



ЦЕНТР МЕЖДУНАРОДНЫХ  
И СРАВНИТЕЛЬНО-  
ПРАВОВЫХ  
ИССЛЕДОВАНИЙ

**Аналитическая справка  
«Правовое регулирование процентов по договору займа в Германии»**

*Подготовлено в рамках исследовательского проекта  
АНО «Центр международных и сравнительно-правовых исследований»*

*МОСКВА  
2019*



## Изменение процентной ставки банком в одностороннем порядке

1. Считается, что ранее немецкие суды достаточно благосклонно относились к условиям об изменении процентной ставки банком в одностороннем порядке. Они не препятствовали включению в договор условий, которые без конкретизации давали право банку изменять процентную ставку по его усмотрению. Конечно, свобода банков не была неограниченной: доктрина и судебная практика указывали, что через изменение процентной ставки банк может покрывать увеличение стоимости рефинансирования, но не увеличение сугубо внутрибанковских издержек. При этом обращалось внимание и на принцип симметрии: если договором предусмотрено одностороннее, а не автоматическое изменение процентной ставки, банк не только может изменять процентную ставку в выгодную для него сторону, но и должен ее изменить и в пользу контрагента, если, например, стоимость рефинансирования уменьшилась<sup>1</sup>.
2. Тем не менее, и при наличии таких ограничителей судебная практика подвергалась критике, так как подобные условия об изменении процентной ставки по одному лишь усмотрению банка не соответствует требованию транспарентности общих условий договора (договоров присоединения)<sup>2</sup>. Верховный суд ФРГ воспринял критику в своих решениях, посчитав содержательно несоразмерным и нетранспарентным условие о праве банка на одностороннее изменение процентной ставки по своему «справедливому усмотрению». Условия об изменении процентной ставки банком в одностороннем порядке должно предусматривать, что изменение может быть обусловлено лишь повышением издержек и устанавливать симметрию при изменении процентной ставки: банк должен изменять процентную ставку и в выгодную контрагенту сторону при снижении своих издержек<sup>3</sup>. Эти положения справедливы как для договоров с потребителями, так и с предпринимателями. Критерий связанности достигается, прежде всего, через привязку к референтным рыночным показателям (часто упоминается трехмесячный EURIBOR)<sup>4</sup>.
3. В судебной практике и доктрине к условиям об одностороннем изменении процентной ставки предъявляются и иные требования<sup>5</sup>. Так, указывается на требования к наличию минимального порога изменения референтного показателя (например, 0,25%) для появления у банка права в одностороннем порядке изменять процентную ставку. Такой порог необходим для оптимизации трансакционных

<sup>1</sup> Staudinger/Freitag BGB § 488. Neubearbeitung 2015. Rn. 194.

<sup>2</sup> Ibid. Rn. 194.

<sup>3</sup> Ibid. Rn. 195.

<sup>4</sup> Ibid. Rn. 196.

<sup>5</sup> Metz R. Variable Zinsen: Präzisierung bei § 315 BGB erforderlich? // BKR 2010, 265. S. 267.

Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts- Handbuch 5. Auflage 2017. § 78. Vergütungen. Krepold. Rn. 71.



издержек, связанных с постоянным изменением референтного показателя<sup>6</sup>. Далее, обращается внимание на необходимость включения в условие об одностороннем изменении процентной ставки периодичность перепроверки референтного показателя, которая должна осуществляться регулярно (например, каждый месяц)<sup>7</sup>. Наконец, иногда требуют и включения в условие об одностороннем изменении процентной ставки предела изменения (на сколько допустимо увеличение или уменьшение) процентной ставки в договоре<sup>8</sup>.

4. Помимо референтного рыночного показателя право на одностороннее изменение процентной ставки можно поставить в зависимость от платежеспособности клиента-заемщика. Не вызывает проблем привязка изменения процентной ставки к внешнему рейтингу заемщика, если такой рейтинг существует. Относительно допустимости привязки к внутреннему рейтингованию клиента банком для целей финансового надзора существует разные мнения, хотя в целом такая привязка, скорее, допускается<sup>9</sup>.

### **Отрицательные проценты**

5. Отрицательные проценты представляют собой проценты, обременяющие капитал. Отрицательные проценты платит не тот, кто получил в распоряжение капитал, а тот, кто такой капитал предоставил. В связи с этим важным является вопрос, насколько в принципе отрицательные проценты можно называть процентами. От ответа на этот вопрос зависит применимость существующих норм о процентах<sup>10</sup>.
6. Целью отрицательных процентов является не поощрение хранения денег (передачи во вклад), а, напротив, стимулирование к их трате - направлению излишнего капитала в реальную экономику. В 2014 году Европейский Центральный банк установил процентную ставку в  $-0,1\%$ , чтобы сделать невыгодным для коммерческих банков хранить средства на счетах ЕЦБ. Тем самым банки стимулировались к вложению средств в небанковские сектора экономики. Для избавления от бремени отрицательных процентов банки могут приобрести, например, государственные облигации или же переложить последствия отрицательных процентов на своих клиентов. Ранее, отрицательные процентные ставки уже устанавливались некоторыми национальными и коммерческими

<sup>6</sup> Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts- Handbuch 5. Auflage 2017. § 78. Vergütungen. Krepold. Rn. 83.

<sup>7</sup> Ibid. Rn. 84.

<sup>8</sup> Ibid. Rn. 85-86.

<sup>9</sup> Staudinger/Freitag BGB § 488. Neubearbeitung 2015. Rn. 192.

<sup>10</sup> Hingst K.-M. Neumann K.-A. Negative Zinsen – Die zivilrechtliche Einordnung eines nur scheinbar neuen geldpolitischen Phänomens // BKR 2016, 95. S. 95-96.



банками. В итоге, ряд коммерческих банков установил отрицательные проценты в сделках с частными клиентами<sup>11</sup>.

7. Явление отрицательных процентов по-разному оценивается в немецкой гражданско-правовой доктрине. Для квалификации договора с отрицательными процентами в качестве договора займа необходимо понять, являются ли отрицательные проценты по своей сути такими же процентами, которые устанавливаются в договоре займа. Абз. 1 § 488 BGB устанавливает, что обязанность выплачивать проценты лежит на заемщике. При отрицательных же процентах обязательство по уплате процентов лежит на займодавце, а не заемщике, что не соответствует тексту закона. В доктрине указывается, что возложение обязанности по уплате процентов на займодавца противоречит правовой природе договора займа и природе процентов как плате за предоставление капитала<sup>12</sup>. Согласно другой точке зрения, § 488 BGB не исключает возможность установления отрицательных процентов в договоре займа. Сторонники этого подхода признают, что по договору займа, как правило, имеют место синаллагматическая связь между обязанностью займодавца предоставить в распоряжение заемщика капитал и обязанностью заемщика уплатить займодавцу проценты за пользование капиталом. В то же время заем может быть беспроцентным. Следовательно, обязанность по уплате процентов является предметом частной автономии сторон договора, которые также могут установить и отрицательный процент. Ограничение возможных процентов лишь их позитивным выражением, то есть ограничение свободы договора, должно быть обусловлено защитой каких-либо интересов, которые в данном случае отсутствуют. При этом свобода договора является выше стремления к типологизации договоров<sup>13</sup>. Этой позиции противопоставляется указание на то, что все-таки стороны, выбирая такой договорный тип как договор займа, исходят из того, что за передачу капитала проценты должен платить заемщик, а не займодавец. Диспозитивность возмездности договора займа не может привести к тому, что обязательство по уплате процентов оборачивается на займодавца<sup>14</sup>.
8. В немецкой доктрине есть и другое обоснование того, что понимание процентов всегда как позитивных процентов является слишком узким и игнорирует экономические предпосылки заключения договора займа с отрицательными процентами, которые связаны с политикой центральных банков. Величина процентов не влияет на присущий договору займа интерес сторон в предоставлении

<sup>11</sup> Wagner K.-R. Zur rechtliche Wirksamkeit von Negativzinsen // BKR 2017, 315. S. 316.

<sup>12</sup> Edelmann H. Einführung von Negativzinsen im Aktiv- und Passivgeschäft // BB 2018, 394. S. 396.

<sup>13</sup> Hingst K.-M. Neumann K.-A. Negative Zinsen – Die zivilrechtliche Einordnung eines nur scheinbar neuen geldpolitischen Phänomens // BKR 2016, 95. S. 98.

<sup>14</sup> Edelmann H. S. 396-397.



и получении капитала в пользовании. Как и в договоре займа с положительной процентной ставкой, договор займа с отрицательной процентной ставкой служит цели покрытия финансовых потребностей получателя капитала. В свою очередь и с точки зрения лица, которое передает капитал (банка), такая транзакция является выгодной, так как оно получает более оптимальные возможности для рефинансирования и не должно будет, например, выплачивать отрицательные проценты центральному банку за то, что хранит свои средства на его счетах. Таким образом, мнение о том, что отрицательные проценты не могут быть предусмотрены в договоре займа игнорируют рыночные отношения. С точки зрения займодавца заем с отрицательными процентами заключается в его интересах позволяя оптимизировать рефинансирование: он может получить средства через, например, вклад с отрицательной процентной ставкой, которая будет еще ниже, чем предусмотрено по кредитному договору. В кредитном договоре с отрицательной процентной ставкой можно также увидеть и встречное “исполнение” (скорее, как элемент возмездности) со стороны заемщика, которое состоит в том, что когда такой заемщик захочет внести свои деньги во вклад, он может столкнуться с отрицательной маржой. Поэтому такой договор должен квалифицироваться как договор займа<sup>15</sup>.

9. Впрочем, отказ в признании за договором о предоставлении капитала за отрицательные проценты природы договора займа является господствующей точкой зрения, по крайней мере для случая, когда отрицательные проценты изначально прописаны в договоре. Такой договор следует квалифицировать как договор иррегулярного хранения, а не как договор займа<sup>16</sup>. В то же время квалификация договора о предоставлении капитала “за” отрицательные проценты в качестве иррегулярного договора также подвергается критике в доктрине. Иррегулярное хранение представляет собой смешанный договор, состоящий из договора займа и договора хранения. При передаче родовых вещей у хранителя возникает право на них право собственности, и на него возлагается по возврату таких же вещей того же вида, качества и количества. Договора займа и иррегулярное хранение предлагается разграничивать через возможность лица, предоставившего деньги, забрать их в любой момент или же лишь по истечении срока действия договора (или его расторжения). Сама по себе обязанность по уплате негативных процентов не предопределяет отнесение договора к одному из типов договорных конструкций<sup>17</sup>. К тому же отмечается, что при иррегулярном хранении денег все равно делается отсылка к положениям о договоре займа, так что

<sup>15</sup> Staudinger/Freitag BGB § 488. Neubearbeitung 2015. Rn. 51a. Krepold H.-M. Herrle C. Op. cit. S. 91.

<sup>16</sup> Staudinger/Freitag BGB § 488. Neubearbeitung 2015. Rn. 51a.

<sup>17</sup> Hingst K.-M. Neumann K.-A. Op. cit. S. 98-99.



такая квалификация не является ответом на вопрос о допустимости негативных процентов<sup>18</sup>.

10. Еще менее однозначна ситуация, когда заключен договор займа с привязкой к переменной величине, которая изначально обуславливала положительные проценты. Есть точка зрения, что при изменении переменной величины в отрицательную сторону изначально заключенный договор займа преобразуется в договор иррегулярного хранения или договор оказания услуг<sup>19</sup>. В обратном случае, когда изначально отрицательные проценты становятся положительными, договор иррегулярного хранения (или договор оказания услуг) также перекалфицируется в договор займа<sup>20</sup>.

### **Сложные проценты**

11. Абз. 1 § 248 устанавливает ничтожность соглашения об установлении сложных процентов. Единственной целью запрета сложных процентов является создание предвидимости и правовой определенности для должника<sup>21</sup>.
12. Согласно предложению 1 § 289 на проценты при просрочке не начисляются законные проценты. В то же время в доктрине указывается, что соответствующее положение не имеет большого практического значения, так как предложение 2 устанавливает, что несмотря на запрет начисления законных процентов на проценты, кредитор сохраняет право на возмещение убытков. В свою очередь убытки могут рассчитываться с опорой на законные проценты<sup>22</sup>.

### **Ростовщические проценты**

13. Борьба с ростовщическими процентами в Германии ведется с помощью § 138 BGB, который устанавливает примерно следующее:
14. абз. 1: сделка, нарушающая добрые нравы ничтожна;
15. абз. 2: ничтожна, в частности, сделка, по которой лицо, используя затруднительное положение, неопытность, неспособность принимать решения или значительное слабование другого лица, получило имущественную выгоду, явно несоответствующую его собственному предоставлению.

<sup>18</sup> Krepold H.-M. Herrle C. Negative Zinsen – rechtliches Neuland // BKR 2018, 89. S. 91.

<sup>19</sup> Staudinger/Freitag BGB § 488. Neubearbeitung 2015. Rn. 51a. Tröger T. Vertragsrechtliche Fragen negativer Zinsen auf Einlagen // NJW 2015, 657. S. 660.

<sup>20</sup> Staudinger/Freitag BGB § 488. Neubearbeitung 2015. Rn. 51a.

<sup>21</sup> MüKoBGB/Grundmann, 7. Aufl. 2016, BGB § 248 Rn. 1.

<sup>22</sup> MüKoBGB/Grundmann, 7. Aufl. 2016, BGB § 248 Rn. 14. Cp.: Staudinger/Manfred Löwisch/Cornelia Feldmann (2014) BGB § 289. Rn. 16.



#### а) Ростовщические сделки

16. Абз. 2 § 138 BGB регулирует случаи ростовщических сделок и конкретизирует общий запрет противонравственных сделок (абз. 1 § 138 BGB). Абз. 2 предполагает выполнение следующих четырех условий: 1) встречность сделки, 2) явная несоразмерность встречных предоставлений, 3) затруднительное положение, неопытность, неспособность принимать решения или значительное слабование, 4) использование этих субъективных факторов ростовщиком<sup>23</sup>.

##### 1) встречность

17. Абз. 2 § 138 BGB применим ко всем встречным сделкам, в том числе к договору займа. Их правовая природа для целей соответствующей нормы значения не имеет<sup>24</sup>. Следовательно, к ростовщическим процентам применяется общая норма о ростовщичестве; специальное регулирование отсутствует.

##### 2) явная несоразмерность

18. Явная несоразмерность встречных предоставлений определяется в соответствии с конкретными обстоятельствами. Особое значение имеют риски, которые принимает на себя сторона - вероятность неплатежеспособности контрагента, стоимости предоставленного ей обеспечения, изменение цены в течение действия договора. При установлении явной несоразмерности значение имеет лишь объективная стоимость встречных предоставлений; их субъективная ценность не принимается во внимание<sup>25</sup>.

19. При оценке соразмерности сравниваются рыночные цены (при их наличии) и цена, установленная в договоре. Явная несоразмерность может выражаться в неприемлемо высокой или низкой договорной цене (для договора займа - высоких или низких процентах). В качестве общего правила считается, что явная несоразмерность между встречными предоставлениями имеет место, когда их отношение равно 1:2. Верховный суд ФРГ считает явно несоразмерным и то предоставление, которое почти или приблизительно в два раза превышает встречное предоставление. Тем не менее, несмотря на наличие общего ориентира, необходимо учитывать конкретные обстоятельства. При наличии особых обстоятельств может быть достаточной для признания сделки ростовщической и меньшая разница между предоставлением, а при высоких рисках вступления в договорные отношения с контрагентом приемлемой может оказаться и большая разница. При этом, хотя в центре внимания находятся основные взаимные

<sup>23</sup> Staudinger, BGB. Neubearbeitung 2017. Sack/Fischinger. BGB § 138. Rn. 235.

<sup>24</sup> Sack/Fischinger. BGB § 138. Rn. 240.

<sup>25</sup> Ibid. Rn. 242.



предоставления сторон (например, размер процентной ставки), значения имеют все виды предоставлений, в том числе возможное начисление неустойки<sup>26</sup>.

20. При исследовании явной несоразмерности договора потребительского кредита сравниваются эффективная процентная ставка и процентная ставка по рынку. Явно несоразмерной обычно считается процентная ставка, которая превышает рыночную приблизительно на 100%. Граница не является четко установленной, и разница может составлять от 90 до 100 % при наличии дополнительных обременяющих заемщика обстоятельств, например, излишне обременительных последствий на случай его ненадлежащего исполнения договора. С другой стороны, может быть признана допустимой и процентная ставка, превышающая 110%, если договор заключен на длительное время в фазе низких процентных ставок без привязки к переменной величине. При процентной ставке, которая превышает рыночную менее чем на 90%, Верховный суд ФРГ обычно в признании процентов ростовщическими отказывает. Исключениями являются случаи, когда есть нетипично высокая разница между договорной и рыночной процентной ставки в абсолютном, а не процентном выражении, а также наличествуют дополнительные обстоятельства<sup>27</sup>. Также принимаются во внимание такие обстоятельства как фаза высоких процентных ставок, издержки, возлагаемые на займодавца, длительность договора и т.д.<sup>28</sup>
21. При заключении кредитного договора в предпринимательских целях практика принимала во внимание относительную разницу процентных ставок в 94-180%, в том числе при отсутствии достаточного обеспечения<sup>29</sup>.

### 3) субъективная сторона

22. Абз. 2 § 138 BGB, наряду с объективной несоразмерностью предоставлений, требует наличия и субъективной стороны - затруднительного положения, неопытности, неспособности принимать решения или значительное слабование, а также использование этих субъективных факторов ростовщиком.
23. **Затруднительное положение** имеет место в случае, когда лицо переживает тяжелую экономическую ситуацию или другие обстоятельства, обуславливающие срочную потребность в предоставлении (деньгах). Затруднительное положение признавалось судами в случаях, когда речь идет об угрожающей существованию лица потребности в деньгах, например, если без денег лицо потеряет значительную

<sup>26</sup> Ibid. Rn. 244-245.

<sup>27</sup> Ibid. Rn. 254. Schmitz R. Zinsrecht: zum Recht der Zinsen in Deutschland und in der Europäischen Union. Münster, 1994. S. 178-180.

<sup>28</sup> Schmitz R. Op. cit. S. 190-197.

<sup>29</sup> Sack/Fischinger. BGB § 138. Rn. 259.



часть своих активов или окажется в банкротстве. Неэкономические потребности также могут обуславливать затруднительное положение, в частности, при наличии угрозы здоровью, нематериальным благам (репутации) или же существует психически или эмоционально тяжелая ситуация. Затруднительное положение как условие применения абз. 2 § 138 BGB предполагает, что оно имеет индивидуальный для лица характер, а не является общерыночной проблемой, которая затрагивает всех лиц. Само по себе положение рынка не обуславливает затруднительное положение. В затруднительном положении могут оказаться как физические, так и юридические лица. При этом затруднительное положение имеет место тогда, когда существует угроза для уже наличного у лица. Недостаточно, чтобы лицо опасалось нарушения будущих планов, например, упущения возможной прибыли<sup>30</sup>.

**24. Неопытность** предполагает недостаток жизненного опыта, знаний о хозяйственной деятельности, в результате которых лицо не может оценить выгоды и недостатки сделки. Такой недостаток характерен, прежде всего, для подростков, лиц с ограниченными умственными способностями, иностранных граждан, пенсионеров. Неопытность предполагается, когда лицо не использовало существующие и легко доступные альтернативные возможности заключения договора на намного более выгодных условиях. В то же время неопытность нельзя предполагать лишь ввиду того, что лицо относится к уязвимой группе - подростков, пенсионеров и т.п. Неоднозначно в Германии решается вопрос о том, должна ли быть неопытность в хозяйственной жизни вообще или же достаточно неопытности в контексте конкретной сделки (сфере жизни или экономики). Господствующее мнение исходит из того, что должна быть общая неопытность в хозяйственных делах. Если имеет опыт ведения хозяйственных дел, то оно должно и осознавать, когда и в какой сфере и у него отсутствуют необходимые знания. Дискуссия не имеет большого практического значения, так как случаи неопытности в частной сфере охватываются критерием неспособности принимать решения<sup>31</sup>.

**25. Неспособность принимать решения** существует тогда, когда лицо не может оценить взаимные предоставление, содержание сделки, ее выгоды и невыгоды. Не требуется, чтобы лицо не имело способности принимать решения в принципе (как при неопытности). Достаточно лишь недостаточных возможностей оценить конкретную сделку, что было использовано другой стороной для заключения договора. Соответственно, при сложных сделках и обычный человек, имеющий

---

<sup>30</sup> Ibid. Rn. 267-278.

<sup>31</sup> Ibid. Rn. 279-281.



типичный хозяйственный опыт, может не обладать способностью принимать решения<sup>32</sup>.

26. **Значительное слабование** имеет место в случае, если лицо осознает содержание и невыгодные последствия сделки, но ввиду своей низкой психологической стойкости, обусловленной личностью самого лица, не может устоять перед заключением ростовщического договора. Слабование не обязательно должно быть обусловлено болезнью. Значительное слабование характерно для подростков, пожилых людей, алкоголе- и наркозависимых, игроманов<sup>33</sup>.
27. Для применения абз. 2 § 138 BGB ростовщик должен **знать** о перечисленных выше субъективных факторах контрагента и иметь **намерение их использовать**. Ростовщик должен иметь установленное знание о несоразмерности встречных предоставлений, субъективных факторах и иметь умысел на использование их в своих целях. Грубой неосторожности для применения абз. 2 § 138 BGB недостаточно. Хотя не требуется, чтобы ростовщик имел цель в получении прибыли или имел особое намерение на использование субъективных факторов, Верховный суд ФРГ указывает, что субъективные факторы должны быть использованы ростовщиком злонамеренным или иным упречным способом. Такое требование критикуется доктриной<sup>34</sup>.
28. Субъективные факторы и их использование ростовщиком часто сложно доказать, в связи с чем в ряде случаев наличие определенных объективных обстоятельств ведет к презумпции наличия предусмотренной абз. 2 § 138 BGB субъективной стороны ростовщика и его контрагента. Так, для договоров потребительского кредита существует презумпция наличия субъективных факторов и их использования ростовщиком, когда имеет место объективная явная несоразмерность встречных предоставлений. Для кредита в предпринимательских целях, напротив, презюмируется отсутствие субъективных факторов и их использование ростовщиком, в том числе когда доказана явная или грубая несоразмерность предоставлений. В то же время если наличествует **особо** грубая несоразмерность, то это говорит в пользу презумпции о выполнении требований к субъективной стороне. В судебной практике в качестве особо грубой несоразмерности расценивалась разница в 200%<sup>35</sup>.
29. По господствующему мнению, последствием применения абз. 2 § 138 BGB является ничтожность ростовщической сделки в целом. На ничтожность может ссылаться также и ростовщик, однако такая ссылка может быть расценена как

<sup>32</sup> Ibid. Rn. 282-283.

<sup>33</sup> Ibid. Rn. 284-285.

<sup>34</sup> Ibid. Rn. 286-287.

<sup>35</sup> Ibid. Rn. 290-292.



недобросовестная, если его контрагент хочет придериваться договору. Ввиду ничтожности применяются последствия в виде возврата исполненного как неосновательного обогащения. Ростовщик-займодавец должен вернуть все уплаченные проценты и иные платежи. Ростовщик, в свою очередь, тоже имеет право на возврат неосновательного обогащения. К его требованию, однако, применимо S. 2 § 817 BGB, в соответствии с которым лицо не может требовать назад неосновательно исполненное по целенаправленно заключенной им противонравственной сделке. В то же время S. 2 § 817 BGB не исключает требование о возврате суммы займа полностью. Исполнением в договоре займа в контексте S. 2 § 817 BGB считается не окончательная передача суммы займа, а предоставление ее во временное пользование. Поэтому в результате ростовщического займа ростовщик получает возможность требовать возврата займа после истечения срока, в который заемщик должен был бы вернуть сумму займа по ростовщическому договору. По устоявшейся судебной практике, ввиду того же S. 2 § 817 BGB ростовщик не имеет право требовать от заемщика процентов за пользование суммой займа<sup>36</sup>. Помимо обязательственной сделки, ничтожной является также и распорядительная сделка контрагента ростовщика, в то время как распорядительная сделка самого ростовщика считается действительной<sup>37</sup>.

30. В доктрине встречается критика господствующего подхода. В качестве альтернативы предлагается признавать ничтожным ростовщический договор в части несоразмерного предоставления с его редуцированием для сохранения действительности договора. При этом редуцирование несоразмерного предоставления должно осуществляться не до максимально допустимого, а до обычного для соответствующего рынка. Ростовщический договор становится действительным в модифицированной форме<sup>38</sup>.

#### **в) Ростовщическиподобные сделки**

31. К условиям применения абз. 2 § 138 BGB суды предъявляют строгие требования, что объясняется ее далекоидущими последствиями: констатацией ничтожности не только обязательственной, но и распорядительной сделки (*прим.: хотя для нас неочевидна принципиальность ничтожности распорядительной сделки в контексте ростовщического договора займа*). Защита за пределами строгих требований абз. 2 § 138 BGB может предоставляться через применение общего правила абз. 1 § 138 BGB. Сделки, которые не соответствуют требованиям абз. 2 § 138 BGB, могут быть признаны “ростовщическиподобными сделками”, противонравственными и ничтожными по абз. 1 § 138 BGB, если имеет место явное

<sup>36</sup> Ibid. Rn. 298-300.

<sup>37</sup> Ibid. Rn. 302-305.

<sup>38</sup> Ibid. Rn. 294-297.



несоответствие между взаимными предоставлениями и наличествуют дополнительные обстоятельства. Таким образом, по господствующему мнению, абз. 2 § 138 BGB (ростовщичество) не предлагает исключительное регулирование для договоров с несоразмерным встречным предоставлением, хотя и является частным случаем абз. 1<sup>39</sup>. Абз. 1 § 138 BGB предъявляет сравнительно меньшие требования, чем абз. 2 к субъективной стороне, что обуславливает относительную простоту его доказывания<sup>40</sup>.

32. Сама по себе явная, в том числе грубая, несоразмерность встречных предоставлений, как и в абз. 2 § 138 BGB, не является достаточной для применения абз. 1 § 138. В немецком правопорядке отсутствует концепт *laesio enormis*. Поэтому само себе то, что эффективная процентная ставка превышает рыночную в 2 раза, не является основанием для безусловного признания договора займа противонаравственным и ничтожным. Законопроекты, предлагавшие констатировать ничтожность договоров потребительского кредита (например, BT-Drucks 10/307 от 1983 года) уже в силу явной несоразмерности предоставления, не были поддержаны<sup>41</sup>. Таким образом, для признания сделки ростовщическиподобной, помимо явной несоразмерности, должны наличествовать дополнительные обстоятельства, которые бы свидетельствовали о нарушении добрых нравов. При исследовании противонаравственности принимаются во внимание все объективные и субъективные обстоятельства заключения сделки<sup>42</sup>.
33. При установлении несоразмерности предоставлений в ростовщическиподобных сделках справедливы выводы, сделанные относительно абз. 2. При этом особо грубой несоразмерностью считается, как правило, превышение цены в два раза. Если соотношение не достигает указанной отметки, то, при наличии дополнительных обстоятельств, предоставления все равно могут быть сочтены явно несоразмерными. В одном из решений Верховный суд ФРГ посчитал несоразмерной разницу между эффективной и рыночной процентной ставки в 62,37 %<sup>43</sup>.
34. В качестве дополнительных обстоятельств должны выступать субъективные факторы на стороне пострадавшего. Такими могут быть особые качества конкретного лица, его неопытность в хозяйственных делах, его неосведомленность о правовом регулировании, его нахождение в тяжелом положении, другие обстоятельства из абз. 2. Необходимо учитывать и то, может ли его контрагент использовать свое экономическое, организаторское, интеллектуальное

<sup>39</sup> Ibid. Rn. 306.

<sup>40</sup> Schmitz R. Op. cit. S. 175.

<sup>41</sup> См., например: <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/10/003/1000307.pdf>.

<sup>42</sup> Sack/Fischinger. BGB § 138. Rn. 309-310.

<sup>43</sup> Ibid. Rn. 311-314.



превосходство. Значение также имеет и то, являлись ли условия договора и его последствия неясными<sup>44</sup>. Таким образом, абз. 1 может быть применен при как при наличии обстоятельств из абз. 2, так и при наличии других субъективных факторов, в частности, общего неравенства сторон.

35. Господствующее мнение, наряду с несоразмерностью, требует упречного намерения со стороны контрагента лица, согласившегося на ростовщическиподобную сделку. Такое упречное намерение может состоять в использовании указанных выше обстоятельств для получения сверхприбыли, использование своего монопольного положения, игнорирование обстоятельств другой стороны по грубой неосторожности<sup>45</sup>. В доктрине также обращается внимание, что абз. 1 может применяться, когда займодавец сознательно использует свое экономическое превосходство перед экономически более слабой стороной для получения выгоды<sup>46</sup>.
36. Упречное намерение презюмируется, когда наличествует грубая несоразмерность взаимных предоставлений. Верховный суд ФРГ обосновывают такую презумпцию тем, что согласно жизненному опыту, вряд ли кто-то пойдет на подобные уступки в цене в отсутствие особых обстоятельств, ограничивающих свободу в принятии решений. В то же время указанная презумпция не является неопровержимой и может быть опровергнута через доказывание наличия особых обстоятельств<sup>47</sup>.
37. Последствием применения абз. 1 § 138 BGB является ничтожность обязательственной сделки. При этом, в отличие от абз. 2 § 138 BGB, ростовщическиподобные сделки сами по себе не предполагают недействительности распорядительной сделки<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> Ibid. Rn. 315.

<sup>45</sup> Ibid. Rn. 316-317, 321.

<sup>46</sup> Schmitz R. Op. cit. S. 177.

<sup>47</sup> Ibid. Rn. 316-317, 321.

<sup>48</sup> Ibid. Rn. 324-325.