



ЦЕНТР МЕЖДУНАРОДНЫХ
И СРАВНИТЕЛЬНО-
ПРАВОВЫХ
ИССЛЕДОВАНИЙ

Аналитическая справка Эскроу в Германии

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

*МОСКВА
2019*

1. В Германии нет специального института эскроу, такое понятие также не используется (за исключением эскроу исходного кода). Его функции выполняются конструкцией доверительного управления (Treuhand).
2. **Условное депонирование нотариусом денежной суммы при купле-продаже.** Условное депонирование осуществляется на специальный счет – депозитный счёт нотариуса (Notaranderkonto), который является разновидностью доверительного счета (Treuhandkonto)¹. Условное депонирование нотариусом регулируется §§ 57-62 Закона о нотариальном удостоверении (Beurkundungsgesetz).
3. В условном депонировании нотариусом в Германии различаются гражданско-правовые отношения между сторонами сделки (соглашение о депонировании (Verwahrungsvereinbarung)) и публично-правовые отношения покупателя и продавца с нотариусом (указание нотариусу (Verwahrungsanweisung)). В соглашении о депонировании стороны договариваются об условиях, на которых осуществляется депонирование денежной суммы. В публично-правовом аспекте каждая из сторон направляет нотариусу указание об условленном порядке депонирования².
4. Раньше в теории и практике большую роль играла дискуссия о соотношении соглашения о депонировании и указания нотариусу, которая предопределяла решение вопроса о возможности одностороннего отзыва указания. Некоторые отстаивают их независимость, из которой вытекает возможность сторон в любой момент отозвать свое указание. Это мнение строится на том, что депонирование нотариусом и его содействие в исполнении сделки представляют собой публично-правовую процедуру, из которой стороны могут свободно выйти. Другие говорят о взаимосвязанности соглашения о депонировании и указания нотариусу, что влечет за собой отсутствие принципиальной возможности одностороннего отзыва. В развитие последней точки зрения указывалось также, что такое разделение в принципе не имеет смысла, и эти два юридических акта образуют единую конструкцию. Такая позиция строится на логике соблюдения интересов сторон, которые хотели обезопасить себя при исполнении договора, а также на отсутствии политико-правовых причин для такого запрета. Этому же пути последовал законодатель, который указал, что односторонний отзыв указания нотариусу недопустим³.
5. Касательно собственно правовой природы отношений в доктрине указывается на отношения доверительной собственности. При согласии с принципиальным разделением соглашения о депонировании и указания нотариусу можно исходить из

¹ Hadding/Häuser. § 38. Anderkonto // Schimansky/Bunte/Lwowski, BankrechtsHandbuch 5. Auflage 2017. Rn. 1.

² Franken K. Rechtsprobleme nach Kaufpreishinterlegung auf Notaranderkonto beim Grundstückskauf // RNotZ 2010, 597. S. 598.

³ Kasper T. Abwicklungsstörungen beim Grundstückskaufvertrag bei Konflikten zwischen den Vertragsparteien // RNotZ 2018, 133. S. 139.

того, что стороны заключили между собой договор доверительного управления, а нотариусу дали отдельное поручение, вытекающее из их договора. В то же время то, как такая конструкция будет выстраиваться догматически, не совсем ясно. Поэтому представляется целесообразной позиция тех представителей доктрины, которые говорят о единстве материально-правового соглашения сторон и процессуальных отношений с нотариусом. В этом случае правовое положение нотариуса предопределяется уже самим соглашением о доверительном управлении между покупателем и продавцом⁴.

6. В случае с **депозитным счетом нотариуса, на который вносится денежная сумма**, отношения доверительного управления между покупателем и нотариусом предполагают передачу правового титула нотариусу (Vollrechts-Treuhand), а не просто управомочение нотариуса на управление переданным юридически и экономически чужим имуществом от своего имени (Ermächtigungs-Treuhand)⁵.
7. В случае, когда доверительным управляющим выступает не нотариус, а иное лицо, например, адвокат, между сторонами и доверительным управляющим отсутствует какой-либо элемент публичного права. Здесь немецкая доктрина более конкретна в определении правовой природы отношений. Функция института эскроу может выполняться через двойное доверительное управление (Doppeltreuhand)⁶. В доктрине, посвященной депонированию у нотариуса, мы не обнаружили ссылки на квалификацию отношений нотариуса со сторонами договора в качестве двойного доверительного управления. Возможно, это связано с наличием позитивного регулирования обязанностей нотариуса и закрепленной в законе невозможности одностороннего отзыва указания нотариусу, что избавляет от необходимости недвусмысленной правовой квалификации. В то же время, учитывая, что речь идет об указаниях нотариусу с обеих сторон, можно предположить, что здесь имеет место двойное доверительное управление.
8. **Общий институт доверительного управления (Treuhand) в Германии.** В законе такой договорный тип отсутствует, как и общепринятая дефиниция. Вместе с тем общее понимание состоит в том, что учредитель управления передает имущество доверительному управляющему, действия которого ограничены договором. В интересующих нас случаях (функциональной сопоставимости эскроу) доверительный управляющий является формальным собственником переданного имущества. В то же

⁴ Kasper T. Op. cit. S. 139.

⁵ Hadding/Häuser. § 38. Anderkonto // Schimansky/Bunte/Lwowski, BankrechtsHandbuch 5. Auflage 2017. Rn. 2. Hadding/Häuser. § 37. Treuhandkonto // Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch 5. Auflage 2017. Rn. 15.

⁶ Kähler L. Neumann A. Widerstreitende Interessen bei der Anwaltstreuhand // NJW 2016, 1121. S. 1122-1123.

время с точки зрения ответственности это имущество не принадлежит имущественной массе доверительного управляющего⁷.

9. Доверительное управление бывает двух видов: собственно доверительное управление (Verwaltungstreuhand) и обеспечительное доверительное управление (Sicherungstreuhand). При собственно доверительном управлении доверительный управляющий действует в чужих интересах, то есть интересах учредителя доверительного управления. Регулирование доверительного управления в этом случае (при возмездности) опирается на общую конструкцию ведения чужих дел (абз. 1 § 675 BGB) или поручения (при безвозмездности) (Auftrag). Имущество здесь экономически принадлежит учредителю управления, который имеет право на выделение переданного в доверительное управление имущества из конкурсной массы доверительного управляющего (§ 47 InsO). В случае банкротства учредителя доверительного управления соглашение о доверительном управлении прекращается, и имущество возвращается в конкурсную массу учредителя⁸.
10. При обеспечительном доверительном управлении передача прав служит обеспечением требований доверительного управляющего к учредителю управления. Доверительный управляющий управляет имуществом в своих интересах и при наступлении обстоятельств, на случай которых устанавливалось обеспечение, может реализовать переданное ему имущество для удовлетворения своего права требования. В банкротстве доверительного управляющего обеспечительное доверительное управление работает таким образом, что для выделения переданного имущества из конкурсной массы учредитель доверительного управления должен удовлетворить обеспечиваемое требование доверительного управляющего⁹.
11. Для ситуаций, в которых переданное в доверительное управление имущество является объектом обязательства учредителя доверительного управления и третьего лица, в Германии указывается на осложненные случаи доверительного управления – двойное доверительное управление. В качестве примера приводится та же самая купля-продажа квартиры, при которой денежная сумма депонируется адвокатом на специальный счёт в банке (Anderkonto)¹⁰. Другой пример – передача доверительному управляющему прав из лицензионного договора, на приобретение которых у третьего лица есть опционное право. В этом случае доверительное управление обеспечивает возможность заключения лицензионного договора и в случае банкротства лицензиара¹¹. Двойное доверительное управление также используется и при депонировании исходного кода, который может

⁷ Weitbrecht J. Die Doppeltreuhand – Grundstruktur, Insolvenzfestigkeit, Verwertung // NZI 2017, 553. S. 553.

⁸ Weitbrecht J. Op. cit. S. 554. Hadding/Häuser. § 37. Treuhandkonto // Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch 5. Auflage 2017. Rn. 11-13.

⁹ Weitbrecht J. Op. cit. S. 554.

¹⁰ См.: Kähler L. Neumann A. Op. cit. S. 1122-1123.

¹¹ Bork R. Die Doppeltreuhand in der Insolvenz // NZI 1999, 337. S. 338.

передаваться как нотариусу (хотя исходный код не входит в формально установленный законом перечень депонируемых объектов), так и частным лицам¹². В то же время использование двойного доверительного управления функциями эскроу не ограничивается. В доктрине его рассматривают прежде всего применительно к санации учредителя доверительного управления (также применяется к управлению обеспечению при синдицированном кредитовании и Contractual Trust Arrangement)¹³, хотя рассуждения о правовой природе могут быть экстраполированы и на общий уровень.

12. В собственно доверительном управлении учредитель управления может в любой момент потребовать возврата имущества, переданного в доверительное управление. В банкротстве собственно доверительное управление также прекращается. Для преодоления этого используется двойное доверительное управление. При двойном доверительном управлении в правоотношении участвуют не два, а три лица. Третье лицо имеет право требования к лицу, вносящему имущество в доверительное управление. Имущество (обеспечение) передается не непосредственно кредитору, а доверительному управляющему¹⁴.
13. **Двойное доверительное управление** может выстраиваться по модели многостороннего договора доверительного управления между кредитором, должником и доверительным управляющим или договора доверительного управления между должником и доверительным управляющим в пользу третьего лица – кредитора. В доктрине нет единой точки зрения насчёт того, как догматически объяснить взаимные права и обязанности сторон. В качестве возможного решения в многостороннем договоре предлагается видеть «нетипичные» отношения между кредитором и доверительным управляющим и между должником и доверительным управляющим, а также «нетипичное» отношение обеспечительного доверительного управления между кредитором и должником. «Нетипичность» обеспечительного доверительного управления здесь проявляется в том, что кредитор не получает непосредственно в собственность предмет доверительного управления, а обладает им опосредованно – через доверительного управляющего. В свою очередь, обеспечительная направленность доверительного управления говорит здесь против «типичности» собственно доверительного управления¹⁵.
14. При построении двойного доверительного управления по модели договора в пользу третьего лица в доктрине существует еще больше разногласий насчет верной догматической квалификации отношений. Однако большинство считает, что между

¹² Meyer J. Die Hinterlegung von Quellcodes und Prioritätsverhandlungen in der notariellen Praxis // RNotZ 2011, 385. S. 387-388.

¹³ Bitter G. Das Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters bei besitzlosen Rechten und bei einer (Doppel-)Treuhand am Sicherungsgut // ZIP 2015, 2249. S. 2252.

¹⁴ Bitter G. Op. cit. S. 2253.

¹⁵ Weitbrecht J. Op. cit. S. 554. Bitter G. Op. cit. S. 2253.

учредителем доверительного управления (должником) и доверительным управляющим здесь существует комбинация из собственно доверительного управления и обеспечительного доверительного управления. Помимо этого указывается, что между должником и кредитором также существует обеспечительное доверительное управление¹⁶.

15. Функции эскроу двойное доверительное управление будет исполнять в случае, когда, например, по многостороннему соглашению покупатель передает денежную сумму доверительному управляющему, который должен передать её продавцу после того, как тот освободит квартиру¹⁷.
16. В Германии также учитывается, что если доверительным управляющим выступает адвокат, то двойное доверительное управление в случае, когда имеет место многосторонний договор, может нарушать нормы, регулирующие адвокатскую деятельность, так как здесь может наличествовать конфликт интересов. В связи с этим привлечение в качестве доверительного управляющего адвоката, который ранее отстаивал интересы одной из сторон, недопустимо при многосторонней конструкции. Если же двойное доверительное управление выстраивается через договор в пользу третьего лица, то такая проблема не возникает. Указания доверительному управляющему может направлять лишь должник (покупатель), а кредитор (продавец) может лишь требовать исполнения обязательства в силу конструкции договора в пользу третьего лица. Если указания должника противоречат обязательству перед третьим лицом, то адвокат должен отказаться от представления интересов должника. При этом опосредованная подчиненность указаниям может быть достигнута через соглашение об обеспечительном доверительном управлении между покупателем и кредитором¹⁸.
17. Конструкция двойного доверительного управления позволяет решать типичные для эскроу проблемы при банкротстве. Если по общему правилу собственно доверительное управление при банкротстве учредителя управления не позволяет третьим лицам надеяться на предоставление, то при двойном доверительном управлении как через конструкцию договора в пользу третьего лица, так и через конструкцию многостороннего договора привносится элемент обеспечительного доверительного управления. Обеспечительное доверительное управление, в свою очередь, при банкротстве не прекращается и к ведению чужого дела не относится (это непоименованный договор). При банкротстве доверительного управляющего обеспечительный характер, присущий двойному доверительному управлению, также обезопасит стороны от утраты предоставления¹⁹.

¹⁶ Weitbrecht J. Op. cit. S. 555.

¹⁷ Kähler L. Neumann A. Op. cit. S. 1122.

¹⁸ Kähler L. Neumann A. Op. cit. S. 1122-1125.

¹⁹ Weitbrecht J. Op. cit. S. 556-560.