

## IV. Допустимость подачи иска в административный суд

### 1. Надлежащая подача иска

В соответствии с принципом диспозитивности производство в административном суде может быть начато только путем подачи иска (или подачи ходатайства, например в производстве о принятии обеспечительных мер)<sup>10</sup>. Следовательно, применима поговорка: «Где нет истца, там нет и судьи». В частности, невозможно возбудить административное судопроизводство без или против воли истца. Так, не предусмотрены случаи, когда прокуратура или другой орган возбуждает административное судопроизводство в пользу лица в случае опасений незаконности действий государственных органов «из соображений заботы» или по другим причинам. Гражданин должен сам заботиться о своих правах. Если он не хочет это делать, то судебное разбирательство не проводится. Если он не в состоянии сделать это сам, то он может воспользоваться помощью, например, поручив адвокату осуществление своих прав. Однако даже в этой ситуации он сам остается истцом, без которого административное судопроизводство не проводится.

В соответствии с § 81 ч. 1 АПК иск должен быть подан в суд в письменной форме. Достаточным считается также факс или компьютерный факс. Согласно судебной практике Федерального административного суда цель письменной формы заключается лишь в том, чтобы установить личность отправителя и в то же время дать понять, что это не какой-то черновик, а преднамеренное процессуальное заявление<sup>11</sup>. В этом отношении даже достаточно, если истец просто расписывается своей рукой на конверте с иском

---

<sup>10</sup> Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 10. Aufl., Rn. 84.

<sup>11</sup> BVerwGE 81, 32 и след.

#### IV. Допустимость подачи иска в административный суд

заявлением, как это было установлено решением Объединенного сената Федеральных Верховных судов Германии<sup>12</sup>.

В соответствии с § 55а ч. 1 АПК с 2018 г. иск может быть подан также путем отправления электронного документа, при этом требования к такой электронной передаче данных точно регламентированы в последующих частях § 55а.

В административном суде, т. е. в первой инстанции, иск также может быть подан под запись секретарем суда, что невозможно в вышестоящих судах (§ 81 ч. 1 предложение 2 АПК).

Содержание искового заявления регулируется в § 82 АПК. В соответствии с ч. 1 данной статьи в исковом заявлении должны быть указаны истец, ответчик и предмет иска. Неправильное указание ответчика не вредит, если из толкования ясно, кто является ответчиком.

Кроме того, жалоба должна содержать конкретное исковое ходатайство, хотя это и не обязательно (ср. § 82 АПК).

## **2. Открытие возможности обращения в административный суд (§ 40)**

В соответствии с § 40 ч. 1 предложением 1 АПК возможность обращения в административные суды имеется во всех публично-правовых спорах неконституционного характера, если только эти споры не отнесены федеральным законом к компетенции другого суда. Таким образом, это общее положение гарантирует всеобъемлющую судебную защиту касательно всех публично-правовых споров и реализует право на судебную защиту в соответствии со ст. 19 ч. 4 Основного закона и, в конечном итоге, принцип правового государства (ст. 20 ч. 3 Основного закона). Таким образом, правовая защита от административных действий больше не зависит от наличия конкретной формы административного действия (например, административного акта)<sup>13</sup>. Больше нет необходимости на основании определенных перечней

<sup>12</sup> GmS-OGB, NJW 2000, 2340, 2341.

<sup>13</sup> Ср. по данному вопросу выше пункт I.1.

## 2. Открытие возможности обращения в административный суд (§ 40)

рассматривать вопрос о том, относится ли то или иное действие к сфере административно-правовой защиты или нет. Напротив, все публично-правовые споры неконституционного характера автоматически подпадают под сферу административно-судебной защиты, если они прямо не отнесены законом к другой юрисдикции. Последнее имеет место в сфере государственной деятельности, особенно в области налогового и социального администрирования; здесь законы предусматривают специальную финансовую или социальную юрисдикцию, которые действуют как специальные административные суды по очень похожим правилам, как и общие административные суды.

### а) Публично-правовой спор

Первой предпосылкой для открытия административного производства является наличие публично-правового спора. Эта характеристика используется в первую очередь для разграничения от гражданско-правовых споров, которые рассматриваются судами общей юрисдикции. Существуют различные теории касательно отнесения спора к публичному праву:

- Согласно субординационной теории публично-правовые отношения характеризуются наличием отношений субординации, в то время как гражданско-правовые отношения характеризуются равенством участвующих в них субъектов права.

#### Пример:

Полицейское право регулирует полномочия полиции по регулированию и применению определенных мер в обязательном порядке в отношении граждан даже в ущерб им, например запретить и разогнать демонстрацию. В отличие от этого, нормы гражданского права, регулирующие права из договоров купли-продажи, находятся на уровне равенства сторон.

- Согласно теории интересов важно то, какой интерес — общественный/государственный или частный — имеет первостепенное значение в правоотношении.

#### IV. Допустимость подачи иска в административный суд

— Сегодня преобладает так называемая модифицированная субъектная теория. Согласно этой теории правоотношение является публично-правовым, если регулирующая его норма права наделяет правом или обязывает носителя властных полномочий как такового. Если правовая норма может в равной степени наделить правом или обязать частное лицо (например, положения договора купли-продажи), то правоотношение не является публично-правовым.

При этом рассматриваются только те случаи, в которых субъект властных полномочий получает право или обязанность в этом качестве. Если это не так, например, потому, что государственный орган действует как частное лицо, например покупает туалетную бумагу для туалетов в налоговой инспекции, то правоотношения перестают быть публично-правовыми.

В принципе, модифицированная субъектная теория применяется и сегодня. Однако в случаях сомнений другие теории могут быть использованы в качестве дополнения, чтобы определить характер спора в общем контексте.

На практике существует множество проблемных случаев, когда разграничение не является однозначным на первый взгляд. К ним относятся, например, случаи, когда собственник запрещает определенному лицу вход на территорию своей собственности, если нет специальных норм, регулирующих право собственника на установление правил нахождения на территории своей собственности. В случае существования соответствующих норм, например в муниципальных уставах относительно заседаний муниципального совета, такие правоотношения беспрепятственно являются публично-правовыми. Однако проблематичным это становится тогда, когда государственное учреждение от имени государства в качестве собственника осуществляет полномочия по установлению правил нахождения на своей территории. Следует исходить из того, что разграничение между гражданским и публичным правом зависит от того, какую цель преследует государственное учреждение своим решением о запрете на вход на свою территорию. Если эта цель является публично-правовой, то и запрет, а значит и правоотношение, в связи с которым возможно обращение

## 2. Открытие возможности обращения в административный суд (§ 40)

в административные суды, является публично-правовым<sup>14</sup>. Другую точку зрения, которая фокусируется на цели, которую преследовало лицо, затрагиваемое таким запретом, входя в государственное учреждение, следует отвергнуть как практически неприменимую, поскольку зачастую совершенно неясно, входит ли лицо в государственное здание с публично-правовой или частноправовой целью.

В этом отношении предписание гражданину покинуть территорию налоговой инспекции в рамках осуществления полномочия по установлению правил нахождения на своей территории будет публично-правовым, поскольку административный орган действует в публично-правовых целях, а именно в целях поддержания беспрепятственной административной деятельности, независимо от того, вошел ли нарушивший порядок гражданин с публично-правовой целью (например, для подачи налоговой декларации) или с частноправовой целью (например, чтобы поговорить с симпатичной секретаршей).

Другим проблематичным случаем является оценка правовой природы реальных актов. Если соседу мешает шум, производимый детьми на игровой площадке муниципального детского сада, то оценка правовой природы права соседа требовать воздержаться от совершения определенного действия, т. е. не шуметь, в соответствии с так называемой теорией «actus contrarius» зависит от того, носят ли вредные выбросы, т. е. шум детей, публично-правовой или частноправовой характер. То же самое касается случаев, когда мячи с детской площадки залетают в сад (или в оконные стекла) частного соседского дома или — что особенно проблематично — если звонят церковные колокола и один из соседей считает, что этот «шум» нарушает его покой. Во всех этих случаях судебная практика в основном делает упор на фактический контекст. Если детская площадка находится в ведении муниципалитета и используется им по назначению (т. е. для игр детей), вредные выбросы должны квалифицироваться как публично-правовые в силу фактической взаимосвязи с задачей государства

---

<sup>14</sup> Ср. по данному вопросу Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, § 40 Rn. 22 со ссылками на другие источники.

#### IV. Допустимость подачи иска в административный суд

по обеспечению жизнедеятельности населения, поэтому защитные права также являются публично-правовыми и, следовательно, открывается возможность обращения в административный суд. С другой стороны, если молодые люди собираются вечером на муниципальном футбольном поле, чтобы произвести впечатление на девушек своими мотоциклами, что противоречит назначению футбольного поля, то здесь уже нет фактической взаимосвязи с государственной задачей по обеспечению жизнедеятельности населения и речь идет об обычном шуме в рамках частного права, против которого необходимо обращаться в суды общей юрисдикции в рамках гражданского права с требованиями о несовершении такого действия.

#### б) Неконституционный характер

Таким образом, если спор носит публично-правовой характер, то он не должен, однако, иметь конституционно-правовой характер. Для рассмотрения конституционных споров существует Федеральный конституционный суд, а также конституционные суды федеральных земель.

Согласно преобладающему сегодня мнению спор не имеет конституционного характера только потому, что в нем участвуют конституционные органы (формальное толкование). Скорее, это зависит от существования так называемой «двойной конституционной непосредственности»<sup>15</sup>. Под этим понимается, что стороны, непосредственно участвующие в конституционной жизни, ведут спор о правах и обязанностях, вытекающих непосредственно из Конституции.

Конституционными в этом смысле являются, например, споры между конституционными органами об объеме их прав, например, когда Бундестаг и Федеральное правительство спорят о том, кто из них имеет право принимать решение по определенному вопросу. Многие из этих дел также прямо отнесены к компетенции Федерального конституционного суда в качестве так называемых споров между органами в соответствии со ст. 93 ч. 1 п. 1 Основного закона.

---

<sup>15</sup> Hufen, Verwaltungsprozessrecht, § 11 Rn. 49.

## 2. Открытие возможности обращения в административный суд (§ 40)

С другой стороны, если речь идет о регистрации гражданина в списке избирателей для того, чтобы он мог принять участие в выборах в Бундестаг и реализовать свое гарантированное Конституцией право голоса, то это не является конституционным спором, поскольку двойная конституционная непосредственность отсутствует в связи с участием гражданина как частного лица. Поэтому такой спор в качестве публично-правового останется в сфере административной юрисдикции.

### с) Отсутствие специальной подсудности

Наконец, предмет спора не должен самим федеральным законом быть прямо передан другому суду. Яркий пример уже предусмотрен в самой Конституции в ст. 14 ч. 3 предложении 4 ОЗ, а именно: специальная подсудность споров о причине и размере компенсации в случае экспроприации собственности судам общей юрисдикции. В целом, в частности в отношении прав требования компенсации — в основном по историческим причинам, — установлена их подсудность судам общей юрисдикции. Например, § 40 ч. 2 АПК предусматривает обращение в суды общей юрисдикции по различным требованиям о компенсации в рамках законодательства о материальной ответственности государства за своих должностных лиц.

Даже в случае мер уголовного преследования со стороны полиции, согласно ст. 23 Вводного закона к Закону о судостроительстве Германии, правовая защита осуществляется в судах общей юрисдикции, а не в административных судах. Поэтому в отношении действий полиции необходимо всегда проводить различие: превентивные действия полиции с целью предотвращения опасности относятся к административной юрисдикции в соответствии с § 40 ч. 1 АПК; репрессивные действия полиции с целью уголовного преследования относятся к общей юрисдикции. В случае полицейских мер, которые имеют как превентивные, так и репрессивные элементы, все зависит от того, на что именно направлены полицейские меры.

Кроме того, для отдельных областей особенного административного права установлена особая подсудность дел специальным

#### IV. Допустимость подачи иска в административный суд

административным судам, например, в спорах по социальному праву — социальным судам (§ 51 Социального процессуального кодекса), а в спорах по налоговому праву — финансовым судам (§ 33 Финансового процессуального кодекса).

#### d) «Неподсудные акты государства», в частности помилования и правительственные акты

Наконец, возникает вопрос о том, существуют ли решения, которые полностью освобождены от юридической перепроверки. Это касается, прежде всего, решений о помиловании и правительственных актов.

Хотя в некоторых случаях утверждается, что помилование — это пресловутое «милосердие имеет приоритет перед правосудием», решения о помиловании как раз не подлежат судебному контролю. С другой стороны, в правовом государстве вся исполнительная власть связана правом и законом, ст. 20 ч. 3 Основного закона, и это должно касаться и решений о помиловании. Несмотря на то что такая перепроверка может быть ограниченной по содержанию из-за диапазона свободной оценки, она, несомненно, существует в отношении процессуальных гарантий в соответствии с принципом правового государства.

Параллельной проблемой являются правительственные акты, не относящиеся к законотворческой деятельности. Если, например, федеральным президентом или федеральным правительством принимаются меры, то иногда обсуждается вопрос о том, подлежат ли они судебному контролю из-за их политического значения («политика имеет приоритет над правом»).

Однако такое понимание закона было бы несовместимо с принципом правового государства. Президент, канцлер и правительство также связаны правом и законом (ст. 20 ч. 3 Основного закона). В правовом государстве право на судебную защиту распространяется и на их действия (ст. 19 ч. 4 ОЗ). В этом отношении правительственные акты или решения президента или канцлера, конечно, также могут быть перепроверены судом. Однако на практике, скорее



### 3. Вид допустимого производства / иска

всего, возникнет препятствие с точки зрения права на подачу иска, поскольку такие правительственные акты редко напрямую затрагивают истца, а, как правило, требуют наличия дальнейших актов по их исполнению, принимаемых со стороны нижестоящих административных органов.

### 3. Вид допустимого производства / иска

Если возможность обращения в административные суды открыта, то следующий шаг — определить, какой вид иска является наиболее подходящим для достижения исковой цели истца. Это решение должно быть принято в самом начале, поскольку разные виды исков, предусмотренные АПК, частично имеют различные предпосылки их допустимости, так что определение вида иска влияет на рассмотрение вопроса о допустимости иска.

Административно-процессуальное законодательство Германии предусматривает следующие виды исков:

- иск об оспаривании;
- иск о принуждении;
- общий иск об исполнении обязательства;
- общий иск о признании правоотношений;
- иск о признании неправомерным исчерпавшего себя административного акта;
- нормоконтроль.

Кроме того, существуют возможности превентивной правовой защиты (превентивный иск о несовершении определенного действия) и временной правовой защиты (временное распоряжение суда об обеспечительных мерах и распоряжение суда о приостановлении исполнения).

Разграничение видов иска производится в зависимости от исковых требований. Не имеет значения, что конкретно пишет истец в своем искомом заявлении или что конкретно он говорит в судебном заседании: согласно § 88 АПК суд не связан формулировкой исковых ходатайств. Напротив, суд должен путем толкования

#### IV. Допустимость подачи иска в административный суд

определить, какова его истинная цель, и, соответственно, выбрать соответствующий вид иска.

##### а) Иск об оспаривании

Иск об оспаривании, который является одним из самых распространенных на практике, служит для оспаривания административного акта, обременяющего истца<sup>16</sup>. В случае удовлетворения иска суд отменяет административный акт, при этом дальнейших действий со стороны административного органа, судебных исполнителей или других третьих лиц не требуется. В случае удовлетворения иска решение суда имеет кассационный эффект.

В соответствии с § 113 ч. 1 предложением 1 АПК суд отменяет административный акт и, возможно, вынесенное решение административного органа по досудебной жалобе в той мере, в какой административный акт является противоправным и нарушает права истца. Формулировка «в той мере, в какой» указывает на то, что возможна также частичная отмена в той части, в которой административный акт является неправомерным, а «оставшаяся часть» может правомерно существовать сама по себе после частичной отмены. С другой стороны, данная норма подтверждает, что иск об оспаривании предоставляет индивидуальную правовую защиту лицу, затронутому административным актом: должно иметь место нарушение прав самого истца неправомерным административным актом. Если административный акт является неправомерным, но нарушает права не истца, а третьего лица, то иск об оспаривании не имеет успеха. Популярны иски, т. е. иски в интересах широкой ответственности или третьих лиц, невозможны<sup>17</sup>.

Таким образом, основным условием для подачи иска об оспаривании является наличие административного акта, обременяющего

<sup>16</sup> Относительно понятия административного акта см. Pudelka. Административное право Германии. Т. 1. Общее административное право. М., 2021. II. 6b.

<sup>17</sup> В редких исключительных случаях законодатель предусматривает отклонения, например, в отношении исков природоохранных ассоциаций в некоторых интересах охраны окружающей среды и природы.

### 3. Вид допустимого производства / иска

истца в смысле § 35 ЗАП. Этот административный акт должен уже быть и оставаться все еще действительным. С одной стороны, он уже должен был быть объявлен адресату, так как вступление в силу согласно § 43 ч. 1 ЗАП начинается с момента объявления. С другой стороны, он не должен утратить своей действительности. В соответствии с § 43 ч. 2 ЗАП административный акт сохраняет действительность до тех пор и в той мере, в какой он не был отменен или не исчерпал себя с течением времени или иным способом. В последнем случае у иска об оспаривании будет отсутствовать предмет иска, поскольку отменять будет нечего именно потому, что административный акт стал недействительным. Если административный акт был действительным, но утратил действительность, то при определенных обстоятельствах может быть рассмотрен иск о признании административного акта неправомерным в период его действительности (так называемый иск о признании неправомерным исчерпавшего себя административного акта, «продолженный иск о признании», нем. «Fortsetzungsfeststellungsklage») <sup>18</sup>. Если истец считает, что обременяющий его административный акт недействителен вследствие его ничтожности, то возможен также иск о признании административного акта ничтожным (§ 43 ч. 1 АПК) <sup>19</sup>.

Спорным является вопрос о том, как быть, если истец не уверен, является ли обременяющий его административный акт ничтожным (в таком случае — иск о признании ничтожности) или только грубо неправомерным (в таком случае — иск об оспаривании), тем более что не всегда просто сделать разграничение между грубой противоправностью и очевидными и особенно серьезными ошибками, ведущими к ничтожности согласно § 44 ЗАП. Существует единое мнение, согласно которому такая неуверенность не должна причинять вред истцу. Преобладающее мнение в литературе и судебной практике исходит из того, что истец может подать один из двух этих исков; однако в этом случае суд вынесет либо решение о признании ничтожности, либо решение об оспаривании в зависимости от того,

<sup>18</sup> См. по данному вопросу ниже IV. 4.e.

<sup>19</sup> См. по данному вопросу ниже IV. 4.d.

#### IV. Допустимость подачи иска в административный суд

был ли административный акт ничтожным или все еще действительным и лишь неправомерным<sup>20</sup>.

##### в) Иск о принуждении к выполнению обязательства

Истец может использовать иск о принуждении, чтобы суд принудил административный орган к изданию административного акта, в издании которого тот отказал истцу или который не был издан просто из-за бездействия органа. Иск о принуждении также служит для защиты прав личности, поэтому он тоже может быть обоснованным только в том случае, если отказ или бездействие административного акта нарушает права самого истца.

В соответствии с § 113 ч. 5 предложением 1 АПК суд принуждает административный орган совершить запрашиваемое административное действие (т. е. издать запрашиваемый административный акт), поскольку отказ административного акта или бездействие административного органа является неправомерным и тем самым нарушаются права истца, и дело готово для вынесения решения (нем. «spruchreif», досл. «созрело» для вынесения решения). Если дело не готово для вынесения судебного решения, то суд обязывает административный орган вынести новое решение по делу истца с учетом правового мнения суда (§ 113 ч. 5 предложение 2 АПК).

Таким образом, предпосылкой допустимости иска о принуждении является, прежде всего, то, что исковое требование истца направлено на издание административного акта в его пользу в соответствии с § 35 ЗАП. Если в иске об оспаривании истец хочет устранить административный акт, который его обременяет («негативная ситуация»), то в случае иска о принуждении он намерен добиться принятия административного акта, который ему выгоден («позитивная ситуация»).

§ 113 ч. 5 различает две ситуации: либо административный орган уже отказал в удовлетворении заявления истца о принятии

---

<sup>20</sup> Относительно состояния спора ср. Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, § 113, Rn. 4.

### 3. Вид допустимого производства / иска

административного акта (так называемый «иск против отказа»), либо административный орган еще не принял решение по заявлению истца (так называемый «иск против бездействия»). Разумеется, истец должен предоставить административному органу разумное время для рассмотрения своего заявления и не может обращаться в суд сразу после подачи заявления в административный орган на основании бездействия органа. Согласно § 75 АПК можно принципиально исходить из трехмесячного срока, по истечении которого истец может обратиться в суд даже без прохождения досудебной процедуры, если орган бездействует без объективных причин.

Даже если административный орган отказал в удовлетворении заявления истца о принятии административного акта, истец не обязан оспаривать этот отказ отдельно. В частности, нет необходимости в комбинированном иске об оспаривании и принуждении. Напротив, иск о принуждении к изданию неизданного административного акта уже содержит в себе часть об оспаривании, так что в случае удовлетворения иска о принуждении суд отменит отказ и обяжет орган издать запрашиваемый административный акт (или, если у органа остаются дискреционные полномочия, — принять новое решение по заявлению).

Если издание запрашиваемого административного акта зависит от усмотрения административного органа, что всегда имеет место в тех случаях, когда норма закона предусматривает дискреционные полномочия административного органа, суд в принципе не может прямо обязать административный орган издать административный акт. Это уже следует из подпринципа разделения властей, содержащегося в принципе правового государства: согласно ему, судебная власть может только проверять акты административных органов на их соответствие праву и закону, но не может сама совершать акты административных органов. В этом отношении ситуация также отличается от иска об оспаривании: там суд может отменить обременяющий административный акт решением об удовлетворении иска. Однако суд не может издавать административные акты, так как это относится к основной компетенции исполнительной власти.

#### IV. Допустимость подачи иска в административный суд

Таким образом, если суд при рассмотрении иска о принуждении придет к выводу, что отказ административного органа в издании административного акта был противоправным, то он отменяет этот отказ (который, таким образом, не может стать окончательным). Однако если у административного органа сохраняется усмотрение при принятии решения об издании административного акта, суд может лишь обязать орган принять новое решение по заявлению с учетом правового мнения суда.

С процессуальной точки зрения ходатайство о вынесении нового решения содержится в качестве «минуса» в ходатайстве о принуждении административного органа к изданию определенного административного акта. Однако если истец требует издания определенного административного акта, но получает только судебное решение о принуждении административного органа к изданию нового решения, то его иск считается удовлетворенным лишь частично и неудовлетворенным в остальной части, так что в конечном итоге ему также придется нести часть судебных издержек (§ 155 ч. 1 АПК). Истец может избежать этого, если с самого начала подаст только иск о принятии нового решения (а не иск о принуждении)<sup>21</sup>.

Если суд принуждает административный орган издать новое решение, то в мотивировочной части своего решения суд точно укажет, что именно было противоправным в ведомственной процедуре, или как следует толковать неопределенные правовые понятия, или какие дискреционные соображения являются юридически неверными. Затем административный орган обязан принять это во внимание при вынесении нового решения по заявлению истца.

Исключительная ситуация имеет место, когда норма права, на которой истец основывает свое исковое требование, в принципе предусматривает усмотрение для административного органа, но это усмотрение в исключительных случаях в конкретной ситуации «сведено к нулю». Это имеет место всегда в тех случаях, когда, исходя из конкретных обстоятельств дела и с учетом правового мнения суда, у административного органа остается только одно возможное

<sup>21</sup> Württenberger, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 321.

### 3. Вид допустимого производства / иска

правомерное решение. В таком случае суд также может непосредственно распорядиться об издании запрашиваемого административного акта, поскольку в этом случае дело «созрело» для принятия решения (§ 113 ч. 5 конец предложения 1 АПК). Если существует еще несколько возможных вариантов решения, то дело не готово к принятию решения, и суд принуждает административный орган лишь принять новое решение с учетом правового мнения суда (§ 113 ч. 5 предложение 2 АПК).

#### **Особый случай: дополнительные положения**

Юридически сложный вопрос — как быть, если истец не согласен с дополнительными положениями административного акта (§ 36 ЗАП)<sup>22</sup>. Хотя некоторые мнения, высказанные в литературе, проводят различие между отдельными дополнительными положениями или по тому, зависит ли издание основного административного акта от усмотрения административного органа, судебная практика Федерального административного суда<sup>23</sup> в настоящее время исходит из того, что все обременяющие дополнительные положения § 36 ЗАП являются самостоятельно оспоримыми. Федеральный административный суд исходит из того, что все «настоящие» дополнительные положения процессуально отделимы от основного административного акта и, следовательно, могут быть оспорены отдельно от него. В этом отношении иск об оспаривании дополнительного положения был бы правильным видом иска в таких случаях. Однако будет ли изолированное оспаривание успешным, зависит от существования иска, т. е. может ли «остаточный административный акт» без дополнительного положения также оставаться правомерным (в этом случае иск будет успешным) или же остаточный административный акт будет только неправомерным «туловищем» (в этом случае иск не будет иметь успеха). Это следует из того, что суд не может создавать в целом противоправную ситуацию, отменив возможно

<sup>22</sup> Подробно о дополнительных положениях см. Pudelka. Административное право Германии. Т. 1. Общее административное право. II. 6.b.

<sup>23</sup> BVerwGE 112, 221.

#### IV. Допустимость подачи иска в административный суд

противоправное дополнительное положение, так как принцип правового государства запрещает это<sup>24</sup>.

Если же имеется так называемое «ненастоящее» дополнительное положение, т. е. не являющееся настоящим дополнительным условием ввиду условия в смысле § 36 ч. 2 п. 4 ЗАП, а дополнительное модифицирующее условие, то иск об оспаривании исключается как вид иска<sup>25</sup>. В таких случаях истец не получает от административного органа то, о чем он просил, но с дополнительным обязательством; напротив, он получает нечто совершенно иное, о чем он вообще не просил. В связи с этим истец, по логике, должен также подать иск о принуждении административного органа к изданию административного акта, который был изначально запрошен<sup>26</sup>.

##### Пример:

Если истец обращается за разрешением на строительство дома с остроконечной крышей, но получает разрешение с «дополнительным обязательством» построить плоскую крышу вместо остроконечной, это не настоящее дополнительное условие в смысле § 36 ч. 2 п. 4 ЗАП, а дополнительное модифицирующее условие. Истец не получает то, о чем он просил, с условием, а получает нечто совершенно иное, алиуд. Следовательно, он должен подать иск о выдаче разрешения на строительство здания с остроконечной крышей.

«Дополнительное обязательство» в виде плоской крыши мысленно неотделимо от основного административного акта, потому что иначе дом, отделенный от крыши, останется лишь «туловищем».

#### с) Общий иск об исполнении обязательства

Общий иск об исполнении обязательства является правильным видом иска, если истец требует обязать ответчика совершить,

<sup>24</sup> BVerwGE 81, 185, 186.

<sup>25</sup> См. также Pudelka. Административное право Германии. Т. 1. Общее административное право. II. 6.d gg.

<sup>26</sup> Württenberger, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 327.



### 3. Вид допустимого производства / иска

претерпевать или не совершать определенное действие, не заключающееся в издании административного акта. В то время как иск об оспаривании и иск о принуждении как средства правовой защиты требуют наличия административного акта в качестве предмета иска, общий иск об исполнении обязательства касается простых административных действий, т. е. так называемых реальных актов<sup>27</sup>. Поэтому иск о принуждении также называется особым иском об исполнении обязательства, поскольку он охватывает очень конкретный предмет иска, а именно — административный акт. А общий иск об исполнении обязательства касается всего остального, что не является административным актом.

Общий иск об исполнении обязательства регламентирован в АПК не в полном объеме, но упоминается в некоторых местах, например, в § 43 ч. 2, § 111 и 113 ч. 4 АПК. Кроме того, общий иск об исполнении обязательства способствует предоставлению полной правовой защиты от любого акта государственной власти, что гарантируется ст. 19 ч. 4 Основного закона<sup>28</sup>.

#### *aa) Реальные акты*

С помощью общего иска об исполнении обязательства можно добиваться принятия классических реальных актов, т. е. простых актов государственного управления, которые не обладают одним или несколькими признаками административного акта в смысле § 35 ЗАП. Зачастую отсутствует регулятивное действие: административный орган просто действует без намерения регулировать что-либо в смысле запрета или обязательства. Примерами простых административных действий являются, например, выплата денег, выдача материалов дел или других предметов, уничтожение материалов дел, уничтожение файлов или восстановление садовой ограды, разрушенной административным органом по ошибке или случайно.

---

<sup>27</sup> Исключение составляет защита от издания будущих административных актов в рамках так называемого превентивного иска о несвершении определенных действий. Об этом см. ниже в II. 6с.

<sup>28</sup> BVerfGE 22, 106, 110.

#### IV. Допустимость подачи иска в административный суд

Во всех этих случаях, однако, необходимо учитывать, что часто вопрос о выплате денег (например, о предоставлении субсидии или социальной помощи) решается административным актом. Таким образом, если истец заинтересован не в простой выплате денег, а в решении вопроса о том, имеет ли он право на такую выплату, то он добивается издания административного акта, поэтому правильным видом иска является иск о принуждении. Следовательно, требование истца всегда должно быть точно определено — при необходимости с помощью толкования — и необходимо выяснить истинное намерение истца (§ 88 АПК).

##### *bb) Публично-правовые волеизъявления и обнародование информации*

Требования о даче публично-правовых волеизъявлений, например в отношении заключения публично-правовых договоров, также могут быть заявлены посредством общего иска об исполнении обязательства<sup>29</sup>. Сюда же относятся так называемое обнародование информации, с помощью которого административный орган предоставляет или должен предоставлять информацию о доступных ему сведениях, например информацию из гражданского реестра.

В частности, в случае прав на получение информации необходимо также изучить в каждом конкретном случае, связано ли предоставление информации с правовыми предпосылками права на получение информации, наличие которых определяется административным актом до того, как происходит простое предоставление информации. Если это так, то правильным видом иска является иск о принуждении.

##### *cc) Требование об устранении последствий*

Правовой институт требования об устранении последствий в рамках законодательства о материальной ответственности государства за своих должностных лиц обязывает административные органы устранить последствия незаконных властных мер или последствия

---

<sup>29</sup> Württenberger, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 381.

### 3. Вид допустимого производства / иска

незаконных властных действий. Определение правильного вида иска зависит от того, в чем именно заключается устранение последствий. Если речь идет о простом административном действии, не имеющем регулятивного эффекта (восстановление садовой ограды, которую полиция случайно повредила при парковке полицейской машины), то допустим общий иск об исполнении обязательства. Если же устранение последствий состоит в издании административного акта или если такой акт является предпосылкой для устранения последствий, то правильным является иск о принуждении.

#### Пример:

Если административный орган административным актом заселил семью просителей убежища в пустующий дом собственника временно на один месяц, но семья не покидает дом по истечении месяца, то посредством подачи иска о принуждении необходимо добиваться издания административного акта о выселении семьи из дома. Если, с другой стороны, в административном акте о вселении уже было определено, что квартира должна быть освобождена по истечении срока вселения и выселение может быть осуществлено в принудительном порядке, т. е. речь идет только о фактическом исполнении выселения, то допустим общий иск об исполнении обязательства<sup>30</sup>.

#### *dd) Требования о несовершении определенных действий*

Общий иск об исполнении обязательства также может быть использован для предъявления требований о несовершении определенных действий. По сравнению со всеми другими случаями общих исков об исполнении обязательств особенностью является то, что требование о несовершении определенных действий может быть направлено на любую форму действия государственной администрации, т. е. также на бездействие по изданию административных актов<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> Württenberger, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 383.

<sup>31</sup> См. ниже II. 6.f.

#### IV. Допустимость подачи иска в административный суд

##### d) Общий иск о признании

В соответствии с § 43 ч. 1 АПК общим иском о признании может заявляться требование о признании существования или несуществования правоотношения или недействительности административного акта, если существует особый интерес в таком признании. АПК в § 43 ч. 2 четко предусматривает, что иски о признании являются вспомогательными (субсидиарными) по отношению к искам об оспаривании и исполнении обязательства.

##### aa) Правовые отношения

Правоотношение, установления существования или несуществования которого можно добиваться посредством общего иска о признании, — это правоотношение, которое возникает<sup>32</sup>:

- из конкретной ситуации;
- на основании публично-правовой нормы, публично-правового договора или административного акта;
- касательно отношения нескольких лиц друг к другу или лица к какому-либо предмету.

Например, речь идет о правоотношении, если гражданин спорит с административным органом о том, был ли заключен публично-правовой договор между ним и административным органом.

Аналогичным образом, речь идет об установлении правоотношений, если гражданин хочет уточнить, необходимо ли ему разрешение на осуществление определенной предпринимательской деятельности. Если он считает, что желаемая деятельность возможна без разрешения, то он не может логически подавать иск о принуждении административного органа к выдаче разрешения. Однако, если административный орган дал ему понять, что отсутствие разрешения сомнительно или что административный орган даже считает, что разрешение необходимо, гражданин должен получить возможность юридически изучить вопрос о необходимости разрешения до начала деятельности. Это можно сделать с помощью общего иска о признании и таким образом

---

<sup>32</sup> Hufen, Verwaltungsprozessrecht, § 18 Rn. 9 и след.

### 3. Вид допустимого производства / иска

избежать продолжения деятельности и — в случае, если окажется, что разрешение обязательно необходимо, — избежать наказания за это.

Важно, что правоотношение должно возникать из конкретной фактической ситуации. Выяснение абстрактных правовых вопросов, таких как, например, имеет ли полиция определенные права вообще, невозможно с помощью общего иска о признании. Однако конкретное правоотношение может быть установлено, даже если оно существовало только в прошлом или должно существовать в будущем. Например, вопрос о том, может ли студент сдавать выпускной экзамен, срок которого наступает только через два года, в соответствии еще со старыми правилами проведения экзаменов, является (будущим) правоотношением, которое может быть установлено на основании иска о признании.

#### *bb) Признание административных актов ничтожными*

Посредством общего иска о признании могут предъявляться требования об установлении ничтожности административных актов, как это прямо предусмотрено § 43 ч. 1 АПК. Согласно § 44 ч. 3 ЗАП ничтожный административный акт является недействительным с самого начала (*ex tunc*), не требует отмены и никогда не может стать или быть действительным. Однако если есть сомнения в том, что административный акт действительно является ничтожным, или если административный орган рассматривает ничтожный, по мнению истца, административный акт как действительный, то общий иск о признании дает истцу возможность устранить такую правовую видимость, исходящую от ничтожного административного акта.

Если в ходе судопроизводства выяснится, что административный акт все-таки может быть действительным, то истец может изменить свой иск о признании на иск об оспаривании при условии, что требования допустимости иска об оспаривании также соблюдены. На практике препятствием может стать вопрос о досудебном производстве, которое часто является необходимым условием для подачи иска об оспаривании. Однако изменение вида иска с чисто процессуальной точки зрения возможно без каких-либо проблем; в частности, не требуется выполнения предпосылок изменения иска

#### IV. Допустимость подачи иска в административный суд

в соответствии с § 91 АПК. В данной ситуации изменяется только допустимый вид иска, но не предмет спора, поэтому здесь нет случая, предусмотренного в § 91 АПК<sup>33</sup>.

##### е) Иск о признании неправомерным исчерпавшего себя административного акта

АПК предусматривает другой вид иска в § 113 ч. 1 п. 4. Это нечто среднее между иском об оспаривании и иском о признании: административный орган издал административный акт, который, однако, уже не нуждается в оспаривании в связи с его исчерпанностью. Однако возможны ситуации, когда адресат исчерпанного административного акта имеет оправданный интерес в том, что суд установил, что этот административный акт был неправомерным и нарушал его права. Эти случаи подпадают под так называемый иск о признании неправомерным исчерпавшего себя административного акта. Этот иск – продолжение иска об оспаривании, результатом которого в случае успеха является судебное решение о признании неправомерным исчерпавшего себя административного акта.

§ 113 ч. 1 предложение 4 АПК предусматривает, что суд по ходатайству признает административный акт неправомерным, если административный акт исчерпал себя путем его отзыва или иным способом до вынесения судебного решения и истец имеет законный интерес в таком признании.

##### *aa) Отмена или исчерпанность иным способом*

Отзыв в данном контексте означает отмену административным органом неправомерного административного акта в соответствии с § 48 ЗАП. Исчерпание иным способом, которое также является достаточным согласно § 113 ч. 1 предложению 4 АПК, существует — в свете § 43 ч. 2 ЗАП, — если последующая недействительность административного акта наступила в результате его отмены административным

<sup>33</sup> Württenberger, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 409.

### 3. Вид допустимого производства / иска

органом, иной отмены, в связи с истечением времени или иным способом<sup>34</sup>.

Частым случаем исчерпания иным способом является, например, отпадение предмета регулирования административного акта.

#### Пример:

Если собственник дома получает административный акт, обязывающий его снести свой дом, который был построен без необходимого разрешения, но этот дом рухнул сам по себе из-за строительных дефектов до того, как адресат начал его снос, объект регулирования административного акта перестал существовать, и административный акт исчерпал себя иным способом (чем путем отзыва).

То же самое относится к случаям, когда дом уже разрушен в результате стихийного бедствия, например наводнения, непосредственно после издания административного акта и больше не существует как таковой.

Другой случай исчерпанности иным способом имеет место, когда административный акт регулирует сугубо личную обязанность адресата, а адресат этой сугубо личной обязанности умирает<sup>35</sup>.

Изменение фактической и правовой ситуации, на которой основан административный акт, не ведет к его прекращению. Скорее, административный акт остается в силе, но может стать противоправным из-за изменений, произошедших с течением времени, что впоследствии может привести к отмене с того момента, когда произошли изменения. Однако это не случай иска о признании неправомерным исчерпавшего себя административного акта.

Выполнение административного действия не ведет автоматически к исчерпанности административного акта. Это в любом случае имеет место, когда теоретически возможен еще поворот исполнения. В этом случае административный акт продолжает иметь юридическую силу как основание для исполнения.

---

<sup>34</sup> Schenke, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 337.

<sup>35</sup> Schenke, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 338.

#### IV. Допустимость подачи иска в административный суд

##### Пример:

Если административным актом установлена обязанность оплатить 50 евро и адресат административного акта оплачивает эти 50 евро, административный акт на этом не исчерпал себя. Напротив, административный акт продолжает оставаться правовым основанием для исполнения, т. е. для того, чтобы административный орган имел право оставить 50 евро у себя. Если бы административный акт исчерпал себя оплатой, то не существовало бы никакой правовой основы для того, чтобы административный орган имел право оставить 50 евро у себя, так что он был бы обязан немедленно вернуть 50 евро на основании требований о неосновательном обогащении.

##### *bb) Момент исчерпанности*

Исходя из формулировки ст. 113 ч. 1 предложения 4 и ее места в разделе «Судебные решения», можно сделать вывод о том, что данная норма охватывает только те случаи, в которых административный акт исчерпал себя после подачи иска (поскольку в противном случае решение не может быть вынесено), но до вынесения решения (формулировка «до» предусмотрена в самой норме).

Однако в литературе и судебной практике существует единое мнение о том, что скорее случайный момент времени исчерпанности административного акта не должен определять, может ли гражданин претендовать на правовую защиту или нет. Это было бы несовместимо с правом на судебную защиту, согласно которому всегда должна быть возможность обращения в суд против обременяющих мер государства (ст. 20 ч. 3 ОЗ). Хотя некоторые авторы придерживаются мнения о том, что в таких случаях возможен и общий иск о признании в соответствии с § 43 АПК, Федеральный административный суд в устоявшейся судебной практике считает правильным, что § 113 ч. 1 предложение 4 АПК необходимо применять по аналогии<sup>36</sup>. С этим следует согласиться уже потому, что не должно зависеть от случайного момента исчерпанности административного акта то, какой вид иска допустим, а значит, и какие требования — в зависимости от вида иска — предъявляются к правовой защите. Таким

<sup>36</sup> BVerwG NVwZ 2000, 63, 64.



### 3. Вид допустимого производства / иска

образом, один и тот же вид иска должен использоваться для того же самого искового требования, поэтому иск о признании неправомерным исчерпавшего себя административного акта в соответствии с предложением 4 § 113 ч. 1 будет применяться по аналогии.

#### *сс) Аналогичное применение к требованиям о принуждении*

Согласно устоявшейся судебной практике Федерального административного суда иск о признании неправомерным исчерпавшего себя административного акта также допустим, если требования о принуждении исчерпали себя. Таким образом, аналогичное применение касается как случая отказа административным органом в принятии запрашиваемого административного акта, так и в случаях, когда административный орган вследствие бездействия еще не принял решение по заявлению<sup>37</sup>.

Необходимым условием является — как и в случае с ситуацией оспаривания — то, что первоначальный иск о принуждении был подан допустимым образом. Неприемлемый иск об оспаривании или о принуждении не может вследствие исчерпанности стать приемлемым иском о признании неправомерным исчерпавшего себя административного акта. Если иск о принуждении еще не был подан, но все еще был бы допустимым, то иск о признании неправомерным исчерпавшего себя административного акта также может быть еще подан.

#### *dd) Заинтересованность в признании неправомерным исчерпавшего себя административного акта*

§ 113 ч. 1 предложение 4 АПК предусматривает специальное требование допустимости для исков о признании неправомерным исчерпавшего себя административного акта, а именно что истец имеет оправданный интерес в том, чтобы административный акт (или требование о принуждении), несмотря на исчерпанность, был(о)

---

<sup>37</sup> Последнее является спорным. Мнение меньшинства отвергает применение § 113 (1) предложения 4 АПК по аналогии в данном случае, поскольку в случае бездействия нет никакого административного акта, который может исчерпать себя.

#### IV. Допустимость подачи иска в административный суд

признан(о) неправомерным (или требование обоснованным). С течением времени судебная практика и доктрина выработали группы случаев, в которых предполагается наличие интереса в признании неправомерным исчерпавшего себя административного акта. Основными группами дел являются опасность повторения, интерес в реабилитации в случае дискриминации и административные акты, которые обычно исчерпывают себя в короткий срок и в отношении которых практически никогда не может быть предоставлена эффективная правовая защита без признания неправомерным исчерпавшего себя административного акта.

Опасность повторения в любом случае должна быть конкретной; одной только абстрактной возможности того, что фактическая ситуация может повториться таким же или похожим образом снова, недостаточно для заинтересованности в признании неправомерным исчерпавшего себя административного акта.

##### Пример:

А. хочет провести встречу в память об известном человеке в день его рождения. Если ему запрещено это делать, то этот конкретный запрет, естественно, заканчивается с истечением дня рождения. Однако, если А. намерен проводить это мероприятие ежегодно в день рождения, существует конкретная перспектива повторения, так что можно предположить наличие интереса в признании неправомерным исчерпавшего себя административного акта.

Интерес к реабилитации будет присутствовать только в редких случаях серьезной дискриминации со стороны государственных органов при издании административного акта. Административные акты, которые обычно исчерпывают себя в краткосрочной перспективе, в основном встречаются в полицейском праве.

##### Пример:

Если полиция разгоняет демонстрацию и использует водометы для разгона участников, которые не хотят добровольно расходиться, административный акт исчерпывает себя самое позднее в тот момент времени, когда водомет больше не используется. В течение этого времени невозможно будет

### 3. Вид допустимого производства / иска

обратиться за правовой защитой в суд. Для того чтобы гарантия правовой защиты, предусмотренная ст. 19 ч. 4 Основного закона, не сошла на нет, в этих случаях предоставляется возможность подачи иска о признании неправомерным исчерпавшего себя административного акта, с помощью которого можно задним числом выяснить, было ли правомерным предписание покинуть определенное место или его исполнение с применением водометов.

Другая группа случаев, признанных в судебной практике и литературе, состоит из подготовки гражданского судебного иска о материальной ответственности государства за своих должностных лиц.

Поскольку в Германии в силу исторических причин судебные процессы по делам о материальной ответственности государства за своих должностных лиц продолжают рассматриваться в судах общей юрисдикции, процессуальной экономии повредило бы, если бы текущий судебный процесс об оспаривании обременяющего административного акта с момента его исчерпанности пришлось прервать и прекратить, хотя рассмотрение исковых требований уже далеко продвинулось и, например, уже были заслушаны свидетели. То есть если уже имеются процессуальные результаты из процесса об оспаривании, которые могут быть использованы, имеет смысл продолжить судебное оспаривание как иск о признании неправомерным исчерпавшего себя административного акта, для того чтобы была возможность использования его результатов в отношении противоправности или правомерности административного акта в дальнейшем в отдельном судебном процессе в гражданских судах, в котором будет рассматриваться вопрос материальной ответственности государства за своих должностных лиц<sup>38</sup>. Однако это применимо только в том случае, если предполагаемый процесс по привлечению государства к материальной ответственности за своих должностных лиц не представляется заведомо безнадежным<sup>39</sup>.

Логично, однако, что эта идея не применима, если административный акт уже исчерпал себя до подачи иска об оспаривании, поскольку

---

<sup>38</sup> BVerwGE 81, 226, 228.

<sup>39</sup> Kopp/Schenke, VwGO. Kommentar, § 113 Rn. 136.

#### IV. Допустимость подачи иска в административный суд

в этом случае не может быть никаких пригодных для использования результатов судопроизводства. В случаях, когда административный акт исчерпал себя до подачи иска, истец также может напрямую обратиться в суд общей юрисдикции с иском о привлечении государства к материальной ответственности за своих должностных лиц.

Помимо этих классических групп случаев интерес в признании неправомерным исчерпавшего себя административного акта также обсуждается в литературе в случае особо серьезных вмешательств в основные права. Однако в таком общем виде это следует отвергать, поскольку в противном случае почти каждый противоправный административный акт как минимум нарушал бы основное право на общую свободу действий (ст. 2 ч. 1 Основного закона), а «особая тяжесть» такого вмешательства не является особенно четким критерием разграничения. Кроме того, многие случаи в этой группе уже будут принадлежать к одной из других групп случаев, в частности к группе дискриминации.

#### f) Превентивный иск о несовершении определенного действия

Превентивный иск о несовершении определенного действия является частным случаем общего иска об исполнении обязательств. С одной стороны, особенностью является то, что правовая защита начинается не только после акта нарушения (репрессивная защита), но уже дает превентивную возможность предотвратить будущее действие. С другой стороны, особенность состоит в том, что такое предотвращение будущих действий административного органа может распространяться на все мыслимые действия, т. е. не только на простые административные действия, как в обычном случае общего иска об исполнении. С помощью иска о несовершении определенного действия в качестве превентивной меры могут быть предотвращены как реальные, так и административные акты<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> Эта особенность немецкого права, представляющая собой определенный логический разрыв, в некоторых других странах решается по-другому. Например,

### 3. Вид допустимого производства / иска

Даже если сегодня возможность превентивного иска о несовершении определенного действия — в том числе и в отношении административных актов — признана, тем не менее имеются критические голоса. С одной стороны, Административно-процессуальный кодекс принципиально исходит из репрессивной (ретроспективной) правовой защиты и связанных с этим неудобств для истца. Например, подав возражение против административного акта, который его обременяет, гражданин может приостановить исполнение этого акта, чтобы тот пока не мог быть исполнен (§ 80 ч. 1 АПК). Более того, если иск об оспаривании будет удовлетворен, то обременяющий административный акт будет отменен с обратной силой (ex tunc) (§ 113 ч. 1 предложение 1 АПК).

С другой стороны, АПК также предусматривает процессуальные требования для оспаривания обременяющих административных актов, например досудебное обжалование в следующий вышестоящий административный орган до подачи иска в суд. Если в целом разрешить превентивный иск в отношении административных актов, то будут подорваны специальные процессуальные требования репрессивной правовой защиты.

Во избежание этого допустимость превентивных исков о неосвершении определенного действия всегда требует наличия соответствующей потребности в правовой защите, т. е. причины, по которой истец обязательно хочет воспользоваться превентивной правовой защитой и не может подождать до вынесения административного акта, а затем воспользоваться обычной последующей (репрессивной) правовой защитой.

С течением времени в судебной практике и литературе также сформировались различные группы дел, в которых можно предположить допустимость превентивного иска о неиздании определенных административных актов. Основное правило заключается в том,

---

ст. 133 ч. 2 Административного процедурно-процессуального кодекса (АППК) Казахстана предусматривает, что истец может требовать не принимать административный акт в будущем также путем подачи иска о принуждении. В этой классификации также есть определенная логика, поскольку все дела, в которых, по сути, речь идет об административных актах, объединены в один вид иска.

#### IV. Допустимость подачи иска в административный суд

что превентивный иск должен быть возможен, если истец не может получить эффективную правовую защиту иным способом, как это гарантируется Конституцией в ст. 19 ч. 4 ОЗ.

Первая группа случаев включает в себя ситуации, в которых административный акт, который будет издан позднее, впоследствии не подлежит отмене. Согласно устоявшейся судебной практике Федерального административного суда это относится, например, к случаям исков, подаваемых конкурентами в рамках законодательства о государственной службе. Согласно ст. 33 ч. 5 Основного закона так называемые традиционные принципы государственной службы находятся под защитой Конституции; они также включают в себя так называемый принцип стабильности должностей (нем. «Ämterstabilität»). Это сделано для того, чтобы предотвратить отмену назначений государственных служащих, даже если эти назначения содержат ошибки, которые не настолько серьезны, чтобы привести к ничтожности акта назначения и тем самым вызвать своего рода «подвешенное состояние» на время идущего судебного процесса правовой защиты. Назначенный на должность государственный служащий должен оставаться государственным служащим и иметь возможность в полной мере выполнять все свои функции в правовом и фактическом отношениях. В конечном итоге это призвано защитить эффективность и нейтральность профессиональных чиновников.

Если же вследствие принципа стабильности должностей уже состоявшееся назначение государственного служащего в принципе не может быть больше отменено, то конкурирующий претендент на должность должен иметь возможность превентивной правовой защиты, чтобы предотвратить назначение, которое, по его мнению, является противоправным. Более того, в судебной практике высших судов признано, что государственный работодатель до назначения выбранного кандидата обязан проинформировать кандидата, не прошедшего по конкурсу, чтобы у него была возможность обратиться за превентивной правовой защитой до того, как назначение будет произведено<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> BVerwG NVwZ 2001, 361.

### 3. Вид допустимого производства / иска

Вторая группа случаев охватывает ситуации, в которых было бы неприемлемо допускать обращение за правовой защитой только задним числом, поскольку будущий административный акт будет связан с наказаниями, штрафами или другими санкциями. В этих случаях нельзя требовать, чтобы гражданин сначала совершил действие, которое он считает противоправным, получил санкцию, чтобы затем иметь возможность оспорить ее в суде. В таких случаях должна существовать возможность превентивной правовой защиты<sup>42</sup>.

#### г) Нормоконтроль

АПК Германии в § 47 регулирует абстрактный контроль нормы как возможность рассмотрения ее соответствия нормативно-правовым актам более высокого ранга независимо от конкретного правового спора. Поскольку в отличие от административных актов, которые, будучи «лишь» противоправными, продолжают действовать, правовые нормы, нарушающие нормативно-правовые акты более высокого ранга, являются ничтожными, нормоконтроль в соответствии с § 47 АПК фактически является особым случаем иска о признании. В данном случае заявитель в конечном итоге добивается признания недействительности правовой нормы на основании нарушения ею нормативно-правового акта более высокого ранга (§ 47 ч. 5 АПК)<sup>43</sup>.

В отличие от иска об оспаривании, когда суд в случае удовлетворения иска сам отменяет «лишь» противоправный административный акт и это решение суда имеет правоформирующее воздействие, в случае нормоконтроля в соответствии с § 47 АПК суд в случае удовлетворения иска просто устанавливает факт нарушения нормы нормативно-правового акта более высокого ранга, из чего автоматически следует ничтожность нормы. Однако отдельной отмены нормы не требуется.

<sup>42</sup> Schenke, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 386.

<sup>43</sup> Württenberger, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 433.

#### IV. Допустимость подачи иска в административный суд

В Германии нормоконтроль со стороны административных судов возможен только в отношении законодательных актов и правительственных постановлений, относящихся к строительному праву (в частности, в данном случае речь идет о планах застройки территорий и муниципальных уставах о взносах на развитие территории), а также в отношении других нормативно-правовых актов рангом ниже земельного закона, если это предусмотрено земельным законодательством (§ 47 ч. 1 п. 1 и 2 АПК).

С одной стороны, это означает, что сфера применения нормоконтроля со стороны административных судов довольно мала и ограничивается двумя перечисленными случаями. Во всех остальных случаях заинтересованное лицо должно дожидаться индивидуального правового акта (т. е. в основном административного акта), а затем оспорить его в порядке подачи иска об оспаривании.

На территории всей Германии возможна проверка подзаконных актов строительного законодательства, указанных в § 47 ч. 1 п. 1 АПК. Согласно § 47 ч. 1 п. 2 АПК это касается других подзаконных актов земельного законодательства только в том случае, если это предусмотрено законодательством соответствующей земли. Это означает, что каждая федеральная земля может самостоятельно решать с помощью земельного закона разрешать, и если да, то в каких случаях, осуществление нормоконтроля административными судами в отношении подзаконных актов земли. В Бранденбурге, например, земельный законодатель определил в § 4 ч. 1 Закона об административных судах Бранденбурга, что нормоконтроль возможен для всех нормативно-правовых положений рангом ниже земельного закона. Такая же правовая ситуация имеет место в Тюрингии<sup>44</sup> и Бремене<sup>45</sup>. В Берлине, напротив, земельный законодатель вообще не использовал эту возможность судебного нормоконтроля в отношении подзаконных земельных актов.

Высший административный суд (а не административный суд) отвечает за рассмотрение ходатайства о нормоконтроле в соответствии с § 47 АПК. Если Высший административный суд приходит

---

<sup>44</sup> § 4 Thüringer Gesetz zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung — ThürAGVwGO.

<sup>45</sup> Art. 7 Bremer Gesetz zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung — BremAGVwGO.



### 3. Вид допустимого производства / иска

к выводу о том, что оспариваемый нормативно-правовой акт нарушает нормативно-правовой акт более высокого ранга и тем самым является недействительным, то он своим решением объявляет его недействительным. В этом случае решение о признании нормы недействительной действует не только в отношении сторон судопроизводства, но и *inter omnes*, т. е. касается всех и каждого (§ 47 ч. 5 предложение 2 АПК). Таким образом, резолютивная часть решения также публикуется в том же порядке, в каком должен был быть опубликован сам нормативно-правовой акт.

#### h) Ходатайство о принятии обеспечительных мер

Временная правовая защита в Германии делится на две части: в отношении обременяющих административных актов, как правило, достаточно ходатайства о вынесении распоряжения о приостановлении их исполнения, поскольку в случае его удовлетворения административные акты остаются в силе, но не могут быть исполнены до принятия окончательного решения (§ 80 ч. 5 АПК). Во всех остальных случаях заявление о предоставлении временной судебной защиты должно быть подано в соответствии с § 123 АПК.

Такое ходатайство будет успешным, если заявитель сможет обосновать наличие у него права на получение временной судебной защиты и основания для ее предоставления. Право на получение временной судебной защиты является материальным правом требования по существу (например, право на выдачу сертификата или на передачу другой вещи), основание для предоставления временной судебной защиты существует, если существует опасность того, что изменение существующей ситуации может сделать невозможной или существенно затруднить реализацию права заявителя (§ 123 ч. 1 предложение 1 АПК). В конечном итоге, целью является предотвращение существенных недостатков, которые не могут быть устранены позднее без временного регулирования.

Для признания утверждаемых фактов убедительными достаточно, если существование права на предоставление и основания для предоставления временной судебной защиты являются

#### IV. Допустимость подачи иска в административный суд

преимущественно вероятным, т. е., по крайней мере, более вероятным, чем их несуществование. То есть речь идет о суммарном рассмотрении судом, что важно, поскольку в срочных делах, как правило, нет времени для тщательного сбора доказательств, как это происходит в основном судопроизводстве.

##### і) Ходатайство о вынесении распоряжения о приостановлении исполнения административного акта

Временная судебно-правовая защита для случаев, когда в рамках основного судопроизводства должен быть подан иск об оспаривании, предоставляется через § 80 ч. 5 АПК. Как правило, досудебная жалоба и иск об оспаривании автоматически имеют приостанавливающий эффект (§ 80 ч. 1 предложение 1 АПК), так что истцу обычно не нужно ничего делать, чтобы, по крайней мере временно (пока суд не примет решение по иску в основном производстве), избавиться от исполнения административного акта, который он считает противоправным. Однако существуют случаи особой срочности, в которых приостанавливающее действие отпадает в силу закона (§ 80 ч. 2 п. 1–3 АПК) или в которых административный орган может распорядиться об этом (§ 80 ч. 2 п. 4 АПК). В этих случаях истец должен обратиться в суд с просьбой постановить приостанавливающее действие (п. 1–3) или восстановить его (п. 4).

Такое заявление является допустимым, если существует административный акт, который еще не вступил в законную силу и еще не исчерпал себя по отношению к заявителю и который подлежит немедленному исполнению либо в силу закона (п. 1–3), либо в силу распоряжения административного органа (п. 4). Заявление должно быть подано в суд, рассматривающий основной иск, хотя это может быть сделано и до подачи иска об оспаривании (§ 80 ч. 5 предложение 2 АПК). Ходатайство о постановлении или восстановлении приостанавливающего действия не связано какими-либо сроками и поэтому может быть подано в любое время с момента издания административного акта до его вступления в законную силу.

## 4. Право на подачу иска

### а) Общие положения

Право на подачу иска, предусмотренное ст. 42 ч. 2 АПК, является необходимым условием допустимости исков об оспаривании и исков о принуждении. Право на подачу иска имеется, если истец заявляет, что его (собственные) права были нарушены административным актом или отказом в его принятии или его непринятием. Цель этого положения — исключить популярные иски как недопустимые. Правовая защита АПК по общему правилу основана на субъективности; иск должно подавать лицо, затрагиваемое административным актом, а не третье лицо, которое выступает в качестве защитника прав общественности или интересов других лиц.

В соответствии со смыслом и целью права на подачу иска это право также применяется по аналогии к иску о признании неправомерным исчерпавшего себя административного акта согласно предложению 4 ч. 1 § 113, поскольку этот иск в любом случае является продолженным или «ампутированным» иском об оспаривании или принуждении, для которого право подачи иска было бы необходимым условием. Исчерпанность административного акта сама по себе не может привести к тому, что теперь не только адресат административного акта, но и как бы каждый может подать иск. Согласно единодушному мнению и устоявшейся судебной практике, и в этом случае сохраняется необходимость наличия права на подачу иска.

То же самое относится и к общему иску об исполнении обязательства, который по своей структуре очень похож на иск о принуждении. В обоих случаях речь идет о преследовании требований истца, так что нет очевидных оснований для дифференциации касательно права на подачу иска.

В отличие от этого, для общего иска о признании не требуется наличия права на подачу иска. Отсутствует пробел в регулировании, необходимый для аналогичного применения § 42 ч. 2, поскольку законодатель в качестве предварительного условия допустимости

#### IV. Допустимость подачи иска в административный суд

иска о признании (§ 43 ч. 1) уже предусмотрел наличие особого интереса в признании.

##### в) Предпосылки права на подачу иска

Согласно формулировке § 42 ч. 2 достаточно, если истец утверждает, что его права были нарушены административным актом или отказом в его издании или его неизданием.

Если истец сам является адресатом административного акта, который его обременяет, то у него беспрепятственно имеется право на подачу иска. Причина в том, что в этих случаях возможно, по крайней мере, нарушение общей свободы действий, предусмотренной ст. 2 ч. 1 Основного закона, которая применяется всегда в тех случаях, когда чьи-то собственные права неправомерно затрагиваются государственной властью (так называемая «теория адресата»)<sup>46</sup>.

Теория адресата применима только в случае иска об оспаривании. В ситуации иска о принуждении лицо также «обременено», если ему отказано в благоприятствующем административном акте; однако здесь необходимо, чтобы помимо простого отказа в издании благоприятствующего административного акта было нарушено еще какое-либо право. Как правило, это будет норма, которая должна предоставить истцу право на требуемое издание административного акта.

В целом, истец может иметь права, основанные как на положениях закона, так и на основных правах. Однако одних лишь интересов, шансов, неприятностей или преимуществ недостаточно для обоснования права на подачу иска. Например, красивый вид из окна собственного дома сам по себе не является правом, а если планируется построить другой дом, который закроет этот вид, то это изначально не более чем неприятность<sup>47</sup>. Точно так же простые шансы получения заработка, экономические или политические интересы не являются правами, если они не сгущаются в настоящие

<sup>46</sup> BVerwG, NJW 1988, 2752, 2753.

<sup>47</sup> VGH München, BayVBl. 1991, 369.

#### 4. Право на подачу иска

имущественные позиции. Нематериальные интересы также не являются правами: к ним относятся, например, репутация человека, привлекательность города или имидж организации.

Права, на которые истец намерен сослаться, должны быть собственными правами истца. Только таким образом достигается фактическая цель § 42 ч. 2 — исключение популярного иска. Соответственно, право должно быть закреплено за истцом; следовательно, оно должно быть субъективным правом истца. В этом контексте особое значение имеет так называемая «теория защитных норм»<sup>48</sup>. Согласно этой теории для обоснования права на подачу иска могут быть рассмотрены даже те нормы, которые в первую очередь служат общественным интересам, но, по крайней мере, также направлены на защиту истца. Защита истца должна быть предусмотрена в качестве цели, т. е. быть преднамеренной, и не должна оказаться простым случайным «рефлексом».

Согласно устоявшейся судебной практике Федерального административного суда для этого особенно важны два элемента:

- четко очерченная группа потенциальных истцов<sup>49</sup>;
- цель данной нормы, по меньшей мере, также направлена на защиту истца<sup>50</sup>.

На практике сформировались различные группы случаев, в которых можно предположить защиту третьих лиц в этом смысле. К ним относятся, например:

- стандарты строительных норм и правил, например требования к расстоянию между строениями;
- положения о высоте этажей/высотность;
- нормы контроля выбросов вредных веществ;
- положения законодательства об использовании атомной энергии;
- нормы законодательства об отходах<sup>51</sup>;

<sup>48</sup> Подробно об этом: Scharl, Die Schutznormtheorie. Historische Entwicklung und Hintergründe, 2018.

<sup>49</sup> BVerwGE 52, 122, 129.

<sup>50</sup> BVerwG NJW 1984, 38.

<sup>51</sup> OVG Koblenz, NJW 1997, 595 — утверждение плана полигона для отходов.

#### IV. Допустимость подачи иска в административный суд

- нормы в области общественного питания<sup>52</sup>;
- требование строительного законодательства об учете интересов третьих лиц.

Требование учета интересов третьих лиц, которое судебная практика обосновала в § 15 ч. 1 предложении 2 Постановления о землепользовании, предусматривает, что разумно неприемлемые неудобства или помехи, создаваемые стройками для окружения, обосновывают право на подачу иска, если индивидуализируемым способом требуется учесть подлежащие защите интересы явно ограниченной группы третьих лиц<sup>53</sup>.

Наконец, право на подачу иска также может быть выведено непосредственно из основных прав, даже если законодатель не сформулировал его в простом законе. Это следует уже из гарантии правовой защиты, предусмотренной ст. 19 ч. 4 Основного закона. На практике, однако, основные права выполняют лишь функцию всеобъемлющих «запасных» норм, поскольку подавляющее большинство областей права урегулированы законодателем и для обоснования права на подачу иска имеются конкретизированные нормы. Когда существует такая конкретизация в законе, то сначала необходимо обратиться к ней, и только потом, если защитная норма закона отсутствует, то право на иск необходимо обосновывать непосредственно основными правами.

Долгое время был спорным вопрос о том, может ли право на подачу иска также вытекать из процедурных норм. В прошлом предполагалось, что все административно-процедурное право служит только публичным интересам и, следовательно, не может обосновывать субъективные права в смысле права на подачу иска. Сегодня судебная практика, следуя теории защитных норм, исходит из того, что процедурные нормы также могут обосновывать право на подачу иска, если процедурная норма (наряду с общественными интересами) направлена также именно на защиту истца<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> BVerwGE 108, 260 — шум, исходящий из предприятия общественного питания или пивного сада.

<sup>53</sup> BVerwGE 67, 334, 338.

<sup>54</sup> BVerwGE 87, 62, 69.

#### 4. Право на подачу иска

В качестве таких процедурных норм, защищающих истца, были признаны право на ознакомление с материалами дела (§ 29 ЗАП), право быть заслушанным (§ 28 ЗАП), право на обоснование административного акта (§ 39 ЗАП).

Теория адресата и теория защитных норм одинаково применимы к гражданам Германии и к гражданам иностранных государств. Это касается даже тех случаев, когда речь идет о специальных законах или основных правах, которые распространяются только на граждан Германии. Если, например, иностранный гражданин является адресатом административного акта, который его обременяет, то всегда существует, по крайней мере, возможность нарушения ст. 2 ч. 1 Основного закона как всеобъемлющего «запасного» основного права, на которое имеют право все без исключения (т. е. также иностранные граждане). В этом отношении правовая защита не имеет пробелов. В остальном же нарушение собственных прав не обязательно должно происходить в Германии<sup>55</sup>.

Если существует право, которое может быть отнесено к истцу, то его нарушение должно быть возможным в смысле § 42 ч. 2.

В случае иска об оспаривании это имеет место, если истец представляет достаточно обоснованные факты, свидетельствующие о том, что оспариваемый административный акт, возможно, нарушает право, которое закреплено за истцом (так называемая «теория возможности»). Поэтому достаточной является правдоподобность предполагаемого нарушения права<sup>56</sup>. Вопрос о том, существует ли нарушение на самом деле, является вопросом обоснованности иска.

Для адресата обременяющего административного акта всегда существует возможность нарушения его прав. Однако существуют проблемы относительно третьих лиц («неадресатов»), которых негативно затрагивает административный акт, изданный в адрес других

---

<sup>55</sup> BVerwGE 75, 285, 289 — право гражданина Голландии на подачу иска в Германии против строительства атомной электростанции в Германии вблизи границы с Голландией.

<sup>56</sup> BVerwGE 28, 131.

#### IV. Допустимость подачи иска в административный суд

лиц. Такое третье лицо должно предъявить не только свое право, но и возможность его нарушения мерой, адресованной не ему<sup>57</sup>.

В каждом отдельном случае необходимо взвесить, влияет ли мера на отдельное лицо индивидуально и квалифицирующим образом помимо очень общих обременений, которые затрагивают общество в целом (так называемый «порог существенности»)<sup>58</sup>. Например, судебная практика подтвердила право на подачу иска у истца, проживающего в 4 км от атомной электростанции, в споре о лицензировании атомной энергетики<sup>59</sup>, но отвергло такое право в споре против установки антенны для сотовой связи из-за опасений «электросмога»<sup>60</sup>.

В случае иска о принуждении и общего иска об исполнении обязательства возможность нарушения собственных прав истца требует возможности существования права на издание требуемого административного акта или совершение простого административного действия. Вопрос о том, существует ли это право в конкретном случае на самом деле, является вопросом обоснованности иска.

## 5. Предметная, инстанционная, территориальная подсудность (§ 45 и след.)

### а) Предметная (инстанционная) подсудность

Под предметной подсудностью понимается распределение производства между судами в рамках одной инстанции, т. е. для административной юрисдикции: административный суд — Высший административный суд федеральной земли — Федеральный административный суд. Распределение происходит в зависимости от предмета спора.

Согласно основному правилу, закрепленному в § 45 АПК, дела подсудны административным судам в первой инстанции, если иное

<sup>57</sup> BVerwGE 61, 256, 262.

<sup>58</sup> BVerwG NJW 1983, 1507.

<sup>59</sup> BVerwG DVBl. 1972, 678.

<sup>60</sup> VGH Mannheim, NVwZ 1997, 704.



## 5. Предметная, инстанционная, территориальная подсудность

не предусмотрено законом. В отличие от судов общей юрисдикции распределение дел по инстанциям не зависит от цены иска.

Высшие административные суды федеральных земель рассматривают апелляции и жалобы на решения административных судов первой инстанции (§ 46 АПК), а также обладают юрисдикцией суда первой инстанции в очень узких пределах, например, при рассмотрении дел о нормоконтроле (§ 47 АПК) и некоторых других особо сложных или значимых дел (§ 48 АПК), например, когда речь идет о разрешительных процедурах для строительства аэропортов.

Федеральный административный суд в принципе является апелляционной инстанцией в отношении решений высших административных судов федеральных земель, а в исключительных случаях — и в отношении решений административных судов (§ 49 АПК). Кроме того, Федеральный административный суд также определен в качестве первой и одновременно последней инстанции в нескольких особо важных делах (§ 50 АПК), например, в неконституционных спорах между Федерацией и федеральной землей или по искам, касающимся Федеральной разведывательной службы.

### б) Территориальная подсудность

Территориальная подсудность определяет, какой суд должен принять решение по предмету спора в рамках одной и той же инстанции и одной и той же юрисдикции (§ 52 АПК). Согласно § 52 п. 1 АПК место имеет решающее значение в спорах, касающихся недвижимого имущества или права или правоотношения, связанного с определенным местом. Поэтому все административные споры, связанные с возможностью застройки земельного участка, подлежат рассмотрению в административном суде, в юрисдикции которого находится этот земельный участок, причем независимо от местонахождения истца или ответчика.

Однако в случае исков, вытекающих из служебно-трудовых отношений с чиновниками, компетентный административный суд определяется в соответствии с местом службы истца (§ 52 п. 4 АПК).

#### IV. Допустимость подачи иска в административный суд

В случае исков об оспаривании (за исключением исков, касающихся недвижимого имущества согласно § 52 п. 1, и исков, касающихся законодательства о государственной службе согласно § 52 п. 4) территориальной компетенцией обладает тот административный суд, в округе которого был издан административный акт.

Если ни одна из специальных ситуаций, предусмотренных § 52 п. 1-4, не имеет места, то территориальной компетенцией обладает административный суд, в округе которого находится местонахождение ответчика.

#### с) Ошибки в компетенции

Если иск был подан в некомпетентный суд, то он не отклоняется, а перенаправляется судом по долгу службы в компетентный суд (§ 83 АПК в сочетании с § 17-17b Закона о судостроительстве Германии). То есть в этом отношении в административной юрисдикции действуют общие правила.

## 6. Процессуальная правоспособность (§ 61 АПК)

В § 63 в качестве участников указаны истец, ответчик, привлекаемое третье лицо и представитель публичных интересов. Тем самым названы все возможные участники, хотя, конечно, все эти возможные участники лишь в редких случаях действительно принимают участие в одном судебном процессе.

#### а) Истец и ответчик

В соответствии с § 61 п. 1 участниками судопроизводства могут быть физические и юридические лица. Основные участники, истец и ответчик, определяются предъявленным иском, причем независимо от того, является ли ответчик, указанный в иске, надлежащим ответчиком, имеет ли истец право на предъявление иска и т. д.

## 6. Процессуальная правоспособность (§ 61 АПК)

В большинстве случаев истцом является физическое лицо, а ответчиком — публичная корпорация как юридическое лицо. Это соответствует типичной ситуации в административном праве: публичная корпорация издает административный акт, обременяющий гражданина, который гражданин хочет оспорить.

Если истец не обладает процессуальной правоспособностью, то иск является недопустимым, независимо от вида иска или права, которое могло быть нарушено. Если же спор идет именно о наличии или отсутствии у истца процессуальной правоспособности, то для выяснения этого вопроса предполагается наличие правоспособности.

Со стороны ответчика процессуальная правоспособность обычно не является проблемой, поскольку каждый административный орган в принципе закреплен за процессуально правоспособной корпорацией, например за федеральной землей Тюрингия или городом Йена.

### в) Объединения

Согласно § 61 п. 2 объединения обладают процессуальной правоспособностью, если им может принадлежать какое-либо право. Данная формулировка обусловлена тем фактом, что публично-правовые права и обязанности не всегда предоставляются в соответствии с правоспособностью по гражданскому праву. Так, например, религиозная община, организованная как неправоспособное объединение, может обладать процессуальной правоспособностью в вопросе о том, может ли она сослаться на свободу религии в соответствии со ст. 4 Основного закона, поскольку это право, которое может быть присущим ей (свобода вероисповедания). То же самое относится, например, к местной ячейке политической партии, которая не обладает самостоятельной правоспособностью, в вопросе об использовании муниципального актового зала для проведения партийных мероприятий<sup>61</sup>.

<sup>61</sup> OVG Saarlouis, NVwZ-RR 1999, 218.

#### IV. Допустимость подачи иска в административный суд

##### с) Административные органы

Сами административные органы являются не юридическими лицами, а самостоятельными частями соответствующих субъектов публичного управления, которые в свою очередь могут быть юридическими лицами. Поэтому в принципе процессуальной правоспособностью обладают не они, а только субъект публичного управления, от имени которого они действуют (например, строительный орган города Йена сам не обладает процессуальной правоспособностью, таковой обладает только независимый город Йена, от имени которого действует данный административный орган).

§ 61 п. 3 допускает исключение из этого, если такое предусмотрено соответствующим земельным законодательством. Федеральные земли воспользовались этим правом, некоторые в полном объеме для всех административных органов (например, Бранденбург) или только для определенных административных органов (например, Саксония-Ангальт).

##### д) Привлекаемое третье лицо

Привлечение — это участие третьего лица в административном судопроизводстве, если его законные интересы затрагиваются решением. Его процессуальная правоспособность определяется § 61; в большинстве случаев таким участником является физическое лицо. В зависимости от характера затронутости прав третьего лица различают простое и необходимое привлечение. Однако в любом случае привлеченное третье лицо становится участником только в том случае, если суд примет такое решение своим определением и вручит (доставит) ему это определение (§ 65 ч. 4).

Основной целью привлечения третьего лица к участию является защита прав привлекаемого лица, поскольку его привлечение к участию препятствует принятию решения по его правам без его участия. Однако участие привлеченного третьего лица позволяет избежать возможных последующих судебных процессов и может прояснить все правовые вопросы в отношении всех участников

## 6. Процессуальная правоспособность (§ 61 АПК)

в рамках одного разбирательства, причем решение будет иметь законную силу для всех участников, т. е. и для привлеченного третьего лица (§ 121). С одной стороны, это позволяет избежать противоречивых решений, которые теоретически могут возникнуть в ходе двух отдельных судебных процессов, а с другой стороны, общая проблема быстрее доводится до решения, имеющего обязательный характер.

Простое привлечение третьего лица к участию является факультативным (§ 65 ч. 1); оно может быть осуществлено, но не является обязательным. В случае необходимого привлечения третьего лица к участию привлечение должно быть обязательно осуществлено, поскольку речь идет о случаях, когда третье лицо привлечено к участию в спорном правоотношении таким образом, что возможно лишь единое решение также и по отношению к нему (§ 65 ч. 2). Это имеет место всегда в том случае, если решение суда не может быть принято действительным образом без одновременного прямого и неизбежного формирования, подтверждения, установления или изменения прав третьего лица<sup>62</sup>. На практике такие дела часто возникают в спорах между конкурентами, т. е. когда спор идет о выгоде, льготе или разрешении, предоставляемых всего один раз, и когда помимо истца имеются другие претенденты<sup>63</sup>. В таком случае их необходимо привлечь к участию в качестве третьих лиц. Аналогичным образом собственник земельного участка всегда привлекается к участию, если другой собственник ведет судебный спор относительно спорного земельного участка.

Простое привлечение третьего лица к участию, с другой стороны, может (но не обязательно должно) быть осуществлено либо по заявлению третьего лица, либо самим судом по долгу службы. Однако необходимым условием для этого является также то, что затрагиваются собственные законные интересы привлекаемого третьего лица; одних лишь шансов на получение каких-либо выгод или правовых рефлексов недостаточно.

<sup>62</sup> Kopp/Schenke, VwGO. Kommentar, § 65 Rn. 14.

<sup>63</sup> BVerwG, DVBl. 1984, 91.

#### IV. Допустимость подачи иска в административный суд

Согласно § 66 привлечение третьего лица к участию в деле ведет к тому, что привлеченное третье лицо может самостоятельно использовать средства нападения и защиты в рамках ходатайств участника и юридически действительным образом совершать все процессуальные действия; однако отклоняющиеся ходатайства по существу дела такое лицо может подавать только в случае необходимого привлечения.

Поскольку решение суда, вступившее в законную силу, имеет силу и для привлеченного третьего лица (§ 121), оно также может обжаловать решение суда.

Если простое привлечение к разбирательству не производилось, хотя оно должно было быть осуществлено, то это не имеет никаких юридических последствий. Если не было осуществлено необходимое привлечение, то это может стать основанием для апелляции или кассации, при этом в конкретном случае, возможно, будет трудно доказать, что решение суда находится в причинной связи с неосуществленным привлечением (§ 132 ч. 2 п. 3).

#### е) Представитель публичных интересов

В соответствии с § 63 п. 4 представитель федеральных интересов в Федеральном административном суде или представитель публичных интересов, если он воспользуется своим правом на участие, также является участником. Представителю публичных интересов — в той мере, в какой это предусмотрено законом соответствующей федеральной земли<sup>64</sup>, — может быть поручено представительство земли или земельных органов в целом или только по конкретным делам. Даже в тех федеральных землях, которые еще предусматривают такую возможность, такое участие встречается довольно редко. В большинстве земель должность представителя публичных интересов упразднена, поскольку общественные интересы также представляют в принципе административные органы земли в судебном процессе.

---

<sup>64</sup> В настоящее время это предусмотрено только в федеральных землях Рейнланд-Пфальц, Тюрингия и Бавария.

## 7. Процессуальная дееспособность

Прокуратура не играет никакой роли в административном процессе. В частности, она не является органом по надзору над правоммерностью правоприменения другими органами или даже судами. Прокуратура — это орган, осуществляющий уголовное преследование и предъявление в суд обвинений по уголовным преступлениям; ее отрасль права — уголовное право. В административном судопроизводстве она может участвовать только в контексте административных споров, которые затрагивают ею саму. Это может произойти, например, когда речь идет о спорах между прокурорами и их работодателем в рамках законодательства о государственной службе.

Тот факт, что прокуратура не может осуществлять правовой надзор над деятельностью судов и, соответственно, не может подавать надзорные жалобы и т. п. на судебные решения, уже вытекает из принципа правового государства и заложенного в нем принципа разделения властей.

Однако тот факт, что она не может давать указания другим органам, даже если она считает, что по законодательству органы должны действовать иначе, является следствием четкого регулирования компетенций: налоговый орган разбирается в налоговых вопросах лучше, чем прокуратура. Семейные дела решает административный орган по делам семьи. Вопросы строительного права лучше решать в строительном ведомстве, а не в прокуратуре. Во всех этих случаях государство возложило выполнение определенных задач на специализированные органы со специально обученным персоналом. Общий прокурорский надзор свел бы на нет специализацию и связанные с ней достижения в области эффективности, знаний и качества государственного управления. В этом отношении в Германии, как и в большинстве других стран, действует следующее: прокуратура не играет никакой роли в административном праве.

## 7. Процессуальная дееспособность

Процессуальная дееспособность — это дееспособность в рамках судопроизводства, т. е. способность совершать действительные

#### IV. Допустимость подачи иска в административный суд

процессуальные действия. Процессуальная дееспособность истца является обязательным условием допустимости иска. Если истец не в состоянии сам подать иск, то он может вести дело через законного представителя или процессуального представителя. Юридические лица также должны быть представлены процессуальным представителем.

Согласно § 62 ч. 1 п. 1 лица, обладающие дееспособностью в соответствии с гражданским законодательством, являются процессуально дееспособными в административном судопроизводстве. Если лица ограничены в своей дееспособности в соответствии с гражданским законодательством, то они, тем не менее, являются процессуально дееспособными в административном судопроизводстве в той мере, в какой они признаны правоспособными в отношении предмета разбирательства на основании специальных положений (§ 62 ч. 1 п. 2). Так, например, 16-летний подросток, хотя он еще не полностью дееспособен в соответствии с гражданским законодательством, тем не менее не обязан участвовать через представителя в административном судопроизводстве, в котором оспаривается участие в школьных уроках религии, а может вести процесс сам, поскольку ст. 5 Закона о религиозном образовании детей предусматривает для подростков ограниченную дееспособность по таким религиозным вопросам.

Ассоциации и административные органы действуют через своих законных представителей и правления (§ 62 ч. 3). Кто является представителем в каждом конкретном случае, зависит от соответствующих положений закона. Например, Закон Германии об акционерных обществах в § 78 устанавливает, что акционерное общество представляется правлением; Закон Германии об обществах с ограниченной ответственностью в § 35 устанавливает, что управляющий директор представляет ООО.

## 8. Процессуальное представительство (§ 67)

В административном судопроизводстве участники, как правило, не обязаны иметь представителя, поэтому стороны могут сами вести процесс в административном суде (§ 67 ч. 1). Только в Высшем



## 9. Предварительное производство

административном суде федеральной земли и Федеральном административном суде представительство является обязательным (§ 67 ч. 4), т. е. участник обязан иметь представителя, как правило это адвокат.

Независимо от этого, согласно § 67 ч. 2 каждый участник в любой стадии производства, в том числе и в административном суде в первой инстанции, может быть представлен адвокатом или преподавателем вуза. § 67 ч. 2 также предусматривает более широкие представительские полномочия для определенных специальных профессиональных групп в определенных категориях дел (например, налоговые консультанты в налоговых спорах).

В соответствии с § 67 ч. 6 доверенность должна быть представлена суду в письменном виде для прикрепления к материалам дела. Наличие доверенности проверяется судом по долгу службы; однако доверенность может быть представлена и позже, для чего суд может установить срок. Если доверенность представлена, то все уведомления или сообщения адресуются процессуальному представителю.

## 9. Предварительное производство (§ 68 и след.)

### а) Общие положения

Предварительное производство — также называемое процедурой досудебного обжалования — регулируется § 68 и след. АПК, хотя это — административная процедура, проводимая в административном органе. Поэтому с точки зрения систематики это производство также можно было бы урегулировать в ЗАП, как это сделано в некоторых других странах. Однако немецкий законодатель решил регламентировать предварительное производство в АПК, поскольку оно является обязательным условием допустимости иска в случае исков об оспаривании и принуждении. Без проведения процедуры досудебного обжалования не допускается подача иска в суд и не может быть вынесено судебное решение по существу. В этом отношении предварительное производство — в дополнение ко всем другим

#### IV. Допустимость подачи иска в административный суд

предпосылкам допустимости иска, таким как право на подачу иска, форма, сроки и т. д. — также регулируется в АПК.

Предварительное производство, которое в соответствии с § 68 ч. 1 и 2, как правило, требуется только для исков об оспаривании и исков о принуждении, начинается с подачи досудебной жалобы (§ 69). В соответствии с § 70 ч. 1 досудебная жалоба должна подаваться в течение одного месяца после объявления административного акта адресату в письменной, электронной форме или под запись в административный орган, издавший административный акт, при этом данный срок соблюдается также в том случае, если досудебная жалоба подается в орган, который должен принять решение по жалобе. Что касается срока, то действуют общие положения о течении срока и о восстановлении пропущенного срока, если срок был пропущен без вины (§ 70 ч. 2 в сочетании с § 58, 60). Процедура досудебного обжалования не требуется даже в случае исков об оспаривании или о принуждении, если административный акт был издан высшим федеральным органом или высшим земельным органом, если закон прямо не предписывает этого или если решение административного органа об устранении допущенной ошибки или решение вышестоящего органа по досудебной жалобе впервые содержит обременение. И наоборот, специальный закон может также предусматривать для определенных областей права, что, помимо § 68 АПК, прохождение досудебного обжалования является предварительным условием допустимости иска не только в случае исков об оспаривании и принуждении, но и для всех видов исков (например, в законодательстве о государственной службе в соответствии с § 54 ч. 2 Закона о статусе чиновника).

#### в) Последствия досудебной жалобы

Подача досудебной жалобы не приостанавливает вступление в силу оспариваемого административного акта, а только «вступление в окончательную силу», т. е. вступление неоспоримости («отлагательный эффект»). Таким образом, как правило, исполнение административного акта временно невозможно. То есть

## 9. Предварительное производство

приостанавливается только возможность принудительного исполнения; действие административного акта остается незатронутым (§ 43 ЗАП). Кроме того, поданная досудебная жалоба имеет так называемый деволютивный эффект. Это означает, что по общему правилу окончательное решение по жалобе принимает не первоначальный орган, а следующий вышестоящий орган (§ 73 ч. 1 п. 1), учитывая, что досудебная жалоба должна быть сначала подана в первоначальный орган (§ 70 ч. 1 предложение 1) или должна быть сначала представлена органом, рассматривающим жалобу, в первоначальный орган, который затем рассматривает вопрос, считать ли досудебную жалобу обоснованной. В этом случае он удовлетворяет жалобу и принимает решение о расходах производства (§ 72). Если же административный орган остается при своем мнении и не намерен удовлетворять жалобу, то он передает жалобу в следующий вышестоящий орган для принятия решения (§ 73 ч. 1, «деволютивный эффект»). В исключительных случаях решение по жалобе принимает и сам первоначальный орган (но обычно это делает специальный отдел органа, так что решение принимает, по меньшей мере, другое должностное лицо), а именно тогда, когда это отдельно предусмотрено законом или если следующим вышестоящим органом является высший федеральный или земельный орган (§ 73 ч. 1 п. 2).

### с) Объем проверки и решение

В рамках процедуры досудебного обжалования проверяется правомерность и целесообразность оспариваемого или запрашиваемого административного акта (§ 68 ч. 1 предложение 1). Во многих случаях это является значительным преимуществом для истца по сравнению с исковым производством, в котором по соображениям разделения властей в рамках принципа правового государства может быть рассмотрена только правомерность, но не целесообразность административного решения. На практике, однако, часто речь идет о проверке дискреционных решений, в которых соображения целесообразности играют большую роль. В таких случаях в суде может

#### IV. Допустимость подачи иска в административный суд

быть рассмотрено только превышение пределов дискреционных полномочий, предоставленных законом (§ 114). С другой стороны, административный орган может перепроверить дискреционное решение в полном объеме, а также отменить или изменить решение, которое является правомерным, но представляется ему нецелесообразным.

В рамках процедуры досудебного обжалования первоначальный орган или орган, рассмотревший жалобу, выносит решение об устранении допущенной ошибки (§ 72). В противном случае органом, рассмотревшим жалобу, выносится решение по жалобе, которое должно быть обосновано, содержать разъяснение права его обжалования и быть вручено (доставлено) адресату (§ 73 ч. 3).

Затем истец подает иск об оспаривании первоначального административного решения в форме, которую тот обрел в решении по жалобе (§ 79 ч. 1 п. 1). Это означает, что первоначальное решение и решение по жалобе образуют единый предмет иска.

Если же решение об устранении допущенной ошибки или решение по жалобе впервые содержит обременение (например, если в ходе процедуры досудебного обжалования разрешение на строительство истца отменяется на основании иска соседа), то иск направлен только против решения об устранении допущенной ошибки или решения по жалобе (§ 79 ч. 1 п. 2). То же самое относится к случаям, когда решение по досудебной жалобе содержит самостоятельное дополнительное обременение по сравнению с первоначальным административным актом (§ 79 ч. 2, так называемая *reformatio in peius*)<sup>65</sup>.

Если истец подал досудебную жалобу, но административный орган не принимает решения по жалобе, то истец все равно может подать иск (§ 75). Однако этот так называемый иск против бездействия возможен не ранее, чем через три месяца после подачи досудебной жалобы.

---

<sup>65</sup> Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, § 79 Rn. 14.

## **10. Срок для подачи иска (§ 74, 75)**

### **а) Общие положения**

Наличие срока для предъявления иска и его продолжительность зависят от соответствующего вида иска. Срок для подачи иска предназначен для обеспечения правовой определенности для всех участников по истечении определенного периода времени. С истечением срока для подачи иска, предусмотренного законом, законодатель даже в случае противоправных административных действий отдаст приоритет правовой надежности и, при необходимости, защите доверия перед законностью действий административных органов. Оба эти принципа являются подпринципами принципа правового государства, которые законодатель уравнивает, устанавливая срок для подачи иска. Срок для подачи иска имеет особое значение в случае исков об оспаривании и исков о принуждении, когда по истечении срока административные акты вступают в законную силу и по общему правилу не подлежат оспариванию или отмене либо подлежат оспариванию или отмене только при выполнении специальных требований.

### **б) Иск об оспаривании и иск о принуждении**

Иск об оспаривании должен быть подан в течение одного месяца после вручения решения по досудебной жалобе, а если такое решение не требуется в соответствии с § 68, то в течение одного месяца после объявления административного акта адресату (§ 74 ч. 1). В соответствии с § 74 ч. 2 это относится, соответственно, и к иску о принуждении, если в удовлетворении ходатайства об издании административного акта было отказано.

В соответствии с § 58 ч. 1 месячный срок применяется только в том случае, если участник был письменно проинформирован о своем праве обжалования административного акта и суде, в который необходимо подавать иск, месте и сроке, который необходимо соблюсти. Если такое разъяснение права обжалования отсутствует

#### IV. Допустимость подачи иска в административный суд

полностью или является неполным или ошибочным, то вместо месячного срока применяется срок в один год, если только в течение одного года обстоятельства непреодолимой силы не препятствовали подаче иска или если было предоставлено письменное или электронное разъяснение права обжалования о том, что право на обжалование отсутствует (§ 58 ч. 2).

Если административный акт не был вручен какому-либо участнику, то для него срок для подачи иска (включая годичный срок по § 58) не начинает идти. Если участник, например сосед застройщика, узнает о содержании административного акта после начала строительства, то фактический срок для подачи иска в смысле § 74 не начинает идти; однако и в этих случаях возможность предъявления иска не является бессрочной. В таких случаях применяется правовой институт утраты права, согласно которому потребность в правовой защите отпадает, если истец больше не заинтересован в защите своего права, а заинтересован только в причинении вреда противнику или третьему лицу. Этот так называемый запрет на злоупотребление правом означает, что третье лицо, которому не было вручено разрешение на строительство здания на соседнем участке и поэтому для него срок для подачи иска в соответствии с § 74 не начинает идти, не может просто ждать, пока построят 20 этажей, а затем оспаривать разрешение на строительство, хотя он видел, что строительный котлован вырыт и, возможно, уже начались строительные работы. По общему правилу третье лицо в таком случае должно действовать, как только оно узнало об ущемлении своего права, хотя срок для утраты права оспаривания не может быть короче срока для подачи иска, на который это лицо имело бы право, если бы разрешение на строительство было вручено надлежащим образом. Как правило, годичный период, предусмотренный § 58, также является приблизительным ориентиром для определения срока утраты права на обжалование, при этом в зависимости от обстоятельств конкретного дела решится вопрос о том, наступит ли утрата права на обжалование по истечении более короткого или более длительного периода времени. Здесь необходимо взвесить интересы заинтересованных лиц и общественные интересы.

### с) Другие виды иска

По общему правилу в отношении других видов исков срока для их предъявления не существует, если только такой срок не предусмотрен в виде исключения специальными законами для отдельных областей права. Однако это не означает, что иски могут подаваться в течение неограниченного периода времени. Напротив, здесь также применяется правовой институт утраты права оспаривания. Поэтому в качестве ориентира можно в принципе сказать, что право на предъявление иска может быть утрачено, если лицо знает о своих возможностях правовой защиты и намеренно не использует их, например чтобы увеличить ущерб третьим лицам в результате дальнейшего ожидания. Аналогичным образом, лицо больше не сможет ссылаться на правовую защиту, если своими действиями оно само дало понять, что согласно с данным административным действием и не намерено его (больше) оспаривать, так называемый запрет *venire contra factum proprium*. В этом отношении годичный срок в соответствии с § 58 может быть приблизительным ориентиром, при этом всегда должны учитываться обстоятельства конкретного дела, которые могут привести к более длительному сроку утраты права оспаривания.

В случае иска о признании неправомерным исчерпавшего себя административного акта проблемы срока не существует, если исчерпанность наступает после подачи иска. В этом случае продолжают действовать сроки для подачи иска об оспаривании или иска о принуждении, которые действовали до наступления исчерпанности, поскольку недопустимый иск об оспаривании или иск о принуждении не может стать допустимым иском о признании неправомерным исчерпавшего себя административного акта только потому, что акт исчерпал себя. Если исчерпанность наступает еще до подачи иска, то некий срок косвенно возникает в результате того, что административный акт на момент его исчерпания может быть еще оспорен или еще не должен быть вступившим в законную силу. В противном случае срок для подачи досудебной жалобы будет обойден исчерпанием административного акта. Если административный акт

#### IV. Допустимость подачи иска в административный суд

больше не подлежит оспариванию, тогда такой иск является недопустимым не потому, что пропущен срок подачи иска, а потому, что не соблюдена процедура досудебного обжалования<sup>66</sup>.

### 11. Общая потребность в правовой защите

По общему правилу судебная правовая защита предоставляется только в том случае, если это действительно необходимо для обеспечения соблюдения прав или для защиты от их ущемления. Это относится к административной юрисдикции так же, как и ко всем другим юрисдикциям. В результате нормирования в законе многих (специальных) требований допустимости иска, как правило, почти ничего не остается для проверки общей потребности в правовой защите. Сегодня общая потребность в правовой защите скорее служит в качестве всеобъемлющей «запасной» категории для исключения случаев излишнего обращения к судебной правовой защите или злоупотребления ею.

Что касается общей потребности в правовой защите, которая не регулируется законом, а вытекает из смысла конституционно гарантированной правовой защиты (ст. 19 ч. 4 Основного закона), то обычно различают три группы случаев, в которых такая потребность отсутствует:

- если истец может добиться успеха более легкими средствами или уже достиг своей фактической цели;
- если истец не может (более) достичь своей фактической цели с помощью иска или
- если использование судебной правовой защиты является ее злоупотреблением, например, из-за истечения времени или предыдущего поведения истца (запрет *venire contra factum proprium*).

К первой группе случаев относится, например, тот самоочевидный факт, что истец перед подачей иска должен был сначала

<sup>66</sup> BVerwGE 26, 161, 167.



## 12. Ненахождение в производстве суда

обратиться в административный орган с заявлением о предоставлении ему желаемого блага, так как это более простой вариант отстаивания своего права по сравнению с судебной правовой защитой.

Третья группа случаев в основном включает случаи злоупотребления правом.

Однако в суде общая потребность в правовой защите рассматривается только при наличии особой причины, поскольку в принципе можно предположить, что существенные условия для предоставления судебной правовой защиты охватываются требованиями допустимости иска, стандартизированными в законах<sup>67</sup>.

## **12. Ненахождение в производстве суда / отсутствие препятствующей законной силы**

Иск принимается только в том случае, если он не находится уже в производстве другого суда. Это относится ко всем юрисдикциям и поэтому регулируется в целом § 17 ч. 1 предложением 2 Закона о судоустройстве. Иск находится в производстве другого суда, если он был подан теми же сторонами по тому же предмету в другой суд. Поэтому в первую очередь речь идет об идентичности предмета спора.

Даже если судебное разбирательство по идентичному предмету спора уже завершено и решение уже вступило в законную силу, это препятствует допустимости дальнейшего иска. Решающим фактором в этом отношении также является идентичность предмета спора. Если по тому же предмету спора уже было вынесено решение, то материальная законная сила первого судебного решения не только препятствует принятию иного по содержанию решения в рамках второго судопроизводства, более того, второе производство уже является недопустимым (§ 121)<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> BVerwG, NVwZ 1989, 673.

<sup>68</sup> BVerwG, NVwZ 1986, 293.

#### IV. Допустимость подачи иска в административный суд

Исключение делается только в том случае, если административный орган издал новый административный акт с тем же содержанием, игнорируя законную силу ранее принятого судебного решения. Если такой новый административный акт существует, то он может быть оспорен истцом также в суде с помощью иска об оспаривании.