Т. П. Шишмарева*

Субъекты торгового права Германии

Аннотация. В статье исследуется понятие коммерсанта как основного субъекта торгового (коммерческого) права Германии, которое наряду с гражданским правом регулирует частноправовые отношения с участием субъектов хозяйственной деятельности. Статус коммерсанта в Германии субъект приобретает по различным правовым основаниям: в силу занятия коммерческой деятельностью; регистрации в торговом реестре; создания организации в определенной организационно-правовой форме. Проанализированы легальное определение понятия коммерсанта из § 1 Торгового кодекса Германии (HGB) как субъекта, который занимается коммерческой деятельностью, а также признаки коммерческой деятельности, выделяемые в доктрине и судебной практике Германии. В качестве конститутивного признака статуса коммерсанта рассматривается также добровольная регистрация в Торговом реестре фирмы хозяйствующего субъекта в соответствии с § 5 HGB, применяемая к кустарям, крестьянам, фермерам. Статус коммерсанта может быть приобретен хозяйствующими субъектами согласно § 6 HGB независимо от предмета деятельности, в силу избрания определенной организационно-правовой формы торгового общества. В статье выделены торговые общества как объединения капиталов (акционерное общество, коммандитное общество на акциях, европейское акционерное общество, общество с ограниченной ответственностью) и объединения лиц (полное торговое общество, коммандитное общество). Разграничены понятия «предприниматель» и «коммерсант».

Ключевые слова: предприниматель, коммерсант, коммерческая деятельность (промысел), признаки коммерческой деятельности, регистрация, торговый реестр, коммерческое право, предприятие, торговые общества, объединения капиталов, объединения лиц.

DOI: 10.17803/1994-1471.2018.87.2.060-065

Гражданское право Германии отличается дуализмом. Наряду с Гражданским кодексом (Bürgerliches Gesetzbuch — BGB) для регулирования частноправовых отношений применяется также Торговый кодекс (Handels-

gesetzbuch — HGB). Торговое право Германии именуют правом коммерческим¹. Торговое право является особым частным правом для коммерсантов и предприятий, которые занимаются хозяйственной деятельностью².

¹ Capelle K.-H. Handelsrecht (ohne Gesellschaft- und Seehandelsrecht). Ein Studienbuch. 12., neubearb. Auflage. München und Berlin : C. H. Beck'sche Verlagbuchhandlung, 1967. S. 8 ; Brox H., Henssler M. Handelsrecht mit Grundzügen des Wertpapiersrechts, 21 neu bearb. Auflage. München : Verlag C. H. Beck, 2011. S. 1.

² Brox H., Henssler M. Op. cit. S. 1.

© Шишмарева Т. П., 2018

* Шишмарева Татьяна Петровна, кандидат юридических наук, доцент кафедры предпринимательского и корпоративного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
tpshi@mail.ru
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

Основным субъектом торгового права Германии является коммерсант (Kaufmann).

Правовой статус коммерсанта приобретает вследствие: а) занятия коммерческой деятельностью (промыслом); б) регистрации в торговом реестре в качестве коммерсанта; в) создания организации в определенной организационно-правовой форме.

КОММЕРСАНТ В СИЛУ ЗАНЯТИЯ КОММЕРЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬЮ

Понятие «коммерсант» содержится в § 1 HGB. В правовом смысле коммерсантом признается субъект права (физическое или юридическое лицо), которое занимается какой-либо коммерческой деятельностью, регулируемой в HGB. Поскольку понятие «коммерсант» тесно связано с понятием «коммерческая деятельность» (Handelsgewerbe), необходимо обратиться к анализу этого понятия. Легального определения коммерческой деятельности в HGB или в других нормативных актах коммерческого права не содержится. Поэтому признаки коммерческой деятельности выделены на основе сложившейся судебной практики.

В доктрине торгового права Германии под коммерческой деятельностью (промыслом) понимают такую деятельность, которая отличается следующими признаками:

- 1) открытая (offene);
- 2) планомерная (planmäßige);
- 3) дозволенная (erlaubte);
- 4) направленная на получение прибыли (auf Gewinnerzielung gerichtete);
- 5) самостоятельная (selbständige).

Деятельность является открытой, если она направлена вовне. Поэтому не известная третьим лицам внутренняя деятельность не признается коммерческой. Вместо не совсем точного термина «открытость» в Комментариях к HGB предлагается использовать понятие «деятельность, предлагаемая на рынке»³. Согласно этому признаку не является коммерческой деятель-

ность, которая направлена на управление собственным имуществом, частные спекуляции и т.п.

Признаком коммерческой деятельности также выступает ее планомерность и длительность. Воля коммерсанта должна быть направлена на большое количество сделок. Поэтому воля совершить только разовую сделку не признается коммерческой деятельностью. Планируемая длительность коммерческой деятельности не имеет существенного значения. Решающим является то обстоятельство, что в течение определенного (пусть даже и весьма короткого) периода должен быть заключен комплекс однообразных сделок. Так, случайная покупка и продажа картин не является коммерческой деятельностью (промыслом). Однако деятельность по купле-продаже в киоске представляет собой коммерческую деятельность. Не является промыслом деятельность рабочих союзов, в которых предприниматели преследуют общую, ограниченную определенным временным периодом цель, поскольку они создаются не в качестве торговых обществ, а как общества гражданского права, например, при совместном строительстве участка дороги.

Должна ли деятельность, признаваемая коммерческой, быть дозволенной — вызывает значительные споры в доктрине. Речь не идет в данном случае о публично-правовом дозволении⁴. Скорее всего речь идет о легитимировании посредством этого признака такой деятельности, против которой отсутствуют законные запреты, а также деятельности, которую нельзя квалифицировать как направленную против добрых нравов согласно § 134, 138 BGB.

Согласно господствующему в немецкой доктрине мнению, коммерческая деятельность должна быть направлена на получение прибыли, т.е. должно быть превышение прибыли над расходами коммерсанта. При этом является несущественным, получает ли фактически коммерсант прибыль.

Коммерсант ведет самостоятельную деятельность. Его правовое положение следует

³ Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 3 Aufl., 2010. § 1. Rn. 28.

⁴ Brox H., Henssler M. Op. cit. S. 18.

отличать от работников по трудовому договору и служащих, чья деятельность не имеет признаков самостоятельности, поскольку они самостоятельно не определяют свою трудовую или служебную деятельность.

Итак, коммерсантом признается только такой субъект, который действует самостоятельно. Субъекты, которые совершают сделки под чужим именем или в качестве управляющих чужого имущества, исключаются из числа коммерсантов, например, прокуроры, орган акционерного общества, руководитель общества с ограниченной ответственностью, управляющий в процедуре несостоятельности⁵. Поскольку для статуса коммерсанта определяющее значение имеет, от чьего имени он действует, постольку не играет никакой роли тот факт, что коммерсант действует за чужой счет. Так, согласно § 383 HGB комиссионером является тот, кто на профессиональной основе обязуется покупать или продавать товары или ценные бумаги от своего имени за счет другого лица (комитента). Комиссионер является коммерсантом, так как он совершает сделки от собственного имени. Также признают коммерсантом доверительного управляющего, действующего за счет другого, если он вовне выступает от собственного имени, исполнителя завещания (Testamentvollstrecker), осуществляющего коммерческую деятельность от своего имени за счет наследников. Для признания коммерсантом не требуется, чтобы владелец предприятия осуществлял коммерческую деятельность на собственные средства. Исходя из этого, может быть признан коммерсантом субъект, который получил кредит для деятельности своего предприятия, а также тот, кто работает, используя чужое имущество, например арендатор.

Кроме того, в доктрине разграничивают понятие промысел (Gewerbe) и предприятие (Un-

ternehmen). Под предприятием понимают такую хозяйственную организацию, которая основана на связи личных и вещных элементов, посредством которых предприниматель осуществляет деятельность на рынке⁶.

Не является коммерческой деятельностью представителей так называемых свободных профессий: врачей, адвокатов, налоговых советников, хотя это вызывает дискуссии⁷. Указанное исключение сложилось в Германии исторически. Легальное определение «свободная профессия» содержится в законодательстве (§ 1 II 1 PartGG). Так, является не представителем свободной профессии, а коммерсантом фармацевт (BGH, NJW, 2085, 2086)⁸. В законодательстве Германии выделяют предпринимателей и коммерсантов. В § 14 BGB содержится понятие «предприниматель» (der Unternehmer), которым является физическое или юридическое лицо, а также правоспособное объединение лиц, действующее при заключении сделок для осуществления своей коммерческой или самостоятельной профессиональной деятельности. К числу предпринимателей отнесены: а) коммерсанты; б) лица, занятые некоммерческим промыслом (ремесленники, крестьяне, кустари); в) лица свободных профессий⁹. Не каждый предприниматель является коммерсантом, однако каждый коммерсант — предприниматель¹⁰.

КОММЕРСАНТ В СИЛУ РЕГИСТРАЦИИ

Правовой статус коммерсанта может быть приобретен посредством регистрации в Торговом реестре. Так, согласно § 5 HGB статус коммерсанта в силу регистрации может быть приобретен в том случае, если деятельность субъекта не имеет признаков, установленных § 1 II HGB, однако в Торговый реестр включена его фирма.

⁵ Brox H., Henssler M. Op. cit. S. 18.

⁶ Brox H., Henssler M. Op. cit. S. 15.

⁷ См., например: Schmidt K. ZIP. 1997. S. 909.

⁸ Brox H., Henssler M. Op. cit. S. 18.

⁹ Führich E. Wirtschaftsprivatrecht. Bürgerliches Recht. Handelsrecht. Gesellschaftrecht. 11., aktualisierte und beart. Aufl. Verlag Franz Vahlen. München, 2012. S. 27.

¹⁰ Führich E. Op. cit. S. 27.

Законодатель предоставляет возможность кустарям по их желанию приобрести статус коммерсанта посредством регистрации в Торговом реестре. Регистрация фирмы в таком случае имеет конститутивное значение¹¹. Такая же возможность предоставляется крестьянам (фермерам), а также плодовым, овощным и винодельческим предприятиям и лесничествам, которые изначально статусом коммерсанта не обладают, однако на основе добровольного волеизъявления вправе его приобрести. Указанные положения вступили в силу после реформы торгового права, произведенной в Германии в 1998 г.

ТОРГОВЫЕ ОБЩЕСТВА КАК КОММЕРСАНТЫ

Правила, действующие в отношении коммерсантов, применяются также к торговым обществам согласно предл. 1 § 6 HGB. В Германии выделяют в качестве коммерсантов общества как объединения капиталов (Kapitalgesellschaften) и объединения лиц (Personengesellschaften).

Юридические лица в силу определенной организационно-правовой формы независимо от предмета деятельности признаются по закону коммерсантами. Среди них следует назвать юридические лица, представляющие собой объединения капиталов (Kapitalgesellschaften), которые признаются коммерсантами согласно § 6 I HGB.

Общества, которые по своей юридической сущности являются объединениями капиталов, представлены в Германии следующими юридическими лицами: акционерное общество (AG); коммандитное общество на акциях (KGaA); европейское акционерное общество (Societas Europaea SE); общество с ограниченной ответственностью (GmbH). В качестве юридических лиц они наделены самостоятельной правоспособностью (§ 1 I 1 AktG (Aktiengesetz — Закон об акционерных обществах); § 278 AktG; Art. 10 SE-VO i.V.m. § 1 AktG; § 13 I GmbHG (GmbH-Gesetz — Закон об обществах с ограниченной

ответственностью)). По своим обязательствам перед кредиторами указанные общества отвечают только имуществом общества, за исключением коммандитного общества на акциях, учредители (участники) которого несут неограниченную ответственность перед кредиторами общества согласно § 278 AktG.

Названные общества на капиталах возникают как правосубъектные образования только при внесении записи в торговый реестр, и с этого момента они приобретают статус коммерсанта. Регистрация в торговом реестре имеет для их создания конститутивное значение¹².

Однако члены органов управления акционерного общества и акционеры, а также единоличный орган общества с ограниченной ответственностью и его участники не являются коммерсантами, так как именно юридическое лицо выступает владельцем предприятия, а не указанные лица. Названные правила действуют и в том случае, если руководитель ООО (GmbH) является его единственным учредителем (участником)¹³.

К коммерсантам также в силу § 6 I HGB отнесены общества, представляющие объединения лиц:

- 1) полное торговое общество (die offene Handelsgesellschaft — oHG);
- 2) коммандитное общество (die Kommanditgesellschaft — KG).

В отличие от обществ — объединений капиталов, объединения лиц в Германии не наделены статусом юридических лиц. Однако они являются юридически самостоятельными организациями, которые имеют фирменное наименование, приобретают от своего имени права и обязанности, могут быть собственниками и обладателями иных ограниченных вещных прав на земельные участки, могут быть истцами и ответчиками в суде (§ 124 I, § 161 II HGB). Лично ответственные участники oHG или KG вправе покупать товары от имени общества, при этом кредитором с правом притязания поставки товара является именно само общество. По мнению Х. Брокса (H. Brox),

¹¹ *Führich E.* Op. cit. S. 44.

¹² *Brox H., Henssler M.* Op. cit. S. 24.

¹³ *Brox H., Henssler M.* Op. cit. S. 25.

объединения лиц не являются торговыми обществами, они по своей юридической сущности — общества гражданского права (*die Gesellschaft bürgerlichen Rechts — GbR*) и партнерские общества (*die Partnerschaftsgesellschaft — PartG*), однако общая цель этого общества направлена на ведение коммерческой деятельности, в силу чего они подпадают под действие обществ торгового права¹⁴. Отметим, что *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* в немецкой доктрине обозначают в качестве сообщества «общей руки» (*Gesamthandgemeinschaft*), что предполагает ведение дел этого сообщества «общей рукой», а не каждым из участников, что аналогично юридической конструкции простого товарищества по российскому Гражданскому кодексу.

Возникновение объединений лиц в отношениях с третьими лицами связано наряду с заключением учредительного договора между участниками с началом ведения дел или с моментом регистрации в торговом реестре согласно § 123, 161 II HGB.

Участники таких обществ лично несут солидарную ответственность по его обязательствам перед кредиторами этой организации, законодательством не установлено предела их ответственности, т.е. она является неограниченной. Следует отметить, что в коммандитном обществе его участниками являются также коммандитисты, ответственность которых ограничена размером их вклада согласно § 105, 128, 161 I, 171 HGB.

Спорным в немецкой доктрине остается утверждение о том, являются ли отдельные участники объединений лиц коммерсантами. Так, К.-Н. Сапелле признает всех участников полного общества, а также всех лично ответственных участников коммандитного общества коммерсантами¹⁵. Х. Брокс уточняет, что такие участники

занимаются коммерческой деятельностью, рискуя собственным имуществом, так что качества коммерсанта передаются им¹⁶. Коммерсантами признают таких участников и авторы Комментария Торгового кодекса Германии¹⁷. Другую точку зрения высказывает Карстен Шмидт (*Karsten Schmidt*)¹⁸. Общеизвестным является утверждение об отсутствии статуса коммерсанта у коммандитистов.

Правовой статус полного общества определен § 105 HGB. Полным обществом признается такое общество, целью которого является ведение коммерческой деятельности под общим фирменным наименованием, если ответственность каждого из его участников перед кредиторами не ограничена (§ 105 I HGB). Однако в порядке исключения организационно-правовая форма oHG может также избираться согласно § 105 II HGB, если его предмет деятельности ограничивается управлением собственным имуществом и тем самым не предполагает осуществления коммерческой деятельности. Правоотношения участников полного общества между собой возникают на основе заключаемого между ними учредительного договора.

По мнению Х. Брокса, негласное общество (*die stille Gesellschaft*) не может быть признано коммерсантом¹⁹. Этот вывод сделан Броксом, исходя, во-первых, из наименования книги второй HGB — Торговые общества и негласное общество (*Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft*), во-вторых, из сущности негласного общества, которое, по его мнению, представляет собой в чистом виде некое внутреннее общество (*Innengesellschaft*), участники которого вступают в правоотношения только между собой, коммерческой же деятельностью при этом занимается не само общество, а другой, тот, кто использует активы общества²⁰.

¹⁴ *Brox H., Henssler M.* Op. cit. S. 26.

¹⁵ *Capelle K.-H.* Op. cit. S. 13.

¹⁶ *Brox H., Henssler M.* Op. cit. S. 27.

¹⁷ *Heumann.* *Handelsgesetzbuch, Kommentar.* 2. Auflage. 1995 (см.: *Brox H., Henssler M.* Op. cit. S. 27).

¹⁸ *Schmidt K.* *Handelsrecht.* 5 Auflage. 1999. Цит. по: *Brox H., Henssler M.* Op. cit. S. 27.

¹⁹ *Brox H., Henssler M.* Op. cit. S. 25.

²⁰ *Brox H., Henssler M.* Op. cit. S. 26.

ОСОБЫЕ ОРГАНИЗАЦИОННО-ПРАВОВЫЕ ФОРМЫ ОБЩЕСТВ

Наряду с названными обществами коммерсантами также могут быть признаны общества в других организационно-правовых формах. Так, европейское хозяйственное объединение по интересам (die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung — EWIV) — наднациональное общество, введенное законодательством ЕС,

в силу закона отнесено к торговым обществам (§ 1 EWIV-Einführungsgesetz). Создание EWIV преследует цель — получение льгот и преимуществ совместной работы его участников из разных государств ЕС. Оно может быть учреждено минимально двумя участниками из разных государств ЕС. Субсидиарно находят соответствующее применение нормы HGB о полных обществах наряду с регламентом ЕС № 2137/85 и вводным законом об этих обществах.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Brox H., Henssler M. Handelsrecht mit Grundzügen des Wertpapiersrechts. — 21 neu bearb. Auflage. — München : Verlag C. H. Beck, 2011.
2. Führich E. Wirtschaftsprivatrecht. Bürgerliches Recht. Handelsrecht. Gesellschaftrecht. 11., aktualisierte und beart. Aufl. Verlag Franz Vahlen. — München, 2012.
3. Capelle K.-H. Handelsrecht (ohne Gesellschaft- und Seehandrecht). Ein Studienbuch. — 12., neubearb. Auflage. — München und Berlin : C.H. Beck'sche Verlagbuchhandlung. 1967.
4. Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch. — 3 Aufl. — 2010.

Материал поступил в редакцию 1 ноября 2017 г.

SUBJECTS OF GERMAN TRADE LAW

SHISHMAREVA Tatiana Petrovna — PhD in Law, Associate Professor of the Department of Business and Corporate Law at the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
tpshi@mail.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The paper examines the concept of *Kommersant* as the main subject of Trade (Commercial) Law in Germany that, along with Civil Law, regulates private relations with participation of business entities. The *Kommersant* status is vested with the business person on various legal grounds: By virtue of commercial activity, by virtue of registration in the commercial registry, or by virtue of creation of business organization of a certain legal form. The author has subjected to analysis the legal definition of the concept “*Kommersant*” given in § 1 of the Trade Code (HGB) of Germany that defines the subject in question as an entity that is engaged in commercial activity and determines the elements of commercial activity applied in the German doctrine and jurisprudence. As a constitutive element of the *Kommersant* status the author names voluntary registration of the firm forming a business entity in the Trade Registry in accordance with § 5 of the HGB that is applied to handicraftsmen, peasants, farmers. The *Kommersant* status can be acquired by economic entities in accordance with § 6 of the HGB regardless of the nature of business by choosing a certain organizational and legal form of a trading company. The article outlines commercial companies as a combination of capitals (joint stock company, company limited by shares, European Joint stock company, limited liability company) and association of persons (trading company, limited partnership). The author delineates the concepts of an “entrepreneur” and “*Kommersant*.”*

Keywords: *entrepreneur, business activity (trade), elements of commercial activity, registration, Trade Registry, Commercial Law, enterprise, trading companies, pooling of capitals, associations of persons.*