



doi:10.22363/2313-2337-2017-21-4-541–564

## ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ИСПОЛНЕНИЯ ДОГОВОРНОГО ОБЯЗАТЕЛЬСТВА В НЕМЕЦКОЙ ЦИВИЛИСТИЧЕСКОЙ ДОКТРИНЕ XIX–XX вв.

**Р.А. Шухорт**

Университет Бремена  
Юридический факультет  
28359, Бремен, Германия, Университетсallee, GW 1  
Тюменский государственный университет  
Институт государства и права  
625003, Тюмень, Россия, ул. Ленина, 38

Исполнение обязательств в рамках договорного права является одним из сложных и содержательных правовых явлений. Правовая природа исполнения договорного обязательства, его теоретические аспекты по-прежнему являются спорными. Единства не существует ни в немецкой правовой доктрине, ни в судебной практике Германии. Однако без четкого и единого понимания сущности исполнения договорного обязательства нельзя установить общие критерии исполнения, а их отсутствие, в свою очередь, порождает противоречивость правоприменения.

Цель статьи — проведение комплексного анализа правовой природы исполнения договорного обязательства и выделение основных его элементов. В связи с этим автор обращается к материалам немецкой цивилистической доктрины XIX–XX вв.

Прежде всего в статье анализируются идеи пандектного права, которые являются фундаментом для изучения сущности исполнения, восходят к римскому праву и отличаются подробной и основательной аргументацией, а также не теряют своей значимости для современного понимания правовой природы исполнения договорного обязательства. В частности, такие основополагающие идеи, как исполнение посредством бездействия, наличие воли, цели и др., нашли свое развитие и в теориях немецкой правовой мысли XX в., а в последующем в немецком законодательстве и судебной практике.

Обращаясь к немецким цивилистическим доктринам XX в. об исполнении договорного обязательства, автор уделяет внимание, во-первых, консенсуальным теориям (общая договорная теория, ограниченная договорная теория, теория соглашения о намерениях); во-вторых, теории реального исполнения договорного обязательства; в-третьих, теории односторонней субъективной природы исполнения договорного обязательства.

В заключении автор делает вывод о наличии трех основных элементов — деяние, воля, целенаправленность — через призму которых должно рассматриваться исполнение договорного обязательства и определяться его правовая природа.

**Ключевые слова:** обязательственное право; договор; исполнение договорного обязательства; пандектное право; общая договорная теория, ограниченная договорная теория, теория соглашения о намерениях; теории реального исполнения договорного обязательства; теории односторонней субъективной природы исполнения договорного обязательства

**Благодарности:** Автор выражает благодарность за рекомендации при подготовке статьи — кандидату юридических наук, адвокату Адвокатской палаты Ленинградской области К.В. Гнищевичу

## **I. ВВЕДЕНИЕ**

Правовая природа исполнения договорного обязательства занимает ученые умы уже продолжительное время. С момента появления первых попыток придания общественным отношениям правовой формы возникает вопрос о том, что же есть исполнение. Однозначного ответа до сегодняшнего дня не существует (да и возможен ли он?). При этом изучение правовой природы исполнения обязательства носит не только теоретический характер, а представляет собой тот случай, когда основополагающее теоретическое учение должно способствовать верному и единообразному толкованию и применению права на практике, в чем на настоящий момент видится острая необходимость. С целью изучения природы исполнения договорного обязательства в статье анализируются основные идеи пандектного права и теории немецкой правовой доктрины XX века.

## **II. ИДЕИ ПАНДЕКТНОГО ПРАВА**

Основополагающие идеи об обязательстве и его исполнении были заложены еще римским правом, а в последующем восприняты правом пандектным. Для анализируемой проблематики представляет особый интерес анализ работ Г. Дернбурга, К.Л. Арндтс фон Арнесберга, Д.Ф.Л. фон Келлера, Б. Виндшейда, И. Барона.

Так, Г. Дернбург (1897:1) определял обязательство как правоотношение, которое состоит в обязанности должника исполнить в пользу кредитора определенное действие, обладающее имущественной ценностью. Согласно точке зрения ученого, должник обязывается к «совершению, допущению или не совершению чего-либо, например, в случае запрета конкуренции, согласно которому не разрешается заниматься определенного рода деятельностью» (Dernburg, 1897:2). При этом речь идет не только о совершении деяния. В частности, Г. Дернбург акцентировал внимание на том, почему должник совершает эти деяния, что может выступать побудительным фактором: «Обязательства создают обязанность и тем самым оказывают воздействие на невидимый мир волевых актов. Претворение в жизнь происходит посредством психических средств. Должника побуждает к исполнению частично правосознание и чувство долга, частично желание получить встречное исполнение, частично стремление к охране своего кредита; крайним средством, в конце концов, выступает принуждение со стороны государства» (Dernburg, 1897:2). Таким образом, исполнение представляется волевым актом.

Кроме того, Г. Дернбург строго различал само содержание обязательства (относительное правоотношение «кредитор — должник») и то, что требуется для его исполнения. Относительно последнего ученый приводил пример исполнения обязательства третьим лицом: «...платеж долга в большинстве случаев

может произвести всякий, даже лицо, не являющееся должником, так как его действие обыкновенно приводит к требуемому результату ничуть не хуже исполнения со стороны самого должника и должно быть, таким образом, достаточным для погашения обязательства» (Dernburg, 1897:4).

Действительно, если достигается цель обязательства, пусть и посредством участия третьего лица, то обязательство должно признаваться исполненным. Согласно подобной позиции деятельность должника должна соответствовать цели обязательства, для кредитора же важен лишь тот результат, который должен быть достигнут (Dernburg, 1897:4). Следовательно, одним из важнейших критериев при исполнении обязательства является достижение цели обязательства, а именно удовлетворение того интереса, которое заложено в обязательстве. В конечном итоге исполнение обязательства сводится к триаде: деяние, которое представляет собой волевой акт (воля), направленный на достижение цели обязательства (целенаправленность).

Схожим образом определял обязательство К.Л. Арндтс (1883:363, 410). «Слово “Obligatio” характеризует, с одной стороны, право кредитора, требование, с другой стороны, соответствующую обязанность (долг) должника, так что все правоотношение рассматривается в плане обеих сторон (обязательственное правоотношение) (Arndts, 1883:363). Содержание обязательства заключается в действии должника, причем ученый отмечает, что оно может состоять и в бездействии (негативном действии). Право кредитора представляется в том, что обязанность должника должна быть исполнена. В получении и принятии исполнения состоит отсюда осуществление права требования. При этом полное осуществление требования прекращает это право (Arndts, 1883:409). Данные идеи обосновывает К.Л. Арндтс на цели, смысле самого обязательства: «...цель обязательства есть его погашение через удовлетворение кредитора» (Arndts, 1883:410). Автором не исключается возможность такого удовлетворения третьим лицом, а также принятия не самим кредитором, а иным уполномоченным лицом (*solutionis causa adiectus*) (Arndts, 1883:506).

Таким образом, при исполнении обязательства представляются необходимыми действия обеих сторон — исполнение плюс принятие<sup>1</sup>. Само обязательство и его исполнение в целом можно охарактеризовать как «симбиоз» сторон. Особую ценность, как представляется, имеет умозаключение ученого о цели, назначении обязательства, а именно его погашение, которое задает направление для определения природы исполнения, определяет ее ремиссионность.

О том, что представляет собой результат исполнения, писал также Д.Ф.Л. фон Келлер (1861:515): «Общий и абсолютный результат каждого действительного платежа (платежа в широком смысле — *Авт.*) есть совершенное и суб-

---

<sup>1</sup> При этом Арндтс определяет принятие исполнения кредитором как элемент осуществления его права, не как обязанность.

станциональное разрушение исполненного обязательства». Исполнение, по мнению ученого, является надлежащим видом разрушения или погашения (*solutio*) обязательства (Keller, 1861:514). Оно должно соответствовать содержанию обязательства, то есть должно быть исполнено именно то, что входит в субстанцию требования кредитора. Ученый рассматривал случаи наличия нескольких обязательств между одними и теми же кредитором и должником, при исполнении которых без проявления воли должника не явствует, какое именно обязательство погашается. В таких случаях, кредитор вправе ее (волю должника) супплировать, но при этом с учетом интересов и самого должника (Keller, 1861:516).

Б. Виндшейд, описывая исполнение обязательства, использовал понятие “*Willenstätigkeit*” («волевая деятельность»). Ученый при квалификации исполнений на временные и продолжаемые определял их через способ выражения волевой деятельности как временной или продолжаемой. Подразделяя исполнения на простые и сложные (составные), он описывал последние как исполнения, результат которых может быть достигнут посредством множества волевых действий, каждое из которых приводит к различным результатам, но при этом это множество образуется исходя из единой цели обязательства (Windscheid, 1963:15). Автор допускал наличие как позитивных, так и негативных обязательств (Windscheid, 1963:14). С учетом определения ученым исполнения в целом через волевою деятельность можно предположить наличие волевого элемента и при исполнении негативного обязательства.

И. Барон рассматривал содержание обязательства с двух позиций: позиции кредитора и позиции должника. Со стороны кредитора обязательство — это право: право на исполнение; со стороны должника это обязанность: обязанность обязательство исполнить или принять на себя ответственность за неисполнение или несоответствующее исполнение (Baron, 1890:376).

При этом не всегда необходимо, чтобы исполнение происходило через самого должника и было направлено самому кредитору. Первое требуется только в тех обязательствах, при исполнении которых особую роль играет личность/личностные качества исполняющего (обязательства в сфере искусства, например, труд художника). В иных случаях исполнение может быть совершено другим лицом, и кредитор не должен отказываться от принятия такого исполнения, независимо от того, было ли дано распоряжение должника на это исполнение или нет (Baron, 1890:378). Следовательно, речь идет о том, что кредитору предоставляется не только право, но и вменяется обязанность по принятию исполнения, при этом не играет роли то, кем предлагается надлежащее исполнение.

Исполнение со стороны должника может быть также направлено не самому кредитору, а его представителям (опекунам, доверенным лицам и т.д.); такой вариант должен всегда иметь место при недееспособности кредитора (Baron, 1890:378). Ученый указывает на то, что зачастую данное полномочие закрепляется самим договором или предоставляется должнику позднее (*solutionis causa*

*adiectus*). Если обязательство связано с предоставлением движимой вещи, которое должник не может исполнить ввиду препятствий со стороны кредитора (кредитор уклоняется от принятия, отсутствует и т.д.), должник может освободиться от обязанности путем судебного депонирования (у римлян — передачи вещи в храм). При этом должник свободен в праве забрать вещь до момента ее получения кредитором, так как кредитор приобретает право собственности лишь с момента получения вещи. Наконец, если должник в этом заинтересован, он может предъявить к кредитору иск о принятии исполнения (Varon, 1890:379).

Таким образом, исполнение обязательства характеризуется как двусторонний акт, а наличие возможности исполнения уполномоченным лицам, депонирования, подачи иска о принуждении к принятию подчеркивает важность не только предложения исполнения, но и его принятия кредитором (иными лицами/иным способом).

Идеи пандектного права представляют большую ценность для изучения правовой природы исполнения обязательства, так как еще в середине XIX в. были заложены основы, формирующие современные представления о том, что есть обязательство и его исполнение. Определение исполнения через действия и/или бездействие как двусторонний акт между кредитором и должником (предложение-принятие), наличие субъективных элементов: воля, цель; определение цели именно как направленности на разрушение/погашение обязательства, исполнение и принятие третьими лицами — те основополагающие идеи, которые воспринимает современная научная мысль в своих доктринах, а также закрепляет в том или ином виде/степени современный законодатель.

### III. НЕМЕЦКИЕ ТЕОРИИ XX в.

Многие идеи пандектного права об исполнении обязательства находят свое развитие в исследованиях немецких ученых XX в. Особую популярность в начале данного столетия приобретают консенсуальные теории, характеризующие исполнение как *консенсус* между должником и кредитором (*die Konsensualtheorien*).

#### 3.1. Консенсуальные теории исполнения обязательства

Основополагающая идея консенсуальных теорий заключается в том, что при исполнении помимо фактического предоставления перманентно необходимо наличие соглашения между должником и кредитором (*договор об исполнении*). Данная идея находит свои особенности и принципиальные различия в трех теориях: общей договорной теории (*die allgemeine Vertragstheorie*), ограниченной договорной теории (*die eingeschränkte Vertragstheorie*) и теории о намерении (*die Zweckvereinbarungstheorie*).

В рамках общей договорной теории договор об исполнении рассматривается в значении самостоятельной сделки. Он заключается через предложение исполнения (оферту) и соответствующее принятие (акцепт), пишет Р. Генле

(1934:368). В принятии «как исполнении» через кредитора должно быть видно его распоряжение об обязательстве.

Возникает закономерный вопрос: каким видели этот договор немецкие ученые?

В 1903 г. один из основоположников консенсуальных теорий Р. Клайн (1903:45) писал о так называемом кауза-договоре (*Causa-Vertrag*) как условии исполнения. Согласно его точке зрения исполнение — это всегда действие (причем он понимает действие широко, включая в него и бездействие), которое через представления о результате влечет за собой осознанные телесные движения. Волю на достижение результата он определяет как сделко-правовое выражение воли, проявляющееся как минимум конклюдентно. Воля на погашение обязательства представляется сделкой (отсюда исполнение не только договор, но и одновременно сделка, то есть состоит из обеих частей). Кредитор должен «открыть ворота своего состояния» (Klein, 1903:47), чтобы уплата долга могла быть произведена. Без этого содействия кредитора исполнение произойти не может и также не может перешагивать границы, которое это содействие устанавливает.

В качестве обоснования теории договора Р. Клайн видел и законодательную формулировку § 363 Германского Гражданского Уложения (далее — ГГУ): «Если предложенное должником исполнение *принимается кредитором* в качестве исполнения...»<sup>2</sup>. Кауза-договор, согласно представлениям ученого, не имеет временной зависимости от самого фактического исполнения, оно может быть совершено ранее или позднее. Кауза-оферта должника может быть принята кредитором молчаливо через принятие предложенного исполнения, через осуществление кредитором содействия, через «открытие ворот». Автором видится кауза-договор в отношении исполнения как фактических действий самостоятельным элементом. Ввиду этой абстракции договор может быть недействительным при имеющих юридическую силу действиях и наоборот, то есть кауза-договор как субъективный элемент исполнения и фактические действия как объективный независимы друг от друга. Р. Клайн также подчеркивал независимость договора об исполнении от природы обязательства (что есть важная основополагающая черта общей договорной теории).

Х. Кресс (1929:448) определял договор об исполнении как соглашение между кредитором и должником о цели исполнения, как «соглашение о намерениях (в значении цели)» (*Zweckvereinbarung*). Это соглашение согласно позиции автора прекращает обязательство, что принципиальным образом отличает ее от идеи теории соглашения о намерении и позволяет отнести позицию Х. Кресс к общей договорной теории, несмотря на терминологическую схожесть. Автор размышляет, что исполнение может быть произведено лишь тогда, когда есть

---

<sup>2</sup> Bürgerliches Gesetzbuch Deutschlands. URL: <https://dejure.org/gesetze/BGB/363.html>.

законное основание, которое должно быть истолковано из соглашения о намерениях. Решающим для кредитора является не осуществление, а возможность удержания исполненного. Это возможно лишь при действующем соглашении о намерении, иначе должник сможет потребовать исполненное обратно на основании § 812 ГГУ (неосновательное обогащение).

Стоит отметить, что обоими авторами допускается конклюдентное заключение договора об исполнении.

Ф. Лент (1907:11) характеризовал договор об исполнении как связь/отношение между платежом (исполнением) и долгом (обязательством). Его точка зрения имеет обоснование на дословном толковании абз. 1 § 362 ГГУ, особенно формулировки — “*geschuldete Leistung*” — «обязанное исполнение; исполнение, обоснованное обязанностью». Это не только лишь пустое внешнее выражение тождественности Исполняемого и Обязанного (Должного), но и внутренняя волевая связь, которая должна устанавливаться как минимум через волю должника (Lent, 1907:13).

Без намерения никто не действует (не исполняет), полагает автор, а без воли не было бы и намерения. Это намерение на погашения долга выступает самостоятельной сделкой и не всегда имеет место быть по причине заключения обязательственного договора. Соответственно, разделению между обязательственной и распорядительной сделками должна представляться воля на исполнение абстрактно как самостоятельная сделка.

Ф. Лент, аргументируя договорную теорию, ссылается на то, что как начинались договорные отношения через договор, так они им (договором) и заканчиваются. Кредитор через свой волевой акт (действия) приводит обязательство к прекращению и таким образом им распоряжается. Волеизъявление кредитора важно и тогда, когда исполнение происходит и без его содействия. Намерение должника на погашение обязательства проявляется «молчаливо», что, как правило, происходит через совершение самого исполнения. Исключение в договорной теории делает автор в отношении негативных обязательств, которые согласно их догматических особенностей не исполняются и, следовательно, неосознанно и от неспособности иметь сделко-правовой характер могут быть погашены (Lent, 1907:18). А. Шенингер (1906:91) основывает свою позицию на латинском понятии исполнения “*solvere*”, что означает «прекращение, освобождение от долга», и уже отсюда эти отношения предполагаются как определенные обязательственные отношения. Исполнение имеет всегда две персоны (субъекта) — Исполняющего и Получающего, так что кауза предоставления может быть обоснована только через соглашение обоих партнеров.

Несмотря на различное описание договора об исполнении, все представители общей договорной теории видят исполнение как соглашение (договор) между кредитором и должником, который должен приводить к прекращению обязательства. Этот договор является генеральным условием исполнения. Многие авторы указывают на двустороннюю структуру отношений «долг — пла-

теж», при этом ссылаясь на законодательство — § 363, абз. 2 § 362 ГГУ — как подтверждение договорной природы исполнения.

Однако общая договорная теория «не справляется» с такими сложностями, как исполнение фактических обязательств (выполнение работ, оказание услуг), и со случаями, когда кредитор отсутствует. В последнем указание на «всегда необходимое содействия кредитора» при исполнении противоречит не только современным реалиям жизни, но и действующему законодательству (как ГГУ (§§ 372–386), так ГК РФ (ст. 327) содержат, например, такой субститут, как депонирование).

Неубедительной представляется ссылка на такие конструкции, как конклюдентные, предполагаемые договоры об исполнении, которые не имеют материального выражения, но, тем не менее, имеют место быть и, вероятно, представляют собой особую абстрактную материю. Нельзя не согласиться с Г. К. Бекхаус, что обосновывается теория «в общем», без глубокого анализа возможных особенностей и исключений при исполнении обязательства (Beckhaus, 2013:15). На современном этапе развития права данная теория в немецкой доктрине не имеет более сторонников и представляет в конечном итоге историческую ценность.

Следующая консенсуальная теория — ограниченная договорная — в некоторой степени «исправляет» догматические недостатки своей предшественницы. Согласно данной теории договор об исполнении только тогда необходим, когда исполнение не может само без заключения договора воплотиться в жизнь (например, переход права собственности или передача прав/требований (цессия)). В данном случае речь идет о распорядительных действиях. В отличие от общей договорной теории для данной концепции в зависимости от вида обязательства фактического совершения действий или наличия одностороннего волеизъявления должника для исполнения достаточно, насколько вид действий не требует сделко-правового содействия кредитора. Особенно в договорах на выполнение работ и оказание услуг, а также при негативных обязательствах договор об исполнении не требуется. Что же требует исполнение в этих случаях? Здесь мнения ученых расходятся и образуются три основных направления, «подтеории».

Первая исходит из того, что при исключительно *фактических действиях* по исполнению роль играет волеизъявление должника на погашение обязательства, а при *негативном обязательстве* достаточным является объективное исполнение. Представителями выступают такие немецкие ученые, как А. фон Тур и Г. Баллауфф.

Центральный пункт аргументации А. фон Тур — кауза предоставления, которая приводит к «особенному» предоставлению. Примерами являются такие специальные случаи, как пожертвование, публичное обещание вознаграждения, при которых содействие кредитора не требуется. В таких случаях должник может подтверждать каузу предоставления в одностороннем порядке через выра-



жение своего волеизъявления. Интересным представляется умозаключение автора о том, что при неосознанных фактических действиях без наличия намерения на исполнение должника (прекращение обязательства) исполнение также наступает, так как (и только в случае если, полагаем мы) кредитор в конечном итоге получает то, что ему предназначено (Tuhr, 1918:91)<sup>3</sup>. Однако при этом, когда необходим договор об исполнении, А. фон Тур подчеркивает, что требуется полная дееспособность кредитора без исключений.

По мнению второго немецкого ученого Г. Баллауфф, при исполнении в виде бездействия выражение воли не требуется, так как через само объективное бездействие — независимо от того, что выступает причиной — происходит исполнение (Ballauff, 1915:38).

Согласно второй «подтеории», как *при фактических действиях по исполнению, так и при негативном обязательстве* требуется выражение воли должника на погашение обязательства. К. Кроме, Б. Маттиас исходят из того, что в исключительных случаях вместо основополагающего договора об исполнении требуется односторонняя сделко-правовая воля должника (Crome, 1902:233; Matthiaß, 1914:234). Только при сделко-правовом характере исполнения должна требоваться воля и дееспособность кредитора. Причем при дефекте дееспособности кредитора должник может только тогда потребовать исполненное назад, когда кредитор получил больше, чем ему было положено<sup>4</sup>.

В соответствии с третьей «подтеорией» достаточным является объективное действие по исполнению как *при фактических действиях по исполнению, так и при негативном обязательстве*. В частности, Х. Яскиш, Х. Леманн, Л. Еннесеруз выступают за еще большее ограничение договорной теории. Противоположно приведенным мнениям других авторов ограниченной договорной теории они считают, что как при фактических действиях по исполнению, так и при бездействии не требуется односторонней сделко-правовой воли на погашение обязательства со стороны должника. Достаточными являются явные фактические действия/бездействия, направленные на погашение обязательства (Jackisch, 1919:290; Lehmann, 1906:213; Ennescerus & Lehmann, 1958:174). Основополагающую договорную натуру исполнения Х. Яскиш обосновывает тем, что это соответствует естеству правоприменения, если обязательственное правоотношение может заканчиваться через прекращающий акт, по возможности зеркально соответствующий обязательственной сделке. Особенно материально-правовое

---

<sup>3</sup> Схожие рассуждения встречаются в «Концепции совпадения» известного российского ученого С.В. Сарбаша, которая позволяет, как представляется, разрешить многие спорные вопросы относительно «особых» обстоятельств при исполнении договорного обязательства и сохранить при этом идею единой правовой природы исполнения. См.: *Сарбаш С.В.* Общее учение об исполнении договорных обязательств: дисс. ... д.ю.н. М., 2005.

<sup>4</sup> Данное единичное исключение, обозначенное немецкими учеными еще в начале XX в., также охватывается уже упомянутой «Концепцией совпадения».

действие исполнения в смысле прекращения обязательства может быть вызвано только через материально-правовой акт — сделку. При этом нельзя считать заблуждением, что, например, должник негативного обязательства будет освобожден от долга и при неосознанном бездействии только лишь за счет своего негативного действия, что должно приводить к такому результату, как отказ от не имеющей исключений договорной природы исполнения (Jackisch, 1919:291).

Помимо трех описанных вариаций ограниченной договорной теории можно выделить еще одну ее особенную форму — ограниченную договорную теорию в «ослабленном варианте». Основная идея заключается в том, что даже при сделко-правовом характере действий по исполнению самостоятельный договор об исполнении не требуется. Речь идет больше о необходимом «соглашении о погасительном характере» возникающего результата исполнения. Кроме того, это единение должно иметь юридический и распорядительный характер — схожее единению в смысле §§ 873, 929 ГГУ<sup>5</sup>. Экономическая и юридическая связь между обязательством и его исполнением устанавливается посредством двустороннего осознания и согласия на погашение долга (Fikentscher & Heine-mann, 2006:164). Г. К. Бекхаус (2013:22), характеризуя изложенную позицию, говорит о том, что налицо лишь терминологическая разница между данной подтеорией и иными подтеориями ограниченной договорной теории, речь в конечном итоге идет о договоре. Представляется, что изложенной концепции можно найти иное объяснение, а именно что в данном случае речь идет не о договоре, а о соглашении, являющемся двусторонней сделкой, но не являющемся договором<sup>6</sup>.

Помимо договорной и ограниченной договорной теорий к консенсуальным можно отнести теорию соглашения о намерении (иное название — теория реального договора), согласно которой исполнение есть двусторонне активный акт. Помимо объективных действий по исполнению должен иметь место субъективный элемент — соглашение о цели исполнения, о цели этих действий. В отличие от договорной теории этот субъективный компонент рассматривается не как «прекращающий обязательство», т.е. не есть распорядительная сделка, а исключительно как «сделко-правовое единение управомоченных лиц о цели,

---

<sup>5</sup> § 873 ГГУ — правила о передачи права собственности на земельный участок путем достижения соглашения и внесения записи в поземельную книгу; § 929 ГГУ — правила о передачи права собственности на движимые вещи путем фактической передачи и взаимного соглашения сторон об этом; если вещь уже находится во владении приобретателя, то достаточно одного соглашения.

<sup>6</sup> Известный российский ученый М.И. Брагинский разграничивал такие юридические явления, как «договор» и «соглашение». Договор представляет собой базовое соглашение, порождающую силу, при этом соглашение (которое не есть договор) выполняет лишь изменяющие, дополняющие или прекращающие функции для основного правоотношения. Соглашение не всегда способно создать базовое правоотношение, а только тогда, когда оно есть договор. По аналогии двусторонняя сделка не всегда есть договор, она может предназначаться только для «обслуживания» исполнения, то есть выступать способом его совершения. См.: Брагинский М.И. Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. М.: Статут, 1999.

смысле, назначении исполнения», о том, с каким намерением совершаются действия по исполнению, выражаясь более лаконично, так называемое соглашение о намерении или реальный договор (Ehmann, 1968:549-550; Schnauder, 1981:40; Rother, 1969:30<sup>7</sup>).

Согласно позиции Х. Эеманн (1968:549) договорная теория в своем классическом виде — как идея правопрекращающего договора — с момента начала действия ГГУ не имеет больше последователей. Она представляет только определенное историческое значение и была нивелирована уже в римском праве. Поэтому автор предлагает вообще характеризовать концепцию в целом не как договорную, а как «концепцию соглашения о намерении исполнения». Обязательствопрекращающий характер соглашения между сторонами ученый видит только в двух случаях — § 397 ГГУ (обязательственные отношения прекращаются, если кредитор прощает долг по договору должнику) и § 364 ГГУ (обязательственные отношения прекращаются, если кредитор принимает в счет исполнения обязательства по договору иное исполнение от должника). Однако возникает вопрос, который видится нам риторическим: разве не прекращаются они и ввиду принятия надлежащего исполнения?

Соглашение о намерении служит установлению связи между действиями по исполнению и обязательством (платежом и долгом). Так, Х. Эеманн (1969:1833) приводит примеры, когда соглашение о намерении служит основанием для смены носителя бремени доказывания (§ 363 ГГУ), правовому обоснованию неосновательного обогащения (§ 812 ГГУ), а не является «обязательствопрекращающим освободительным фактом».

Модели, заложенные в ГГУ, позволяющие исполнить обязательство односторонне должником, видятся сторонникам теории исключениями ради целесообразности. В конце концов, лишь соглашение о намерении (координирующий договор) связывают разорванные принципом абстрактности обязательственную и распорядительную сделки (Rother, 1969:1, 33). Ключевой момент данного соглашения — координация, соединение исполняемого и должного (платежа и долга). С этой точки зрения разрешается вопрос исполнения фактических обязательств (ключевой критический момент в договорной теории) через предполагаемое, ожидаемое или последующее соглашение о намерениях.

Подводя итог рассмотрения консенсуальных теорий, стоит еще раз кратко отметить, что данные теории исходят из положений о двусторонне активной правовой природе исполнения, при этом субъективный элемент включает в себя соглашение между должником и кредитором (природа этого соглашения описывается учеными различно — как договор об исполнении, соглашение о наме-

---

<sup>7</sup> В. Ротер (1969:27) называл данное соглашение координирующим, соединяющим договором (“*Zuordnungsvertrag*”).

рении). Обоснованием часто выступают абз. 2 § 362, § 363 ГГУ, содержащие положения о необходимости содействия кредитора при исполнении.

Договорная теория и теория соглашения о намерении представляются относительно близкими, они обе в отличие от ограниченной договорной теории не делают исключений в плане необходимости наличия соглашения между сторонами, однако в свою очередь различным образом характеризуют природу этого соглашения — договорная теория как обязательствопрекращающий договор об исполнении, теория соглашения о намерениях — сделко-правовое, но не распорядительное, соглашение о намерении исполнения, которое служит координации между долгом и платежом.

В процессе преодоления догматических конструкций общей договорной теории была развита ограниченная договорная теория. В основе своей она имеет также договор об исполнении, прекращающий обязательство, но делает исключения для определенных групп — обязательств, заключающихся только в фактических действиях и бездействии. При этом при определении правовой природы исполнения в таких случаях единства среди представителей теории нет.

В целом все консенсуальные теории подвергаются сильной критике. Сами нормы законодательства содержат случаи, когда содействие кредитора не требуется для исполнения (например, абз. 1 § 366, абз. 1 § 362 ГГУ). Следовательно, данный контраргумент нивелирует все ссылки представителей теорий на нормы ГГУ, хотя, на наш взгляд, ссылки на закон не должны иметь решающего значения для определения правовой природы исполнения.

Что есть закон в данном случае? Это попытка урегулировать отношения, которые характеризуются неимоверно стремительной динамикой, ни одно законодательство не может быть совершенным как минимум в силу своей статичности. Кроме того, речь идет о сущности исполнения, такое глубокое исследование должно проводиться с опорой на правовую мысль, но не на законодательство. И. Казпари (1916:12) отмечал, что ГГУ не содержит норм, которые бы устанавливали состав/элементы исполнения. Нормы ГГУ не выступают обоснованием, базисом ни для одной из теорий исполнения. Совокупность всех норм имеет также не большее значение для этого, чем каждая норма в отдельности. Наглядно идею консенсуальных теорий критикует П. Кречмар (1906:117): «Исполнение есть освобождение через реализацию обязанностей, не через «милость» кредитора». Дифференциация правовой природы исполнения обязательства в зависимости от его вида (ограниченная договорная теория) встречает возражения, которые основываются на том, что правовая природа есть суть явления, его сущность, «правовая природа есть всегда она сама», а ее дробление осуждается как «своевольное и беспринципное» (Oetmann, 1928:368).

### **3.2. Теория реального исполнения обязательства**

Отсутствием «дробления» отличается теория реального исполнения обязательства (*Theorie der realen Leistungsbewirkung*), которая в настоящий момент

является господствующей и в немецкой доктрине (Grigoleit, 2009:125, 127; Lorenz, 2009:109, 111) и практике (Beckhaus, 2013:30)<sup>8</sup>.

Согласно данной концепции для наступления исполнения уже достаточно совершения фактических действий по исполнению обязательства. По причине отсутствия дальнейших требований в абз. 1 §362 ГГУ (отсутствие субъективного элемента) явное объективное достижение результата действий по исполнению является решающим и достаточным для осуществления исполнения. Однако как в литературе (Fromm, 1912:13), так и в судебной практике<sup>9</sup> отмечается, что данное правило может действовать только тогда, когда действия по исполнению могут быть соотнесены с соответствующим обязательственным правоотношением. Для этого достаточно того, что действия должника по исполнению соответствуют требуемому долгу и отсутствуют другие схожие обязательства, к исполнению которых одновременно или вместо предполагаемого эти действия могут привести.

Координация, соотношение между долгом и платежом находят себя в договорных связях (условиях) из обязательственных отношений и при законодательном регулировании из объективного права. Данная теория ссылается на известный постулат римского права: “*Solvere dicimus eum, qui fecit quod facere promisit*”<sup>10</sup>, что означает: «Мы говорим, что тот исполняет, который выполняет то, что он выполнить обещал». Представители данной теории также указывают, что единственным решающим для исполнения в конечном итоге выступает то, что кредитор получает то, что ему положено (Ihrcke, 1903:61). Кредитор не должен самовольно, самоуправно отклонять, соответствующее предмету обязательства, предлагаемое исполнение (Fromm, 1912:27). В реалиях при сделко-правовых действиях по исполнению наличествует как минимум молчаливое волеизъявление. При лишь фактических действиях по исполнению волеизъявление может отсутствовать (Caspari, 1916:62). Некоторые сторонники теории постулируют, что целенаправленности вообще не требуется при исполнении, так как этот субъективный компонент уже заложен в само понятие «исполнение» (Prütting, Wegen & Weinreich, 2011:631). Кроме того, зачастую на практике достаточно явных фактических действий, это соответствует «справедливости и потребностям ежедневной жизни» и обеспечивает надежность оборота, так как кредитор желает получить исполнение и не рассчитывает на неосновательное обогащение и предъявление требований, вытекающих отсюда. В руках же

---

<sup>8</sup> При этом Г. К. Бекхаус отмечает, что Верховный суд четко свою позицию относительно правовой природы исполнения не обозначает, а содержит лишь в некоторых единичных решениях высказывания, в которых проявляется данная теория.

<sup>9</sup> BGH 22.6.1992, NJW 1992, 2698, 2699; BGH 17.7.2007, NJW 2007, 3488, 3489.

<sup>10</sup> Digestorum Lib. XLI. Tit. I. — Digestorum Lib. L. Tit. XVII. con Indice Delle Istituzioni & Indice Del Digesto. 50, 176.

должника находится предложение исполнения, в его интересах избежать отклонения исполнения и кондикционных требований (Caspari, 1916:63).

Подобные умозаключения представляются немного идеализирующими реальность, как раз с учетом того, что происходит в современной практике, где каждая сторона правоотношения в первую очередь думает о своем благе и выгоде и стремится всеми возможными способами сократить свои расходы и избежать ответственности.

В случае исполнения обязательства третьим лицом (абз. 1 § 267 ГГУ), а также при преждевременном исполнении согласно данной концепции наличие субъективного компонента все же необходимо. Такое «позитивное» обозначение цели необходимо тогда, когда иначе цель приведения объективно не ясна (Larenz, 1987:240). При этом должно иметь место не только внутреннее выражение воли, она должна быть объективно внешне ясна<sup>11</sup>.

Таким образом, можно констатировать, что теория реального исполнения, как и иные теории, так же отводит выражению воли при исполнении обязательства определенную роль, несмотря на то, что оно, согласно основополагающей идее, самоследует из объективного права и объективных обстоятельств.

Итак, волеизъявление на погашение обязательства приобретает значение, если не ясно соотношение исполнения к обязательству (платежа к долгу). При этом, согласно представлениям некоторых ученых (Fromm, 1912; Oetmann, 1928; Larenz, 1936;) должнику дозволено в силу принципа частной автономии иметь «негативное» волеизъявление на погашение обязательства и таким образом осуществлять исполнение. Условием, однако, выступает то, что это должно происходить одновременно с выполнением действий по исполнению. Немецкая судебная практика в целом также признает возможность «негативного выражения» воли<sup>12</sup>, хотя и существуют решения с противоположной точкой зрения<sup>13</sup>.

Вопрос, должно ли волеизъявление быть выраженным (и только тогда оно принимается во внимание) или же достаточно «молчания» как выражения воли при осуществлении исполнения, остается спорным и в научной литературе. Речь идет не только о различных точках зрения различных ученых, но и о том, что многие авторы в процессе научных исследований меняли свои представления<sup>14</sup>.

Не существует единства среди представителей теории также относительно правовой природы такого волеизъявления. Оно определяется как требующее принятия разъяснение воли (Boehmer, 1910:84; Leonhard, 1929:587), сделко-

---

<sup>11</sup> BGH 22.6.1992, NJW 1992, 2698, 2699.

<sup>12</sup> BGH 14.7.1972, WM 1972, 1276, 1277.

<sup>13</sup> BGH 21.11.2005, NZG 2006, 24,25.

<sup>14</sup> Например, К. Larenz (1936:146; 1987:241) изначально полагал, что только «выраженная» воля может быть действительной, в дальнейшем же ученый приходит к расширению своих взглядов и пишет о том, что воля при исполнении может быть выражена и негативно.

правовое действие (Bamberger & Roth, 2016:§362, Rn.11) исключительно фактическая характеристика исполнения (Westermann, 1967:190, 192). Единство имеется лишь в отношении вопроса о применимости прямо или по аналогии положений §§ 119 ff. ГГУ (положения об оспоримости) к случаям отсутствия воли, когда она необходима<sup>15</sup> (Palandt, 2012:§ 362, Rn. 7).

Таким образом, основополагающе теория реального исполнения видит субъективные компоненты исполнения излишними. Исполнение находит себя исключительно в фактических действиях и объективном праве. При этом волеизъявление должника считают возможным и имеющим значение в таких случаях, как исполнение через третье лицо (абз. 1 § 267 ГГУ), преждевременное исполнение и иные случаи, когда имеет место сомнение в смысле/цели приведении исполнения.

Основная критика теории основана на ее противоречивости ввиду признания негативного (пассивного) волеизъявления (Lent, 1907:15; Margraf, 1911:29), а также отсутствию четкой и убедительной дифференциации между случаями, требующими ярко выраженного волеизъявления и конклюдентного (Eichele, 1965:20). В конечном итоге наступление исполнения обязательства согласно и данной теории зависит от воли должника и тем самым от субъективного элемента, наличие которого теория отрицает, что, на наш взгляд, и составляет самое существенное противоречие.

### **3.3. Теория односторонней субъективной природы исполнения обязательства**

Наиболее глубоко теоретически обоснованной представляется теория односторонней субъективной природы исполнения обязательства (*Theorie der einseitig subjektiven Rechtsnatur der Erfüllung*). Согласно данной теории исполнение не требует соглашения между сторонами, но и лишь фактических действий по исполнению не достаточно. Необходимо же *одностороннее распоряжение должника о цели/назначении действий по исполнению* (Manigk, 1901:40; Hamburger, 1914:211; Rosenberg, 1901:32; Alexander, 1902:64; Bauer, 1903:39; Lutz, 1928:37). Исполнение состоит из одного, но содержащего два акта, фактического обстоятельства (предложение-принятие), и субъективного компонента, в противоположность консенсуальным теориям, имеющего только одностороннюю природу. Именно отсюда следует название теории. Требования, предъявляющиеся к этому субъективному элементу, оцениваются по-разному. Особенно спорным является вопрос относительно того, включает ли при исполнении намерение на погашение обязательства *волеизъявление*. Теория выделяет две подтеории: теорию односторонней сделки (*Theorie des einseitigen Rechtsge-*

---

<sup>15</sup> BGH 6.12.1988, BGHZ 106, 163, 166.

*schäfts*) и теорию односторонних сделкоподобных действий (*Theorie der finalen Leistungsbewirkung*).

Согласно первой исполнение — это односторонняя сделка. Намерение должника погасить обязательство классифицируется как волеизъявление и к нему применяются все общие положения о волеизъявлении. А. Манигк (1901:40), Х. Лутц (1928:50) и Х. Хеетфелд (1934:66) также полагают, что исполнение — это всегда сделка, однако разделяют необходимое намерение должника погасить обязательство на волеизъявление и так называемый волевой акт/действие (*Willensgeschäft*). Зачастую в рамках данной теории происходит смешение (отождествление) понятий «сделка» и «волеизъявление». В настоящее время под волеизъявлением понимается частное выражение юридически значимой воли, направленной на достижение юридического результата (Steinfelds, 2011:1420). Иначе, чем при сделкоподобных действиях, наступает этот результат потому, что он желаем заявляющим. Волеизъявление — необходимая часть каждой сделки, но не есть сама сделка. Сделка — это юридический состав, который состоит как из волеизъявления, так и из иных необходимых для ее действительности элементов, приводящий к результату, на который было направлено волеизъявление (Flume, 1992:25). Волеизъявление должно быть обязательно, так как затрагивается правовая сфера кредитора, но оно может быть выражено как конклюдентно, так и в виде собственно пустого молчания, по причине имеющейся в наличии связи между действиями по исполнению и долгом (Manigk, 1901:44). Исключения, требующие внешнего выражения воли, есть случаи, когда отношения между действиями и долгом распадаются/изменяются, как, например, при исполнении через третье лицо.

Согласно существующей догматике, направленность на погашение обязательства и представляет собой волеизъявление, насколько исполнение характеризуется как односторонняя сделка. Как уже было отмечено, иначе видят это А. Манигк, Х. Лутц и Х. Хеетфелд, различая волеизъявление и волевые действия как составные части сделки. Волеизъявление — в данном случае в виде направленности на погашение — не единственная составляющая сделки, так как наступление исполнения имеет место быть настолько, насколько и в объективном отношении требуемое исполнение реализовалось.

Волеизъявление характеризуется через то, что воля предназначается для наступления результата, ее сущность абстрактна, волевые действия выражаются только внешне через фактические действия (Heetfeld, 1934:36). Однако объективный компонент исполнения уже содержит фактический элемент (фактические действия), который в совокупности с волеизъявлением и образует волевые действия. Рассмотренная конструкция видится нам безосновательно усложненной. Сторонников данная точка зрения в современной науке не находит.

Обратимся к еще нескольким точкам зрения представителей данной теории, содержащим свои «особенности». Так, Е. Александер полагал, что необходимое намерение исполняющего направлено на погашение долга, вместе с тем



одновременно и на правовой результат, и представляет собой сделку. Это действует и при фактических действиях по приведению исполнения. А вот для негативных обязательств он устанавливал исключение — здесь, согласно его мнению, неважно, были обязательства целенаправленно или случайно исполнены (Alexander, 1902:41).

Согласно позиции Х. Бауер (1903:53) исполнение есть односторонняя сделка, которая характеризует себя через умышленные результат и действия, которые приводят к юридическому результату, а именно к погашению долга. Ученый различал юридический и экономический умыслы, что видится нам совершенно верным. Первый направлен на погашение обязательства, в то время как второй — например, на приобретение встречного требования (Baueg, 1903:64).

Действительно, когда заказчик оплачивает выполнение работ, то его интензитет не есть «я должен погасить свое обязательство по оплате», а «я должен получить результат выполненных работ»<sup>16</sup>.

Ввиду того, что при исполнении затрагивается правовая сфера кредитора, то целенаправленное волеизъявление должника должно быть выражено внешне или конклюдентно. В таких случаях, когда исполнение производится третьим лицом или наличествует множество обязательств, как правило, воля должна будет быть выражена внешне.

Для негативных обязательств Х. Бауер в отличие от Е. Александер не делает исключений (наличие волеизъявления также требуется). Такой же позиции придерживается и А. Марграф, говоря о том, что направленность на погашение может быть также негативной. Так как должник даже при исполнении в качестве бездействия может воспрепятствовать исполнению, то прекращение обязательственных отношений следует не только из наступления исполнения, но и из воли должника (Margraf, 1911:44).

Согласно позиции В. Тема решающий аргумент для одностороннего субъективного момента исполнения — систематическая взаимосвязь между правовой природой исполнения договорного обязательства и правом неосновательного обогащения. Насколько воля должника для наличия правового основания в смысле § 812 ГГУ имеет значение, должна она также находить место в составе исполнения обязательства (Thomä, 1962:626). Так как через целенамерение в силу воли должника, с одной стороны, погашается долг и, с другой стороны, осуществляются действия по исполнению обязательства, то это целенамерение представляет собой сделку и имеет характер, схожий с распоряжением (Thomä, 1962:627). Это правило распространяет себя на все виды обязательств, так как при негативном обязательстве, согласно мнению ученого, исполнение вообще

---

<sup>16</sup> Данного мнения придерживается и А. Манигк (Manigk, 1901:45), размышляя о том, что должник преследует только экономические интересы при исполнении, и не должен иметь конкретные правовые представления, требования из обязательства погасить.

невозможно, а при фактических действиях намерение на погашение обязательства уже заложено в обязательственной сделке (Thomä, 1962:626). К. Аихеле (1965:23) и Х.И. Виелинг (1977:291), как и Тема, указывают на идентичность целеустановления, а соответственного и его значения, при неосновательном обогащении и исполнении обязательства. При этом К. Аихеле полагает, что одностороннее волеизъявление на исполнение имеет место быть как при сделкоправовых, так и фактических действиях по исполнению обязательства (Eichele, 1965:23). Определяя исполнение как одностороннюю сделку, представители данной теории поддерживают идею применения к целенаправленности общих положений о сделкоспособности (Margraf, 1911; Thomä, 1962; Eichele, 1965; Wieling, 1977).

Теория финального наступления исполнения выступает второй «подтеорией» теории односторонней субъективной правовой природы исполнения. В отличие от теории односторонней сделки она определяет намерение на погашение обязательства только лишь как сделкоподобные действия.

Изначально данная теория была обоснована В. Бойтхен. Он исходил не из абстрактного толкования правовой природы исполнения, а из понятия исполнения согласно абз. 1 § 362 ГГУ. Во избежание произвола наступление исполнения не должно зависеть полностью от воли должника и уж тем более от воли кредитора. Наступление исполнения не есть непосредственно результат, последствия воли должника, а претворение в жизнь итогов действий по исполнению и, следовательно, «фактические деяния, а не претворение воли». К тому же, так как смысл приведения очень часто ясен из самой обязательственной сделки, имеет в конечном итоге намерение на погашение обязательства лишь разъясняющую функцию. Речь идет не о сделко-правовой воле, направленной на правовое последствие «Исполнение», а, в силу правовых последствий, предусмотренных законом и связанных с намерением на погашение обязательства, сделкоподобных действиях. Квалификация намерения на погашение обязательства как сделкоподобных действий позволяла автору разрешить проблему исполнения при неполной дееспособности. Ученый отказывался от признака «осознанного» приведения действий по исполнению: единственным решающим является наличие намеренного поведения. При помощи этого ограничения находилось решение для исполнения посредством бездействия (Beuthien, 1969:290–292) (речь идет о том, что намеренное поведение в данном случае представлено намеренным бездействием).

В период с 1974 по 1982 г. были написаны три диссертационных исследования, посвященных данной теории. Так, В. Шмидт рассматривал волеизъявление также как сделкоподобные действия. Исполнение обязательств согласно ему есть претворение в жизнь действий, а не воли. Если бы исполнение представляло собой претворение в жизнь воли, то была бы необходима не только воля должника, так как в ином случае имел бы должник единоличную власть над наступлением исполнения. С другой стороны, воля кредитора приниматься во внимание не может, так как это могло бы приводить к несправедливым по-

следствиям (Schmidt, 1974:114). Дееспособность согласно теории необходима не всегда. Волеизъявление есть не что иное, как естественная часть распорядительной сделки. Дееспособность должника в рамках проявления волеизъявления необходима лишь тогда, когда это является условием действительности действий по исполнению. У. Хагманн-Лаутербах проводила параллель между исполнением при неосновательном обогащении и исполнением договорных обязательств. В обоих случаях целенаправленность, обозначение цели является условием исполнения. Обозначение цели необходимо всегда и при реальных действиях, и при исполнении негативного обязательства.

Направленность на погашение обязательства есть, согласно точки зрения автора, сделкоподобные действия, так как исполнение согласно букве закона есть «осуществление, реализация действий, а не воли», при этом автор ссылается на В. Бойтхен (Hagmann-Lauterbach, 1976:183). Особенностью точки зрения У. Хагманн-Лаутербах является очень ограниченное применение общих положений о волеизъявлении к направленности на погашение обязательства. Ученая видит излишним требуемое многими авторами генеральное правило о защите не полностью дееспособного кредитора или должника. Положения §§ 104–113 ГГУ о дееспособности не должны находить применения. Отрицает ученая и необходимость применения положений об оспоримости (§ 119 ff. ГГУ). Только когда речь заходит о толковании целенаправленности, общие положения §§ 133, 157 ГГУ о толковании могут находить применение по аналогии к этим специальным сделкоподобным действиям.

У. Саиберт, автор понятия «теория финального наступления исполнения» исходит также из сделкоподобной правовой природы намерения на погашение обязательства. Такое название должно показать контраст и близость с теорией реального исполнения, а также проиллюстрировать как связь с правом неосновательного обогащения, так и содержание состава исполнения из объективного элемента (претворение в жизнь действий по исполнению) и субъективного элемента (итоговое финальное соотношение/координация с обязательством (с долгом), полагал ученый (Seibert, 1982):61). Правовые области исполнения договорного обязательства и неосновательного обогащения автор называл «двумя сторонами одной медали» (Seibert, 1982:67). Согласно подходу У. Саиберт к направленности на погашение обязательства применяются по аналогии положения о толковании волеизъявления (§§ 133, 157 ГГУ), не находят применения §§ 104–113 ГГУ, что совпадает с мнением У. Хагманн-Лаутербах, однако в отличие от нее У. Саиберт полагает, что положения об оспоримости (§§ 119 ff. ГГУ) должны применяться (Seibert, 1982:40).

Существуют мнения, согласно которым направленность на погашение обязательства как субъективное условие исполнения необходимо, но при этом и достаточно, и является сделкоподобным действием. И. Гернхубер полагает, что на практике совершенно не распространено, что должник исполняет свое обязательство без соответствующего намерения погасить это обязательство. Приво-

дится пример исполнения денежного обязательства посредством перевода, при котором в подавляющем числе случаев имеет место указание назначения платежа, которое и представляет собой выражение цели. Следовательно, представляется искусственным входить в противоречие со сложившейся практикой и не требовать наличия направленности на погашение обязательства. Задача этой направленности заключается в единственном — в установлении связи между долгом и платежом (в широком смысле) (Gernhuber, 1994:12). П. Бюлов также присоединяется к этой теории. «Нельзя закрывать глаза на то, что должник при исполнении обязательства о чем-то при этом думает, а именно, что он желает исполнить обязанность», — пишет ученый (Bülow, 1991:529). Если же обращать внимание на необходимость наличия воли у кредитора, то при непринятии исполнения открывает себя возможность впадения в просрочку принятия, так что обязательственное правоотношение продолжает свое существование с последствиями в виде ответственности в смысле §300 ГГУ. Там, где потребность кредитора удовлетворяется уже через предложение исполнения, не может быть задачей права обязательственное правоотношение далее сохранять. Согласно К. Мусхелер и В. Блох целеустановление, целенаправленность служит лишь для соотнесения действий по исполнению с определенным долгом и не направлено на достижение правового результата, сам результат наступает согласно и в силу закона (Muscheler & Bloch 2000:729).

Существуют и мнения, которые нельзя однозначно отнести к одной из двух подтеорий. Так, например, Г.К. Бекхаус описывает позицию Е. Бломеуер, который настаивает на том, что целенаправленность принципиально должна иметь место при исполнении обязательства (Beckhaus, 2013:62). И определяет он ее как волеизъявление. При этом в случаях, когда исполнение выражено в фактическом действии или бездействии, наличие такой направленности на погашение обязательства не является обязательным. В таких случаях достаточно совпадения платежа с долгом. При сделко-правовых действиях по исполнению обязательства (особенно при оплатах) наличие намерения на исполнение обязательства облигаторно. Г. К. Бекхаус определяет позицию ученого как «ограниченную теорию односторонней сделки» (Beckhaus, 2013:62).

Представители теории односторонней субъективной правовой природы исполнения обязательства единственным субъективным условием для прекращения обязательства (в виде исполнения) видят одностороннее намерение должника на погашение обязательства. В силу наличия этого намерения образуется связь между долгом и действиями по его погашению. Разногласия у представителей теории возникают относительно правовой природы этого намерения. В теории односторонней сделки оно квалифицируется как волеизъявление, в то время как согласно теории финального наступления результата действий по исполнению — это лишь сделкоподобные действия. Ввиду этого отсутствует единство относительно применения к исполнению положений законодательства о дееспособности, оспоримости и толковании.

#### IV. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Рассмотренные теории правовой природы исполнения договорного обязательства с их многочисленными «подтеориями», «особыми видениями» отдельных ученых еще раз подчеркивают, насколько данный вопрос сложен и многогранен. При этом глубокий теоретический анализ природы исполнения обязательства без обращения к его теоретико-историческому аспекту, не представляется возможным. Так, например, уже из идей пандектного права можно сделать вывод о значимости исследования исполнения через призму триады: действие, воля и целенаправленность. Эти три элемента «проходят красной линией» и через большинство теорий XX в. Кроме того, сами теории содержат множество положений, которые заслуживают пристального внимания и дальнейшего развития (к примеру, умозаключения о «зеркальности» возникновения и прекращения договорного обязательства, наличие юридического и экономического умысла при исполнении, суждение о наличии волеизъявления и при негативных действиях и др.). Все это задает верный вектор для современных исследований вопросов, касающихся исполнения договорного обязательства.

#### БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК / REFERENCES

- Alexander, E. (1902) *Die rechtliche Natur der Erfüllung*. Rostock, Hinstorff.
- Arndts von Arneseberg, K. L. (1883) *Lehrbuch der Pandekten*. 11. Aufl. nach des Verf. Tode besorgt von L. Pfäff und F. Hofmann. Stuttgart, Gotta.
- Ballauff, G. (1915) *Der Rechtscharakter der Erfüllung. Dissertation Heidelberg*. Borna-Leipzig, Noske.
- Bamberger, H. & Roth, H. (2016) Beck'scher Online-Kommentar zum BGB. Edition 41. München, C.H. BECK. Available from: [https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata/komm/beckok\\_41\\_BandBGB/BGB/cont/beckok.BGB.p362.gII.gI2.htm](https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata/komm/beckok_41_BandBGB/BGB/cont/beckok.BGB.p362.gII.gI2.htm) [Accessed: 4th March 2017].
- Baron, J. (1890) *Pandekten*. 7. Aufl. Leipzig, Duncker & Humboldt.
- Bauer, H. (1903) *Die rechtliche Natur der Erfüllung*. Rostock, Hinstorff.
- Beckhaus, G. K. (2013) *Die Rechtsnatur der Erfüllung*. Tübingen, Mohr Siebeck.
- Beuthien, V. (1969) *Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis*. Tübingen, Mohr.
- Boehmer, G. (1910) *Der Erfüllungswille*. München, Beck.
- Bülow, P. (1991) *Grundfragen der Erfüllung und ihrer Surrogate*. *JuS*. 529–536.
- Caspari, J. (1916) *Der Erfüllungstatbestand*. Greifswald, Abel.
- Creifelds, C. (2011) *Rechtswörterbuch*. 20. Auflage. München, Beck.
- Crome, C. (1902) *System des Deutschen Bürgerlichen Rechts*. Zweiter Band. Recht der Schuldverhältnisse. Tübingen, Mohr.
- Dernburg von, H. von (1897) *Pandekten*. Band 2: Obligationenrecht. Berlin, Verlag von B.W. Müller.
- Ehmann, H. (1968) Die Funktion der Zweckvereinbarung bei der Erfüllung. *JuristenZeitung*. 23 (17), 549–556.
- Ehmann, H. (1969) Ist die Erfüllung Realvertrag? *NJW*. 1833–1837.
- Eichele, K. (1965) *Irrtümliche Eigenleistung bei Bestehen fremder Schuld*. Dissertation Mainz. München, Bauknecht.

- Enneccerus, L. & Lehmann, H. (1958) *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*. Zweiter Band: Recht der Schuldverhältnisse. 15. Bearbeitung. Tübingen, Mohr.
- Fikentscher, W. & Heinemann, A. (2006) *Schuldrecht*. 10. Auflage. Berlin: de Gruyter Recht.
- Flume, W. (1992) *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. Zweiter Band. Das Rechtsgeschäft. Berlin, Springer. Available from: doi:10.1007/978-3-642-58112-0.
- Fromm, E. (1912) *Die Frage nach der Vertragsnatur der Erfüllung*. Dissertation Jena. Meiningen, Keyssner.
- Gernhuber, J. (1994) *Die Erfüllung und ihre Surrogate sowie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen*. 2. Auflage. Tübingen, Mohr.
- Grigoleit, H. C. (2009) Die Leistungszweckbestimmung zwischen Erfüllung und Bereicherungsausgleich. In: *Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts: Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag am 9. Mai 2009*. Köln, Heymann, pp. 125–153.
- Hagmann-Lauterbach, U. (1976) *Der Zusammenhang zwischen den finalen Leistungsbegriff im Bereicherungsrecht und den Erfüllungslehren*. Stuttgart, SPRINT-DRUCK.
- Hamburger, H. (1914) *Die rechtliche Natur der Erfüllung bei Schuldverhältnissen auf positive Leistung*. Posen, Decker.
- Heetfeld, H. (1934) *Zur Rechtsnatur der Erfüllung*. Bochum-Langendreer, Pöppinghaus.
- Henle, R. (1934.) *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*. II. Schuldrecht. Rostock, Hinstorff.
- Ihrcke, E. (1903) *Ist der Erfüllung Rechtsgeschäft? - Nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch*. Rostock, Boldt.
- Jackisch, H. (1919) Der Begriff der „Erfüllung“ im heutigen Rechte, insbesondere: die mangelhafte Erfüllung. *JherJb*. 68, 287–308.
- Keller von, D. F. L. (1861) *Pandekten. Vorlesungen*. Leipzig, Verlag von Bernhard Tauchnitz.
- Klein P. (1903) *Die Natur der causa solvendi (Ein Beitrag zur Causa- und Konditionen-Lehre)*. Bonn, Georgi.
- Kress, H. (1929) *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*. München, Scientia-Verl.
- Kretschmar, P. (1906) *Der Erfüllung*. Erster Teil. Historische und Dogmatische Grundlagen. Leipzig: Veit & Co.
- Larenz, K. (1936) *Vertrag und Unrecht*. Erster Teil: Vertrag und Vertragsbruch. Hamburg, Hanseatische Verl.-Anst.
- Larenz, K. (1987) *Lehrbuch des Schuldrechts*. Erster Band. Allgemeiner Teil. 14. Auflage. München, Beck.
- Lehmann, H. (1906) *Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht*. München, Beck.
- Lent, F. (1907) *Die Anweisung als Vollmacht und im Konkurse*. Leipzig, Deichert.
- Lent, F. (1907) *Die Anweisung als Vollmacht und im Konkurse*. Leipzig: Deichert.
- Leonhard, F. (1929) *Allgemeines Schuldrecht des BGB*. Erster Band. München, Duncker & Humblot.
- Lorenz, S. (2009) Grundwissen — Zivilrecht: Erfüllung (§362 BGB). *JuS*. 109–111.
- Lutz, H. (1928) *Die Rechtsnatur der Erfüllung im Schuldrecht*. Berlin, Nauck.
- Manigk, A. (1901) *Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsgeschäft*. Breslau, Marcus.
- Margraf, A. (1911) *Der Begriff der Erfüllung nach deutschem Bürgerlichem Recht. Eine privatrechtliche Abhandlung*. Bonn, Georgi.
- Matthiaß, B. (1914) *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes mit Berücksichtigung des gesamten Reichsrechtes*. 6. und 7. Auflage. Berlin, Springer.
- Muscheler, K. & Bloch, W. (2000) Erfüllung und Erfüllungssurrogate. *JuS*. p. 729–740.
- Oetmann, P. (1928) *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse*. Erste Abteilung. §§ 241 bis 432. 5. Auflage. Berlin, Heymann.

- Palandt, O. (2012) *Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen*. 71. Auflage. München: C.H. BECK.
- Prütting, H., Wegen, G. & Weinreich, G. (2011) *BGB Kommentar*. 6. Auflage. Köln, Luchterhand.
- Rosenberg, L. (1901) Der Verzug des Gläubigers. *JherJb.* 43, 141–248.
- Rother, W. (1969) Die Erfüllung durch abstraktes Rechtsgeschäft. *Archiv für die civilistische Praxis*. 169(1), 1–33.
- Schmidt, W. (1974) *Erfüllung — Erfüllungswille — Erfüllungsvertrag*. Würzburg.
- Schnauder, F. (1981) *Grundfragen zur Leistungskondition bei Drittbeziehungen*. Berlin, Duncker & Humblot.
- Schöninger, A. (1906) *Die Leistungsgeschäfte des bürgerlichen Rechts*. Tübingen, Mohr.
- Seibert, U. (1982) *Erfüllung durch finale Leistungsbewirkung*. Hamburg, Buske.
- Thomä, V. (1962) Tilgung fremder Schulden durch irrtümliche Eigenleistung. *JZ*. 623–628.
- Tuhr von, A. (1918) *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*. Zweiter Band. Zweite Hälfte. München, Duncker & Humblot.
- Westermann, H. P. (1967) *Die causa im französischen und deutschen Zivilrecht*. Berlin, De Gruyter.
- Wieling, H. J. (1977) Empfängerhorizont: Auslegung der Zweckbestimmung und Eigentumserwerber. *JZ*. 291–296.
- Windscheid, B. (1963) *Lehrbuch des Pandektenrechts*. 9. Aufl. Band 2. Darmstadt, Aalen.

#### СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ

**Шухорт Раиса Александровна**, аспирант, кафедра гражданского права, гражданского процесса и юридической философии, Юридический факультет, Университет Бремена; кафедра гражданского права и процесса, Институт государства и права, Тюменский государственный университет.

**ORCID: 0000-0001-8146-4787**

Контактная информация:

*email:* senkinaraisa@gmail.com

#### Для цитирования:

Шухорт Р.А. Правовая природа исполнения договорного обязательства в немецкой цивилистической доктрине XIX–XX вв. // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2017. Т. 21. № 4. С. 541–564, doi:10.22363/2313-2337-2017-21-4-541-564

## THE LEGAL NATURE OF CONTRACTUAL PERFORMANCE IN THE GERMAN DOCTRINES OF THE 19TH AND 20TH CENTURIES

**Raisa A. Schuchort**

University of Bremen

Faculty of Law

*GW1, Universitätsallee, Bremen 28359, Germany*

Tyumen State University

Institute of State and Law

*38, Lenina st., Tyumen 625003, Russia*

The performance of the obligations in contract law is the complicated legal phenomenon. The Article observes the theoretical aspects of the legal nature of contractual performance, which is the controversial matter and it's have no unity in German legal doctrine and case law.

However, without the clear and common understanding of the essence of performance of the contractual obligation, it is impossible to establish common performance criteria and its caused of inconsistency of law enforcement.

The purpose of Article is to conduct a comprehensive analysis of the legal nature of the performance of the obligations and the selection of its basic elements. In this regard, the author refers to the materials of the German civil doctrine of the 19-20 centuries.

First, the Article analyzes the ideas of pandect law as the basis for the research of the essence of the contract performance and to this day does not lose its significance for the modern understanding of the legal nature of the contractual performance. In particular, the fundamental ideas of pandect law such as the fulfillment through acts of omission, determination, purpose etc., found its development in the theories of German legal thought of the twentieth century and in the German legislation and case law. Turning to the German legal thought of the twentieth century the Article observes the general contractual theory, the limited contractual theory and the purpose agreement theory.

In conclusion, the author singles out the three main elements — the act, will and purpose through the prism which should be considered the performance of contractual obligations and to determine its legal nature.

**Key words:** law of obligations; contract; legal nature of performance; pandect law; general contractual theory, limited contractual theory and the purpose contract theory; theory of real performance of obligations; theory of one-sided subjective nature of performance of contractual obligation

**Acknowledgements:** The Author gratefully acknowledges for recommendations to Konstantin V. Gnitsevich (Candidate of Legal Sciences, the Advocate of the Bar Associations of Leningrad Region)

#### **INFORMATION ABOUT THE AUTHOR**

**Raisa A. Schuchort**, Postgraduate Student, Civil Law, Civil Procedure and Jurisprudence Department, Faculty of Law, University of Bremen; Civil Law and Civil Procedure Department, Institute of State and Law, University of Tyumen.

**ORCID: 0000-0001-8146-4787**

*Contact information:*

*email:* senkinaraisa@gmail.com

#### **For citation:**

Schuchort, R. A. (2017) Pravovaya priroda ispolneniya dogovornogo obyazatel'stva v nemetskoj tsivilisticheskoi doktrine XIX–XX vv. [The Legal Nature of Contractual Performance in the German Doctrines of the 19 th and 20th Centuries]. *Vestnik Rossiiskogo universiteta družby narodov. Seriya: Yuridicheskie nauki* [RUDN Journal of Law]. 21 (4), 541–564. Available from: doi:10.22363/2313-2337-2017-21-4-541-564.