



ЦЕНТР МЕЖДУНАРОДНЫХ
И СРАВНИТЕЛЬНО-
ПРАВОВЫХ
ИССЛЕДОВАНИЙ

Аналитическая справка
«Договоры займа и кредитные договоры.
Регулирование и судебная практика в Германии»

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

*МОСКВА
2018*



1. Перечень объектов предоставления по договорам займа в Германии

1. Предметом договора денежного займа (§ 488 ГГУ) могут выступать наличные деньги, безналичные денежные средства, электронные деньги, иностранная валюта¹. Возможность исполнения денежного обязательства займодавца через передачу безналичных денежных средств и электронных денег является отражением «дематериализации денежного займа». Денежное обязательство займодавца – это обязательство по созданию ценности на стороне заемщика (Wertverschaffungsschuld)². Дематериализация здесь выступает не следствием возможности описать объект родовыми признаками, а специфики денежного обязательства. Вещный заем в Германии (§ 607 ГГУ) имеет сравнительно небольшое значение. Самым распространенным случаем его применения является заем ценных бумаг³. Дискуссий об иных правах требования, милях авиалиний, игровой валюте и т.д. как объектах договора займа в немецкой доктрине мы не обнаружили.
2. Применительно к криптовалюте в немецкой доктрине ведется спор о природе обязательства по уплате криптовалюты. Если считать такое обязательство денежным, то следует и вывод о допустимости криптовалюты в качестве объекта договора займа. Такая допустимость, опять же, следует не из возможности описать криптовалюту родовыми признаками (хотя в принципе такой подход исключать нельзя), а из дематериализации денежного займа.
3. Сопоставление криптовалюты с юридической категорией денег доктрина проводит через призму государственной теории денег, которая сегодня является господствующей в немецкой юриспруденции. В соответствии с этим подходом выделяются три основные формы денег: деньги в узком смысле, т.е. законное платежное средство национального или иностранного происхождения, банковские расчеты и электронные деньги⁴. Немецкая доктрина отрицает причисление криптовалюты к любой из этих форм. Криптовалюта могла бы рассматриваться в качестве денег с позиций общественной теории, в соответствии с которой деньги возникают в силу признания их оборотом, а не государством⁵. Отдельные виды криптовалют, в частности биткоин, получили уже достаточное распространение, чтобы выполнять присущие деньгам экономические функции – быть средством обращения, мерой стоимости и средством сбережения⁶.
4. В доктрине указывается, что, хотя криптовалюта не может быть признана деньгами в юридическом смысле, относительность понятия денег (Relativität des Geldbegriffes) может

¹ Staudinger/Freitag BGB § 488. Rn. 15. Schimansky/Bunte/Lwowski, BankrechtsHandbuch 5. Auflage 2017. Pamp. § 76. Darlehensvertrag, Rn. 1.

² MüKoBGB/Berger, 7. Aufl. 2016, BGB § 488 Rn. 26.

³ Staudinger/Freitag BGB § 607. Rn. 2, 21.

⁴ Spindler G., Bille M. Rechtsprobleme von Bitcoins als virtuelle Währung // WM. 2014. S. 1360. S. 1360–1361.

⁵ Spindler G., Bille M. Op. cit. S. 1361; Sorge C., Krohn-Grimberghe A. Bitcoin: Eine erste Einordnung // DuD. 2012.

⁶ Beck B. Op. cit. S. 583–585; Kuhlmann N. Kuhlmann N. Bitcoins – Funktionsweise und rechtliche Einordnung der digitalen Währung // CR. 2014. S. 695.

привести к тому, что к криптовалюте в порядке исключения могут применяться некоторые нормы о деньгах, в том числе о денежных обязательствах⁷. Содержание денежного обязательства обычно характеризуют как предоставление абстрактной имущественной власти (*abstrakter, unkörperlicher Vermögensmacht*), под которой понимается создание возможности обменять полученную «величину стоимости» на иные товары или услуги⁸. Хотя доктрина обычно утверждает, что понятие денежного обязательства должно быть связано с деньгами в юридическом смысле, есть точка зрения, что режим законного платежного средства и других юридически признанных форм денег не является обязательным условием. Из этого следует, что криптовалюта также может передавать достаточное количество имущественной власти (*Vermögensmacht*) и быть предметом денежного обязательства. Это тем вероятнее, чем охотнее оборот принимает криптовалюту как средство обмена и чем меньше информационные издержки, связанные с определением ее стоимости⁹. Такой подход приводит к признанию существования в гражданском праве функционального понятия денег, оторванного от необходимости государственного признания их в качестве законного платежного средства, банковских расчетов или электронных денег¹⁰.

5. Таким образом, применение норм о денежном займе к криптовалюте зависит от того, признавать ли общую допустимость квалификации обязательства по уплате криптовалюты в качестве денежного обязательства. При положительном ответе необходимо ответить и на следующий вопрос: предполагают ли конкретно нормы о денежном займе особое свойство объекта, характерное лишь для признанных государством форм денег, но не для криптовалюты.

Заем ценных бумаг

6. Под категорию вещного займа в Германии подпадает также и заем эмиссионных ценных бумаг, в том числе акций. Обеспечение оборотоспособности ценных бумаг в Германии достигается до сих пор за счет их обездвижения с централизованным хранением, а также за счет глобальных сертификатов, что по-прежнему предполагает существование ценных бумаг в вещной форме. Ценные бумаги находятся в общей собственности и могут выступать предметом вещного займа¹¹.
7. В то же время, большинство представителей немецкой доктрины распространяют правила о вещном займе и на заем бездокументарных («ценных») прав (*Wertrechte*), отражаемых

⁷ Spindler G., Bille M. Op. cit. S. 1361.

⁸ Beck B. Bitcoins als Geld im Rechtssinne // NJW 2015, 580. S. 581.

⁹ Beck B. Op. cit. S. 581.

¹⁰ Schlichting A. Inkohärenzen im Geldschuldrecht. Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster, Reihe III, Band 19. S. 139-142. Beck B. Op. cit. S. 582.

¹¹ Подробнее см. Zimmermann M. Das Aktiendarlehen Die Zuordnung von Aktionärsrechten im Spannungsfeld von Zivil-, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht. Tübingen, Mohr Siebeck. 2014. S. 131-142. О логике, которой руководствовался законодатель, см. Staudinger/Freitag BGB § 607. Rn. 9.

лишь в электронном реестре. Применимость к ним норм о вещном займе § 607 ГГУ вытекает из приписанного законом бездокументарным правам вещно-правового режима¹².

8. Наиболее интересной разновидностью займа ценных бумаг, которому уделяется значительное внимание в немецкой доктрине, является заем акций. Цели, которые преследуют стороны займа акций, могут быть различны. Чаще всего интерес заемщика состоит в исполнении своих договорных обязательств, по которым он сам должен передать контрагенту акции, в первую очередь при продаже без покрытия¹³. В то же время заем акций может преследовать и стратегические цели заемщика, который приобретает акции не для перепродажи третьему лицу, а для использования заложенных в них прав, а именно права голосования¹⁴. Имущественные права, в первую очередь право на получение дивидендов, интереса для заемщика не представляют: как правило, в стандартных формах договора займа акций предусматривается, что заемщик должен компенсировать займодавцу все выплаченные в период действия договора займа дивиденды. И напротив, стандартные формы обычно не связывают заемщика при реализации права голосования указаниями займодавца¹⁵. В стратегические цели как заемщика, так и займодавца может входить и достижение или обход существующих корпоративных порогов (например, 95 % порога для вытеснения миноритариев) или порогов на рынке капиталов¹⁶.
9. Наиболее проблемным немецкая доктрина считает заем акций в стратегических целях, когда заемщик получает и использует как собственник акций права управления обществом, прежде всего право голосования. Такой заем может вызывать вопросы в различных плоскостях: как в отношениях между заемщиком и займодавцем, так и в отношениях между сторонами договора займа и обществом – эмитентом акций. Наконец, его специфика проявляется и на рынке капиталов в части преодоления установленных там порогов и раскрытия информации.

а) Отношения заемщика и займодавца в договоре займа акций

10. Осуществление заемщиком как текущим собственником акций корпоративных прав управления обществом может негативно отразиться на интересах займодавца, например, когда в результате принятия невыгодных обществу решений цена акций упала¹⁷.
11. В договоре вещного займа, в частности займа акций, заемщик обязан возвратить равное количество полученных им вещей того же рода и качества. При этом качество вещей

¹² См.: Staudinger/Freitag BGB § 607. Rn. 10, Zimmermann M. Op. cit. S. 145-146.

¹³ Этой цели, по сути, соответствует существующее отечественное регулирование в ФЗ «О рынке ценных бумаг» (п. 4 ст. 3: маргинальные сделки).

¹⁴ См.: Zimmermann M. Op. cit. S. 36-43, Bachmann G. Rechtsfragen der Wertpapierleihe // ZHR 2009, S. 596. S. 598-600. См. там же и иные цели, которые может преследовать заемщик акций.

¹⁵ Bachmann G. Op. cit. S. 606-607. Компенсация осуществляется через установление чисто обязательственного отношения без признания за займодавцем отдельных корпоративных прав. Иначе имело бы место нарушение запрета расщепления корпоративных прав: Kort M. Das rechtliche und wirtschaftliche Aktieneigentum beim Wertpapierdarlehen // WM 2006 Heft 46, 2149. S. 2150-2151.

¹⁶ См.: Bachmann G. Op. cit. S.599-600.

¹⁷ См. примеры: Zimmermann M. Op. cit. S. 189-190.

определяется не через их экономическую ценность. Колебания цен в период между передачей предмета займа и его возвратом не имеют значения. Как и в денежном займе, колебание рыночных цен вещей одного рода является риском займодавца¹⁸.

12. В отличие от договоров о передаче вещи в пользование в узком смысле, например, договора аренды или ссуды, договор денежного или вещного займа по своей природе предполагает передачу абстрактной имущественной ценности с обязанностью возврата такой же ценности, а не конкретной вещи, которая впоследствии должна быть возвращена¹⁹. В то время как арендатор обязан обеспечить сохранность переданной вещи, заемщик не отвечает за ухудшение вещи и вправе ее потребить, так как может вернуть не эту же вещь, а иную, принадлежащую тому же роду. В связи с этим можно предположить, что на заемщике акций не лежит обязанности по осуществлению корпоративных прав управления таким образом, чтобы цена акций не уменьшалась²⁰.
13. Тем не менее, договор займа акций имеет отличную от других разновидностей договора займа особенность. Уменьшение ценности конкретных переданных заемщику акций как следствие реализации права голосования отражается также на ценности всех акций того же рода. Снижение цены всех акций в этом случае является не общим рыночным риском, который несет займодавец, а результатом действий заемщика. Поэтому заем акций сопоставим с договорами о передаче вещи в пользование в узком смысле, например, с договором аренды. Заемщик акций не несет обязанностей по обеспечению сохранения конкретных переданных ему акций, однако негативные последствия реализации по ним права голосования не ограничиваются этими конкретными акциями, они распространяются на весь род. Такие негативные последствия сопоставимы с ухудшением переданной в аренду вещи²¹.
14. В немецкой доктрине высказывается точка зрения, что интерес заемщика в свободной, не учитывающей интересы займодавца, реализации права голосования не является законным. Заемщик в отличие от займодавца не сохраняет имущественный интерес после окончания договора займа. Кроме того, на практике имущественные права (право на дивиденды) из переданных по договору займа акций фактически передаются займодавцу. Поэтому зачастую в немецкой доктрине займодавец обозначается как экономический собственник акций²². Соответственно, у заемщика нет законного интереса в управлении обществом. При этом даже если имущественные права остаются за заемщиком, необходимо учитывать интерес займодавца в возврате акций²³. В итоге предлагается признать наличие у заемщика дополнительной обязанности (*Nebenpflicht*) не уменьшать ценность того рода акций, из которого он должен будет впоследствии осуществить возврат по договору займу, через реализацию своих корпоративных прав. Такая дополнительная обязанность выводится из

¹⁸ Zimmermann M. Op. cit. S. 112-113, 196.

¹⁹ Zimmermann M. Op. cit. S. 98-102.

²⁰ Zimmermann M. Op. cit. S. 197.

²¹ Zimmermann M. Op. cit. S. 197.

²² Zimmermann M. Op. cit. S. 194. Kort M. Op. cit. S. 2149-2152.

²³ Zimmermann M. Op. cit. S. 199-200.

принципа добросовестности (§ 242 BGB) и цели договора займа акций. Более того, такая дополнительная обязанность не требует изучения конкретных обстоятельств отдельно взятого случая и установления того, что интересы займодавца действительно были нарушены. Для угрозы интересам займодавца достаточно самого факта реализации корпоративных прав управления. В итоге отдельные представители немецкой доктрины считают, что заемщик при реализации права голосования должен следовать указаниям займодавца²⁴.

15. Тем не менее, большая часть немецкой доктрины указывает на то, что заемщик является собственником ценных бумаг и он вправе реализовывать все корпоративные права, в том числе права по управлению обществом²⁵. Возможный законный интерес заемщика будет обозначен в корпоративном блоке.

в) Отношения заемщика акций и акционерного общества

16. На практике заемщик редко использует право голосования по полученным акциям, так как обычно заем акций направлен на исполнение заемщиком собственного договора поставки, как в случае с продажей без покрытия. Однако при займе акций в стратегических целях акции приобретаются как раз для осуществления корпоративных прав управления.
17. Осуществление заемщиком прав голосования по полученным акциям вызывает проблему *empty voting* (безрисковое голосование). С помощью этого термина в иностранной доктрине обозначается разрыв между правом голосования и экономической заинтересованностью. В обычном случае акционер имеет однонаправленный с акционерным обществом экономический интерес, и он заинтересован в его благосостоянии. Однако, с помощью соглашений с третьим лицом можно снизить свой экономический интерес, формально оставаясь собственником акций. Проблема *empty voting* характерна прежде всего для рынка деривативов, а также займа акций²⁶. В договоре займа акций в связи с наличием обязанности по возврату акций, которая усугубляется обязательственным переносом имущественных прав на займодавца, право голосования заемщика имеет безрисковый для него характер²⁷. С помощью обязательственного инструментария займодавец экономически продолжает быть собственником переданных в заем акций, в то время как заемщик не имеет ни выгоды, ни рисков, связанных с благосостоянием акционерного общества²⁸. В итоге, заем акций нарушает принцип соответствия права голоса и экономического интереса акционера²⁹. Этот принцип связан с принципом заинтересованности (*Selbstbetroffenheit*), в соответствии с которым тот, кто имеет право

²⁴ Так, Zimmermann M. Op. cit. S. 200-201.

²⁵ См.: Bachmann G. Op. cit. S. 606-607. Sieger J.J. Hasselbach K. Wertpapierdarlehen – Zurechnungsfragen im Aktien-, Wertpapierhandels- und Übernahmerecht WM 2004 Heft 28, 1370. S. 1376. Zimmermann M. Op. cit. S. 191-193 (с указанием как на господствующую точку зрения).

²⁶ Zimmermann M. Op. cit. S. 69-70.

²⁷ Kumpan C. Mittermeier M. Risikoentleerte Stimmrechte – Auswirkungen von Wertpapierdarlehen im Gesellschaftsrecht // ZIP 2009, 404. S. 405.

²⁸ Zimmermann M. Op. cit. S. 270.

²⁹ Zimmermann M. Op. cit. S. 270.

голоса, должен затрагиваться последствиями принятых им решений. Это свою очередь подкрепляется и экономическими соображениями: тому, кто не имеет интереса в успехе предприятия, сложно доверить право голоса³⁰. При этом если заемщик на договорном уровне обязывается следовать указаниям займодавца, то проблема расщепления экономического интереса и корпоративных прав управления не возникает³¹.

18. Проблема empty voting тесно связана с проблемой пропорциональности количества акций и количества голосов. От принципа пропорциональности возможны отступления через внутреннее корпоративное регулирование. Особенностью empty voting является то, что оно возникает без соглашения на уровне корпорации, а через внешнее к ней отношение с третьим лицом³².
19. В качестве примера применения empty voting можно привести дело, в котором Henderson Land захотело приобрести акции своего дочернего общества у других акционеров, предложив за них солидную премию к рыночной цене. Однако, большое число голосов было отдано против, в результате чего курс акций дочернего общества упал на 17%. Как оказалось, это было работой хедж-фонда, получившего акции по договору займа. При этом сам хедж-фонд от падения курса, напротив, получил прибыль, так как воспользовался продажей без покрытия, рассчитанной на снижение курса акций³³.
20. Одним из ограничителей свободы заемщика в реализации корпоративных прав управления может выступать каучуковая обязанность верности (Treupflichten), которая возлагается на каждого акционера, в том числе миноритариев³⁴. В общем виде эту обязанность можно представить как обязанность учитывать интересы общего блага³⁵. Нарушение обязанности верности имеет место, в частности, когда участник общества реализует свое корпоративное право умышленно во вред обществу без законного интереса. В немецкой доктрине высказывается мнение, что в условиях empty voting нарушение обязанности верности можно презюмировать³⁶. Так как empty voting может усиливать конфликт интересов, это является важным индикатором при доказывании нарушения обязанности верности³⁷. Также предлагается принимать во внимание дополнительные факторы. Так, следует учитывать, есть ли у заемщика «собственные» акции общества, экономическим собственником которых он является, а также количественное отношение этих «собственных» акций к заемным. Чем выше пропорция заемных акций, тем вероятнее нарушение обязанности верности³⁸. Кроме того, предлагается определять направленность интереса акционера по

³⁰ Theusinger I. Möritz D. Empty Voting als moderner Stimmenkauf? // NZG 2010, 607. S. 608-609.

³¹ Merkner A. Sustmann M. Wertpapierleihe und Empty Voting – Weitergehender Transparenzbedarf im WpHG? // NZG 2010, 1170. S. 1174. Zimmermann M. Op. cit. S. 284.

³² См.: Kumpan C. Mittermeier M. Op. cit. S. 405.

³³ Osterloh-Konrad C. Gefährdet „Empty Voting“ die Willensbildung in der Aktiengesellschaft? Überlegungen zur Proportionalität zwischen Stimmrechtseinfluss und wirtschaftlicher Betroffenheit der Aktionäre // ZGR 2012, 35-80. S. 40.

³⁴ Osterloh-Konrad C. Op. cit. S. 71.

³⁵ Merkner A. Sustmann M. Op. cit. S. 1173. Zimmermann M. Op. cit. S. 298-299.

³⁶ Zimmermann M. Op. cit. S. 299.

³⁷ Theusinger I. Möritz D. Op. cit. S. 610.

³⁸ Kumpan C. Mittermeier M. Op. cit. S. 410.



отношению к интересам общества. Если акционер имеет одинаправленный с обществом интерес (позитивный), как в случае обладания собственными акциями общества, то он, скорее всего, действует в интересах общества. Если же он с помощью деривативов стал, напротив, заинтересован в снижении курса акций (негативный интерес), то допустимо рассмотреть и полный запрет голосования³⁹.

21. В то же время институт обязанности соблюдения верности обществу предполагает исследование конкретных обстоятельств. Отдельные представители немецкой доктрины вообще предлагают исключить возможность голосования по акциям, переданным по договору займа, используя для обоснования запрета конструкцию институционального злоупотребления правом⁴⁰. Институциональное злоупотребление правом, в отличие от индивидуального, не предполагает учет конкретных обстоятельств: он строится на том, что реализация права в большом количестве аналогичных случаев противоречит принципу добросовестности⁴¹. Институциональное злоупотребление можно констатировать через изучение целей правового института, в рассматриваемом случае – институте голосования в хозяйственных обществах. В итоге часть немецкой доктрины приходит к тому, что реализация права голосования во всех случаях *empty voting* является институциональным злоупотреблением права. Если заемщик не связан указаниями займодавца, и при этом передал последнему имущественные права из акций, то он не может иметь законного интереса в голосовании⁴². В то же время стоит учитывать, что при последующем отчуждении заемщиком акций проблема *empty voting* отпадает, так как их приобретатель не связан обязательством по возврату акций займодавцу⁴³.
22. Тем не менее, в немецкой доктрине больше распространена точка зрения о том, что проблему *empty voting* целесообразнее решать через обязанность верности (*Treupflicht*) и точечное применение конструкции злоупотребления права, а не с помощью полного запрета свободного голосования заемщика акций или же обязательного возврата акций перед общим собранием акционеров займодавцу⁴⁴. Один из аргументов состоит в том, что на практике, за исключением нескольких однозначных случаев, пока неясно, действительно ли негативные последствия *empty voting* перевешивают связанные с ним преимущества. *Empty voting* может привести к тому, что голосование осуществляется не пассивными и незаинтересованными акционерами, а более информированными участниками, что ведет к оптимизации корпоративного управления. Генеральный запрет голосования заемщика

³⁹ Osterloh-Konrad C. Op. cit. S. 73-75.

⁴⁰ Bachmann G. Op. cit. S. 617. Также в итоге Zimmermann M. Op. cit. S. 302. О голосовании с помощью заемных акций как противоречащих институту займа акций (без аргументации через институциональное злоупотребление правом) см.: Kümpel S. Peters M. Aktuelle Rechtsfragen der Wertpapierleihe // AG 1994, 525, Dörge A. Wertpapierleih- und Wertpapierpensionsgeschäfte // AG 1997, 396.

⁴¹ Bachmann G. Op. cit. S. 617.

⁴² Zimmermann M. Op. cit. S. 304-305.

⁴³ Zimmermann M. Op. cit. S. 305.

⁴⁴ Merkner A. Sustmann M. Op. cit. S. 1174. Theusinger I. Möritz D. Op. cit. S. 610. Kumpan C. Mittermeier M. Op. cit. S. 410. Osterloh-Konrad C. Op. cit. S. 69-73. В См. также: Zimmermann M. Op. cit. S. 320 (о господствующей в доктрине точке зрения).

акций, не связанного указаниями займодавца, не учитывает специфики конкретных случаев⁴⁵.

23. Экономический анализ права неоднозначно относится к принципу пропорциональности голосов, продаже голосов на общем собрании, а также проблеме *empty voting*, которые предполагают разделение экономического интереса (полностью или частично) и права голосования. В связи с постоянной неполнотой информации и рациональной апатией большинства акционеров экономически целесообразно может быть дано непропорционально большое количество голосов тому, кто обладает достаточным интересом и информацией. Например, текущий акционер уверен в правильности своей позиции для общества в целом, однако для ее принятия на общем собрании ему не хватает голосов. Кроме того, как показывают исследования, непропорциональность голосов может благоприятно отражаться на премии акционеров при поглощениях⁴⁶.
24. При сравнительно-правовом анализе *empty voting* в Германии и России важно учитывать следующее обстоятельство. Немецкая доктрина обычно анализирует допустимость реализации заемщиком права на участие в общем собрании через сравнение с кодифицированными институтами корпоративного права. Особую релевантность имеют п. 2, 3, 6 и 7 абз. 3 § 405 Акционерного закона (*Aktiengesetz*). Указанные нормы фактически запрещают покупку и продажу голосов на общих собраниях. Иначе говоря, в Германии запрещены возмездные акционерные соглашения, в соответствии с которыми акционер – сторона акционерного соглашения должен голосовать определенным образом или воздержаться от голосования⁴⁷. Приведенные нормы направлены на защиту неподдельного волеизъявления в интересах других акционеров и общества в целом. Запрет поддерживает соответствие между экономическим интересом и правом участия в общих собраниях. Он строится на экономической логике: тот, кто несет риск изменения курса акций и претендует на ликвидационный остаток, будет стараться максимизировать прибыль общества⁴⁸. Хотя проценты по договору займа акций можно расценить как встречное предоставление за полученное право на участие в общем собрании, запрет возмездных соглашений о реализации права на участие в общем собрании прямо не распространяется на заем акций. Заемщик становится полноценным собственником акций и реализует право в своих интересах⁴⁹. Тем не менее, из запрета продажи голоса выводится общий посыл немецкого законодателя: получение за счет влияния на голосование особых преимуществ, которые другие акционеры не получают, не согласуется с Акционерным законом. Покупка голосов, как и *empty voting*, подрывает однонаправленность интересов акционеров⁵⁰. Впоследствии на этой предпосылке и строится во многом обоснование недопустимости реализации

⁴⁵ Merkner A. Sustmann M. Op. cit. S. 1174.

⁴⁶ См., со ссылками: Osterloh-Konrad C. Op. cit. S. 50-57.

⁴⁷ MüKoBGB/Arnold, 7. Aufl. 2015, BGB § 32 Rn. 34. Не следует путать приведенный запрет с общим запретом голосовать по указаниям органов управления обществом (абз. 2 § 136 Акционерного закона).

⁴⁸ Zimmermann M. Op. cit. S. 274-275, 289-290. Spindler/Stilz/Hefendehl, 3. Aufl. 2015, AktG § 405 Rn. 61.

⁴⁹ Zimmermann M. Op. cit. S. 275-276, 285-292.

⁵⁰ Zimmermann M. Op. cit. S. 275-276.

заемщиком права на участие в общем собрании как институционального злоупотребления правом⁵¹.

25. В России ст. 67.2 ГК РФ устанавливает, что участники хозяйственного общества могут заключить между собой или с третьими лицами корпоративный договор, в котором будет предусмотрена обязанность голосовать определенным образом. Указания на то, что корпоративный договор в этом случае не должен быть возмездным, ГК РФ не содержит. Из этого вытекает, что российский законодатель, в отличие от немецкого, не исходит из общей недопустимости разделения экономического интереса (получение дивидендов и ликвидационного остатка) и права участия в общем собрании. Иное толкование требует телеологического подхода и прямо из закона не выводится. В связи с этим запрет заемщику акций осуществлять право на участие в общем собрании на том основании, что он не имеет в этом экономического интереса или такой экономический интерес не соответствует объему его прав (*empty voting*), в России представляется противоречивым и не согласующимся с идеей ст. 67.2 ГК РФ. Поэтому *de lege lata* в России обосновать запрет голосования заемщиком акций с позиции корпоративного права сложно. Вместе с тем, вполне поддается рецепции немецкая идея о том, что *empty voting* является опровержимым индикатором нарушения акционером своих фидуциарных обязанностей.
26. Заем акций также может использоваться для достижения определенных корпоративных порогов, например 95 % порога, дающего право на вытеснение миноритариев (*squeeze-out*). Верховный суд ФРГ, рассматривая дело о достижении указанного 95 % порога с помощью займа акций в командитном акционерном обществе, посчитал такой способ вытеснения миноритариев допустимым и отменил решения нижестоящих инстанций. Одним из аргументов было то, что цель § 327a Акционерного закона (*Aktiengesetz*), состоит не в том, чтобы обеспечить длительное существование единственного акционера, а в обеспечении эффективного управления через исключение миноритариев. Поэтому достижение 95 % порога с помощью займа акций само по себе не является злоупотреблением права⁵². Вопрос о достижении порогов с помощью займа акций актуален и для миноритариев⁵³.
27. Часть немецкой доктрины не согласна с позицией Верховного суда ФРГ: использование займа акций для достижения корпоративных порогов является злоупотреблением права. Авторы, считающие свободную реализацию права голосования заемщика

⁵¹ О том, что и в немецком позитивном праве нельзя вывести однозначную позицию относительно разделения экономического интереса и возможности голосовать см. Osterloh-Konrad C. *Op. cit.* S. 57-66, 69. Там же о политико-правовой сомнительности запрета продажи голосов: S. 70-71.

⁵² BGH NJW 2009, 2379. Для конкретного дела этот довод можно считать вторичным, так как вытеснение было возможно и без договора займа в силу семейных связей между займодавцем и заемщиком. В поддержку допустимости *squeeze out* с помощью займа акций: Theusinger I. Möritz D. *Op. cit.* S. 610. Kumpan C. Mittermeier M. *Op. cit.* S. 408. В то же время отмечается, что этот вывод нельзя безусловно экстраполировать на другие случаи *empty voting*, в частности, собственно голосования по заемным акциям. При вытеснении миноритариев для них больше нет угрозы в заинтересованности заемщика в снижении курса акций. См.: Kumpan C. Mittermeier M. *Op. cit.* S. 408-409.

⁵³ Zimmermann M. *Op. cit.* S. 309-310.

злоупотреблением правом, обращают внимание также на то, что различный подход к праву голосования и иным корпоративным правам управления обществом неочевидны⁵⁴.

с) Заем акций и рынок капиталов

28. Большинство представителей немецкой доктрины считает, что реальную потребность в регулировании займа ценных бумаг и порождаемой им проблемы empty voting существует только на уровне регулирования рынка капиталов. Раскрытие информации вместе с корпоративно-правовым институтом обязанности доверия может обеспечить достаточную защиту других акционеров⁵⁵. Потребность в раскрытии информации здесь проявляется в двух аспектах. Она может раскрываться в отношении того, кто имеет экономический интерес в акциях общества, хотя эти акции и принадлежат другому лицу (hidden ownership; в случае с займом акций экономический интерес в акциях, как правило, у займодавца). Зеркальная необходимость по отношению к hidden ownership возникает в контексте empty voting: собственник акций (заемщик) должен сообщить о том, что не несет экономический риск по отношению к принадлежащим ему акциям на момент реализации права голоса⁵⁶. В отношении обязанности раскрыть информации о приобретении 3, 5, 10, 15, 20, 25, 30, 50, 75 % голосов Верховный суд ФРГ и доктрина высказываются в пользу того, что решающее значение в вопросе вменения принадлежности акций имеет принадлежность права участия в общем собрании и возможность оказывать на него влияние⁵⁷. Если займодавец не оставил за собой возможность давать заемщику указания по осуществлению права голоса, то тем сам он может избежать обязанности по раскрытию информации, связанной с достижением установленного порога⁵⁸.
29. Вопрос совершенствования раскрытия информации в отношении договора займа акций в немецкой доктрине, как и в иных иностранных правопорядках, является дискуссионным. В качестве аргумента против указывается на то, что раскрытие информации о безрисковых финансовых инструментах может породить неверную интерпретацию со стороны инвесторов и панику на рынке⁵⁹.

⁵⁴ Zimmermann M. Op. cit. S. 310.

⁵⁵ Theusinger I. Möritz D. Op. cit. S. 610.

⁵⁶ Merkner A. Sustmann M. Op. cit. S. 1170.

⁵⁷ Zimmermann M. Op. cit. S. 239.

⁵⁸ Bachmann G. Op. cit. S. 630-632.

⁵⁹ Theusinger I. Möritz D. Op. cit. S. 611.

2. Консенсуальный характер договора займа

2.1. Переход к консенсуальной модели

30. Сегодня в Германии договор займа считается консенсуальным (§ 488 ГГУ)⁶⁰. 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 займа⁶¹. 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 критике⁶².
31. Как отмечается в немецкой доктрине, дискуссия о консенсуальной или реальной природе договора займа уже долгое время не имела практического значения и имела чисто догматическую природу⁶³. Типовые договоры банков заполняли все пробелы в регулировании⁶⁴.
32. Кроме того, Закон о потребительском кредите 1990 года уже исходил из консенсуальной модели договора займа. Реформа обязательственного права закрепила консенсуальный заем в качестве общей модели⁶⁵. Конструкция предварительного договора в договоре займа теперь почти не имеет практического значения⁶⁶.
33. 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 мнения⁶⁷.

2.2. Договор займа и договор кредита

34. В ходе реформы обязательственного права 2001 года в ГГУ были перенесены положения Закона о потребительском кредите (Verbraucherkreditgesetz). Закон оперировал понятием кредитного договора, включавшим в себя договор займа, отсрочку платежа и «иную финансовую помощь» (финансовый лизинг и т.п.). При переносе закона в ГГУ понятие

⁶⁰ Staudinger/Freitag BGB § 488. Rn. 12. BeckOGK/Binder, 1.6.2018, BGB § 488. Rn. 9.

⁶¹ Staudinger/Freitag BGB § 488. Rn. 11. BeckOGK/Binder, 1.6.2018, BGB § 488. Rn. 9.

⁶² Staudinger/Freitag BGB § 488. Rn. 11.

⁶³ Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch 5. Auflage 2017. § 76. Pamp. Darlehensvertrag. Rn. 5.

⁶⁴ BeckOGK/Binder, 1.6.2018, BGB § 488. Rn. 9.3. Heermann P.W. Geld und Geldgeschäfte. 2003. S. 311.

⁶⁵ Staudinger/Freitag BGB § 488. Rn. 11-12.

⁶⁶ MüKoBGB/Berger, 7. Aufl. 2016, BGB § 488 Rn. 16.

⁶⁷ См.: Mülbart P. Die Auswirkungen der Schuldrechtsmodernisierung im Recht des „bürgerlichen“ Darlehensvertrags // WM 2002 Heft 10, 465.

кредитного договора как родового было исключено; потребительскому займу (Verbraucherdarlehensvertrag) была посвящена глава рядом с договором денежного займа⁶⁸. 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 кредите⁶⁹. Об обозначении этим термином специфики субъектного состава речи не идет.

⁶⁸ 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.

⁶⁹ См.: Meincke E. Hingst K.-M. Op. cit. S. 639.



3. Возвратность займа в Германии

3.1. Несовпадение объема займа и суммы возврата займа

35. Обязанность заемщика возвратить займодавцу сумму займа является имманентной договору займа и имеет конститутивное значение при квалификации этого типа договора⁷⁰. 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 связи⁷¹.
36. По смыслу абз. 1 § 488 ГГУ, заемщик, по общему правилу, должен возвратить займодавцу ту же сумму, что он получил от займодавца. Этот подход следует принципу номинализма и предполагает, что инфляционный риск возлагается на займодавца⁷². 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 займа⁷³.
37. 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 возвратить ее стоимость⁷⁴. 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 займа⁷⁵. Обязательство заемщика является факультативным; оно не изменяет характерную для договора займа обязанность по возврату. Такой договор с точки зрения правовой квалификации остается договором вещного займа⁷⁶.

3.2. Правовая природа гибридных и конвертируемых займов

Гибридные займы

38. 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

⁷⁰ MüKoBGB/Berger, 7. Aufl. 2016, BGB § 488 Rn. 42.

⁷¹ MüKoBGB/Berger, 7. Aufl. 2016, BGB § 488 Rn. 42-43.

⁷² Staudinger/Freitag BGB § 488. Rn. 167. MüKoBGB/Berger, 7. Aufl. 2016, BGB § 488 Rn. 46.

⁷³ Langenbucher/Bliesener/Spindler/Steffek, 2. Aufl. 2016, BGB § 488 Rn. 71.

⁷⁴ BeckOGK/Lohsse, 15.6.2018, BGB § 607 Rn. 72.

⁷⁵ 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.

⁷⁶ BeckOGK/Lohsse, 15.6.2018, BGB § 607 Rn. 11. MüKoBGB/K. P. Berger, 7. Aufl. 2016, BGB § 607 Rn. 17.



условия возвратность займа⁷⁷. Если же от финансовых показателей заемщика зависит только размер процентов, то договор может быть договором займа (partiarische Darlehen)⁷⁸.

39. 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 займа⁷⁹. 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)⁸⁰. 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 являющихся участниками финансируемого лица (Genussrecht)⁸¹.

Конвертируемый заем

40. 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.
41. 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

⁷⁷ Baums, Recht der Unternehmensfinanzierung 1. Auflage 2017. § 12 Hybride Finanzierungsinstrumente – Allgemeines. Rn. 34.

⁷⁸ 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.

⁷⁹ Baums, Recht der Unternehmensfinanzierung 1. Auflage 2017. § 12 Hybride Finanzierungsinstrumente – Allgemeines Rn. 34.

⁸⁰ 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.

⁸¹ 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 эмитенте⁸².

42. В немецкой доктрине рассматриваются различные возможные квалификации конвертируемых облигаций: как договора мены, альтернативного обязательства, зачета требования о выплате по облигациям против обязательства внести вклад⁸³. Однако, господствующее мнение в Германии квалифицирует конвертируемые облигации в качестве факультативных обязательств с правом выбора на стороне кредитора⁸⁴ или должника (эмитента), в зависимости от того, какую конструкцию выбрали стороны⁸⁵. 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-продажи⁸⁶. В связи с этим в немецкой доктрине пишут, что в этом случае происходит изменение каузы с помощью реализации секундарного права (*Causaänderung kraft Gestaltungsrecht*)⁸⁷. 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 оценку 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. Денежный характер вклада при конвертации конвертируемых облигаций подтверждается законом (§ 194 Акционерного закона)⁸⁸.

⁸² 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.

⁸³ Fischer M. *Op. cit.* S. 43-45.

⁸⁴ 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

⁸⁵ Fischer M. *Op. cit.* S. 45. MüKoBGB/Habersack, 7. Aufl. 2017, BGB § 793 Rn. 17. Hüffer/Koch, 13. Aufl. 2018, AktG § 221 Rn. 4.

⁸⁶ Fischer M. *Op. cit.* S. 46. MüKoBGB/Habersack, 7. Aufl. 2017, BGB § 793 Rn. 17.

⁸⁷ Fischer M. *Op. cit.* S. 47. MüKoBGB/Habersack, 7. Aufl. 2017, BGB § 793 Rn. 17.

⁸⁸ Fischer M. *Op. cit.* S. 52-53. MüKoBGB/Habersack, 7. Aufl. 2017, BGB § 793 Rn. 17.

43. 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 сторон⁸⁹.
44. 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 допустимым⁹⁰. 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 исполнения⁹¹. 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 санация⁹².
45. 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 вкладом⁹³. 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 уступается самому обществу и прекращается в результате совпадения должника и кредитора в одном лице⁹⁴.
46. 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 тождественны⁹⁵. Конвертируемый заем представляет собой факультативное

⁸⁹ Fischer M. Op. cit. S. 55-57.

⁹⁰ Fischer M. Op. cit. S. 91-93.

⁹¹ Martin K. Die Umwandlung von Geldkrediten in Grundkapital – eine verdeckte Sacheinlage? // ZIP 1994, 589. S. 591.

⁹² Fischer M. Op. cit. S. 91-93.

⁹³ MüKoBGB/Habersack, 7. Aufl. 2017, BGB § 793 Rn. 17.

⁹⁴ Fischer M. Op. cit. S. 69-70.

⁹⁵ Martin K. Op. cit. S. 593.



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 займа⁹⁶.

47. 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 обществе⁹⁷. 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 подтверждаются статистическими данными и имеют спекулятивный характер⁹⁸. Наконец, и при обычном увеличении уставного капитала приобретенные средства могут быть мгновенно потрачены обществом⁹⁹.

48. 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. Стороны вправе в договорном порядке урегулировать конвертируемый заем также, 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.

⁹⁶ Fischer M. Op. cit. S. 93-97.

⁹⁷ Martin K. Op. cit. S. 595-596.

⁹⁸ Martin K. Op. cit. S. 597.

⁹⁹ Fischer M. Op. cit. S. 96.

3.3. Абстрактные обязательства

49. 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 договора¹⁰⁰. Права из такого договора возникают и в том случае, если отсутствует действительное правовое основание¹⁰¹.
50. 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 требования¹⁰². 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 каузой¹⁰³. 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 обогащении¹⁰⁴.
51. 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 (в данном случае в виде абстрактного права требования) как подлежащего возврату по § 814 ГГУ¹⁰⁵.
52. За исключением приведенного случая § 814 ГГУ, из норм о неосновательном обогащении вытекает отсутствие существенных материально-правовых различий между абстрактным и каузальным договорами¹⁰⁶. Значение абстрактного обязательства часто сводят к переходу бремени доказывания существования каузы с кредитора на должника¹⁰⁷. Кредитор в процессе может просто сослаться на наличие абстрактного обязательства, а должник в свою

¹⁰⁰ По правовым последствиям абстрактное обязательство равнозначно абстрактному признанию долга. Различается лишь внешняя форма. См.: MüKoBGB/Habersack, 7. Aufl. 2017, BGB § 780 Rn. 3.

¹⁰¹ MüKoBGB/Habersack, 7. Aufl. 2017, BGB § 780 Rn. 1-2.

¹⁰² 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.

¹⁰³ MüKoBGB/Habersack, 7. Aufl. 2017, BGB § 780 Rn. 47.

¹⁰⁴ Flume W. *Op. cit.* S. 167.

¹⁰⁵ Flume W. *Op. cit.* S. 168. MüKoBGB/Habersack, 7. Aufl. 2017, BGB § 780 Rn. 47.

¹⁰⁶ Flume W. *Op. cit.* S. 168.

¹⁰⁷ См.: MüKoBGB/Habersack, 7. Aufl. 2017, BGB § 780 Rn. 48.

очередь должен доказать, что правовое основание у абстрактного обязательства отсутствует¹⁰⁸.

53. Полная абстрактность обязательств возможна лишь в исключительном порядке, как для случая ценных бумаг. Последующему приобретателю не может быть противопоставлено отсутствие правового основания в изначальной сделке¹⁰⁹.
54. 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 помощьюgrundschuld или неакцессорной ипотеки¹¹⁰. Для обхода требования возвратности договора займа как самоцели абстрактные обязательства не используются.

¹⁰⁸ Flume W. Op. cit. S. 168.

¹⁰⁹ Flume W. Op. cit. S. 168.

¹¹⁰ См.: Staudinger/Freitag BGB § 488. Rn. 174-179.