



ЦЕНТР МЕЖДУНАРОДНЫХ
И СРАВНИТЕЛЬНО-
ПРАВОВЫХ
ИССЛЕДОВАНИЙ

**Справка по немецкому праву ко второму круглому столу
Финансового клуба
«Договор займа и кредитный договор. Новеллы статьи 807 ГК РФ»**

*Подготовлено
АНО «Центр международных и сравнительно-правовых исследований»*

*МОСКВА
2018*

1. Консенсуальный характер договора займа

1.1. Переход к консенсуальной модели

1. Сегодня в Германии договор займа считается консенсуальным (§ 488 ГГУ)¹. До реформы обязательственного права 2001 года вопрос о природе договора займа был предметом активных доктринальных дискуссий. Ранее законодатель намеренно отказывался давать какую-либо конкретную квалификацию. После вступления в силу ГГУ господствующим стало представление о договоре займа как о реальном договоре. Если же стороны достигали соглашения о передаче предмета займа, то такое соглашение квалифицировалось как предварительный договор, который был направлен на заключение договора займа². Однако уже в ранний период после принятия ГГУ и особенно во второй половине XX века квалификация договора займа как реального договора, а заблаговременного соглашения – как предварительного договора стала подвергаться критике³.
2. Как отмечается в немецкой доктрине, дискуссия о консенсуальной или реальной природе договора займа уже долгое время не имела практического значения и имела чисто догматическую природу⁴. Типовые договоры банков заполняли все пробелы в регулировании⁵.
3. Кроме того, Закон о потребительском кредите 1990 года уже исходил из консенсуальной модели договора займа. Реформа обязательственного права закрепила консенсуальный заем в качестве общей модели⁶. Конструкция предварительного договора в договоре займа теперь почти не имеет практического значения⁷.
4. Законодательное признание консенсуальной модели договора займа в ГГУ не повлекло значительных изменений в практике. В доктрине обозначалась потребность в изменении догматического объяснения, в частности, касательно момента возникновения права требовать проценты по договору займа, что, однако, не нашло поддержки господствующего мнения⁸.

1.2. Договор займа и договор кредита

5. В ходе реформы обязательственного права 2001 года в ГГУ были перенесены положения Закона о потребительском кредите (Verbraucherkreditgesetz). Закон оперировал понятием

¹ Staudinger/Freitag BGB § 488. Rn. 12. BeckOGK/Binder, 1.6.2018, BGB § 488. Rn. 9.

² Staudinger/Freitag BGB § 488. Rn. 11. BeckOGK/Binder, 1.6.2018, BGB § 488. Rn. 9.

³ Staudinger/Freitag BGB § 488. Rn. 11.

⁴ Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch 5. Auflage 2017. § 76. Pamp. Darlehensvertrag. Rn. 5.

⁵ BeckOGK/Binder, 1.6.2018, BGB § 488. Rn. 9.3. Heermann P.W. Geld und Geldgeschäfte. 2003. S. 311.

⁶ Staudinger/Freitag BGB § 488. Rn. 11-12.

⁷ MüKoBGB/Berger, 7. Aufl. 2016, BGB § 488 Rn. 16.

⁸ См.: Mülbart P. Die Auswirkungen der Schuldrechtsmodernisierung im Recht des „bürgerlichen“ Darlehensvertrags // WM 2002 Heft 10, 465.

кредитного договора, включавшем в себя договор займа, отсрочку платежа и «иную финансовую помощь» (финансовый лизинг и т.п.). При переносе закона в ГГУ понятие кредитного договора как родового было исключено; потребителю займу (Verbraucherdarlehensvertrag) была посвящена глава рядом с договором денежного займа⁹. Таким образом, гражданско-правовое обозначение договора займа сегодня не зависит от субъектного состава. В доктрине есть предложения вернуть понятие кредитного договора в ГГУ, сделав его родовым, по образцу Закона о потребительском кредите¹⁰. Об обозначении этим термином специфики субъектного состава речи не идет.

⁹ Meincke E. Hingst K.-M. Der Kreditbegriff im deutschen Recht – de lege lata und de lege ferenda // WM 2011 Heft 14, 633. S. 635-636.

¹⁰ См.: Meincke E. Hingst K.-M. Op. cit. S. 639.

2. Возвратность займа в Германии

2.1. Несовпадение объема займа и суммы возврата займа

6. Обязанность заемщика вернуть займодавцу сумму займа является имманентной договору займа и имеет конститутивное значение при квалификации этого типа договора¹¹. В то же время обязанность по возврату займа, хотя и возникает как следствие выдачи займа, не имеет встречного по отношению к нему характера и не находится с ним в синаллагматической связи¹².
7. По смыслу абз. 1 § 488 ГГУ, заемщик, по общему правилу, должен вернуть займодавцу ту же сумму, что он получил от займодавца. Этот подход следует принципу номинализма и предполагает, что инфляционный риск возлагается на займодавца¹³. Тем не менее стороны могут включить валютную оговорку; то, что в этом случае объем предоставления займодавца и сумма возврата не совпадают, не влияет на квалификацию договора как договора займа¹⁴.
8. Несовпадение может проявляться не только в суммах предоставления и возврата займа, но и в объектах предоставления и возврата. В немецкой доктрине указывается, что по соглашению сторон договора вещного займа, вместо собственно вещи займодавец может вернуть ее стоимость¹⁵. В качестве примера доктрина приводит договор займа золота, стороны которого договорились, что заемщик вместо возврата золота может предоставить займодавцу его курсовую стоимость на момент созревания обязанности по возврату предмета займа¹⁶. Обязательство заемщика является факультативным; оно не изменяет характерную для договора займа обязанность по возврату. Такой договор с точки зрения правовой квалификации остается договором вещного займа¹⁷.

2.2. Правовая природа гибридных и конвертируемых займов

Гибридные займы

9. Рассмотрение проблемы возвратности займа вместе с правовой природой гибридных займов предполагает ответ на вопрос, может ли существовать договор займа, размер возврата суммы займа по которому ставится в зависимость от финансовых показателей займодавца. Немецкая доктрина отвечает отрицательно: такое условие не согласуется с правовой природой договора займа, который предполагает в качестве конститутивного

¹¹ MüKoBGB/Berger, 7. Aufl. 2016, BGB § 488 Rn. 42.

¹² MüKoBGB/Berger, 7. Aufl. 2016, BGB § 488 Rn. 42-43.

¹³ Staudinger/Freitag BGB § 488. Rn. 167. MüKoBGB/Berger, 7. Aufl. 2016, BGB § 488 Rn. 46.

¹⁴ Langenbucher/Bliesener/Spindler/Steffek, 2. Aufl. 2016, BGB § 488 Rn. 71.

¹⁵ BeckOGK/Lohsse, 15.6.2018, BGB § 607 Rn. 72.

¹⁶ BeckOGK/Lohsse, 15.6.2018, BGB § 607 Rn. 11. MüKoBGB/K. P. Berger, 7. Aufl. 2016, BGB § 607 Rn. 17. Kronenwett H. Sachdarlehen (Goldleihe) und Lifo-Bewertung // FR 1995, 497.

¹⁷ BeckOGK/Lohsse, 15.6.2018, BGB § 607 Rn. 11. MüKoBGB/K. P. Berger, 7. Aufl. 2016, BGB § 607 Rn. 17.

условия возвратность займа¹⁸. Если же от финансовых показателей заемщика зависит только размер процентов, то договор может быть договором займа (partiarische Darlehen)¹⁹.

10. В силу свободы договора стороны могут заключить договор, в соответствии с которым возврат предоставленного финансирования возвращается в размере, зависящем от успеха финансируемого субъекта. Однако такой договор не является договором займа²⁰. Если стороны преследуют общую цель, не объединяя при этом имущество, то такая конструкция считается негласным товариществом с участием в убытках (stille Gesellschaft mit Verlustbeteiligung), которое регулируется Торговым кодексом ФРГ (Handelsgesetzbuch; § 230 и далее)²¹. Участия в прибыли и убытках компании можно добиться и без образования негласного товарищества, когда стороны не преследуют общую цель. Это достигается с помощью обязательственных прав на участие в прибыли, которые принадлежат субъектам, не являющимся участниками финансируемого лица (Genussrecht)²².

Конвертируемый заем

11. В Германии конвертируемый заем (Wandeldarlehen) рассматривается преимущественно с точки зрения корпоративного права, а именно условий одобрения конвертируемого займа участниками заемщика, а также реального исполнения требования займодавца о конвертации. Гражданско-правовой квалификации внимания уделяется сравнительно мало. В то же время указывается, что по правовой природе они по существу схожи с конвертируемыми облигациями, о природе которых дискуссия велась продолжительное время.
12. Конвертируемые облигации – это облигации по смыслу § 793 ГГУ, которые представляют собой абстрактное обязательство (§ 780 ГГУ), облеченное в форму ценных бумаг. Дополнительным элементом конвертируемых облигаций является право кредитора или должника (общества) обменять облигации на акции эмитента. Через реализацию обмена

¹⁸ Baums, Recht der Unternehmensfinanzierung 1. Auflage 2017. § 12 Hybride Finanzierungsinstrumente – Allgemeines. Rn. 34.

¹⁹ Baums, Recht der Unternehmensfinanzierung 1. Auflage 2017. § 12 Hybride Finanzierungsinstrumente – Allgemeines. Rn. 34. Но и в этом случае не всегда имеет место договор займа. О разграничении partiarische Darlehen и негласного товарищества см.: Baums, Recht der Unternehmensfinanzierung 1. Auflage 2017. § 31 Hybride Darlehen und darlehensähnliche stille Gesellschaft. Rn. 13-17.

²⁰ Baums, Recht der Unternehmensfinanzierung 1. Auflage 2017. § 12 Hybride Finanzierungsinstrumente – Allgemeines Rn. 34.

²¹ Негласное товарищество является «внутренним товариществом», то есть во внешних отношениях в роли товарищества не выступает. К негласному товариществу применяются общие нормы о простом товариществе за исключением тех, которые рассчитаны на участие товарищества как субъекта во внешнем обороте, и регулирующих вопросы общего имущества. Подробнее см.: Baums, Recht der Unternehmensfinanzierung 1. Auflage 2017. § 14 Die stille Gesellschaft mit Verlustbeteiligung. Rn. 1-7.

²² Baums, Recht der Unternehmensfinanzierung 1. Auflage 2017. § 12 Hybride Finanzierungsinstrumente – Allgemeines Rn. 34.

чисто обязательственное право требования (по сути, обязательство общества по возврату предоставленного финансирования) заменяется участием в эмитенте²³.

13. В немецкой доктрине рассматриваются различные возможные квалификации конвертируемых облигаций: как договора мены, альтернативного обязательства, зачета требования о выплате по облигациям против обязательства внести вклад²⁴. Однако господствующее мнение в Германии квалифицирует конвертируемые облигации в качестве факультативных обязательств с правом выбора на стороне кредитора²⁵ или должника (эмитента), в зависимости от того, какую конструкцию выбрали стороны²⁶. Управомоченный субъект реализует свое секундарное право на замену права требования выплаты по облигациям на акции. Это означает, что управомоченный субъект заменяет свое право возврата предоставленной суммы на право заключения договора подписки на еще не выпущенные акции или, реже, на существующие акции. Как следствие, изменяется правовое основание лежащих в основании отношений: правоотношения из облигаций заменяются правоотношениями о приобретении участия в обществе. При этом изначальный платеж кредитора по облигациям общества преобразуется в исполнение обязательства по вкладу будущего акционера, а в случае с существующими акциями – в оплату по договору купли-продажи²⁷. В связи с этим в немецкой доктрине пишут, что в этом случае происходит изменение каузы с помощью реализации секундарного права (Causaänderung kraft Gestaltungsrecht)²⁸. С изменением правового основания обязательства связано и то, что увеличение уставного капитала происходит за счет денежного, а не неденежного вклада. Неденежный вклад можно было бы констатировать в том случае, если обладатель облигаций вносил бы свое право требования о выплате по облигациям. Это бы, согласно немецкому праву, потребовало и оценки такого неденежного вклада. Природа же права конвертации обуславливает изменение правового основания обязательства, и в уставный капитал вносится не требование о выплате по облигациям, а первоначальная денежная сумма, предоставленная при покупке облигаций, которая преобразуется в денежный вклад.

²³ Fischer M. Das Wandeldarlehen in Venture Capital-Finanzierungen unter Beteiligung einer GmbH. Frankfurt am Main, Peter Lang. 2017. S. 41-42. MüKoBGB/Habersack, 7. Aufl. 2017, BGB § 793 Rn. 15. Schwark E. Ist die Aktienanleihe ein Börsentermingeschäft? // WM 2001 Heft 42, 1973. S. 1977.

²⁴ Fischer M. Op. cit. S. 43-45.

²⁵ Факультативное обязательство с правом выбора на стороне кредитора отличается от альтернативного тем, что и без реализации секундарного права кредитором с самого начала существует уже определенное исполнимое обязательство. В то же время в доктрине отмечается, что догматическое отличие факультативного обязательства с правом выбора на стороне кредитора и альтернативного обязательства невелико и особого практического значения не имеет. См.: Ziegler K.-H. Die Wertlosigkeit der allgemeinen Regeln des BGB über die sog. Wahlschuld (§§ 262 bis 265 BGB) // AcP 1971, 194. S. 204-205. MüKoBGB/Krüger, 7. Aufl. 2016, BGB § 262 Rn. 10

²⁶ Fischer M. Op. cit. S. 45. MüKoBGB/Habersack, 7. Aufl. 2017, BGB § 793 Rn. 17. Hüffer/Koch, 13. Aufl. 2018, AktG § 221 Rn. 4.

²⁷ Fischer M. Op. cit. S. 46. MüKoBGB/Habersack, 7. Aufl. 2017, BGB § 793 Rn. 17.

²⁸ Fischer M. Op. cit. S. 47. MüKoBGB/Habersack, 7. Aufl. 2017, BGB § 793 Rn. 17.

Денежный характер вклада при конвертации конвертируемых облигаций подтверждается законом (§ 194 Акционерного закона)²⁹.

14. Конвертируемый заем предполагает наличие договора займа с правом займодавца или заемщика обменять обязательства из договора займа на долю (акции) в обществе (заемщике). При реализации права конвертации кредитор в договоре займа должен стать участником заемщика. В отличие от конвертируемых облигаций, конструкция конвертируемого займа не урегулирована в законе, и право конвертации вытекает не непосредственно из закона, а из договоренности сторон³⁰.
15. С договорной природой права конвертации связан следующий нюанс. С точки зрения свободы договора, установление факультативного обязательства, при котором обязательства из договора займа заменяются отношениями по приобретению долей общества, является допустимым³¹. Однако свобода договора здесь ограничивается концепцией скрытого неимущественного вклада. Ее суть заключается в том, что если с экономической точки зрения фактически вносится неденежный вклад (в данном случае – права требования из договора займа), то его договорное преобразование, которое имеет место в случае факультативного обязательства, в денежный вклад является обходом законодательных норм об оценке неденежного вклада. Третьи лица оказываются обмануты: создается иллюзия притока нового капитала, в то время как изменения произошли лишь в части пассивов. В действительности вносимое право требования возврата суммы займа должно оцениваться с поправкой на вероятность его исполнения³². Один из аргументов также связан с тем, что заблаговременное внесение денежного вклада в расчете на будущее увеличение уставного капитала является сомнительным. Верховный суд ФРГ допускает это в случае, когда внесенная денежная сумма еще наличествует на момент увеличения уставного капитала, либо имеет место санация³³.
16. В результате считается, что при конвертируемом займе займодавец в результате реализации права конвертации получает долю в обществе взамен своего права требования о возврате займа, которое в свою очередь является неденежным вкладом³⁴. На практике это обходится с помощью различных обязательственных конструкций. Так, займодавец приобретает долю в увеличенном уставном капитале за символическую денежную плату, а в отношении договора займа заключается договор прощения долга, или обязательство заемщика

²⁹ Fischer M. Op. cit. S. 52-53. MüKoBGB/Habersack, 7. Aufl. 2017, BGB § 793 Rn. 17.

³⁰ Fischer M. Op. cit. S. 55-57.

³¹ Fischer M. Op. cit. S. 91-93.

³² Martin K. Die Umwandlung von Geldkrediten in Grundkapital – eine verdeckte Sacheinlage? // ZIP 1994, 589. S. 591.

³³ Fischer M. Op. cit. S. 91-93.

³⁴ MüKoBGB/Habersack, 7. Aufl. 2017, BGB § 793 Rn. 17.

уступается самому обществу и прекращается в результате совпадения должника и кредитора в одном лице³⁵.

17. В немецкой доктрине указывается на то, что для различной квалификации права конвертации в случае с конвертируемыми облигациями и конвертируемым займом нет достаточных оснований. С экономической точки зрения правовые конструкции в аспекте конвертации тождественны³⁶. Конвертируемый заем представляет собой факультативное обязательство с правом выбора на стороне займодавца либо заемщика, при реализации которого изменяется кауза обязательства, и предоставленная займодавцем сумма займа преобразуется в денежный вклад в уставный капитал заемщика. Так как подобное обоснование нельзя вывести из договоренности сторон, оно основывается на системном толковании закона. Как и в случае с конвертируемыми облигациями конвертируемый заем представляет собой, как правило, денежный заем, и предоставление займодавца также следует квалифицировать как денежный вклад при реализации права конвертации. И наконец цель квалификации платы за облигации в качестве денежного вклада – повысить практичность и эффективность инструментов внешнего финансирования актуальна и для конвертируемого займа³⁷.
18. В доктрине также обращается внимание на то, что применение концепции скрытого неденежного вклада к конвертируемому займу игнорирует различия между двумя совершенно разными случаями: внесением права требования против третьего лица и внесением права требования против самого общества, то есть, по сути, зачетом. При внесении права требования к обществу его оценка равняется номинальной сумме требования. Аргумент о том, что займодавец преобразует свое, возможно неисполнимое, права требования в участие в обществе несостоятелен: его положение от этого не улучшается относительно других кредиторов, так как проблемы при исполнении обязательства означают и невысокую ценность участия в обществе³⁸. Другой аргумент состоит в защите третьих лиц, которые полагались на увеличение уставного капитала и приток свежего финансирования. Он парируется тем, что утверждение об ожиданиях третьих лиц не подтверждается статистическими данными и имеет спекулятивный характер³⁹. Наконец, и при обычном увеличении уставного капитала приобретенные средства могут быть мгновенно потрачены обществом⁴⁰.
19. В итоге можно констатировать следующее. Если правопорядок допускает зачет в счет внесения вклада в общество и при этом не требует его оценки как неимущественного вклада, то аргумент об обходе норм об оценке неимущественного вклада лишается почвы.

³⁵ Fischer M. Op. cit. S. 69-70.

³⁶ Martin K. Op. cit. S. 593.

³⁷ Fischer M. Op. cit. S. 93-97.

³⁸ Martin K. Op. cit. S. 595-596.

³⁹ Martin K. Op. cit. S. 597.

⁴⁰ Fischer M. Op. cit. S. 96.

Стороны вправе в договорном порядке урегулировать конвертируемый заем так же, как и конвертируемые облигации и сделать его факультативным обязательством. Из свободы договора также следует и возможность просто произвести зачет права требования о возврате суммы займа. В этом случае вряд ли можно говорить об изменении каузы. Займодавец приобретает опцион на заключение договора о приобретении доли, который впоследствии исполняется через зачет. Договор займа, право из которого зачитывается, не прекращает своего существования. Если же придерживаться той точки зрения, что зачет требует оценки неденежного вклада, то можно опереться на аналогию с конвертируемыми облигациями и принцип тождественного регулирования тождественного. В этом случае остается квалификация конвертируемого займа как факультативного обязательства.

2.3. Абстрактные обязательства

20. Абстрактными могут быть как распорядительные, так и обязательственные сделки. В Германии, согласно ГГУ, обязательственные договоры, по общему правилу, являются каузальными. Однако § 780 ГГУ допускает заключение абстрактного обязательственного договора⁴¹. Права из такого договора возникают и в том случае, если отсутствует действительное правовое основание⁴².
21. Независимость абстрактного обязательства от каузы не является абсолютной. Хотя абстрактное обязательство не включает каузу в свое содержание, оно не дает кредитору правовую позицию, которая была бы независима от правового основания предоставления абстрактного требования⁴³. Зависимость абстрактного права требования от основания предоставления такого абстрактного права требования обуславливает применимость к нему норм о неосновательном обогащении. Правовым основанием абстрактного обязательства являются не каузальные отношения, а соглашение, по которому сторона принимает на себя абстрактное обязательство. Причем это соглашение обычно связано с самой каузой⁴⁴. Например, если абстрактное обязательство дается в связи с обязательством из игр или пари, то оно не связывает должника. Общим правилом является то, что если абстрактное обязательство возникает без правового основания, то должник может сослаться на нормы о неосновательном обогащении⁴⁵.
22. Отсутствие правового основания у абстрактного обязательства не имеет значения в случае, когда должник принял на себя абстрактное обязательство, зная, что он этого делать не обязан. Здесь работает общее основание для квалификации неосновательного обогащения

⁴¹ По правовым последствиям абстрактное обязательство равнозначно абстрактному признанию долга. Различается лишь внешняя форма. См.: MüKoBGB/Habersack, 7. Aufl. 2017, BGB § 780 Rn. 3.

⁴² MüKoBGB/Habersack, 7. Aufl. 2017, BGB § 780 Rn. 1-2.

⁴³ Baums, *Recht der Unternehmensfinanzierung* 1. Auflage 2017. § 34 Sicherheiten für Gelddarlehen: Formen. Rn. 45. Flume W. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band. Das Rechtsgeschäft.* 4. Auflage. 1992. S. 167.

⁴⁴ MüKoBGB/Habersack, 7. Aufl. 2017, BGB § 780 Rn. 47.

⁴⁵ Flume W. *Op. cit.* S. 167.

(в данном случае в виде абстрактного права требования) как неподлежащего возврату по § 814 ГГУ⁴⁶.

23. За исключением приведенного случая § 814 ГГУ, из норм о неосновательном обогащении вытекает отсутствие существенных материально-правовых различий между абстрактным и каузальным договорами⁴⁷. Значение абстрактного обязательства часто сводят к переходу бремени доказывания существования каузы с кредитора на должника⁴⁸. Кредитор в процессе может просто сослаться на наличие абстрактного обязательства, а должник в свою очередь должен доказать, что правовое основание у абстрактного обязательства отсутствует⁴⁹.
24. Полная абстрактность обязательств возможна лишь в исключительном порядке, как для случая ценных бумаг. Последующему приобретателю не может быть противопоставлено отсутствие правового основания в изначальной сделке⁵⁰.
25. В договорах займа институт абстрактных обязательств используется для усиления каузального права требования займодавца о возврате займа с помощью создания параллельного долга (parallel debt), а также при обеспечении обязательства с помощью грундшульда или неакцессорной ипотеки⁵¹. Для обхода требования возвратности как самоцели абстрактные обязательства не используются.

⁴⁶ Flume W. Op. cit. S. 168. MüKoBGB/Habersack, 7. Aufl. 2017, BGB § 780 Rn. 47.

⁴⁷ Flume W. Op. cit. S. 168.

⁴⁸ См.: MüKoBGB/Habersack, 7. Aufl. 2017, BGB § 780 Rn. 48.

⁴⁹ Flume W. Op. cit. S. 168.

⁵⁰ Flume W. Op. cit. S. 168.

⁵¹ См.: Staudinger/Freitag BGB § 488. Rn. 174-179.