормальных обстоятельствах заинтересован в том, чтобы компания, которую он контролирует, процветала и приносила ему прибыль. В данном случае выигрывают и миноритарные акционеры, и кредиторы, так как успех компании увеличивает их шансы на дивиденды и на удовлетворение требований соответственно. Другая ситуация, если мажоритарный акционер одновременно имеет большие доли в других компаниях или же самостоятельно управляет отдельной корпорацией. В этом случае у него может быть стимул заниматься перераспределением прибыли между своими компаниями, либо выводить средства из контролируемых компаний в свою собственную корпорацию.⁷

Взаимосвязанные предприятия часто используются для диверсификации рисков: компания, неуверенная в том, что новый бизнес-проект окажется успешным, будет стремиться реализовать его в рамках отдельного общества с ограниченной ответственностью (Gesellschaft mit beschränkter Haftung – GmbH) или акционерного общества (Aktiengesellschaft – AG), в котором она имеет преобладающую долю. В случае, если опасения сбудутся, то доли в GmbH или AG могут быть проданы без ущерба для первоначальной компании.

Стоит признать, что ограждение компании от ответственности не является единственным мотивом создания концернов. В концернах большую роль играет организационная составляющая. Ведение экономической деятельности посредством разделения бизнеса на несколько небольших компаний имеет ряд существенных преимуществ:

- создается возможность разделения стратегического (долгосрочного) и оперативного управления (пока руководство концерна разрешает вопросы дальнейшего развития бизнеса, дочерние компании занимаются текущими вопросами);
- самостоятельность дочерних компаний порождает соответствующее разделение доходов и расходов, которые отражаются у каждой компании в

⁷ «Взаимосвязанные предприятия» несут в себе также риск того, что органы управления компании будут «разрушены» менеджментом, осуществляющим управление концерном.

отдельном бухгалтерском балансе. Это позволяет управлять дочерними компаниями как независимыми центрами прибыли;

- при организации трансграничных проектов, самостоятельность дочерних компаний и их статус полноценных юридических лиц облегчают концерну выход на рынок.

Для получения фактического господства над корпорацией, в отличие от процесса слияния компаний, достаточно приобрести лишь контрольный пакет акций или контролируемую долю, и нет необходимости приобретать компанию целиком. Первоочередной причиной объединения предприятий в концерн называют экономический интерес. Участие в концерне позволяет объединять капиталы, снижать расходы, развивать технологии, диверсифицировать предпринимательские риски и выходить на иностранные рынки.⁸

Среди преимуществ концерна перед другими способами концентрации капитала (поглощением или слиянием юридических лиц) выделяют возможность дочерней компании осуществлять деятельность отличную от материнской, иметь определённую долю самостоятельности. Данная самостоятельность полностью исчезает при поглощении или слиянии корпораций. Однако, несмотря на формальную самостоятельность, зависимое предприятие все же теряет часть своей автономии. Основными для зависимого общества становятся не собственные интересы, а интересы господствующего предприятия.⁹

III. Основания установления контроля между предприятиями. Регулирование ответственности господствующих предприятий

Нормы права концернов фактически закрепляют основания установления корпоративного контроля между юридическими лицами. Стоит подробнее рассмотреть каждое из таких оснований.

⁸ Saenger, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., München. 2015. Rn. 924.

⁹ Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 501.

1. Предприятия, находящиеся во владении преобладающего участника, и предприятия с преобладающим участием (§ 16 Акционерного закона)

В случае, когда большинство долей (либо большинство голосов) одного юридического лица принадлежит другому юридическому лицу, то первое предприятие является предприятием, находящимся во владении преобладающего участника, а второе является предприятием, имеющим в нем преобладающее участие. В праве концернов значение имеет количество голосов у преобладающего предприятия – их размер определяется по отношению числа голосов, которое может использовать общество, исходя из принадлежащих ему долей, к общему числу голосов. При этом из общего числа голосов исключаются голоса по собственным долям.

Предприятие также может считаться находящимся во владении преобладающего участника, когда преобладающее участие разделено между несколькими лицами, которые в юридическом или экономическом смысле стоят близко друг к другу (например, когда преобладающее предприятие владеет долей через других участников группы лиц - данная ситуация урегулирована в абз. 4 § 16 Акционерного закона). Преобладающая доля владения предполагает наличие у лица как минимум 51 % голосов.¹⁰

2. Зависимые и господствующие предприятия (§ 17 Акционерного закона)

Зависимым предприятием признается самостоятельное юридическое лицо, на которое другое лицо (господствующее предприятие) может прямо или косвенно оказывать влияние. Понятие «зависимости» предприятия является центральным понятием права концернов. Ключевым фактором является возможность господствующего предприятия навязывать свою волю зависимому предприятию. Существование единого руководства в данном случае является уже второстепенным признаком и не несет принципиального значения.¹¹

¹⁰ Emmerich/Habersack Aktien-/GmbH-Konzernrecht, 8. Aufl. 2016, AktG § 16 Rn. 23-25.

¹¹ Drygala/Staake/Szalai, Kapitalgesellschaftsrecht. Mit Grundzügen des Konzern- und Umwandlungsrechts, 2012, S. 633.

Согласно абз. 2 § 17 Акционерного закона зависимость предполагается, если господствующее предприятие имеет большинство (речь идет о большинстве голосов, а не просто о доле в капитале) в зависимом предприятии. Если большинства голосов у господствующего предприятия нет, но оно все равно имеет возможность навязывать свою волю – это также является подтверждением наличия отношений зависимости.

3. Концерны и предприятия концерна (§ 18 Акционерного закона)

В случае, если господствующее и одно или несколько зависимых предприятий объединены под единым руководством господствующего, то вместе они составляют концерн. Согласно практике, господствующее предприятие будет считаться таковым, если оно забирает у зависимого одну из важнейших функций (финансы, планирование или управление персоналом).¹² Однако, некоторые исследователи считают, что для возникновения концерна достаточно будет передачи полномочий по стратегическому планированию.¹³ Помимо этого, предприятия, между которыми заключен договор о подчинении (§ 291), или одно из которых было присоединено к другому (§ 319), также рассматриваются как объединенные под единым руководством.

Таким образом, в праве концернов существует некоторая последовательность презумпций: наличие преобладающего участия предполагает наличие зависимости – наличие отношений зависимости предполагает наличие концерна.¹⁴

Отношения между предприятиями в рамках концерна могут быть построены двумя способами: на началах субординации либо на началах координации. При построении концерна на началах координации (Gleichordnungskonzern) между предприятиями не возникает отношений зависимости. В абз. 2 § 291 Акционерного закона говорится о договоре, в соответствии с которым

¹² Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 18 Rn. 10.

¹³ Wiedemann, Die Unternehmensgruppe im Privatrecht, 1988, S. 14 ff.

¹⁴ Drygala/Staake/Szalai, Kapitalgesellschaftsrecht. Mit Grundzügen des Konzern- und Umwandlungsrechts, 2012, S. 638.

предприятия работают под единым руководством, но при этом ни одно из них не становится зависимым от другого. Подобные концерны на практике встречаются довольно редко.¹⁵

При субординации (Unterordnungskonzern) между предприятиями возникают отношения зависимости. Господствующее предприятие может управлять зависимым, в том числе посредством преобладающей доли в уставном капитале зависимого общества.¹⁶ Концерны, отношения в которых строятся на началах субординации, традиционно подразделяют на:

- Договорный концерн (Vertragskonzern §§ 291–310): договоры о подчинении и об отчислении прибыли, порождающие возможность господствующего общества давать обязательные для зависимого общества указания;
- Присоединение обществ (Eingliederung §§ 319–327): с момента присоединения все акции дочернего общества принадлежат головному обществу, при этом головное общество несет солидарную ответственность перед кредиторами присоединенного общества;
- Фактический концерн (§ 311), возникающий при отсутствии договора или факта присоединения в соответствии с положениями § 319 Акционерного закона;

В зависимости от вида концерна различаются обязанности и объем ответственности господствующего предприятия. Для договорных концернов в законодательстве предусмотрено детальное правовое регулирование, в том числе закреплены конструкции для защиты миноритарных акционеров и кредиторов. Законодатель стремится мотивировать предпринимателей юридически оформлять отношения зависимости, в связи с чем устанавливает преимущества для господствующего предприятия в договорном концерне – право давать обязательные указания зависимому. И наоборот, закрепляет ряд

¹⁵ Henn/Frodermann/Jannott, Handbuch des Aktienrechts, 9. Aufl. 2017, S.14 Rn.30.

¹⁶ Wilhelm J. Kapitalgesellschaftsrecht, 3. Aufl. De Gruyter Recht. Berlin S.15. Rn.24.

обременительных обязанностей для предпринимателей, которые не заключили договор о подчинении.

4. Взаимно участвующие предприятия (§ 19 Акционерного закона)

Взаимно участвующими предприятиями являются такие предприятия, каждому из которых принадлежит более 25 % в капитале другого предприятия. Различаются два вида взаимного участия предприятий: простое и квалифицированное (*einfache und qualifizierte wechselseitige Beteiligungen*). Основанием для разделения является наличие между взаимно участвующими предприятиями дополнительных отношений преобладающего владения (§ 16 Акционерного закона) или отношений зависимости (§ 17 Акционерного закона). В случае, если дополнительных отношений между предприятиями нет, то данный вид взаимного участия является простым и к нему применяются правила § 328 (об ограничении прав на управление). При квалифицированном взаимном участии к предприятиям применяются положения о преобладающем участии/зависимости предприятий.¹⁷

5. Договорные концерны (§§ 291–310 Акционерного закона)

Положения Акционерного закона, касающиеся договорных концернов, позволяют господствующим предприятиям оформить свое влияние на договорной, а значит, более надежной основе. В § 291 Закона названы два основных вида договоров между предприятиями:

- договор о подчинении, по которому акционерное общество или акционерно-командитное товарищество подчиняет свое руководство другому обществу (*Beherrschungsvertrag*);
- договор об отчислении прибыли, по которому акционерное общество или акционерно-командитное товарищество обязуется отчислять свою прибыль другому обществу (*Gewinnabführungsvertrag*);

¹⁷ Emmerich/Habersack Aktien-/GmbH-Konzernrecht, 8. Aufl. 2016, AktG § 19, Rn. 1-4.

Данные договоры меняют структуру предприятий – после их заключения зависимое предприятие больше ориентируется на интересы господствующего, нежели на свои собственные.¹⁸

В § 292 Закона закреплены также иные виды договоров между предприятиями, которые:

- предоставляют третьим лицам право оказывать влияние на управление обществом (договор сдачи предприятия в аренду – Betriebspacht, договор уступки предприятия другому лицу - Betriebsüberlassungsvertrag),
- предоставляют право получать часть прибыли (договор об объединении и последующем совместном распределении прибыли – Gewinngemeinschaft, договор об отчислении части прибыли – Teilgewinnabführungsvertrag).

Правила о заключении, изменении и прекращении договоров между предприятиями содержатся в §§ 293-299 Акционерного закона. В связи с тем, что договоры между предприятиями фактически меняют структуру, закрепленную в уставе, такие договоры приобретают юридическую силу только после одобрения квалифицированным большинством участников общего собрания. Для защиты интересов миноритариев и других участников общества правление каждого участвующего в договоре акционерного общества или товарищества обязано перед утверждением договора на общем собрании предоставить подробный письменный отчет, содержащий юридическое и экономическое обоснование заключения договора (абз. 1 § 293а). В отчете должна быть указана информация о последствиях заключения договора для долей участия акционеров.

¹⁸ Drygala/Staake/Szalai, Kapitalgesellschaftsrecht. Mit Grundzügen des Konzern- und Umwandlungsrechts, 2012, S. 679.

6. Защита прав миноритарных акционеров и кредиторов в договорных концернах

Как уже было отмечено, для законодателя выгодно, чтобы отношения подчинения оформлялись договорами, поэтому для повышения привлекательности таких договоров он предоставляет господствующим предприятиям преимущества, а миноритарным акционерам дополнительные гарантии защиты. Договор между предприятиями подлежит проверке аудитором, которого назначает суд. После проверки и проведения общего собрания информацию о договоре также необходимо внести в торговый реестр (Handelsregister).

В договоре об отчислении прибыли должны содержаться положения о предоставлении сторонним акционерам (außenstehende Aktionäre – внешние акционеры, которые владеют акциями компании, однако никак не участвуют в управлении и не имеют права голоса) соответствующей компенсации в виде периодических выплат, которые пропорциональны долям. Договоры о подчинении должны содержать гарантии выплаты внешним акционерам определенной доли ежегодной прибыли (в размере, установленном для компенсационных выплат). Договор, не предусматривающий компенсации внешним акционерам, является ничтожным (§ 304 Акционерного закона).

Кроме указанных компенсаций, договоры о подчинении и об отчислении прибыли также должны предусматривать обязанность другой стороны по требованию внешнего акционера приобрести его акции за возмещение, установленное договором. В случае, если на момент принятия общим собранием решения об утверждении договора о подчинении или договора об отчислении прибыли у общества не было внешних акционеров, то действие договора прекращается не позднее окончания финансового года, в котором в обществе появился внешний акционер.

В соответствии с § 302 Акционерного закона, при наличии договора о подчинении или об отчислении прибыли, господствующее предприятие обязано

компенсировать любой годовой убыток зависимого предприятия, возникший в период действия договора. Закрепление такой обязанности для господствующего предприятия следует признать обоснованным. Ведь при заключении договора о подчинении в зависимом обществе перестает действовать механизм сохранения уставного капитала (в соответствии с § 291 Акционерного закона, господствующее предприятие получает право на выплаты из уставного капитала зависимого предприятия).

Одним из теоретических обоснований обязанности господствующего предприятия возместить годовой дефицит является принцип единства господства и ответственности (Gleichlauf von Herrschaft und Haftung). Общее правило «никакого господства без ответственности» (keine Herrschaft ohne Haftung) направлено, прежде всего, на защиту интересов кредиторов зависимого предприятия и его миноритарных акционеров. Данный принцип может быть выражен через известное в немецком праве выражение «Кто получает выгоду, должен отвечать и за убытки» (Wer den Nutzen hat, muss auch den Schaden tragen).¹⁹

Положения о договорах между предприятиями защищают не только акционеров предприятий, но и кредиторов. При прекращении договора о подчинении или договора об отчислении прибыли, другая сторона договора обязана предоставить обеспечение требований кредиторам акционерного общества или товарищества, которые возникли до даты публикации в торговом реестре записи о прекращении договора (§ 303 Акционерного закона).²⁰ Данная обязанность предусмотрена в силу того, что после окончания действия договора о подчинении способность зависимого общества самостоятельно удовлетворить требования кредиторов крайне мала.

Помимо большого количества обязанностей, которыми наделяется господствующее предприятие в рамках договорного концерна, оно также

¹⁹ Weber, Privatautonomie und Außeneinfluß im Gesellschaftsrecht, 2000, S. 181.

²⁰ Drygala/Staake/Szalai, Kapitalgesellschaftsrecht. Mit Grundzügen des Konzern- und Umwandlungsrechts, 2012, S. 695.

получает и соответствующие преимущества. В случае, если иное не установлено договором, господствующее предприятие может давать правлению зависимого общества указания, идущие в ущерб обществу, при условии, что они служат интересам господствующего предприятия или всего концерна. При даче указаний законные представители (*gesetzliche Vertreter*) господствующего предприятия обязаны проявлять заботливость порядочного и добросовестного руководителя. В случае нарушения данной обязанности они обязаны возместить зависимому обществу возникшие убытки как солидарные должники (§§ 308–309 Акционерного закона). Требование о возмещении убытков может предъявить любой акционер общества (однако, в интересах самого общества), а также кредиторы. Кроме того, зависимое предприятие вправе отказаться от исполнения указаний господствующего в том случае, если указания явно (в данном случае используется так называемый «критерий очевидности») противоречат интересам концерна (абз.1 § 18 и абз. 1 § 308 Акционерного закона).

Таким образом, заключение договоров о подчинении влияет не только на зависимое общество, в котором из-за этого меняется структура управления, но и на господствующее общество, у которого появляются дополнительные обязанности. Акционерный закон закрепляет как внутреннюю (*Innenhaftung*), так и внешнюю (*Außenhaftung*) ответственность господствующего предприятия. Обязанность возместить годовой дефицит является примером внутренней ответственности перед зависимым предприятием. Обязанность после прекращения договора о подчинении предоставить обеспечение требований кредиторов предприятия является проявлением внешней ответственности.

7. Фактические концерны (§§ 311–318 Акционерного закона)

В соответствии с § 311 Акционерного закона, фактический концерн возникает тогда, когда между предприятиями отсутствует договор о подчинении или договор о присоединении предприятий, но при этом существуют отношения зависимости.

Положения закона предусматривают механизмы защиты зависимого общества. В фактическом концерне господствующее предприятие не может использовать свое влияние для того, чтобы побудить зависимое акционерное общество или акционерно-командитное товарищество совершить невыгодную для него сделку либо в ущерб себе предпринять (или не предпринять) определенные действия, за исключением случая, когда ущерб (Nachteil) будет впоследствии компенсирован. В данной ситуации важно, чтобы ущерб зависимого общества возможно было отделить и оценить, а также в дальнейшем отразить в отчете об отношениях зависимости (Abhängigkeitsbericht) для возмещения по окончании финансового года. Если господствующее предприятие по окончании финансового года не компенсировало ущерб, то оно обязано возместить обществу возникшие в связи с этим убытки (Schaden). Кроме того, правом на дополнительное возмещение обладают акционеры, если они понесли убытки помимо тех, которое понесло общество (§ 317 Акционерного закона). Необходимо отметить, что органы управления зависимого предприятия также могут нести ответственность в случае, если отчет об отношениях зависимости был некорректно составлен (ответственность правления), не был проверен или результаты проверки не были предоставлены общему собранию (ответственность наблюдательного совета в соответствии с § 318 Акционерного закона).

Требования о возмещении убытков на основании абз. 3 § 317, абз. 1 и 2 § 318 Закона могут быть заявлены отдельными акционерами (с целью исполнения в пользу общества), либо кредиторами корпорации. Стоит отметить, что на практике данные нормы применяются крайне редко, а их основная функция заключается в общей превенции. Кроме того, зависимое общество может извлекать пользу, публикуя отчет об отношениях зависимости (Abhängigkeitsbericht) и тем самым предотвращая будущие злоупотребления господствующего общества.

Основная критика конструкции фактического концерна заключается в том, что закрепленные законодателем правила регулируют лишь идеальные случаи

фактической зависимости, которую можно определить количественным образом. Проблемы применения норм об ответственности, закрепленных в §§ 317–318 Акционерного закона, привели исследователей к идее о возможности существования таких взаимосвязей, для которых недостаточно правового инструментария, закрепленного в Акционерном законе для фактических концернов. В подобных отношениях влияние господствующего предприятия не поддается количественному определению, нет возможности определить конкретные меры вмешательства в деятельность зависимого общества. Так появилась теория «квалифицированного фактического концерна». Ранее в судебной практике предлагалось применять к подобным ситуациям положения об ответственности господствующего предприятия при наличии договора о подчинении (§ 302 Акционерного закона). Затем Верховный суд ФРГ (Bundesgerichtshof – BGH) разработал отдельную концепцию ответственности за действия, направленные на уничтожение общества «Existenzvernichtungshaftung».²¹ В своих последующих решениях суд в качестве правового основания ответственности применил (и продолжает применять) § 826 Германского гражданского уложения (Bürgerliches Gesetzbuch–BGB), предусматривающий ответственность за умышленное причинение вреда, противоречащее добрым нравам (sittenwidrige vorsätzliche Schädigung).²²

8. Присоединение обществ друг к другу (§§ 319–327 Акционерного закона)

Самой сильной формой взаимодействия нескольких предприятий в праве концернов является процедура присоединения, которая возможна только между акционерными обществами.²³ После присоединения господствующее предприятие получает неограниченное право давать указания (т.е. в данном случае уже не действуют ограничения § 308 о том, что указания должны служить интересам концерна или господствующего общества). Решение о

²¹ BGHZ 149, 10 – „Bremer Vulkan“.

²² BGHZ 173, 246 – „Trihotel“; BGH ZIP 2009, 802 – „Sanitary“.

²³ Drygala/Staake/Szalai, Kapitalgesellschaftsrecht. Mit Grundzügen des Konzern- und Umwandlungsrechts, 2012, S. 699.

присоединении приобретает юридическую силу лишь после его одобрения общим собранием будущего головного общества.

Стоит отметить, что процесс присоединения может привести к выбытию некоторых акционеров. Для их защиты законодатель закрепил право на получение соответствующего возмещения. Кроме того, обеспечение предоставляется и кредиторам присоединяемого общества, требования которых возникли до публикации в торговом реестре сообщения о присоединении. С момента присоединения головное общество несет ответственность как по возникшим до момента присоединения обязательствам присоединенного общества перед кредиторами (так и по тем обязательствам, которые возникли позже) как солидарный должник.

Головное предприятие в рамках процедуры присоединения имеет право требовать передачи ему акций миноритарных акционеров в обмен на соответствующее возмещение. Данное решение принимается общим собранием, а затем правление готовит заявление о регистрации решения о передаче акций в торговом реестре. Размер возмещения определяется главным акционером в соответствии с имущественным положением общества. В случае, если миноритарные акционеры считают возмещение несоразмерным, они имеют право обратиться с ходатайством в суд, который в случае необходимости определит справедливый размер возмещения.

9. Применение норм о концернах к обществам с ограниченной ответственностью

Раньше применение норм о праве концернов по отношению к обществам с ограниченной ответственностью (Gesellschaft mit beschränkter Haftung - GmbH) вызывало споры. В настоящее время признается, что нормы Акционерного закона о фактическом концерне не могут быть применены к обществам с ограниченной ответственностью. Однако, нормы о договорных концернах могут

применяться, а общества с ограниченной ответственностью могут выступать в качестве господствующего или зависимого предприятия.²⁴

В данной ситуации следует говорить о «соответствующем применении», которое означает, что положение Акционерного закона о праве концернов не всегда точь-в-точь могут переноситься на общества с ограниченной ответственностью, а в большинстве случаев требуют некоторых модификаций. Договор о подчинении принесет господствующему обществу в соответствии с нормами об обществах с ограниченной ответственностью меньше преимуществ нежели аналогичный договор в акционерном праве. У господствующего предприятия будет значительно меньше возможностей установить контроль над обществом посредством указаний управляющим (ввиду правила § 37 Закона об обществах с ограниченной ответственностью – управляющие общества обязаны соблюдать ограничения относительно их полномочий, налагаемые уставом, при условии, что решениями общества не определено иное).

Выводы

Несомненным преимуществом права концернов в Германии является установление закрытого перечня договоров между предприятиями о взаимном участии в деятельности и капиталах друг друга. В связи с этим, на практике не возникает вопросов о том, какой договор порождает отношения зависимости (корпоративного контроля), а какой нет. При установлении отношений зависимости господствующее общество автоматически получает право давать указания зависимому обществу. При даче указаний господствующее предприятие обязано проявлять «заботливость порядочного и добросовестного руководителя», а в случае нарушения данной обязанности должно возместить убытки. Для защиты интересов миноритарных акционеров и кредиторов законом предусматриваются правила возмещения ущерба, который возник при исполнении указаний господствующего предприятия, а также правила о возмещении годового дефицита зависимого общества при заключении договоров

²⁴ Drygala/Staake/Szalai, Kapitalgesellschaftsrecht. Mit Grundzügen des Konzern- und Umwandlungsrechts, 2012, S. 700.

о подчинении. Целью законодателя является сокращение числа фактических концернов и создание стимулов для заключения договоров между предприятиями. Поэтому господствующее предприятие получает ряд обременительных обязанностей в рамках фактического концерна и ряд преимуществ в рамках договорного концерна. Конструкции, разработанные в германском праве концернов, могут быть использованы и в других правопорядках в качестве основы регулирования отношений корпоративного контроля.

Информация об авторе:



Мария Большакова (Maria Bolshakova)

Мария окончила юридический факультет Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова. Является выпускницей Школы немецкого права (совместной программы МГУ имени М.В. Ломоносова и Университета г. Регенсбург). Во время учебы специализировалась в области гражданского и корпоративного права, проходила стажировку на юридическом факультете в Университете г. Росток. В течение года Мария работала в русско-немецкой юридической фирме в Москве (Balashova Legal Consultants), а также являлась стажером Центра сравнительного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Мария является

автором ряда сравнительно-правовых исследований и публикаций. В настоящее время получает степень магистра в Университете г. Регенсбург.

E-mail: bolshakovam94@mail.ru

Maria studierte Rechtswissenschaft an der Moskauer Staatlichen Lomonossow Universität. Sie ist Absolventin der Schule des deutschen Rechts (eine Kooperation zwischen den Rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Universität Regensburg und der Moskauer Staatlichen Lomonossow Universität). Im Laufe des Studiums lagen ihre Interessenschwerpunkte im Bereich des Zivil- und Gesellschaftsrechts. Sie hat ein Auslandsemester an der Universität Rostock absolviert. Ein Jahr hat sie in einer deutsch-russischen Rechtskanzlei gearbeitet (Balashova Legal Consultants) und zusätzlich war sie als Praktikantin am Zentrum für Rechtsvergleichung (National Research University Higher School of Economics) tätig. Maria hat einige rechtswissenschaftliche Publikationen veröffentlicht. Derzeit macht sie ein Masterstudium an der Universität Regensburg.

Немецкое право кооперативов – расторжение и отмена договоров о членстве в кооперативе

Genossenschaftsrecht – Kündigung und Widerruf

Адвокат Инго М. Детлофф

(Rechtsanwalt Ingo M. Dethloff) /

Анатолий Вольф (stud.iur. Anatoli Wolf)

Der Beitrag behandelt, wie die Überschrift schon verrät, das Thema Widerruf und Kündigung der Beteiligung an einer Genossenschaft. Es werden verschiedene Möglichkeiten der Beendigung der Mitgliedschaft in einer Genossenschaft aufgeführt und die Folgen des Austritts aus einer Genossenschaft aufgezeigt.

I. Общие замечания

Идея кооперативов как организационной формы хозяйственной деятельности датируется началом девятнадцатого века. В марте 1867-го года был издан первый на территории Германии действующий закон „О производственных и хозяйственных товариществах“,¹ который и по сей день регулирует данную организационно-правовую форму товарищества. С тех пор вышеназванный закон претерпел множество изменений и модификаций, в том числе и в сфере расторжения и отмены договоров, о которой и пойдет речь в данной статье.

Кооперативы (Genossenschaften), в соответствии со статьей 1 абзацем 1 закона „О производственных и хозяйственных товариществах“, это общества открытого типа, являющиеся объединениями юридических или физических лиц для производства совместной экономической деятельности, целью которых

¹ О производственных и хозяйственных товариществах (Genossenschaftsgesetz - GenG), текст закона на немецком языке: <http://www.gesetze-im-internet.de/genG/>

является удовлетворение финансовых, социальных или культурных потребностей членов кооператива путем совместного ведения коммерческой деятельности.

Как и в других формах обществ, члены кооперативов задаются вопросом, при каких условиях можно прекратить членство в обществе. Особенно часто этот вопрос возникает у того, кто вступил в кооператив в результате активных действий фирмы-посредника, а впоследствии выяснил, что вступление в то или иное общество не соответствует его экономическим целям.

При расторжении членства в обществе нужно соблюдать некоторые особенности, исходящие из законодательства и судебной практики. Для членов кооперативов существуют три следующие варианта выхода из общества: расторжение в обычном порядке, досрочное расторжение и, в особых случаях, отмена договора.

Общее право на расторжение договора о членстве в кооперативном обществе защищено статьей 65 абзацем 1 закона „О производственных и хозяйственных товариществах“. Данная статья гласит о том, что каждый член кооператива может прекратить своё членство в кооперативе, заявив о расторжении договора. Статья 65 абзацы 2-5 закона „О производственных и хозяйственных товариществах“ регулирует условия, по которым можно расторгнуть договор о членстве в кооперативе.

В частности, в соответствии с абзацем 2, расторжение договора может быть осуществлено только в письменной форме, только к концу текущего хозяйственного года и минимум за 3 месяца до его окончания. Кроме этого, абзац 2 статьи 65 закона „О производственных и хозяйственных товариществах“ даёт возможность товариществу увеличить в уставе срок для расторжения договора до 5-ти лет, а в кооперативах, в которых каждый член является предпринимателем, срок для расторжения договора может составлять до 10-ти лет в целях обеспечения финансирования.

Абзацы 3 и 4 вышеназванной нормы дают возможность в особых случаях досрочно выйти из кооператива.

Право на расторжение контракта с кооперативом является неотъемлемым правом каждого члена кооператива. В соответствии со статьей 65 абзацем 5, данное право не может быть отменено или ограничено, независимо от того, было ли ограничение права на расторжение обговорено при заключении контракта, решено собранием членов товарищества или предусмотрено уставом кооператива. Любое ограничение прав на расторжение контракта вопреки статье 65 закона „О производственных и хозяйственных товариществах“ приводит к недействительности того или иного ограничения.

II. Расторжение членства в обычном порядке (ordentliche Kündigung)

а. Общие условия

Уведомление о расторжении в обычном порядке должно поступить кооперативу только письменно, минимум за 3 месяца до окончания текущего хозяйственного года; оно действует с конца хозяйственного года и не обязано быть обоснованным. Соответственно, устное расторжение контракта не имеет юридической силы, то же самое касается уведомлений о расторжении контракта по телефону, телефаксу или в электронной форме. Запоздалое по срокам оповещение о расторжении членства становится действительным только к концу следующего года.

Оповещение о расторжении членства в кооперативе не обязательно должно содержать слово „расторжение“ (Kündigung), важно лишь недвусмысленное объяснение о том, что член кооператива хочет его покинуть.

в. Расторжение контракта кредитором или арбитражным управляющим

Также возможно расторжение контракта по статьям 66 и 66а закона „О производственных и хозяйственных товариществах“.

Статья 66 даёт возможность кредитору в случае задолженности члена сообщества расторгнуть контракт вместо него, если принудительное взыскание долга, осуществленное не более чем шесть месяцев назад, прошло безуспешно.

Оповещение о расторжении членства в кооперативе должно соответствовать определенным формам, предписанным в статье 65. Расторжение договора, осуществленное кредитором, становится действительным к окончанию текущего хозяйственного года. Оповещение о расторжении договора может быть отозвано кредитором, и он обязан его отозвать в случае, если его требования по отношению к члену кооператива будут удовлетворены до окончательного выхода из кооператива.

Статья 66a дает возможность арбитражному управляющему (Insolvenzverwalter) при проведении процедуры банкротства расторгнуть договор о членстве в кооперативе на условиях статьи 65 закона „О производственных и хозяйственных товариществах“.

III. Досрочное расторжение договора о членстве в кооперативе (außerordentliche Kündigung)

Досрочное расторжение контракта о членстве в кооперативе может быть осуществлено несколькими путями.

а. Досрочное расторжение договора о членстве в кооперативе в соответствии со статьей 65

Первый путь урегулирован вышеназванной статьей 65 абзацем 3 закона „О производственных и хозяйственных товариществах“. В случае расторжения договора по статье 65 абзацу 3 должны быть соблюдены следующие требования:

- Устав кооператива должен иметь срок на расторжение контракта более 2-х лет;
- Член кооператива, который хочет закончить своё членство в кооперативе, должен был находиться в нем не менее одного года;

- Член кооператива должен доказать, что из-за своего личного или экономического положения не может больше оставаться в кооперативе до конца указанного в уставе срока для расторжения договора.

Выполнив данные требования, член кооператива может досрочно расторгнуть договор о членстве в кооперативе.

Следуя судебной практике высшей инстанции, право досрочного расторжения и, как следствие, уменьшение срока на расторжение контракта по статье 65 абзацу 3 закона „О производственных и хозяйственных товариществах“ может быть оправдано и в том случае, если цель контракта уже не может быть достигнута, в связи с чем от стороны не может быть потребовано дальнейшее участие в обществе.²

в. Досрочное расторжение договора о членстве в кооперативе в соответствии со статьей 67

Также в соответствии со статьей 67 закона „О производственных и хозяйственных товариществах“ у члена кооператива есть возможность досрочно расторгнуть договор при условии смены места жительства, если членство в кооперативе было привязано уставом к его предыдущему месту жительства. В таком случае член кооператива должен письменно заявить о расторжении контракта и предоставить документ, выданный государственным учреждением, подтверждающий смену места жительства. При соблюдении вышеназванных условий член кооператива имеет право к концу хозяйственного года выйти из кооператива без соблюдения срока для расторжения договора.

с. Досрочное расторжение договора о членстве в кооперативе в соответствии со статьей 67а

Следующий вариант досрочного расторжения договора урегулирован статьей 67а абзацем 1 номерами 1 и 2 закона „О производственных и хозяйственных товариществах“.

² Vgl. OLG Hamm, Urteil vom 03.03.2009, 27 U 121/08.

В данной норме регулируется возможность досрочно расторгнуть договор о членстве в кооперативе, при внесении в устав кооператива определенных поправок, касающихся указанных в статье 16 абзаце 2 номере 2-5 и 9-11 или в абзаце 3 тем:

- члену кооператива, который участвовал в общем собрании, возразил изменению устава, и это возражение было внесено в протокол, или ему было отказано во внесении этого возражения в протокол;
- члену кооператива, который не участвовал в общем собрании кооператива, потому что его несправедливо не допустили к собранию, или собрание не было надлежащим образом созвано, или же предмет принятия решения не был должным образом заявлен.

К указанным в статье 16 темам относятся, например, введение обязанности доплаты или введение минимального капитала, а также существенные изменения сферы деятельности кооператива.

В случае, если изменения устава были осуществлены собранием представителей, то статья 67а абзацем 1 даёт возможность каждому члену кооператива досрочно расторгнуть договор о членстве в кооперативе. На членов, воспользовавшихся этой возможностью покинуть общество, новые правила устава не распространяются.

Расторжение договора должно быть осуществлено в письменной форме в течение месяца и становится действительным к концу хозяйственного года.

Срок для расторжения договора для членов кооператива, которые участвовали в общем собрании, начинается с того момента, когда фактически было принято решение об изменении устава. Для членов, кооператива, которые не участвовали в общем собрании, срок для расторжения договора начинается с момента получения сведений об изменении устава.

d. Досрочное расторжение договора о членстве в кооперативе в соответствии с законом „О преобразовании“

Статья 90 закона „О преобразовании“³ также даёт возможность членам кооператива досрочно отказаться от членства в кооперативе в случае, если кооператив находится в фазе поглощения иным кооперативом. В случае расторжения договора в соответствии со статьей 90 должны быть соблюдены следующие требования:

- член кооператива, который участвовал в общем собрании, возразил слиянию или поглощению, и это возражение было внесено в протокол;
- член кооператива не появился на общем собрании кооператива, потому что его несправедливо не допустили к собранию, или собрание не было надлежащим образом созвано, или предмет принятия решения не был должным образом заявлен.

Как и в случае с расторжением контракта в соответствии со статьей 67а, если слияние было решено собранием представителей, то каждый член кооператива имеет право досрочно расторгнуть договор о членстве в кооперативе.

Данное право на досрочное расторжение контракта имеют только члены кооператива, который будет поглощён.

IV. Отмена договора (Widerruf)

Все возможности расторгнуть договор о членстве в кооперативе, как правило, указаны в законе „О производственных и хозяйственных товариществах“. Отмена договора не указана в этом законе как особый инструмент защиты потребителя и на договор о членстве в кооперативе, как правило, не распространяется.

Однако судебной практикой было установлено одно исключение из этого правила.

³ Umwandlungsgesetz (UmwG), текст закона на немецком и английском языке: https://www.gesetze-im-internet.de/umwg_1995/index.html#BJNR321010994BJNE009902377

Верховный федеральный суд Германии (Bundesgerichtshof – BGH) в решении от 01.03.2011, II ZR 298/08,⁴ впервые дифференцировал между кооперативами в соответствии с правовой моделью (klassische Genossenschaft) и кооперативами с целью получения прибыли или налоговых преимуществ (Anlagegenossenschaft):

„Общепризнанное различие между так называемыми инвестиционными компаниями и компаниями типичной организационно-правовой формы, возможно и в случае с кооперативами“

В связи с этим решением, лицам, инвестирующим в кооперативы с целью получения прибыли или налоговых преимуществ, стало в принципе возможно отменить договор.

На основе этого решения Высший земельный суд Дюссельдорфа (28.04.2016, 6 U 73/15)⁵ постановил, что в случае так называемой сделки „на ходу“ – если вступление в кооператив было оговорено за рамками офиса, то есть дома у потребителя или на его рабочем месте – как правило, возможна отмена капиталовложения в кооператив.

В случае, если информация о праве на отказ от договора (Widerrufsbelehrung) была составлена неправильно, и договор был заключен „на ходу“, член кооператива может еще в течение нескольких лет отменить контракт. То же касается случаев, если информация о праве на отказ от договора не была предоставлена при заключении контракта.

Отмена контракта по вышеназванному решению суда не сразу ведёт к выходу из кооператива. Завершение членства происходит аналогично досрочному расторжению договора о членстве в обществе к концу хозяйственного года (сравн. Верховный суд Дюссельдорфа там же).

⁴ BGH Urteil vom 01.03.2011, II ZR 298/08.

⁵ Vgl. OLG Düsseldorf Urteil vom 28.04.2016, 6 U 73/15.

V. Последствия выхода из кооператива

Последствия выхода из кооператива урегулированы статьей 73 закона „О производственных и хозяйственных товариществах“. Данная норма говорит также о том, что подлежащая к выплате денежная сумма определяется после выхода члена из кооператива по финансовому положению кооператива и количеству его членов.

Решающим вопросом является то, по какой версии устава — к моменту вступления или моменту выхода — происходит расчёт суммы, подлежащей к выплате.

Вначале каждый член кооператива вступает в него по условиям устава, действующим на тот момент. Этот факт не исключает того, что во время членства могут быть приняты изменения устава, которые станут менее выгодными для некоторых членов кооператива. В таком случае статьей 67а закона „О производственных и хозяйственных товариществах“ предусматриваются особые права на расторжение членства, благодаря которым каждый член кооператива может предотвратить принятие новых условий не в его пользу.

Вышедший из кооператива участник не имеет права участия в собрании кооператива после окончания членства. Поэтому изменения устава, которые были приняты после его выхода из кооператива, не могут быть к нему применены.

В случае изменения устава после заявления о выходе из кооператива, но до фактического выхода из него, нужно различать, являются ли те или иные изменения выгодными или не выгодными для членов, желающих выйти из кооператива.

К примеру, если в уставе уменьшится срок расторжения договора, что для уже объявившего об уходе члена кооператива является выгодным, может быть применена новая версия устава, позволяющая ему в таком случае раньше выйти из кооператива. Однако в таком случае, согласно решению Верховного суда

Бранденбурга от 04.04.2006, 6 U 86/05,⁶ потребитель должен ещё раз объявить об уходе из кооператива в соответствии с новыми правилами.

Изменения устава, касающиеся увеличения срока расторжения договора с кооперативом, которые были приняты после заявления об уходе и являются невыгодными для члена кооператива, не могут быть применены к нему.⁷

Вопрос о том, насколько можно обобщать это решение в отношении других невыгодных изменений устава для вышедших участников, по-прежнему остаётся открытым.

Это играет значительную роль, например, в случаях, когда собрание кооператива после заявления об уходе одного или нескольких членов кооператива, но до их выхода из него, меняет в уставе порядок выплаты суммы, выплачиваемой при выбытии члена из кооператива.

Отмена договора и досрочное расторжение членства приводят к тому, что в данном случае находит применение так называемое „учение ошибочного общества“ (die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft).⁸

Согласно этому, вышедшие члены кооператива получают подлежащую к выплате сумму, не обязуясь делать какие-либо платежи сообществу. Тем не менее, члены, отменившие договор, обязаны продолжить регулярные платежи обществу в том случае, если общество не может другим образом выполнять свои финансовые обязанности.

Для права выхода из общества важно различать кооперативы в соответствии с правовой моделью (klassische Genossenschaft) и кооперативы с целью получения прибыли или налоговых преимуществ (Anlagegenossenschaft).

⁶ Vgl. OLG Brandenburg, Urteil vom 04.04.2006, 6 U 86/05.

⁷ Vgl. OLG Hamm Urteil vom 22.09.1995, 8 U 2261/95.

⁸ Vgl. OLG Hamm, Urteil vom 19.12.2007, 8 U 138/07.

Об авторах:



Инго М. Детлофф (Ingo M. Dethloff) родился в 1973 году в Штутгарте. Он учился в Тюбингене, Москве, Билефельде и Берлине, где окончил юридический факультет „Свободного Университета Берлина“. С 2004 года он работает адвокатом и специализируется в сфере банковского и инвестиционного права. В этой сфере он представляет интересы членов кооперативов, а также консультирует некоторые кооперативы по вопросам недвижимости.

Электронная почта: info@ra-dethloff.de

Интернет: www.ra-dethloff.de



Анатолий Вольф (Anatoli Wolf) родился в 1992 году в Украине. В возрасте одиннадцати лет он с семьей переехал в Германию. С 2012 года он учится на юридическом факультете Европейского Университета Виадрина (Франкфурт-на-Одере). Во время совместной работы с адвокатом Инго М. Детлоффом он

углубил свои знания в кооперативном праве. В свободное от учебы и работы время он руководит своей фирмой, занимающейся веб-дизайном, разработкой сайтов, поисковой оптимизацией и онлайн-маркетингом.

Электронная почта: info@ivis24.de

Насколько алкоголь может быть «полезным»? – обзор избранных актуальных вопросов права пищевой промышленности

«Bekömmlichkeit» bei alkoholischen Getränken im Lebensmittelrechtlichen Kontext

Александра Беднарц-Кун (Aleksandra Bednarz-Kuhn)/

Фабиан Т. Херинг (Fabian T. Hering)

Das Lebensmittelrecht ist mit seinen unionsrechtlichen und inländischen Rechtsvorschriften umfangreich und komplex. Mittlerweile gibt es eine breit gefächerte Rechtsprechung sowohl auf der nationaler, als auch auf der europäischen Ebene, die die einzelnen Fragestellungen behandelt und versucht diese zu vereinheitlichen. In der Abhandlung wird der Versuch unternommen, die Tendenzen der Rechtsprechung auf dem Weg der Vereinheitlichung und Regulierung des Unionsrechts anhand der Besprechung der Entscheidung des EuGH zur Bekömmlichkeit von Wein und der Anwendung der Rechtsprechung auf Bier aufzuzeigen.

1. Полезно ли пиво для здоровья человека? Значение алкоголя в контексте здоровья человека? (Bier – nicht mehr bekömmlich? Alkohol und gesundheitsbezogen?)

Статья 4 абз. 3 Регламента 1924/2006 Европейского Парламента и Совета Европейского Союза¹ (VO(EG) 1924/2006) запрещает публично информировать потребителя о пользе напитков с содержанием алкоголя выше 1,2 %. Дословно в Регламенте 1924/2006 это звучит так: „Beverages containing more than 1,2 % by

¹ Статья 4 абз. 3 Регламента 1924/2006 Европейского Парламента и Совета Европейского Союза – единое право по регулированию информации о питательности и здоровье продуктов питания для государств-членов (Health-Claim-Verordnung). Текст на немецком языке: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:32006R1924&from=DE>

volume of alcohol shall not bear: health claims [...]”². В переводе это значит, что напитки с концентрацией алкоголя более 1,2% не должны содержать информацию об их пользе для здоровья.

Информация об общем самочувствии без взаимосвязи с полезностью продукта не противоречит регулировке статьи 4 абз. 3 Регламента 1924/2006 и может быть опубликована.

Исходя из пункта 16 предисловия Регламента 1924/2006 масштабом для трактовки понятия пользы для здоровья/питательности продукта является проинформированный, внимательный и разумный среднестатистический потребитель и его вывод, насколько информация о продукте затрагивает тематику общего благосостояния или воздействия продукта на здоровье человека.

2. Ретроспектива: насколько полезным раньше было вино? (Ein Rückblick: Wie wurde die Angabe „bekömmlich“ bei Wein gesehen?)

В 2009-ом году высший административный суд федеральной земли Рэйнланд-Пфалц³ принял решение о том, что использование терминологии «полезный» в отношении вина недопустимо, так как информирует потребителя о воздействии на его здоровье.

Решение суда было обжаловано в федеральном административном суде.⁴ В процессе рассмотрения дела федеральный административный суд обратился в 2010-ом году в Европейский суд.⁵ В рамках преюдициальной процедуры Европейский суд должен был разъяснить, насколько продолжительным должно

² Оригинальная версия регламента чаще всего выпускается на английском языке и является базовым текстом для интерпретации регламента, если в национальных переводах существуют неточности. Текст на английском языке: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32006R1924&from=DE>

³ Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz (OVG Rheinland-Pfalz).

⁴ Bundesverwaltungsgericht (BVG).

⁵ Europäischer Gerichtshof (EuGH).

быть полезное действие вина, если приём вина происходит только временно.⁶
Полезные свойства вина в этом деле были обоснованы тем, что в вине содержалась пониженная кислотность, которая позволяла легче его переваривать.

3. Решение Европейского суда в отношении пользы вина и других алкогольных напитков (Die Entscheidung des EuGH zur Bekömmlichkeit bei Wein und anderen alkoholhaltigen Getränken)

Европейский суд принял следующее решение:⁷

- «Информация, связанная со здоровьем/пользой для здоровья» (gesundheitsbezogene Angaben) должна иметь связь между продуктом питания или его составляющими и здоровьем человека.
- Понятие «связи» должно рассматриваться в широком контексте.
- «Информация, связанная со здоровьем/пользой для здоровья» применима не только к повторяющимся, регулярным или частым эффектам для здоровья, но и к проходящим, мимолётным эффектам для здоровья, которые возникают при нерегулярном потреблении продуктов питания.
- При употреблении вина, имеющего свойства лёгкой удобоваримости, у потребителя возникает впечатление, что пищеварительная система остаётся в хорошем состоянии. Это впечатление также создаётся при регулярном употреблении вина в большом количестве, так как это вино обладает пониженной кислотностью, и это способствует тому, что тело остаётся здоровым.
- Тем самым указание о пользе вина (bekömmlich) создаёт у потребителя мнение о его долгосрочном положительном воздействии на организм, которым другие вина не обладают.

⁶ Публикация на немецком языке ZLR 2011, 103-110.

⁷ EuGH, 06.09.2012 – С 544/10, Прессрелиз Европейского суда на немецком языке <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-09/cp120112de.pdf>
Текст немецкого перевода EuGH 2012, ZLR 2012, 602-615.

- Указание о пользе вина в связи с пониженным содержанием определённых веществ, которые воспринимаются большинством потребителей негативно, соответствует критериям понятия информации о пользе для здоровья (gesundheitsbezogene Angaben).
- В отношении алкогольных напитков с концентрацией алкоголя выше 1,2% указания о пользе для здоровья незаконны.

4. Решение Европейского суда в вопросе свободы предпринимательства и профессиональной свободы (Die Entscheidung des EuGH zur unternehmerischen Freiheit und Berufsfreiheit)

Следующим пунктом для разъяснения в деле под номером C 544/10⁸ был задан вопрос о совместимости запрета рекламы о пользе вина с низким показателем кислотности со статьёй 15 Хартии фундаментальных прав Европейского Союза (Grundrechtecharta).⁹

Европейский Суд вынес решение со следующими аргументами:

- При сравнении интересов в выше упомянутой ситуации прерогативой является защита здоровья потребителей.
- По причине научных доказательств высокого риска алкогольной зависимости и пагубного влияния алкоголя на здоровье человека в отношении рекламы алкогольных напитков применимы высокие стандарты, которые тем самым оправдывают ограничения свободы предпринимательства (unternehmerische Freiheit) и профессиональной свободы (Berufsfreiheit).
- Реклама не должна содержать неоднозначной информации, особенно при отношении к алкогольной продукции. Потребитель должен иметь возможность владеть полной информацией и тем самым при употреблении алкоголя понимать риск для здоровья.

⁸ EuGH 06.09.2012 – C 544/10.

⁹ Информацию о Хартии и текст на немецком языке:

<http://www.europarl.europa.eu/germany/de/die-eu-und-ihre-stimme/grundrechtecharta>

- Независимо от того, что объективно информация о пониженной кислотности является правильной, она является недостаточной для потребителя.
- Информация о «пользе» в отношении алкогольных напитков является неоднозначной (mehrdeutig) и вводящей в заблуждение. Она способствует увеличению употребления алкоголя и угрожает здоровью потребителей.
- Свобода предпринимательства не безгранична. Она должна соответствовать принципам общественного благосостояния (Gemeinwohl). Запрет на рекламу, связанную с пользой алкогольных напитков не связан с запретом на производство и распространение алкогольных напитков. В этом случае регулируется только содержание рекламы и этикеток.
- Запрет на содержание в рекламе информации о пользе алкогольных напитков не ограничивает профессиональную свободу и свободу предпринимательства в их сути (Wesensgehalt).

5. Реакции на решение Европейского суда. (Wurde diese EuGH Entscheidung kritisiert?)

В практическом применении решение Европейского суда было встречено и прокомментировано неоднозначно.

Критики решения указали на следующие вехи решения:

- Реклама ориентируется на среднестатистического проинформированного потребителя.
- Среднестатистический потребитель в состоянии оценить риски возникновения алкогольной зависимости при повышенном употреблении алкогольных напитков. В связи с этим вероятность введения в заблуждение сведена до минимума.
- Потребитель не нуждается в разъяснении терминологии, которая

ему известна. Термин пользы для здоровья не является по этой причине неоднозначным.

6. «Польза для здоровья» и «хорошее самочувствие» при употреблении других алкогольных напитков. (Wie ist es mit „Bekömmlichkeit und Wohlbefinden“ bei anderen alkoholhaltigen Getränken?)

В 2010-ом году Высший земельный суд¹⁰ города Дюссельдорфа рассматривал в рамках решения о временной правовой защите (einstweiliger Rechtsschutz) дело о вино-водочных изделиях на травяной основе (Kräuterspirituosen).¹¹ Суд отказал в обеспечительных мерах, чтобы в рамках рассмотрения иска обсудить вопрос о допустимой рекламе продукта. Рекламным слоганом была фраза «Хорошее самочувствие для желудка, гарантия пользы для здоровья». В своём решении суд сослался на решение Европейского суда в отношении спецификации терминологии и разделил содержание рекламы на общую информацию и специфическую информацию в отношении пользы продукта.

В вопросах допустимого содержания рекламы также разбирался Верховный федеральный суд¹² Германии. В рекламе другого вино-водочного изделия на травяной основе содержалось высказывание о живительном и полезном воздействии напитка на организм человека. В декабре 2012-го года Верховный федеральный суд отозвал свой запрос в Европейский суд в рамках преюдициальной процедуры¹³ в связи с вынесением Европейским судом решения по делу о допустимом содержании рекламы вина. В рамках запроса Верховный федеральный суд склонялся к тому, что термин «полезный/благотворный» (bekömmlich) при отсутствии дополнительной информации относится к общей информации и может быть использован в

¹⁰ Oberlandesgericht Düsseldorf (OLG).

¹¹ Публикация на немецком языке LRE 56, 265-268.

¹² Bundesgerichtshof (BGH).

¹³ BGH Beschluss vom 13.02.2013 – I ZR 22/09.

рекламе. А вот термин «живительный» (wohltuend) относится непосредственно к здоровью и не имеет права быть использован в рекламе алкогольных напитков. В связи с отзывом запроса можно смело исходить из того, что оба термина связаны по содержанию с информацией о пользе для здоровья и не должны быть использованы при рекламе алкогольных напитков.

7. Влияние решения на классические названия алкогольных напитков. (Was ist mit der traditionellen Bezeichnung mit Gesundheitsbezug?)

5-ый пункт предисловия Регламента ЕС 1924/2006 чётко говорит о том, что классические названия напитков, в которых есть контекст здоровья, являются исключением. Такими продуктами названы «конфеты от кашля» (Hustenbonbon) и «дижестив» (Digestif).

Например, термин «дижестив» трактуется в немецкой терминологии как алкогольный напиток, который способствует работе пищеварительной системы и принимается после еды.¹⁴

8. Вернёмся к пиву: углублённый смысл пользы для здоровья (Zurück zum Bier: bekömmlich geht weiter)

Исходя из содержания пресс-релиза Земельного суда города Равенсбурга от 16.02.2016 было вынесено решение о допустимой рекламе в отношении пива. Термин «польза» в отношении пива рассматривается как информация, связанная со здоровьем, и не может быть использован в контексте рекламы. В таком случае у потребителя может создаться впечатление, что пиво полезно для здоровья.

Такой же базой аргументов суд воспользовался при вынесении решения о временной правовой защите.¹⁵ Тезис решения звучит так: «Информация, что

¹⁴ Описание термина на немецком в толковом словаре www.duden.de

¹⁵ LG Ravensburg, Urteil vom 25.08.2015 - 8 O 34/17.

пиво является полезным для здоровья, имеет непосредственное отношение к здоровью и не может быть использована в отношении алкогольных напитков с содержанием алкоголя более 1,2%.»¹⁶

Суд указал на то, что в разговорной речи понятие «польза для здоровья» означает объективную усвояемость (*objektive Verträglichkeit*) для организма человека и его функций. В толковом словаре «Дудэн»¹⁷ термин «польза для здоровья» означает полезную/удобоваримую пищу. К синонимам данного понятия также относится термин «усвояемость». Реклама пользы пива производит впечатление, что напиток не влияет отрицательно на организм и его функции.

В этом вопросе не остаётся ничего, кроме как следить за развитием событий и ждать решения суда вышестоящей инстанции.

Юридическая оценка термина «польза для здоровья» более глубокая, чем первичное понятие хорошего самочувствия и его акцентирование в тосте «За здоровье!».

На данный момент не ясно, насколько отсутствие информации в рекламе о пользе напитка воздействует на спрос на него среди потребителей, так как нет никаких исследований на тему влияния такой информации на решение потребителя купить этот продукт. Скорее всего, влияние будет минимальным, так как в большинстве случаев среднестатистический потребитель остаётся со знакомым продуктом независимо от рекламы, так как считает его для себя полезным. За здоровье, друзья!¹⁸

P. S. Когда эта статья уже была готова к выпуску, стало известным решение Верховного федерального суда в вопросе использования термина «пользы для здоровья» в рекламе пива.¹⁹ Суд вынес отрицательное решение в отношении

¹⁶ „Die Aussage, dass das Bier “bekömmlich“ ist, ist eine gesundheitsbezogene Angabe und daher für Getränke mit mehr als 1,2% Alkoholgehalt nicht erlaubt.“

¹⁷ Версия в интернете на немецком языке www.duden.de

¹⁸ Wohl bekommts!

¹⁹ BGH, Urteil vom 17. Mai 2018 – I ZR 252/16.

использования термина в рекламе и тем самым не посчитал нужным противоречить аргументам Европейского суда в решении о вине 2012-го года.

Об авторе:



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

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.

Александра Беднарц-Кун является выпускницей Вестфальского Университета им. Вильгельма в Мюнстере. Она владеет свободно немецким, русским, английским и эстонским языками.

Электронная почта: email@schlimm-trude.de

Frau Aleksandra Bednarz-Kuhn wurde im Dezember 2017 als Rechtsanwältin von der Rechtsanwaltskammer Köln zugelassen und übt ihre Tätigkeit bei der Rechtsanwaltskanzlei „Trude Rechtsanwälte“ in Köln aus. Im Rahmen der Kanzlei betreut sie als alleinige Sachbearbeiterin das sozialrechtliche Dezernat sowie übernimmt Mandate in diversen Bereichen des Zivilrechts sowie Migrationsrechts. Zuvor war Aleksandra als Juristin bei dem Bundesprogramm „Bildungsberatung Garantiefonds Hochschule“ mit der Koordinierungsstelle bei der Bundesarbeitsgemeinschaft Katholische Jugendsozialarbeit (BAG KJS) e.V. mit Hauptsitz in Düsseldorf tätig.

Frau Rechtsanwältin Bednarz-Kuhn pflegt 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 Леверкузене 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

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

Kontakt: LMVS – Lebensmittel Verantwortung Sorgfalt, Am Knechtsgraben 60, 51379 Leverkusen. E-Mail: info@lmvs.de

РАЗДЕЛ 2. ПРАВО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

Основные принципы системы защиты прав промышленной
собственности в Германии (*Евгений Тухшерер*), с. [201](#)

Основные принципы системы защиты прав промышленной собственности в Германии

Grundzüge des Systems der gewerblichen Schutzrechte in Deutschland

Евгений Тухшерер (Eugen Tuchscherer)

Im Rahmen des Aufsatzes werden die Grundzüge des deutschen Systems der gewerblichen Schutzrechte dargestellt, insbesondere die Arten der gewerblichen Schutzrechte sowie die Grundzüge der jeweiligen Anmelde- bzw. Erteilungsverfahren. Anschließend erfolgt die Übersicht über die wichtigsten Ansprüche bei Verletzung der erteilten gewerblichen Schutzrechte.

В настоящей статье изложены основные принципы системы защиты прав промышленной собственности в Германии, в особенности виды защиты прав промышленной собственности, а также основные принципы соответствующих процедур подачи заявок на регистрацию и предоставления прав. В заключение представлен обзор наиболее важных прав требований правообладателей в случае нарушения прав промышленной собственности.

A. Права промышленной собственности (gewerbliche Schutzrechte)

Закрепленные в немецкой и международной правовых системах права промышленной собственности (патенты, полезные модели, промышленные образцы и товарные знаки) направлены на защиту различных объектов (техническое изобретение, дизайн и т. д.), основываются на разных материально- и процессуально-правовых предпосылках охраноспособности, а также имеют отличия в отношении сроков действия и иных правовых последствий. Все эти права, однако, представляют собой исключительные права собственности, защищающие правообладателя от определенных видов посягательств, в

частности в отношении производства и сбыта продукции, нарушающей права собственности.

I. Патенты (Patente)

Патентная охрана направлена на защиту технических изобретений. В настоящее время существуют следующие возможности получения данной правовой охраны в Федеративной Республике Германия:

1. Заявка на выдачу национального патента в Германии

В соответствии с § 1 Патентного закона ФРГ (Patentgesetz, вкратце: PatG)¹ патенты выдаются на изобретения во всех областях техники, при условии, если данные изобретения обладают новизной, имеют изобретательский уровень (изобретательская деятельность) и промышленную применимость. Основными предпосылками охраноспособности, таким образом, наряду с промышленной применимостью изобретения являются его новизна по сравнению с существующим уровнем техники, а также изобретательская деятельность в ходе создания изобретения.

Согласно § 3 Патентного закона изобретение считается новым, если оно не относится к существующему уровню техники. Понятие «уровень техники» (Stand der Technik) по определению охватывает все знания, ставшие доступными общественности до даты приоритета заявки. В соответствии с § 4 Патентного закона изобретение считается основанным на изобретательской деятельности, если оно для специалиста очевидным образом не следует из ранее опубликованного уровня техники.

Процедура выдачи патента начинается с подачи заявки в Немецкое ведомство по патентам и товарным знакам (далее – Патентное ведомство).² Наряду с соблюдением необходимых формальностей (напр., указание имени

¹ Текст Патентного закона на немецком и на английском языках: <https://www.gesetze-im-internet.de/patg/>

² нем. Deutsches Patent- und Markenamt (DPMA, www.dpma.de).

заявителя), заявка должна содержать формулу изобретения, в которой указывается, на что будет распространяться правовая охрана. Кроме того, патентная заявка должна включать в себя описание изобретения, а также чертежи и графические материалы, если они необходимы для понимания изобретения. Изобретение может при этом относиться как к продукту (напр., устройству), так и к способу (напр., процесс применения устройства). Возможный срок действия патента, как правило, составляет 20 лет.

Проверка ведомством патентоспособности (Patentfähigkeit) заявки осуществляется только после подачи ходатайства на проведение экспертизы в соответствии с § 44 Патентного закона (срок подачи ходатайства – до истечения семи лет с момента подачи заявки) и уплаты пошлины за проведение экспертизы. Ведомство в первую очередь осуществляет поиск информации в отношении уровня техники для оценки новизны и наличия изобретательской деятельности. В случае если ведомство устанавливает патентоспособность изобретения, выносится решение о выдаче патента с последующей публикацией сообщения о регистрации патента и описания изобретения.

В течение девяти месяцев с момента публикации сообщения о регистрации патента любое третье лицо вправе заявить возражение (Einspruch) против выдачи патента (§ 59 Патентного закона), в рамках рассмотрения которого в ходе состязательной (контрадикторной) процедуры будет вновь проведена экспертиза патентоспособности заявки. Подателю возражения при этом предоставляется возможность подачи новых документов в отношении уровня техники.

После завершения процедуры по рассмотрению возражения и защиты патента или по истечении девятимесячного срока на заявление возражения третьи лица имеют возможность подачи в Федеральный патентный суд в г. Мюнхене (Bundespatentgericht)³ иска о признании патента недействительным (§ 81 Патентного закона). Сроки на подачу иска о признании патента недействительным не установлены.

³ www.bundespatentgericht.de

2. Заявка на выдачу европейского патента

Патентная охрана, имеющая силу поданной в установленном порядке национальной заявки, может быть также получена путем подачи европейской патентной заявки в Европейское патентное ведомство (нем.: Europäisches Patentamt, вкратце: ЕРО).⁴ Европейское патентное ведомство после проведения экспертизы на соответствие критериям патентоспособности в рамках централизованной процедуры выдает патент, действующий во всех государствах, ратифицировавших Европейскую патентную конвенцию (нем.: Europäisches Patentübereinkommen, вкратце: EPÜ; англ.: European Patent Convention, вкратце: ЕРС).⁵ В заключение патентообладатель указывает государства-участники конвенции, на которые должно распространяться действие патента. Во всех указанных патентообладателем государствах патент принципиально имеет силу национального патента. На выданные европейские патенты в государствах-участниках конвенции распространяются положения национального законодательства, причем Европейской патентной конвенцией установлены минимальные стандарты защиты. Национальные инстанции могут признать национальные части европейского патента недействительными, однако, вправе руководствоваться исключительно основаниями, допускаемыми конвенцией. Производство по делу о нарушении патентных прав осуществляется в соответствии с национальным законодательством.

3. Международная патентная заявка (по процедуре РСТ)

В соответствии с Договором о патентной кооперации (Patent Cooperation Treaty (РСТ))⁶ заявитель также имеет возможность получения патентной охраны, имеющей силу поданной в установленном порядке национальной заявки, путем подачи международной патентной заявки с указанием Германии в качестве целевой страны. Так называемая «международная фаза» охватывает

⁴ www.epo.org

⁵ Текст Европейской патентной конвенции на сайте Европейского патентного ведомства: http://www.epo.org/law-practice/legal-texts/epc_de.html

⁶ См. www.wipo.int/pct/de/ и www.wipo.int/pct/ru/index.html

обязательный расширенный международный поиск и публикацию заявки (гл. 1 Договора), а также факультативную предварительную экспертизу на соответствие критериям патентоспособности (гл. 2 Договора). Однако решение о выдаче патента в отношении каждого указанного государства принимает уполномоченное национальное ведомство (в Германии – Патентное ведомство).

При определении возможного нарушения патентных прав, а также осуществлении производства по делу о нарушении патента применяется исключительно законодательство Германии.

II. Заявка на регистрацию полезной модели в Германии

Наряду с описанной выше процедурой подачи патентной заявки для заявителя существует возможность регистрации технического изобретения в качестве полезной модели (Gebrauchsmuster). Согласно § 1 Закона ФРГ о полезных моделях (Gebrauchsmustergesetz, вкратце: GebrMG)⁷ в качестве полезной модели охраняются изобретения, если они являются новыми, основаны на изобретательском шаге и промышленно применимы. В отличие от патента, в качестве полезных моделей не охраняются способы; защита распространяется исключительно на устройства.

В противоположность Патентному закону ФРГ, согласно которому к уровню техники относятся все (в мировом масштабе) знания до даты подачи или приоритета заявки, § 3 Закона о полезных моделях устанавливает, что для охраноспособности полезной модели значение имеет только уровень техники, включающий в себя сведения, ставшие общедоступными в результате письменного описания или внутригосударственного использования. Таким образом, осуществленное за пределами Германии, не зафиксированное в письменной форме использование изобретения не подлежит толкованию в качестве порочащего новизну уровня техники. Наряду с этим, собственное описание изобретателя или внутригосударственное использование им

⁷ Текст Закона о полезных моделях на немецком языке: <http://www.gesetze-im-internet.de/gebrmg/>

изобретения, имевшее место в течение шести месяцев до даты приоритета заявки, не принимается во внимание (т. н. льготный период).

В отличие от патента защита в качестве полезной модели предоставляется Патентным ведомством без проведения экспертизы. Это означает, что регистрация полезной модели вносится в реестр и публикуется непосредственно после проверки формальных требований без проведения материально-правовой экспертизы на соответствие условиям охраноспособности. Третьи лица в любой момент имеют возможность – в рамках процедуры по аннулированию – добиться аннулирования регистрации полезной модели, если будет доказано, что объект полезной модели не является новым или не основан на изобретательском шаге. Ходатайство об аннулировании вправе подать любое лицо.

Возможный срок действия правовой защиты полезной модели составляет 10 лет.

III. Дизайн

Правовая защита в качестве дизайна (Design) распространяется на двух- или трехмерные формы (внешний вид) предмета, созданного промышленным или ремесленным способом, включая упаковку, оформление, графические символы и печатные знаки, а также отдельные детали данных изделий.

1. Заявка на регистрацию дизайна (промышленного образца) в Германии

Правовая защита промышленного образца (Geschmacksmuster) в Германии впервые была регламентирована законом от 11 января 1876 года и с тех пор претерпела многочисленные изменения. Действующие в настоящий момент положения установлены Законом ФРГ о правовой защите дизайна (Закон о дизайне (DesignG)) от 24 февраля 2014 года.⁸

⁸ Текст Закона о правовой защите дизайна на немецком и на английском языках: http://www.gesetze-im-internet.de/geschmmg_2004/

В соответствии с § 2 Закона о дизайне защите в качестве зарегистрированного дизайна подлежит форма, являющаяся новой и обладающая оригинальностью. Дизайн считается новым, если до даты подачи заявки общественности не раскрыт идентичный дизайн. Дизайн обладает оригинальностью, если общее впечатление, которое он производит на информированного пользователя, отличается от общего впечатления, вызываемого иным дизайном, раскрытым общественности до даты подачи заявки.

Защита дизайна не распространяется на отличительные признаки изделий, обусловленные исключительно их техническими функциями. В отношении раскрытия общественности дизайна в результате собственных действий разработчика действует 12-месячный льготный период по новизне.

Процедура регистрации дизайна начинается с подачи заявки в Патентное ведомство. Заявка должна содержать подходящее для публикации воспроизведение дизайна. Воспроизведение, как правило, может состоять из фотографического или (иного) графического изображения изделия или образца.

Аналогично полезной модели регистрация дизайна в Германии предоставляется Патентным ведомством без проведения экспертизы. Ведомство осуществляет проверку исключительно необходимых формальных требований к заявке. Если заявка отвечает данным требованиям, дизайн регистрируется и публикуется в реестре. Правовая защита дизайна вступает в силу с момента регистрации; возможный срок действия правовой защиты составляет 25 лет, начиная с даты подачи заявки.

Любое лицо правомочно подать ходатайство о признании зарегистрированного дизайна недействительным. Решение о недействительности рассматривается на основе представленных заявителем ходатайства ранее известных форм. Признание недействительности дизайна также возможно в результате подачи встречного иска в рамках судебного производства по делу о нарушении дизайна.

2. Регистрация промышленных образцов Европейского Сообщества

Правовая защита дизайна, действие которой охватывает всю территорию Европейского Союза и, следовательно, распространяется на Германию, может быть обеспечена путем регистрации в качестве европейского промышленного образца согласно Регламенту Совета ЕС № 6/2002 о промышленных образцах Европейского Сообщества.⁹ Условия предоставления и объемы правовой охраны в основном соответствуют регистрации дизайна в Германии.

3. Международная регистрация промышленных образцов

И, наконец, также возможна подача заявки на международную регистрацию промышленного образца, действие которой распространяется на Германию, согласно Гаагскому соглашению о международной регистрации промышленных образцов (нем.: Haager Musterabkommen (HMA)).¹⁰ Данная система позволяет – путем подачи одной единственной заявки – зарегистрировать промышленный образец в нескольких государствах. Регистрация осуществляется в Международном бюро Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС) в Женеве.¹¹ Любая национальная часть международной регистрации предоставляет правообладателю такую же правовую охрану промышленного образца, как и национальная охрана промышленного образца/ дизайна в соответствующем государстве-участнике соглашения. Условия предоставления правовой охраны и охранное действие регулируются национальными предписаниями.

IV. Товарный знак

В целях обеспечения идентификации товаров в отношении их происхождения (отличительная/ индивидуализирующая функция), качества

⁹ Verordnung (EG) Nr. 6/2002 des Rates vom 12. Dezember 2001 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX:32002R0006>

¹⁰ См. www.wipo.int/treaties/ru/registration/hague/

¹¹ WIPO, www.wipo.int

(гарантийная функция), а также предотвращения недобросовестной конкуренции (рекламная функция) существует возможность регистрации товарного знака.

1. Регистрация товарного знака в Германии

Порядок регистрации товарного знака в Германии определен в Законе о защите товарных знаков и иных обозначений (Markengesetz).¹² Согласно данному закону в качестве товарного знака (Marke) подлежат защите все обозначения, в частности слова, рисунки, буквы, числа, звуковые сигналы, трехмерные изображения, включая форму какого-либо товара или его упаковку, а также краски и сочетания красок.

Регистрация товарного знака должна относиться к определенным товарам или услугам. В этой связи заявитель обязан составить перечень товаров/ услуг и подать его совместно с заявкой на регистрацию.

Согласно § 8 Закона о товарных знаках к регистрации не допускаются знаки, не обладающие различительной способностью в отношении заявляемых товаров или услуг. Различительная способность (Unterscheidungskraft) при этом является возможностью различения товаров и услуг одного предприятия от товаров и услуг другого предприятия. Наряду с этим, регистрации не подлежат обозначения или данные, которые в деловом обороте могут применяться для обозначения вида, качества, количества, назначения, стоимости, географического происхождения, времени производства товаров или оказания услуг, либо для обозначения иных признаков (т.н. описательные данные). Отклоняются также заявки на предоставление правовой охраны товарным знакам, содержащим вводящие в заблуждение или нарушающие публичный порядок или добрые нравы данные. Кроме того, к регистрации в качестве товарного знака не допускаются изображения государственных эмблем или гербов, в также знаки, которые были заявлены недобросовестно. Проверку

¹² Текст Закона о защите товарных знаков и иных обозначений на немецком и на английском языках: <https://www.gesetze-im-internet.de/markeng/>

вышеназванных так называемых абсолютных препятствий для регистрации осуществляет Патентное ведомство в рамках процедуры рассмотрения заявки.¹³

Однако в рамках данной процедуры ведомство не проводит проверку относительных препятствий для охраны, например, таких, как идентичность или сходство с зарегистрированными товарными знаками с более ранним приоритетом.

По завершению проверки в отношении возможного наличия абсолютных препятствий для охраны заявленный товарный знак регистрируется и публикуется в реестре Патентного ведомства. В течение трехмесячного срока с момента публикации согласно § 42 Закона о товарных знаках владелец прав с более ранним приоритетом может заявить возражение против регистрации товарного знака. Возражение должно основываться на идентичности или сходстве знака с товарным знаком, имеющим более ранний приоритет, а также на идентичности или сходстве с товаром или услугой, для которых он был зарегистрирован.

Однако согласно § 51 Закона о товарных знаках регистрация знака может быть аннулирована и по истечении данного срока при условии его противостояния праву с более ранним приоритетом. Данное аннулирование регистрации, однако, допустимо исключительно путем подачи иска в обычном порядке в компетентные немецкие суды по гражданским делам.

Регистрация товарного знака принципиально предполагает обязанность его использования. В соответствии с § 49 Закона о товарных знаках регистрация может быть аннулирована по ходатайству любого третьего лица, в случае если товарный знак в течение (непрерывного) пятилетнего срока с момента регистрации не был использован в отношении товаров или услуг, для которых он был зарегистрирован.

¹³ См. <https://www.dpma.de/marken/index.html>

Срок действия правовой охраны товарного знака составляет 10 лет, и может быть продлен на последующие 10 лет путем уплаты пошлины за продление. Максимальный срок продления правовой охраны не установлен.

2. Регистрация товарного знака Европейского Союза

Правовая охрана товарного знака, действующая на всей территории Европейского Союза и, следовательно, также в Германии, может быть получена в результате регистрации в качестве товарного знака ЕС согласно Регламенту Европейского Парламента и Совета № 2017/1001 от 14 июня 2017 года о товарном знаке Европейского Союза.¹⁴

В то время как предпосылки охраноспособности товарного знака ЕС в целом соответствуют вышеназванным предпосылкам охраноспособности немецкого знака, процедуры их регистрации имеют отличия. Заявление на регистрацию в качестве товарного знака ЕС подается совместно с перечнем товаров или услуг в Ведомство по интеллектуальной собственности Европейского Союза (EUIPO), расположенное в г. Аликанте (Испания),¹⁵ и после уплаты пошлины за подачу заявки подвергается проверке на наличие возможных абсолютных препятствий для охраны. В случае признания ведомством знака охраноспособным следует публикация заявки на регистрацию товарного знака ЕС (в отличие от непосредственной регистрации немецкого знака, ср. выше пункт IV 1). После публикации заявки товарного знака ЕС начинается трехмесячный срок подачи возражений, в течение которого владелец прав на товарный знак с более ранним приоритетом вправе заявить возражение согласно ст. 46 Регламента о товарном знаке ЕС. Только по истечении срока подачи возражений – без подачи соответствующих возражений – или после успешного завершения производства по их рассмотрению товарный знак ЕС регистрируется и вносится в реестр.

¹⁴ Verordnung (EU) 2017/1001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über die Unionsmarke (Unionsmarkenverordnung), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A32017R1001>

¹⁵ Нем.: Amt der Europäischen Union für geistiges Eigentum, <https://euipo.europa.eu>

Однако даже после регистрации товарного знака ЕС для владельцев прав с более ранним приоритетом согласно ст. 60 Регламента о товарном знаке ЕС существует возможность инициирования процедуры по аннулированию регистрации в Ведомстве по интеллектуальной собственности ЕС. В рамках данной процедуры осуществляется проверка опасности смешения с правами на товарный знак с более ранним приоритетом. В случае если ведомство подтверждает опасность смешения, регистрация товарного знака ЕС признается недействительной. Владелец прав на товарный знак ЕС, тем не менее, при определенных условиях имеет возможность так называемого преобразования аннулированного знака ЕС в национальные регистрации в странах-членах ЕС.

3. Международная регистрация товарного знака

В заключение, владелец иностранного товарного знака имеет возможность распространения его охранного действия на всю территорию Европейского Союза или Германии в рамках так называемой международной регистрации товарного знака по Мадридскому соглашению о международной регистрации знаков или по Протоколу к Мадридскому соглашению.¹⁶

Предпосылкой получения правовой охраны путем международной регистрации в первую очередь является наличие регистрации товарного знака или заявки на регистрацию в одном из государств-участников Мадридского соглашения или Протокола к Мадридскому соглашению. Заявка на международную регистрацию подается в ведомство первоначальной регистрации (напр., Роспатент в случае российского первичного знака) и затем направляется данным ведомством в ВОИС. ВОИС, прежде всего, осуществляет проверку заявки на соответствие формальным критериям (напр., на соответствие перечня товаров и услуг международной классификации, принятой в рамках Ниццкого соглашения) и направляет ходатайство в патентные ведомства государств, на которые должна распространяться правовая охрана зарегистрированного по международным правилам товарного знака (напр.,

¹⁶ Нем.: Madrider Markenabkommen, см.: www.wipo.int/treaties/ru/registration/madrid/

Германии). В заключение национальные патентные ведомства соответствующих государств-участников соглашения проводят проверку согласно национальным предписаниям. Объем правовой охраны национальной части зарегистрированного по международным правилам товарного знака ориентируется исключительно на национальные предписания целевой страны.

В. Права требований правообладателей при нарушении прав промышленной собственности

В качестве последствий нарушения прав промышленной собственности Патентный закон ФРГ, а также правовые предписания в отношении других вышеописанных прав, предусматривают целый ряд возможностей предъявления требований. Систематика правовых требований при нарушении всех прав промышленной собственности при этом достаточно унифицирована и в судебной практике интерпретируется преимущественно одинаково. К наиболее важным требованиям при нарушении прав промышленной собственности относятся (перечень не является исчерпывающим):

- (1) требование о прекращении дальнейших противоправных действий
- (2) требование о возмещении ущерба и компенсации
- (3) требование о предоставлении сведений и отчетности (в качестве предварительного требования при притязании на компенсацию и возмещение ущерба)
- (4) требование об уничтожении изделий, нарушающих права промышленной собственности, а также отзыве данных изделий и их изъятии из каналов сбыта.

(1) Требование о прекращении нарушения

Правовые основания требования о прекращении действий (Anspruch auf Unterlassung), нарушающих права промышленной собственности, заложены в

п. 1 § 139 Патентного закона ФРГ, в п. 1 § 24 Закона ФРГ о полезных моделях, в п. 1 § 42 Закона ФРГ о правовой защите дизайна и п. 2 § 14 Закона ФРГ о товарных знаках.

Предпосылкой возникновения права требования о прекращении нарушения является состоявшееся противоправное использование прав промышленной собственности, а также опасность дальнейшего нарушения прав в будущем (т.н. опасность повторения). Данная опасность повторения (*Wiederholungsgefahr*) согласно судебной практике может быть, как правило, устранена, только если нарушитель сделает заявление о прекращении противоправных действий и принятии на себя обязательств на оплату неустойки в случае нарушения этого заявления. Только в результате подобного заявления пропадает необходимая для судебного иска заинтересованность правообладателя в правовой защите (*Rechtsschutzinteresse*).

В порядке исключения право требования о прекращении нарушения может возникать даже в том случае, если – несмотря на то, что в прошлом противоправные действия не совершались, – имеются основания предполагать, что нарушение будет совершено в ближайшем будущем (т.н. опасность первичного совершения нарушения - *Erstbegehungsgefahr*). Опасность первичного совершения, например, может возникать при объявлении намерения (ссылке на нарушение - *Berühmung*) о совершении в будущем определенных действий, нарушающих права. Судебная практика, однако, выдвигает достаточно низкие требования к устранению опасности первичного совершения нарушения. Возникшая в результате ссылки опасность первичного совершения, а также связанное с ней право требования о прекращении нарушения, утрачивают силу в случае, если нарушитель отказывается от использования ссылки путем безоговорочного и однозначного заявления о несовершении соответствующих действий в будущем.¹⁷

¹⁷ BGH, WRP 2001, 1076 ff. – *Berühmungsaufgabe*.

В контексте рассмотрения требований о прекращении нарушения в судебной практике в настоящее время обсуждается вопрос о том, должен ли нарушитель прав промышленной собственности – помимо собственно прекращения совершения противоправных действий – также предпринимать определенные шаги, направленные на устранение возникшего в результате правонарушения противоправного состояния.¹⁸ Согласно этому решению, ответчик, помимо прочего, обязан – в пределах своих возможностей и в рамках допустимого – оказывать на своих клиентов воздействие, необходимое для устранения продолжающегося состояния правонарушения (напр., отзыв продуктов).

(2) Требование о возмещении ущерба и компенсации

Правообладатель вправе требовать возмещения ущерба, возникшего вследствие совершения виновных противозаконных действий в период после публикации сообщения о регистрации (Schadensersatzanspruch). При определенных условиях возможна также компенсация за использование прав промышленной собственности со времени публикации заявки до регистрации права.

Правовыми основаниями требований о возмещении ущерба – в зависимости от вида нарушенного права промышленной собственности – являются п. 2 § 139 Патентного закона ФРГ, п. 2 § 24 Закона ФРГ о полезных моделях, п. 2 § 42 Закона ФРГ о правовой защите дизайна и п. 3 § 14 Закона ФРГ о товарных знаках.

Для возникновения права требования о возмещении ущерба, как правило, достаточным является доказательство уже совершенного противоправного действия. Поскольку каждое лицо, занимающееся промышленной деятельностью, до начала промышленного использования какого-либо изделия или товарного знака обязано провести поиск возможных противостоящих прав третьих лиц, и сообщения о предоставлении соответствующих прав

¹⁸ BGH, Mitteilung der deutschen Patentanwälte, 2018, 44 ff. – *Luftentfeuchter*.

публикуются в общедоступных источниках информации, из факта противоправного использования прав промышленной собственности принципиально можно сделать вывод о вине нарушителя (по меньшей мере, в результате небрежности).¹⁹

При исчислении суммы возмещения ущерба преимущественно применяются два метода: так называемый метод лицензионного эквивалента и метод выдачи прибыли.

Согласно методу лицензионного эквивалента (*Lizenzanalogiemethode*) расчет ущерба производится на основании суммы, которую нарушитель обязан был бы уплатить правообладателю при заключении с ним лицензионного соглашения на принятых в данной отрасли общих условиях. Требование о возмещении ущерба, таким образом, соответствует соразмерной сумме роялти.

Согласно методу выдачи прибыли (*Gewinnherausgabemethode*) нарушитель обязан выдать прибыль, полученную им в результате противозаконного использования права промышленной собственности. В этой связи возникает принципиальный вопрос, какие расходы, возникшие при изготовлении и продаже нарушающих права собственности изделий, подлежат вычету из суммы прибыли. Согласно вынесенному Федеральным верховным судом (*Bundesgerichtshof, BGH*) решению в отношении «доли накладных расходов» (*Gemeinkostenanteil*)²⁰ при исчислении прибыли из суммы оборота, достигнутого в результате реализации нарушающих права собственности изделий, могут быть вычтены только такие накладные расходы, которые относятся непосредственно к нарушающим изделиям. Расходы, которые бы возникли даже без совершения противоправных действий, при этом принципиально не подлежат вычету.

Поскольку исчисление размеров требования о возмещении ущерба возможно только после получения информации об объеме совершенных противоправных действий, требование о возмещении ущерба, как правило, предъявляется в рамках т. н. иска с поэтапными требованиями. В ходе рассмотрения данного

¹⁹ BGH GRUR 1977, 250 ff. – *Kunststoffhohlprofil I*.

²⁰ BGH GRUR 2001, 329 – *Gemeinkostenanteil*.

иска на нарушителя вначале возлагается обязанность предоставления сведений и отчетности.²¹ Далее в судебном порядке устанавливается, что нарушитель по существу обязан возместить ущерб, возникший вследствие использования прав промышленной собственности. И только после предоставления сведений и расчета подается – в случае если нарушитель отказывается добровольно возместить рассчитанный правообладателем ущерб – следующий иск о взыскании конкретно названной суммы. В рамках рассмотрения данного иска о платеже правообладатель обязан указать, какой метод возмещения ущерба он избрал в качестве основы исчисления и на основании каких обстоятельств он рассматривает названную им исковую сумму как соразмерную.

(3) Требование о предоставлении сведений и отчетности

Наряду с вышеизложенным, правообладатель вправе выдвигать требование о предоставлении сведений и отчетности (Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruch), поскольку при расчете размеров причитающегося ему возмещения ущерба он нуждается в информации об объеме совершенных противоправных действий. Правовые основания требования о предоставлении сведений заложены в § 140b Патентного закона ФРГ, § 24b Закона ФРГ о полезных моделях, § 46 Закона ФРГ о правовой защите дизайна и § 19 Закона ФРГ о товарных знаках. В основе требования о предоставлении отчетности лежит закрепленный в §§ 242, 259 Германского Гражданского Уложения принцип веры и доверия.²²

В рамках предоставления сведений нарушитель обязан сообщить точные данные об объеме противоправных действий (напр., количество и происхождение нарушающих права собственности товаров), о достигнутых в результате осуществления противоправных действий размерах оборота, о суммах производственных расходов, а также о полученной прибыли. В рамках предоставления отчетности нарушитель обязан в полном объеме сообщить все

²¹ См. пункт 3.

²² BGH WRP 2007, 550.

подробности, необходимые правообладателю для определения размера возмещения ущерба и проведения, по меньшей мере, выборочной проверки правильности предоставленных сведений.

(4) Требование об отзыве и уничтожении изделий

Правообладатель, кроме того, вправе предъявлять требования об отзыве и уничтожении правонарушающих изделий (Rückruf- und Vernichtungsanspruch). В результате отзыва уже поставленные нарушающие права изделия должны быть окончательно изъяты из каналов сбыта в целях предотвращения их дальнейшего распространения или промышленного использования. Требование об уничтожении направлено на обеспечение окончательного уничтожения находящихся во владении или собственности нарушителя изделий и невозможности возобновления противоправных действий. Правовые основания требования об отзыве и уничтожении предметов заложены в § 140а Патентного закона ФРГ, § 24а Закона ФРГ о полезных моделях, § 43 Закона ФРГ о правовой защите дизайна и § 18 Закона ФРГ о товарных знаках.

В рамках осуществления отзыва изделий на нарушителя, как правило, возлагается обязанность письменного обращения к известным ему промышленным потребителям с предложением возврата уже поставленной продукции и возмещения продажной цены. Нарушитель обязан произвести данные действия даже в том случае, если он не обладает правом требования от потребителей его продукции возврата изделий, нарушающих права собственности.

Об авторе:



Евгений Тухшерер (Eugen Tuchscherer)

Родился в 1975 г. в городе Петропавловск-Камчатский (Российская Федерация). Учился в Московской Государственной Юридической Академии (МГЮА) и в университетах в Вюрцбурге и Майнце (Германия). Работает адвокатом в компании патентных поверенных и адвокатов «advotec» (www.advotec.de). Как специалист (Fachanwalt) в области защиты прав промышленной собственности он занимается регистрацией различных прав интеллектуальной собственности и проведением процессов при их нарушении.

eugen.tuchscherer@advotec.de

www.advotec.de

Eugen Tuchscherer, geboren 1975 in Petropawlowsk/Kamtschatsk (Russische Föderation), studierte Rechtswissenschaften an der Moskauer Staatlichen Juristischen Akademie sowie an den Universitäten Würzburg und Mainz. Er ist Rechtsanwalt in der Sozietät advotec. Patent- und Rechtsanwälte (www.advotec.de). Als Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz hat er sich auf die Bereiche der nationalen und internationalen Anmeldungen gewerblicher Schutzrechte (Patente, Gebrauchsmuster, Marken und Designs) spezialisiert. Ein weiterer Schwerpunkt liegt auf der außergerichtlichen und gerichtlichen Durchsetzung technischer und nichttechnischer Schutzrechte.

РАЗДЕЛ 3. ПРАВО ЗАЩИТЫ ПЕРСОНАЛЬНЫХ ДАННЫХ

Общий Регламент по защите Персональных Данных – Новая эпоха европейского права по защите персональных данных (*Ольга Каснер*),
с. [221](#)

Общий Регламент по защите Персональных Данных

– Новая эпоха европейского права по защите персональных данных –

Die Datenschutz-Grundverordnung

– Neue Epoche des Europäischen Datenschutzrechts –

Ольга Каснер (Olga Kasner)

Der Beitrag behandelt die Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), die am 25. Mai 2018 in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union unmittelbar zur Anwendung kommt. Die Datenschutz-Grundverordnung verleiht dem Verbraucher mehr Rechte und erlegt dem Unternehmen als Verantwortlichen bzw. Auftragsverarbeiter sichtlich mehr Pflichten auf. Der Beitrag zeigt die ausgewählten Grundbegriffe und die Grundprinzipien der Datenschutz-Grundverordnung sowie einiger in der Datenschutz-Grundverordnung festgelegten Bausteine des neuen Europäischen Datenschutzrechts auf.

Общий Регламент по защите персональных данных в постановлении Европейского Союза (ЕС) 2016/679¹ - General Data Protection Regulation (далее – Регламент GDPR)² вступил в соответствии со статьей 99 Регламента GDPR в силу уже 25 мая 2016. Однако после установленного в нем переходного периода он действителен с 25 мая 2018, как обязательный нормативно-правовой

¹ Нем.: Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung, DSGVO); англ.: Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation).

² Текст Регламента на немецком языке: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:32016R0679>; текст Регламента на английском языке: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32016R0679>

документ, подлежащий прямому применению во всех государствах-членах Евросоюза, включая Германию.³

Целью Регламента GDPR является защита лиц в отношении обработки персональных данных (статья 1 абз. 1 Регламента GDPR), свободное перемещение персональных данных (статья 1 абз. 3 Регламента GDPR) и унификация европейского права по защите переработки персональных данных (пункты 3, 53 и 152 Преамбулы Регламента GDPR). Регламент GDPR отменяет действующую в настоящее время Директиву 95/46/ЕС Европейского Парламента и Совета от 24 октября 1995 об обеспечении отдельных лиц в отношении обработки их персональных данных и свободном перемещении таких данных (Директиву по защите персональных данных 95/46/ЕС)⁴ и заменяет ее.

Регламент GDPR состоит из Преамбулы, содержащей 173 пункта⁵ и 99 статей. Следует пояснить, что обязательной частью Регламента GDPR являются лишь его 99 статей. Что же касается 173 пункта Преамбулы, то они, по заявлению Еврокомиссии, закреплены в Преамбуле для толкования и интерпретации обязательной части Регламента GDPR, то есть его обязательных

³ Основу нормативно-правового механизма Евросоюза, применяемого, в частности, и в соответствии с порядком и процедур защиты персональных данных, составляют документы, принимаемые Европейским Парламентом и Европейским Советом – директивы («*Directive*») и регламенты («*Regulation*»). Правовая природа и формально-юридический порядок применения директив и регламентов Европейского Парламента и Совета, различны. Нормативные документы Европейского Союза, принятые в форме регламента, в отличие от директив, не требуют имплементации в национальное право государств-членов и непосредственно применяются в государствах-членах Европейского Союза (см. ст. 288 Договора о функционировании Европейского Союза).

⁴ Нем.: 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 / англ.: Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data; англ. текст регламента: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:31995L0046>; нем. текст регламента: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:31995L0046>

⁵ Данные 173 пунктов Преамбулы, названные в английской версии Регламента GDPR «*recitals*», в немецкой «*Erwägungsgründe*», являются частью юридического текста, объясняющего определенные факты, относящиеся к определенным правовым актам (например, международным договорам или законодательным актам ЕС), и поэтому служат указанием к соображениям законодателя, которые привели к принятию этого закона.

99 статей, и должны быть закреплены таким образом, чтобы их необязательный характер был отражен в формулировке.⁶

Регламент GDPR устанавливает основные положения, принципы и общие правила защиты физических лиц в отношении обработки персональных данных, а также их свободного перемещения в рамках Евросоюза, включая трансграничную передачу данных, права субъекта персональных данных и обязательства контролера и обработчика персональных данных, а также технические и организационные требования к процессу обработки персональных данных.

I. Некоторые основные понятия Регламента GDPR

Для целей Регламента GDPR используются следующие основные понятия:

В соответствии со статьей 4 нр. 1 Регламента GDPR «персональные данные»⁷ означают любую информацию, относящуюся к идентифицированному или идентифицируемому физическому лицу («субъекту данных»⁸). Идентифицируемое физическое лицо является лицом, которое может быть идентифицировано прямо или косвенно, в частности, на основе идентификационной информации, такой как имя, идентификационный номер, данные о местоположении, идентификатор в интернете (онлайн-идентификатор) или посредством одного или нескольких показателей, характерных для физической, физиологической, генетической, умственной, экономической, культурной или социальной идентичности данного физического лица.

В соответствии со статьей 4 нр. 2 Регламента GDPR «обработка»⁹ означает любую операцию или набор операций, которые совершаются с персональными данными или набором персональных данных, с использованием автоматизированных средств и без таковых, в числе которых сбор, запись, организация, структурирование, хранение, переработка или изменение, поиск и

⁶ <http://eur-lex.europa.eu/content/techleg/DE-leitfaden-fuer-die-abfassung-von-rechtstexten.pdf>

⁷ Англ. «personal data», нем. «personenbezogene Daten».

⁸ Англ. «data subject», нем. «die betroffene Person».

⁹ Англ. «processing», нем. «Verarbeitung».

выборка, экспертиза, использование, раскрытие посредством передачи, рассылка или иной способ предоставления для доступа, группировка или комбинирование, отбор, стирание или уничтожение.

В соответствии со статьей 4 нр. 7 Регламента GDPR «контролер»¹⁰ – это физическое или юридическое лицо, государственный орган, агентство или иной орган, который самостоятельно или совместно с другими, определяет цели и средства обработки персональных данных.

В соответствии со статьей 4 нр. 8 Регламента GDPR «обработчик»¹¹ – это физическое или юридическое лицо, государственный орган, агентство или иной орган, который обрабатывает персональные данные от имени и по поручению контролера.

III. Принципы обработки персональных данных Регламента GDPR

Принципы статьи 5 Регламента GDPR являются принципами, которые, несмотря на их открытые и неопределенные формулировки, подлежат обязательному прямому применению. Принципы, закрепленные в статье 5 Регламента GDPR, в частности, были уже включены в качестве принципов в статье 6 Директивы по защите персональных данных 95/46/ЕС, которая не имеет прямого применения, а должна была прежде всего трансформироваться государствами-членами в законодательный акт в соответствии с национальным законодательством. В силу закрепления прежних принципов в статье 5 Регламента GDPR, то есть переход от директивы к регламенту привел к значительному повышению значимости принципов, даже если принципы остались прежними. Значимость принципов подтверждается и тем фактом, что нарушение статьи 5 Регламента GDPR должно в соответствии со статьей 83 абз. 5 Регламента GDPR караться достаточно высокими штрафами.

Первый из семи принципов Регламента, «принцип законности» («*Rechtmäßigkeitsgrundsatz*»), является обязательством обрабатывать

¹⁰ Англ. «controller», нем. «Verantwortlicher».

¹¹ Англ. «processor», нем. «Auftragsverarbeiter».

персональные данные в законном порядке, то есть любая обработка данных требует юридического обоснования, в противном случае она является незаконной (статья 5 абз. 1 п. а) 1. вар. Регламента GDPR). Статья 6 абз. 1 Регламента GDPR называет в качестве законного основания для обработки персональных данных согласие субъекта персональных данных на обработку его персональных данных для одного или более конкретных целей, необходимость обработки для исполнения договора, стороной которого субъект данных является, или для принятия мер по просьбе субъекта данных до заключения контракта, необходимость обработки для соблюдения соответствующих обязательств контролера, необходимость обработки для защиты жизненных интересов субъекта данных или другого физического лица, необходимость обработки для выполнения определенных задач и осуществления в общественных интересах или для исполнения функций контролера, необходимость обработки для законных целей и интересов регулятора третьих лиц.

«Принцип справедливости» (*«Verarbeitung nach Treu und Glauben»*) обработки был включен уже в статью 8 Директивы по защите персональных данных 95/46/ЕС. Обработка производится в соответствии с принципом справедливости, если она находится в пределах того, из чего субъект обработки персональных данных разумным образом может исходить, полагаясь на правовые нормы (статья 5 абз. 1 п. а) 2. вар. Регламента GDPR).

Третий принцип - «принцип прозрачности» (*«Transparenzgrundsatz»*) - устанавливает требования для прозрачной обработки данных (статья 5 абз. 1 п. а) 3. вар. Регламента GDPR). Это означает, что контролер должен удостовериться в том, что способ обработки может быть определен и идентифицирован субъектом персональных данных. Принцип уточняется в Пункте 39 Преамбулы Регламента GDPR, согласно которому принцип прозрачности охватывает возможность субъекта персональных данных распознать способ обработки персональных данных и обязательство контролера предоставить эту возможность идентифицировать способ обработки

персональных данных. В соответствии с принципом прозрачности контролер должен, к примеру, предоставить подробную информацию субъекту персональных данных об обработке его персональных данных (статьи 12, 13 и 14 Регламента GDPR).

В соответствии с «принципом целевого сбора данных» («*Zweckbindungsgrundsatz*») персональные данные должны быть собраны для определенных, четких и законных целей и в дальнейшем не обрабатываться способом, не совместимым с этими целями. При это дальнейшая обработка данных для архивных целей, в интересах общества, научных и исторических исследований или статистических целей, не рассматривается как не совместимая с первоначальными целями (статьи 5 абз. 1 п. б), 89 абз. 1 Регламента GDPR).

В соответствии с «принципом минимизации данных» («*Datenminimierungsgrundsatz*») персональные данные должны быть обработаны адекватно и ограничиваться теми данными, которые необходимы для достижения целей, для которых они обрабатываются (статьи 5 абз. 1 п. с) Регламента GDPR).

Исходя из «принципа точности» («*Richtigkeitsgrundsatz*»), персональные данные должны быть обработаны точно и там, где это необходимо, а также персональные данные должны обновляться. Контролер должен принимать все разумные меры для гарантии того, что персональные данные, которые являются неточными, с учетом целей, для которых они обрабатываются, будут исправлены или удалены без задержки (статья 5 абз. 1 п. д) Регламента GDPR).

В соответствии с «принципом минимизации» персональные данные должны храниться в форме, позволяющей идентифицировать субъект данных, не дольше, чем это необходимо для целей, для которых персональные данные обрабатываются («принцип ограничения хранения данных» («*Grundsatz der Speicherbegrenzung*»)). Персональные данные могут храниться в виде исключения в течение более длительных периодов, если персональные данные обрабатывались только для архивных целей в интересах общества, научных или

исторических исследовательских целей или для целей статистики, с учетом осуществления соответствующих технических и организационных мер (статья 5 абз. 1 п. е) Регламента GDPR).

«Принцип целостности и конфиденциальности» («*Grundsatz der Integrität und Vertraulichkeit*») обязывает контролера обрабатывать персональные данные таким образом, чтобы обеспечить надлежащую сохранность персональных данных, включая защиту от несанкционированной или незаконной обработки и случайной потери, уничтожения или повреждения, с использованием соответствующих технических или организационных мер. Принцип целостности и конфиденциальности требует, чтобы контролер обеспечил соответствующую техническую безопасность персональных данных (статья 5 абз. 1 п. ф) Регламента GDPR).

В соответствии со статьей 5 абз. 2 Регламента GDPR, контролер несет ответственность за соблюдение принципов, закрепленных в статье 5 абз. 1 Регламента GDPR, и должен быть в состоянии продемонстрировать те меры, которые он принимает по соблюдению принципов, перечисленных в статье 5 абз. 1 Регламента GDPR. Речь идет о так называемой обязанности контролера продемонстрировать соблюдение принципов Регламента GDPR.

IV. Некоторые основные положения Регламента GDPR

Перечисляя лишь некоторые основные положения Регламента GDPR, становится наглядно видно, что европейский законодатель подчеркивает важность защиты прав субъекта данных, в то время как на организации, обрабатывающие персональные данные, накладываются достаточно сложные, но совершенно решаемые задачи.

1. Расширение территориальной юрисдикции (статья 3 абз. 2 Регламента GDPR)

Компании за пределами Евросоюза, ориентированные на потребителей в странах Евросоюза, в будущем подпадают под действие Регламента GDPR.

Регламент GDPR распространяется в соответствии со статьей 3 абз. 2 Регламента GDPR на организации за пределами Евросоюза, чья деятельность по обработке персональных данных связана с предложением товаров и услуг – также и безвозмездным – субъектам персональных данных в Евросоюзе или с мониторингом их поведения на территории Евросоюза. Такие организации обязаны согласно статье 27 Регламента GDPR назначить представителя в Евросоюзе (об этом ниже).

«Предложение товаров и услуг» согласно Пункту 23 Преамбулы Регламента GDPR – это не только доступ к вебсайту или адресу электронной почты. Свидетельством подобного предложения может быть использование языка или валюты, традиционно используемых в одной или нескольких странах-участницах Евросоюза, при наличии возможности заказывать товары или услуги в этой стране или странах, или осуществлять мониторинг пользователей и клиентов на территории Евросоюза. К примеру, мониторинг поведения происходит при отслеживании поведения пользователей в интернете с помощью методов, позволяющих профилировать пользователя с целью принятия решений о нем или прогнозирования его личных предпочтений и т.п.

2. Обязанности контролёра

Регламент GDPR закрепляет, что контролер обязан предоставлять субъектам данных в момент сбора персональных данных полную информацию о целях сбора персональных данных и о правах субъектов данных и т.д. (статьи 12 - 21 Регламента GDPR), внедрять механизмы защиты данных (статья 32 Регламента GDPR), вести учетную документацию (статья 30 Регламента GDPR), а также осуществлять оценку воздействия обработки персональных данных на права субъектов данных для некоторых видов обработки данных (статья 35 Регламента GDPR). Контролеры обязаны, по возможности в течение 72 часов, уведомлять национальные органы по защите данных об обнаружении утечек персональных данных и соответствующих субъектов персональных данных (статья 33 Регламента GDPR). В том случае, если у контролера нет представителя в

Евросоюзе, он обязан назначить такое лицо в определенных случаях (статья 27 Регламента GDPR).

3. Обязанности обработчика

В соответствии со статьей 30 Регламента GDPR обработчик обязан вести письменный реестр операций по обработке персональных данных, выполненных от имени и по поручению контролера. В том случае, если у обработчика нет представителя в Евросоюзе, он – подобно контролеру – обязан назначить такое лицо в определенных случаях (статья 27 Регламента GDPR). Обработчик обязан без задержек уведомлять контролера об утечках персональных данных (статья 33 абз. 2 Регламента GDPR).

4. Представитель (статья 27 Регламента GDPR)

«Представитель»¹² – это физическое или юридическое лицо, созданное в Евросоюзе, которое специально уполномочено в письменной форме контролером или обработчиком представлять контролера или обработчика во всех вопросах, связанных с обработкой персональных данных в отношении соответствующих обязательств, предусмотренных Регламентом GDPR (Статья 4 нр. 17 Регламента GDPR). Статья 27 Регламента GDPR регулирует порядок назначения и основные функции представителя.

Согласно статье 27 абз. 2 Регламента GDPR представитель может в виде исключения не назначаться, если обработка персональных данных носит случайный характер, не включает в себя масштабную обработку специальных категорий персональных данных согласно статье 9 абз. 1 Регламента GDPR, обработка персональных данных не связана с уголовными приговорами и правонарушениями согласно Статьи 10 Регламента GDPR, или если контролер является органом или учреждением государственной власти.

Представитель действует от имени контролера или обработчика и должен взаимодействовать с любыми компетентными органами Евросоюза или

¹² Англ. «representative», нем. «Vertreter».

государства-члена, включая надзорные органы. Представитель должен быть специально уполномочен, посредством письменного предписания контролера или обработчика, действовать от их имени в отношении их обязательств согласно статье 27 абз. 4 Регламента GDPR. Представитель выполняет свои задачи, вытекающие из предписания, полученного от контролера или обработчика, и осуществляет любые действия в целях обеспечения соблюдения Регламента GDPR.

Согласно статье 27 абз. 5 Регламента GDPR назначение такого представителя не влияет на ответственность или обязанности самого контролера или обработчика, вытекающие из Регламента GDPR.

Так как не исключено, что представитель в случае несоблюдения требований Регламента GDPR контролером или обработчиком подпадает под действие исполнительного производства, следует урегулировать в письменном назначении представителя, в каком режиме возмещения контролер или обработчик компенсируют ущерб представителю в подобном случае.

5. Инспектор по защите данных

В соответствии со статьей 37 Регламента GDPR контролеры и обработчики обязаны в рамках своих программ отчетности назначить «инспектора по защите данных».¹³ Инспектор по защите данных назначается согласно статье 37 абз. 1 Регламенту GDPR в обязательном порядке, во-первых, если обработка данных осуществляется государственным органом, во-вторых, если основная деятельность контролера или обработчика связана с такой обработкой данных, которая по своему охвату, целям и сути, требует крупномасштабного, регулярного и систематического мониторинга субъектов данных, и, в-третьих, при обработке специальных категорий данных. Роль инспектора по защите данных заключается в том, что он является консультантом контролера или обработчика во всех вопросах, связанных с обработкой персональных данных,

¹³ Англ. «data protection officer», нем. «Datenschutzbeauftragter».

но в то же время инспектор по защите данных независим от инструкций контролера или обработчика.

Инспектор по защите данных может быть сотрудником организации или работать с ней по сервисному контракту. Инспектор по защите данных должен обладать достаточной экспертной квалификацией, определяемой характером операций по обработке данных, за которые инспектор по защите данных будет отвечать. Группа организаций или определенные группы государственных учреждений могут назначить одного инспектора по защите данных, если может быть гарантирована его доступность для всех участников. Инспектор по защите данных в принципе должен находиться на территории Евросоюза и иметь непосредственный доступ к высшему уровню руководства организации.¹⁴

6. Согласие субъекта персональных данных на обработку

Согласно статье 7 абз. 2 Регламента GDPR согласие субъекта персональных данных на обработку должно быть дано свободно, быть однозначным, конкретным и информированным. Запросы на получение согласия должны быть изложены четким и понятным языком, а также отделенным от каких-либо условий.

Отзыв согласия на обработку персональных данных должен быть настолько же легким, как и его предоставление. Согласие на обработку специальных категорий данных должно быть явно выраженным. Согласно статье 7 абз. 1 Регламента GDPR контролер персональных данных обязан быть в состоянии предоставить доказательства получения согласия (Пункт 42 Преамбулы Регламента GDPR).

Обратить внимание стоит на то, что согласие, полученное в соответствии с текущим законодательством, может считаться действительным только при условии, что оно отвечает новым требованиям.

¹⁴ WP29, Working Paper 243, англ. Текст регламента: http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2016-51/wp243_en_40855.pdf; нем. текст регламента: https://dsgvo.expert/wp/wp-content/uploads/2017/03/WP243de_Art._29-Gruppe-Datenschutzbeauftragte.pdf

При оценке добровольности согласия в случае неравенства между субъектом данных и контролером необходимо учитывать, поставлено ли исполнение договора в зависимость от предоставления согласия субъектом на обработку его данных, которые для исполнения этого договора не нужны. Согласие, предоставленное таким образом, согласно со статьей 7 абз. 4 Регламента GDPR незаконно.

В контексте трудовых отношений государства-члены Евросоюза вправе устанавливать дополнительные требования к использованию согласия. Преамбула разъясняет, что согласие не считается добровольным, если субъект данных не имеет подлинного и свободного выбора либо возможности отказать в предоставлении согласия или отозвать согласие без ущерба для себя (Пункт 43 Преамбулы Регламента GDPR).

7. Права субъекта персональных данных

Одной из главных целей Европейской Комиссии при разработке Регламента GDPR было повышение защиты прав граждан, чьи персональные данные подпадают под обработку. Этот мотив четко прослеживается в усилении прав субъектов данных. Регламент GDPR наделяет субъекта персональных данных следующими правами:

- Доступ к данным и информации об обработке согласно статье 15 Регламента GDPR
- Получение копии данных согласно статье 15 абз. 3 Регламента GDPR
- Корректировка и дополнение данных согласно статье 16 Регламента GDPR
- Уничтожение данных (право на забвение) согласно статье 17 Регламента GDPR
- Блокировка обработки данных согласно статье 18 Регламента GDPR
- Возражение против обработки данных согласно статье 21 Регламента GDPR

- Перенос данных (data portability right) согласно статье 20 Регламента GDPR
- Отзыв согласия согласно статье 7 абз. 3 Регламента GDPR

Особенно следует подчеркнуть нововведенное право на портативность или переносимость персональных данных. Субъект персональных данных согласно статье 20 Регламента GDPR имеет право получить относящиеся к нему персональные данные, предоставленные им контролеру, в структурированном, широко используемом и машиночитаемом формате и передать эти данные другому контролеру без препятствий со стороны контролера, которому эти данные были предоставлены. Инструкция WP29 указывает, что контролеры персональных данных, передающие обработку данных на аутсорсинг или осуществляющие ее совместно с другими контролерами, должны четко оговорить в контрактах обязанности каждой из сторон при реагировании на запросы лиц о переносе их данных, а также обязаны внедрить соответствующие процедуры.¹⁵

Достаточно огромную известность приобрело так называемое право на забвение или право на удаление данных согласно статье 17 Регламента GDPR, благодаря решению Европейского суда по иску Google против Испании от 13.05.2014 (Az. С 131/12).¹⁶ В определенных ситуациях, таких как отзыв согласия, при отсутствии других законных оснований для обработки, субъект персональных данных может потребовать от контролера немедленно удалить свои персональные данные. Следует обратить внимание и на обязанность контролера согласно статье 17 абз. 2 Регламента GDPR принять разумные меры к информированию третьих сторон о том, что субъект данных потребовал удаления любых ссылок на такие данные и любых их копий.

¹⁵ http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2016-51/wp242_en_40852.pdf

¹⁶ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30ddf16addfd3b9a4997b74aefa966fe391f.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyNbNv0?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=419346>

Важно обратить внимание на то, что контролер персональных данных согласно статье 12 абз. 3 Регламента GDPR обязан реагировать на такие информационные запросы в течение месяца, с возможностью продлить этот срок для особо сложных запросов на дальнейшие два месяца. Согласно статье 17 абз. 2 Регламента GDPR контролерам потребуется внедрить четкие процедуры для выполнения перечисленных обязательств.

8. Трансграничная передача данных

Регламент GDPR содержит практически тот же самый инструментарий по отношению к трансграничной передаче персональных данных (Статьи 44 - 50 Регламента GDPR). Трансграничная передача данных облегчена лишь отменой требований по предварительному одобрению надзорных органов операций по передаче данных, основанных на признанных механизмах по обеспечению адекватной защиты прав субъектов данных, - к примеру, типовых контрактах, одобренных Еврокомиссией или надзорными органами.

Регламент GDPR отменяет лишь такое основание для передачи данных как самостоятельная оценка организацией. В соответствии с действующим законодательством используемое основание для передачи данных на основе самостоятельной оценки организациями применяется ныне как отдельное основание для передачи данных только в нескольких странах Евросоюза (Статьи 25, 26 Директивы по защите персональных данных 95/46/ЕС).

9. Штрафы

Высокие штрафы уже безусловно привлекли внимание руководства организаций, подпадающих под применение Регламента GDPR, который устанавливает многоуровневые санкции за нарушения законодательства о защите данных, позволяющие надзорным органам назначать штрафы за некоторые нарушения в размере, достигающем наибольшей из двух цифр, а именно согласно статье 83 абз. 5 Регламента GDPR 4% годового мирового оборота организации или 20 миллионов евро (берется бóльшая из двух цифр).

Нарушения в соответствии со статьей 83 абз. 4 Регламента GDPR могут повлечь за собой штраф в размере 2% годового мирового оборота или 10 миллионов евро (опять же берется бóльшая из двух цифр). Регламент GDPR включает список обстоятельств, принимаемых во внимание при определении размера штрафа (таких как характер, тяжесть и продолжительность нарушения).

V. Вывод

Не будет преувеличением говорить о начале новой эры, наступающей со дня применения Регламента GDPR. Многие правила являются новыми и заменяют - особенно в бизнес-секторе - существующие. В Регламенте GDPR расширено понятие персональных данных, введены понятия трансграничной передачи данных, псевдоанонимизации, установлено право на забвение и переносимость данных, введена роль инспектора безопасности данных. В то время как Регламент GDPR возлагает больше обязательств на контролера и обработчика, потребители получают больше прав по сравнению с действующим до сих пор законодательством. Соответствие Регламенту GDPR может представлять сложную задачу для многих организаций, но многие из его технических требований отлично согласуются с передовыми методами обеспечения безопасности и соответствия требованиям регулирующих органов (к примеру, в соответствии со стандартами ISO 27001). Следует учесть, что требования Регламента GDPR, ставящие перед контролером и обработчиком выше перечисленные задачи, в случае их невыполнения могут привести к достаточно высоким штрафам. Насколько успешно эти задачи будут реализованы, покажет ближайшее будущее.

Об авторе:



Ольга Каснер (Olga Kasner) является адвокатом и инспектором по защите данных адвокатской конторы «Reusch Rechtsanwaltsgesellschaft» в г. Берлин. Она специализируется на праве информационных технологий и безопасности информационных технологий, праве средств массовой информации, интернет-праве, праве по защите персональных данных, а также государственном, конституционном и административном праве. Особый интерес госпожи Каснер направлен на исследование правовых аспектов новых технологий, таких как блокчейн, искусственный интеллект и т.п. Наряду с этим, она является доцентом в Берлинском Университете Экономики и Права (Hochschule für Wirtschaft und Recht in Berlin) и работает над диссертацией на соискание ученой степени кандидата наук.

Контактные данные

Rechtsanwältin Olga Kasner
Reusch Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Büro Berlin
Hackesche Höfe
Rosenthaler Straße 40 - 41
10178 Berlin
Tel.: + 49 30 / 2332 895 0
Fax: + 49 30 / 2332 895 11
E-Mail: olga.kasner@reuschlaw.de

РАЗДЕЛ 4.

ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРАВО.

РАЗРЕШЕНИЕ КОММЕРЧЕСКИХ

СПОРОВ

Арбитражная оговорка в германно-российском праве: применимое право, объективная и субъективная области применения

(Франк Шмидер), с. [238](#)

Новый Регламент Коммерческого Арбитража 2018 Немецкого арбитражного института (ДИС)

(Д-р Александр Щавелев), с. [255](#)

Признание и исполнение иностранных арбитражных (третейских) решений в Германии

(Дмитрий Маренков), с. [285](#)

Арбитражная оговорка в германо-российских правоотношениях

*Применимое право, объективная и субъективная области
применения*

Die Schiedsklausel im deutsch-russischen Rechtsverkehr

Anwendbares Recht, objektive und subjektive Reichweite

Франк Шмидер (Frank Schmieder)

Die Internationale Schiedsgerichtsbarkeit hat im deutsch-russischen Rechtsverkehr einen festen Platz, wenn es darum geht, Streitigkeiten von Vertragsparteien zu regeln. Da sie eine Alternative zu den klassischen, nämlich ordentlichen, staatlichen Gerichten darstellt, muss die Zuständigkeit eines bestimmten Schiedsgerichts gesondert vereinbart werden.

Vorliegender Artikel soll zunächst einen kurzen Überblick darüber geben, was die Vorteile der Schiedsgerichtsbarkeit sind, um dann die Frage zu beantworten, was es zu beachten gibt, beim Abschluss einer Schiedsvereinbarung, und was und wer von einer Schiedsklausel erfasst wird und/oder erfasst werden könnte.

Преамбула

Международный арбитраж (internationale Schiedsgerichtsbarkeit) играет в германо-российских правоотношениях важную роль в сфере урегулирования споров между партнерами по договору. Так как международный арбитраж представляет собой альтернативу подсудности классическим государственным судам, компетенция определенного арбитражного (третейского) суда должна быть оговорена особо.

Некоторые арбитражные (третейские) суды регулярно утверждают стандартизированные формулировки, применимые в этих целях. Это так называемые **арбитражные оговорки** (Schiedsklausel). Если партнеры по договору используют подобную формулировку, соответствующий арбитражный суд признает собственную компетенцию применительно к данному договору. Внося в договор арбитражную оговорку как таковую, юристы зачастую считают, что тем самым прояснили основные вопросы в данной сфере. Однако практика показывает, что арбитражные оговорки все чаще становятся причиной возникновения споров в ходе конкретизации следующих вопросов:

- на кого еще помимо сторон договора могут распространяться обязательства придерживаться арбитражной оговорки и ее последствий,
- на претензии какого рода распространяется арбитражная оговорка, в том числе на какие квазидоговорные обязательства, требования о возврате неосновательного обогащения или требования о возмещении вреда,
- право какой страны применимо в ходе правовой оценки и толкования арбитражной оговорки.

Рассматривая эти три группы вопросов, мы говорим о **субъективной и объективной областях применения** (subjektive und objektive Reichweite), а также о **применимом праве** арбитражной оговорки.

Нижеследующая статья призвана дать лишь краткий обзор тенденций, наблюдаемых в германно-российской практике, и побудить юристов более внимательно отнестись к данной тематике, чтобы они могли консультировать своих клиентов в полном объеме, а также своевременно оценить возможности и риски при согласовании арбитражной оговорки. Статья предназначена вниманию начинающих юристов, которые впервые сталкиваются с данной постановкой вопроса; по этой причине автор сознательно отказывается от подробных ссылок на источники.

В статье освещаются актуальные тенденции развития германской и российской практики обращения в арбитражные (третейские) суды. При этом следует учитывать, что судебная практика в Германии опирается на более обширные традиции, в то время как российская судебная практика относительно нова и поэтому пока не предполагает какого-либо единообразия. Кроме того, в общеевропейском контексте российские арбитражные (третейские) суды реже оговариваются в качестве места рассмотрения споров.

1. Преимущества и недостатки международного арбитража

Согласование сторонами договора соглашения о разрешении споров арбитражным (третейским) судом должно быть неотъемлемой составляющей германо-российских правоотношений, в первую очередь тогда, когда речь идет о сложных обстоятельствах дела и составлении договоров на крупные суммы. Следует отметить, что в указанных случаях обращение в заранее оговоренный арбитражный (третейский) суд, а не в государственные суды имеет веские преимущества.

Одним из наиболее весомых преимуществ при обращении в арбитражные (третейские) суды является **возможность исполнения** (Vollstreckbarkeit) соответствующего решения практически во всех важнейших государствах мира. Эта возможность достигается благодаря существованию Нью-Йоркской Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений. В отличие от решений арбитражных (третейских) судов, решения государственных судов соответствующей другой страны (России или Германии соответственно) по-прежнему не могут быть исполнены в принудительном порядке. Двустороннее соглашение по этому вопросу между Россией и Германией в настоящее время не заключено. Усилия различного рода по приведению в исполнение судебных решений, принятых в одной из стран, в соответствующей другой стране до сих пор не увенчались успехом, и в настоящее время каких-либо решающих изменений в данной сфере судебной практики не ожидается.

Кроме того, в арбитражном (третейском) разбирательстве отсутствует т. н. порядок движения дела по инстанциям. В то время как в государственном судопроизводстве всегда можно обжаловать решение, принятое судом по тому или иному делу, в суде вышестоящей инстанции, **решение арбитражного суда является окончательным**. Это означает, что решения арбитражных (третейских) судов, как правило, принимаются значительно быстрее и **экономят** сторонам **расходы на судопроизводство**. С другой стороны, решение арбитражного суда не может быть изменено или скорректировано позднее. Однако и это правило не является безусловным: если в ходе судебного разбирательства были допущены грубые судебные ошибки или были нарушены основополагающие процессуальные права сторон, решение арбитражного суда может быть отменено.

Как правило, процессы в арбитражных (третейских) судах также ведутся **менее формально**: стороны могут индивидуально урегулировать свои разногласия, в том числе и во время процесса, вследствие чего порядок судебного разбирательства в арбитражном (третейском) суде является более гибким.

И, наконец, согласование арбитражного (третейского) суда в качестве места рассмотрения споров, как правило, способствует установлению доверительных отношений между сторонами договора, т.е. обладает **положительным психологическим эффектом**: ведь тем самым партнеры отказываются от правовых систем своих стран, стремясь обеспечить равенство исходных условий.

2. Согласование арбитражной оговорки

Если стороны договора выбрали в качестве места рассмотрения споров конкретный арбитражный суд, рекомендуется воспользоваться **формулировкой арбитражной оговорки, предлагаемой этим арбитражным судом**, как это упоминалось выше. Разумеется, эта формулировка может быть изменена, необходимо лишь обеспечить четкость формулировки о том, что споры и

разногласия между сторонами будут регулироваться конкретным арбитражным судом, а не государственными судами.

Чтобы не быть голословными, приведем пример соответствующей формулировки, предлагаемой Немецким арбитражным институтом (Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V./DIS): **«Все споры, возникающие в связи с настоящим договором или в связи с его действительностью, подлежат окончательному урегулированию в соответствии с Арбитражным Регламентом Немецкого арбитражного института (ДИС), с исключением подсудности общим судам».**

Формулировка Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации немного обширнее: «Все споры, разногласия или требования, возникающие из настоящего договора (соглашения) или в связи с ним, в том числе касающиеся его вступления в силу, заключения, изменения, исполнения, нарушения, прекращения или действительности, подлежат рассмотрению в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации в соответствии с его применимыми правилами и положениями».

Зачастую эти формулировки заимствуются дословно, а юристы в большинстве случаев не подозревают, какие последствия это может иметь.

3. Объективная область применения арбитражной оговорки

При нарушении четко определенных договорных обязанностей, таких как уплата покупной цены или поставка товаров, или иных вытекающих из договора обязанностей, например, обязанностей, связанных с гарантийными обязательствами или гарантийными соглашениями, применение арбитражной оговорки, как правило, не является проблематичным.

Однако что происходит, если нарушения обязательств по договору имели место еще до заключения договора или, наоборот, по истечении срока его действия? Возможно ли в этих случаях заявить **внедоговорные претензии**

(nichtvertragliche Ansprüche), такие как требования о возмещении вреда, к примеру, требования в связи с умышленным причинением ущерба, противоречащего основам правопорядка, в рамках арбитражного процесса?

а. Объективная область применения в соответствии с германским правом

В германском праве арбитражная оговорка в принципе **трактруется достаточно широко.**

Если партнеры по договору выражают в арбитражной оговорке желание уполномочить арбитражный суд урегулировать возможные споры между ними в полном объеме, это желание, как правило, учитывается. Однако в этом случае внедоговорные претензии, которые поручается урегулировать арбитражному суду, должны проистекать из тех же обстоятельств, на которых базируется и сам договор. Кроме того, в основе принципа широкого толкования арбитражной оговорки лежит стремление по возможности избежать урегулирования одного и того же дела различными судами, так как в отдельных случаях различные суды могут принимать противоречащие друг другу решения. Правовая практика подобных случаев весьма обширна.

Таким образом, ключевое значение имеет, во-первых, обеспечение **широты формулировки** арбитражной оговорки с точки зрения ее содержания и, во-вторых, обеспечение того, чтобы внедоговорные претензии были основаны **на тех же обстоятельствах** (aus demselben Lebenssachverhalt), что и сам договор. Классические формулировки арбитражных судов, позволяющие включить подобные претензии в область компетенции соответствующего суда, выглядят примерно так: «...все споры... возникающие в связи с договором».

в. Объективная область применения в соответствии с российским правом

Российское право также исходит из того, что арбитражная оговорка в принципе **тракуется широко**.

Еще **Закон** «О международном коммерческом арбитраже» определяет арбитражную оговорку таким образом, чтобы с ее помощью могли предъявляться также и претензии внедоговорного характера. Помимо этого, на основании вышеназванного Закона можно сделать вывод о принципиальной открытости российского права по отношению к международному коммерческому арбитражу, а также о тенденции российского права ориентироваться на международные стандарты, в том числе на германское право. Тем самым образуется порочный круг.

В контексте актуальной реформы российского арбитражного процессуального законодательства также можно распознать подобные тенденции. Поощряется широкое толкование арбитражной оговорки, а также толкование арбитражной оговорки, обеспечивающее ее эффективность.

Развитие правоприменительной **практики** в России также подтверждает тенденцию к более широкому толкованию. Так, в рамках отдельных арбитражных процессов рассматриваются также деликтные претензии, такие как претензии, основанные на преддоговорной и постдоговорной ответственности.

Однако и российские юристы придерживаются принципов, аналогичных существующим в германском праве. Широкое толкование арбитражной оговорки возможно только в случае достаточной широты ее формулировки. Прочие претензии также должны быть так или иначе связаны с договором. Это означает, что в каждом конкретном случае необходима проверка.

с. Вывод

Широкое толкование арбитражной оговорки применяется в германской и российской судебной практике, если сама арбитражная оговорка сформулирована достаточно широко, а также если внедоговорные претензии основаны на тех же обстоятельствах.

4. Субъективная область применения арбитражной оговорки

Если партнеры по договору становятся сторонами арбитражного (третейского) разбирательства, применение арбитражной оговорки не представляет сложности.

Однако что происходит в случае, когда в арбитражное (третейское) разбирательство необходимо вовлечь **третьих лиц**, т.е. физических или юридических лиц (*natürliche oder juristische Personen*), не входящих в число партнеров по соответствующему договору? Возможно ли привлечь к ответственности **законного представителя партнера по договору**, например, генерального директора или управляющего (*Geschäftsführer*), если нарушение договорных обязательств вменяется в вину ему лично? Возможно ли в рамках арбитражного (третейского) разбирательства предъявить претензии к **головным компаниям** (*Muttergesellschaften*) в рамках структуры концерна, если, к примеру, головные компании следует привлечь к ответственности за умышленное уклонение от выполнения обязательств по договору?

Таким образом, здесь, с одной стороны, мы имеем дело с законным представителем одного из партнеров по договору, с другой – с компаниями, так или иначе связанными с партнером по договору.

В целом применительно к обеим правовым системам сначала следует отметить, что арбитражная оговорка **в принципе** является обязательной **только для партнера по договору**. В основе этого положения лежит принцип автономии воли сторон. Сторонние лица не следует вовлекать в чужое судебное разбирательство помимо их воли, в противном случае может быть нарушено их

право на рассмотрение дела законным судьей (компетентным государственным судом). С другой стороны, не следует упускать из виду принцип, согласно которому одинаковые ситуации подлежат единообразной судебной оценке, чтобы не допустить принятия противоречащих друг другу решений. С учетом вышесказанного случаи, когда третьи лица могут быть вовлечены в арбитражный процесс, всегда будут являться **исключениями**, которые допускаются с учетом соответствующих **правовых и объективных причин** (rechtliche und sachliche Gründe).

а. Субъективная область применения арбитражной оговорки в германском праве

В германском праве применяется дифференцированная **оценка в зависимости от конкретного случая**. Тем не менее, анализируя подобные случаи, можно вычленить ряд критериев. В целом решающее значение имеет тот факт, участвовало ли третье лицо в согласовании арбитражной оговорки, дало ли оно на это свое согласие и, таким образом, может ли арбитражная оговорка применяться также и к этому третьему лицу.

аа. Привлечение органов управления и законных представителей юридических лиц

Неотъемлемой составляющей корпоративного права является тот факт, что законному представителю, т.е. генеральному директору или управляющему делами, известны все аспекты деятельности общества. Юридическое лицо действует исключительно через своих законных представителей. Таким образом, последние всегда вовлечены в дела общества.

Германское право

Германская судебная практика исходит из возможности вовлечения руководящих органов того или иного общества в арбитражное (третейское) разбирательство, если они лично **участвовали** в заключении договора. Вероятность подобного вовлечения возрастает, если законный представитель

располагал сведениями об обстоятельствах заключения договора и сам участвовал в переговорах. В этом случае, как правило, арбитражная оговорка толкуется таким образом, что арбитражное соглашение является обязательным и для законного представителя лично.

Дальнейшим аргументом в подобных ситуациях является тот факт, что при недостаточно широком толковании арбитражной оговорки партнер по договору мог бы избежать арбитражного (третейского) разбирательства, предъявив законному представителю иск в рамках обычного судопроизводства. При определенных обстоятельствах законному представителю пришлось бы участвовать в двух судебных процессах, если истец инициирует и арбитражное (третейское) разбирательство против партнера по договору, и обычный судебный процесс против законного представителя. В конечном итоге здесь также возникает **опасность принятия противоречащих друг другу решений** (Gefahr sich widersprechender Entscheidungen) по одной и той же ситуации.

Вышеприведенный анализ не позволяет сделать однозначных выводов. Решающее значение будет иметь рассмотрение конкретных обстоятельств: был ли законный представитель лично вовлечен в соответствующую ситуацию и, если да, то в какой степени. Однако **возможность** привлечь к арбитражному процессу также и органы управления существует.

Российское право

Применительно к российскому праву в принципе следует сослаться на общие положения, изложенные в п. 3.b. настоящей статьи. Тенденция **ориентироваться на международные стандарты** позволяет сделать вывод о том, что в российской судебной практике применяются сходные критерии, в частности, критерии, аналогичные выработанным в германской судебной практике.

Так или иначе в российской правоприменительной практике арбитражными (третейскими) судами уже принимались решения, направленные против органов

управления юридического лица, генерального директора, хотя в фокусе рассмотрения находились договорные отношения между юридическими лицами.

В конечном итоге в данной сфере также нельзя сделать однозначных выводов. Однако **возможность** привлечь законного представителя к арбитражному процессу, очевидно, существует.

Вывод

Германское право позволяет вычленив критерии оценки, в соответствии с которыми законные представители могут быть вовлечены в арбитражный процесс. В российском праве эти вопросы регулируются менее четко, однако можно ожидать применения сходных принципов.

bb. Привлечение аффилированных компаний (verbundene Unternehmen)

Неотъемлемой составляющей корпоративного права является тот факт, что юридические лица совершают юридические действия самостоятельно и несут за них ответственность независимо от других юридических лиц. Однако границы того и другого могут быть размыты, прежде всего в структурах концернов (Konzernstrukturen).

Германское право

В германской судебной практике вопрос привлечения аффилированных компаний в чужое арбитражное разбирательство рассматривается часто и в **исключительных случаях** решается положительно. За отсутствием возможности подробно представить этот круг вопросов здесь автор ограничится его тезисным изложением.

Вовлечение, к примеру, головных компаний в арбитражное (третейское) разбирательство процесс дочерних компаний допускается в случае, если через головные компании осуществляется четкое **руководство** и, тем самым, головная компания имеет обширные **возможности влиять** на деятельность дочерней компании (Leitungsmacht). В ситуации, когда, к примеру, концерн также

выступает в качестве группы компаний, от имени которых действуют по большей части **одни и те же лица**, выступающие в качестве руководящих органов различных обществ, такое вовлечение тем более допускается. В данном случае можно говорить о действиях по согласию. Аналогично ранее рассмотренной ситуации с законными представителями в данном случае можно исходить из **участия в совершении соответствующих юридических действий**. Тому, кто активно участвует в деловых процессах, следует ожидать, что ему придется нести ответственность за свои действия.

Схема привлечения к ответственности, известная как **личная неограниченная ответственность участника общества по обязательствам общества (Durchgriffshaftung)**, в соответствии с которой головная компания может нести ответственность по обязательствам дочерней компании, если она, к примеру, умышленно и неправомерно способствует растрате или уничтожению имущества дочерней компании, а также сама пренебрегает выполнением обязательств по договору, применяется также и в арбитражном праве.

В результате можно установить, что возможность привлечения аффилированных компаний одного из партнеров по договору к арбитражному процессу признается в германской судебной практике. Однако возможность воспользоваться данной исключительной возможностью каждый раз определяется по результатам **проверки конкретного случая**.

Российское право

Применительно к российскому праву в принципе следует сослаться на общие положения, изложенные в п. 3.в. настоящей статьи. Тенденция **ориентироваться на международные стандарты** позволяет сделать вывод о том, что в российской судебной практике применяются сходные критерии, в частности, критерии, аналогичные германской судебной практике.

В российской **правоприменительной практике** уже были случаи привлечения третьих лиц в арбитражные процессы. Из этого факта можно сделать вывод о принципиальной готовности судов придерживаться стратегии,

аналогичной германской судебной практике, то есть готовности распространять действие арбитражной оговорки на третьих лиц, не входящих в число партнеров по договору. В том, что касается **личной неограниченной ответственности участника общества по обязательствам общества**, это применимо также и к аффилированным компаниям, к обществам, связанным согласно критериям корпоративного права.

В конечном итоге в российской судебной практике **отсутствует** четкое указание на то, что при определенных предпосылках допускается привлекать к арбитражному разбирательству аффилированные компании. Тем не менее можно ожидать развития судебной практики в соответствии с международными стандартами, аналогичного германскому.

Вывод

Германская правоприменительная практика позволяет вычленить более четкие критерии возможного привлечения аффилированных компаний в арбитражное разбирательство. В сфере российского права можно исходить из аналогичных тенденций, хотя пока в практической сфере недостаточно надежных источников.

Прочие аспекты

Арбитражная оговорка должна соответствовать строгим формальным критериям. На основе судебной практики в обеих правовых системах можно сделать вывод о том, что прежде всего в вышеописанных случаях при составлении договоров стороны сознательно отказались от соблюдения формальных требований.

сс. Вывод

Действие арбитражной оговорки как таковое распространяется только на партнеров по договору. В исключительных случаях при наличии определенных предпосылок к арбитражному процессу могут быть привлечены также законные представители партнеров по договору, а также аффилированные компании. При

этом **германская судебная практика в данной области более обширна** и располагает многочисленными судебными решениями, на которые можно ссылаться. **В российской правоприменительной практике ситуация является менее определенной.** В конечном итоге в каждом случае требуется проверка конкретных обстоятельств дела, на основании которой принимается соответствующее решение. Чем шире формулировка арбитражной оговорки и чем больше третьи лица вовлечены в обстоятельства дела, тем убедительнее будут аргументы за вовлечение третьих лиц в арбитражное разбирательство, к которому они формально непричастны.

5. Применимое право

Если весь договор и арбитражная оговорка в частности регулируются одним и тем же правом, в силу прямо выраженного положения или посредством согласования соответствующего арбитражного суда в соответствии с правом главного договора, вопрос применимого права не представляет сложности.

Однако что происходит в случае, если договор регулируется материальным правом одной страны, при этом в качестве места рассмотрения споров избирается арбитражный суд другой страны? Какое право следует применять при **определении действительности и в ходе толкования арбитражной оговорки (Wirksamkeit und Auslegung der Schiedsklausel)?**

Ответ на этот вопрос потребовал бы от автора написания отдельной статьи. Важную роль при этом играют нормы коллизионного права, а также общие правила толкования для подразумеваемого соглашения о выборе права и конкретные обстоятельства дела. Ведь в этом случае весь комплекс договорной документации требует оценки в связи с арбитражной оговоркой. Результат этой оценки в конечном итоге основывается на **экспертном анализе конкретной ситуации.** В любом случае, применимое право не обязательно является правом, действующим в месте нахождения арбитражного суда.

Единственный вывод, который можно из этого сделать, – в комплексе договорной документации и самой арбитражной оговорке следует недвусмысленно урегулировать применимое право, в противном случае возможно появление неясностей и трудностей в сфере аргументации.

6. Заключение и практические соображения

Данная статья продемонстрировала, что арбитражная оговорка может распространяться не только на партнеров по договору, но и на третьих лиц. Помимо этого, как правило, арбитражная оговорка применима также и к внедоговорным претензиям. Однако сделать какие-либо обобщающие выводы не представляется возможным: все зависит от **оценки конкретного случая**.

Для юристов будут интересны следующие соображения.

Любой практикующий юрист отдает себе отчет в том, с какими сложностями могут быть связаны переговоры о заключении договора. Их результатом зачастую является масштабный комплекс договорной документации, в который постоянно вносятся изменения. В этих условиях легко упустить из виду другие, не менее важные аспекты. В том числе это касается арбитражной оговорки, которая зачастую формулируется необдуманно и не удовлетворяет индивидуальным требованиям вследствие сложности договорных отношений.

В международной практике нередки случаи, когда партнерами по договору становятся дочерние компании, занимающиеся оперативной деятельностью и не располагающие сильным капиталом. При заключении подобных договоров уже на стадии их подготовки следует прояснить, кто может нести ответственность в случае невыполнения договорных обязательств. Следует своевременно обозначить решение этого вопроса, чтобы в случае необходимости иметь возможность привлечь к ответственности третьих лиц. Это возможно, если формулировать арбитражную оговорку достаточно широко и включить соответствующих третьих лиц непосредственно в договор или хотя бы четко задокументировать участие третьих лиц в процессе поиска решения по договору,

в соответствующих переговорах, в исполнении договора и т.д., чтобы в случае возникновения судебного спора располагать необходимыми доказательствами.

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 референдариаата успешно прошёл стажировку в таких городах, как Франкфурт-на-Одере и Санкт-Петербург. Профессиональная деятельность привела его сначала в Москву, где он возглавил юридический отдел швейцарской фирмы, оказывающей консультационную помощь предприятиям, затем в Гамбург, а потом уже и в Берлин, где в 2004 году он стал партнёром целой группы адвокатских бюро, имеющих офисы не только в Германии, но и в России, а также Франции и Швейцарии, которым является и по сей день.

Франк Шмидер оказывает юридическую помощь русскоговорящим клиентам преимущественно в областях немецкого имущественного и корпоративного права, а также в вопросах, связанных с получением разрешения на жительство в целях т. н. бизнес-иммиграции. Благодаря наличию хороших отношений с другими партнёрскими адвокатскими бюро, он также имеет возможность обрабатывать поступающие к нему запросы, выходящие уже на международный

уровень. В течение многих лет Франк Шмидер консультирует немецкие предприятия среднего бизнеса по вопросам комплайэнса (Compliance) в русскоговорящем регионе и является омбудсменом предприятий с мировым именем во всех русскоговорящих странах.

Frank Schmieder wurde 1970 in Radebeul geboren. Seit frühester Kindheit lebte er sowohl in der damaligen DDR als auch in der ehemaligen Sowjetunion.

Er studierte Rechtswissenschaften in Potsdam und absolvierte sein Referendariat in Frankfurt/Oder und in St. Petersburg. Seine beruflichen Stationen führten ihn in anwaltlicher Tätigkeit nach Moskau, wo er die Rechtsabteilung einer Schweizer Unternehmensberatungsfirma leitete, über Hamburg nach Berlin, wo er seit 2004 Partner einer mittelständigen Kanzleigruppe mit Büros in Russland, Deutschland, der Schweiz und Frankreich ist.

Frank Schmieder berät russischsprachige Mandanten vornehmlich auf dem Gebiet des deutschen Immobilien- und Gesellschaftsrechts sowie in Fragen des Aufenthaltsrechts im Sinne einer sog. Business-Immigration. Wegen der Verbindung zu den Partnerbüros werden zudem länderübergreifende Sachverhalte bearbeitet. Seit mehreren Jahren berät Frank Schmieder mittelständige, deutsche Unternehmen in Compliance-Fragen im russischsprachigen Raum und ist Ombudsmann eines weltweit agierenden Unternehmens für sämtliche russischsprachigen Länder.

Новый Регламент Коммерческого Арбитража 2018 Немецкого Арбитражного Института (ДИС)

Neue Schiedsgerichtsordnung 2018 der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit

Д-р Александр Щавелев

(Dr. Alexander Shchavelov, LL.M.)

Der nachfolgende Beitrag gibt einen Überblick über die wesentlichen Regelungen der am 1. März 2018 in Kraft getretenen neuen Schiedsgerichtsordnung der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS) und soll insbesondere russischen Unternehmensjuristen und Rechtsanwälten einen ersten praktischen Einblick ermöglichen. Die Darstellung folgt dem typischen Ablauf eines Schiedsverfahrens: von der Einreichung der Schiedsklage, über die Konstituierung des Schiedsgerichts und das Erkenntnisverfahren, bis zum Erlass des Schiedsspruchs und den Kosten des Schiedsverfahrens.

Введение

Коммерческий арбитраж играет важную роль для разрешения споров, возникающих в связи с предпринимательской деятельности между Россией и Германией. Одной из главных причин является то, что решения государственных судов общей юрисдикции обеих стран пока взаимно не признаются и не исполняются.¹ Таким образом, если стороны хотят получить решение, которое они в случае необходимости смогут принудительно исполнить в обеих странах, у них практически нет адекватной альтернативы коммерческому арбитражу. Помимо этого, только коммерческий арбитраж даёт сторонам возможность выбора судей той квалификации, которая нужна для решения конкретного спора, и разрешает вести разбирательство в

¹ Вопрос признания и принудительного исполнения решений российских судов в Германии в настоящий момент находится на рассмотрении в Федеральном верховном суде Германии. Высший земельный суд Гамбурга в 2016 году отклонил заявление о признании и исполнении решения арбитражного суда города Москвы.

«наднациональном пространстве» независимо от границ, языковых барьеров и так далее.

Однако, арбитражное разбирательство хорошо лишь настолько, насколько хороши его процессуальные рамки. В этом смысле Германия предоставляет почти идеальную площадку с опробованными годами либеральным арбитражным правом и максимальным невмешательством государственных судов. Важным элементом этой инфраструктуры является ведущая постоянно действующая арбитражная организация страны: Немецкий Арбитражный Институт (*Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e. V.* или коротко *DIS*).² В 2018 году она существенно реформировала свой регламент коммерческого арбитража, сделав его ещё более привлекательными для международного бизнеса.

I. Коммерческий Арбитраж в Германии

Арбитражное право Германии урегулировано в десятой книге Гражданского Процессуального Уложения (*Zivilprozessordnung (ZPO)*, далее ГПУ), чьи положения основаны на типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже (без поправок 2006 года).³ Детальный обзор арбитражного права Германии представлен в статье «Германия как место третейского разбирательства» Д-ра Рихарда Ханна и Анны Башковой в первом выпуске настоящего сборника.⁴

Как площадка для коммерческого арбитража в российско-германских отношениях, Германия привлекательна ещё и тем, что здесь имеется довольно широкий круг юристов, специализирующихся на ведении дел в арбитражных

² <http://www.disarb.org/>. До недавнего времени, в русском переводе она именовалась как Немецкая инстиутция по арбитражному делу.

³ В настоящий момент министерство юстиции Германии утвердило рабочую группу для оценки немецкого арбитражного права на предмет надобности его реформирования.

⁴ Рихард Ханн и Анна Башкова, «Германия как место третейского разбирательства», Сборник статей о праве Германии на русском языке, выпуск № 1, август 2015 г. (<http://www.drjv.org/index.php/literatur.html>).

(третейских)⁵ судах и обладающих не только высокой профессиональной квалификацией, но и языковыми навыками и пониманием особенностей предпринимательской деятельности между Россией и Германией. Этот набор качеств обеспечивает как урегулирование споров, так и быстрое рассмотрение дел.

Несмотря на то, что ведение арбитражных разбирательств *ad hoc* по-прежнему пользуется популярностью в Германии, всё чаще и чаще стороны передают разрешение своих споров под администрирование постоянно действующим арбитражным организациям. К плюсам ведения арбитражного разбирательства под эгидой одной из этих организаций относятся: предсказуемость применяемых правил, оказание помощи при формировании арбитражного суда и при разрешении нештатных ситуаций и сбор и администрирование депозитов для покрытия гонораров и расходов арбитров. Таким образом, арбитражные организации осуществляют фактический «контроль качества» арбитражного процесса и вынесенного арбитражного решения.

В Германии существует целый ряд различных признанных арбитражных организаций. Помимо лидера рынка – Немецкий Арбитражный Институт (далее ДИС) – это, в первую очередь, арбитражные суды при региональных торгово-промышленных палатах⁶ и специализированные арбитражные суды, такие как Немецкая морская арбитражная ассоциация (*German Maritime Arbitration Association*) и арбитражные суды для споров, касающихся особых групп товаров.

Для передачи спора в один из постоянно действующих арбитражных институтов достаточно сделать в арбитражном соглашении короткую ссылку на регламент одной из этих организаций. Во избежание неприятных сюрпризов

⁵ В данной статье вместо более распространённого в русской юридической терминологии определения «третейский суд» используется термин «арбитражный суд», который используется в документах ЮНСИТРАЛ и в разрабатываемом в настоящий момент русском переводе Регламента ДИС 2018.

⁶ Наиболее известны Франкфуртский международный арбитражный центр (*FIAC – Frankfurt International Arbitration Center*) при Франкфуртской торгово-промышленной палате и Арбитражный Суд при Торговой Палате Гамбурга.

целесообразно использовать типовые арбитражные оговорки, предложенные различными организациями для их арбитражных регламентов, которые можно без труда найти на их сайтах. ДИС предлагает следующий текст:⁷

«(1) Все споры, возникающие из или в связи с настоящим договором, или в связи с его действительностью, подлежат окончательному разрешению в соответствии с Арбитражным регламентом Немецкого Арбитражного Института (ДИС), с исключением подсудности общим судам.

(2) Арбитражный суд состоит из [заполнить на выбор «единоличного арбитра» или «трёх⁸ арбитров»].

(3) Местом арбитража является [заполнить город и страну].

(4) Язык арбитражного разбирательства: [заполнить выбранный язык].

(5) Применимое материальное право: [заполнить выбранное право].»⁹

II. Немецкий Арбитражный Институт

Немецкий Арбитражный Институт является ведущей, постоянно действующей, универсальной арбитражной организацией Германии. Он был создан в 1992 году путем слияния двух организаций – Немецкого комитета по арбитражу и Немецкого института арбитража. Со слиянием этих двух организаций был устранен дуализм немецкой системы коммерческого

⁷ В переводе немецкого текста автором. Поскольку официальный русский перевод Регламента ДИС 2018 ещё не был готов к моменту написания данной статьи, термины, использованные здесь и в официальном русском переводе, могут несколько отличаться.

⁸ Число арбитров Регламентом ДИС 2018 не ограничено, но должно быть нечётным.

⁹ При выборе применимого материального права важно обратить внимание на то, что основной договор и арбитражное соглашение являются самостоятельными соглашениями. Таким образом (в теории) они могут подлежать разному материальному праву и материальное право, выбранное для основного договора, не применяется автоматически и к арбитражному соглашению. В типовой арбитражной оговорке ДИС под «применимым материальным правом» имеется в виду право, применимое к основному договору.

арбитража, который с трудом воспринимался в других странах. Немецкий Арбитражный Институт перенял полномочия и функции обеих организаций и поддерживает тесный контакт с многочисленными региональными торгово-промышленными палатами Германии.¹⁰ Основной офис ДИС находится в Кёльне и дополняется двумя отделениями, в Берлине и Мюнхене.

ДИС администрирует довольно большое число арбитражных разбирательств с участием иностранных сторон. Популярность ДИС в этой области неуклонно растёт, что в немалой степени связано с предоставляемой ДИС возможностью администрирования и ведения арбитражного разбирательства на многих языках, включая русский. По сравнению с 2016 годом доля арбитражных разбирательств с международной составляющей существенно выросла и составила в 2017 году 44 процента от всех дел, зарегистрированных в ДИС. Из них, в среднем, в 10 - 15 делах в год участниками являются стороны из стран СНГ.

Хотя ДИС в первую очередь является арбитражной организацией, её деятельность этим не ограничивается. Помимо представленного здесь регламента для коммерческого арбитража и специального арбитражного регламента для споров в области спорта, ДИС также предлагает администрирование и регламенты для других процедур разрешения споров во внесудебном порядке. К ним в первую очередь относятся правила медиации, положение об экспертном решении и регламент для комиссий по своевременному урегулированию споров, возникающих во время реализации долгосрочных проектов (*Dispute Adjudication Boards*). Стороны могут комбинировать эти положения и, например, предусмотреть поэтапный процесс, состоящий из медиации и арбитража. Новый Арбитражный Регламент также предусматривает возможность приостановления арбитражного разбирательства по согласию сторон и перехода на медиацию или другую процедуру альтернативного разрешения спора, результат которой может затем быть зафиксирован в арбитражном решении на согласованных условиях.

¹⁰ Некоторые из них используют в арбитражном разбирательстве арбитражный регламент ДИС, другие имеют собственные арбитражные регламенты.

III. Реформа Регламента Коммерческого Арбитража ДИС

1 марта 2018 года вступил в силу новый регламент коммерческого арбитража ДИС (далее Регламент ДИС 2018 или Новый Регламент). Предыдущая версия вступила в силу почти 20 лет назад, 1 июля 1998 года (далее Регламент ДИС 1998 или Старый Регламент). Его положения были тесно связаны с положениями вступившего в силу 6 месяцев ранее реформированного арбитражного права Германии в десятой книге ГПУ. Многие, особенно общие положения, дословно повторяют статьи закона или перефразируют их.

В середине 2016 года ДИС запустила процесс по реформированию своего арбитражного регламента. В состав комиссии по реформе входили более 300 человек, разделённых на три рабочие группы: экспертный комитет (широкий круг заинтересованных лиц, делавший предложения для поправок), комитет по консолидации (связующее звено между экспертным комитетом и конкретной работой над написанием регламента) и редакционный комитет, состоявший из признанных экспертов арбитражного права и генерального секретаря ДИС и занимавшийся непосредственно редакцией Регламента ДИС 2018.

1. Мотивы и Цели Реформы

Одной из основных целей реформы являлась «интернационализация» и адаптация арбитражного регламента ДИС к передовой практике (международного) коммерческого арбитража. Главными лейтмотивами являлись повышение прозрачности и эффективности арбитражного разбирательства.

При этом регламент должен был сохранить свои отличительные черты: не бюрократичное администрирование, гибкий и открытый для автономии сторон арбитражный процесс и поощрение мирного урегулирования споров. Поэтому ДИС сознательно отказалась перенимать некоторые тенденции последних лет. Например, в отличие от многих других арбитражных институтов, чьи регламенты были реформированы в последние годы, Новый Регламент не предусматривают процесс так называемого чрезвычайного арбитра (*emergency*

arbitrator) или обязательное применение правил для ускоренного разбирательства, если цена иска не превышает определённой суммы.

Следует подчеркнуть также, что с самого начала ДИС стремилась привлечь к участию в процессе реформ не только специалистов по коммерческому арбитражному праву и учёных, но и представителей бизнеса. В конечном счёте, именно они являются основными пользователями и «платят по счёту». Поэтому Новый Регламент должен был как можно лучше отражать их нужды и ожидания. Одним из наиболее часто названных пожеланий было снижение обременительного воздействия арбитражного разбирательства на повседневную деятельность затронутых компаний.

2. Основные Нововведения

Целый ряд поправок и нововведений направлены на повышение эффективности и ускорение арбитражного процесса. Так, были немного сокращены некоторые процессуальные сроки, в особенности связанные с формированием арбитражного суда, и введены сроки для подачи возражения по иску и встречного иска. После формирования арбитражного суда Новый Регламент предусматривают проведение организационного совещания между арбитрами и сторонами, на котором в обязательном порядке должны быть обсуждены методы эффективного ведения разбирательства и составлен календарь разбирательства.

Эффективное ведение разбирательства теперь является обязанностью не только арбитров, но и сторон (статья 27.1). Несоблюдение этой обязанности может быть принято во внимание в решении арбитражного суда о распределении арбитражных расходов по делу между сторонами (статья 33.3). Если раньше арбитражный суд должен был вести разбирательство без задержек и вынести арбитражное решение в соразмерный срок, то согласно Новому Регламенту окончательный проект решения должен быть передан Секретариату ДИС в течение трёх месяцев после слушания или представления последнего допущенного арбитрами заявления. Необоснованное превышение этого срока

чревато сокращением гонорара арбитров по усмотрению Арбитражного Совета (статья 37).

Из-за минимального участия ДИС в арбитражном разбирательстве после формирования арбитражного суда, некоторые в шутку называли прежние арбитражные разбирательства под эгидой ДИС «*ad hoc* плюс». Новый Регламент предусматривает намного более глубокую вовлечённость ДИС. Так, например, ответственный кейс-менеджер будет получать копии всех процессуальных решений, чтобы быть в курсе продвижения дела (статья 27.8). При этом ДИС не будет вести так называемое полное теневое досье, как это практикует, например, секретариат арбитражного суда Международной торговой палаты (*ICC Arbitration Court*). Вследствие этого и нововведённая проверка проекта арбитражного решения Секретариатом ДИС будет ограничена контролем соблюдения формальных требований Нового Регламента и производиться в течение двух/трёх дней (статья 39.3). Наконец, ответственность за администрирование депозита для покрытия гонораров и расходов арбитров перешла от арбитражного суда к Секретариату ДИС (статья 35).

В дополнение к уже существующему Комитету по Назначению Арбитров (нем.: *Ernennungsausschuss*; англ.: *Appointing Committee*): ДИС создала новый орган: Арбитражный Совет (нем.: *DIS-Rat für Schiedsgerichtsbarkeit*; англ.: *Arbitration Council*), в чью компетенцию будут входить решения по передаче дела на рассмотрение единоличным арбитром, по отводу и отстранению арбитров, определение гонораров арбитров при досрочном прекращении разбирательства или необоснованной затяжке арбитражного решения и пересмотр решений арбитражного суда по установлению цены иска.

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

урегулирования. Мирное урегулирование спора всегда являлось неотъемлемой частью и арбитражного разбирательства по правилам ДИС. В Новом Регламенте его значение даже возросло. Сразу несколько положений акцентируют важность этого принципа для арбитражного разбирательства по Новому Регламенту ДИС. Так, согласно статье 26, если ни одна сторона не возражает, арбитражный суд обязан способствовать заключению мирового соглашения по спору или отдельным вопросам в любой стадии разбирательства. Обязательным пунктом организационного совещания является обсуждение альтернативных методов разрешения спора, и вопрос, желают ли стороны получить предварительную оценку дела арбитражным судом (статья 27.4). Результат выбранного на этой стадии альтернативного метода разрешения спора (например, медиации) может быть зафиксирован арбитражным судом в арбитражном решении на согласованных условиях (статья 41).

Наконец, в отличие от регламентов многих других арбитражных организаций, арбитражные разбирательства в ДИС по умолчанию конфиденциальны. В этом отношении положения Нового Регламента ещё более строги. Соблюдать полную конфиденциальность обязаны все прямые или косвенные участники разбирательства: стороны, арбитры и ДИС, а также все их сотрудники. Разглашение возможно только, если этого требуют действующее законодательство или другие правовые обязанности, или для проведения процедуры признания и приведения в исполнение или отмены арбитражного решения (статья 44).

IV. Арбитражное Разбирательство по Новому Регламенту ДИС

Характерной чертой арбитражного регламента ДИС (как и немецкого арбитражного права в принципе) является обилие положений, допускающих автономию воли сторон. В особенности это касается определения конкретных правил процедуры арбитража (статьи 21.2 и 21.3). Лишь некоторые основополагающие положения, такие, как равное отношение к сторонам и предоставление возможности для защиты своих интересов на основе

состязательности (статья 21.1), или беспристрастность и независимость арбитров (статья 9.1), являются обязательными.

Так же, как и немецкое арбитражное право, арбитражный регламент ДИС является универсальным и не делает различия между внутренним (между резидентами Германии) и международным арбитражным процессом. Для его применения достаточно включить в арбитражное соглашение вышеназванную арбитражную оговорку с ссылкой на арбитражный регламент ДИС (статья 1.1). В этом случае арбитражный регламент ДИС будут применяться в той редакции, которая будет действительна на момент начала арбитражного разбирательства в независимости от того, когда была заключена арбитражная оговорка (статья 1.2).

Со вступлением в силу Нового Регламента некоторые дополнительные положения потеряли силу самостоятельных правил и стали неотъемлемой частью регламента коммерческого арбитража (статья 1.3). В первую очередь это положение о внутренней организации ДИС (Приложение 1), правила ускоренного разбирательства (Приложение 4) и дополнительные правила для корпоративных споров (Приложение 5). При этом два последних приложения не применяются автоматически, а только, если их применение предусмотрено сторонами (статья 1.4).

1. Начало Арбитражного Разбирательства

Согласно статье 5.1 арбитражное разбирательство начинается подачей искового заявления в один из офисов ДИС. Дата начала арбитражного разбирательства важна, в частности, для приостановления срока давности или других сроков, прописанных в договоре, являющимся предметом разбирательства. Для формального начала арбитражного разбирательства исковое заявление должно содержать как минимум наименования и контактные данные сторон, конкретное требование истца, факты и обстоятельства, на которых истец основывает свои требования, и указание арбитражного соглашения, на которое опирается истец (статья 6.1). Если раньше исковое заявление обязательно должно было подаваться письменно, теперь достаточно

подачи в электронном виде и даже без приложений. Также, в отличие от многих других арбитражных институтов, в ДИС нет регистрационного сбора, который должен быть внесён одновременно с подачей иска. В тех случаях, когда исковое заявление не соответствует этим требованиям, и истец не устраняет недостатки по требованию Секретариата ДИС в установленный срок, дело может быть закрыто по усмотрению ДИС, не затрагивая права истца на повторное предъявление своего иска (статья 6.2). В этом случае разбирательство не считается начатым.

В идеале исковое заявление содержит не только вышеназванные пункты, но и наименование и контактные данные процессуального представителя истца, взыскиваемую сумму или примерную цену иска в случае неденежных требований, имя и контактные данные номинируемого арбитра¹¹ и сведения или предложения относительно места арбитража, языка разбирательства и норм, применимых к существу спора (статья 5.2). Согласно статье 4.2 иск подается в письменном (по одному экземпляру с приложениями для каждого ответчика и один экземпляр без приложения для ДИС¹²) и электронном виде (по одному экземпляру с приложениями для каждого ответчика и ДИС¹³). Доставка искового заявления ответчикам не требуется, она осуществляется ДИС.

В течение нескольких дней после получения искового заявления Секретариат ДИС проверяет его соответствие требованиям регламента и предоставляет истцу возможность исправить недостатки, если такие имеются. После этого Секретариат ДИС определяет срок для оплаты административного сбора ДИС, сумма которого рассчитывается исходя из цены иска в соответствии

¹¹ Если арбитражный суд состоит из трёх арбитров, сторона номинирует «своего» арбитра, а в случае единоличного арбитра, предлагает кандидата для совместной номинации, предусмотренной статьёй 11.

¹² Подача в письменном виде может осуществляться под подписку о вручении, заказным письмом, курьерской службой, по телефаксу или другим образом, обеспечивающим подтверждение доставки этих документов (статья 4.6).

¹³ Подача в электронном виде может осуществляться пересылкой по электронной почте, на портативном носителе (например USB флэшка, CD, DVD или карта памяти) или любым другим способом, предлагаемым ДИС (в будущем, например, прямая загрузка через сайт ДИС) (статья 4.1).

с положением о расходах (Приложение 2), и пересылает истцу соответствующий счёт. На сайте ДИС представлен калькулятор (нем.: *Gebührenrechner*; англ. *cost calculator*), с помощью которого можно рассчитать примерную сумму арбитражных расходов. Со вступлением в силу Нового Регламента сумма, которая должна быть внесена истцом в самом начале разбирательства, существенно уменьшилась: раньше истец должен был внести еще и депозит, соответствующий гонорару одного арбитра.

После оплаты Секретариат пересылает исковое заявление ответчику (статья 5.5). В течение 21 дня после получения искового заявления ответчик обязан номинировать арбитра и предоставить сведения или предложения относительно места арбитража, языка разбирательства и норм, применимых к существу спора (статья 7.1). Также ответчик может подать прошение о продлении срока для подачи возражения по иску на дополнительные 30 дней, которое, как правило, должно быть представлено в течение 45 дней после получения искового заявления (статья 7.2). В качестве исключения, продление возможно и на период свыше 75 дней (статья 7.3). Возражение по иску должно указывать наименования и контактные данные сторон и процессуального представителя ответчика, а также содержать факты и обстоятельства, на которых ответчик основывает свои возражения, конкретное требование ответчика и, по его мнению, целесообразные сведения, касающиеся арбитражного соглашения, юрисдикции арбитражного суда и цены иска (статья 7.4). В случае неучастия ответчика, арбитражное разбирательство проходит без него. При этом предоставленные истцом факты и заявления не считаются признанными ответчиком (статья 30).

Если ответчик хочет подать встречный иск, по возможности, он должен сделать это вместе с возражением по иску, соблюдая те же формальности, что предписаны для искового заявления. Встречный иск обязательно подаётся в ДИС, даже если арбитражный суд к этому времени уже сформирован (статья 7.5). Он подаётся в письменном (по одному экземпляру с приложениями для каждой стороны) и электронном виде. После оплаты административного сбора

ДИС пересылает встречный иск истцу и арбитражному суду, если это не было сделано ранее ответчиком (статья 7.8).

В тех случаях, когда исковое заявление или встречный иск не соответствует формальным требованиям, или не уплачивается административный сбор ДИС, и эти недостатки не устраняются по требованию Секретариата ДИС в установленный срок, ДИС может частично или полностью прекратить арбитражное разбирательство в соответствии со статьями 42.5 и 42.6, не затрагивая права на повторное предъявление иска (статьи 5.3, 5.4, 7.6 и 7.7).

2. Формирование Арбитражного Суда

Порядок формирования арбитражного суда урегулирован статьями 9 - 16. Число арбитров устанавливается сторонами разбирательства (как правило, в арбитражном соглашении), и должно быть нечётным (статья 10.1). При отсутствии соглашения сторон о количестве арбитров, любая сторона может сделать предложение о назначении единоличного арбитра. Решение о назначении единоличного арбитра принимается Арбитражным Советом на основе всех обстоятельств дела. Если дело не передаётся единоличному арбитру, арбитражный суд состоит из трёх арбитров (статья 10.2).

Если дело ведётся единоличным арбитром, стороны могут совместно номинировать арбитра в течение установленного ДИС срока. В противном случае арбитр назначается Комитетом ДИС по Назначению Арбитров (статья 11). Если арбитражный суд состоит из трёх арбитров, каждая из сторон номинирует одного арбитра, которые совместно номинируют третьего арбитра, исполняющего функции президента (председателя) коллегии. При выборе президента арбитры могут советоваться с номинировавшей их стороной разбирательства (статья 12.2). Если одна из сторон не номинировала арбитра, или арбитры, назначенные сторонами, не пришли к соглашению о выборе президента в течение 21 дня, он назначается Комитетом ДИС по Назначению Арбитров (статья 12).

Каждый номинированный арбитр, принимающий назначение, предоставляет декларацию о своей беспристрастности и независимости, наличии обусловленных сторонами квалификаций (например, определённый профессиональный стаж или знание языка) и уровня занятости. В ней он обязан сообщить о любых обстоятельствах, которые могут вызвать объективно оправданные сомнения сторон в отношении его беспристрастности или независимости. Секретариат ДИС пересылает эти декларации сторонам разбирательства и устанавливает срок (обычно неделя), в течение которого они могут озвучить свои возражения. Если в течение установленного срока возражения не поступили, Генеральный Секретарь ДИС утверждает номинированного арбитра. В противном случае решение об утверждении принимается Комитетом ДИС по Назначению Арбитров (статья 13).

За исключением обязательной беспристрастности и независимости, стороны полностью свободны в выборе арбитров (статья 9.2). ДИС не ведет ни обязательного, ни рекомендательного списка арбитров. Однако ДИС имеет обширную внутреннюю базу данных специалистов с опытом работы во многих сферах права и с различной квалификацией. В неё входят и арбитры из России, и немецкие специалисты со знанием русского языка и/или российской правовой системы. ДИС обращается к ней для предоставления рекомендации подходящего арбитра по просьбе одной из сторон или когда арбитр назначается Комитетом ДИС по Назначению Арбитров.

3. Отвод Арбитров и Ограничение Ответственности

Каждая из сторон вправе подать уведомление об отводе арбитра на основании того, что он не беспристрастен, не независим или не соответствует обусловленным сторонами требованиям. В ходатайстве указываются факты и обстоятельства, на которых оно основывается, и когда они стали известны стороне, требующей отвода. Уведомление должно быть подано не позднее 14 дней после того, как мотивы отвода стали известны заявителю (статьи 15.1 и 15.2).

Процесс отвода координируется Секретариатом ДИС, который пересылает уведомление арбитражному суду и каждой из сторон, и устанавливает срок, в течение которого они могут (но не обязаны) его прокомментировать (статья 15.3). Если арбитр, которому заявлен отвод, не берет самоотвод добровольно, или другая сторона не соглашается с отводом, вопрос об отводе арбитра решается Арбитражным Советом (по Старому Регламенту это решение принимал сам арбитражный суд). Отвод будет успешным, если существуют обстоятельства, объективно вызывающие обоснованные сомнения относительно беспристрастности или независимости арбитра, либо отсутствует необходимая квалификация. Решение Арбитражного Совета не прекращать полномочия арбитра может быть оспорено в компетентном государственном суде.

Новый Регламент также наделил Арбитражный Совет полномочием отстранить от разбирательства арбитра, который не выполняет свои функции должным образом в соответствии с регламентом или не сможет выполнять их в будущем (статья 16.2).

Если полномочия арбитра прекращены по одной из установленных регламентом причин, как правило, происходит замена арбитра, которая осуществляется по той же процедуре, что и первоначальное назначение, или, в качестве исключения, в соответствии с процедурой, установленной Арбитражным Советом. При согласии сторон и оставшихся арбитров по решению Арбитражного Совета разбирательство также может продолжиться с арбитражным судом в неполном составе (статьи 16.3 – 16.5).

Ответственность арбитров за действия или упущения, связанные с принятием решений в течение арбитражного разбирательства, исключена, если только они не нарушают своих обязанностей умышленно. Ответственность за любое другое действие или упущение в связи с арбитражным разбирательством исключена, если только они не нарушают своих обязанностей умышленно или по грубой неосторожности (статья 45).

4. Множественность Требований и/или Участников

По сравнению с предыдущей версией, Регламент ДИС 2018 содержит довольно детальные положения, регулирующие множественность требований и участников арбитражного разбирательства и участия дополнительных сторон.

Во-первых, по заявлению одной из сторон и при наличии согласия всех сторон ДИС может консолидировать арбитражные разбирательства по нескольким делам. В отсутствие другой договорённости сторон объединение производится в то арбитражное разбирательство, которое было начато первым (статья 8).

При согласии всех сторон требования из или в связи с несколькими соглашениями могут быть рассмотрены в рамках единого арбитражного разбирательства. Наличие согласия определяется арбитражным судом, в особенности в отсутствии ясно выраженной письменной договорённости (статья 17.1). Если требования охватываются несколькими арбитражными соглашениями, в дополнение к согласию сторон, эти соглашения должны быть совместимы. Совместимость определяется арбитражным судом, и отсутствует, например, при разном числе арбитров, разном языке или разном месте арбитража (статья 17.2). Требования между несколькими сторонами также могут быть рассмотрены в рамках единого арбитражного разбирательства, если они связаны одним арбитражным соглашением, позволяющим совместное рассмотрение всех требований, или, если все стороны договорились об этом иным способом. Возможность проведения единого арбитражного разбирательства определяется арбитражным судом (статья 18.1).

Наконец, Новый Регламент предусматривает право любой стороны арбитражного разбирательства предъявить иск против дополнительной стороны. Правда, эта возможность довольно сильно ограничена по времени: иск должен быть подан до утверждения первого арбитра (статья 19.1).¹⁴ Иск против

¹⁴ В настоящее время ДИС утверждает арбитров, номинированных истцом и ответчиком, в течение одной/двух недель после номинации последнего и, таким образом, во многих случаях до представления возражения по иску. Возможно, в будущем ДИС поменяет свою практику и

дополнительной стороны и её возражение по иску должны соответствовать примерно тем же (формальным) требованиям, что и исковое заявление и возражение по нему (статьи 19.2 и 19.3). Дополнительная сторона имеет право, в свою очередь, подать иск против любой стороны арбитражного разбирательства (статья 19.4). Решение о принятии к рассмотрению исков с участием дополнительной стороны принимается арбитражным судом с учётом вышеназванных положений о множественности требований и участников (статья 19.5).

Формирование арбитражного суда в случае множественности участников определено статьёй 20. В этом случае Новый Регламент предусматривают совместную номинацию арбитра стороной разбирательства с несколькими участниками. В случае невозможности номинировать совместного кандидата, назначение производится Комитетом ДИС по Назначению Арбитров. По своему усмотрению комитет может также назначить арбитра обеих сторон. В случае участия дополнительной стороны, комитет может назначить и весь состав арбитражного суда.

5. Организационное Совещание

Как только арбитражный суд сформирован, ДИС передаёт ему дело, и ответственность за ведение арбитражного разбирательства переходит к арбитражному суду (статья 14.1). В кратчайшие сроки (как правило, не позднее 21 дня) после своего формирования арбитражный суд должен провести организационное совещание (нем.: *Verfahrenskonferenz*, англ.: *case management conference*). Такое совещание в самом начале арбитражного разбирательства очень полезно, и опытные арбитры проводили их и раньше, поэтому Новый Регламент и сделал его обязательным для всех разбирательств.

Как правило, если стороны представлены адвокатами, они сами (а точнее, представители менеджмента или сотрудники юридического отдела) редко

официальное утверждение арбитров будет осуществляться позже, например, после выбора президента.

участвуют в организационном совещании. Исходя из убеждения, что участие непосредственных представителей сторон может позитивно сказаться на разрешении того или иного вопроса, которые обсуждаются на организационном совещании, статья 27.3 открыто призывает стороны к участию. В зависимости от конкретных обстоятельств, совещание может проходить в личном присутствии, по телефону или с использованием систем видео-конференц-связи.

Основной целью совещания является обсуждение конкретной процедуры арбитражного разбирательства, установление соответствующих правил и согласование графика разбирательства. В интересах повышения эффективности Новый Регламент предусматривает несколько обязательных для обсуждения пунктов (статья 27.4): (1) целесообразность применения одной или нескольких мер для повышения эффективности разбирательства, указанных в Приложении 3;¹⁵ (2) целесообразность применения правил ускоренного разбирательства (Приложение 4); (3) возможность использовать медиацию или другие методы мирового разрешения спора. Если стороны не достигли соглашения по одной из мер, указанных в Приложении 3, арбитражный суд может принять решение о применении такой меры на своё усмотрение. Также арбитражный суд призван как можно раньше обсудить со сторонами целесообразность и процедуру использования экспертов (статья 27.7).

Результаты организационного совещания и процедурные решения арбитражного суда (если таковые потребовались) ложатся в основу, так называемого, процедурного распоряжения № 1, которое содержит основные правила процедуры арбитражного разбирательства (статья 27.5). Помимо вышеназванных тем, в нём также устанавливаются: метод связи между арбитражным судом и сторонами разбирательства и форма подачи заявлений

¹⁵ К ним относятся, например, ограничение объёма подаваемых заявлений или заключений экспертов, проведение только одного устного слушания, разделение разбирательства на несколько фаз, целесообразность проведения и объём процедуры предоставления документов (*document disclosure*) или исследования доказательств (*discovery*) или использование информационных технологий.

сторон (статья 4.4),¹⁶ общие правила, касающиеся предоставления и получения доказательств, организационные вопросы устного слушания и так далее. Правила процедуры арбитражного разбирательства, не урегулированные ни обязательными нормами применимого арбитражного законодательства,¹⁷ ни арбитражным регламентом ДИС, ни соглашением сторон, определяются и устанавливаются арбитражным судом на его усмотрение после консультации сторон (статьи 21.3 и 21.4). Календарь арбитражного разбирательства, который согласно статье 27.5 также должен быть составлен сразу после проведения организационного совещания, содержит сроки представления сторонами дополнительных письменных заявлений, доказательств и иных документов, процедуры предоставления документов (если она предусмотрена), дату и время устного слушания, а также даты и сроки других процедурных шагов.

В дальнейшем течении разбирательства арбитражный суд может проводить дополнительные организационные совещания, давать сторонам дальнейшие процедурные распоряжения и корректировать график разбирательства, если это необходимо с его точки зрения. Конкретный подход отличается от задействованных арбитров (в особенности президента), но, как правило, минимум одно организационное совещание проводится перед устным слушанием.

6. Разбирательство Дела

Все шаги, предусмотренные календарём разбирательства, направлены на установление фактов и обстоятельств дела и подготовку устного слушания. Основная работа в этой стадии арбитражного процесса ложится на плечи сторон и их адвокатов. Если не происходит ничего экстраординарного и требующего решения арбитражного суда, его реакция часто ограничивается подтверждением получения заявлений сторон и предусмотренными календарём решениями

¹⁶ В отсутствие соответствующего постановления все сообщения, уведомления и заявления пересылаются в электронном виде (статья 4.1).

¹⁷ Применимое арбитражное право, как правило, предопределяется выбранным местом арбитража (так называемый принцип территориальности).

(например, по ходатайствам сторон о предоставлении документов). Насколько «тихо» проходит этот период, зависит в первую очередь от самих сторон разбирательства. Все решения арбитражного суда принимаются большинством голосов, а в случае равенства голосов президентом арбитражного суда (статья 14.2). В исключительных случаях он также может единолично выносить решения по процедурным вопросам, если он был уполномочен на это остальными арбитрами (статья 14.3)¹⁸.

В зависимости от объёма и детальности искового заявления и возражения по иску, каждой стороне предоставляется возможность подать одно или два дополнительных заявления. Большое количество заявлений может понадобиться в случае разделения разбирательства на несколько стадий, или при множественности сторон, или подаче встречных исков. Если исковое заявление и ответ на него содержали лишь краткое и общее изложение спора без подробных доводов и представления доказательств, то, как правило, истец первым подаёт обоснование иска (нем.: *Klagebegründung*; англ.: *statement of claim*), а затем ответчик своё обоснование возражения по иску (нем.: *Klageerwiderung*;¹⁹ англ.: *statement of defense*). За ним следуют ответ истца (нем.: *Replik*; англ.: *reply*) и реплика на ответ (нем.: *Duplik*; англ.: *rejoinder*). Между этими двумя этапами может быть проведена процедура предоставления документов, если это предусмотрено сторонами, или определено арбитражным судом. В любом случае, такая процедура далека от требующих больших временных затрат и дорогостоящих процедур исследования доказательств, предусмотренных, в особенности, в судебном процессе США, и иногда встречающихся в арбитражных разбирательствах с участием американских сторон.

¹⁸ Обычно такое уполномочивание включается в процедурное распоряжение № 1 и президент пользуется этим правом только в неотложных случаях, когда нет времени на консультацию с остальными арбитрами, так как, например, в случае прошения о продлении срока подачи того или иного заявления непосредственно перед истечением этого срока.

¹⁹ В немецкой версии Нового Регламента возражение по иску также называется *Klageerwiderung*, тогда как в английской версии используется термин *Answer to the Request*. Терминология, которая будет использоваться в русском переводе, на момент публикации данной статьи не была окончательно определена.

Вместе с заявлениями стороны предоставляют имеющиеся у них доказательства. В первую очередь это документы, свидетели и заключения экспертов. Письменные и/или электронные документы прилагаются к заявлениям в виде простых копий или распечаток, и только по требованию арбитражного суда в оригинале. Необходимость перевода документов зависит от соглашения сторон относительно языка арбитражного разбирательства. При участии сторон из разных стран арбитражное соглашение часто разрешает подавать документы на родном языке каждой стороны без перевода.²⁰ Стороны обязаны пересылать все сообщения, уведомления и заявления, адресованные арбитражному суду или ДИС, одновременно и всем остальным сторонам (статья 4.5).

Арбитражный регламент ДИС не ограничивает круг лиц, которые могут быть свидетелями. Давать показания могут и сами стороны спора, их представители и сотрудники. В зависимости от предпочтений конкретных арбитров стороны могут быть обязаны не только идентифицировать свидетелей и предмет их показаний в своих заявлениях, но и предоставить письменные свидетельские показания. Чем интернациональнее состав арбитражного суда, тем выше вероятность такого требования. В отличие от англо-американского подхода, в арбитражном разбирательстве ДИС письменные свидетельские показания в первую очередь служат облегчению подготовки арбитражного суда к устному слушанию, и не заменяют дачу показаний этим свидетелем перед арбитражным судом, и не ограничивают его свидетельства содержанием письменного показания.

Арбитражный регламент ДИС не содержит подробных положений о процедуре предоставления, получения и оценки доказательств. Согласно статье 28.1 арбитражный суд устанавливает факты и обстоятельства, которые существенны для вынесения решения по спору. Стороны могут заранее предусмотреть определённую процедуру предоставления и получения

²⁰ В этом случае важным критерием при выборе арбитров является их достаточное знание этих языков.

доказательств и договориться, например, о применении правил Международной Ассоциации Юристов по получению доказательств в международном арбитраже (*IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*).²¹ Во внутригерманских арбитражных разбирательствах стороны иногда предусматривают применение правил, действующих в государственных судах Германии. В отсутствие договорённости сторон процедура предоставления и получения доказательств определяется арбитражным судом. В этом контексте стоит заметить, что согласно статье 28.2 арбитражный суд не ограничен предоставленными сторонами доказательствами и вправе по своей инициативе и своему усмотрению назначить проведение экспертизы, заслушивать не заявленных сторонами свидетелей и потребовать предоставления сторонами любых документов и электронных файлов.

Если стороны не договорились об ином, по заявлению любой стороны арбитражный суд может распорядиться о принятии временных решений или обеспечительных мер, и установить условия их исполнения, например, предоставление обеспечения (статья 25.1). В исключительных случаях такие меры могут быть приняты без заслушивания другой стороны (статья 25.2). Возможность подать заявление в арбитражный суд не ограничивает право сторон подать ходатайство о принятии временных решений или обеспечительных мер в компетентные государственные суды (статья 25.3). Решения по таким заявлениям принимаются государственными судами Германии в кратчайшие сроки. Поэтому, и поскольку соответствующие распоряжения арбитражного суда требуют исполнения через государственные суды, стороны довольно редко обращаются в арбитражный суд с этими ходатайствами.

²¹ Текст правил Международной Ассоциации Юристов по получению доказательств в международном арбитраже на английском, русском и немецком языках доступны на сайте этой организации по адресу www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#Practice%20Rules%20and%20Guidelines

7. Устное Слушание

За редким исключением, после обмена письменными обоснованиями требований и возражений сторон арбитражный суд проводит устное слушание, на котором проводятся устные прения и заслушиваются свидетели и эксперты. Согласно Новому Регламенту устное слушание обязательно, если его проведение обусловлено сторонами или по требованию одной из сторон (если только стороны не договорились о проведении арбитражного разбирательства без устного слушания). Во всех остальных случаях проведение устного слушания отдано на усмотрение арбитражного суда (статья 29.1). Устное слушание проводится в закрытом режиме. Допуск лиц, не участвующих в арбитражном разбирательстве, невозможен без согласия сторон. Протяжённость слушания зависит в первую очередь от сложности дела и количества свидетелей и экспертов, и может растянуться от одного дня до нескольких недель.

Если стороны не установили конкретное место, устное слушание может проходить где угодно и не привязано к месту арбитража (статья 22.2). Как правило, слушание проводится на языке арбитражного разбирательства, выбранного сторонами или определённого арбитражным судом (статья 23). Для заслушивания свидетелей, которые не могут свободно изъясняться на этом языке, сторона, заявившая этого свидетеля, обязана предоставить переводчика. При наличии соответствующей договорённости (и соответствующем знании языков арбитрами и представителями сторон) устное слушание и заслушивание свидетелей может проходить на нескольких языках. Статья 29.2 предусматривает ведение протокола каждого устного заседания, оставляя конкретный метод на усмотрение арбитражного суда. Если на устном слушании предусмотрено заслушивание нескольких свидетелей и/или экспертов, распространённой практикой стало привлечение стенографов, а иногда и использование техники, позволяющей создать стенограмму в режиме реального времени.

В начале устного слушания сторонам, как правило, предоставляется возможность краткого изложения своих позиций на основе предоставленных

доказательств. Затем проводится заслушивание заявленных свидетелей и экспертов. Этот процесс, как правило, следует континентальному стилю и ведётся арбитражным судом с предоставлением сторонам права на допрос свидетелей. Агрессивный перекрёстный допрос свидетелей является исключением и проводится только при соответствующей договорённости сторон. После этого часто проходят прения сторон, в течение которых арбитражный суд старается прояснить все, не до конца ясные, аспекты дела и обсудить существенные правовые вопросы. В конце заседания, если ни одна сторона не возражает, арбитражный суд часто делает попытку разрешения спора или его отдельных аспектов мировым путём. Для этого, опять же только с согласия сторон, арбитражный суд может озвучить свою предварительную оценку дела и предложить сторонам возможный вариант урегулирования.

После окончания последнего слушания, либо по представлении последнего заявления после слушания, если они предусмотрены, арбитражный суд объявляет разбирательство по существу закрытым. После закрытия разбирательства дополнительные доказательства или заявления могут быть представлены сторонами только с разрешения арбитражного суда (статья 31).

Незаявление возражения против несоблюдения в ходе арбитражного разбирательства какого-либо положения арбитражного регламента ДИС либо иных применимых к арбитражному разбирательству норм без неоправданной задержки после того, как оно стало известным, считается отказом от своего права на возражение (статья 43).

8. Вынесение Арбитражного Решения

Если стороны не урегулировали свой спор мирным путём, арбитражный суд выносит арбитражное решение (нем.: *Schiedsspruch*; англ.: *arbitral award*). По Старому Регламенту арбитражный суд должен был вынести своё решение в соразмерный срок. Готовое и подписанное арбитрами решение передавалось в Секретариат ДИС, который затем официально доставлял его курьерской службой каждой из сторон. Согласно Новому Регламенту арбитражный суд

сначала представляет Секретариату ДИС на проверку окончательный проект решения. Проверка проекта арбитражного решения Секретариатом ДИС ограничивается контролем соответствия решения формальным требованиям арбитражного регламента ДИС и занимает около двух/трёх дней. Ответственность за решение спора всегда остаётся за арбитражным судом. (статья 39.3). Проект решения должен быть передан Секретариату ДИС в течение трёх месяцев после окончания слушания или представления последнего допущенного арбитрами заявления (статья 37). Этот срок может быть продлён, если этого требует объём дела или сложность представленных решению арбитражного суда правовых вопросов. Только после прохождения этой проверки арбитражное решение подписывается арбитрами и передаётся Секретариату ДИС в количестве одного экземпляра для каждой стороны и для ДИС (статья 39.4 и 39.5).

Решение арбитражного суда является окончательным и обязательным для сторон разбирательства (статья 38). В арбитражном решении арбитражный суд сам решает вопрос о своей компетенции по конкретному спору (принцип *Kompetenz-Kompetenz*) и выносит решение по существу. Спор разрешается в соответствии с правовыми нормами, избранными сторонами в качестве применимых к существу спора. При отсутствии какого-либо выбора сторонами арбитражный суд применяет те правовые нормы, которые считает наиболее подходящими, и выносит своё решение в соответствии с условиями договора и учетом торговых обычаев, применимых к данной сделке (статьи 24.1 - 24.3). Принимать решение *ex aequo et bono* или в качестве «дружеского посредника» арбитражный суд может лишь в том случае, если стороны прямо уполномочили его на это (статья 24.4).

В арбитражном решении арбитражный суд также определяет, в каком размере стороны несут издержки, связанные с арбитражным разбирательством (статьи 39.2 и 33.2). В отличие от предыдущей редакции, Новый Регламент не предусматривает общего правила, что сторона, проигравшая спор, должна нести все издержки, включая издержки победившей стороны. Решение о

распределении издержек принимается арбитражным судом по его усмотрению с учётом всех обстоятельств дела, включая исход спора и то, насколько эффективно стороны вели арбитражное разбирательство (статья 33.3). Издержки, связанные с арбитражным разбирательством, делятся на четыре категории: (1) гонорары и расходы арбитров; (2) гонорары и расходы экспертов, назначенных арбитражным судом; (3) целесообразные расходы сторон, понесённые в связи с арбитражным разбирательством; (4) административный сбор ДИС (статья 32). Решение о целесообразности расходов сторон принимает арбитражный суд. На практике, если стороны заявили примерно одинаковые расходы, арбитражный суд не будет углубляться в их детальное рассмотрение, а признает их целесообразными. Юридические издержки, гонорары нанятых экспертов и расходы свидетелей, как правило, считаются целесообразными.

С формальной точки зрения, арбитражное решение выносится в письменном виде и должно содержать наименования и контактные данные сторон, их процессуальных представителей и арбитров, решение арбитражного суда и его обоснование, а также место арбитража и дату вынесения решения (статья 39.1). Арбитражное решение считается вынесенным в тот день и в том месте, которые указаны в арбитражном решении (статья 39.7). Секретариат ДИС доставляет каждой стороне по одному экземпляру решения. Доставка может быть отложена до полного покрытия всех запрошенных ДИС депозитов и административного сбора (статья 39.6).

Если в ходе арбитражного разбирательства стороны урегулируют спор, по их просьбе арбитражный суд может трансформировать это мировое соглашение в решение на согласованных условиях (нем.: *Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut*, англ.: *award by consent*), которое имеет силу арбитражного решения. Согласно Новому Регламенту, арбитражное решение на согласованных условиях может также содержать результат медиации или другой процедуры альтернативного разрешения спора, на которую стороны перешли после начала разбирательства (статья 41).

По запросу одной из сторон, который должен быть подан не позднее 30 дней после получения решения, арбитражный суд может исправить допущенные в решении ошибки в расчетах, описки или опечатки, либо иные ошибки аналогичного характера, дать толкование арбитражного решения или вынести дополнительное арбитражное решение в отношении требований, которые были предъявлены в ходе арбитражного разбирательства, однако не были отражены в арбитражном решении (статья 40).

9. Прекращение Арбитражного Разбирательства без Вынесения Арбитражного Решения

Помимо вынесения арбитражного решения или мирового соглашения при урегулировании спора, Новый Регламент предусматривает несколько случаев, в которых разбирательство может закончиться досрочно.

Во-первых, арбитражное разбирательство может быть прекращено постановлением арбитражного суда. Такое постановление выносится (1) в случае соответствующего соглашения сторон;²² (2) по запросу одной из сторон, если ни одна из сторон не возражает, или, если возражающая сторона – по убеждению арбитражного суда – не имеет законного интереса в вынесении арбитражного решения; (3) если стороны не продолжают разбирательство; или (4) когда – по убеждению арбитражного суда – арбитражное разбирательство не может быть продолжено по каким-либо другим причинам (статья 42.2).

Во-вторых, арбитражное разбирательство может быть прекращено до окончания формирования арбитражного суда решением Арбитражного Совета (1) в случае соответствующего соглашения сторон; (2) если – по убеждению ДИС – утверждение состава арбитражного суда невозможно; (3) если стороны не продолжают разбирательство; или (4) когда – по убеждению ДИС – арбитражное разбирательство не может быть продолжено по каким-либо другим причинам (статья 42.4).

²² Как правило, такое соглашение является частью мирового урегулирования спора.

Наконец, ДИС может принять решение о полном или частичном прекращении арбитражного разбирательства, если стороны не внесли запрошенные депозиты или административные взносы, или не устранили недостатки своих заявлений по требованию Секретариата ДИС в установленный срок (статьи 42.5 и 42.6).

Хотя все эти решения не препятствуют повторному предъявлению иска, вероятность того, что арбитражный суд и ДИС будут пользоваться этим правом только в экстренных случаях, довольно высока. В любом случае, прежде чем принять решение о прекращении арбитражного разбирательства, и ДИС, и арбитражный суд будут заслушивать стороны и применять менее суровые меры, например, временное приостановление разбирательства.

10. Стоимость Арбитражного Разбирательства

Сумма административного сбора ДИС и гонораров арбитров урегулированы в положении о расходах (Приложение 2) ДИС в редакции, действующей на момент начала разбирательства, и рассчитываются по адвалорной системе, исходя из цены иска. Цена иска определяется арбитражным судом и может быть пересмотрена Арбитражным Советом. Гонорары арбитров и административный сбор ДИС облагаются НДС в размере 19 процентов, если стороны не являются коммерческими предприятиями и нерезидентами Германии. По сравнению с другими арбитражными организациями, эти расходы относительно небольшие, что делает ДИС привлекательной и для споров с незначительными суммами иска.

Как упоминалось выше, административный сбор ДИС оплачивается через несколько дней после подачи искового заявления или встречного иска. Впоследствии, и, как правило, до утверждения состава арбитражного суда, ДИС определяет предварительный депозит на покрытие гонораров и расходов арбитров и запрашивает его взнос на своё усмотрение у обеих или только у одной из сторон (статья 35.2). Полная сумма депозита запрашивается ДИС после передачи дела арбитражному суду и вносится сторонами пополам, с учётом уже

внесённого предварительного депозита (статья 35.3). Если одна из сторон не вносит затребованную часть депозита, она может быть внесена любой другой стороной, без ущерба для конечного решения о распределении расходов между сторонами (статья 35.4). При множественности сторон, Секретариат ДИС может определить сумму депозитов отдельно для каждой стороны (статья 35.7).

Наибольшая часть расходов, связанных с арбитражным разбирательством, выпадает на оплату адвокатов. Минимальные ставки адвокатских гонораров в Германии установлены законом и определяются ценой иска. Услуги специализирующихся на арбитражных разбирательствах адвокатов, как правило, оплачиваются на основе почасовых ставок. При этом стоит заметить, что адвокатские гонорары даже ведущих фирм Германии в среднем существенно ниже, чем, например, в Лондоне или Нью-Йорке.

С учетом всех факторов, можно сказать, что арбитражные разбирательства в Германии в международном сравнении являются, как правило, более экономичными.

V. Заключение

Проведённая реформа арбитражного регламента ДИС – это больше, чем косметический ремонт, и меньше, чем новострой. Регламент ДИС 2018 предоставляет сторонам достаточный и современный арсенал для быстрого, качественного и экономичного арбитражного процесса. Их отличительной чертой являются широкие возможности для мирного разрешения споров на всех этапах разбирательства. Насколько нововведения, призванные увеличить эффективность разрешения споров в целом и процедуры арбитражного разбирательства в частности, дадут желанный эффект, покажет время. Во многом это будет зависеть от самих сторон разбирательства и арбитров. В конечном итоге, быстрое разрешение спора – это экономия средств и внутренних ресурсов компании, которые намного лучше вложить в развитие бизнеса, чем в ведение споров.

Информация об авторе / Über den Autor:



Д-р Александр Щавелев / Dr. Alexander Shchavelev, LL.M.

Адвокат и юрист в юридической компании Pinsent Masons. Практика разрешения споров и ведения судебных и арбитражных разбирательств.

Александр Щавелев закончил юридический факультет университета Фрайбурга. После защиты диссертации и получения степени магистра в университете Нового Южного Уэльса в Сиднее он проходил адвокатскую стажировку в Дюссельдорфе и Канберре. Он работает адвокатом с 2015 года, сначала в американской юридической компании Orrick, Herrington & Sutcliffe в Дюссельдорфе, а с сентября 2018 года в английской юридической компании Pinsent Masons в Мюнхене. Он специализируется на ведении судебных процессов в государственных судах Германии и арбитражных разбирательств. Основными направлениями его деятельности являются разбирательства в строительном и энергетическом секторе, споры в связи со сделками по слиянию и поглощению и консультации по вопросам, связанным с Россией и СНГ. Александр входит в состав комиссии ДИС по созданию официального перевода Арбитражного Регламента ДИС 2018 на русский язык.

Rechtsanwalt und Associate in der Kanzlei Pinsent Masons. Praxisgruppe Dispute Resolution, insbesondere Gerichts- und Schiedsverfahren.

Alexander Shchhavelev studierte Rechtswissenschaften an der Universität Freiburg. Nach Promotion und LL.M.-Studium an der University of New South Wales in Sydney absolvierte er das Referendariat am Oberlandesgericht Düsseldorf. Seit 2015 ist er als Rechtsanwalt tätig, zunächst im Düsseldorfer Büro der Kanzlei Orrick, Herrington & Sutcliffe und seit September 2018 im Münchener Büro der Kanzlei Pinsent Masons. Den Schwerpunkt seiner Tätigkeit bildet das Führen von Verfahren vor deutschen staatlichen Gerichten sowie von nationalen und internationalen Schiedsverfahren, insbesondere in den Bereichen Anlagenbau und Energie, post-M&A Streitigkeiten, sowie die Beratung in Angelegenheiten mit Russlandbezug. Alexander ist Mitglied im Ausschuss der DIS zur Erstellung einer offiziellen russischen Übersetzung der DIS-Schiedsgerichtsordnung 2018.

Контактные данные (с сентября 2018 года) / Kontaktdaten (ab September 2018):

Pinsent Masons Germany LLP

Ottostraße 21

80333 München

alexander.shchhavelev@pinsentmasons.com

Признание и исполнение иностранных арбитражных (третейских) решений в Германии

Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Schiedssprüchen in Deutschland

Дмитрий Маренков

(Dmitry Marenkov)

Die meisten Verträge im Geschäftsverkehr zwischen Deutschland und Russland bzw. GUS-Staaten beinhalten eine Schiedsvereinbarung. Grund dafür ist u.a. die Tatsache, dass nach wie vor keine gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Gerichtsurteilen im Verhältnis zwischen diesen Staaten stattfindet. Demgegenüber stellt das New Yorker Übereinkommen von 1958, das dieses Jahr sein 60-jähriges Jubiläum feiert, ein Instrument für die fast globale Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen in 159 Staaten zur Verfügung. Dieser Artikel beleuchtet einige Aspekte der Vollstreckung von ausländischen Schiedssprüchen in Deutschland. Dabei stehen vor allem die in den GUS-Staaten ergangenen Schiedssprüche im Fokus.

I. Вступление

Германия традиционно является важным торговым партнером для России и стран СНГ. При оформлении договоров с немецкими контрагентами, как правило, заключается арбитражное соглашение.¹ Связано это, в первую очередь, с тем, что судебные решения из России, Украины, Республики Беларусь, Казахстана и других стран постсоветского пространства по-прежнему не признаются и не могут быть исполнены в Германии. Решения немецких судов, в

¹ См. Ф. Шмидер, Арбитражная оговорка в германно-российских правоотношениях: Применимое право, объективная и субъективная области применения, «Сборник статей о праве Германии» выпуск № 3 (2018), с. 238.

свою очередь, не могут быть принудительно исполнены в России и большинстве стран СНГ.

Решения же, которые выносятся в международном коммерческом арбитраже, благодаря Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г.² могут быть исполнены в 159 странах мира.³ Данная статья представит вкратце режим признания иностранных арбитражных (третейских) решений в Германии. При этом особое внимание будет оказано конкретным примерам приведения в исполнение арбитражных (третейских) решений из России и стран СНГ.

II. Тесные экономические связи

Германию и страны СНГ традиционно связывают обширные экономические отношения. Для России Германия является вторым по величине торговым партнером в мире после Китая.⁴ В 2017 г. товарооборот между Германией и Россией составил 57,3 миллиарда евро.⁵ Можно констатировать, что после рекордного показателя 2012 г., когда объем торговли между Россией и Германией составил 80,5 миллиардов евро, и последующего падения вплоть до 48 миллиардов евро в 2016 г. торговые отношения вновь восстанавливаются. Германия также входит в число основных инвесторов в российскую экономику.⁶

² Англ.: The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards; нем.: New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Schiedssprüchen.

³ См. полный список стран-участниц Нью-Йоркской Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений на сайте ЮНСИТРАЛ: www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html

⁴ Данные Федеральной службы государственной статистики РФ (Росстат): www.gks.ru/wps/wcm/connect/rosstat_main/rosstat/ru/statistics/trade/

⁵ Данные Федерального статистического ведомства Германии (Statistisches Bundesamt, www.destatis.de). Среди торговых партнеров Германии Россия по результатам 2017 г. занимает 13-ую строчку.

⁶ См. публикацию „Wirtschaftsdaten kompakt. Russland“ (май 2018 г.), www.gtai.de/GTAI/Content/DE/Trade/Fachdaten/MKT/2016/11/mkt201611222008_159230_wirtschaftsdaten-kompakt---russland.pdf?v=5

Товарооборот Германии со странами постсоветского пространства выглядит следующим образом:⁷

	Товарооборот за 2016 г. (млрд. евро)	Товарооборот за 2017 г. (млрд. евро)
Россия	48	57,3
Украина	5,4	6,6
Казахстан	4	4,9
Республика Беларусь	1,6	2
Азербайджан	1,9	1,4
Узбекистан	0,5	0,6
Молдова	0,48	0,57
Грузия	0,42	0,42
Туркменистан	0,4	0,37
Армения	0,27	0,26
Кыргызстан	0,064	0,075
Таджикистан	0,040	0,056

Фактически для всех стран постсоветского пространства Германия является одним из крупнейших торговых и важнейших инвестиционных партнеров.

Плотное сотрудничество в экономической сфере, закрепленное в многочисленных договорах, неизбежно ведет к возникновению (отдельных) коммерческих споров. Их число традиционно растет в кризисные времена.

III. Отсутствие правового механизма для исполнения судебных решений

Между Германией и Россией (а также странами СНГ) не существует двустороннего или многостороннего соглашения, которое бы предусматривало взаимное признание и приведение в исполнение судебных решений. Также не установлена взаимность, требуемая национальным процессуальным

⁷ Данные Федерального статистического ведомства Германии (Statistisches Bundesamt, www.destatis.de).

законодательством⁸ и/или судебной практикой.⁹ Комментирующая литература в Германии практически без исключения исходит из того, что взаимность в вопросе о признании иностранных судебных решений в отношении России, Украины, Республики Беларусь, а также всех других стран СНГ не установлена.¹⁰

В 2016 г. Высший земельный суд г. Гамбурга подтвердил свою позицию, постановив, что в правовых отношениях между Германией и Российской Федерацией не существует взаимности в отношении признания судебных решений.¹¹ Суд подчеркнул, что в вопросе установления взаимности не должен применяться чрезмерно строгий или формальный подход. Достаточно, чтобы в обеих странах в общем и целом существовали схожие концепты и масштабы. Суд запросил экспертное заключение и внимательно изучил условия признания иностранных судебных решений в России. При этом он особо выделил, что в российском процессуальном праве (ст. 241 АПК РФ, ст. 409 ГПК РФ) не предусмотрен принцип взаимности, в комментирующей литературе нет единого мнения по этому вопросу и отсутствует конкретная судебная практика относительно признания немецких решений.

Исключение из общего правила составляют судебные решения, принятые в сфере применения Конвенции о договоре международной перевозки грузов автомобильным транспортом (КДПГ / CMR). КДПГ насчитывает 55 стран-участниц, в т.ч. страны ЕС и постсоветского пространства.¹² Статья 31 (3) КДПГ гласит:

«Когда решение по спору, указанному в пункте 1 настоящей статьи [споры, возникающие из перевозки, подпадающей под действие КДПГ], вынесенное судом одной из стран-участниц Конвенции, подлежит исполнению в этой

⁸ § 328 Гражданского процессуального уложения Германии; ст. 501 Гражданского процессуального кодекса Республики Казахстан и т.д.

⁹ К примеру, Определение ВАС РФ № ВАС-13688/09 от 7.12.2009.

¹⁰ См., например, Zöller/Geimer, Kommentar zur ZPO. 32. Aufl. C.H. Beck, 2018. Anhang V; Münchener Kommentar zur ZPO. 5. Aufl. Bd. 1. C.H. Beck, 2016. § 328.

¹¹ OLG Hamburg, 13.7.2016, Az. 6 U 152/11, Deutsch-Russische Rechtszeitschrift 2/2016, 123 ff.

¹² См. список стран-участниц: www.unece.org/trans/conventn/legalinst_25_OLIRT_CMRT.html

стране, это решение становится также подлежащим исполнению в любой их других стран-участниц Конвенции, как только выполнены формальности, предписанные в этой стране. Выполнение этих формальностей не может вести к пересмотру дела по существу».

На практике немецкий суд в 2013 г. применил ст. 31 (3) КДПГ и признал решение арбитражного суда Московской области,¹³ несмотря на отсутствие международного договора и взаимности между Германией и Россией.¹⁴

Таким образом, в сфере применения КДПГ можно рассчитывать на признание и исполнение в Германии судебных решений, вынесенных в России, Украине, Казахстане, Республике Беларусь, Азербайджане и других странах-участницах. И, наоборот, немецкие судебные решения согласно ст. 31 (3) КДПГ смогут быть приведены в исполнение против ответчиков в этих странах.

Однако, вне сферы действия КДПГ, ситуация в отношении судебных решений пока остается затруднительной. Как уже упоминалось выше, решения третейских судов, которые выносятся в международном арбитраже, в отличие от решений государственных судов, могут быть исполнены. Таким образом, если предприниматель из России или иного государства СНГ предпочитает разрешать коммерческие споры в деловых отношениях с контрагентами из Германии «дома», а не в иностранных юрисдикциях, то можно констатировать «монополию на исполнимость за границей» третейских/арбитражных судов, например, МКАС при ТПП РФ, МКАС при ТПП Украины или МАС при БелТПП.

IV. Немецкий бизнес в международном арбитраже

Немецкие компании широко используют международный арбитраж для разрешения возникших споров в связи с их трансграничной коммерческой

¹³ Под «арбитражным судом» в данном контексте имеется в виду государственный суд в России для разрешения экономических споров между юридическими лицами и предпринимателями, а не третейский суд. См. ст. 27 АПК РФ и <http://asmo.arbitr.ru/>.

¹⁴ См. решение Земельного суда г. Аугсбург (Landgericht Augsburg) от 9.7.2013 (Az. 81O 3956/12), RdTW 2013, 323.

деятельностью. Практика показывает, что подавляющее большинство договоров, заключаемых немецкими предприятиями с иностранными контрагентами, содержит арбитражные оговорки.

Кроме Немецкого арбитражного института (ДИС),¹⁵ немецкий бизнес широко пользуется услугами по разрешению споров в Международном арбитражном суде Международной торговой палаты (ИСС) в Париже, где немецкие компании год из года занимают вторую позицию, участвуя в более сотни арбитражных разбирательств ежегодно.¹⁶ Немецкие фирмы также хорошо представлены в арбитражных разбирательствах в Арбитражном институте Торговой палаты г. Стокгольма,¹⁷ в Венском международном арбитражном центре¹⁸ и других известных арбитражных центрах.

Следует при этом особо отметить, что немецкие компании часто являются сторонами в арбитражных разбирательствах в МКАС при ТПП РФ и в МКАС при ТПП Украины. В частности, в период с 2014 по 2017 г. в МКАС при ТПП РФ состоялось более 60 разбирательств, в которых в качестве истцов или ответчиков выступали фирмы из Германии.¹⁹ Похожая картина и в МКАС при ТПП Украины, где с 2014 по 2017 г. рассматривалось более 80 дел с участием немецких компаний.²⁰ Предметом большинства споров, рассматриваемых в

¹⁵ Нем.: Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS); англ.: German Arbitration Institute (www.disarb.org). См. статью А. Щавелева «Новый Регламент Коммерческого Арбитража 2018 Немецкого Арбитражного Института (ДИС)» в этом сборнике, с. 255.

¹⁶ По данным ИСС в 2017 г. в арбитражах по Регламенту ИСС участвовало 128 сторон из Германии, в 2016 г. их число насчитывало 115 (Статистика опубликована в ICC Dispute Resolution Bulletin).

¹⁷ В период с 2014 по 2017 г. немецкие компании участвовали в 40 арбитражных разбирательствах в Арбитражном институте Торговой палаты г. Стокгольма, см. www.sccinstitute.com/statistics/

¹⁸ Нем.: Internationale Schiedsinstitution der Wirtschaftskammer Österreich; англ.: Vienna International Arbitral Centre (VIAC, см. <http://viac.eu/ru/service-rus/statistic-rus>).

¹⁹ В 2014 г. (28 дел) и 2016 г. (10 дел) немецкие компании занимали первое место среди сторон из дальнего зарубежья в арбитражах МКАС при ТПП РФ. См. <http://mkas.tpprf.ru>

²⁰ См. статистику и ежегодные отчеты Международного арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины: <https://icac.org.ua/ru/>

рамках арбитражных (третейских) разбирательств на территории СНГ, являются договоры поставки (купли-продажи).²¹

В дальнейшем мы рассмотрим процедуру признания и конкретные примеры исполнения арбитражных (третейских) сторон против немецких ответчиков на территории Германии.

V. Признание и исполнение иностранных арбитражных (третейских) решений в Германии

1. Применимые нормы

Немецкое арбитражное право содержится в книге 10 (§ 1025–1066) Гражданского процессуального уложения (Zivilprozessordnung - ZPO; далее: ГПУ).²² Эти положения внедрили Типовой закон ЮНСИТРАЛ 1985 г.²³ с некоторыми небольшими дополнениями и изменениями. Вышеназванные нормы в целом в равной степени применяются к международному коммерческому арбитражу и к третейским разбирательствам на национальном уровне. Однако, существуют незначительные различия между положениями о признании и исполнении решений третейских судов, вынесенных в Германии, и нормами о признании и исполнении иностранных арбитражных решений (§ 1060, 1061 ГПУ).

²¹ В МКАС при ТПП РФ доля арбитражных разбирательств, касающихся международных договоров поставки, составляет около 2/3 всех дел (<http://mkas.tpprf.ru/ru/Stat/page.php>). В МКАС при ТПП Украины около 80 процентов всех разбирательств касаются международных договоров купли-продажи/поставки товаров (<https://icac.org.ua/wp-content/uploads/Otchet-2017.pdf>).

²² Текст ГПУ, включая положения об арбитражных (третейских) разбирательствах, на немецком и английском языках: <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/>. Немецкий арбитражный институт (ДИС) предлагает неофициальный перевод на русский язык положений ГПУ, касающихся арбитражного (третейского) разбирательства (§ 1025–1066): <http://disarb.org/en/51/materialien/uebersicht-id0>

²³ Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, внедрен в более 100 правовых системах в 80 государствах, включая Армению, Азербайджан, Беларусь, Грузию, Россию, Туркменистан, и Украину. См.: www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html

В отношении признания иностранных арбитражных решений § 1061 ГПУ предусматривает следующее:

«(1) Иностранные арбитражные решения признаются обязательными и приводятся в исполнение в соответствии с Конвенцией о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений от 10 июня 1958 г. Положения других государственных договоров о признании и приведении в исполнение арбитражных решений не затрагиваются.

(2) В случае если иностранному арбитражному решению должно быть отказано, суд определяет, что такое арбитражное решение не может быть признано на территории Германии.

(3) В случае если арбитражное решение, которое было объявлено исполнимым, отменяется за рубежом, может быть подано ходатайство об отмене объявления такого решения исполнимым.»

Германия была среди первых стран, подписавших Нью-Йоркскую конвенцию ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений от 10 июня 1958 г.²⁴ Ее положения вступили в силу для Германии 28 сентября 1961 г.

2. Подсудность

Согласно § 1062 ГПУ признание решений третейских судов и международных коммерческих арбитражей и выдача экзекватуры относится к компетенции высших земельных судов (Oberlandesgerichte, OLG). Решения высших земельных судов согласно § 1065 ГПУ могут быть обжалованы в Верховном федеральном суде Германии (Bundesgerichtshof, BGH) в рамках т.н. жалобы по правовым вопросам (Rechtsbeschwerde):²⁵

²⁴ См.: http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html

²⁵ Более подробно о судебной системе: Д.Маренков, Судебная система Германии – краткий обзор, «Сборник статей о праве Германии» № 1 (2015), с. 351 – 379, www.drjv.org/index.php/literatur.html.



Наделение судов более высокого уровня первоочередной компетенцией рассмотрения заявлений о признании и исполнении (иностранных) арбитражных решений является одним из процессуальных отличий от норм российского (ч. 1 ст. 242 АПК РФ) и белорусского (ст. 246 ХПК) права, где предусмотрена компетенция судов первой инстанции.²⁶

К компетенции высших земельных судов согласно § 1062 ГПУ также относятся следующие вопросы, касающиеся арбитражных (третейских) разбирательств:

- 1) назначение арбитра (§ 1034, § 1035 ГПУ), отвод арбитра (§ 1037 ГПУ) или прекращение мандата арбитра (§ 1038 ГПУ);
- 2) установление допустимости либо недопустимости арбитражного разбирательства (§ 1032 ГПУ) или решения арбитражного суда в форме постановления по вопросу предварительного характера, в котором он утвердительно высказался о своей компетенции (§ 1040 ГПУ);

²⁶ В Украине вплоть до декабря 2017 г. также предусматривалась компетенция судов первой инстанции. После обширной реформы процессуального права в Украине, вступившей в силу 15 декабря 2017 г., заявления о признании иностранных арбитражных (третейских) решений подаются в городской суд г. Киева, получивший соответствующую эксклюзивную компетенцию.

- 3) исполнение, отмена либо изменение распоряжения арбитражного суда о принятии обеспечительных мер (§ 1041 ГПУ);
- 4) отмена арбитражного решения (§ 1059 ГПУ).

В официальном пояснительном документе²⁷ к законопроекту о реформе немецкого арбитражного законодательства в 1998 г., были приведены следующие аргументы в пользу изменения правил подсудности в пользу вышестоящих судов:

- противодействие перегрузке судов первой инстанции;
- сопоставление третейского разбирательства с первой инстанцией;
- концентрация соответствующей судебной компетенции в одном или немногочисленных судах, заложенная в ст. 6 Типового закона ЮНСИТРАЛ;
- зарубежный опыт (например, Швейцарии).

По мнению автора, перенос подобного подхода в российскую правовую систему способствовал бы улучшению качества и единообразия правоприменительной практики в сфере признания иностранных арбитражных (третейских) решений. Можно предположить, что концентрация компетенции (и опыта) в этой области на уровне десяти арбитражных судов округов²⁸ в большей степени позволила бы избежать или значительно уменьшить количество случаев неверного применения положений Нью-Йоркской конвенции, а также сократить сроки (и расходы) вынесения окончательного решения о признании и исполнении.

В Германии существует всего 24 высших земельных суда (Oberlandesgerichte, OLG). При этом каждая из 16 федеральных земель имеет как минимум один высший земельный суд. В федеральных землях Баден-Вюртемберг и Рейнланд-Пфальц существует по два высших земельных суда, а в самых крупных федеральных землях Бавария, Нижняя Саксония и Северный Рейн-Вестфалия – по три. Заявления о признании иностранного арбитражного

²⁷ Bundestag-Drucksache 13/5274, с. 63 (www.disarb.org/upload/13-5274.pdf).

²⁸ См. <http://arbitr.ru/as/okrug/>

(третейского) решения подсудны высшему земельному суду, на территории округа которого находится компания-ответчик или имущество ответчика либо предмет, на который были обращены требования в рамках третейского разбирательства (по выбору заявителя). В Баварии, где существует три высших земельных суда (в Бамберге, Нюрнберге и Мюнхене), территориальная подсудность по рассмотрению заявлений о выдаче экзекватуры сконцентрирована в г. Мюнхене.

Дополнительно предусмотрена вспомогательная территориальная подсудность высшего земельного суда в г. Берлине. Таким образом, например, в случае если неизвестно местонахождение имущества ответчика или заявитель по каким-либо иным причинам не может назвать, в отношении какого имущества он намерен добиваться принудительного исполнения иностранного арбитражного (третейского) решения, существует возможность обратиться в т.н. «каммергерихт» в г. Берлине.²⁹

3. Необходимые документы

Требования немецкого права в отношении необходимых документов значительно менее строгие по сравнению с требованиями, заложенными в ст. IV Нью-Йоркской конвенции. В ч.1 § 1064 ГПУ содержится следующее положение:

«(1) Вместе с ходатайством об объявлении арбитражного решения исполнимым представляется это арбитражное решение или засвидетельствованная копия этого арбитражного решения. Верность копии может засвидетельствовать также адвокат, уполномоченный стороной на участие в судебном разбирательстве.»

Таким образом, немецкое право, во-первых, не требует представления подлинника или заверенной копии арбитражного соглашения. Во-вторых, в

²⁹ Высший земельный суд в г. Берлине по историческим причинам называется «каммергерихт» (Kammergericht) вместо «оберландесгерихт» (Oberlandesgericht).

случаях если представляется копия арбитражного решения, достаточно того, чтобы оно было заверено адвокатом, участвующим в деле. В-третьих, в отличие от ст. IV(2) Нью-Йоркской конвенции не требуется перевод арбитражного решения на немецкий язык. Однако суд имеет право в рамках своих общих полномочий распорядиться о переводе важных документов и обязать сторону представить находящиеся у нее документы, на которые ссылалась одна из сторон (ч. 1 и 3 § 142 ГПУ).

Немецкие суды в ряде случаев, касающихся признания и приведения в исполнение арбитражных (третейских) решений из России и Украины, отмечали, что чрезмерно формальный подход в отношении предъявляемых документов способен привести к неоправданному затруднению признания и исполнения арбитражного решения.³⁰ Представление оригинала арбитражного решения не требуется, если ответчик не оспаривает правильность предъявленной копии.³¹

4. Заявление о выдаче экзекватуры

Немецкое арбитражное право не предусматривает сроков, в течение которых иностранное арбитражное решение должно быть предъявлено к принудительному исполнению (наподобие трехлетнего срока, закрепленного в ч. 2 ст. 246 АПК РФ, ч. 2 ст. 250 ХПК Республики Беларусь). Заявление о выдаче экзекватуры, таким образом, может подаваться иностранными сторонами или их представителями письменно или в канцелярии суда для занесения в протокол (ч. 4 § 1063 ГПУ ФРГ) без соблюдения каких-либо процессуальных сроков.

5. Процедура признания и исполнения иностранных арбитражных (третейских) решений

Решение суда о признании и объявлении арбитражного решения исполнимым согласно § 1063 ГПУ принимается в форме определения (Beschluss). «Объявление арбитражного решения исполнимым»

³⁰ OLG Schleswig, 15.7.2003, № 16 Sch 01/03 // SchiedsVZ 2003, S. 237–238; Yearbook Commercial Arbitration, 2005, Vol. XXX, pp. 524–527; OLG Rostock, 12.9.2003, № 1 Sch 03/03.

³¹ OLG Köln, 13.11.2000, № 9 Sch 04/00 // Yearbook Commercial Arbitration, 2004, Vol. XXIX, pp. 722–723.

(Vollstreckbarerklärung) в терминологии немецкого права соответствует «приведению в исполнение» в значении ст. IV Нью-Йоркской конвенции.

Перед принятием решения должна быть заслушана другая сторона (ч. 1 § 1063 ГПУ). Устное слушание назначается по требованию одной из сторон и в случаях, когда ответчик заявляет веские возражения против признания и принудительного исполнения арбитражного решения.

В случае назначения устного слушания стороны должны быть представлены немецким адвокатом (Rechtsanwalt), имеющим допуск к деятельности в данном суде. Адвокат должен предъявить оригинал или заверенную копию доверенности.

В остальных случаях (без устного слушания) другая сторона имеет возможность представить свою позицию в письменном виде в течение назначенного срока после получения заверенных копий заявления о выдаче экзекватуры и арбитражного решения.

Решения высших земельных судов могут быть обжалованы в Верховном федеральном суде Германии (Bundesgerichtshof, BGH), расположенном в г. Карлсруэ.³² Так называемая жалоба по правовым вопросам (Rechtsbeschwerde) согласно § 1065 и § 575 ГПУ ФРГ подается непосредственно в Верховный федеральный суд в течение одного месяца с момента доставки решения высшего земельного суда.

Согласно ч. 2 § 574 ГПУ ФРГ жалоба по правовым вопросам допускается, только если:

- 1) дело имеет принципиальное значение или
- 2) постановление суда, рассматривающего жалобы по правовым вопросам, необходимо для развития права и обеспечения единообразия судебной практики.

³² См. www.bundesgerichtshof.de

Кроме этого, жалоба по правовым вопросам допускается относительно процессуальных нарушений, которые суд вправе рассматривать по собственной инициативе (*ex officio*) (в частности, основания отказа, указанные в ст. V(2) Нью-Йоркской конвенции).

В разбирательствах в Верховном федеральном суде стороны обязательно должны быть представлены адвокатами, имеющими допуск к деятельности в этом суде.³³

6. Судебная практика в отношении иностранных арбитражных/третейских решений

Прежде всего необходимо отметить, что нередко в практике международного арбитража имеет место добровольное исполнение арбитражных (третейских) решений проигравшей стороной.³⁴ Основной причиной, при этом, является желание сохранить деловые отношения с другой стороной.

Что касается тех случаев, где требуется принудительное исполнение, следует подчеркнуть, что немецкие суды открыто и без лишнего ощущения конкуренции (“*arbitration-friendly*”) относятся к третейским разбирательствам и международному коммерческому арбитражу. Судебная практика немецких судов является предсказуемой и способствует признанию и исполнению иностранных арбитражных решений. Это можно проследить по судебным решениям, учитывающим особенности международного арбитража и не чинящим препятствий для его развития.

³³ Список адвокатов, которые могут выступать в Верховном федеральном суде, насчитывает 42 имени:

http://www.bundesgerichtshof.de/DE/DasGericht/ExterneVerfahrensbeteiligte/ZugelasseneRechtsanwaelte/zugelasseneRechtsanwaelte_node.html;jsessionid=0F010047F73E750872F727578EDEEED1.1_cid286

³⁴ Согласно международному исследованию, проведенному School of Arbitration, Queen Mary College, University of London в 2008 г., примерно в 3/4 случаев проигравшая сторона добровольно и полностью исполнила арбитражное (третейский) решение, см. www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2008/

В признании и исполнении арбитражного решения может быть отказано только по просьбе той стороны, против которой оно направлено, если эта сторона представит суду по месту, где испрашивается признание и приведение в исполнение, доказательства наличия оснований отказа ст. V(1) Нью-Йоркской конвенции либо если суд установит по собственной инициативе (*ex officio*) наличие оснований отказа ст. V(2) Нью-Йоркской конвенции.

Более чем в 80% случаев арбитражные (третейские) решения, вынесенные в разбирательствах МКАС при ТПП РФ, МКАС при ТПП Украины и МАС при БелТПП, были признаны и объявлены исполнимыми в Германии.

К примеру, Высший земельный суд г. Целле и Верховный федеральный суд справедливо отклонили возражения ответчика о том, что он не смог участвовать в арбитражном разбирательстве МКАС при ТПП РФ и представлять свои объяснения, так как не владеет русским языком.³⁵ Суды указали на возможность использования переводчика.³⁶

При рассмотрении возражений ответчика в связи с отменой арбитражного решения в стране, где оно было вынесено, немецкие суды могут принимать во внимание ст. 9 Европейской конвенции 1961 г. о внешнеторговом арбитраже.³⁷

Если в России и ряде стран СНГ нарушение публичного порядка относится к наиболее часто рассматриваемым причинам отказа в признании и исполнении арбитражных решений, в немецкой судебной практике это основание отказа играет заметно меньшую роль.

При признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений действует масштаб международного публичного порядка (*ordre public international*), более либеральный и более способствующий признанию и

³⁵ Согласно Правилам арбитража МКАС при ТПП РФ стороны вправе договориться о языке разбирательства. При отсутствии подобной договоренности, разбирательство проводится на русском.

³⁶ OLG Celle, 2.10.2001, № 8 Sch 03/01 & BGH, 30.1.2003, № III ZB 06/02 // Yearbook Commercial Arbitration, 2007, Vol. XXXII, pp. 303–308.

³⁷ BGH, 21.5.2007, № III ZB 14/07 // SchiedsVZ 2008, S. 195–196; Yearbook Commercial Arbitration, 2009, Vol. XXXIV, pp. 504–509.

исполнению, чем концепт, применяемый в рамках исполнения третейских решений на национальном уровне. Таким образом, при наличии иностранного решения допускается большее количество отклонений от норм и принципов правовой политики, являющихся основой правовой системы Германии. По сформулированной Верховным федеральным судом формуле требуется, чтобы «результат применения иностранного права в конкретном случае противоречил основным идеям немецких положений и закрепленному в них представлению о справедливости настолько сильно, что представлялся бы с немецкой точки зрения неприемлемым».³⁸

Арбитражное решение нарушает публичный порядок, если оно затрагивает норму, обязательным образом регулиующую основы германской государственной и экономической жизни и не основанную лишь на соображениях целесообразности, либо если арбитражное решение противоречит элементарному представлению о справедливости.³⁹

Нарушение публичного порядка может иметь место при процессуальных нарушениях, если не были выполнены минимальные требования и стандарты, применимые к процессу в правовом государстве, например, нарушено право принимать участие и быть выслушанным (*rechtliches Gehör*) в рамках разбирательства. Публичный порядок также может быть нарушен при нарушении материального права, например, в случаях, если решение противоречит общепринятым моральным нормам (*gute Sitten*). К иностранным решениям предъявляются менее строгие требования, чем к решениям из Германии. Кроме того, не допускается проверка иностранного арбитражного решения немецкими судами по существу. Поэтому ошибка, допущенная составом арбитража при применении правовых норм, сама по себе не может служить причиной отказа.

Высший земельный суд г. Целле, признав решение МКАС при ТПП РФ, напомнил, что вследствие запрета проверки решения по существу (*revision au*

³⁸ BGHZ.138, 331 = NJW 1998,. 2358.

³⁹ BGHZ 27, 255.

fond) неверное применение правовых норм, неправильное толкование положений договора или ошибочное установление фактов дела не могут служить причиной отказа в исполнении. Таким образом, не имеет значения, пришел бы немецкий судья к иному результату, применяя обязательные положения немецкого права. Суд отметил, что непропорциональная величина неустойки (в данном случае 40%) сама по себе, без особых обстоятельств, не может обосновать нарушения публичного порядка.⁴⁰

Баварский высший земельный суд постановил, что признание арбитражного решения, вынесенного в отсутствие ответчика несмотря на заключение мирового соглашения между сторонами, не может быть исполнено в связи с нарушением публичного порядка. Скрыв факт заключения мирового соглашения от состава арбитража и лишив ответчика возможности представить свои возражения, заявитель грубым образом нарушил принципы верности договору, честности и злоупотребил доверием ответчика.⁴¹

В судебной практике попадаются и довольно курьезные случаи. Так, заявитель попытался добиться признания решения арбитражного суда Калининградской области, ссылаясь на Нью-Йоркскую конвенцию. Дело в том, что «арбитражный суд» Калининградской области был переведен на немецкий как «Schiedsgericht», т.е. «третейский суд», что является частой ошибкой перевода на практике.⁴² Высший земельный суд Баварии разобрался с особенностями терминологии в русском языке и справедливым образом отказал

⁴⁰ OLG Celle, 6.10.2005, № 8 Sch 06/05.

⁴¹ BayObLG, 20.11.2003, № 4Z Sch 17/03.

⁴² На практике нередко можно встретить договоры, составленные на двух языках, в которых русская версия содержит пророгационное соглашение в пользу одного из российских арбитражных судов, а параллельная немецкая версия в то же время как следствие ошибочного перевода предусматривает арбитражную оговорку. Во избежание подобных недоразумений и путаницы термин «арбитражный суд» следует переводить на немецкий язык как «Wirtschaftsgericht», когда речь идет о государственном суде по экономическим спорам в России, и как «Schiedsgericht» в контексте несудебного разрешения споров в третейском разбирательстве (международный арбитраж).

в признании, указав на неприменимость Нью-Йоркской Конвенции к решениям государственных судов.⁴³

Об авторе



Дмитрий Маренков

Старший юрист агентства Germany Trade & Invest, г. Бонн (Германия)

Образование: Кельнский университет (Германия), Лондонский университет (UCL), университет Данди (Dundee, Великобритания, LLM)

Член правления Германно-Российской ассоциации юристов (DRJV, 2013-2017 гг.)

Преподаватель в университете им. Гёте во Франкфурте-на-Майне (2008-2016 гг.) и в Боннском университете (2012-2017 гг.). Лекции во Всероссийской академии внешней торговли (ВАВТ, с 2016 г.)

Член редакционного совета Германно-Российского юридического журнала (DRRZ, 2016-2017 гг.)

Член (Fellow) Королевского института арбитров (CIArb, Лондон). Включен в список арбитров по международным коммерческим спорам Международного коммерческого арбитражного суда (МКАС) при Торгово-промышленной палате Российской Федерации

⁴³ OLG München, 28.2.2012 (OLG München, Az. 34 Sch 30/10).

Участвовал в качестве арбитра (в т.ч. как председатель и единоличный арбитр) в арбитражных разбирательствах на русском, английском и немецком языках по Правилам МКАС при ТПП РФ, Немецкого арбитражного института (DIS), Венского международного арбитражного центра (VIAC) и по Арбитражному Регламенту ЮНСИТРАЛ.

Более 40 публикаций о международном арбитраже, коммерческом праве в РФ, странах СНГ и Германии на русском, немецком и английском языках. Дмитрий Маренков регулярно выступает в качестве спикера на конференциях и семинарах.

Член Международного коммерческого совета по коммерческому арбитражу (ICCA), Немецкого арбитражного института (DIS), Австрийской арбитражной ассоциации (arb|aut) и Швейцарской арбитражной ассоциации (ASA).

Инициатор и ответственный редактор «Сборника о праве Германии»: выпуск № 1 (2015), выпуск № 2 (2017) и выпуск № 3 (2018), см. <https://www.drjv.org/index.php/literatur.html>

Контакт: d.marenkov@t-online.de

Über den Autor

Dmitry Marenkov, LL.M., FCIArb

Dmitry Marenkov ist Senior Manager bei Germany Trade & Invest in Bonn. Zwischen 2013 und 2017 gehörte er dem Vorstand der Deutsch-Russischen Juristenvereinigung an (zwei Amtszeiten). Zu seinen Interessen- und Tätigkeitsschwerpunkten gehören internationales Wirtschaftsrecht und internationale Schiedsgerichtsbarkeit. Er hat an einer Reihe internationaler Schiedsverfahren (DIS, VIAC, UNCITRAL, МКАС/ICAC ИНК РФ) als Schiedsrichter (u.a. als Einzelschiedsrichter und Vorsitzender) mitgewirkt. Er trat als Initiator und Mitherausgeber von drei Ausgaben des DRJV-Sammelbandes zum deutschen Recht in russischer Sprache (2015 -2018) auf.

Контакт: d.marenkov@t-online.de

РАЗДЕЛ 5. ЭНЕРГЕТИЧЕСКОЕ ПРАВО

Введение в энергетическое право Германии

(Сергей Козлов), с. [306](#)

Меры по защите интересов государства по горному праву ФРГ

(Жанна Досманова), с. [336](#)

Интеграция энергии из солнечных и ветровых энергоустановок в систему электроснабжения Германии

(Татьяна Шлейхер), с. [357](#)

Введение в энергетическое право Германии

Einführung in das deutsche Energierecht

Сергей Козлов (Sergey Kozlov)

Der vorliegende Artikel gibt den Lesern und Leserinnen ein allgemeines Verständnis der Grundlagen des deutschen und europäischen Energierechts (einschließlich des Begriffs „Energierecht“ und der Entwicklungstendenzen) sowie die Ausrichtungen der Energiepolitik Deutschlands und der Europäischen Union. Der Artikel beinhaltet eine vollständige Analyse von Rechtsquellen im Bereich Energiewirtschaft. Die besondere Aufmerksamkeit wird der Entflechtung in der Energiewirtschaft und aktuellen rechtlichen Fragen der Energiewende gewidmet.

Содержание:

- I. Энергетическое право Германии: понятие, основные принципы и направления развития
 - a. Понятие „энергетическое право“
 - b. Развитие современного энергетического права Германии
- II. Основы энергетической политики Германии и Европейского Союза
 - a. Энергетическая политика Европейского Союза
 - b. Энергетическая политика Германии
- III. Источники правового регулирования в энергетике
 - a. Источники энергетического права Европейского Союза
 1. Первичное право ЕС в сфере энергетики
 2. Вторичное право ЕС в сфере энергетики
 - b. Источники энергетического права Германии
- IV. Разделение видов деятельности в энергетике
- V. Актуальные вопросы правового обеспечения „энергетического поворота“
 - a. Энергетический пакет 2016
 - b. Закон о ВИЭ 2017
 - c. Закон о цифровизации

I. Энергетическое право Германии: понятие, основные принципы и направления развития.

a. Понятие «энергетическое право»

Понятие «энергетическое право» (Energierrecht) как отрасль законодательства можно рассматривать в широком и в узком смыслах. В *широком смысле* под энергетическим правом понимается совокупность правовых актов, связанных с использованием возобновляемых источников энергии и носителей энергии (угля, газа, нефти, ядерных материалов), а также регулирующих их преобразование в пригодные для использования формы энергии (тепловую, электрическую, кинетическую и др.), транспортировку, сбыт, а также иные связанные с обращением энергии и носителей энергии вопросы.¹ Таким образом, можно сказать, что предметом энергетического права Германии в широком смысле является деятельность по всей производственно-сбытовой цепочке в энергетике, которая выглядит следующим образом: производство и импорт -> транспорт (по сетям / трубопроводам) -> торговля -> сбыт (конечному потребителю).

Наиболее распространенным традиционно, однако, являлось понимание энергетического права в *узком смысле* – как совокупности правовых норм по вопросам снабжения через присоединенную сеть (leitungsgebundene Energieversorgung) энергией – электрической и тепловой, а также газом.² Сегодня, все же, в научном смысле наиболее распространенным является понимание «энергетического права» в широком смысле.

В науке выделяется четыре основных фундамента, на которых базируется энергетическое право Германии:³

¹ Pritzsche / Vacha. Energierrecht. Einführung und Grundlagen, 2017. Verlag C.H. Beck oHG. München. S. 3-4. Rn. 15.

² См. там же, а также: Jarass H., Europäisches Energierrecht, Schriften zum Europäischen Recht, Band 23, Berlin 1996, S. 11; Grunwald J., Das Energierrecht der Europäischen Gemeinschaften: EGKS-Euratom-EG. Grundlagen-Geschichte-Geltende Regelungen. Berlin, 2003, S. 5 ff., Klees A., Einführung in das Energiewirtschaftsrecht, 2012, S. 7-8 и др.

³ vgl. Stappert, Einleitung in Grundriss zum Energierrecht. Der rechtliche Rahmen für die Energiewirtschaft (Hrsg. Von Stuhlmacher, Stappert, Schoon, Jansen). EW Medien und Kongresse

• **энергетическое договорное право** (Energievertragsrecht). Основу данной составляющей энергетического права составляет правовое регулирование отдельных особенностей сетевого энергоснабжения (например, использование земельных участков в энергетике, права доступа, перебои энергоснабжения и пр.), а также в целом обеспечение сбалансированного оформления договорных отношений между потребителями и поставщиками электроэнергии и газа. Сюда же относятся договоры о подключении и доступе к сетям, а также договоры поставки энергии (Energiefieferverträge), а также договоры купли-продажи энергии. Полномочиями по конкретизации положений законодательства о договорах в сфере энергетики обладает также Федеральное сетевое агентство (Bundesnetzagentur, BNetzA).⁴

• **энергетическое хозяйственное право** (Energiewirtschaftsrecht). Основное ядро энергетического права, ключевой задачей которого является установление публично-правовых норм, обеспечивающих безопасное, надежное и доступное энергоснабжение.

• **энергетическое конкурентное (картельное) право** (Energiekartellrecht bzw. Energiewettbewerbsrecht), основной задачей которого является предотвращение ограничения конкуренции в энергетике и обеспечение для любого лица неограниченного энергоснабжения по конкурентоспособным ценам.

• **энергетическое право охраны окружающей среды** (Energieumweltrecht), основными задачами которого являются снижение негативного воздействия на окружающую среду объектами энергетики, повышение энергоэффективности, установление правовых основ системы торговли эмиссионными квотами и др.

При этом если энергетическое хозяйственное право и право охраны окружающей среды в энергетике относятся к публичному праву, то энергетическое договорное и конкурентное право являются отраслями частного

GmbH. 2011. S. 7-12; Berliner Kommentar zum Energierecht, Hrsg. Von F.J. Säcker, 3. Auflage, 2014, Deutscher Fachverlag GmbH. S. 22 – 23. Rn. 39.

⁴ Bundesnetzagentur, www.bundesnetzagentur.de

права.⁵ В силу этого в Германии, равно как и в России, энергетическое право рассматривается как комплексная материя (отрасль права), включающая в себя нормы различных отраслей публичного и частного права, затрагивающих вопросы правового регулирования энергетики. При этом, все же, основу энергетического права составляют нормы публичного права, прежде всего право регулирования (Regulierungsrecht), а вопросы частного права в энергетике зачастую тесно сопряжены с публично-правовым регулированием.

в. Развитие современного энергетического права Германии

Энергетическое право Германии на протяжении последних двадцати лет является одной из наиболее динамично изменяющихся сфер правового регулирования. Так, в научной литературе особенно подчеркивается направленность современного энергетического права на достижение политических целей и на практическое применение. В связи с чем научная догматика зачастую не успевает за развитием быстро меняющегося энергетического законодательства, чем обуславливается необходимость научной разработки и формирования четких принципов и структуры энергетического права.⁶

Тем не менее, в Германии и в науке, и в законодательстве совершенно четко определяются цели энергетического права.⁷ Этими целями являются: обеспечение безопасного, надежного, экологичного и доступного по цене энергоснабжения. Данные цели, названы в § 1 ключевого Закона об энергетическом хозяйстве (EnWG, далее – Закон об энергетике),⁸ в качестве целей закона.

⁵ Berliner Kommentar. Energierecht. Band 1 (Hrsg. von F.J. Säcker). 3. Auflage. 2014, S. 24. Rn. 47.

⁶ Pritzsche / Vacha. Energierecht. Einführung und Grundlagen, 2017. Verlag C.H. Beck oHG. München. S. 12. Rn. 61.

⁷ См.: Часть II „Безопасность и надежность энерго- и газоснабжения как цель энергетического права Германии“ в кн. „Энергетическое право России и Германии: сравнительно-правовое исследование“ (под ред. П.Г. Лахно, Ф.Ю. Зеккера). М. 2011. С. 396 и далее (автор главы – К. Рихманн).

⁸ Energiewirtschaftsgesetz (Gesetz über die Elektrizitätsversorgung, EnWG). Текст на немецком языке: https://www.gesetze-im-internet.de/enwg_2005/

Начало стремительным изменениям в современном энергетическом праве было положено в середине 90-х годов началом либерализации энергетических рынков и изменением энергетических парадигм – переходом от рассмотрения энергетики как традиционно естественно-монопольного вида деятельности к осознанию того, что наиболее рациональным является энергоснабжение, основанное на конкурентных принципах рыночной экономики. По этому же пути спустя почти десятилетие пошло и российское энергетическое право.

С 1998 года к сфере естественных монополий в германской энергетике стала относиться только деятельность сетевых предприятий (передача энергии по сетям и транспортировка газа по трубам), генерация (производство) и сбыт электроэнергии и газа были полностью демонополизированы. Важнейшее значение в качестве составляющей национального энергетического права стало приобретать энергетическое конкурентное право и право регулирования, задачами которых было обеспечить недискриминационный, равноправный доступ субъектов энергетики к энергетической инфраструктуре сетевых компаний и стимулирование развития конкуренции в целях снижения цен на электрическую энергию и газ.

II. Основы энергетической политики Германии и ЕС

а. Энергетическая политика Европейского Союза

Основы энергетической политики Европейского Союза закреплены в ст. 194 Договора о функционировании ЕС,⁹ являющегося актом т.н. «первичного европейского права», в соответствии с которым «в рамках создания или функционирования внутреннего рынка и с учетом потребности в сохранении и улучшении качества окружающей среды политика ЕС в энергетической сфере ставит целями в духе солидарности между государствами-членами:

⁹ Нем.: Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), англ.: Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). Текст на русском: <http://eulaw.ru/treaties/tfeu> см. в СПС «КонсультантПлюс» и СПС «Гарант».

- a) обеспечить функционирование энергетического рынка;
- b) обеспечить надежность энергоснабжения в Союзе;
- c) содействовать энергетической эффективности и экономии энергии, а также развитию новых и возобновляемых видов энергии; и
- d) содействовать межсоединению энергетических сетей».

При этом в п. 2 данной статьи устанавливается разделение компетенции между Европейским Союзом и государствами-членами ЕС. По общему правилу условия эксплуатации национальных энергетических ресурсов, выбор между разными источниками энергии и общая структура энергоснабжения определяются государствами-членами ЕС самостоятельно. Именно исходя из этого и формируется самостоятельная энергетическая политика государств-членов ЕС.

В октябре 2014 г. главами государств и правительств государств-членов ЕС были утверждены *Рамки климатической и энергетической политики до 2030 г.* (Rahmen für die Klima- und Energiepolitik),¹⁰ основанные на Климатическом и энергетическом пакете 2020. В соответствии с данным документом Евросоюз к 2030 г. преследует три основных цели, являющиеся юридически обязательными и для всех государств-членов ЕС:

- снижение эмиссии парниковых газов минимум на 40% (по сравнению с 1990 г.);
- повышение доли возобновляемых источников энергии минимум на 27%;
- повышение энергетической эффективности минимум на 27%.¹¹

¹⁰ См. на сайте Европейской комиссии: https://ec.europa.eu/clima/policies/strategies/2030_de

¹¹ Ранее действовали принятые в декабре 2008 г. цели «20/20/20» по защите климата и потреблению энергии до 2020 г., устанавливающие цели снижения эмиссии парниковых газов на 20%, увеличение доли ВИЭ и энергоэффективности на 20%.

Энергетическая политика Европейского Союза реализуется через принятие конкретных нормативных правовых актов ЕС - директив, постановлений (регламентов) и решений, основные из которых будут рассмотрены далее.

Направления энергетической политики Европейского Союза также определяются в «*Энергетической дорожной карте 2050*» (EU Energy Roadmap 2050).¹² В данном документе, в частности, анализируются связанные с единой для ЕС целью декарбонизации (снижение эмиссии CO₂ к 2050 г. на 85-90% по сравнению с 1990 г.) вызовы, которые стоят на пути к достижению данной цели при обеспечении безопасности и конкурентоспособности энергоснабжения, а также моделируются различные сценарии развития энергетики в ближайшем будущем.

С 2015 г. в Европейском Союзе был взят курс на создание единого европейского *Энергетического Союза* (нем.: Energieunion) и представлен план действий на пути к его созданию (Energy Union Action Plan). Предполагается, что одной из главных задач Энергетического Союза должно стать проведение единой энергетической политики по обеспечению энергетической безопасности, прежде всего путем снижения импортозависимости и согласованного ответа на современные вызовы, стоящие перед энергетикой в условиях единого энергетического рынка. Подробная концепция Энергетического союза представлена в опубликованном в 2015 г. докладе Европейской комиссии „Рамочная стратегия устойчивого к кризисам Энергетического союза с перспективной стратегией защиты климата“.¹³

¹² См.: Доклад комиссии Европейского Парламента, Совета, Экономического и социального комитета и Комитетом регионов «Энергетическая дорожная карта 2050», Брюссель, 15.12.2011 (на нем. языке): <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0885&from=DE>

¹³ Нем.: Rahmenstrategie für eine krisenfeste Energieunion mit einer zukunftsorientierten Klimaschutzstrategie, Brüssel, 25.02.2015: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:1bd46c90-bdd4-11e4-bbe1-01aa75ed71a1.0002.01/DOC_1&format=PDF

30 ноября 2016 г. был опубликован доклад (пакет) под названием „*Чистая энергия для всех европейцев*“¹⁴ (данный пакет также называют «четвертым» или «зимним энергетическим пакетом»), который содержит предложения по совершенствованию нормативных правовых актов Евросоюза в сферах энергетической эффективности, структуры рынка электроэнергии, безопасности энергоснабжения и административно-управленческих положений о Энергетическом союзе (более 1 000 страниц). Он направлен на достижение трех основных целей: приоритетность энергоэффективности, достижение глобальной ведущей роли ЕС в сфере возобновляемой энергетики, формирование справедливого предложения для потребителей (в том числе справедливых и доступных цен, усиления положения потребителей на рынке и т.д.).

При принятии и успешной реализации предложений, содержащихся в данном пакете, Еврокомиссия планирует до 2030 г. ежегодно привлекать до 177 млрд. евро инвестиций в сферу возобновляемой энергетики и создать до 900 000 новых рабочих мест. Также Еврокомиссия ставит амбициозную цель увеличить долю генерации электроэнергии из возобновляемых источников энергии (ВИЭ) к 2030 году до 50% от общего объема. Тем не менее целый ряд положений данного пакета вызывают серьезные дискуссии и жесткую критику со стороны экспертов. Так, Еврокомиссия предлагает обеспечить лидерство в сфере ВИЭ, при этом, однако, прекратив целый ряд мер поддержки ВИЭ (например, отменить приоритетность подключения ВИЭ к сети¹⁵) и вывести возобновляемую энергию на полностью конкурентные рыночные рельсы (наравне с другими источниками энергии). С другой стороны Еврокомиссия видит развитие энергорынка в максимальном переходе от централизованной энергетики к децентрализованной (малой) генерации.¹⁶ В этой связи, например,

¹⁴ Доклад комиссии Европейского Парламента, Совета, Экономического и социального комитета, Комитетом регионов и Инвестиционного банка, Брюссель, 30.11.2016. См. подр. на сайте Еврокомиссии: <https://ec.europa.eu/energy/en/news/commission-proposes-new-rules-consumer-centred-clean-energy-transition>

¹⁵ По этому пункту, например, наиболее существенно расходятся позиции Берлина и Брюсселя.

¹⁶ О понятии децентрализованной (малой) энергетики (генерации) на русском языке см.: Козлов С.В. Проблемы правового обеспечения развития распределенной (малой) энергетики в

предлагается принять ряд мер для того, чтобы позволить гражданам и энергетическим кооперативам гражданстать полноценными участниками энергорынка.¹⁷

Следует также отметить тенденцию по стремлению Еврокомиссии перевести регулирование сетей на наднациональный, европейский уровень, что Комиссия обосновывает снижением расходов на европейский „энергетический поворот“ и снижением цен для потребителей вследствие единого регулирования транснациональных сетей.

в. Энергетическая политика Германии

В силу того, что выбор форм и источников генерации энергии относится к компетенции государств-членов ЕС, в Германии в 2010-2011 гг. был начат т.н. «**энергетический поворот**» (Energiewende) и взят курс на постепенный отказ от ископаемых видов топлива и ядерной энергетики и почти полный переход на генерацию на основе использования ВИЭ (см. положения Закона о развитии возобновляемых источниках энергии: § 5 Nr. 14 EEG 2014 / § 3 Nr. 21 EEG 2017¹⁸). В 2010 г. Федеральным правительством была утверждена разработанная министерством экономики и технологий совместно с министерством природы, охраны окружающей среды и безопасности реакторов **Энергетическая**

Российской Федерации // Правовой энергетический форум. №1. 2018. С. 44-53; Стенников В.А., Воропай Н.И. Централизованная и распределенная генерация – не альтернатива, а интеграция в кн. «Инновационная электроэнергетика – 21» / под ред. В.М. Батенина, В.В. Бушуева, Н.И. Воропая - М.: ИЦ "Энергия", 2017; Хабачев Л.Д., Плоткина У.И. Внедрение объектов малой энергетики как путь повышения эффективности региональных энергетических систем // Научно-технические ведомости СПбГПУ 2–1'. 2012 и др.

¹⁷ Так, согласно исследованию CE Delft к 2030 году доля домохозяйств и кооперативов, которые будут полноценными участниками энергетического рынка, достигнет 50% от всего населения ЕС, а их общий вклад в производство электроэнергии достигнет почти 20%. См.: Afman M., Blommerde J., Kampman B. The potential of energy citizens in the European Union. Delft, September 2016. Web:

https://www.cedelft.eu/publicatie/the_potential_of_energy_citizens_in_the_european_union/1845

¹⁸ Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien, текст на немецком языке: https://www.gesetze-im-internet.de/eeg_2014/

концепция на период до 2050 г., содержащая основные руководящие принципы по экологичному, надежному и доступному энергоснабжению.¹⁹

Политика «энергетического поворота» является основой современной энергетической политики Германии. При этом целевые показатели «энергетического поворота» закрепляются не только в актах мягкого права (стратегиях, программах и пр. (как, например, в России)), но и непосредственно в Законе о возобновляемой энергии (EEG). Так, в соответствии с п. 3 абз. 2 § 1 к 2050 году до 80 % всей потребляемой электроэнергии должно генерироваться из ВИЭ.

В качестве основы проведения политики «энергетического поворота» прежним составом правительства ФРГ в 2013 г. была принята **Программа действий в энергетике из 10 пунктов** (Zehn-Punkt-Energieagenda), предусматривавшая основные намерения правительства по реализации «энергетического поворота» (в том числе разработки и принятия конкретных законов в сфере ВИЭ, торговли эмиссионными квотами, дизайна рынка электроэнергии, мониторинга и пр.).²⁰ Большинство намеченных в Программе задач были успешно решены. Новый состав Федерального правительства, приступивший к работе в середине марта 2018 г., пока не принимал новую программу действий.

¹⁹ Доступна на сайте Федерального правительства ФРГ:

https://www.bundesregierung.de/ContentArchiv/DE/Archiv17/Anlagen/2012/02/energiekonzept-final.pdf;jsessionid=E96D3472399C801C71D00337C22CC446.s6t1?_blob=publicationFile&v=5 и на сайте Министерства экономики и технологий:

https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/E/energiekonzept-2010.pdf?_blob=publicationFile&v=3

²⁰ См. на сайте Федерального министерства экономики и энергетики:

https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/0-9/10-punkte-energie-agenda.pdf?_blob=publicationFile&v=3

III. Источники правового регулирования в сфере энергетики

a. Источники энергетического права Европейского Союза

1. Первичное право ЕС

Основу первичного права ЕС в сфере энергетики составляют положения Договора о функционировании ЕС. В соответствии с пп. i абз. 2 ст. 4 Договора «энергия» относится к совместной компетенции ЕС и государств-членов ЕС. На электрическую энергию и газ распространяются положения Договора о функционировании ЕС о свободе передвижения товаров (ст. 28 и далее). Согласно ст. 170 Договора ЕС вносит вклад в сооружение и развитие трансевропейских сетей в секторах транспортной, телекоммуникационной и энергетической инфраструктуры, а деятельность Союза призвана способствовать межсоединению национальных сетей и взаимной совместимости в их функционировании, а также создавать благоприятные условия для доступа к этим сетям. В абз. 2 ст. 192 Договора закрепляется правило единогласного принятия решений Европейским Советом (после консультации с Европейским парламентом, Экономическим и социальным комитетом и Комитетом регионов) по специальной законодательной процедуре по вопросам принятия мер, которые оказывают заметное воздействие на выбор государств-членов между разными источниками энергии и на общую структуру их энергоснабжения.

Ключевыми в сфере энергетики, однако, являются положения уже упомянутой ранее ст. 194 Договора, закрепляющие компетенцию Европейского Союза в энергетической сфере.

2. Вторичное право ЕС

Важнейшими источниками вторичного европейского энергетического права (europäisches Sekundärrecht) являются директивы, постановления (регламенты) и

решения, имеющие общеобязательный характер, приоритет над национальным правом и прямое действие в государствах-членах ЕС.²¹

Основу вторичного права ЕС в сфере энергетики составляют акты, принятые 13 июля 2009 г. в составе т.н. «третьего энергетического пакета»:²²

Директива об общих правилах внутреннего рынка электрической энергии (2009/72/ЕС).²³ Директива содержит нормы, касающиеся генерации, передачи, распределения, снабжения потребителей электроэнергией, а также нормы о защите прав потребителей электроэнергии, конкурсных и разрешительных процедурах (например, выдаче разрешений на эксплуатацию сетей).

Директива об общих правилах внутреннего рынка природного газа (2009/73/ЕС)²⁴ содержащая положения о магистральных газопроводах, распределении, хранении и поставках природного газа потребителям. Директивой также устанавливаются критерии и процедура выдачи разрешений на транспортировку, хранение, распределение и поставки газа, а также эксплуатацию газовых сетей.

Регламент о создании Агентства по взаимодействию регуляторов энергетики (Регламент (ЕС) 713/2009),²⁵

Регламент об условиях доступа к сетям в целях трансграничной торговли электрической энергией (Регламент (ЕС) 714/2009),²⁶

²¹ Постановление (Регламент, нем.: Verordnung, англ.: Regulation) имеет общее действие. Он является обязательным в полном объеме и подлежит прямому применению во всех государствах-членах. Директива (нем.: Richtlinie, англ.: Directive) имеет обязательную силу для каждого государства-члена, кому она адресована, в отношении результата, которого требуется достичь, но оставляет в компетенции национальных инстанций выбор формы и способов достижения. Решение является обязательным в полном объеме. Когда решение указывает адресатов, оно обязательно только для них (Ст. 288 Договора о функционировании ЕС).

²² Данные акты доступны на русском языке в СПС «Гарант» и СПС «КонсультантПлюс». Подробнее о третьем энергетическом пакете на русском языке см.: Гудков И.В. Третий энергетический пакет Европейского Союза: основные дискуссионные новеллы // Нефть, газ и право. 2010. № 3.

²³ Официальный журнал Европейского Союза (Amtsblatt der Europäischen Union, далее-ABl.), L 211 от 14.8.2009. С. 55–93.

²⁴ ABl. L 211 от 14.8.2009. С. 94-136.

²⁵ ABl. L 211 от 14.8.2009, С. 1–14.

Регламент об условиях доступа к сетям магистральных газопроводов
(Регламент (ЕС) 715/2009).²⁷

Целями третьего энергетического пакета было выделение деятельности системных операторов (Transmission System Operator) в самостоятельный и независимый вид деятельности в энергетике, установление правил взаимодействия между системными операторами, поддержка межгосударственной торговли энергией, усиление независимости национальных регуляторов в сфере энергетике и создание условий для сотрудничества между регуляторами стран-членов ЕС, в том числе путем создания Агентства по взаимодействию регуляторов энергетики (ACER)²⁸ в Любляне.

Помимо актов третьего энергетического пакета в числе важнейших источников вторичного права ЕС в сфере энергетике также следует вкратце рассмотреть следующие нормативные правовые акты:

Директива об энергетической эффективности (2012/27/ЕС от 25.10.2012).²⁹ Целью Директивы является создание общеевропейских рамок для мер поддержки повышения энергетической эффективности в Евросоюзе, в целях увеличения энергоэффективности на 20% к 2020 г. Нормы Директивы разделяются принципиально на две составляющие: регулирование энергоэффективности при использовании энергии (ст. 4-13) и регулирование энергоэффективности при энергоснабжении (ст. 14, 15). Директивой, среди прочего, устанавливается обязательство по проведению ежегодной энергетической санации не менее 3% зданий органов государственной власти (ст. 5), а также обязательство по ежегодному энергосбережению минимум на 1,5% для организацией, занимающихся распределением и розничной продажей электроэнергии. Кроме этого, Директивой устанавливаются обязательства государств-членов ЕС по поддержке доступности высококачественного энергетического аудита для всех конечных потребителей (ст. 8), рынка

²⁶ ABl. L 211 от 14.8.2009, С. 14-35.

²⁷ ABl. L 211 от 14.8.2009, С. 36-54.

²⁸ www.acer.europa.eu

²⁹ ABl. L 315 от 14.11.2012. С. 1-56.

энергосервисных услуг и доступа на этот рынок предприятий малого и среднего бизнеса (ст. 18).

Директива о торговле квотами на эмиссию парниковых газов (2003/87/ЕС от 13.10.2003),³⁰ являющееся правовой основой системы торговли квотами (сертификатами) на эмиссию парниковых газов в ЕС.³¹ Здесь же также следует назвать *Директиву о промышленных выбросах (о комплексном предотвращении загрязнения и контроле над ним)* (2010/75/ЕС от 24.11.2010),³² содержащую правила по выдаче разрешений, эксплуатации, надзору и выводу из эксплуатации промышленных предприятий, в том числе электростанций, в контексте предотвращения и минимизации загрязнения окружающей среды.

Директива о возобновляемых источниках энергии (2009/28/ЕС от 23.04.2009).³³ Данной директивой впервые были установлены общеевропейские рамки поддержки использования ВИЭ, в частности устанавливаются обязывающие, но различающиеся для всех государств-членов ЕС национальные цели (показатели) по общей доле ВИЭ в структуре конечного энергопотребления и в транспортном секторе.³⁴ На уровне ЕС устанавливается цель к 2020 г. достичь показателей не менее 20% ВИЭ в конечном энергопотреблении и не менее 10% ВИЭ в транспортном секторе. В соответствии со ст. 4 Директивы все государства-члены ЕС были обязаны разработать и до 30 июня 2010 г.

³⁰ ABl. L 275 от 25.10.2003, С. 32-46.

³¹ Подробнее о европейской системе торговли квотами на выборы парниковых газов на русском языке см. в кн. „Энергетическое право России и Германии: сравнительно-правовое исследование“ (под ред. П.Г. Лахно, Ф.Ю. Зеккера). М. 2011. С. 980-986 (автор главы – Х. Вайер).

³² ABl. L 334 от 17.12.2010, С. 17-119.

³³ Директива 2009/28/ЕС Европейского парламента и Совета от 23 апреля 2009 года о поддержке использования энергии из возобновляемых источников, внесении изменений и последующей отмене Директив 2001/77/ЕС и 2003/30/ЕС. ABl. L 140 от 5.9.2009, С. 16-62

³⁴ Для Германии, например, установлена цель достичь не менее 18% в конечном энергопотреблении, для Мальты – 10%, а для Швеции – 49%.

представить в Еврокомиссию национальные планы действий в отношении ВИЭ.³⁵

Также в Директиве содержатся положения о совместных проектах государств-членов ЕС (между собой и с третьими странами) в сфере ВИЭ (ст. 7-11), административных процедурах (ст. 13), информировании общественности (ст. 14), доступе к электрическим сетям (ст. 16) и др. В настоящее время, как уже отмечалось, обсуждаются изменения в Директиву о ВИЭ на основе предложений Еврокомиссии, представленных в рамках Зимнего энергетического пакета в ноябре 2016 г.

Кроме этого, на европейском уровне действуют немаловажные *Директива о безопасности снабжения электрической энергией* (2005/89/ЕС от 18.01.2006) и *Регламент о безопасности снабжения природным газом* (Регламент (ЕС) Регламент (ЕС) 2017/1938 от 25.10.2017), содержащие меры по обеспечению безопасности энергоснабжения электрической энергией и газом в ЕС.

в. Источники энергетического права Германии³⁶

Основным законом в сфере энергетики является уже упомянутый ***Закон об энергетическом хозяйстве (EnWG)***,³⁷ разработанный и принятый в первоначальной редакции в 1935. За период своего существования данный закон претерпел множество изменений и, по сути, принимался заново в новых редакциях в 1998 и 2005 гг.³⁸ Главной целью Закона является обеспечение «наиболее безопасного, доступного по цене, дружественного потребителю,

³⁵ Для этого Еврокомиссией был разработан и утвержден образец (типовой план), которого должны были придерживаться государства-члены ЕС. См.: Решение Европейской Комиссии от 30.6.2009 об утверждении образца национального плана действий в отношении ВИЭ в соответствии с Директивой 2009/28/ЕС. ABl. L 182 от 15.7.2009, С. 33-62.

³⁶ Здесь имеются в виду источники национального правового регулирования, так как европейское право также является источником энергетического права Германии.

³⁷ Полное название – «Закон о электро- и газоснабжении» (Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung).

³⁸ О развитии положений Закона об энергетическом хозяйстве в редакциях 1935, 1998 и 2005 гг. на русском языке см. в кн. „Энергетическое право России и Германии: сравнительно-правовое исследование“ (под ред. П.Г. Лахно, Ф.Ю. Зеккера). М. 2011. С. 92-94 (автор главы – Ф.Ю. Зеккер).

эффективного и экологичного энергоснабжения общества электроэнергией и газом через присоединенную сеть, которое базируется на возрастающем использовании возобновляемых источников энергии»³⁹ (п. 1 § 1 EnWG). В целях обеспечения реальной и полноценной конкуренции в сфере снабжения электроэнергией и газом, а также обеспечения долгосрочной, эффективной и надежной работы сетей энергоснабжения применяется регулирование энергетической отрасли (п. 2 § 1 EnWG),⁴⁰ прежде всего деятельности сетевых организаций. Помимо регулирования (§§ 11-28a) для достижения указанной цели в Законе применяются и другие средства – разрешительный и уведомительный порядок деятельности (*Genehmigungs- und Anzeigepflicht*) в энергетике, сертификация (§§ 4, 4a, 4b, 5 EnWG), установление требований по разделению видов деятельности (*Entflechtung*, §§ 6-10e), ограничение свободного ценообразования (§§ 39, 40 и др.), контроль и надзор со стороны Федерального сетевого агентства (BNetzA, § 65 и далее).

Закон о возобновляемых источниках энергии (*Erneuerbare-Energien-Gesetz, EEG 2017*)⁴¹ является основополагающим нормативным правовым актом в сфере развития ВИЭ. При этом вступил в силу он еще задолго до начала „энергетического поворота“ – в 2000 году и с того времени претерпел несколько новых редакций (в 2004, 2009, 2012, 2014, 2017 гг.). Данный закон направлен на

³⁹ BGVl. I S. 1970.

⁴⁰ При этом понятие «регулирование» отличается от принятого в России. В Германии понятие (государственного) регулирования связывается, прежде всего, с конкурентными аспектами обеспечения недискриминационного доступа к определенной сфере деятельности либо благам для всех участников рынка. Поэтому применяется оно, прежде всего, в тех сферах, где невозможно обеспечить полноценную конкуренцию и объективно необходимо наличие естественных монополий (энергетика, телекоммуникации, почта, железные дороги и др.). В России же понятие «регулирование» заключается в создании надлежащих правовых условий, основ, рамок для деятельности субъектов в той или иной сфере. О понятии «регулирование» в Германии см.: Fetzer, Staat und Wettbewerb in dynamischen Märkten, Tübingen, 2013, S. 10 ff.; Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, München, 2004, S. 11 ff.; Kämmerer, Privatisierung, Tübingen 2001, S. 479 ff.; Schulte, Kloos, Handbuch Öffentliches Wirtschaftsrecht. München 2016. S. 34 ff.; Fehling/Ruffert (Hrsg.) Regulierungsrecht, Tübingen, 2010 и др.

⁴¹ Полное название – «Закон о строительстве возобновляемых источников энергии» (Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien). Текст закона на немецком языке: https://www.gesetze-im-internet.de/eeg_2014/

достижение ключевой цели – осуществление перехода энергоснабжения на преимущественную генерацию из ВИЭ (в том числе путем поддержки развития технологий, строительства новых ВИЭ, снижения расходов на строительство и эксплуатацию установок ВИЭ) и достижение к 2050 г. планового показателя в 80% ВИЭ в структуре конечного энергопотребления.

При этом в Законе под *возобновляемыми источниками энергии* (развитие которых регулируется в Законе) согласно абз. 21 § 3 EEG понимается: а) энергия воды, включая, энергию волн, приливов, осмоса, течений, б) энергия ветра, с) энергия Солнца, d) геотермальная энергия, е) энергия из биомассы, в том числе биогаз, биометан, свалочный газ, газ из остатков сточных вод, а также из биологически разлагаемых фракций промышленных и бытовых отходов.

В действующей редакции Закон содержит не только нормы о строительстве ВИЭ, подключении установок ВИЭ к сети, передачи и распределения энергии, но и подробное нормативно-правовое регулирование механизмов поддержки и рыночных механизмов сбыта энергии из ВИЭ. Основные юридические механизмы в сфере ВИЭ, закрепленные в Законе о ВИЭ 2017 (EEG 2017), будут рассмотрены далее.

*Закон о возобновляемых источниках тепловой энергии (EEWärmeG)*⁴² регулирует использование ВИЭ для отопления и охлаждения зданий. Законом установлена цель к 2020 году достичь показателя в минимум 14% использования ВИЭ для отопления и охлаждения зданий. Главным правовым инструментом достижения данной цели является установление обязанности использования различных ВИЭ собственниками вновь строящихся зданий (площадью более 50 м²) для производства тепла и холода в зданиях. Данное требование распространяется также и на административные здания, и в целом по Германии затрагивает ежегодно около 150 000 зданий.

⁴² Полное название – «Закон о поддержке возобновляемых источников энергии в тепловой сфере» (Gesetz zur Förderung Erneuerbarer Energien im Wärmebereich), текст на немецком языке: https://www.gesetze-im-internet.de/eew_rmeg/

В сфере ВИЭ и энергоэффективности действуют и другие законы, среди которых следует назвать *Закон о ветряных электростанциях на море* (Windenergie-auf-See-Gesetz, WindSeeG),⁴³ *Закон об энергосбережении* (Energieeinsparungsgesetz, EnEG).⁴⁴ Также в Германии действует *Закон об энергосервисных услугах* (Energiedienstleistungsgesetz, EDL-G),⁴⁵ устанавливающий обязательство крупных предприятий регулярно проводить энергетический аудит, закрепляющий требования к проведению энергетического аудита и содержащий иные меры по повышению энергетической эффективности.

Вопросы торговли сертификатами на эмиссию парниковых газов на национальном уровне регулируются специальным *Законом о системе торговли сертификатами на эмиссию парниковых газов* (Treibhausgasemissionshandelsgesetz, TEHG).⁴⁶

*Закон о когенерации (Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz, KWKG)*⁴⁷ устанавливает правовые меры поддержки совместного производства электрической и тепловой энергии на когенерационных установках, функционирующих в особенности на природном газе. Закон направлен на поддержку экологичных установок с низкой эмиссией парниковых газов и повышение энергоэффективности.

Также следует упомянуть о *Законе об атоме (Atomgesetz, AtG)*,⁴⁸ регулирующим сферу атомной энергетики. Данный закон уже, однако, в скором времени в значительной своей части потеряет актуальность в связи с выводом в 2022 г. из эксплуатации последней атомной электростанции на территории Германии.

⁴³ Текст на немецком языке: <http://www.gesetze-im-internet.de/windseeg/>

⁴⁴ Текст на немецком языке: <https://www.gesetze-im-internet.de/eneg/>

⁴⁵ Текст на немецком языке: <https://www.gesetze-im-internet.de/edl-g/>

⁴⁶ Текст на немецком языке: https://www.gesetze-im-internet.de/tehg_2011/

⁴⁷ Полное название – «Закон о содержании, модернизации и развитии когенерации» (Gesetz für die Erhaltung, die Modernisierung und den Ausbau der Kraft-Wärme-Kopplung), текст на немецком языке: https://www.gesetze-im-internet.de/kwkg_2016/

⁴⁸ Полное название – «Закон о мирном использовании ядерной энергии и защите от ее опасностей» (Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren), текст на немецком языке: <https://www.gesetze-im-internet.de/atg/>

В сфере строительства сетей⁴⁹ действуют *Закон о строительстве линий электропередач* (Energieleitungsausbaugesetz, EnLAG), регулирующий строительство (магистральных) сетей сверхвысокого напряжения (свыше 220 кВ),⁵⁰ *Закон об ускорении строительства сетей* (Netzausbaubeschleunigungsgesetz, NABEG),⁵¹ направленный на ускорение процессов планирования и выдачи разрешений на строительство новых сетей между землями (субъектами Федерации) и транснациональных сетей сверхвысокого и высокого напряжения (не менее 110 кВ), а также сетей от оффшорных ветряных парков до точек подключения на суше. Конкретные строительные проекты, которым требуется поддержка, определяются в *Законе о федеральном плане потребностей* (Bundesbedarfsplangesetz, BBPlG).⁵²

В сфере обеспечения энергетической безопасности действует *Закон об обеспечении энергоснабжения* (Energiesicherungsgesetz, EnSiG),⁵³ регулирующий вопросы снабжения энергией в ситуациях, когда нормальное энергоснабжение нарушено и эти нарушения не могут быть своевременно устранены, либо имеется прямая угроза нормальному энергоснабжению. На основе данного Закона принято два постановления в сфере снабжения газом (Gassicherungsverordnung, GasSV) и электроэнергией (Elektrizitätssicherungsverordnung, EltSV), имеющих силу закона.

В отличие от России, где постановления Правительства рассматриваются в качестве подзаконных НПА, в Германии постановления рассматриваются в качестве материальных законов (*materielle Gesetze*) параллельно с формальными (парламентскими) законами (*förmliche Gesetze*),⁵⁴ однако в иерархии источников права они стоят ниже парламентских законов. Кроме федеральных

⁴⁹ Нехватка сетей определенной мощности и пропускной способности по определенным направлениям является сегодня одной из острейших проблем в энергетике Германии.

⁵⁰ Текст на немецком языке: <https://www.gesetze-im-internet.de/enlag/>

⁵¹ Текст на немецком языке: <https://www.gesetze-im-internet.de/nabeg/>

⁵² Текст на немецком языке: <https://www.gesetze-im-internet.de/bbplg/>

⁵³ Текст на немецком языке: http://www.gesetze-im-internet.de/ensig_1975/

⁵⁴ При этом для большинства постановлений Правительства требуется одобрение Бундесрата. См.: ст. 80 Основного Закона ФРГ (Grundgesetz Deutschlands).

(парламентских) законов (*Bundesgesetze*) в Германии действует целый ряд **постановлений Правительства** в сфере энергетики. Здесь следует назвать постановления о доступе к электросетям (*Stromnetzzugangsverordnung, StromNZV*) и газопроводам (*Gasnetzzugangsverordnung, GasNZV*), а также постановления о плате за пользование сетями (*Strom- und Gasnetzentgeltverordnungen, Strom- und GasNEV*), постановление о подключении электростанций к сетям (*Kraftwerksnetzanschlussverordnung, KraftNAV*), постановления об основном обеспечении электрической энергией (*Stromgrundversorgungsverordnung, StromGVV*) и газом (*Gasgrundversorgungsverordnung, GasGVV*), постановление о ВИЭ (*Erneuerbare-Energien-Verordnung, EEV*), постановление о биомассе (*Biomasseverordnung, BiomasseV*), постановление об энергосбережении (*Energieeinsparverordnung, EnEV*) и другие.

IV. Разделение видов деятельности в энергетике

Разделение видов деятельности в энергетике (*Entflechtung* или *Unbundling*) в современном виде (четырёхступенчатое) регулируется в Законе об энергетике (*EnWG*), начиная с 2005 года. Однако введение разделения видов деятельности не является инициативой германского законодателя. Оно было первоначально введено во исполнение требований первых европейских Директив о внутреннем рынке электроэнергии (1996)⁵⁵ и внутреннем рынке газа (1998)⁵⁶ и получило дальнейшее развитие и проработку в т.н. «Ускоряющих директивах» ЕС (*Beschleunigungsrichtlinien*) 2003 г.⁵⁷ и уже позже - в Третьем энергетическом пакете ЕС 2011.

В Германии сети традиционно принадлежали вертикально-интегрированным энергетическим компаниям. С началом либерализации рынков нормы о разделении видов деятельности внесли большой вклад в процесс установления независимой конкуренции на энергетических рынках за счет того, что они

⁵⁵ Директива 96/92/ЕС о внутреннем рынке электроэнергии от 19.12.1996 (*EltRL 1996*).

⁵⁶ Директива 98/30/ЕС о внутреннем рынке газа от 22.06.1998 (*GasRL 1998*).

⁵⁷ Директива 2003/54/ЕС от 26.06.2003 (по рынку электроэнергии) и Директива 2003/55/ЕС от 26.06.2003 (по рынку газа).

улучшают условия недискриминационного доступа к сетям.⁵⁸ Так как сфера передачи электроэнергии (газа) по сетям является естественной монополией, а мощность (пропускная способность) сетей ограничена, то установление требования о разделении энергетических компаний по видам деятельности является важной предпосылкой для обеспечения независимости и недискриминационного доступа к сетям, а также предоставление, например, ценовых преимуществ для взаимосвязанных с сетевыми операторами компаний. Также предотвращается возможность перекрестного субсидирования внутри аффилированных энергетических компаний (концернов).

Требование о разделении видов деятельности распространяется на вертикально интегрированные энергетические компании, а также на юридически самостоятельных операторов распределительных сетей (*Verteilungsnetze*) и сетей передачи (*Übertragungsnetze*), фактически связанных с вертикально интегрированными энергетическими компаниями.⁵⁹ Однако требование о юридическом и операционном разделении не распространяется на мелких операторов распределительных электросетей и распределительных газопроводов, к сетям (газопроводам) которых присоединено менее 100 000 потребителей (т.н. *Konzernklausel*).

Закон об энергетике (EnWG) устанавливает четыре уровня разделения:

- **информационное разделение** (*informativische Entflechtung*, § 6a EnWG), устанавливающее обязанность сетевых организаций соблюдать конфиденциальность экономически важной информации. Так, информация об абонентах сети не может быть раскрыта, а информация о самих сетях может раскрываться лишь в исключительных случаях.

- **бухгалтерское разделение** (*buchhalterische Entflechtung*, § 6b EnWG), является одной из первых введенных форм разделения и наиболее слабой из всех. Бухгалтерское разделение заключается в обязывании энергетических

⁵⁸ Säcker, RdE 2006. S. 67.

⁵⁹ См.: абз. 2 ст. 3 Регламент ЕС об антимонопольном контроле (*Fusionskontrollverordnung* 139/2004, FKVO). ABl. L 24 от 29.01.2004, С. 1-22.

компаний иметь отдельные счета для каждого вида деятельности и вести раздельный бухгалтерский учет по видам деятельности.

• **организационное (операционное или функциональное) разделение** (*organisatorische Entflechtung*, § 7a EnWG), предполагающее организационное обособление деятельности, связанной с сетями, от других видов деятельности, которое осуществляется, прежде всего, путем разделения персонала, то есть запрета замещения руководящих должностей одним лицом в сетевых и энергоснабжающих организациях.

• **юридическое (корпоративно-правовое) разделение** (*gesellschaftsrechtliche Entflechtung*, § 7 EnWG) заключается в том, что сетевые организации должны быть самостоятельными юридическими лицами. Тем не менее, данное требование не исключает ситуаций аффилированности. И в этом смысле до введения разделения собственности оно было малоэффективным.

С принятием третьего энергетического пакета и поправками в Закон об энергетике в 2011 году для операторов сетей, осуществляющих передачу электроэнергии (транспортировку газа) дополнительно введены еще три альтернативных модели разделения (§§ 8-10e EnWG): **разделение собственности** (*eigentumsrechtliche Entflechtung* или *ownership unbundling*), независимый системный оператор (*Unabhängiger Systembetreiber* или *independent transmission operator*) и независимая транспортная организация (*Unabhängiger Transportnetzbetreiber*). Введение норм о разделении собственности вызывало жесткие дискуссии в юридическом сообществе (как среди практиков, так и среди ученых), так как рассматривалось как чрезмерное вмешательство государства в свободу предпринимательской деятельности, так как данное требование запрещает вертикально интегрированным энергетическим компаниям быть собственниками или обладать правами корпоративного управления в организациях-операторах магистральных сетей (газопроводов).

V. Актуальные вопросы правового обеспечения «энергетического поворота»

a. Энергетический пакет 2016

8 июля 2016 г. в качестве следующего шага «энергетического поворота» был принят пакет важных законов, вступивших в силу с 1 января 2017 г. Прежде всего, это уже упоминавшаяся новая редакция Закона о ВИЭ (EEG 2017), а также *Закон о рынке электроэнергии* (Strommarktgesetz)⁶⁰ и *Закон о цифровизации энергетического поворота* (Digitalisierungsgesetz). Данные законы направлены, прежде всего, на создание правовых основ т.н. энергорынка 2.0 (Strommarkt 2.0) – рынка электрической энергии со значительной долей успешно интегрированной в рыночные условия энергии из высоковольтных ВИЭ, гибкой генерацией и гибким спросом, а также инновационными бизнес-моделями. Задачей энергорынка 2.0 является обеспечение надежного и доступного по цене снабжения электроэнергией при возрастающей доле энергии из ВИЭ (прежде всего энергии ветра и солнца).⁶¹

Одним из главных нововведений энергорынка 2.0 является введение *«резервов мощности»* (Kapazitätsreserve, § 13e EnWG). В Германии довольно долго обсуждалась необходимость создания помимо рынка электроэнергии также рынка мощности (как, например, в России). Однако в итоге было принято решение в пользу не полноценного рынка мощности, а так называемых *«резервов мощности»*, создаваемых в качестве дополнительной меры гарантирования надежного энергоснабжения в условиях преимущественного использования ВИЭ. Резервы мощности, в отличие от рынка мощности, касаются только тех (резервных) электростанций, которые не являются участниками рынка электроэнергии что не оказывает влияния на конкуренцию и ценообразование на энергорынке. Резервы мощности планируется применять в

⁶⁰ Полное название – «Закон о дальнейшем развитии рынка электроэнергии» (Gesetz zur Weiterentwicklung des Strommarktes). Однако данный закон содержит лишь нормы, вносящие изменения в уже существующие законы и постановления (Verordnungen).

⁶¹ Об энергорынке 2.0 см. подробнее на сайте Федерального министерства экономики и энергетики: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Dossier/strommarkt-der-zukunft.html>

крайне редких, непредвиденных экстремальных ситуациях - тогда, когда на оптовом рынке электроэнергии спрос превышает предложение и в сетях не хватает электроэнергии для удовлетворения спроса в полном объеме.⁶² Резервы мощности в подобных ситуациях гарантируют, что все потребители смогут получить необходимую электроэнергию за счет электроэнергии, поступающей с резервных электростанций.

b. Закон о ВИЭ 2017

До реформы Закона о ВИЭ (EEG) в 2014 г. в качестве основного механизма поддержки ВИЭ действовала система т.н. «зеленых тарифов». Операторы установок ВИЭ получали сроком на 20 лет гарантированное вознаграждение («зеленый тариф»), которое делало строительство и эксплуатацию данных установок экономически рентабельной. Однако проблема заключалась в том, что данное гарантированное вознаграждение обеспечивалось за счет потребителей через специальную надбавку (EEG-Umlage), которая в 2016 г. составляла 6,35 центов за кв/ч, а в 2017 выросла уже до 6,88 центов за кв/ч. В итоге существующая система поддержки привела к серьезному парадоксу - биржевые цены на электроэнергию из ВИЭ с каждым годом становились все ниже, тогда как цена электроэнергии для конечных потребителей с каждым годом все возрастала. В связи с повышением цен на электроэнергию было введено освобождение от уплаты надбавки (EEG-Umlage) для предприятий с энергоемкими производствами, ориентированными на экспорт (около 4% промышленных предприятий), для поддержания ценовой конкурентоспособности этих предприятий на внешних рынках и предотвращения угрозы сокращения рабочих мест.

С реформой EEG в 2014 г. произошла рыночная интеграция возобновляемой энергетики путем замены «зеленых тарифов» введением обязательных прямых

⁶² Энергетика, основанная на использовании ВИЭ, гораздо больше подвержена таким ситуациям по сравнению с традиционной энергетикой, так как в силу плохих погодных условий установки ВИЭ могут оказаться попросту неспособны произвести необходимое рынку количество энергии.

продаж энергии из ВИЭ на рынок (*Direktvermarktung*) для вновь вводимых в эксплуатацию установок ВИЭ. Данный механизм выглядит следующим образом: производители энергии из ВИЭ должны первоначально самостоятельно продавать электроэнергию (напрямую крупным потребителям, либо через энергетические биржи, а не сетевым операторам), но после этого они могут претендовать на получение доплат (рыночной премии, *Marktprämie*), размер которых с 1 января 2017 определяется на основе конкурсных процедур (*Ausschreibungen* в соответствии с EEG 2017). Размер рыночной премии определяется Федеральным сетевым агентством (*Bundesnetzagentur*) на аукционах, исходя из инвестиционных и эксплуатационных затрат на конкретную установку ВИЭ (*anzulegender Wert*) в центах на киловатт установленной мощности, с учетом средних рыночных цен на электроэнергию. Те производители, кто предлагает на аукционах генерацию энергии на ветряных, солнечных электростанциях либо из биомассы с наименьшими эксплуатационными расходами, имеют наибольшие шансы получить дополнительную поддержку со стороны государства.

Для ветрогенераторов и солнечных электростанций, находящихся на суше, участие в аукционах обязательно, если установленная мощность данных ВИЭ-установок превышает 750 кВт, а для установок биомассы участие в аукционах обязательно начиная с установленной мощности 150 кВт. Таким образом, для производителей с ВИЭ-установками малой мощности (прежде всего домохозяйств, сбывающих излишки в сеть), не требуется участие в аукционах. Они по-прежнему получают устанавливаемую государством субсидию в фиксированном размере («зеленый тариф») от сетевых организаций (в зависимости от мощности установки, в среднем 11-12 центов за кВт/ч «зеленой» энергии).

Большое внимание в EEG 2017 также уделено тому, чтобы развитие ВИЭ шло нога в ногу со строительством сетей. Проблема здесь заключается в том, что если в прошлом электростанции строились преимущественно в непосредственной близости от основных (крупных промышленных)

потребителей, то большинство установок ВИЭ находятся на существенном удалении от них, так как выбор места строительства установок ВИЭ обуславливается, прежде всего, географическими и климатическими особенностями. В связи с чем подавляющее большинство ветряных парков расположены на севере Германии, тогда как наиболее энергоемкие производства находятся на западе и юге страны. Соответственно возникает серьезная проблема по передаче энергии на дальние расстояния, для чего необходимо достаточное количество сетей сверхвысокого напряжения (магистральных) и, соответственно, большие инвестиции в их строительство.

В силу имеющихся проблем с наличием необходимых сетей EEG 2017 содержит нормы, ограничивающие строительство новых ветряных электростанций (на суше) в областях, где имеется дефицит сетей (север Германии).

с. Закон о цифровизации

С принятием Закона о цифровизации (*Digitalisierungsgesetz*) была создана правовая основа для развития «умных» технологий в энергетике – «умных сетей» (*Smart Grid*), «умного измерения» (*Smart Meter*) и «умных домов» (*Smart Home*). Иными словами, данный закон направлен на создание условий для использования цифровой инфраструктуры в энергетике. Основным новшеством является постепенное внедрение интеллектуальных измерительных систем (*intelligente Meßsysteme*), которые рассматриваются в качестве надежной платформы для “энергетического поворота” и средства коммуникации (посредством *Smart-Meter-Gateway*) между производителями и потребителями электроэнергии через операторов точек измерения (*Messstellenbetreiber*), которые среди прочего выполняют функции администратора системы Smart-Meter-Gateway.

Закон о цифровизации (*Digitalisierungsgesetz*) не только вносит изменения в ряд существующих Законов и постановлений (как, например, Закон о рынке

электроэнергии), но содержит в себе также *Закон о деятельности по учету электроэнергии (Messstellenbetriebsgesetz, MsbG)*.⁶³

Закон (MsbG) обязывает конечных потребителей (с годовым потреблением свыше 10 000 киловатт-часов, а с 2020 г. – начиная от 6000 киловатт-часов) устанавливать интеллектуальные счетчики электроэнергии. Такое же требование предъявляется к лицам, эксплуатирующим установки децентрализованной генерации (и когенерации), если их установленная мощность превышает 7 кВт (§ 29 MsbG). Тем не менее, все потребители и операторы установок, на которых не распространяется требование о внедрении интеллектуальных измерительных систем, к 2032 г. должны быть оснащены современным измерительным оборудованием (абз. 3 § 29 MsbG).

«Умные» счетчики позволяют потребителям получать данные не только о потреблении электроэнергии, но и о времени потребления, а также визуализированную картину по каждому киловатту потребленной электроэнергии, что должно стимулировать потребителей к энергосбережению, а также переходу к гибким тарифам. С другой стороны такие системы позволяют видеть сетевым операторам полную картину о производстве и потреблении электроэнергии оборудованием, подключенным к сети, что делает гораздо более эффективным управление сетью.

Также MsbG регулирует деятельность организаций, занимающихся учетом и измерениями в области энергопотребления (операторов точек измерения - Messstellenbetreiber). По общему правилу этими организациями являются местные операторы распределительных сетей (§ 2 Nr. 4, § 3 MsbG). Данные организации уполномочены не только осуществлять управление интеллектуальными и иными современными измерительными системами, в том числе функции администратора Smart-Meter-Gateway, но также производить их установку. Однако они имеют право передавать данные полномочия другим

⁶³ Полное название – «Закон о деятельности по учету электроэнергии и передаче данных в интеллектуальных энергетических сетях» (Gesetz über den Messstellenbetrieb und die Datenkommunikation in intelligenten Energienetzen).

организациям (§ 41 MsbG), что является предпосылкой для возникновения самостоятельного рынка в сфере энергоучета и измерений.

Рекомендуемая литература

На немецком языке:

- 1) Pritzsche / Vacha. Energierecht. Einführung und Grundlagen, 2017. Verlag C.H. Beck oHG. München.
- 2) Energierecht. Handbuch. Hrgb. von Christoph Germer, Helmut Loibl, 2. Auflage, Erich Schmidt Verlag, 2007.
- 3) Schneider / Theobald, Recht der Energiewirtschaft, Praxishandbuch, 4. Auflage, 4. Auflage. 2013.
- 4) Baur / Pritzsche / Simon (Hrsg.): Unbundling in der Energiewirtschaft – Ein Praxishandbuch, Carl Heymanns Verlag 2006

На русском языке:

- 1) Зверев А.В. Современная энергетическая политика Германии // “Финансовая аналитика: проблемы и решения”. 8 (50). 2011. С. 55-61.
- 2) Зеккер Ф.Ю. Германское энергетическое право в развитии - трансформация в постископаемую эру // Энергетическое право. № 1. 2015. С. 2-9.
- 3) Тимофеева Е.В. Создание условий для конкуренции посредством разделения видов деятельности в электроэнергетике и газовой промышленности ФРГ // Энергетическое право. № 1. 2015. С. 15-19.
- 4) Хохаус Н.В. Меры государственной поддержки для производства энергии из возобновляемых источников в Германии // Энергетическое право. № 1. 2015. С. 25-29.
- 5) Энергетическое право России и Германии: сравнительно-правовое исследование (под ред. П.Г. Лахно, Ф.Ю. Зеккера). М.: Издательство «Юрист». 2011.
- 6) Седых С.В., Зарицкий Б.Е. Энергетическая политика ФРГ: монография. М.: Издательство “Магистр”. 2015.

Автор статьи:



Сергей Козлов – управляющий партнер Юридической компании SKS Confidence, специалист в области предпринимательского и энергетического права. Окончил с отличием Юридический факультет Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова (кафедра предпринимательского права), Школу немецкого права при Университете Регенсбурга. Проходил обучение на юридических факультетах Университета Тюбингена и Университета Регенсбурга. Координатор Научно-образовательного центра „Энергетика и право“ Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова.

В настоящее время также является докторантом кафедры публичного права Университета Регенсбурга (диссертация по энергетическому праву под научным руководством проф. Геррита Манссена (Prof. Dr. Gerrit Manssen)). Является автором более двух десятков научных публикаций по вопросам энергетического, банковского, информационного и корпоративного права на русском, немецком и английском языках.

Имеет большой практический опыт юридического консультирования и сопровождения бизнес-проектов, а также проектов в сфере энергетики, в том числе в российско-германском контексте.

Член Германно-Российской ассоциации юристов, Ассоциации юристов России.
Координатор рабочей группы по энергетическому праву Германно-Российской ассоциации юристов (DRJV). Член экспертной панели The LawReviews (Лондон, Великобритания).

E-Mail для связи: kozlov@skskonfidence.com

SKS Confidence Law Firm | www.skskonfidence.com | + 7 (499) 755 68 51

Меры по защите интересов государства

по горному праву ФРГ

Die Vorkehrungen zum Schutz staatlicher Interessen nach dem deutschen Bergrecht

Жанна Досманова, LL.M. (Бремен, Германия)

докторант юридического факультета

университета Гамбурга (Германия)

Zhanna Dosmanova, LL.M. (Bremen)

Doktorandin der juristischen Fakultät

der Universität Hamburg

In ihren Mineraliengewinnungspolitik verfolgen Staaten die staatlichen bzw. öffentlichen Interessen und Zwecke mit der Verfestigung eigener Stellungen mittels der verschiedenen gesetzlichen Instrumente,¹ wie die staatliche Teilnahme in privaten Konzessionen, die Möglichkeit der einseitigen Vertragsauflösung durch den Staat, das Vorkaufsrecht des Staates von Bergrechten und Bodenschätzen, die Anforderungen für die Gewährleistung der ökologischen Sicherheit, die Wahrung des *local content*, die Instrumente der Besteuerung, der Einfluss auf Handel von Rohstoffen usw.² Aus der Sicht der Staaten können solche Regelungsmechanismen den Interessenausgleich, und nämlich den Ausgleich zwischen den Interessen von Nutznießer von Bodenschätzen, Unternehmer und Investoren und den Interessen des Staates, der

¹ Siehe: Deutscher Bundestag, 8. Wahlperiode, Entwurf eines Bundesberggesetzes, Drucksache 8/1315, 9. Dezember 1977, S. 1: <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/08/013/0801315.pdf> (26.04.2018).

² Vgl.: Ж.Е. Досманова (*Dosmanova*). Меры по защите интересов государства в сфере недропользования: Республика Казахстан и Германия (Die Vorkehrungen zum Schutz staatlicher Interessen im Bereich der Nutznießung von Bodenschätzen in Kasachstan und in Deutschland), журнал «Право и Государство», 2017, № 1, № 2; *Dosmanova*, Kontrakt über die Nutznießung von Bodenschätzen nach dem Recht der Republik Kasachstan in: Transformation durch Rezeption? Möglichkeiten und Grenzen des Rechtstransfers am Beispiel der Zivilrechtsreformen im Kaukasus und in Zentralasien. Hrsg. v. Eugenia Kurzynsky-Singer, 2014. XIV, BtrIPR 102, S. 395-454; *Gocht*, Wirtschaftsgeologie und Rohstoffpolitik, Untersuchung, Erschließung, Bewertung, Verteilung und Nutzung mineralischer Rohstoffe, 1983, S. 21.

Gesellschaft und der Umwelt, nunmehr zu einem angemessenen Gleichgewicht bringen. In diesem Aufsatz wird den Schutz von staatlichen Interessen im Bereich der Rohstoffgewinnung durch das System von Grundsätzen und Regelungsinstrumenten des Bergrechts betrachtet.

В политике по разработке природных ресурсов государства преследуют государственные/общественные цели и интересы, закрепляя свои позиции, используя различные законодательные инструменты,³ такие как государственное участие в частных концессиях, возможность расторжения контракта государством в одностороннем порядке, приоритетное право покупки государством права недропользования и полезных ископаемых, требования по обеспечению экологической безопасности, требования к «местному содержанию», инструменты налогообложения, влияние на торговлю минеральными ресурсами и т.д.⁴ По мнению государств, такие механизмы регулирования могут уравнивать баланс интересов, а именно баланс между интересами недропользователей, предпринимателей, инвесторов и государственными интересами, интересами общества и окружающей среды. В данной статье рассматривается защита государственных интересов в сфере разработок полезных ископаемых через систему принципов и инструментов регулирования горного права.

³ См.: Deutscher Bundestag (Немецкий парламент), 8. Wahlperiode, Entwurf eines Bundesberggesetzes (Проект Федерального горного закона), Drucksache 8/1315, 9. Dezember 1977, S. 1: <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/08/013/0801315.pdf> (26.04.2018).

⁴ См.: Ж.Е. Досманова. Меры по защите интересов государства в сфере недропользования: Республика Казахстан и Германия, журнал «Право и Государство», 2017, № 1, № 2; *Dosmanova* (Досманова), Kontrakt über die Nutznießung von Bodenschätzen nach dem Recht der Republik Kasachstan (Контракт на недропользование по казахстанскому законодательству) in: Transformation durch Rezeption? Möglichkeiten und Grenzen des Rechtstransfers am Beispiel der Zivilrechtsreformen im Kaukasus und in Zentralasien. Hrsg. v. Eugenia Kurzynsky-Singer, 2014. XIV, BtrIPR 102, S. 395-454; *Gocht* (Гохт), Wirtschaftsgeologie und Rohstoffpolitik, Untersuchung, Erschließung, Bewertung, Verteilung und Nutzung mineralischer Rohstoffe (Экономическая геология и политика в области разработки минеральных ресурсов), 1983, S. 21.

1. Обзор общего правового регулирования недропользования в ФРГ

Правовой основой для разработок полезных ископаемых в Федеративной Республике Германия является Федеральный горный закон (Bundesberggesetz – BBergG - ФГЗ).⁵ Он заменил собой в 1980 году предшествующее горное регулирование федеральных земель.

Федеральный горный закон регулирует поиск, разведку, добычу и предварительную обработку полезных ископаемых. Он регулирует восстановление поверхностей для повторного использования в течение и после завершения вышеперечисленных операций по недропользованию, кроме этого, открытие/закрытие производственных сооружений и организаций, созданных для реализации операций по недропользованию. Также ФГЗ действует для исследований подпочвы для пригодности сооружения подземных накопителей, создания и функционирования данных накопителей полезных ископаемых (§ 2 ФГЗ).

Закон действует также для проведения операций по недропользованию в зоне шельфа ФРГ, прокладки подводных кабелей и транзитных трубопроводов и исследовательской деятельности. При этом международно-правовые нормы об экстерриториальных водах, исключительных экономических зонах и шельфе остаются незатронутыми (§ 2 ФГЗ). Для реализации Конвенции Организации Объединённых Наций по морскому праву 1982 года, обеспечения выполнения обязательств из главы XI Конвенции ФРГ приняла «Закон для регулирования горных разработок морского дна» (Gesetz zur Regelung des Meeresbodenbergbaus (Meeresbodenbergbaugesetz - MBergG)⁶).

⁵ Bundesberggesetz (BBergG) (Федеральный горный закон) vom 13. August 1980 (BGBl. I S. 1310). Letzte Änderung durch Artikel 2 des Gesetzes vom 21. Juli 2016 (BGBl. I S. 1764); Textsammlung Bergrecht: Bundesberggesetz und untergesetzliches Regelwerk (Сборник текстов нормативных актов по горному законодательству). VGE Verlag. 1. Aufl., 2015, S. 11. Текст закона на немецком и английском языке: <https://www.gesetze-im-internet.de/bbergg/>

⁶ Gesetz zur Regelung des Meeresbodenbergbaus (Meeresbodenbergbaugesetz - MBergG) (Закон О регулировании недропользования на морском дне) vom 6. Juni 1995 (BGBl. I S. 778, 782). Zuletzt ist durch Artikel 2 u. Artikel 4 Absatz 69 des Gesetzes vom 18. Juli 2016 (BGBl. I S. 1666) geändert worden. Текст закона на немецком языке: <https://www.gesetze-im-internet.de/mbergg/index.html>

2. Разделение полезных ископаемых на группы

Федеральный горный закон (§ 3 ФГЗ) относит к полезным ископаемым любые минеральные вещества в твердом, жидком или газообразном состоянии за исключением воды.⁷ То есть Закон регулирует все виды полезных ископаемых. Закон разделяет все полезные ископаемые на две большие группы:

- 1) полезные ископаемые, свойственные для почвы (на поверхности земли) и находящиеся в распоряжении собственника земельного участка (*grundeigene Bodenschätze*) и
- 2) полезные ископаемые «свободные» для поисков и разработок, на которые не распространяется право собственности на земельный участок частного лица или государства (*bergfreie Bodenschätze*).

2.1 Полезные ископаемые на поверхности почвы (*grundeigene Bodenschätze*)

Полезные ископаемые этой группы перечислены в пункте 4 § 3 ФГЗ: базальтовая лава; боксит; бентонит; полевой шпат; кварц и кварцит; глина и т.д. Также к ним относятся полезные ископаемые, которые не относятся к «свободным» полезным ископаемым или к перечисленным выше полезным ископаемым этой группы, в случае, если они разведываются и добываются под землей.

Эти полезные ископаемые подразделяются в свою очередь на две подгруппы, подлежащие двум разным правовым режимам: поверхностные полезные ископаемые, нуждающиеся в горно-правовом разрешении (*grundeigene Bodenschätze*) и поверхностные полезные ископаемые без необходимости горно-правового разрешения (*Grundeigentümergebilde*). В обоих случаях эти полезные ископаемые находятся в распоряжении собственника земельного участка. Различие состоит в том, что в первом случае, такие полезные

⁷ Вода регулируется отдельно в Законе о порядке водного режима (*Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz - WHG) vom 31. Juli 2009 (BGBl. I S. 2585)*), который дополняется регулированием Земельных водных законов федеральных земель (*Landeswassergesetze*).

ископаемые подпадают под режим горно-правового законодательства и для их разработки требуется одобрение производственного плана согласно § 51 ФГЗ и они подлежат надзору, как предусмотрено § 69 ФГЗ.

Остальные поверхностные полезные ископаемые, не перечисленные в § 3 ФГЗ (Grundeigentümergebühren), к ним относятся, например, гравий, песок, природные (строительные) камни и т.п., соответственно не подпадают под правовой режим ФГЗ.⁸ Публично-правовой аспект их добычи регулируется строительным (Baurecht), водным (Wasserrecht), природно-защитным (Naturschutzrecht), ландшафтно-защитным правом (Landschaftsschutzrecht) и правом по защите от вредных выбросов (Immissionsschutzrecht), а также негорным законодательством федеральных земель (Abgrabungsgesetze bzw. Landesnaturschutzgesetze, законы по извлечению или законы по защите природы).⁹

2.1 «Свободные» полезные ископаемые (bergfreie Bodenschätze)

Ко второй группе («свободные» полезные ископаемые) отнесены: железо, золото, платина, серебро, титан, цинк и т.д.; а также углеводороды (нефть и природный газ); уголь и т.д. Как видно из этого списка, в него большим образом подпадают полезные ископаемые, которые имеют важное значение для народного хозяйства. Также к ним относятся все полезные ископаемые на территории шельфа, прибрежных вод, а также геотермальное тепло. На «свободные» для поисков и разработок полезные ископаемые (bergfreie Bodenschätze) не распространяется право собственности на земельный участок.

Для сравнения, в Австрии Закон о минеральных полезных ископаемых также делает разделение в зависимости от нахождения в чей-либо собственности. Но есть небольшое отличие, когда полезные ископаемые распределяются не на две,

⁸ Müller/Schulz (Мюллер/Шульц), Handbuch Recht der Bodenschätzegewinnung (Пособие по праву разработки полезных ископаемых), Nomos, 2000, S. 21-23.

⁹ Bundesberggesetz (BBergG), Kommentar (Комментарий к Федеральному горному закону), Hrsg./Bearbeiter: Boldt; Weller; Kühne; Mäßenhausen (Больдт, Веллер, Кюне, Мессенхаузен), 2. Aufl., Berlin; Boston, de Gruyter, 2016, S. 51-52.

а на три группы. Так, руды (железа, хрома, свинца и т.д.), золото, серебро, платина, гипс, тяжёлый и плавиковый шпат, уголь, битуминозный сланец, магнезит, известняк, графит, фарфоровая глина и некоторые другие глинистые и горные породы являются свободными для поисков и разработок (*bergfrei*). В распоряжении федерации находятся, то есть относятся к государственной собственности, каменная соль, углеводороды, урановое и ториеносное минеральное сырьё (*bundeseigen*). Остальные, не отнесенные к первым двум группам и не перечисленные в законе полезные ископаемые находятся в личном распоряжении собственника земельного участка (*grundeigen*).¹⁰ Здесь прослеживается более властный, государственный подход, когда стратегические полезные ископаемые изначально распределены в собственность государства.

3. Принципы осуществления недропользования

Горное законодательство ФРГ основывается на определенных принципах и подходах к регулированию.

3.1 Принцип «горной свободы»

Прежде всего это принцип «горной свободы» / «свободы заниматься горной деятельностью». Данный принцип подразумевает, что каждый вправе искать и добывать полезные ископаемые, независимо от наличия собственности на земельный участок. Однако эта деятельность законодательно регулируется и находится под контролем государства и подлежит ограничениям. В Федеративной Республике Германии не закреплена непосредственно государственная собственность на недра и на определенные полезные ископаемые, содержащиеся в их глубинах. Данные полезные ископаемые являются первоначально «бесхозными». Однако в случае их обнаружения, собственность на них может быть получена только через контролируемую государством процедуру присуждения.

¹⁰ Bundesgesetz über mineralische Rohstoffe (Mineralrohstoffgesetz - MinroG) (Федеральный закон о минеральных ископаемых) StF: BGBl. I Nr. 38/1999.

Принцип «горной свободы» предопределяет подход к получению права недропользования в Германии. Не государство, как правило, предлагает участки месторождений для пользования или приобретения, а любой недропользователь (старатель) может подать заявку и таким образом получить право недропользования на любой участок (open-door-system). Правопритязание на право недропользования имеет любой инвестор, выполняющий предпосылки, предусмотренные ФГЗ.¹¹

3.2 Принцип ограниченного права собственности на полезные ископаемые

Правовое соотнесение полезных ископаемых к соответствующему собственнику земельного участка происходит на основе гражданско-правовых предписаний.¹² Право собственности регулируется § 903 Гражданского Уложения Германии¹³ (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB, далее: /ГГУ). § 905 ГГУ устанавливает специальное ограничение права собственности на земельный участок. Согласно нему право собственника земельного участка распространяется на пространство, располагающееся над поверхностным слоем земли, и на массив грунта под ним. Однако собственник не может запретить действия, которые производятся на такой высоте или глубине, что у него нет интереса в недопущении таких действий или вмешательств. Таким образом недра земли и извлеченные из них «свободные» полезные ископаемые под его земельным участком не принадлежат собственнику земельного участка.¹⁴ § 958 ГГУ в пункте 2 устанавливает дальнейшее ограничение, когда присвоение движимых бесхозных вещей (в данном случае полезных ископаемых) невозможно, если такое присвоение запрещено законодательно или нарушает право присвоения другого лица.

¹¹ Кюне Г. Основы германского горного права (газ, нефть, уголь) в: «Энергетика и право», под ред. Лакно И.Г., 2-е изд, М., 2009. С. 118, 128.

¹² Müller/Schulz (Мюллер/Шульц), Handbuch Recht der Bodenschätzegewinnung (Пособие по праву разработки полезных ископаемых), Nomos, 2000, S. 21.

¹³ Текст закона на немецком и английском языке: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>
См. также русский перевод: Гражданское уложение Германии, 4-е издание, 2015.

¹⁴ См. также: Чантурия Л.Л. Право собственности на землю и право недропользования: конфликт интересов в немецком праве // «Государство и право» № 3, 2006. С. 71.

Такие законодательные запреты и ограничения устанавливаются ФГЗ и Законом о порядке водного режима, которые по отношению к ГГУ являются специальным регулированием. Перечень полезных ископаемых в ФГЗ является, таким образом, определением содержания и ограничений права собственности, гарантированной в пункте 1 ст. 14 Основного закона Германии^{15, 16}.

Для случаев нарушения права присвоения другого лица ФГЗ регулирует конфликт интересов между владельцем права недропользования и собственником земельного участка, под грунтом которого находятся полезные ископаемые. Закон определяет процедуру уступки земельного участка за компенсацию (§§ 77-90 ФГЗ).

3.3 Принцип разделения между разведкой и добычей и административно-правовой подход к предоставлению права на них

Следующим принципом является **разделение между разведкой и добычей**. Для разведки (Aufsuchen/Aufsuchung) «свободных» полезных ископаемых необходимо получить разрешение на проведение разведывательных и поисковых работ (Erlaubnis) компетентного органа (§ 7 ФГЗ). Добыча (Gewinnen/Gewinnung) требует получения лицензии на деятельность по разработке и добыче обнаруженных при разведке полезных ископаемых (Bewilligung) от компетентного органа (§ 8 ФГЗ), которая может быть преобразована в право недропользования в виде права собственности на горнорудное предприятие (Bergwerkseigentum) (§ 9, 151 ФГЗ).

Эти права являются исключительными, то есть выдаются только на разведку или добычу указанных в правоустанавливающих документах полезных ископаемых на определенной территории. Также эти юридические титулы включают право на строительство и эксплуатацию всех необходимых сооружений для проведения горных работ. Эти правомочия могут быть

¹⁵ Текст закона на немецком и английском языке: <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/index.html>

¹⁶ Müller/Schulz (Мюллер/Шульц), Handbuch Recht der Bodenschätzegegewinnung (Пособие по праву разработки полезных ископаемых), Nomos, 2000, S. 21.

предоставлены физическим лицам, юридическим лицам и хозяйственным товариществам (§ 6 ФГЗ). Для этого им необходимо подать письменную заявку в компетентный орган, то есть в горное ведомство соответствующей федеральной земли. Присуждение права собственности на горнорудное предприятие предполагает первоначально наличие у заявителя лицензии на добычу (Bewilligung) на данном участке. Разведка и добыча «свободных» полезных ископаемых без данных разрешений или права собственности влечет за собой административное наказание (§ 145 ФГЗ).

Компетентный орган может не удовлетворить заявку только по причинам, указанным в Законе. Для разрешения на разведывательные работы это перечень в § 11 ФГЗ, для лицензии - в § 12 ФГЗ, для преобразования лицензии в горнорудное предприятие на праве собственности - в § 13 ФГЗ. Если же горное ведомство отказало в праве по причинам, не указанным в законе, или заявитель считает, что он всё-таки выполняет предпосылки или что отказ носил дискриминационный характер, то он может обратиться с иском в административный суд.¹⁷

Как видно из вышеизложенного, в ФРГ выдача прав на разработку полезных ископаемых осуществляется посредством административных актов, а не на основании договоров/контрактов.¹⁸

Горное законодательство устанавливает общие запреты и ограничения, согласно которым запрещается или ограничивается деятельность по разведке и добыче на тех земельных участках, которые служат общественным целям или защищены в общественных интересах (§ 48 ФГЗ). По этой причине может быть отказано в предоставлении разрешения на разведку или добычу. Это касается также разведки и добычи на шельфе.

¹⁷ Кюне Г. Основы германского горного права (газ, нефть, уголь) в: «Энергетика и право», под ред. Лахно И.Г., 2-е изд, М., 2009. С. 118.

¹⁸ См. там же. С. 117.

3.4 Обязательность уплаты налоговых сборов

Еще один принцип горной деятельности - это **обязательность уплаты налоговых сборов**. Согласно § 30 ФГЗ владелец разрешения на разведку обязан выплачивать ежегодно сбор за разведку (Feldesabgabe). Владелец лицензии на добычу (Bewilligung), как и собственник горнорудного предприятия (Bergwerkseigentümer) обязаны выплачивать сбор за добычу (Förderabgabe) (§ 31 ФГЗ).

3.5 Надзор за осуществлением недропользования

Разрешительный подход к разведке и добыче «свободных» полезных ископаемых реализуется в превентивном надзоре через специальную систему производственных планов (§§ 51-57 ФГЗ). Прежде всего предприниматель должен поставить в известность компетентный орган о начале строительства и производственных работ (минимум за две недели до начала работ). Кроме случаев, когда он уже подал производственный план компетентному органу для одобрения (§ 50 ФГЗ).

Горнорудные предприятия для разведки, добычи и предварительной обработки полезных ископаемых могут быть учреждены, эксплуатируемы и закрыты только на основании производственных планов (Betriebspläne), которые были разработаны предпринимателем и одобрены компетентным органом. Допуск производственного плана к осуществлению оформляется в письменном виде. Обязательными являются главный (Hauptbetriebsplan) и завершающий (Abschlussbetriebsplan) производственные планы. Компетентный орган может также в некоторых случаях потребовать дополнительные планы: рамочный (для долгосрочных проектов и проектов с риском для окружающей среды), специализированный (для определенных работ) и общий план (для нескольких предпринимателей).

Таким образом, разрешение на разведку и лицензия на добычу являются только юридическими титулами, первой ступенью допуска, но они не достаточны сами по себе для проведения работ. Только на второй ступени

допуска, после одобрения производственного плана, возможно приступить к недропользовательской деятельности.¹⁹ Эти титулы даются только на определенный срок, но их можно продлевать до максимального срока (п. 4 и 5 § 16 ФГЗ).

Важной составляющей этих планов является положение о необходимых мерах предосторожности против опасностей для жизни, здоровья и для защиты имущества, персонала и третьих лиц на производстве. Горные разработки подлежат надзору со стороны компетентных органов (Bergaufsicht § 69 ФГЗ). Компетентный орган при необходимости срочной защиты вышеперечисленных благ может издать распоряжение о временном полном или частичном приостановлении деятельности предприятия (п 2. § 71).

В случае причинения вреда здоровью или имуществу во время горных работ, собственник горнорудного предприятия, а также недропользователь, имеющий разрешение на разведку или добычу, несут ответственность и обязаны возместить ущерб как солидарные должники (§ 116).

С помощью процедуры производственных планов государство осуществляет превентивный надзор и контроль над недропользовательской деятельностью.²⁰

4. Промежуточный вывод

Принимая во внимание, что в ФРГ регулирование недропользования строится на системе административно-правовых актов, можно сделать следующие выводы:

1) право собственности на недра и полезные ископаемые подчиняется публично-правовому режиму горного права;

¹⁹ Кюне Г. Основы германского горного права (газ, нефть, уголь) в: «Энергетика и право», под ред. Лахно И.Г., 2-е изд, М., 2009. С. 122.

²⁰ Там же. С. 122.

2) таким образом устанавливается компромисс между условиями государства для предоставления права недропользования и принципом свободы поисков и разработок полезных ископаемых (Bergfreiheit) и

3) горным законодательством определяется более конкретное содержание и ограничение собственности на землю, недра и естественные ресурсы, установленное в Основном законе ФРГ (ст. 14, п. 1).²¹

Как видно из вышеизложенного, правовое регулирование недропользования в ФРГ носит в целом публично-правовой характер. Методы регулирования, права и обязанности участников, меры воздействия и полномочия компетентных органов позволяют охарактеризовать эти правоотношения как властно-подчинительные. В законе прямо указывается, что к реализации данного закона и принятых на его основе правовых актов необходимо применять «Закон об административных процедурах» (Verwaltungsverfahrensgesetz - VwVfG). При этом указывается на некоторые отклонения от этого предписания. Так, к требованиям из права собственности соответственно применимы действующие нормы гражданского законодательства. Например, право, данное лицензией, согласно пункту 2 § 8 ФГЗ, приравнивается к праву собственности. Соответственно к лицензии применяются положения ГГУ о правах собственности, если горное право не предусматривает иного. Присвоение полезных ископаемых осуществляется по общим правилам гражданского права и приобретения бесхозных вещей (herrenlose Sachen).²²

5. Дебаты о необходимости реформирования законодательства в сфере недропользования в ФРГ

В недавнем времени в партийных кругах и в кругу экспертов поднимался вопрос о необходимости изменения действующего горного регулирования.

²¹ Ring, Das deutsche Bergrecht – Ein Vorbild für viele Bergrechte der Welt? Präsentation an der technischen Universität, Bergakademie Freiberg (Г. Ринг. Немецкое горное право – образец для горного законодательства многих стран мира?): <http://www.dnjv.org/14Green/Ring-Bergrecht.pdf> (04.12.2016).

²² Решетина-Корхова А. Разведка и добыча газа и нефти в Германии: Правовые предпосылки и практика в: Сборник статей о праве Германии. Выпуск № 2, май 2017. С. 83-84.

Обобщая высказанные мнения, можно выделить несколько аспектов, по которым предлагается внесение изменений:

1) это адаптация норм Закона к новым технологиям и технологическим процессам (фрекинг), его модернизация;

2) усиление защиты интересов общественности, местного населения и населенных пунктов;

3) и укрепление позиции собственников земельных участков.

Относительно первого аспекта все сошлись в едином мнении, что необходимы срочные поправки в ФГЗ и его подзаконные акты. Так как многие нормы, с точки зрения нынешних реалий, устарели и не соответствуют более никоим образом нормам и процедурам сравнимых законов. Также на примере технологии фрекинга (технология гидроразрыва пласта) становится ясно, что ФГЗ содержит относительно рисков новых технологий недостаточный инструментарий, который обеспечил бы безопасность людей и природы.

Второй момент, на котором заострилось внимание, это то, что Закон должен в будущем больше учитывать интересы местных жителей и окружающей среды. К этому относится и сокращение использования невозобновляемых ресурсов до необходимого минимума. Поскольку разработка полезных ископаемых несет с собой неблагоприятные последствия для окружающей среды и прилегающих населенных пунктов. В этой связи Закон недостаточно побуждает недропользователей к эффективному расходованию природных ресурсов и их вторичному использованию. В итоге, в нынешней версии Закона выигрывают только предприятия.

Для изменения этой ситуации было предложено предпринять следующие изменения:

1) усиление позиции собственника земельного участка, уравнивание позиций горного предприятия с другими заинтересованными лицами не в сфере горных разработок;

2) ввести в Экологический кодекс главу «Горные разработки» и в ней процедуру получения разрешения для проектного планирования горных разработок. Для этого необходимо закрепление в ФГЗ материальной нормы по защите собственников земельных участков, соседствующих участков и окружающей среды как предпосылок для разрешения. Усилить в целом вовлеченность общественности в этот процесс;

3) по-новому отрегулировать отношение между разрешением для проведения горных работ и предпосылками для отчуждения земельного участка, с учётом интересов и прав собственника земельного участка. Необходимо ввести предварительную тщательную проверку экономической целесообразности планируемых горных работ для общего блага;

4) переложить бремя доказывания на ответчика, а именно на горнопромышленное предприятие, которое должно доказать, что нанесенный ущерб не был вызван его горнодобывающей деятельностью.²³

В результате обсуждений были сделаны следующие выводы. Действующий Горный закон в совершенно недостаточной степени решает конфликт между горнодобывающими предприятиями и затронутыми их производственной деятельностью лицами. Более того, недостаточное обеспечение прозрачности, гражданского участия, учёта общественных интересов и правовой защиты приводят к проблеме принятия горнодобывающих проектов со стороны общества.²⁴ Представители индустрии и горных объединений с данными выводами не согласились, предостерегая от более строгого регулирования для недропользователей, что может привести к удорожанию отечественного горнодобывающего производства, а это, в свою очередь, к увеличению импортозависимости.

²³ *Tessmer*. Vortrag: Vorschläge zur Neuordnung des deutschen Bergrechts (Тессмер Д. Доклад: Предложения по преобразованию немецкого горного права): https://www.gruene-bundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag_de/themen_az/umwelt/PDF/DirkTessmerNeuordnungDesBergR.pdf (27.12.2016).

²⁴ *Berggesetz muss dringend geändert werden*. Fachgespräch (Беседа экспертов: Горный закон необходимо срочно менять), 11.05.2012: <https://www.gruene-bundestag.de/?id=4383743> (25.12.2016).

6. Механизмы защиты государственных/общественных интересов и прав

Как было отмечено выше, государства используют различный инструментарий для защиты государственных интересов и прав третьих лиц в сфере недропользования. Рассмотрим те из них, которые можно распознать в немецком горном законодательстве. Одним из таких инструментов регулирования является **предоставление гарантий стабильности заключенных договоров** и предоставленных прав. Как выяснилось из вышеизложенного, в ФРГ отсутствует договорная система предоставления права недропользования и за государством не закреплена собственность на недра и на полезные ископаемые в недрах. Государство регулирует разведку и добычу определенных полезных ископаемых через систему административно-правовых актов (т.н. лицензионная система). Исключением из этой системы являются «сохранившиеся в силе права и договоры» (aufrechterhaltene Rechte und Verträge). Согласно ФГЗ (§ 149) права и договоры, в частности, право собственности на рудник/шахту, права собственников земельных участков, полномочия, разрешения, договоры на разведку или на добычу, концессии и т.д., которые были оговорены/предоставлены в соответствии с горным законодательством федеральных земель, действовавшим во время вступления в силу данного Закона, сохраняют свое действие. Такие права на недропользование были получены, как правило, на основании договоров, заключенных собственниками земельных участков с лицами, занимающимися горнодобывающей деятельностью, или организациями, заинтересованными в разведывательных работах. Закон гарантирует сохранение содержания этих «сохранившихся в силе прав и договоров», а, значит, и их стабильность (п. 1 § 156 ФГЗ). Все эти договоры и права должны были быть показаны компетентному органу в течение трёх лет со дня вступления в силу данного Закона. По истечению этого срока все права и договоры своевременно не показанные и не подтвержденные компетентным органом потеряли своё действие.

Следующий механизм - это **возможность расторжения договора государством в одностороннем порядке**. «Сохранившиеся в силе права и

договоры» могут быть полностью или частично отменены компетентными органами с предоставлением компенсации. Это происходит в тех случаях, когда при дальнейшем действии этих прав или продолжении их использования или от сохранения в силе или осуществления этих договоров можно ожидать нанесения ущерба общему благу. В особенности, если это право или договор касаются полезных ископаемых, имеющих особое экономическое значение для страны и они не добываются только потому, что правообладатель не пользуется своим правом недропользования или не осуществляет договор и это не предвидится в обозримом будущем. То есть таким образом, согласно немецкому законодательству (§ 160 ФГЗ), государство сохраняет за собой право отменить «сохранившиеся в силе права и договоры», если это лучшее решение для общего блага.

Относительно прав недропользования, полученных по лицензионной системе, то тут у компетентного органа есть три способа вмешательства в эти права. В целом немецкое право охраняет юридические титулы на недропользование и не имеет оснований менять их состояние. Поскольку эти права выдаются компетентным органом в результате выполненной проверки на наличие перечисленных в ФГЗ причин для отказа. Если компетентный орган такой причины не нашел, то предоставление такого права было правомерным и недропользователь может быть уверен в нем. Только в особых случаях может быть сделано исключение и разрешение или лицензия могут быть изменены. Последующее внесение, изменение или дополнение обязательств в разрешение или лицензию, согласно п. 3 § 16 ФГЗ, допустимо только при выполнении перечисленных в Законе предпосылок.

Вторым инструментом регулирования юридических титулов является их отзыв. Разрешение или лицензия должны быть отозваны, если впоследствии наступили причины, которые ранее привели бы к отказу в выдаче разрешения или лицензии (п. 1. § 18 ФГЗ). Ещё одной причиной, по которой разрешение, лицензия или право собственности на горнорудное предприятие могут быть отозваны, может служить ситуация, когда работы по ним не были начаты в

сроки, установленные Законом, и это случилось по вине правообладателя (п. 2-4 § 18 ФГЗ). Если же причины для отзыва возникли не по вине правообладателя и вне сферы его ответственности, то он, согласно п. 6 § 49 Закона об административных процедурах, имеет право потребовать компенсацию за имущественный ущерб, поскольку доверие правообладателя, достойное защиты, принимается во внимание.²⁵ Защита доверия (Vertrauensschutz) в отношении законов и административных актов государственных органов является одним из принципов публичного права.²⁶

Необходимо чётко различать отзыв разрешения на разведку или лицензии на добычу от отзыва разрешения на осуществление производственного плана. Одно не отменяет другое.²⁷ Данный способ вмешательства не был урегулирован в ФГЗ. В отношении отзыва разрешения на осуществление производственного плана действует общее предписание, которое регулирует отзыв правомерного административного акта (§ 49 Закона об административных процедурах).

Ещё один инструмент - это **меры по обеспечению экологической безопасности**. Основным критерием при принятии решений компетентными органами является соответствие общественным интересам (öffentliche Interesse). К этим общественным интересам относится прежде всего защита окружающей среды. ФГЗ упоминает во многих статьях окружающую среду или её составные части, такие как грунт и почва или растительный и животный мир, защита которых является предпосылкой при принятии решений компетентными органами или основанием для запретов и ограничений. К примеру, разведка в области шельфа и прибрежных вод недопустима, если она наносит несоразмерный вред растительному и животному миру и водам как составным частям экосистемы (п. 4 § 49 ФГЗ). Или допуск производственного плана к

²⁵ Кюне Г. Основы германского горного права (газ, нефть, уголь) в: «Энергетика и право», под ред. Лахно И.Г., 2-е изд, М., 2009. С. 126.

²⁶ См.: Rennert, Vertrauensschutz im deutschen Verwaltungsrecht, Vortrag am 21. April 2016 in Vilnius, Litauen: https://www.bverwg.de/user/data/media/rede_20160421_vilnius_rennert.pdf (26.04.2018), S. 3.

²⁷ Кюне Г. Основы германского горного права (газ, нефть, уголь) в: «Энергетика и право», под ред. Лахно И.Г., 2-е изд, М., 2009. С. 126.

реализации возможен, если не будет наноситься вред полезным ископаемым, чья защита находится в общественных интересах, или не будет наноситься несоразмерный вред растительному и животному миру (п. 1 № 4, 11 § 55 ФГЗ). Также ФГЗ предусматривает проведение проверки воздействия на окружающую среду (Umweltverträglichkeitsprüfung – UVP/ПВОС). Такая проверка не является обязательной для всех проектов, а только для тех, в которых вид деятельности, масштабы и рабочие характеристики предполагают существенное воздействие на окружающую среду. В приложении 1 к Закону о проверке воздействия на окружающую среду (Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung - UVPG)²⁸ приведен список характеристик проектов, для которых проведение ПВОС является обязательным, в том числе и в сфере недропользования. Однако процедура проверки в сфере недропользования проводится не по процедуре, предусмотренной Законом UVPG, а согласно процедуре в соответствии с ФГЗ (§ 57 а, § 57 b, § 57 с). Результаты такой проверки учитываются компетентным органом при принятии решения о допустимости осуществления проекта. В процедуру утверждения плана проверки (рамочного производственного плана) могут быть вовлечены третьи лица и общественность.

В случае, если вмешательство в использование правомочий на недропользование происходит не на основании положений горного права, а на основании права по охране окружающей среды, то эти же положения регулируют вопросы допустимости такого вмешательства и компенсации. Поскольку, как уже упоминалось, права на недропользование представляют собой «собственность» в смысле гарантии собственности, предоставляемой Конституцией (ст. 14 Основного закона ФРГ). Кроме того, ФГЗ обязывает при применении запрещающих или ограничивающих предписаний учитывать, что

²⁸ Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG) (Закон о проверке воздействия на окружающую среду) vom 12.02.1990. In der Fassung der Bekanntmachung vom 24. Februar 2010 (BGBl. I S. 94). Letzte Änderung durch Artikel 2 des Gesetzes vom 30. November 2016 (BGBl. I S. 2749). Текст закона на немецком языке: <https://www.gesetze-im-internet.de/uvpg/>

разведка и добыча должны быть как можно меньше подвергнуты отрицательному вмешательству (п. 1 § 48 ФГЗ).²⁹

Такие инструменты регулирования как ограничение концентрации прав недропользователей, приоритетное и преимущественное право государства на приобретение права недропользования и покупку полезных ископаемых, соблюдение «местного содержания» и т.д. в ФГЗ не предусмотрены. Как видно, немецкое горное законодательство предусматривает не самый большой набор инструментов для возможностей своего участия в разработке полезных ископаемых и для давления на недропользователей с целью усиления своих экономических позиций. Частично такой подход можно объяснить тем, что данная отрасль экономики не является существенной и стратегической для Германии. Эта сфера деятельности отдана преимущественно на разработку частным предпринимателям, но за ней осуществляется довольно строгий надзор и она детально регламентирована.

7. Заключение

Из всего вышеизложенного можно констатировать следующий подход к регулированию недропользования в немецком горном праве:

- 1) недра и полезные ископаемые (с определенной глубины) не имеют собственника, они «бесхозные»;
- 2) лицензионная система предоставления права недропользования государством;
- 3) дополнительная защита от злоупотреблений государственных органов принципами публичного/административного права;
- 4) основанием для принятий решений компетентными органами являются общественные интересы и общее благо.

²⁹ Кюне Г. Основы германского горного права (газ, нефть, уголь) в: «Энергетика и право», под ред. Лахно И.Г., 2-е изд, М., 2009. С. 127.

Таким образом в Германии недра принадлежат «всем и никому» и государство является только регулятором правоотношений в сфере недропользования как представитель общественных интересов и в своём законодательном регулировании исходит из защиты общественных интересов и прежде всего сторон, затронутых в процессе разработки недр. Соответственно, ФГЗ во многих статьях ссылается на общественные интересы и интересы третьих лиц.

Осуществляет данное регулирование государство через разрешительные процедуры, которые подлежат регулированию административным правом, в частности, Законом об административных процедурах. Гражданско-правовые отношения, связанные с правом недропользования, подлежат урегулированию гражданским законодательством.

Дополнительно к конституционной гарантии собственности, недропользователи защищены от неправомерных действий государственных органов прежде всего такими принципами публичного/административного права как принцип недискриминации и принцип защиты доверия, так как ФГЗ прямо указывает на применение норм административного права. Государственные органы, в том числе горные ведомства, обязаны руководствоваться этими принципами. Реализация данных принципов и защиты прав частных лиц осуществляется через систему самостоятельных административных судов.

Об авторе:



Жанна Досманова (LL.M., Bremen) является в настоящее время докторантом юридического факультета Гамбургского университета, а также координатором программы двойной магистратуры «Немецкое и российское право» в университете Пассау. Её специализацией является инвестиционное право, прежде всего инвестиции в области добычи нефти и газа и разработки полезных ископаемых,

а также разрешение конфликтов между государством и иностранным инвестором на основе инвестиционных контрактов или двусторонних/многосторонних международных инвестиционных договоров. Именно эта сфера была предметом её трудовой деятельности в группе по арбитражным спорам юридической компании Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH в Гамбурге.

Контакт: dos-zhanna@yandex.com

Autoreninfo:

Zhanna Dosmanova (LL.M, Bremen) ist zurzeit Doktorandin der juristischen Fakultät an der Universität Hamburg und Koordinatorin des Masterstudiengangs "Deutsches und Russisches Recht" an der Universität Passau. Sie spezialisiert sich im Investitionsrecht, vor allem Investitionen im Erdölgewinnungsbereich und in der Ausbeutung von Bodenschätzen sowie in der Streitbeilegung zwischen einem Gaststaat und einem ausländischen Investor auf der Grundlage von Investitionsstaatsverträgen oder bilateralen/multilateralen internationalen Investitionsverträgen. Gerade in diesem Bereich war sie tätig während ihrer Arbeit in der Schiedsabteilung der Rechtsanwaltskanzlei Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH in Hamburg.

Контакт: dos-zhanna@yandex.com

Интеграция энергии из солнечных и ветровых энергоустановок в систему электроснабжения Германии

Integration des volatil erzeugten Stroms in das deutsche Elektrizitätsversorgungssystem

Адвокат Татьяна Шлейхер
(Rechtsanwältin Tatjana Schleicher)

Seit Jahren bestimmt die „Energiewende“ die Entwicklungen in der Energiewirtschaft in Deutschland. Der von uns verbrauchte Strom soll bis zum Jahr 2050 zu 80 % aus den erneuerbaren Energiequellen stammen. In dem Beitrag wird nach Ansicht der Verfasserin der zentrale Punkt des neuen Strommarktdesigns behandelt: Wie kann das Abnahmeverhalten flexibilisiert werden, um die schwankende Stromerzeugung in das Elektrizitätsversorgungssystem zu integrieren, ohne die Versorgungssicherheit zu gefährden. Dafür wird zunächst das Problem aufgezeigt und sodann ein Lösungsansatz anhand von neuen gesetzlichen Regelungen zwischen dem Markt und der Regulierung skizziert.

В течение последних лет «поворот в энергетике» определяет развитие энергетической отрасли Германии. До 2050-го года потребляемое электричество должно на 80 % быть произведено из возобновляемых источников. В статье автор описывает, по её мнению, главный момент нового «дизайна» энергетического рынка: как можно адаптировать поведение потребителей, чтобы интегрировать неустойчивое производство электричества в систему электроснабжения, не подвергая угрозе её стабильность. В данном очерке сначала рассматривается эта проблема, а затем предлагается одна из возможностей для её решения на примере актуального законодательства и при учете правил рынка и регулирования.

I. Влияние «энергетического переворота» на систему электроснабжения Германии

Чтобы понять, в чем заключаются задачи «энергетического переворота энергетики», требующие решения, необходимо понять, как традиционно работает система электроснабжения и какие механизмы затрагивает такая реформа.

1. Основные данные о энергетической реформе

В 2010-м году правительство Германии представило концепцию «поворота в энергетике».¹ Впоследствии, в 2011-м году, были приняты постановления, которые знакомы под названием «Энергивенде» (Energiewende).² Суть принятых перемен - это отказ от энергии из атомных электростанций за счёт повышения доли энергии, произведённой из возобновляемых источников. Это решение действительно представляет собой переворот во всех сферах, задействованных в электроснабжении, начиная с производства электричества, его трансфера и заканчивая поведением потребителей. Именно на эти звенья принято разделять цепочку создания стоимости энергоснабжения в энергосистеме Германии: производство, транспорт и потребление. Очевидно, что переход на возобновляемые источники энергии в звене «производство» влечет за собой перемены для поведения потребителей. Это можно наглядно показать, рассматривая правила, по которым работает система электроснабжения.

2. Основы электросистем и их изменения в связи с «поворотом в энергетике»

При всех изменениях система электроснабжения должна оставаться стабильной и надёжной. Что это значит, будет указано в последующем.

¹ Bundesregierung, Das Energiekonzept, 2010.

² Bundesregierung, Energiewendebeschlüsse vom 30.06.2011.

a) Условия стабильности электроснабжения

Генерация и потребление электричества должны быть в любое время сбалансированы. Частота мощности является показателем стабильности электросистем.

Как соглашаются производство электричества и его потребление на данный момент? Количество потребляемой энергии большие потребители планируют сами и сообщают планы с данными по предполагаемому потреблению электричества для каждой четверти часа оператору, ответственному за поддержание баланса. Расход энергии частных лиц может предсказываться соответствующими стандартными моделями поведения среднего потребителя, например, высокая потребность утром, в обед, вечером после работы. Эти прогнозы суммируются, отклонения от стандартных моделей потребления первоначально могут выравниваться между собой за счет количества разных прогнозов. По прогнозам составляется план производства электричества. При одновременных генерации и потреблении частота должна находиться в пределах 50 Гц, чтобы не вызывать угрозы нестабильности электроснабжения. Небалансы уравнивают операторы на уровне высоковольтных линий электропередач; повышенная стоимость такой поддержки делится на поставщиков энергии и, в конечном итоге, на потребителей.

Итак, характерная черта электроснабжения раньше – это производство электричества по потребностям.

Перемены в переходе на возобновляемые источники энергии наяву: электричество, произведенное солнечными и ветровыми энергоустановками, не поддается согласованию с поведением потребителей.

б) Особенности энергии из солнечных и ветровых энергоустановок и их влияние на систему электроснабжения

Возобновляемая энергия производится, когда светит солнце и/или дует ветер. Но Германия не только гарантирует стабильное снабжение электроэнергией потребителей, но и не может идти на риск возникновения перебоев в энергоснабжении, т.к. стабильность электроснабжения является одним из главных факторов для развития промышленности в Германии. Никто, ни простые частные потребители, ни предприятия не в состоянии полностью поменять свое поведение или процессы. Таким образом, «поворот в энергетике» не должен чувствоваться на конечном звене цепочки создания стоимости энергоснабжения, т.е. среди конечных потребителей, как недобровольный отказ от устоявшегося поведения или процессов. Стабильность электроэнергии должна быть гарантирована. Так как же совместить эти, с точки зрения старой системы электроснабжения, противоположные интересы?

До сих пор производство электроэнергии подстраивалось под потребности потребительского рынка. Теперь потребности или транспорт нужно подстраивать под нестабильную систему производства энергии в солнечных и ветровых энергоустановках. В этом состоит смена парадигм в электроснабжении Германии.

Какие способы существуют, чтобы воплотить новую систему в жизнь? Обязать потребителей изменить поведение являлось бы посягательством на основные права. Возможно и необходимо создание определённых стимулов для добровольного изменения поведения потребителей. В рыночной экономике такие стимулы предлагаются, в том числе, в виде сниженных цен. Очевидно, что потребители могут адаптировать свое поведение под влиянием цен, которые приносят им некоторую пользу.

II. Поиск возможностей для решения новых вопросов энергетики

Либерализованная энергетическая система Германии определяет рамки, в которых возможны решения новых задач.

1. Система электроснабжения между рынком и регулированием

Не все механизмы рыночной экономики срабатывают в системе электроснабжения. Электрические сети представляют собой естественную монополию. Чтобы доставить электричество до конечного рынка, каждый поставщик электроэнергии нуждается в использовании одной и той же сети. Ответственность за эксплуатацию сети лежит в руках оператора. Цена за использование электрической сети в Германии подлежит контролю органов регулирования. Естественная монополия не поддается механизмам рынка, ее использование подлежит регулированию. Чтобы понижение цен оказало влияние на конечный рынок потребителя, оператор электрической сети должен быть обязан понизить цены на желаемое поведение потребителя. Если потребитель готов перенести свои процессы, которые нуждаются в потреблении больших ресурсов электроэнергии, в периоды с высокой генерацией энергии из возобновляемых источников, он вправе пользоваться определёнными льготами.

Итак, транспорт подлежит регулированию как естественная монополия. Потребители электроэнергии действуют по правилам рынка.

2. Техническая сторона интеграции нестабильной энергии в сети

Такая перемена поведения потребления энергии должна быть реализована техническими средствами. Необходимо ввести системы управления установками потребителей, а также системы измерения расхода энергии во время потребления. Такие технические оборудования ещё не существуют на массовом рынке, но их внедрение активно подготавливается. В августе 2016 г. правительство Германии приняло закон о преобразовании электроснабжения в

цифровую форму.³ Цель этого законодательства – подготовить процессы в сети электроснабжения к «умной» коммуникации. Точки подключения к сети должны быть оборудованы приборами измерения таким образом, чтобы они были способны подавать и принимать сигналы операторов сети, других автоматических процессов, а также активно участвовать в них. Сама электросеть должна быть способна узнать состояние баланса между генерацией и потреблением электричества, посылать оценки такой ситуации участникам рынка, чтобы участники этих процессов, то есть операторы линии электропередач, поставщики электроэнергии, потребители и т.д. могли участвовать в процессах электроторговли. Таким образом, создается новый рынок для стороны потребителей: они получают право предлагать изменение своего поведения с целью согласования его с ситуацией на стороне производства энергии. Это и представляет услугу со стороны потребителей в адрес операторов линий электропередач, которая способствует адаптированию поведения потребителей к производству электроэнергии в солнечных и ветровых энергоустановках.

III. Пример законодательства с целью приспособляемости конечного потребителя к новой системе электропроизводства

Успешным, но еще практически не используемым примером посредничества между регулированием и рынком является ст. 14а немецкого закона энергетики.⁴ Эта статья обязывает операторов сетей с низким напряжением предоставлять скидки на цену за использование сети, если потребители, в свою очередь, разрешают им управлять их управляемыми установками с целью поддержки сети. К «управляемым установкам» также относятся и электрические автомобили.

³ Gesetz zur Digitalisierung der Energiewende vom 29.08.2016, текст закона на немецком языке: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/gesetz-zur-digitalisierung-der-energiewende.html>

⁴ Energiewirtschaftsgesetz, текст закона на немецком языке на https://www.gesetze-im-internet.de/enwg_2005

Таким образом, путем подобного соглашения между оператором и конечным потребителем, имеющим «управляемую установку», с точки зрения законодателя Германии, оператор имеет право решить проблемы небаланса в сети (напр., низкая генерация энергии и одновременное повышенное потребление) путем отключения некоторых приборов. Объект подобного соглашения состоит в определении подходящего прибора, времени его необходимой эксплуатации и промежутка времени для его отключения. Все эти условия определяют цену такой услуги потребителя. В моделировании таких возможностей оператор сети экономит средства, которые необходимы, чтобы усилить сеть для нестабильной генерации возобновляемой энергии и роста потребностей потребителей в Германии. На этом примере наглядно видно, как путем регулирования в области транспорта создается стимул для потребителей стать активным актером энергетического рынка и показать гибкость в потребительском поведении, согласованную с ситуацией на стороне электропроизводства.

IV. Заключение

Актеры энергетической промышленности уже давно прилагают большие усилия на приспособление к новой системе и поискам выгоды из «энергетического переворота», которые вне отрасли не отмечаются, а зачастую и не понимаются.

Выше представленная возможность управления конечными приборами потребителей оператором по предварительному соглашению – это один элемент в большой картине нового «энергетического дизайна» Германии.

Об авторе:



Адвокат Татьяна Шлейхер, LL.M.

Татьяна Шлейхер работает с 2007-го года в области энергетического права Германии в качестве адвоката, сначала в г. Гамбурге и в г. Берлине, на данный момент в г. Мюнхене в юридическом сообществе «Бекер Бюттнер Хелд» (Becker Büttner Held). Она консультирует как поставщиков энергии, так и операторов сетей, производителей, а также других, новых участников энергетического рынка. Она (со-)автор многочисленных публикаций и заключений юридических экспертиз по разным вопросам энергетического права.

Электронная почта: schleicher@energierecht-beratung.de

Rechtsanwältin Tatjana Schleicher, LL.M.

Tatjana Schleicher arbeitet seit 2007 als Rechtsanwältin im Bereich des Energierechts, zunächst in Hamburg und Berlin, gegenwärtig in München bei Becker Büttner Held. Sie berät sowohl Lieferanten als auch Netzbetreiber, Erzeuger und andere, neu aufkommende Akteure des Energiemarkts. Sie ist (Co-)Autorin zahlreicher Veröffentlichungen und Gutachten zu verschiedenen Themen des Energierechts. Kontakt über schleicher@energierecht-beratung.de

РАЗДЕЛ 6. СЕМЕЙНОЕ ПРАВО

Задачи опекуна-представителя в спорах об установлении прав и
обязанностей в отношении ребенка

(*Майке Руске*), с. [366](#)

Задачи опекуна-представителя в спорах об установлении прав и обязанностей в отношении ребенка

Die Aufgabe des Verfahrensbeistandes in Kindschaftssachen

Майке Руске, адвокат

(Maïke Ruske, Rechtsanwältin)

Vor fast 10 Jahren – am 01.09.2009 - ist das FamFG in Kraft getreten. Durch die Reform des vorherig geltenden FGG wurde das familiengerichtliche Verfahren in einer Verfahrensordnung zusammengefasst und umfassend reformiert. Der Beitrag zeigt auf, wie die Rechte der durch familienrechtliche Streitigkeiten betroffenen Kinder durch das FamFG gestärkt wurden und wie sich hierbei die Rolle des Verfahrensbeistandes auswirkt.

I. Введение

Почти 10 лет назад – 01.09.2009 – вступил в силу закон «О производстве по семейным делам и вопросам добровольной подсудности» (далее - Закон о производстве по семейным делам).¹ В результате реформы закона о добровольной юрисдикции (FGG) семейные судебные дела были объединены в процессуальный закон и всесторонне реформированы.

Целью реформы, помимо прочего, было ускорение разбирательств в спорах о родительской опеке и об определении порядка общения с ребенком, чтобы противодействовать отчуждению между детьми и их родителями.

¹ Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, текст на немецком и английском языках: <https://www.gesetze-im-internet.de/famfg/>

В то же время произошла замена позиции ребенка с «объекта» по закону «О добровольной юрисдикции» на «субъект» по Закону о производстве по семейным делам. Это было осуществлено путем введения права ребенка на участие в процессе в соответствии с § 7 Закона о производстве по семейным делам, подходящего для детей оформления судебного процесса, законодательного закрепления обязанности суда выслушать участвующего в процессе ребенка и его опекуна-представителя в соответствии с § 159 Закона о производстве по семейным делам, а также посредством укрепления и расширения роли опекуна-представителя в судебном процессе.²

Опекун-представитель (Verfahrensbeistand) обязан представлять интересы ребенка и разъяснять ребенку порядок разбирательства и возможности влияния на разбирательство по делу.³

Настоящая статья показывает, как в Законе о производстве по семейным делам были усилены права детей, участвующих в семейных спорах, и какое влияние на это оказывает опекун-представитель.

Ориентация судопроизводства в семейных спорах по вопросам ребенка на интересы ребенка

В соответствии с § 151 Закона о производстве по семейным делам спорами по правам и обязанностям в отношении ребенка являются споры касательно родительской опеки, права на общение с ребенком, выдачи ребенка другому родителю, опекунства, попечительства или судебного назначения иного представителя несовершеннолетнего, разрешения на лишение свободы несовершеннолетнего или иных задач в соответствии с законом об отправлении правосудия по делам о несовершеннолетних.

В рамках такого разбирательства семейный суд, в подсудности которого находится дело в соответствии с § 1697а Гражданского Уложения Германии

² Sommer, Die Rechtsstellung des Kindes im familiengerichtlichen Verfahren, FÜR 2012, 374; Kemper, Schreiber FamFG Nomos-Kommentar 2. Auflage 2012 Einleitung RN 10.

³ Kemper, Schreiber FamFG Nomos-Kommentar 2. Auflage 2012 Einleitung RN 10.

(далее – ГГУ),⁴ принимает решение таким образом, чтобы оно, с учетом фактических обстоятельств и возможностей, а также обоснованных интересов участников процесса, наилучшим образом отвечало интересам ребенка. Такая ориентация на интересы ребенка основана на том, что дети в германском праве - это люди с собственным достоинством и правом на раскрытие личности (ст. 1 абз. 1 предложение 1 в совокупности со ст. 1 Основного закона Германии).⁵ Дети по Основному закону Германии являются носителями конституционных прав, а не объектами осуществления прав родителей.⁶ Это приводит к тому, что действия родителей по отношению к детям направлены на их благополучие, и в соответствии со ст. 6 абз. 2 предложения 2 Основного закона находятся под «надзором» государства.⁷

Такое конституционное закрепление приводит к тому, что основой производств по делам в отношении прав и обязанностей по отношению к ребенку является благополучие ребенка (Kindeswohl). Благополучие ребенка в этом смысле означает физическое, психическое и духовное благополучие ребенка. К благополучию ребенка относится также возможность развиваться в самостоятельного и ответственного человека, в том числе развитие навыков совместного проживания в обществе. Стабильность и непрерывность отношений с родителями являются в этом существенным фактором. При этом представления ребенка с увеличением возраста приобретают существенное значение и должны приниматься во внимание опекуном-представителем при оценке конкретного случая.⁸

Через введение принципа приоритета и ускорения (Vorrangs- und Beschleunigungsgrundsatz) согласно § 155 Закона о производстве по семейным

⁴ Текст закона на немецком и английском языках: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html#BJNR001950896BJNE240702377>

⁵ BVerfG Beschluss vom 29.07.1968 Az.: 1 BvL 20/63; BVerfG Beschluss vom 03.02.2017 Az.: 1 BvR 2569/16.

⁶ BVerfG Beschluss vom 03.02.2017 Az.: 1 BvR 2569/16; Sommer, Die Rechtsstellung des Kindes im familiengerichtlichen Verfahren, FÜR 2012, 374.

⁷ BVerfG Urteil vom 01.04.2008 Az.: 1 BvR 1620/04.

⁸ MüKoBGB/Olzen, 7. Aufl. 2017, BGB § 1666 Rn. 44.

делам защита благополучия ребенка получила особое закрепление. Такое регулирование обязывает суды по семейным делам придавать процессам об установлении прав и обязанностей в отношении ребенка, таких как, например, об определении порядка общения с ребенком, о месте проживания детей, приоритетное значение и рассматривать их в ускоренном порядке.

В заключении Бундесрата к законопроекту в этой связи была предложена формулировка, в соответствии с которой порядок проведения разбирательства по делам об установлении прав и обязанностей в отношении ребенка в каждом случае должен определяться - в дополнение к принципу ускорения судебного разбирательства - благополучием ребенка. Бундесрат пояснил, что конкретная формулировка законопроекта не отражает должным образом особую ориентацию на благополучие ребенка. Федеральное правительство Германии в своем отзыве не согласилось с этим. Дополнение к предложению 2, предложенное Бундесратом, носит декларативный характер. Уже из материального права вытекает обязательство на особую направленность на благополучие ребенка в делах об установлении прав и обязанностей в отношении ребенка. Процессуальное право служит только реализации материально-правового решения морально-этического характера, так что правовая концепция благополучия ребенка не нуждается в повторном прямом выделении.⁹

В обосновании реформы прямо указано, что требование приоритета и ускорения в определенных спорах о правах и обязанностях в отношении ребенка в случае крайней необходимости должно быть реализовано и в ущерб других участников семейного спора. При этом суд наделен свободой принятия решения по своему усмотрению при рассмотрении конкретного дела, поскольку, с одной стороны, благополучие ребенка предполагает реализацию требования ускорения процесса, с другой стороны, оно его ограничивает. Так в основном производстве по делу может быть разумным отложить дату слушания либо дату вынесения решения. Если, например, в разбирательстве по делу о порядке установления

⁹ Kemper, Schreiber, Familienverfahrensrecht 3. Auflage 2015 § 155 Rn. 3; Bundestages-Drucks. 16/6308, 414.

общения с ребенком речь идет о небольшом изменении уже существующего порядка, как правило, в таких делах нет необходимости в быстром назначении даты рассмотрения дела.¹⁰

Такое правило означает, что суд по семейным делам должен назначить дату устного слушания не позднее, чем через месяц с момента начала рассмотрения дела.

Способность детей выступать в процессе стороной и процессуальная правоспособность детей

Как изложено во введении, вступление в силу закона о производстве по семейным делам изменило положение несовершеннолетних детей в судебных разбирательствах по семейным спорам. Способность детей выступать в процессе стороной и процессуальная правоспособность детей определяются в §§ 7, 8, 9 Закона о производстве по семейным делам.

Способность детей выступать в процессе стороной (Beteiligtenfähigkeit)

Особое положение детей должно учитываться не только с материально-правовой, но и с формальной точки зрения. Так, дети в соответствии с § 7 абз. 1 Закона о производстве по семейным делам являются стороной по делу, если они являются заявителями, например, в процессах по установлению порядка общения с ребенком.

В соответствии с § 7 абз. 2 № 1 Закона о производстве по семейным делам лица, права которых напрямую или косвенно затрагиваются в судебном разбирательстве, должны принимать участие в рассмотрении дела.¹¹ Непосредственная вовлеченность в этом контексте означает, что предмет разбирательства оказывает прямое влияние на права данного лица, косвенная же вовлеченность не предоставляет статуса участника¹² в соответствии с § 7 абз. 2 № 1 Закона о производстве по семейным делам. В качестве примера в этом

¹⁰ Kemper, Schreiber, Familienverfahrensrecht 3. Auflage 2015 § 155 Rn. 4.

¹¹ Bumiller/Harders/Bumiller/Harders/Schwamb, 11. Aufl. 2015, FamFG § 7 Rn. 7.

¹² BGH, Beschluss vom 07.09.2011 Az.: XII ZB 12/11.

случае можно привести решение суда по семейным делам об установлении родительских прав, которое затрагивает как права детей, так и права родителей.

Правоспособность в процессе (Verfahrensfähigkeit)

Даже если § 7 абз. 1 Закона о производстве по семейным делам или § 7 абз. 2 № 1 Закона о производстве по семейным делам предоставляют ребенку статус участника в разбирательствах по правам и обязанностям в отношении ребенка, ребенок не всегда может самостоятельно заявить о своих правах или оценить их. Даже если ребенок способен быть участником процесса, это еще не означает, что он также обладает и процессуальной правоспособностью.

Неограниченная процессуальная правоспособность ребенка начинается по достижении им 18 лет (§ 9 абз. 1 № 1 Закона о производстве по семейным делам в совокупности с §§ 104 и след. ГГУ).

Кроме того, § 9 абз. 1 № 3 Закона о производстве по семейным делам устанавливает, что и ограниченно дееспособные дети по достижении ими 14 лет, если они участвуют в процессе, который их затрагивает, и заявляют о своем праве, обладают правоспособностью в таком процессе. Такое регулирование должно гарантировать возможность детей заявлять о своих правах без участия родителей. Это означает, что как только ребенок считается процессуально правоспособным, он может самостоятельно и с соответствующими правовыми последствиями осуществлять процессуальные действия. В то же время такое регулирование ограничивает полномочия законных представителей так, что они не имеют права делать заявления, противоречащие желаниям ребенка.¹³

В случае, если ребенок не обладает процессуальной правоспособностью и в связи с этим нуждается в процессе в законном представителе, такое представительство, по общему правилу, осуществляется родителями, имеющими право родительской опеки. Даже в случае значительного расхождения интересов между родителями и ребенком, родители не могут быть лишены права

¹³ Sommer, Die Rechtsstellung des Kindes im familiengerichtlichen Verfahren, FPR 2012, 374.

представительства в процессе по правам и обязанностям в отношении ребенка, если посредством назначенного опекуна-представителя может быть достигнуто действительное представление интересов ребенка.¹⁴

Представление интересов ребенка опекуном-представителем в процессе

Из § 158 абз. 1 Закона о производстве по семейным делам следует, что суд обязан назначить несовершеннолетнему ребенку в процессе, затрагивающем его интересы, опекуна-представителя. Правило § 158 абз. 1 Закона о производстве по семейным делам носит императивный характер. В случае, если судья в рамках проверки по делу приходит к выводу, что для соблюдения интересов ребенка требуется назначение опекуна-представителя в процессе, суд по семейным спорам назначает такого опекуна-представителя ребенку.

Пригодность опекуна-представителя

Если суд приходит к выводу о необходимости назначения опекуна-представителя по делу, он должен выбрать подходящую кандидатуру. Опекун-представитель должен быть профессионально и лично способен устанавливать интересы ребенка и должным образом представлять установленные интересы в процессе. Условием назначения опекуна-представителя являются основательные знания семейного судопроизводства и знания в области помощи несовершеннолетним, включая процессуальное право, а также психологические и социальные знания и опыт работы с детьми.¹⁵

В случае если семья принадлежит к иной культурной традиции, плюсом будут являться также знания такой культуры, которые облегчат анализ и оценку дела. Однако вне зависимости от принадлежности к иной культурной традиции, применимыми будут германское право и порядок.

Практика демонстрирует различные подходы судов, рассматривающих споры по семейным делам. В то время, как одни суды предпочитают назначать

¹⁴ MüKoBGB/Olzen, 7. Aufl. 2017, BGB § 1666 Rn. 44; BGH, Beschluss vom 07.09.2011 Az.: XII ZB 12/11.

¹⁵ Kemper, Schreiber FamFG Nomos-Kommentar 2. Auflage 2012 Völker/Clausius § 158 RN 4.

адвокатов в качестве опекунов-представителей, другие – социальных работников, педагогов или психологов. Назначение психологов, педагогов или социальных работников влечет за собой риск того, что данная группа будет чувствовать себя обязанной составить свое заключение без проведения развернутых бесед и тестирований. К такому подходу следует относиться критически, особенно на фоне критики к заключениям, составляемым в процессах по семейным спорам. С другой стороны, назначение опекуна-представителя без юридического образования может позволить отказаться от запрашивания экспертного заключения и, благодаря этому, помочь ребенку быстрее выйти из подвешенного состояния. Необходимо постоянно иметь в виду, что дети очень сильно страдают от конфликтов родителей.

Необходимость назначения опекуна-представителя

Как уже упоминалось, § 158 абз. 1 Закона о производстве по семейным делам требует, чтобы назначение опекуна-представителя отвечало соблюдению интересов ребенка. Назначение опекуна-представителя необходимо, если родители как законные представители ребенка больше не в состоянии отстаивать интересы ребенка, потому что подменяют их своими интересами. Такую ситуацию можно, помимо прочего, предположить, если линия фронта проходит между ребенком, с одной стороны, и родителями, с другой.¹⁶ Разногласия родителей в связи с собственными отношениями как партнеров переходят в этом случае на уровень родитель – ребенок – родитель и, таким образом, накладывают отпечаток на общее состояние и интересы ребенка, а в худшем случае полностью вытесняют их.¹⁷ Это дает также понять, что противоречивые интересы родителей не являются достаточным основанием для назначения опекуна-представителя в смысле § 158 абз. 1 Закона о производстве по семейным делам.¹⁸ Здесь речь идет о ситуации, предусмотренной § 158 абз. 2 цифрой 1 Закона о производстве по семейным делам.

¹⁶ Harald Vogel, Der Verfahrensbeistand, FPR 2010, 43.

¹⁷ Harald Vogel, Der Verfahrensbeistand, FPR 2010, 43; BVerfG, FamRZ 2008, 845.

¹⁸ BVerfG, FamRZ 2008, 845.

§ 158 абз. 2 Закона о производстве по семейным делам перечисляет случаи, когда необходимость назначения опекуна-представителя предполагается по закону. В соответствии с цифрой 2 необходимость назначения опекуна-представителя предполагается также в случаях угрозы нарушения прав и интересов ребенка в соответствии с §§ 1666, 1666а ГГУ, если существует риск того, что родители могут быть лишены частично или полностью родительских прав в связи с угрозой для ребенка. Основанием процессов в связи с возникновением угрозы нарушения благополучия ребенка является ненадлежащее поведение родителей, в связи с которым они не в состоянии представлять интересы ребенка.¹⁹

В соответствии с цифрой 5 назначение опекуна-представителя также необходимо в случаях, когда возможно прекращение или существенное ограничение права на общение с ребенком. В соответствии с решением Верховного суда земли Саарбрюккен²⁰ существенное ограничение предполагается уже в случае установления общения под наблюдением, когда родитель, имеющий право на общение с ребенком, может видеть ребенка и иметь с ним контакт только в присутствии специалиста с соответствующим образованием.

Суд по семейным делам назначает опекуна-представителя и может уполномочить его исключительно для представления интересов ребенка или же возложить на него расширенный круг задач, таких, как проведение бесед с родителями и иными близкими для ребенка людьми с целью достижения единогласия относительно предмета спора.

Важным также является то, что решение суда по семейным делам о назначении опекуна-представителя не может быть оспорено отдельно, а только одновременно с решением суда по делу. Такое правило вытекает из § 158 абз. 3 предложения 4 Закона о производстве по семейным делам.

¹⁹ Kemper, Schreiber FamFG Nomos-Kommentar 2. Auflage 2012 Völker/Clausius § 158 RN 7.

²⁰ OLG Saarbrücken, NJW 2010, 1446.

Назначение опекуна-представителя

В соответствии с § 158 абз. 3 предложения 1 Закона о производстве по семейным делам опекун-представитель должен быть назначен как можно раньше, чтобы иметь возможность влиять на разбирательство уже в суде первой инстанции.²¹ Федеральный конституционный суд Германии еще в отношении существовавшего ранее института представителей для защиты прав и интересов опекаемых (Verfahrenspfleger) высказал следующую позицию: *«Однако это будет обеспечено только в том случае, если лицо, назначенное для представления интересов ребенка, имеет также возможность влиять на ход и исход процесса»*.²² Только таким образом у назначенного представителя имеется возможность, наряду с представлением интересов ребенка, способствовать достижению соглашения между родителями.

Назначение опекуна-представителя осуществляется судом по семейным делам первой инстанции и остается в силе в течение всего процесса в суде первой инстанции и, в случае рассмотрения дела в суде второй инстанции, также в суде второй инстанции.

Назначение опекуна-представителя не наделяет его полномочиями (законного) представителя ребенка, как вытекает из и разъясняется в § 158 абз. 4 предложения 5 Закона о производстве по семейным делам. Назначение опекуна-представителя осуществляется решением суда и не может быть обжаловано отдельно, а только одновременно с окончательным решением суда по семейным спорам по конкретному делу во избежание задержки рассмотрения дела в свете принципа ускорения. Тем не менее жалоба может быть подана и на решение о назначении или неназначении опекуна-представителя.²³ Неназначение опекуна-представителя в любом случае рассматривается как процессуальное нарушение,²⁴ которому должна быть дана оценка в суде второй инстанции.²⁵ В

²¹ OLG Saarbrücken, NJW 2011, 2372; Lack/Salgo, Entwicklung der Verfahrensbeistandschaft seit Inkrafttreten des FamFG, FPR 2012, 353.

²² BVerfG Urt. Vom 26.9.1999 Az. 1 BvR 1403/99.

²³ Kemper, Schreiber FamFG Nomos-Kommentar 2. Auflage 2012 Völker/Clausius § 158 RN 21.

²⁴ OLG Saarbrücken NJW-RR 2010, 1446; OLG Brandenburg Beschluss vom 11.10.2011 13 UF 7/11.

случае, если суд второй инстанции в последующем назначает опекуна-представителя, процессуальная ошибка считается устраненной.

Суд по семейным делам, выносящий решение о назначении, утверждает также круг задач опекуна-представителя. В случае, если назначение опекуна-представителя осуществляется на основании § 158 абз. 4 предложения 1 и 2 Закона о производстве по семейным делам, опекун-представитель не обязан проводить беседы с родителями и иными близкими лицами. В случае, если назначение осуществляется на основании § 158 абз. 4 предложения 1, 2 и 4 Закона о производстве по семейным делам, опекун-представитель обязан проводить беседы с близкими для ребенка людьми. Назначение предусматривает также вознаграждение законному представителю. В случае, если опекун-представитель назначен по первому основанию, он получает вознаграждение в размере 350,00 евро, включая НДС, за каждого ребенка. При расширенном назначении опекун-представитель получает вознаграждение в размере 550,00 евро за ребенка.

Задачи опекуна-представителя в судебном процессе

Основная задача опекуна-представителя в соответствии с § 158 абз. 4 Закона о производстве по семейным делам - определять интересы ребенка и отстаивать их в судебном процессе. Это, в свою очередь, не означает, что опекун-представитель выступает своего рода телефонной трубкой, доносящей озвученные ребенком желания суду и иным участникам процесса.

Нередко случается, что ребенок находится под влиянием одного из родителей и манипулируется им. И это не обязательно бывает родитель, под опекой которого находится ребенком, это может быть и родитель, обладающий правом на общение с ребенком. Задача опекуна-представителя в этом случае - выяснить, является ли желание, озвученное ребенком, его действительным желанием, либо же он явился инструментом для озвучивания чьих-то интересов.

²⁵ OLG Saarbrücken NJW-RR 2010, 1446; OLG Brandenburg Beschluss vom 11.10.2011 13 UF 7/11.

Для этого опекун-представитель проводит беседы не только с ребенком, но также и с родителями. При этом опекун-представитель не должен устанавливать обстоятельства дела и уж тем более, представлять интересы родителей.²⁶

После того, как опекун-представитель установил интересы ребенка, он должен перепроверить соответствие установленных субъективных желаний ребенка объективному благополучию ребенка и оценить их. Решающими критериями благополучия ребенка являются, помимо прочего, терпимость в отношении привязанности, физическая и эмоциональная поддержка, воспитание ребенка и забота о ребенке, а также непрерывность ухода и окружения.

Каждому понятно, что выраженная воля ребенка остаться с родителем, который плохо обращается с ним, не отвечает благополучию ребенка. В реальной жизни часто проблемы не являются такими очевидными, как в приведенном примере. Родители рады переложить, в том числе, и на маленьких детей, решение о том, хотят ли они видеть другого родителя. Часто родитель, с которым проживает ребенок, говорит, что он не хочет заставлять ребенка видеть и навещать другого родителя. Родители, находящиеся в конфликте, часто показывают противоречивое поведение в отношении детей. Так, они говорят детям, что поддерживают отношения между ребенком и родителем, который имеет право на общение с ребенком, в то же время, если ребенок стоит перед дверью спустя 10 минут с начала общения с родителем, имеющим право на общение, и хочет вернуться домой, другой родитель впускает его обратно. Такое противоречивое поведение должно быть наглядно продемонстрировано опекуном-представителем родителям. Могут ли / хотят ли родители осознать противоречивость своего поведения и его последствия для конкретного ребенка – другой вопрос.

В случае, если опекун-представитель приходит к выводу, что озвученная ребенком воля не соответствует его благополучию, он должен, с одной стороны, представить озвученную волю ребенка, с другой стороны – разъяснить и

²⁶ Kemper, Schreiber FamFG Nomos-Kommentar 2. Auflage 2012 Völker/Clausius § 158 RN 17; Lack/Salgo, Entwicklung der Verfahrensbeistandschaft seit Inkrafttreten des FamFG, FPR 2012, 353.

представить свои сомнения и соображения,²⁷ почему он не желает следовать озвученной воле ребенка. В то же время он может давать суду советы, как можно смягчить конфликт между родителями и меры помощи несовершеннолетним, которые могут быть приняты при определенных обстоятельствах, чтобы облегчить бремя, лежащее на плечах ребенка. К сожалению, это не всегда удается.

Кроме того, опекун-представитель сопровождает ребенка на судебные слушания. В соответствии с § 159 абз. 1 предложения 1 Закона о производстве по семейным делам суд по семейным делам должен составить собственное представление о ребенке.

Суд обязан выслушать ребенка по достижении им 14 лет. Свободы принятия решения по собственному усмотрению у суда в этом случае уже нет, потому что в соответствии с § 9 абз. 1 № 3 Закона о производстве по семейным делам ребенок обладает правоспособностью в процессе. Тем не менее § 159 абз. 3 Закона о производстве по семейным делам предусматривает возможность отказаться от заслушивания ребенка в случаях, когда существует опасность серьезных последствий таких, как повторное травмирование ребенка или нанесение тяжелых психологических травм. Также и в этом случае, опекун-представитель, если он самостоятельно проводил беседы с ребенком, должен давать указания суду. Так судебная практика подтвердила, что от заслушивания ребенка следует отказаться, если ребенок страдает от конфликта родителей и в связи с этим находится на лечении в клинике.²⁸ При этом нельзя просто отказаться от заслушивания ребенка в основном процессе, если в другом слушании ребенок уже был заслушан по приказу об обеспечительных мерах.²⁹

Возможное нанесение вреда можно в соответствующих случаях также обойти, если судебное заслушивание ребенка будет осуществляться отдельно от заслушивания родителей. В этой связи следует отметить, что судебное

²⁷ Kemper, Schreiber FamFG Nomos-Kommentar 2. Auflage 2012 Völker/Clausius § 158 RN 17.

²⁸ OLG Hamm, BeckRS 2012, 01672.

²⁹ Schumann in MüKo-ZPO § 159 Rn 8.

заслушивание ребенка в этом случае происходит в отсутствие родителей и их адвокатов, а также в отсутствие службы опеки, и исключительно в присутствии опекуна-представителя (159 абз. 4 предложения 4 Закона о производстве по семейным делам). Если заслушивание не состоялось из-за опасности промедления, оно должно быть незамедлительно проведено.

До достижения ребенком 14 лет суд по семейным делам может заслушать ребенка, если склонности, привязанность или воля ребенка имеют значение для решения или если личное заслушивание показано в связи с особыми обстоятельствами. И здесь опекун-представитель должен также давать суду соответствующие указания, после того как он лично поговорил с ребенком.

При разговоре с ребенком опекун-представитель должен в соответствии с § 159 абз. 4 предложения 1 Закона о производстве по семейным делам информировать ребенка в понятной для него форме о предмете спора, ходе и возможных исходах процесса. Сделать это для маленьких детей в процессах по установлению прав и обязанностей в отношении ребенка несколько сложнее, поскольку они не могут полностью понять значение юридического термина «родительские права». Таким образом он должен быть описан детям, например, так: кто должен решать, когда ты должен идти к врачу, чтобы они могли понять его, исходя из своей повседневной жизни.

Также в рамках подготовки судебных заключений в семейных разбирательствах задачей опекуна-представителя является представление интересов ребенка. Это означает, информирование ребенка опекуном-представителем не только о возможности получения и процесса подготовки заключения, но и о результате заключения. Прежде чем получить заключение, опекун-представитель должен в интересах ребенка проверить правильность поставленного судом перед экспертом вопроса с точки зрения содержания и при необходимости требовать внесения поправок. Также выбор эксперта судом должен быть проверен опекуном-представителем, является ли эксперт

подходящим для составления и представления заключения.³⁰ В случае, если ребенок заявляет возражения в отношении экспертного заключения, опекун-представитель информирует об этом суд.³¹

Наконец, следует отметить, что задачей опекуна-представителя является также содействие достижению взаимного согласия относительно предмета спора. Данная задача является обязанностью опекуна-представителя в случае, если он назначен в соответствии с § 158 Abs. 4 Закона о производстве по семейным делам, предусматривающим расширенный круг задач. В этом случае он проводит беседы не только с ребенком, но и с родителями и с иными близкими ребенку людьми, и поддерживает все меры, посредством которых может быть достигнуто взаимное соглашение.³² Опекун-представитель может давать родителям ребенка советы и указывать на возможности, которые родители из-за конфликта упустили из виду.

Заключение

Укрепление правовой позиции опекуна-представителя в спорах об установлении прав и обязанностей в отношении ребенка позволило достигнуть усиления соблюдения аспекта благополучия ребенка в судебных процессах. Интересы и точка зрения детей стали больше приниматься во внимание. В некоторых случаях благодаря назначению опекуна-представителя стало ненужным получение дорогостоящих заключений экспертов-психологов по семейным вопросам, так что здесь произошло значительное улучшение защиты и укрепление прав детей.

³⁰ Prenzlöw, Auswertung von familienpsychologischen Gutachten: Worauf aus Sicht des Verfahrensbeistandes zu achten ist, NZFam 2015, 602.

³¹ Prenzlöw, Auswertung von familienpsychologischen Gutachten: Worauf aus Sicht des Verfahrensbeistandes zu achten ist, NZFam 2015, 602.

³² Stötzel, Hinwirken auf Einvernehmen durch den Verfahrensbeistand, § 158 IV FamFG, FPR 2009, 332.

Автор



Автор статьи адвокат **Майке Руске (Maike Ruske)** получила образование в Йоханнес-Гутенберг-Университете в Майнце, а также в Брунелль-Университете в Лондоне и провела часть практики (референдариата) в Окленде, Новая Зеландия. Она является независимым адвокатом, адвокатом, специализирующемся на социальном праве, лицензированным опекуном-представителем, а также внештатным преподавателем. Адвокатское бюро находится в Таунусштайне, Висбаден.

info@kanzlei-ruske.de

www.kanzlei-ruske.de

Die Autorin des Artikels **Rechtsanwältin Maike Ruske** hat an der Mainzer Johannes-Gutenberg-Universität sowie an der Brunel-University in London studiert und einen Teil des Referendariats in Auckland, Neu-seeland verbracht. Sie ist selbständige Rechtsanwältin und Fachanwältin für Sozialrecht, zertifizierte Verfahrensbeiständin wie auch Lehrbeauftragte. Die Kanzlei hat ihren Sitz in Taunusstein bei Wiesbaden.

РАЗДЕЛ 7.

НАЛОГОВОЕ ПРАВО

НДС на услуги в электронной форме – законодательство Германии и Европейского Союза

(Анна Лесова / Фальк Тишendorф), с. [382](#)

**НДС на услуги в электронной форме –
законодательство Германии и Европейского Союза**

**Umsatzsteuerliche Behandlung von digitalen Dienstleistungen nach
deutschem und EU-Recht**

Анна Лесова (Anna Lesova) /

Фальк Тишendorf (Falk Tischendorf)

Der Beitrag gibt einen Überblick über die umsatzsteuerliche Behandlung von den auf elektronischem Weg erbrachten sonstigen Leistungen nach dem deutschen Umsatzsteuergesetz 2005 und der Richtlinie 2006/112/EG über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem.

1. Законодательная основа

В Германии налогообложение услуг налогом на добавленную стоимость (НДС)¹ регулируется национальным Законом о налоге на добавленную стоимость,² а также инструкцией по его применению.³ Нормы национального Закона должны соответствовать принципам и отдельным нормам, включенным в Директиву ЕС об общей системе налогообложения налогом на добавленную стоимость.⁴ Налоговое ведомство и финансовые суды Германии обязаны применять и толковать нормы национального Закона таким образом, чтобы в процессе правоприменения достигались цели, установленные в Директиве ЕС.

¹ Нем.: Umsatzsteuer (USt).

² См. Umsatzsteuergesetz (UStG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. Februar 2005. BGBl. I S. 386, текст закона на немецком языке: https://www.gesetze-im-internet.de/ustg_1980/

³ См. Umsatzsteuer-Durchführungsverordnung (UStDV), текст на немецком языке: https://www.gesetze-im-internet.de/ustdv_1980/BJNR023590979.html

⁴ См. Richtlinie 2006/112/EG des Rates über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem vom 28. November 2006, ABl. EU Nr. L 347 S.1, ber. ABl EU 2007 Nr. L 335 S. 60, текст на немецком языке: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006L0112&from=DE>

2. Объект налогообложения, предприниматель и предприятие

Объектом НДС в праве Германии являются следующие обороты:

- (1) возмездные поставки и иные случаи реализации, осуществляемые предпринимателем в Германии в рамках своего предприятия;⁵
- (2) ввоз предметов на территорию Германии;
- (3) реализация внутри ЕС.

Услуги относятся к *иным случаям реализации* и, соответственно, по общему правилу – к объекту налогообложения.

Как видно из перечня выше, для возникновения объекта налогообложения необходимо, чтобы возмездная реализация осуществлялась предпринимателем в рамках своего предприятия. Таким образом, немецкое право различает между понятиями предприниматель (*Unternehmer*) и предприятие (*Unternehmen*). Предпринимателем является лицо, самостоятельно осуществляющее предпринимательскую или профессиональную деятельность. Таким лицом может быть как юридическое лицо, так и индивидуальный предприниматель, а также лица свободных профессий (врачи, адвокаты, журналисты, деятели науки, культуры, искусства). Под предприятием имеется ввиду вся деятельность предпринимателя, включая активы и обязательства, которые относятся к предпринимательской или профессиональной деятельности предпринимателя.

Определение понятий предприниматель и предприятие, а также исключений, дано в Законе о налоге на добавленную стоимость.⁶ В дальнейшем для удобства используются только термины налогоплательщик и предприятие (в его значении – налогоплательщик НДС).

⁵ См. § 1 Abs. 1 UStG. Определение объекта НДС в праве Германии отличается от определения в российском праве. Если в российском праве закон *перечисляет* объекты налогообложения – реализация товаров (работ, услуг), реализация предметов залога, передача имущественных прав (см. п. 1 ст. 146 НК РФ) и т.д. –, то в немецком праве, напротив, к объекту налогообложения относятся любые предпринимательские обороты.

⁶ См. § 2 Abs. 1 UStG.

3. Услуги, оказываемые в электронной форме

Возмездные услуги являются объектом НДС, если услуги оказывает предприниматель в рамках своего предприятия. Закон не ставит отнесение услуг к объекту налогообложения в зависимость от того, каким конкретно способом (или образом) услуги были оказаны заказчику. Соответственно, услуги в электронной форме, также являются объектом НДС в Германии.⁷

Примерный перечень услуг, оказываемых в электронной форме, приведен в Приложении II к Директиве ЕС.⁸ Этот перечень не является законом, а лишь дает ориентиры правоприменителям для квалификации деятельности предприятий.

На рынке представлены разнообразные виды услуг, которые можно заказать и получить посредством различных сетей связи. К услугам в электронной форме, в частности, относятся:

- различные цифровые продукты, такие как программное обеспечение и/или приложения (apps), его модификации и улучшения (updates), а также обслуживание;
- размещение информации в предпринимательских и личных целях на различных ресурсах и сервисах в Интернете (websites и другие), иные аналогичные услуги;
- предоставление пространства для хранения информации на сервере (web hosting);
- управление торговыми площадками, сервисами, ресурсами в Интернете;
- создание и управление базами данных;

⁷ Ср. ст. 174.2 НК РФ В отличие, например, от российского законодательства, немецкий Закон о налоге на добавленную стоимость не приводит перечня услуг в электронной форме, что на взгляд авторов является разумным подходом, поскольку соответствует самому принципу взимания НДС: налогооблагаемой должна являться любая возмездная реализация, если не действуют специальные освобождения или льготы.

⁸ См. Richtlinie 2006/112/EG des Rates über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem vom 28. November 2006, ABl. EU Nr. L 347 S.1, ber. ABl EU 2007 Nr. L 335 S. 60.

- предоставление музыкальных произведений, фильмов, игр, лотерей, электронных книг для частного использования;
- обработка данных, предоставление аналитических материалов любого вида (обзоров, отчетов, прогнозов);
- удаленное обучение с помощью программного обеспечения;
- и т.д.

И с теоретической, и с практической точки зрения к электронным услугам могут быть отнесены любые иные услуги, для оказания которых используются системы связи. На сегодняшний день в немецкой правоприменительной практике следует ориентироваться на определение, данное Высшим Финансовым Судом в 2016 году:⁹

Понятие услуг, оказываемых в электронной форме, в смысле законодательства об НДС включает в себя услуги, которые

- *оказываются с использованием сети Интернет или другой электронной сети связи,*
- *в силу своей природы практически полностью автоматизированы и оказываются с минимальным участием человека, и*
- *не могут быть оказаны без использования информационных технологий.*

Однако даже с учетом такого определения на практике налогоплательщики, в особенности start up предприятия, сталкиваются с проблемой определения момента, когда участие программистов, разработчиков и иных специалистов в оказании услуг становится настолько незначительным, что (уже) можно говорить об оказании услуг в электронной форме.

Следует также обратить внимание на общее правило ст. 58 Директивы 2006/112: То обстоятельство, что заказчик услуги и исполнитель

⁹ См. Bundesfinanzhof (BFH), Urteil vom 01. Juni 2016 – XI R 29/14 –, BFHE 254, 183, BStBl II 2016, 905.

коммуницируют посредством электронной почты само по себе не означает, что услуга оказывается в электронной форме. Таким образом, из понятия услуг в электронной форме исключается большинство классических консультационных услуг.

Кроме того, следует особо подчеркнуть, что торговля посредством размещения заказов в сети Интернет сама по себе также не относится к услугам в электронной форме.

4. Налогообложение услуг в электронной форме

В данном разделе рассматривается налогообложения услуг, оказанных в электронной форме заказчикам, находящимся в Европейском Союзе.

Для установления обязанности по уплате налога в отношении любой услуги необходимо определить место ее оказания. То же правило действует в отношении услуг в электронной форме. По общему правилу, услуги считаются оказанными там, где находится предприятие исполнителя.¹⁰

4.1. Заказчик является предприятием (B2B)

Однако услуги, оказанные в электронной форме, подчиняются иному правилу, а именно, такие услуги считаются оказанными там, где находится заказчик услуги.¹¹ Соответственно, если заказчик – предприятие с местом нахождения в Германии, то услуга облагается немецким НДС. При этом если предприятие исполнителя находится за границей, то происходит перенос обязанности по уплате налога на заказчика – немецкое предприятие (reverse charge).¹² В российской терминологии таких заказчиков именуют налоговыми агентами.

¹⁰ См. § 3a Abs. 1 UStG.

¹¹ См. § 3a Abs. 5 UStG.

¹² См. § 13b Abs. 2 Nr. 1, Abs. 5 UStG.

4.2. Заказчик НЕ является предприятием (B2C)

Если заказчик является конечным потребителем услуг в электронной форме, такие услуги также считаются оказанными там, где находится заказчик услуги.¹³ Это означает следующее. Если заказчик имеет место жительства или место пребывания в Германии, услуга в электронной форме считается оказанной в Германии и, соответственно, является объектом немецкого НДС.

Если при этом услугу в электронной форме оказывает немецкое предприятие, то налогообложение производится в общем порядке, т.е. налогоплательщиком является само немецкое предприятие. Оно исчисляет и уплачивает налог в бюджет. Если же услугу оказывает иностранное предприятие, такое предприятие должно зарегистрироваться в Германии для уплаты НДС с соответствующих оборотов. Подробнее о порядке уплаты налога в этом случае см. п. 4.5 б) ниже.

4.3. Определение статуса заказчиков

Как следует из сказанного в п. 4.1 и 4.2 выше, предприятию, оказывающему услугу, необходимо определить статус заказчика: предприятие или конечный потребитель. С этой целью инструкция к Директиве 2006/112 предусматривает следующие правила.¹⁴ Исполнитель вправе исходить из того, что заказчик является предприятием, если заказчик сообщил исполнителю свой индивидуальный номер НДС или заявил, что он начал процедуру присвоения ему такого номера. В противном случае исполнитель вправе исходить из того, что заказчик является конечным потребителем услуги.

4.4. Идентификация заказчиков в случае B2C

Поскольку налогообложение услуг в электронной форме конечным потребителям (B2C) зависит от места нахождения заказчика, исполнителю

¹³ См. § 3a Abs. 5 UStG i.d.F. vom 01.01.2015.

¹⁴ См. § 18 Verordnung (EU) Nr. 282/2011 des Rates zur Festlegung von Durchführungsvorschriften zur Richtlinie 2006/112 EG über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem, см.: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX%3A32011R0282>

необходимо убедиться в том, что место жительства или место пребывания находится в Германии (или иной стране Европейского Союза). Соответствующая обязанность предусмотрена Директивой 2006/112 для всех предприятий.

В качестве способов идентификации инструкция к Директиве 2006/112 указывает сбор следующих данных о заказчике:¹⁵

- адрес, указанный заказчиком для выставления счета за услугу;
- IP-адрес или иной способ автоматической локализации места нахождения заказчика;
- банковские реквизиты заказчика;
- Mobile Country Code SIM-карты заказчика;
- место нахождения подключения к стационарной телефонной сети, если услуга оказана через стационарную телефонную сеть;
- иные данные, существенные для определения места нахождения заказчика.

При этом законодательство ЕС требует, чтобы место нахождения заказчиков определялось как минимум на основании двух способов идентификации из указанного выше перечня; оба способа должны приводить к одному и тому же результату (одному и тому же месту нахождения заказчика). Обязанность по идентификации конечных потребителей лежит как на немецких (европейских), так и на иностранных предприятиях.

Особые правила действуют в случаях, когда услуги в электронной форме оказывают предприятия через Интернет портал электронных услуг (например, через AppStore или аналогичные платформы). В таких случаях предполагается, что налогоплательщик оказывает услугу предприятию, организующему Интернет портал, а не конечному потребителю, т.е. речь идет о случае B2B. Интернет портал, в свою очередь, оказывает услуги конечным потребителям от

¹⁵ См. § 24f Verordnung (EU) Nr. 282/2011 des Rates zur Festlegung von Durchführungsvorschriften zur Richtlinie 2006/112 EG über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem.

своего имени, но за счет третьего лица (налогоплательщика), и, соответственно, на нем лежит обязанность по идентификации заказчиков – конечных потребителей.¹⁶

4.5. Mini-One-Stop-Shop (B2C)

Таким образом, на всей территории Европейского Союза, включая Германию, услуги в электронной форме считаются оказанными и, соответственно, облагаются НДС, в том государстве, в котором находится конечный потребитель услуг. Предприниматели, предлагающие услуги в электронном виде, обязаны встать на налоговый учет в том государстве, в котором находятся его заказчики – конечные потребители.

Вместе с расширением рынка услуг в электронной форме и ростом оборотов на предприятия ложится значительная административная нагрузка, связанная с необходимостью зарегистрироваться и уплачивать НДС в каждом европейском государстве, в котором осуществляется сбыт услуг. Для того, чтобы решить эту проблему с 2014 года в Европейском Союзе введена возможность единой регистрации предприятий только в одной из стран Европейского Союза (так называемая процедура Mini-One-Stop-Shop или сокращенно MOSS).

а) EU-MOSS

Применительно к немецким предпринимателям, оказывающим услуги в электронной форме конечным потребителям в других государствах Европейского Союза, действуют следующие правила.¹⁷ Немецкое предприятие может зарегистрироваться в Федеральном налоговом ведомстве ФРГ (Bundeszentralamt für Steuern)¹⁸ и воспользоваться упрощенной процедурой MOSS в отношении всех своих налогооблагаемых оборотов в других государствах Европейского Союза. Ежеквартальная подача налоговых деклараций об услугах в электронной форме, а также уплата общей суммы НДС

¹⁶ См. § 3 Abs. 11, Abs. 11a UStG.

¹⁷ См. § 18 Abs. 4e, § 18h UStG.

¹⁸ См. www.bzst.de

осуществляется через Федеральное налоговое ведомство. В налоговой декларации указывается налогооблагаемый оборот в каждом государстве Европейского Союза, применимые налоговые ставки и суммы налога, подлежащие уплате в каждом из государств. При этом «распределение» сумм налога между государствами осуществляется не предпринимателем, а Федеральным налоговым ведомством.

b) Non-EU-MOSS

Иностранные предприятия с местом нахождения за пределами Европейского Союза также обязаны уплачивать НДС в Европейском Союзе в отношении услуг в электронной форме, которые они оказывают конечным потребителям на территории Европейского Союза.

Иностранные предприятия обязаны

- встать на налоговый учет в каждом из государств Европейского Союза, в котором находятся конечные потребители услуг в электронной форме;

или

- воспользоваться упрощенной процедурой MOSS в отношении своих налогооблагаемых оборотов (так называемая процедура Non-EU-MOSS).

Процедура Non-EU-MOSS предполагает, что иностранное предприятие самостоятельно определяет государство Европейского Союза, в котором оно встанет на налоговый учет и будет подавать налоговую декларацию по НДС. Принцип подачи налоговой декларации и уплаты НДС будет таким же, как и в случае с немецкими (европейскими) предприятиями. Иностранное предприятие обязано в налоговой декларации указать налогооблагаемый оборот в каждом государстве Европейского Союза, применимые налоговые ставки и суммы налога, подлежащие уплате в каждом из государств. «Распределение» сумм налога между государствами осуществляется не предприятием, а налоговым ведомством соответствующего государства Европейского Союза.

Применительно к Германии указанные правила реализованы в норме § 18 Abs. 4c UstG.

Информация об авторах:



Анна Лесова является Советником международной юридической фирмы БАЙТЕН БУРКХАРДТ. Анна окончила юридический факультет Московского института экономики, менеджмента и права, а также магистратуру юридического факультета Кельнского Университета (LL.M.) по специальности налоговое право. Анна Лесова специализируется в налоговом сопровождении российских и международных инвестиционных проектов, а также сделок приобретения и продажи компаний (M&A); консультирует клиентов – корпоративных и частных – по широкому спектру вопросов российского и международного налогообложения и планирования. Анна имеет большой опыт структурирования корпоративных и договорных отношений внутри российских и международных холдингов. Контакт: Anna.Lesova@bblaw.com



Фальк Тишendorф (Falk Tischendorf) - Адвокат и Управляющий партнёр московского офиса БАЙТЕН БУРКХАРДТ. Фальк начал свою карьеру в 2002 году в качестве адвоката в компании Хаарман, Хеммельрат и партнеры, с 2006 года был партнером и руководителем практики в сфере недвижимости и коммерческого права в Московском офисе юридической фирмы СИ ЭМ ЭС Хаше Зигле. С 2009 года он Глава Представительства БАЙТЕН БУРКХАРДТ в Москве. Фальк Тишendorф зарегистрирован при Министерстве юстиции Российской Федерации в реестре адвокатов иностранных государств, осуществляющих адвокатскую деятельность на территории Российской Федерации, и включен в состав арбитров Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (МКАС) и Арбитражного Суда Ассоциации Европейского Бизнеса. Фальк награжден Министерством экономического развития Российской Федерации памятным знаком за вклад в развитие Российско-Германских внешнеэкономических отношений. В 2016 году Фальк Тишendorф официально назван представителем Федеральной земли Мекленбург-Передняя Померания в России. Контакт: Falk.Tischendorf@bblaw.com

www.beitenburkhardt.com

Autoreninfo:

Anna Lesova ist Of Counsel der internationalen Kanzlei BEITEN BURKHARDT. Anna studierte Rechtswissenschaften am Moskauer Institut für Wirtschaft, Management und Recht und spezialisierte sich in der Fachrichtung Steuerrecht an der Universität zu Köln (LL.M.). Ihr Tätigkeitsbereich umfasst steuerliche Begleitung von nationalen und grenzüberschreitenden Transaktionen und Investitionsprojekten sowie von Mergers & Acquisitions. Sie berät Unternehmen und private Mandanten zu einem breiten Spektrum von Themen des russischen und internationalen Steuerrechts und der Steuerplanung. Anna Lesova verfügt über umfangreiche Erfahrungen bei der Strukturierung gesellschaftsrechtlicher und vertraglicher Beziehungen in russischen und internationalen Holdings. Kontakt: Anna.Lesova@bblaw.com.

Falk Tischendorf - Rechtsanwalt und Managing Partner des Moskauer Büros von BEITEN BURKHARDT. Herr Tischendorf begann seine berufliche Laufbahn 2002 als Rechtsanwalt bei Haarmann Hemmelrath & Partner und war seit 2006 als Partner im Moskauer Büro von CMS Hasche Sigle für die Immobilien- und Commercial-Praxis verantwortlich. Seit 2009 leitet er das Moskauer Büro von BEITEN BURKHARDT. Herr Tischendorf wurde in das Register der in Russland tätigen ausländischen Rechtsanwälte beim Justizministerium der Russischen Föderation aufgenommen und ist Schiedsrichter am Internationalen Wirtschaftsschiedsgericht der Handels- und Industriekammer der Russischen Föderation (MKAS) und am Schiedsgericht der Association of European Businesses. Herrn Tischendorf wurde durch das Ministerium für wirtschaftliche Entwicklung der Russischen Föderation das Gedenkabzeichen für den persönlichen Beitrag zur Entwicklung der Deutsch-Russischen Außenwirtschaftsbeziehungen verliehen. 2016 wurde Herr Tischendorf zum Beauftragten Landes Mecklenburg-Vorpommern in Russland ernannt. Kontakt:

Falk.Tischendorf@bblaw.com

www.beitenburkhardt.com

РАЗДЕЛ 8. ПУБЛИЧНОЕ ПРАВО

Право регулирования

(Проф. д-р Урс Крамер), с. [396](#)

Конституционно-правовые основы организации государственной власти
в землях Федеративной Республики Германия

(Александр Горский), с. [415](#)

Право регулирования

Regulierungsrecht

Проф. д-р Урс Крамер (университет г. Пассау)

Prof. Dr. Urs Kramer, Universität Passau

Bei der zunehmenden Privatisierung bislang von der öffentlichen Hand erfüllter Aufgaben stellt sich regelmäßig das Problem, dass der Staat sich nicht völlig aus dem betroffenen Bereich zurückziehen kann, weil die Aufgabe als solche weiterhin eine öffentliche – zumeist der Daseinsvorsorge zuzurechnende – darstellt. Mit der Privatisierung solcher Bereiche geht zudem in aller Regel eine Liberalisierung in Form einer Öffnung des jeweiligen Marktes für private Anbieter einher. Um die weitere Entwicklung nicht völlig unkontrolliert dem freien Spiel der Kräfte im Wettbewerb zu überlassen, wird der Staat versuchen, sich einen Rest an Einflussmöglichkeiten zu bewahren. Das gilt insbesondere für die im Mittelpunkt der folgenden Betrachtung stehenden infrastruktur- bzw. netzgebundenen Märkte – die sog. Netzwirtschaften: das Energiewesen, den Telekommunikationssektor, die Post und die Eisenbahn. Bei diesen Aufgaben, an deren Erfüllung (eben aus Gründen der Daseinsvorsorge) ein essenzielles öffentliches Interesse besteht, ist die öffentliche Hand zur Wahrnehmung solcher Einflussmöglichkeiten sogar rechtlich verpflichtet. Zum Teil ergibt sich diese „Residual-“ oder „Gewährleistungsverantwortung“ aus der Schutzwirkung der Grundrechte, zum Teil aber auch aus expliziten Normen der deutschen Verfassung, letztlich aber jedenfalls aus dem dort niedergelegten Sozialstaatsprinzip. Das Regulierungsrecht ist dabei an sich kein eigenes Rechtsgebiet. Da jedoch sektorübergreifende gemeinsame Grundsätze und Regelungsregime bestehen, bietet es sich an, diese mit dem Sammelbegriff „Regulierungsrecht“ zu versehen. In allen diesen neu entstandenen Wettbewerbsmärkten verbleibt dem Staat demnach eine Art Lenkungs- oder Steuerungsfunktion, damit Marktöffnung und Liberalisierung nicht zu unerwünschten Nebeneffekten führen. Diese Überwachungsaufgabe wird allgemein mit dem Begriff der „Regulierung“ gekennzeichnet. Sie bezieht sich auf die Überwachung des Zuganges zu den Netzen, den Ausbau der Netze und die betriebswirtschaftliche Entflechtung der die Netze betreibenden

Unternehmen. Die entsprechenden Regelungen in Deutschland werden nachfolgend exemplarisch am Recht für den Energiesektor erläutert.

I. Возникновение, значение и цели права регулирования

Ввиду постоянно нарастающей приватизации задач, чья реализация ранее была возложена на органы публичной власти, зачастую возникает проблема, что государство не может полностью делегировать свои полномочия в соответствующей сфере, так как выполняемые задачи – при этом речь зачастую идет об обеспечении жизнедеятельности населения (*Daseinsvorsorge*) – продолжают сохранять публично-правовой характер. Наряду с приватизацией таких сфер, как правило, связана либерализация в виде открытия соответствующего рынка для частных поставщиков.

Для того, чтобы предотвратить дальнейшее неконтролируемое развитие той или иной сферы в условиях свободной конкуренции, государство будет пытаться сохранить за собой отдельные полномочия, при помощи которых оно продолжит оказывать влияние на происходящее. В данном отношении особое значение имеют инфраструктурные или же сетевые рынки (*infrastruktur- bzw. netzgebundene Märkte*), которые также можно обозначить термином «сетевая экономика» (*Netzwirtschaft*). К таковым относят, в частности: энергетику (*Energiewesen*), телекоммуникационный сектор (*Telekommunikationssektor*), почту (*Post*) и железные дороги (*Eisenbahn*).

При выполнении указанных задач присутствует существенный публичный интерес (что опять-таки объясняется необходимостью обеспечения жизнедеятельности населения), который возлагает на органы государственной власти правовую обязанность непосредственно вмешиваться в процесс регулирования соответствующей сферы. Данное «гарантийное обязательство» (*Gewährleistungsverpflichtung*) частично объясняется охранным действием основных прав (*Schutzwirkung der Grundrechte*), а также частично напрямую вытекает из таких конституционных норм как, к примеру, абз. 1 ст. 87f

Основного Закона¹ (в отношении всеохватывающего обеспечения почтовыми и телекоммуникационными услугами). Указанное обязательство также представляет собой одно из проявлений принципа социального государства (*Sozialstaatprinzip*), предусмотренного в абз. 1 ст. 20 Основного Закона.

Необходимо отметить, что право регулирования не является отдельной отраслью права. Однако, так как в отношении регулируемой материи действуют общие межотраслевые принципы и правовые режимы, применение собирательного термина «право регулирования» (*Regulierungsrecht*) в данном случае представляется более чем оправданным. Государство, таким образом, сохраняет за собой своего рода направляющую функцию (*Lenkungs- oder Steuerungsfunktion*), призванную предотвратить нежелательные негативные последствия, неразрывно связанные с открытием рынка и либерализацией. Полномочия государства по надзору при этом можно в целом обозначить как «регулирование» (*Regulierung*), которое, в частности, включает в себя надзор за доступом к сетям (*Zugang zu den Netzen*), их расширением (*Ausbau der Netze*), а также за производственно-экономической деконцентрацией управляющих сетями предприятий (*betriebswirtschaftliche Entflechtung der die Netze betreibenden Unternehmen*).

Ввиду того факта, что в качестве истоков обязанности государства по осуществлению регулирования рассматривается именно процесс приватизации, право регулирования также нередко называют «правом последствий приватизации» (*Privatisierungsfolgenrecht*).

Цели, которые преследует государство при регулировании, весьма разносторонни. К ним, в частности, относятся:

- сохранение функционирующей и гарантирующей равенство шансов и возможностей конкуренции (*funktionsfähiger und chancengleicher Wettbewerb*);

¹ Grundgesetz (GG). Текст Основного закона на немецком и английском языке: <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/index.html#BJNR000010949BJNE001601305>

- гарантия обеспечения населения основными благами (нацеленность государства на обеспечение общественного блага (*Gemeinwohlorientierung*)), а также
- защита от угроз (*Gefahrenabwehr*) как вторичная цель.

В качестве устоявшейся цели государственного регулирования также может быть названа защита потребителя (*Verbraucherschutz*). Специальной целью для энергетического сектора, помимо указанных, к тому же является экологическая безопасность (*Umweltverträglichkeit*).

При этом сто́ит отметить, что рыночное регулирование не препятствует конкуренции, а напротив, выступает в качестве отправной точки ее развития. Право регулирования не просто вмешивается в процесс осуществления рыночных отношений в случае их нарушения, а, напротив, устанавливает предпосылки функционирования того или иного рынка и тем самым изначально устанавливает границы, в которых рыночные отношения могут в дальнейшем свободно развиваться. Создание конкурентоспособного рынка при этом является не только целью регулирования, но и средством для достижения другой вышеуказанной цели, а именно обеспечения «общественного блага». При этом сто́ит оговориться, что государственное регулирование осуществляется только в отношении общественно значимых рынков, то есть рынков, имеющих значение для общества в целом. Такие рынки характеризуются принадлежностью как к частноправовой, так и публично-правовой сфере, что позитивно сказывается на их развитии: с одной стороны, финансовые интересы частных поставщиков гарантируют оптимальное и экономически выгодное снабжение населения, с другой стороны, осуществляется контроль и тем самым регулирование со стороны государства. Именно это противостояние публичных и частных интересов является отличительной особенностью правовых материй, попадающих под действие права регулирования.

Области, имеющие общественное значение и тем самым требующие регулирования, определяются путем принятия соответствующего политического решения, за которым следуют изменение конституции и действующего

законодательства. В случае, если государственное регулирование той или иной области больше не требуется, то соответствующие услуги по обеспечению жизнедеятельности населения могут быть изъяты из-под действия права регулирования. Предпосылкой такого изъятия является гарантия стабильного снабжения населения в соответствии с законами рынка без вмешательства государства.

Учитывая различные признаки сетевых рынков, необходимо выделить две основные формы регулирования:

- В области телекоммуникации и почты целью регулирования в первую очередь является конкуренция сетей (*Wettbewerb der Netze*) или же конкуренция «за сеть» (*Wettbewerb „um das Netz“*). В этих областях создание параллельных сетей не только возможно, но и явно приветствуется. Примером данной формы регулирования могут послужить различные операторы сотовой связи, конкурирующие между собой за благосклонность клиентов.

- В области энергетики и железных дорог (а также стационарной телефонной связи) необходимая инфраструктура зачастую либо не может быть расширена, либо такое расширение возможно лишь при несоизмерно больших затратах. Такая инфраструктура представляет собой «естественную монополию» (*natürliches Monopol*). При данном виде регулирования, тем самым, смысл представляет только конкуренция «внутри сети» (*Wettbewerb „auf dem Netz“*). К примеру, различные энергоснабжающие предприятия поставляют энергию в одну и ту же сеть, по которой энергия в последующем достигает соответствующего конечного потребителя.

Для четырех названных выше областей, а именно для энергетики, телекоммуникации, почты и железных дорог, в 2005 г. в качестве межотраслевого органа было создано Федеральное сетевое агентство электричества, газа, телекоммуникации, почты и железных дорог (*Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und*

Eisenbahnen),² чьей задачей является комплексное регулирование соответствующих рынков. В целях осуществления наиболее эффективной и независимой от политического влияния регулятивной деятельности, Федеральное сетевое агентство уполномочено на разрешение определенных вопросов в рамках процесса, схожего с судебным. Решения в данном случае принимаются так называемыми «постановляющими палатами» (*Beschlusskammer*). Тем самым Федеральное сетевое агентство фактически обладает определенной самостоятельностью при решении вопросов, касающихся государственного регулирования, хотя такая самостоятельность и ограничена общепринятой иерархией государственных органов, связанностью указаниями свыше (*Weisungsgebundenheit*), а также парламентской ответственностью соответствующего министра.

II. Отграничение права регулирования от других отраслей права

Право регулирования в особенности необходимо отграничивать от антимонопольного права (*Kartellrecht*), так как обе эти дисциплины нацелены на сохранение функционирующей конкуренции.

Антимонопольное право запрещает определенные способы поведения на рынке и тем самым устанавливает внешнюю границу частнопредпринимательской свободы действия участников рыночных отношений, при этом, однако, не ограничивая внутреннее содержание таких отношений. Контроль за злоупотреблениями (*Missbrauchskontrolle*) к тому же осуществляется на основании ретроспективного прогноза (*ex post*). Антимонопольное право тем самым служит дополнительной защите конкуренции, к примеру, путем наложения штрафов в случае ценового сговора между нефтяными концернами, если при этом нарушаются основы свободной конкуренции.

Целью права регулирования по сравнению с антимонопольным правом не является ликвидация господствующего положения на рынке или же поведения, препятствующего свободному развитию конкуренции. Напротив, при помощи

² См. www.bundesnetzagentur.de

права регулирования законодатель в первую очередь стремится создать определенные рынки, в основе функционирования которых лежат общественные интересы. Право регулирования тем самым устанавливает своего рода директивы, регулирующие конкретные способы осуществления экономической автономии (*Wirtschaftsautonomie*) участниками рыночных отношений. Оно также в большей степени ограничивает свободу составления конкретных договоров и, таким образом, влияет на определенные аспекты, не связанные с конкуренцией, которые вовсе не учитываются в рамках антимонопольного права. Право регулирования при этом, как правило, выполняет превентивную функцию. Оно тем самым служит не только защите, но и созданию конкуренции в тех областях, где такая конкуренция необходима. К тому же право регулирования выполняет чуждую антимонопольному праву гарантийную функцию (*Gewährleistungsfunktion*).

Несмотря на сказанное выше, антимонопольное право и право регулирования нередко пересекаются, что неразрывно связано с их тематической близостью и во многом совпадающим объектом правового регулирования. Поэтому в специальном рыночном законодательстве были приняты нормы, устанавливающие приоритет права регулирования в случае возникновения коллизии.

III. Европейско-правовые основы права регулирования

Центральным элементом, лежащим в основе права регулирования, является единый внутренний рынок (*Binnenmarkt*) как пространство без внутренних границ, в котором гарантируются свободное движение товаров, лиц, услуг и капитала (абз. 2 ст. 26 Договора о функционировании ЕС – ДФЕС).³ Европейское право базируется на идее, что именно функционирующая конкуренция является гарантом удовлетворения общественных интересов. Тот факт, что общественное благо, свободный рынок и конкуренция не противоречат, а, напротив, ввиду их тесной взаимосвязи обуславливают друг друга, лежит в основе права ЕС.

³ Нем.: Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union. Текст на русском языке: <http://eulaw.ru/treaties/tfeu>

Ст. 119 ДФЕС устанавливает принцип открытой рыночной экономики со свободной конкуренцией. Именно осуществлению этого принципа служит право регулирования.

Среди европейско-правовых основ права регулирования ключевую роль играют европейские директивы, касающиеся конкретных областей экономической деятельности и представляющие собой отправную точку при толковании национальных положений. Своего рода первопроходцем в этом смысле стала область телекоммуникации и энергетики, которая подверглась влиянию европейского права уже в 1990-х годах.

Для европейских правовых норм является характерной необходимостью их административной имплементации регулирующими органами (*administrative Umsetzung durch Regulierungsbehörden*). Развитие особо тесного сотрудничества между регулирующими органами отдельных государств и Европейской комиссией способствовало созданию гибкой и одновременно связанной, эффективной системы.

IV. Регулирование на примере энергетического сектора

1. Правовые основы

Важнейшей правовой основой регулирования в области энергетики, которое в первую очередь служит гарантией снабжения населения электричеством и газом, является Закон об энергетическом хозяйстве (*Energiewirtschaftsgesetz*).⁴ Данный закон был в дальнейшем конкретизирован в многочисленных постановлениях.

Стоит отметить, что Основной закон не содержит в себе положения, регулирующие энергетический сектор. Законодатель тем самым исходит из того, что гарантия предоставления услуг по снабжению электроэнергией, в отличие от железных дорог и почты, не нуждается в конституционном закреплении.

⁴ Текст закона об энергетическом хозяйстве на немецком языке: https://www.gesetze-im-internet.de/enwg_2005/

Причиной тому является тот факт, что энергетический сектор в меньшей степени приватизирован. Снабжение газом и электричеством, однако, имеет столь фундаментальное значение для осуществления прав и свобод, что обязанность государства гарантировать непрерывное снабжение населения энергией вытекает напрямую из масштаба обязанности защиты основных прав (*Schutzpflichtendimension der Grundrechte*).

Регулирующим органом в области энергетики является Федеральное сетевое агентство электричества, газа, телекоммуникации, почты и железных дорог. Выполнение отдельных задач при этом возложено на регулирующие органы земель (*Landesregulierungsbehörden*).

2. Обязанность получения разрешения и извещения (*Gemehmigungs- und Anzeigepflicht*)

В соответствии с абз. 1 ст. 4 Закона об энергетическом хозяйстве предприятие по снабжению энергией (*Energieversorgungsunternehmen*) может осуществлять свою деятельность в сети только если оно предварительно получило соответствующее разрешение. Таким образом, в отношении энергетического сектора действует классический превентивный запрет, сопряженный с возможностью разрешения (*präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt*). Выдача разрешения в соответствии с абз. 2 ст. 4 Закона об энергетическом хозяйстве при этом – как и при любой другой выдаче разрешения на занятие промыслом – зависит от личностной, технической и экономической производительности (*Leistungsfähigkeit*) и надежности (*Zuverlässigkeit*) лица, подающего заявку на получение разрешения.

В случае, если предприятие по снабжению энергией исключительно планирует поставку энергии частным лицам, то оно согласно ст. 5 Закона об энергетическом хозяйстве обязано своевременно известить соответствующие органы о планируемой деятельности. Уведомительный порядок при этом является менее радикальным по сравнению с рассмотренным выше разрешительным порядком, так как в этом случае предприятие по снабжению

энергией может сразу начать поставку энергии, не дожидаясь ответа со стороны регулирующего органа.

3. Деконцентрация (*Entflechtung*)

Под «деконцентрацией» понимается межотраслевое разделение сфер деятельности внутри предприятия или сети предприятий. Противоположностью деконцентрации выступает так называемая «интеграция», подразумевающая единство различных частей предприятия.

Положения, регулирующие деконцентрацию (ст. ст. 6-10е Закона об энергетическом хозяйстве), нацелены на фиктивное или структурное разделение (*virtuelle bzw. strukturelle Trennung*) отдельных уровней комплексного предприятия. При деконцентрации сохраняется независимость оператора сети (*Unabhängigkeit des Netzbetreibers*) от иных уровней деятельности предприятия и тем самым гарантируется свободная от дискриминации эксплуатация сети.

Деконцентрация, в частности, призвана предотвратить скрытые поперечные субсидии (*verdeckte Quersubventionen*) внутри комплексного предприятия. При помощи таких субсидий предприятие получает возможность финансировать нерентабельные структурные подразделения за счет других приносящих доход областей деятельности. Злоупотребления при распределении поперечных субсидий могут привести к тому, что предприятие будет устанавливать максимально низкие цены для конечного потребителя с целью вытеснить конкурентов с рынка, при этом компенсируя собственные затраты из прибыли, полученной в других структурных подразделениях. Стоит, однако, отметить и позитивное значение поперечных субсидий для поддержания жизнеобеспечения населения в случае, если речь идет о нерентабельных услугах, которые могут предоставляться лишь благодаря финансированию за счет других сфер деятельности предприятия.

Для конечного потребителя деконцентрация означает лишь то, что (теоретически) он заключает договор с двумя контрагентами: с тем, кто

осуществляет подключение к сети, и с тем, кто непосредственно снабжает энергией.

Деконцентрация возможна в различных формах, которые различаются между собой в зависимости от того, насколько сильно они влияют на структуру предприятия. В Законе об энергетическом хозяйстве выделяются следующие формы децентрации:

- бухгалтерская децентрация (*buchhalterische Entflechtung*, § 6b);
- информационная децентрация (*informativische Entflechtung*, § 6a);
- организационная децентрация (*organisatorische Entflechtung*, § 7a);
- корпоративно-правовая децентрация (*gesellschaftsrechtliche Entflechtung*, § 7).

При бухгалтерской децентрации на различных уровнях предприятия создаются отдельные счета, используемые для предоставления финансовой отчетности. Речь в данном случае идет о так называемом фиктивном разделении (*virtuelle Trennung*), при котором основные права затрагиваются лишь в незначительной степени.

Информационная децентрация означает раздельное использование определенной конфиденциальной информации, имеющей значение для осуществления той или иной экономической деятельности. Ограничению потока информации служат, в частности, так называемые «chinese walls», под которыми понимаются организационные обязанности, препятствующие распространению информации внутри предприятия. Такие меры призваны предотвратить возникновение информационного преимущества в предприятиях с вертикальной организационной структурой. Учитывая тот факт, что ограничение потока информации способствует поддержанию предметной и персональной самостоятельности сети, информационную децентрацию можно охарактеризовать как ненастоящее структурное разделение (*unechte strukturelle Trennung*).

Организационная или иначе функциональная деконцентрация ведет к организационному разделению между сетью как структурным подразделением и другими отраслями деятельности. Тем самым гарантируется, что ни единство персонала, ни любая другая зависимость не может поставить под вопрос независимость оператора сети при осуществлении им деятельности в условиях, свободных от дискриминации. Наиболее важным проявлением организационной деконцентрации является персональная деконцентрация (*personelle Entflechtung*), при которой руководящие должности оператора сети и предприятия по снабжению энергией не может занимать одно и то же лицо. Ограничение действует также и в отношении права предприятия по снабжению энергией отдавать распоряжения в отношении оператора сети.

При корпоративно-правовой деконцентрации происходит разделение деятельности, связанной с эксплуатацией сети, и иных видов деятельности предприятия путем создания отдельных обществ для эксплуатации сети (*Netzbetrieb*) и производства или распределения энергии (*Erzeugung bzw. Vertrieb von Energie*). При этом не исключается объединение указанных областей деятельности под одной «крышей», в качестве которой, к примеру, может выступать головная компания (*Muttergesellschaft*). Корпоративно-правовая деконцентрация способствует поддержанию прозрачности при заключении сделок и позволяет осуществлять более эффективный контроль за осуществлением конкретного вида деятельности. Тем не менее, в данном случае речь идет о так называемом ненастоящем структурном разделении ввиду того, что общества зачастую продолжают принадлежать одному собственнику, который, несмотря на сложную корпоративную структуру, может оказывать фактическое влияние на осуществляемую деятельность.

4. Право требования подключения к сети (*Anspruch auf Netzanschluss*)

В соответствии с абз. 1 ст. 17 Закона об энергетическом хозяйстве под «подключением к сети» понимается создание физического или технического соединения конечного потребителя с электрической сетью (*Verbindung von*

Letztverbraucher mit dem Leitungsnetz), соединение сопоставимых или смежных сетей между собой (*Verbindung von gleich- oder nachgelagerten Netzen untereinander*), а также соединение электропроводки, генерирующих установок и хранилищ с общей электросетью (*Verbindung von Leitungen, Erzeugungs- und Speichieranlagen mit dem Gesamtnetz*). Возложенная на операторов сетей обязанность подключения (*Anschlusspflicht*) призвана сделать излишним экономически нецелесообразное строительство параллельных инфраструктур (в особенности сетей).

Из абз. 1 ст. 17 Закона об энергетическом хозяйстве также вытекает право на предоставление полного подключения (*Recht auf Gewährung eines umfassenden Anschlusses*). Стоит, однако, отметить, что подключение к сети возможно только при условии, что будут выполнены определенные технические и экономические предпосылки, которые должны отвечать следующим критериям:

- Соразмерность (*Angemessenheit*): в качестве соразмерных рассматриваются эффективные условия доступа. Особое значение при этом имеет соразмерная плата за подключение.
- Свобода от дискриминации (*Diskriminierungsfreiheit*): свобода от дискриминации означает, что схожим заявителям доступ к сети предоставляется при выполнении ими схожих условий. К тому же предприятия, чья деятельность связана с оператором сети, не должны получать преимуществ по сравнению с иными предприятиями, желающими получить доступ к сети.
- Прозрачность (*Transparenz*): прозрачность предполагает ясное формулирование вещественных условий подключения. Обязанность публикации таких условий, однако, отсутствует.

Ст. 18 Закона об энергетическом хозяйстве содержит специальное по сравнению со ст. 17 положение для подключения конечных потребителей к энергоснабжающим сетям, которые служат общему снабжению населения энергией. В соответствии с указанной статьей подключение должно быть

предоставлено любому лицу, обратившемуся с заявлением о подключении к сети. Отказ в подключении возможен только ввиду экономических причин.

5. Право требования доступа к сети (*Anspruch auf Netzzugang*)

Предоставление доступа к сети делает возможной транспортировку энергии снабжающим предприятием по сети к потребителю и тем самым дополняет рассмотренное ранее право требования подключения к сети. Право требования доступа к сети, предусмотренное п. 1 абз. 1 ст. 20 Закона об энергетическом хозяйстве, создает правовую основу для торговли энергией в независимости от того, обладает ли продавец собственной снабжающей сетью или нет. Оно, таким образом, создает возможность выйти на рынок для мелких поставщиков услуг, которым требуется договорное право пользования «чужой» сетью электроснабжения. В результате п. 1 абз. 1 ст. 20 Закона об энергетическом хозяйстве своего рода «лишает» производителей энергии энергетического рынка. Торговлю энергией перенимают самостоятельные продавцы энергии, осуществляющие свою деятельность на энергетических биржах (*Energiebörsen*).

Правовая оценка доступа к сети происходит с использованием так называемой теории двух ступеней (*Zwei-Stufen-Theorie*):

- На первой ступени рассматривается вопрос, будет ли предоставлен доступ к сети (*das „Ob“ des Netzzuganges*). Согласно ст. 20 Закона об энергетическом хозяйстве речь в данном случае идет о законном обязательственном отношении (*gesetzliches Schuldverhältnis*), что означает, что право требования заключения договора вытекает напрямую из закона. Правом на заключение договора при этом обладает любое лицо (*jedermann*), в особенности потребитель и поставщик энергии.
- Лишь на второй ступени решается вопрос, каким образом будет предоставлен доступ к сети (*das „Wie“ des Netzzuganges*). Конкретное оформление доступа к сети согласно ст. 21 и последующих Закона об энергетическом хозяйстве определяется сторонами договора. При этом, однако, необходимо учитывать законодательные предписания,

устанавливающие конкретные требования к заключаемым договорам. Как и при подключении к сети должны учитываться критерии соразмерности, прозрачности и свободы от дискриминации.

В соответствии с абз. 2 ст. 20 Закона об энергетическом хозяйстве в доступе к сети может быть отказано только в случае, если такой доступ не представляется возможным или разумным ввиду производственных или иных причин. Недостаточная производительность при этом выступает лишь в качестве временной причины для отказа. Ее необходимо избегать, а факторы, тормозящие производственный процесс, должны быть незамедлительно ликвидированы.

6. Регулирование оплаты (*Entgeltregulierung*)

Регулирование оплаты представляет собой наряду с регулированием доступа к сети и подключения к сети важную составляющую для достижения регулятивных целей. Так, к примеру, без регулирования оплаты не имело бы ценности право требования доступа к сети.

Регулирование оплаты способствует сглаживанию различных интересов, так как наряду с гарантией конкуренции существует также и необходимость экономических инвестиций в сеть в целях поддержания безопасности и качества снабжения энергией.

В целом необходимо различать регулирование платы за доступ к сети (*Nutzungsentgeltregulierung*) и регулирование платы конечным клиентом (*Endkundenentgeltregulierung*). Последнее отсутствует в энергетическом секторе. Данное обстоятельство отличает энергетический сектор от сектора телекоммуникации.

Регулирование оплаты осуществляется в соответствии со ст. 23а Закона об энергетическом хозяйстве посредством предварительного контроля (*ex-ante-Kontrolle*) оплаты регулирующим органом. Это означает, что размер оплаты за доступ к сети должен был предварительно согласован с Федеральным сетевым агентством.

Федеральное сетевое агентство принимает решения относительно условий и методов доступа к сети (в особенности оплаты предоставления доступа) путем выдачи заявителю разрешения (*Genehmigung*) или путем установления (*Festlegung*) по отношению к оператору сети. В отличие от разрешения, установление имеет более абстрактный характер и тем самым способствует поддержанию общефедеральных условий конкуренции. При этом установление не является типичной административно-правовой формой деятельности как, к примеру, административный акт. Тем не менее, не смотря на то, что установление с трудом вписывается в существующую систему административно-правовых форм деятельности, оно было официально признано в абз. 1 ст. 29 Закона об энергетическом хозяйстве.

Общий масштаб проверки разрешения и установления вытекает из ст. 21 Закона об энергетическом хозяйстве во взаимосвязи с Постановлением об оплате (*Entgeltverordnung*). При этом должны учитываться следующие критерии:

- Соразмерность: оплата является соразмерной, если она находится в разумном соотношении с предоставленными услугами (*vernünftiges Verhältnis zur erbrachten Leistung*).
- Свобода от дискриминации: для того, чтобы гарантировать свободу от дискриминации, при определении размера оплаты к пользователям сети должны применять равные условия.
- Прозрачность: В целях сохранения прозрачности при установлении соответствующей оплаты на оператора сети возлагаются определенные обязательства по информированию, документации и публикации. Не исключено, что такие обязательства в конкретной ситуации могут вступить в конфликт с интересом сохранения коммерческой тайны. Стоит, однако, отметить, что только при выполнении указанных обязательств регулирующий орган может осуществлять адекватный и эффективный контроль за деятельностью предприятия.

При определении конкретного размера оплаты доступа к сети необходимо руководствоваться следующими предписаниями:

- Ориентированность оплаты на эффективность (*Effizienzkostenorientierung*) (п. 1 абз. 2 ст. 21 Закона об энергетическом хозяйстве): Оплата за доступ к сети высчитывается на основании расходов, связанных с управлением предприятием (*Betriebsführungskosten*), которые необходимы для эффективного и структурированного ведения дел. При определении конечного размера оплаты также учитывается стимулирование заинтересованности в эффективном предоставлении услуг. В рамках регулирования стимулирования (*Anreizregulierung*) при конкретных расчетах за основу берутся не фактические расходы, связанные с управлением предприятием, а расходы, которые бы возникли при максимально эффективном управлении. Исходя из этого, устанавливаются максимальные границы (*Obergrenzen*), которые должны соблюдаться оператором сети. Стимулирование при этом должно сподвигнуть оператора сети на поддержание расходов, связанных с управлением предприятием, на наиболее низком уровне, так как сумма, представляющая собой разницу между фактическими расходами и взимаемой оплатой, высчитываемой с учетом максимальной границы, одновременно является доходом предприятия.
- Сравнительная процедура (*Vergleichsverfahren*) (абз. 3 ст. 21 Закона об энергетическом хозяйстве): в целях обеспечения ориентированности на расходы, связанные с управлением иными предприятиями, регулирующий орган периодически также может проводить сравнение требуемой оплаты доступа к сети различных операторов сетей, при условии предоставления ими схожих услуг. Результат такого сравнения может учитываться при принятии решения о выдаче разрешения на установление конкретного размера оплаты.

Наряду с предварительным контролем при наличии соответствующего заявления или жалобы также может применяться последующий контроль в отношении не только оплаты, но и соблюдения иных условий доступа в соответствии со ст. 30 Закона об энергетическом хозяйстве.

7. Право требования передачи сети (*Anspruch auf Netzübertragung*)

Так как количество энергоснабжающих сетей не может быть произвольно увеличено (естественная монополия), конкуренция «за сеть» (*Wettbewerb „um das Netz“*) в отличие от конкуренции «на сети» (*Wettbewerb „auf dem Netz“*) имеет весьма ограниченный характер. В целях регулирования указанной конкуренции законодатель наряду с правом подключения установил, что местные распределительные сети (*örtliche Verteilnetze*) должны быть объектом свободной конкуренции.

Это означает, что коммуны как собственники земли могут предоставлять право пользования локальными энергоснабжающими сетями конкретному оператору сети лишь на период, не превышающий 20 лет. После истечения указанного срока соответствующие договоры могут быть продлены или же сеть может быть предоставлена другому предприятию, которое в свою очередь также может требовать передачу эксплуатационных установок при условии выплаты соразмерного возмещения.

Продлению договора или предоставлению сети другому предприятию должна предшествовать своевременная публикация соответствующего намерения коммуны. После публикации предприятия, заинтересованные в передаче сети, могут на конкурсной основе подать заявление на предоставление права пользования сетью.

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 российского права и занимается преподавательской деятельностью в рамках немецкоязычной учебной программы по немецкому праву в Сибирском федеральном университете. 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. Kontakt: urs.kramer@uni-passau.de.

Конституционно-правовые основы организации государственной власти в землях Федеративной Республики Германия

Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Staatsorganisation in den Ländern der Bundesrepublik Deutschland

Александр Горский

(Dipl.-Jur. Alexander Gorskiy, LL.M.)

In diesem Beitrag geht es um die Grundzüge der Staatsorganisation der bundesdeutschen Länder, die einerseits vom Grundgesetz (Art. 28 Abs. 1) vorgegeben und andererseits in den Landesverfassungen vielseitig geregelt wird. Obwohl sich die Landesstaatsorganisation grundsätzlich innerhalb der bundesverfassungsrechtlichen Rahmen bewegt, wird es anhand von einigen Beispielen gezeigt, dass die Staatssysteme in den deutschen Ländern in vieler Hinsicht abweichend vom entsprechenden Modell auf Bundesebene ausgestaltet werden.

I. Введение

Интерес российских исследователей к проблематике федеративных отношений в Германии имеет глубокие исторические корни и научные традиции. Изучение функционирования государственных институтов Германии, как одного из передовых европейских государств, всегда занимало значимое место в юридической науке. И если описанию федеральной системы власти посвящено достаточное количество работ, то государственной самоорганизации немецких земель не уделяется должного внимания, т. к. считается, что она практически идентична организации государственной власти на уровне Федерации. Видимо, забывается тот факт, что традиционно земли, входившие в состав Германии, отличались значительной степенью самостоятельности. И не даром в немецкой публицистике бытует выражение, что «вначале были земли». Действительно, современная федерация в Германии, несмотря на волеизъявление «сверху» (союзников по антигитлеровской коалиции),

формировалась «снизу», поскольку к 1949 г. земли уже были институционально оформлены. Таким образом, конституции некоторых «старых» земель в какой-то степени послужили образцами при выработке Основного Закона ФРГ.¹ А федеральная система власти строилась на основе уже существовавших властных моделей в землях и с учётом предыдущего исторического развития (опыт Германской империи и Веймарской республики). Всё это вместе взятое и объясняет актуальность темы представленной работы.

Целью исследования является правовой анализ организации государственной власти в немецких землях. Его предмет охватывает представительные и высшие исполнительные органы государственной власти земель, а также механизмы взаимодействия этих органов.

II. Принципы конституционного строя немецких земель

Одним из базовых принципов федерализма является предоставление членам федерации правомочия *самостоятельно* определять параметры собственной государственной власти, которые закрепляются в их конституционных актах. При этом Федерации (Bund) не стоит пренебрегать региональными особенностями, которые могут обуславливать центробежные тенденции внутри федеративного государства. Для обеспечения государственного единства в федеральной конституции предусматриваются минимальные требования к самоорганизации членов федерации.

В соответствии с предл. 1 абз. 1 ст. 28 Основного Закона ФРГ конституционный строй в землях (*die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern*) должен соответствовать принципам республиканского, демократического и социального правового государства в понимании Основного Закона.² Таким образом, в Основном Законе ФРГ сформулирован *принцип гомогенности*

¹ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG). Текст Основного Закона ФРГ на немецком и английском языках: <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/index.html#BJNR000010949BJNE001500314>

² Здесь и далее ссылки на статьи Основного Закона ФРГ даются по: *Kirchhof, Paul/Kreuter-Kirchhof, Charlotte* (Hrsg.), *Staats- und Verwaltungsrecht Bundesrepublik Deutschland: mit Europarecht*, 54. Aufl., Heidelberg 2015.

(Homogenitätsprinzip), который обязывает земли при конструировании собственных систем государственной власти исходить из основных положений конституционного строя Федерации. Данное ограничение самостоятельности земель не подразумевает единообразия или унификации их государственных систем (в земельных конституциях могут быть закреплены, например, социальные права или дополнительные государственные цели, не нашедшие отражения в тексте Основного Закона ФРГ³), а всего лишь представляет собой набор *минимальных требований гомогенности* (т. е. однородности) организации власти на уровне земель.⁴ Выступая в роли неких ограничителей для конституций земель, эти минимальные требования также служат инструментом гармонизации политико-правовых систем Федерации и её членов.⁵

В предл. 1 абз. 1 ст. 28 Основного Закона ФРГ повторяются центральные принципы конституционного строя Федерации (абз. 1 ст. 20), которые согласно абз. 3 ст. 79 Основного Закона ФРГ не подлежат отмене (sog. Ewigkeitsklausel). Эти принципы имеют лишь *руководящий* характер, т. е. не каждое отдельное положение Основного Закона является для земель обязательным. В вопросе организации региональной власти земли обладают практически полной автономией. Поэтому установление правового регулирования формирования органов государственной власти земель, их компетенции и функций является исключительным предметом ведения немецких земель.⁶ В то же время государственное строительство в землях должно базироваться на перечисленных в абз. 1 ст. 28 Основного Закона ФРГ принципах.

Основной Закон предполагает единообразное толкование принципов республиканского, демократического и социального правового государства как для конституционного строя Федерации, так и для конституционного строя

³ См.: *Leunig, Sven*, Die Regierungssysteme der deutschen Länder, 2. Aufl., Wiesbaden 2012, S. 56.

⁴ См.: *Hömig, Dieter* (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 10. Aufl., Baden-Baden 2013, Art. 28 Rn. 2.

⁵ См.: *Ipsen, Jörn*, Staatsrecht I, 24. Aufl., München 2012, Rn. 711.

⁶ См.: *Hömig*, Op. cit., Art. 28 Rn. 4.

земель. Однако для земельного уровня власти содержание этих принципов носит ограниченный характер.

1. Республика

Республиканская форма правления в доктрине немецкого государственного права имеет две трактовки. В «*негативном*» понимании республика не является монархией, где власть монарха пожизненна и передаётся по наследству. «*Позитивное*» понимание республики подразумевает наличие выборного главы государства, чьи полномочия ограничены во времени.

Республика как принцип конституционного строя в отношении земель однозначно подлежит «негативной» трактовке: ни одна из немецких земель не может выбрать в качестве формы правления монархию.⁷ Некоторые земли развивают принцип республиканского государства, используя в своих названиях обозначение *Freistaat* („республика, вольное государство“). К таковым относятся Бавария, Саксония и Тюрингия. Однако подобный приём никак не отражается на конституционно-правовом статусе земель, поскольку Основной Закон ФРГ предполагает равноправие членов Федерации.

Что касается «позитивного» понимания республики, то на публично-властном уровне земель оно применимо не в полной мере. Согласно сложившемуся на практике правилу, которое некоторые авторы склонны рассматривать в качестве некой аксиомы федерализма, в членах федерации должен воспроизводиться тот вид формы правления, который существует на федеральном уровне. То есть, следуя такой логике, в немецких землях должны быть учреждены *парламентские республики*. Однако предл. 1 абз. 1 ст. 28 Основного Закона ФРГ не требует, чтобы при построении собственных государственных систем земли воспринимали парламентский вид республики, как это предписывает Основной Закон для Федерации.⁸ Таким образом, Основной Закон не исключает возможности учреждения систем органов

⁷ См.: *Leunig*, Op. cit., S. 56.

⁸ См.: *Hömig*, Op. cit., Art. 28 Rn. 4.

государственной власти земель на принципах *президентской республики*. Предположим, что в конституцию земли вносится изменение, согласно которому помимо должности премьер-министра (Ministerpräsident), являющегося руководителем исполнительной власти и представляющего интересы земли во взаимоотношениях с Федерацией, учреждается должность главы земли (Landesoberhaupt). В этом случае не будет противоречия предл. 1 абз. 1 ст. 28 Основного Закона ФРГ, т.к. ни один из указанных в этой норме базовых принципов не нарушается. По-другому будет квалифицировано стремление закрепить в земельной конституции норму, например, о пожизненности должности главы земли.⁹ В этой ситуации последует нарушение принципа республиканского государства в его «позитивном» понимании.

2. Демократия

Относительно принципа демократического государства ориентирующим для земель является положение абз. 1 ст. 20 Основного Закона ФРГ, в соответствии с которым «вся государственная власть исходит от народа» („Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“). Подобная формулировка, правда, с небольшими семантическими отличиями, встречается практически во всех земельных конституциях. Например, в конституциях Баварии, Бранденбурга и Рейнланд-Пфальца народ является «носителем государственной власти», в конституции Берлина – «носителем публичной власти», а в соответствии со ст. 70 конституции Гессена государственная власть неотчуждаемо принадлежит народу.¹⁰ Исключением является конституция земли Северный Рейн-Вестфалия, которая умалчивает о природе и источнике государственной власти.

Что же представляет собой «народ» как *суверен*, которому принадлежит вся полнота региональной власти? Большинство конституций земель понимает под

⁹ Пример взят из: *Leunig*, Op. cit., S. 199.

¹⁰ Здесь и далее ссылки на конституции земель даются по: *Pestalozza, Christian* (Hrsg.), *Verfassungen der deutschen Bundesländer mit dem Grundgesetz, Textausgabe mit Sachverzeichnis*, 10. Aufl. München 2014.

народом *немцев* (т. е. граждан Федеративной Республики Германия¹¹), имеющих место жительства или длительное пребывание в земле, т. е. не все немцы, а тем более иностранцы или лица без гражданства, составляют народ земли. В то же время в конституциях Бранденбурга и Саксонии-Анхальт допускается возможность вовлечения проживающих на их территории иностранцев в понятие «народ» постольку, поскольку это разрешает Основной Закон ФРГ.

Осуществление народом государственной власти возможно не только через государственный аппарат, но и посредством *выборов и голосований* (предл. 2 абз. 2 ст. 20 Основного закона ФРГ). При помощи выборов осуществляется формирование народного представительства на уровне земель, т. е. выборы – это принятие народом кадровых решений. В свою очередь голосования представляют собой решения по конкретным вопросам по существу, на принятие которых едва ли уполномочен немецкий народ в целом.¹²

Согласно господствующей в теории государственного права Германии точке зрения, в силу парламентской природы современной немецкой государственности, на федеральном уровне проведение голосований возможно только по вопросу территориальных изменений (ст. 29 Основного Закона ФРГ). В противоположность этому, земли в своих конституциях закрепляют и широко интерпретируют *принцип непосредственной демократии*.¹³ Объем использования землями голосований различен, но можно выделить общие для всех варианты:

а) Голосования по конституции. Различают *учреждение конституции* (т. е. принятие новой конституции) и *изменение конституции* (т.е. изменение отдельных положений действующей конституции). 9 из 16 земель закрепили участие народа в учреждении конституции: после принятия парламентом

¹¹ См.: абз. 1 ст. 116 Основного Закона ФРГ.

¹² См.: *Pestalozza*, Op. cit., Rn. 95.

¹³ Ограничение использования институтов непосредственной демократии на федеральном уровне объясняется печальной практикой реализации Веймарской конституции, допускавшей проведение референдума практически по любому вопросу государственной жизни, чем в итоге умело воспользовались национал-социалисты. См.: *Лексин И.В.* Государственное устройство федераций в составе Европейского союза: Учебное пособие. М., 2014. С. 242.

конституция выносятся на референдум, от результатов которого зависит её вступление в силу. Что касается внесения изменений, то ни в одной земле не предусмотрено исключительное право народа на изменение конституции. В земле Саар полномочие по внесению изменений в конституцию предоставлено только парламенту. В Баварии и Гессене парламент и народ обязаны взаимодействовать. В остальных 13 землях внесение изменений в конституции возможно как путём принятия парламентом закона, так и посредством всенародного голосования.¹⁴

б) Голосования по законам. Во всех землях Германии народ может инициировать (в форме народной инициативы – *Volksinitiative, Volksbegehren*) и принимать (в форме референдума – *Volksentscheid*) законы по исключительным земельным предметам ведения. Безусловно, конституции земель предусматривают для народного законотворчества ряд ограничений, но общим для всех является следующее: народные законы не могут касаться регулирования финансовых вопросов, таких как отмена налогов, денежное содержание депутатов, зарплаты служащих, субвенции политическим партиям и т.п. Это объясняется тем, что парламент несёт полную ответственность за финансовое планирование и принятие годового сбалансированного бюджета земли, в то время как одобрение народом явно популистских законов в сфере финансов может нанести урон последующему рациональному планированию.¹⁵

в) Голосования по вопросам управления. Конституции некоторых земель предусматривают возможность проведения голосований по вопросам земельного *самоуправления*, т. е. по тем предметам ведения, по которым земли осуществляют управленческую деятельность самостоятельно¹⁶ (в рамках ст. 30 Основного Закона ФРГ).

¹⁴ См.: *Pestalozza*, Op. cit., Rn. 101.

¹⁵ См.: *Pestalozza*, Op. cit., Rn. 102.

¹⁶ См.: *Pestalozza*, Op. cit., Rn. 104.

3. Социальное государство

Определить содержание принципа социального государства для земель тяжелее, чем на федеральном уровне. По общему мнению, данный принцип обязывает земли к достижению социальной справедливости, что, однако, не принуждает земли к принятию определённых мер. Решающее значение имеют минимальные стандарты жизни граждан, гарантированные землями.¹⁷

4. Правовое государство

Содержание принципа правового государства составляют, в основном, следующие элементы: зависимость законодателя от конституционного строя; гарантия эффективной правовой защиты; законность управления; связанность правосудия законом и правом; разделение властей. Конституции преобладающего числа немецких земель (за исключением Баварии, Берлина, Гессена, Северного Рейн-Вестфалии и Шлезвиг-Гольштейна) переняли формулировку абз. 3 ст. 20 Основного Закона ФРГ, согласно которой ветви государственной власти зависимы от конституции, закона и права.¹⁸

Большое значение для реализации принципа правового государства имеет *принцип разделения властей*. Согласно нему функции государства распределяются между законодательством, управлением и правосудием. Это разделение порождает практические организационные последствия, в первую очередь, относительную независимость органов законодательной, исполнительной и судебной власти друг от друга.

Рассмотрев принципы конституционного строя земель, возникает вопрос о том, как реализуются эти принципы в земельных конституциях. Поэтому далее речь пойдёт о формировании региональных органов государственной власти, их полномочиях и функциях.

¹⁷ См.: *Leunig*, Op. cit., S. 58.

¹⁸ См.: *Leunig*, Op. cit., S. 58–59.

II. Земельный государственный аппарат

В соответствии с предл. 2 абз. 2 ст. 20 Основного Закона ФРГ народ осуществляет государственную власть, в том числе, через прямо или опосредованно формируемые органы законодательной, исполнительной и судебной власти. При этом Основной Закон не раскрывает, о каких *конкретно* органах земельной власти идёт речь. В сравнении с этим, 9 из 16 земельных конституций содержат более или менее детальные предписания. Так, например, исполнительная власть осуществляется правительством, а судебная власть находится в руках независимых судов. Однако всё же в предл. 2 абз. 1 ст. 28 Основного Закона ФРГ определённо устанавливается, что в землях народ должен иметь образованное путём выборов *представительство*, т. е. парламент.

1. Орган народного представительства

1.1. Формирование

Закрепляя обязательность учреждения в землях органов народного представительства (в Берлине – Палата депутатов (Abgeordnetenhaus), в Гамбурге и Бремене – Гражданское собрание (Bürgerschaft), в остальных землях – ландтаг (Landtag, букв. «земельное собрание»¹⁹)), Основной Закон ФРГ даёт однозначно понять, что парламент является важнейшим органом, через который народ осуществляет свою власть. Формирование путём прямых выборов обеспечивает парламенту наибольшую легитимацию по сравнению с другими органами государственной власти, что представляет собой проявление принципа демократии. В то же время, принимая во внимание принцип разделения властей, нельзя утверждать, что орган народного представительства занимает господствующее положение по отношению к другим ветвям власти (т.е. правительству и судам).

Парламент, как представительный орган, формируется непосредственно народом земли. Поэтому важным является то, как должны проходить выборы

¹⁹ Термин «ландтаг» зародился в XIII в.: так в Средневековье называли орган сословного представительства в немецких феодальных государствах.

этого органа. Принципы избирательного права предусмотрены в предл. 2 абз. 1 ст. 28 Основного Закона ФРГ (которое находится во взаимосвязи с предл. 1 абз. 1 ст. 38): земельный парламент должен формироваться путём *всеобщих, равных, свободных, прямых и тайных* выборов. Данные принципы были почти дословно закреплены в конституциях немецких земель, за исключением Баварии, Гессена и Берлина, в учредительных актах которых отсутствует такой элемент, как «свободные выборы». В отношении первых двух земель это объясняется тем, что их конституции были приняты ранее Основного Закона ФРГ. Конституция Берлина 1995 г. отказалась от включения «свободных выборов» ввиду того, что предписание абз. 1 ст. 28 Основного Закона действует непосредственно во всех землях.²⁰

Рассмотрим практическое выражение принципов избирательного права на уровне земель.

а) Всеобщность выборов. Этот принцип означает, что никто, вне зависимости от расы, пола, религии и дохода, не может быть лишён своего активного и пассивного избирательного права. Всеобщность *активного* избирательного права, однако, не означает, что каждый человек, находящийся в период проведения выборов на территории определённой земли, может выбирать (см. выше). Несмотря на некоторые отличия в формулировках земельных конституций, участие граждан в формировании парламента земли возможно, если они проживали в течение определённого времени до выборов (как правило, не менее 3 месяцев) в границах конкретной земли.

Ещё одним из минимальных требований к избирателю является достижение им определённого возраста. Так, гражданин становится потенциальным избирателем по достижении 18 лет на момент голосования, и только в Бремене эта планка снижена до 16 лет. Что касается *пассивного* избирательного права граждан, то возрастные ограничения аналогичны активному, правда, также с одним исключением: в Гессене избранным в ландтаг может быть гражданин,

²⁰ См.: *Leunig*, Op. cit., S. 62.

которому на момент голосования исполнился 21 год (абз. 1 ст. 75 земельной конституции).

Наряду с рассмотренными выше общими минимальными требованиями к избирателям и кандидатам, конституции некоторых земель предусматривают различные ограничения избирательных прав, вследствие чего неопределённое количество граждан исключается из избирательного процесса. Например, в соответствии со ст. 74 конституции земли Гессен права голоса лишаются граждане, находящиеся под временной опекой или попечительством из-за наличия душевного расстройства.

В ряде земельных конституций встречаются предписания, не представляющие собой ограничения активного или пассивного избирательного права *личности гражданина* (т. е. как субъекта (носителя) этих прав). Такого рода ограничения касаются лиц определённой профессии или должностных лиц, которые при избрании в ландтаг обязаны сложить полномочия или прекратить профессиональную деятельность (т. н. *принцип несовместимости*, *Inkompatibilitätsprinzip*).²¹ Подобный запрет предусмотрен абз. 4 ст. 8 конституции Нижней Саксонии, согласно которому «члены Бундестага, Федерального правительства, Европейского парламента, а равно органов народного представительства и правительств других земель не могут избираться в Ландтаг». Кроме этого, абз. 1 ст. 137 Основного Закона ФРГ предоставляет в том числе земельному законодателю возможность ограничения пассивного избирательного права государственных и публичных служащих, профессиональных солдат, солдат по призыву и судей. Похожие формулировки содержатся в земельных конституциях Бранденбурга, Северного Рейн-Вестфалии, Нижней Саксонии, Мекленбург-Передней Померании и Саксонии-Анхальт.

Однако такие запреты не означают, что лица, наделённые властными полномочиями или занимающиеся определённой профессиональной деятельностью, не могут быть избраны. В этом случае, после их избрания в

²¹ См.: *Leunig*, Op. cit., S. 64.

депутаты, они обязаны прекратить или приостановить свою предыдущую деятельность.²² Требуется это для того, чтобы исключить возможные конфликты интересов и обеспечить соблюдение принципа разделения властей.

б) Прямые выборы, т.е. непосредственность голосования, означают, что подача избирателем голоса происходит за определённого кандидата, и между ними нет каких-либо промежуточных институтов, как, например, выборщиков в США.

в) Свободными выборы признаются тогда, когда решения избирателей принимаются без государственного, политического или экономического принуждения. В то же время, этот принцип не является абсолютным, поскольку законодательство не запрещает т.н. *рекомендации по голосованию* (Wahlempfehlungen), которые, например, могут озвучиваться церквями. Принцип свободы выбора также распространяется на пассивное избирательное право: помимо выдвигаемых партиями кандидатов, баллотироваться могут и независимые самовыдвиженцы.

г) Равные выборы. Каждый избиратель может осуществлять своё право формально равным способом, и каждый голос имеет одинаковый вес. Допустимым при этом является установление *заградительного барьера* для политических партий, а также учреждение *мандатов на переуступку мест в парламенте* (Überhangmandate) без компенсационных мандатов (Ausgleichsmandate), что будет рассмотрено ниже.

д) Тайность голосования означает, что выбор отдельного избирателя не может быть идентифицирован третьими лицами.

При выборе параметров избирательных систем земли не связаны примером федерального уровня.²³ Существуют значительные отличия как от федеральной избирательной системы, так и между избирательными системами земель. Однако

²² См.: Leunig, Op. cit., S. 64.

²³ См.: BVerfGE 4, 44. Цит. по: Hömig, Op. cit., Art. 28 Rn. 5.

в последние годы отмечается постепенное приближение земель к модели выборов в Бундестаг.²⁴

Избирательные системы немецких земель можно условно поделить на две группы. Водоразделом этой типологизации выступает количество голосов, предоставляемых избирателю (один голос или несколько: в Бремене – пять, в Гамбурге – десять, в остальных землях – два).

В землях, для избирательных систем которых ориентиром выступает избирательная система Федерации, каждый избиратель обладает двумя голосами. Первый голос подаётся за конкретного кандидата, баллотирующегося в избирательном округе (т. н. «личный голос», *Personenstimme*). Второй голос подаётся за список определённой политической партии в рамках всей земли (т. н. «партийный голос», *Parteienstimme*). Таким образом, налицо сочетание мажоритарной и пропорциональной избирательных систем.

Логичным представляется, что избиратель отдаст свой «второй» голос за близкую ему по идеологии партию, а «первый» голос – за её представителя, выставляющего свою кандидатуру в избирательном округе. Однако на практике часто встречается ситуация, когда избиратель голосует *раздельно* (*Stimmensplitting*), что обуславливает появление мандатов на переуступку мест в парламенте. Рассмотрим это на гипотетическом примере.

Предположим, что по конституции в земельный парламент должно быть избрано 80 депутатов. Партия X выигрывает в одномандатных округах 21 мандат, т.е. избиратели отдали свои «первые» голоса за 21 кандидата от этой политической партии. В то же время, по спискам партия X выигрывает 25% «вторых» голосов, т. е. 20 депутатских мандатов. Таким образом, в рамках земли партия X выигрывает 20 мест в ландтаге. Однако победителей от этой партии в одномандатных округах 21, т. е. на один мандат больше. Как раз он и будет мандатом на переуступку мест в парламенте, поскольку этот «лишний» депутат был избран в округе и не может быть лишён мандата. Получается, что в

²⁴ См.: *Leunig*, Op. cit., S. 68.

земельном парламенте партия X будет иметь 21 мандат, а общее количество депутатов увеличится до 81.

В июле 2012 г. Федеральный конституционный суд Германии (Bundesverfassungsgericht, BVerfG) вынес решение,²⁵ согласно которому появление у политической партии А мандата на переуступку мест в парламенте, когда в процентном соотношении «вторых» голосов она проиграла партии Б, требует предоставления политической партии Б т. н. компенсационного мандата. В феврале 2013 г. были внесены изменения в Закон о выборах Бундестага (Bundeswahlgesetz, BWahlG), согласно которым институт компенсационного мандата должен быть применён, начиная с выборов Бундестага следующего созыва (т. е. 18-го созыва, 2013–2017 гг.). В то же время, на немецкие земли это решение Федерального конституционного суда не распространяется, поэтому в их избирательном законодательстве нормы о предоставлении партиям компенсационных мандатов отсутствуют.

Вторую группу составляют земли, избирательные системы которых предусматривают предоставление избирателям лишь одного голоса. К таким относятся Баден-Вюртемберг и Саар, хотя ещё несколько лет назад подобная система была также в Гессене, Рейнланд-Пфальце и Нижней Саксонии.²⁶

1.2. Внутренняя организация, функции, срок полномочий и их досрочное прекращение

Органы народного представительства состоят из депутатов, количество которых сильно разнится в зависимости от земли. В 7 землях численный состав ландтага определяется конституцией: в Баварии – 180 депутатов, в Гамбурге – как минимум 120, в Мекленбург-Передней Померании – как минимум 71, в Сааре – 51 депутат, в Саксонии – как правило, 120, в Шлезвиг-Гольштейне – 69. В остальных землях данный вопрос регулируется законодательством. Наличие в нормативных правовых актах формулировки, что ландтаг состоит «как

²⁵ BVerfGE 131, 316.

²⁶ См.: *Leunig*, Op. cit., S. 68–71.

минимум» или «как правило» из определённого количества депутатов, обусловлено возможностью появления дополнительных мандатов в результате выборов (рассмотренная выше ситуация с мандатами на перераспределение мест в парламенте).

Срок полномочий ландтага одного созыва почти всех земель составляет 5 лет и только в Бремене – 4 года. Хотя ещё буквально 10 лет назад практически все земельные парламенты избирались по аналогии с Бундестагом на 4 года. Увеличение периода легислатуры в немецких землях объяснялось несколькими причинами. С одной стороны, необходимо увеличивать эффективность деятельности представительных органов, т.к. в условиях парламентской демократии большое внимание уделяется различным совещаниям и заслушиванием докладов, что сокращает участие депутатов непосредственно в законодательном процессе.²⁷ С другой стороны, усложняющийся массив парламентских полномочий повышает требования к депутатам (новоизбранным депутатам необходим некий «испытательный срок», чтобы войти в курс дела).²⁸ Кроме этого, увеличение срока полномочий ландтагов, на наш взгляд, связано с федеративной реформой 2006 г., в результате которой за счёт увеличения законодательных полномочий земель была расширена компетенция земельных парламентов. В то же время, возможность продления органами народного представительства срока своих полномочий представляет собой одну из спорных черт парламентской формы правления.

По структуре все ландтаги являются однопалатными. Однако принцип демократического государства допускает учреждение и двухпалатного парламента. Так, до 2000 г. в Баварии существовала верхняя палата Ландтага – Сенат, традиционно формировавшаяся на основе представительства социальных, хозяйственных, культурных и общинных корпораций. Но по итогам референдума Сенат был упразднён.²⁹

²⁷ См.: *Leunig*, Op. cit., S. 106.

²⁸ См.: *Pestalozza*, Op. cit., Rn. 110.

²⁹ См.: *Лексин И.В.* Указ. соч. С. 241–242.

Что касается функций органов народного представительства, то принято выделять следующие:

1) законодательную (компетенция ландтагов определяется, в первую очередь, абз. 1 ст. 70 Основного Закона ФРГ, согласно которому «земли имеют право законодательствовать в той мере, в какой настоящий Основной Закон не предоставляет законодательные полномочия Федерации». Таким образом, принятие земельных законов является главной функцией немецких ландтагов, но при этом не эксклюзивной, поскольку народ также может участвовать в формировании законодательства (см. выше));

2) избирательную;

3) контрольную.

Наряду с регулярными началом и окончанием деятельности земельных парламентов, многие конституции земель Германии предусматривают возможности *роспуска* ландтагов.

а) Самороспуск парламента. В отличие от федерального уровня, где Бундестаг не может принять решения о самороспуске, все 16 земельных парламентов могут самораспуститься. Различным является подход к количеству голосов депутатов, необходимому для принятия решения о самороспуске ландтага: в то время, как бóльшая часть конституций немецких земель устанавливает требование в $\frac{2}{3}$ голосов от общего числа мандатов, в 6 землях (Бавария, Гамбург, Гессен, Нижняя Саксония, Северный Рейн-Вестфалия, Рейнланд-Пфальц) достаточным будет абсолютное большинство голосов. Выбор того или иного варианта является спорным моментом, однако в литературе отмечается, что применение правила «двух третей» (т.е. квалифицированного большинства голосов от общего числа депутатов) имеет целью уменьшить шансы самороспуска органа народного представительства, поскольку практически все земельные конституции не предусматривают перечня оснований для этого.³⁰ В качестве неких предохранительных мер конституции

³⁰ См.: *Leunig*, Op. cit., S. 108, 121.

немецких земель используют: а) кворум для выдвижения предложения о самороспуске (в 3 землях – $\frac{1}{3}$ депутатов, в 5 землях – $\frac{1}{4}$), и б) временной отрезок после выборов, когда ландтаг не может решить самораспуститься (в Саксонии-Анхальт подобный срок составляет полгода после начала работы парламента нового созыва).

б) Роспуск парламента по итогам референдума. В некоторых землях народу предоставляется возможность выступить с инициативой о роспуске ландтага. Процедура является двухступенчатой: вначале оформляется предложение в форме *народной инициативы*, которое должно быть поддержано определённым количеством избирателей (в 3 землях установлена конкретная численность: от 30 тыс. в Рейнланд-Пфальце до 1 млн. в Баварии; в 3 других землях необходима определённая часть населения – $\frac{1}{6}$ или $\frac{1}{5}$); затем данная инициатива должна получить поддержку населения ($\frac{1}{2}$ или $\frac{1}{4}$ от *общего количества* избирателей, либо $\frac{1}{2}$ или $\frac{1}{4}$ от *количества проголосовавших* на референдуме граждан).

в) Роспуск ландтага по итогам голосования по вопросу о доверии земельному правительству. Последствия отрицательного ответа парламента на поставленный премьер-министром вопрос о доверии на земельном уровне отличаются от тех, что предусмотрены для федеральных органов власти: если Федеральный канцлер может направить Федеральному президенту *предложение о роспуске* Бундестага (абз. 1 ст. 68 Основного Закона ФРГ), то для немецких земель возможны следующие варианты:

1) факультативный роспуск парламента по предложению председателя правительства: премьер-министр вправе распустить ландтаг через его президента (Мекленбург-Передняя Померания, Нижняя Саксония, Шлезвиг-Гольштейн);

2) самороспуск парламента (Бранденбург и Гамбург);

3) роспуск ландтага вследствие невозможности избрания нового главы правительства в определённый срок после отрицательного голосования по вопросу о доверии (Саар, Тюрингия).

г) Роспуск парламента вследствие невозможности избрания главы правительства. Земельный парламент может быть распущен, если:

1) в течение определённого периода времени (как правило, 3 месяцев) после выборов ландтага нового созыва или отставки последнего главы правительства не был избран премьер-министр;

2) не состоялись выборы нового председателя правительства, назначенные в результате деструктивного вотума недоверия.

2. Земельное правительство как высший орган исполнительной власти

Традиционно немецкая модель разграничения управленческих полномочий между Федерацией и землями именуется «исполнительным федерализмом». В общем виде «*исполнительный федерализм*» представляет собой такую систему, при которой исполнение законов осуществляется членами федерации с сохранением у Федерации возможностей применения прямого управления в некоторых сферах. Центральное место в вопросе разграничения предметов ведения в сфере управления между Федерацией и землями занимает *принцип приоритета компетенции земель* (ст. 30 Основного Закона ФРГ), из которого вытекает, что исполнение земельных законов возлагается на учреждаемые землями органы власти. Взаимосвязанной с этой нормой является ст. 83 Основного Закона ФРГ, согласно которой «земли исполняют федеральные законы как свои собственные, если иное не устанавливает или не допускает настоящий Основной Закон». Компетенция же Федерации ограничивается предметами ведения, исчерпывающе перечисленными в ст. 86–91 Основного Закона ФРГ.

Согласно предл. 1 абз. 1 ст. 84 Основного Закона ФРГ земли, исполняя федеральные законы как свои собственные, самостоятельно регулируют организацию системы органов исполнительной власти. К решению этого

вопроса земли подходят по-разному, однако, несмотря на это, можно выделить два общих структурных принципа:

а) земельные органы исполнительной власти можно разделить на *общие* и *специальные органы управления*. Различие между этими органами заключается в объёме их компетенции: специальные органы управления образуются для решения определённых законом задач, в то время как общие органы управления правомочны решать все иные вопросы;

б) исполнительная власть земель представляет собой *трёхуровневую систему*, состоящую из высшего, среднего и нижнего управленческих уровней (последние два в совокупности именуется государственной администрацией, *Staatsverwaltung*).³¹

Земельное правительство (*Landesregierung*, в Баварии и Саксонии – государственное правительство (*Staatsregierung*), в Берлине, Бремене и Гамбурге – Сенат (*Senat*)) является высшим органом исполнительной власти и возглавляет систему органов управления земли. Как правило, правительство состоит из возглавляющего его *премьер-министра* (в Берлине – правящий бургомистр, в Бремене – бургомистр, одновременно являющийся президентом Сената, в Гамбурге – первый бургомистр) и *министров* (сенаторов в городах-землях). Некоторые конституции земель добавляют в состав правительства *государственных секретарей* или *министров без портфеля*.³²

³¹ См.: *Фоскуле А.* Система исполнительной власти в Федеративной Республике Германии // Конституционное право: Восточноевропейское обозрение. 2004. № 1. С. 83.

³² Следует различать «служащих» государственных секретарей и «парламентских» государственных секретарей. Последние одновременно являются депутатами земельного парламента и т. н. «политическими служащими», которые находятся в доверительных отношениях с министром и выступают в роли связующего звена между правительством и парламентом. В тех землях, где учреждаются должности государственных секретарей (Бавария, Саар, Саксония), речь идёт именно о «служащих» секретарях, основным полномочием которых, помимо управления министерством, является замещение соответствующего министра. В Баден-Вюртемберге, Бремене и Гамбурге учреждаются должности министров без портфеля, в обязанности которых входит решение каких-либо специальных вопросов по поручению премьер-министра (в Баден-Вюртемберге министры без портфеля осуществляют свои функции на общественных началах). См.: *Leunig*, Op. cit., S. 158.

Членом правительства может стать каждый немецкий гражданин, обладающий пассивным избирательным правом. В то же время, во избежание конфликтов интересов, лица, занимающие должности в земельном правительстве, не должны:

а) иметь иной оплачиваемой должности, работы или профессии (т.н. *профессиональная несовместимость*, *berufliche Inkompatibilität*). При этом деятельность членов правительства в наблюдательных советах или правлениях коммерческих организаций (в некоторых землях только организаций с государственным региональным участием) возможна с согласия парламента;

б) являться одновременно депутатами Бундестага, Европейского парламента, ландтага другой земли или членом Федерального правительства (т.н. *несовместимость должностей в различных государственных органах*, *Organinkompatibilität*). Исключением из принципа несовместимости является то, что практически во всех немецких землях (кроме Бремена), как и на федеральном уровне, члены правительства одновременно являются депутатами парламента (т.н. *двойное участие*, *Doppelmitgliedschaft*). Объясняется такая закономерность, во-первых, тем, что двойное участие обеспечивает устойчивую связь между правительством и ландтагом, а, во-вторых, укрепляются позиции министра и уменьшается его зависимость от премьер-министра, поскольку отставка с должности в правительстве не влечёт прекращения мандата в земельном парламенте. Однако противники критикуют подобную практику за искусственное создание условий для двойного денежного содержания политиков как одновременно членов правительства и парламента.³³

По аналогии с Основным Законом ФРГ, конституции земель предусматривают руководящую роль премьер-министра: он возглавляет земельное правительство и осуществляет директивное руководство деятельностью правительства в соответствии с регламентом данного органа государственной власти.

³³ См.: *Leunig*, Op. cit., S. 159–160.

Министры самостоятельно руководят вверенной им сферой деятельности и под собственную ответственность (Ressortprinzip), что исключает возможность прямого управления премьер-министром определённой сферы, минуя ответственного за неё министра (хотя конституции некоторых земель допускают опцию, когда премьер-министр поручает самому себе управление какой-либо отдельной сферой).

Подобно Федеральному канцлеру, главы правительств лишь 4 земель (Бранденбурга, Мекленбург-Передней Померании, Саара и Шлезвиг-Гольштейна) вправе самостоятельно определять сферу ответственности каждого министра. В других немецких землях определение круга вопросов, за которые будет отвечать конкретный министр (буквально, какое министерство должно быть учреждено), происходит либо в соответствии с законом (Северный Рейн-Вестфалия), либо, что намного чаще, с согласия ландтага.

В земельном правительстве, как коллегиальном органе, любое решение принимается большинством голосов его членов. Возникающие между министрами расхождения во мнениях разрешаются правительством. Однако если голоса делятся поровну, решение остаётся за премьер-министром как главой этого органа власти.

Сосредоточение полномочий в руках земельного правительства, как общего органа управления, «служит единству управления (горизонтальная концентрация) и должна предотвращать конфликты, связанные с разграничением компетенций».³⁴ Среди его полномочий следует выделить:

- 1) исполнение принятых парламентом законов. Для этого правительство осуществляет управление и надзор за иными органами исполнительной власти;
- 2) определение основных направлений политики, что реализуется посредством внесения в ландтаг законопроектов (*право законодательной инициативы*, Gesetzinitiativrecht) и издания подзаконных правовых актов;

³⁴ Фоскуле А. Указ. соч. С. 83.

3) внешняя политика (в той мере, насколько это разрешено Основным Законом ФРГ). Премьер-министр (или иной уполномоченный член правительства) представляет землю во взаимоотношениях с Федерацией, другими немецкими землями и иностранными государствами (их территориальными частями), а также уполномочен заключать государственные договоры с указанными публично-правовыми образованиями, правда, в некоторых землях с согласия ландтага или всего земельного правительства;³⁵

4) участие в деятельности Бундесрата.³⁶ С одной стороны, представители земельных правительств участвуют в федеральном законодательном процессе, с другой стороны, земли получают возможность ограничивать сферу влияния Федерального правительства. Земельное правительство формально не имеет влияния на решения своих представителей в Бундесрате. Однако правительство обладает т. н. *императивным мандатом* в отношении этих представителей, что означает возможность их свободного отзыва (см. предл. 1 абз. 1 ст. 51 Основного Закона ФРГ).

Несмотря на широту полномочий земельного правительства, в основном, они носят политический характер,³⁷ в то время как осуществление сугубо управленческих функций возложено на иные органы исполнительной власти.

III. Взаимоотношения парламента и правительства на уровне земель

Принцип разделения властей означает, что органы законодательной, исполнительной и судебной власти осуществляют свои полномочия самостоятельно и независимо друг от друга. Однако бóльшая часть полномочий государственных органов требует их взаимодействия, где данные органы или их структурные подразделения должны не только кооперироваться, но и

³⁵ См.: *Leunig*, Op. cit., S. 167.

³⁶ Согласно общепринятой в российской юридической литературе точке зрения, Бундестаг является нижней палатой немецкого парламента, в то время как Бундесрат – верхней палатой. Однако это является заблуждением, поскольку Бундесрат – это один из высших федеральных органов государственной власти, через который «земли участвуют в законодательстве и управлении Федерации, а также в делах Европейского Союза» (ст. 50 Основного Закона ФРГ).

³⁷ См.: *Pestalozza*, Op. cit., Rn. 121.

контролироваться друг другом. В таком случае принято говорить о *переплетении властей* (Gewaltenverflechtung). Наиболее ярким оно будет между органами законодательной и исполнительной власти при формировании правительства.

1. Формирование и отставка правительства

Как отмечалось ранее, одной из функций земельных парламентов является избирательная функция, которая подразумевает выборы председателя земельного правительства, а равно участие парламента в формировании правительства в целом. Оба эти элемента демонстрируют *зависимость правительства от парламента*, что является одной из ключевых характеристик парламентской формы правления.

1.1. Избрание правительства

Во всех немецких землях формирование правительства начинается с выборов его председателя парламентом. Как правило, для этого требуется голосование большинства депутатов от общего количества (лишь в Баварии и Бремене достаточно большинства от поданных голосов). Столь жёсткое требование, с одной стороны, ставит правительство в зависимое положение от парламентского большинства, но с другой стороны, придаёт больше легитимности избранному премьер-министру (в этой связи даже сформировалось неформальное правило, когда на голосовании по кандидатуре председателя земельного правительства желательное присутствие *всех* депутатов ландтага).³⁸

Несмотря на свободу и тайность выборов, в большинстве случаев имя нового главы правительства известно заранее до голосования, поскольку ещё до выборов в ландтаг политические партии называют своих кандидатов на эту должность.³⁹

³⁸ См.: *Leunig*, Op. cit., S. 180.

³⁹ Такая практика аналогична существующей на федеральном уровне. Так, предвыборная кампания в Бундестаг (июнь-сентябрь 2013 г.) ассоциировалась не с противостоянием партий

Результат парламентских выборов указывает, какая партия или избирательный блок получает достаточное для формирования земельного правительства количество депутатских мандатов. В случае, если одна политическая партия выигрывает абсолютное большинство мандатов, то здесь итог прост: кандидат этой партии в премьер-министры будет утверждён ландтагом в должности. В такой ситуации земельный парламент лишь оформляет результат народного голосования.

По-другому будет в случае, когда ни одна партия по итогам парламентских выборов не получает абсолютного большинства мандатов. Если после выборов в ландтаг две или более партии смогли прийти к согласию и заключить коалиционное соглашение, то, как правило, главой правительства становится руководитель наибольшей фракции, входящей в коалицию. Ландтагу остаётся только подтвердить договорённости партнёров по коалиции.

Сложным представляется вариант, при котором ни одна политическая партия по итогам выборов в земельный парламент не получает абсолютного большинства депутатских мандатов, а предварительно достигнутые коалиционные соглашения не могут быть реализованы вследствие недостаточности числа выигранных мест в парламенте. Таким образом, в период до первого заседания новоизбранного ландтага партии должны создать работающую коалицию, которая может представить кандидатуру председателя земельного правительства. Если же этого не происходит и выдвинутая кандидатура не получает на выборах в парламенте необходимого количества голосов, то в конституциях 10 немецких земель, как и на уровне Федерации, предусмотрена возможность второго и последующих туров голосования (Wahlgänge).

Во втором туре голосования глава правительства считается избранным, если за него проголосовало большинство от общего числа (Бранденбург, Саксония-Анхальт, Тюрингия, Шлезвиг-Гольштейн) или от присутствующих депутатов

ХДС/ХСС и СДПГ, а с их лидерами – кандидатами на должность Федерального канцлера А. Меркель и П. Штайнбрюком.

(Северный Рейн-Вестфалия) либо относительное большинство депутатов ландтага (Саксония).

Проведение третьего тура голосования по кандидатуре премьер-министра возможно в Бранденбурге, Тюрингии и Шлезвиг-Гольштейне, где для избрания главой правительства необходимо получить абсолютное большинство поданных голосов.

После безрезультатного голосования в первом туре проведение неограниченного количества туров предусмотрено в конституциях Баварии, Бремена, Мекленбурга-Передней Померании, Нижней Саксонии, Северного Рейна-Вестфалии (не более четырёх). В последних 3 землях кандидат становится председателем правительства, если за него будет отдано простое большинство голосов депутатов.

Если в течение определённого земельной конституцией периода времени парламент не выберет премьер-министра, то ландтаг подлежит роспуску (Бранденбург, Саксония, Саксония-Анхальт, Мекленбург-Передняя Померания, Нижняя Саксония). Подобный финал ждёт парламенты тех немецких земель, в конституциях которых не предусмотрены вторые или последующие туры голосования по кандидатуре председателя правительства.

Интересным представляется, что не во всех землях с началом срока полномочий ландтага нового созыва требуется легитимация правительства. Это означает, что срок полномочий земельного правительства не прекращается автоматически с окончанием легислатуры парламента. Такой порядок предусмотрен только в Берлине и Рейнланд-Пфальце.⁴⁰

Следующим шагом в формировании земельного правительства является назначение министров. Избранный премьер-министр вправе назначать и освобождать от должности министров своего правительства. Однако в одних землях он обязан лишь уведомить об этом ландтаг, в то время как в других назначение и освобождение от должности любого министра требует согласия

⁴⁰ См.: *Leunig*, Op. cit., S. 165, 185.

земельного парламента. Лишь в Бремене предусмотрено максимальное участие парламента в формировании правительства: наряду с бургомистром, все члены правительства должны быть избраны Гражданским собранием.

1.2. Досрочное прекращение полномочий правительства

В парламентской системе деятельность правительства зависит от доверия парламента. Таким образом, *утрата парламентского доверия влечёт отставку правительства*. В этой связи выделяют такие правовые инструменты, как *вотум недоверия* (Misstrauensvotum) и *вопрос о доверии* (Vertrauensfrage).

Вотум недоверия правительству выносится парламентом по инициативе депутатов. В 6 немецких землях не предусмотрен кворум для выдвижения подобного предложения, в то время как в остальных инициатором должна выступить либо фракция (Саар и Тюрингия), либо определённая часть депутатов ландтага (от 1/6 в Гессене до 1/3 в Мекленбурге-Передней Померании и Нижней Саксонии). Различают следующие виды вотума недоверия:

а) конструктивный вотум недоверия, который подразумевает вынесение земельным парламентом вотума недоверия главе правительства с одновременным предложением кандидатуры нового премьер-министра. Результатом является прекращение полномочий правительства. Как правило, между вынесением вотума недоверия премьер-министру и последующим избранием его преемника должно пройти не более 48 часов;

б) деструктивный (или простой) вотум недоверия, который не связывает ландтаг одновременным голосованием по кандидатуре нового главы земельного правительства. При этом парламент обязан в течение определённого срока (от 12 дней в Гессене до 4 недель в Сааре) утвердить нового премьер-министра, в противном случае представительный орган подлежит роспуску.

Лишь в конституции Баварии не предусматривается возможность отставки премьер-министра. В соответствии с абз. 3 ст. 44 премьер-министр обязан уйти в

отставку, если политические отношения между ним и ландтагом делают невозможным доверительную совместную работу.

В отличие от Федерации, в Баден-Вюртемберге и Рейнланд-Пфальце земельные парламенты правомочны отправлять в отставку отдельных членов правительства.

В 6 землях глава правительства может поставить перед ландтагом *вопрос о доверии* его правительству. Данный инструмент, с одной стороны, предназначен для поддержания дисциплины в парламентском большинстве, а с другой, служит премьер-министру поводом для желаемого роспуска земельного парламента. Однако не во всех случаях ландтагу грозит роспуск. Так, после отрицательного голосования земельного парламента по вопросу о доверии правительству премьер-министр может: а) сформировать новую коалицию, либо б) продолжить осуществление полномочий в условиях неустойчивого большинства в ландтаге.⁴¹

IV. Заключение

Как показывает данное исследование, при ближайшем рассмотрении государственных систем немецких земель обнаруживаются порой принципиальные отличия как от федеральной модели государственной власти, так и между самими землями, что наглядно подтверждает известную формулу «единство в многообразии». Однако, несмотря на отличия в большей или меньшей степени, конституционные системы всех земель Германии можно охарактеризовать как *парламентские демократии с плебисцитными дополнениями*, которым присущи следующие черты:

- Наличие «властного треугольника», состоящего из представительного органа, правительства во главе с премьер-министром и конституционного суда.
- Допускается более широкое, по сравнению с федеральным уровнем, использование институтов непосредственной демократии.

⁴¹ См.: *Leunig*, Op. cit., S. 197.

- Законотворчество находится, в основном, в руках парламента, но возможно и участие народа в законодательном процессе по определённым кругу вопросов.
- В отличие от Бундестага, земельные парламента обладают правом на самороспуск.
- Премьер-министр занимает, по сути, совмещённые должности главы земли и председателя правительства.
- Члены правительства практически во всех землях являются одновременно депутатами ландтага.

Об авторе:



Александр Горский, юрист и магистр права, является докторантом и младшим научным сотрудником на юридическом факультете Тюбингенского университета им. Эберхарда и Карла. В 2009–2014 гг. Александр Горский получил юридическое образование на факультете права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» в Москве и обучался один семестр по обмену в Университете Тюбингена. После успешного окончания обучения в Москве (диплом с отличием) в 2014/2015 уч. г. он обучался по программе магистра права в Университете Тюбингена. С августа 2015 г. Александр Горский работает над докторской диссертацией по тематике немецкого и австрийского государственного права под руководством проф. Йохена фон Бернсторфф и проф. Мартина Неттесхайм. В область интересов

Александра Горского входит государственное право (в особенности, федерализм как политико-правовой феномен), международное право и европейское конституционное право, а также российско-германское правовое и экономическое сотрудничество. Он является автором 11 научных публикаций на русском и немецком языках. Контакт: alex.gorskiy@gmx.de

Dipl.-Jur. Alexander Gorskiy, LL.M. ist Doktorand und wissenschaftliche Hilfskraft an der Juristischen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen (Lehrstuhl von Prof. Dr. Jochen von Bernstorff, LL.M.). Herr Gorskiy studierte von 2009 bis 2014 Rechtswissenschaften an der National Research University Higher School of Economics (HSE) in Moskau mit einem Austauschsemester an der Universität Tübingen. Nach dem erfolgreichen Abschluss seines Diplomstudiums in Moskau (Diplom mit Auszeichnung) absolvierte er im Studienjahr 2014/2015 den juristischen Postgraduiertenstudiengang „Master of Laws“ an der Universität Tübingen und erwarb dort den LL.M.-Grad. Seit August 2015 promoviert Alexander Gorskiy bei Prof. Dr. Jochen von Bernstorff, LL.M. und Prof. Dr. Martin Nettesheim an der Juristischen Fakultät der Universität Tübingen im deutschen und österreichischen Staatsrecht. Den Schwerpunkt von Herrn Gorskiy bildet Staatsrecht, seine besondere Aufmerksamkeit liegt auf dem Föderalismus als rechtspolitischem Phänomen. Er spezialisiert sich auch auf Allgemeinem Völkerrecht und Europäischem Verfassungsrecht sowie deutsch-russischem Rechts- und Wirtschaftsverkehr. Alexander Gorskiy ist Autor von elf wissenschaftlichen Publikationen in russischer und deutscher Fassung. Kontakt: alex.gorskiy@gmx.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

Германо-Российская ассоциация юристов, Сборник статей о праве Германии [Sammelband zum deutschen Recht in russischer Sprache], Выпуск № 3, 2018, сост. Д.Маренков/М.Дерра

Vorgeschlagene Zitierweise:

[Name des/der Autors/Autorin], in: Deutsch-Russische Juristenvereinigung (Hrsg.), Sammelband zum deutschen Recht in russischer Sprache [Sbornik statej o prave Germanii], Ausgabe Nr. 3, 2018

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.