

Методика рассмотрения административных дел в Германии

Method of reviewing administrative cases in Germany

Йорг Пуделька,

Судья, г. Берлин, Руководитель проекта GIZ «Поддержка правовой
государственности в странах Центральной Азии», доктор права

Dr. Jörg Pudelka,

Judge, Berlin, Manager of the GIZ project

“Promotion of the Rule of Law in Central Asia”

Аннотация: В статье раскрывается методика рассмотрения административных дел в Германии, которая подразделяется на оценку допустимости и обоснованности исков. В первом случае проверяются «формальные» предпосылки для обращения в суд, а на втором этапе осуществляется проверка «материальных» вопросов, т. е. содержания. Автором показывается четкая схема проверки административных исков, а также особенности данной методики в зависимости от отдельных видов исков. Так, проверка обоснованности иска об оспаривании содержит следующие критерии: правовая основа; формальная правомерность, материальная правомерность, нарушение собственных прав истца.

Ключевые слова: допустимость иска, обоснованность иска, право на подачу иска, виды административных исков, формальная и материальная правомерность.

Abstract: *The article reveals methodology of reviewing administrative cases in Germany, which is divided into the assessment of admissibility and validity of claims. In the first case the “formal” prerequisites of the right to turn to the court are checked, and at the second stage “substantive” issues, i. e. the content, are checked. The author shows a clear scheme of verification administrative claims, as well as the peculiarities of this methodology depending on an individual types of claims. Thus, the verification of the validity of a claim contains the following criteria: legal basis; formal legality, substantive legality, violation of the plaintiff’s own rights.*

Key words: *Admissibility of claim, validity of claim, right to submit the application, types of administrative applications, formal and substantive validity.*

1. Введение

Структура рассмотрения дел по административному праву — одна из первых вещей, которую студенты изучают в Германии. Как только они усвоили эту структуру, все знания материального или процессуального права вписываются в нее. Овладение этой структурой не только облегчает приобретение знаний, поскольку можно хранить новые знания в логическом порядке, как в ящиках шкафа. Применение этой структуры облегчает общение административных юристов друг с другом; все судебные решения следуют схожей и логически организованной структуре, что делает применение закона в целом не только проще, но и понятнее для всех.

2. Допустимость и обоснованность административных исков

В Германии изучение шансов на успех административного судопроизводства осуществляется по строгой схеме. Оно всегда делится на допустимость и обоснованность иска.

При этом под допустимостью понимаются все «формальные» предпосылки для обращения в суд, в то время как обоснованность касается «материальных» вопросов, т. е. содержания. При проверке допустимости, например, изучается, носит ли спор вообще административный характер или не является ли он гражданско-правовым или уголовно-правовым спором (включая административные правонарушения). Сюда также относятся такие вопросы, как соблюдение формы и сроков, вид иска, имеет ли истец право на подачу иска или были ли проведены необходимые внесудебные предварительные процедуры.

Только при соблюдении всех этих требований допустимости осуществляется проверка материально-правового требования истца, т. е.

обоснованности иска. Если же одно или несколько требований допустимости иска не соблюдены, суд отклоняет иск как недопустимый. После этого вопрос обоснованности иска больше не проверяется. Однако в любом случае выносится судебный акт. Суд не может просто вернуть поданные исковые ходатайства и документы, если он считает иск недопустимым. По всем ходатайствам должно быть принято решение (если они не были отозваны после соответствующей подсказки суда).

Поскольку обоснованность не проверяется, то окончательное решение по предмету спора, имеющее законную силу, также не выносится, что означает, что истец может обратиться в суд повторно, устранив ошибку, касающуюся допустимости иска (например, если проведет необходимое досудебное производство или соблюдет необходимую форму, которая до сих пор не была соблюдена). Если иск после этого будет принят к производству, то суд также изучит его обоснованность, причем первое отрицательное решение не будет этому мешать, поскольку первое решение вообще не касалось вопросов обоснованности иска.

Если иск является допустимым, то нет необходимости в вынесении судом промежуточного решения; суд переходит непосредственно к изучению обоснованности иска. В частности, нет необходимости в том, чтобы суд «принял» исковое заявление. В момент подачи иски уже находятся в производстве и остаются таковыми до тех пор, пока суд не вынесет по ним решение. Ни суд не должен официально подтверждать это, ни истец не должен каким-либо образом подтверждать, что намерен и далее поддержать свои допустимые исковые требования.

При изучении обоснованности иска суд проверяет, является ли исковое требование истца юридически оправданным или обоснованным. Например, здесь будет изучаться вопрос о том, имеет ли истец действительно право на получение вида на жительство или предоставление ему субсидии («положительная» ситуация или ситуация обязанности административного органа предоставить ему выгоду). В «отрицательной» ситуации или ситуации оспаривания обременяющего административного акта суд будет изучать вопрос о том, является ли оспариваемый административный акт неправомерным и нарушает ли он права истца.

Если иск является допустимым и обоснованным, то суд удовлетворяет его. Если иск обоснован лишь частично, то он подлежит удовлетворению только в этой части. При этом суд, как правило, выносит решение по делу (по ходатайствам в рамках дел о принятии обеспечительных мер — определение). Решения обретают законную силу и становятся обязательными для всех участвующих лиц, связывая их и их правопреемников (§ 121 АПК).

Поэтому для рассмотрения административно-правовых исков рекомендуется следующая схема. Пункты, выделенные жирным шрифтом, принципиально необходимо всегда изучать и рассматривать; остальные пункты следует рассматривать только при необходимости:

А) Допустимость (принятия к производству)

- I. Надлежащая подача иска
- II. Судебная система Германии (§ 173 АПК в сочетании с § 18 и далее Закона о судостроительстве Германии)
- III. Допустимость рассмотрения дела в рамках административного правосудия
- IV. Допустимый вид иска
- V. Право на иск (субъективное право)
- VI. Предметная, территориальная и инстанционная компетенция
- VII. Участники
- VIII. Представительство в процессе (§ 62, 67)
- IX. Досудебное обжалование (§ 68 и след.)
- X. Срок для подачи иска (§ 74, 75)
- XI. Общая потребность в правовой защите
- XII. Отсутствие статуса нахождения в производстве / отсутствие вступившего в законную силу решения по аналогичному предмету

В) Обоснованность

- I. Правовая основа
- II. Формальная правомерность
- III. Материальная правомерность
- IV. Нарушение собственных прав

3. Некоторые вопросы допустимости и обоснованности

а) вид 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, первые четыре из которых («классические») фактически все АПК всех стран признают:

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

Кроме того, существуют возможности превентивной правовой защиты (превентивный иск о несовершении определенного действия)¹ 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 исковом заявлении или что конкретно он говорит в судебном заседании: согласно § 88 АПК Германии суд не связан формулировками исковых ходатайств. Напротив, суд должен путем толкования

¹ В Казахстане это подслучай иска о принуждении, если речь идет о защите от не-издания административного акта, см. ст. 133 ч. 2 АППК РК.

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

б) обоснованность иска (об оспаривании)

Хотя требования допустимости аналогичны для всех видов иска или ходатайств, а некоторых из них применимы к одним видам исков и не применимы к другим, структура проверки обоснованности разных видов иска существенно отличается друг от друга. будет представлена обоснованность иска об оспаривании².

Если выполнены все предпосылки допустимости иска об оспаривании, то административный суд обязан принять решение по существу, т. е. — относительно обоснованности иска. В случае отсутствия одной из предпосылок допустимости иска административный суд отклоняет иск как недопустимый. В таком случае вообще нет необходимости рассматривать обоснованность иска; мотивировочная часть решения рассматривает только предпосылки допустимости иска и излагает, почему они считаются невыполненными.

аа) Схема проверки обоснованности иска об оспаривании

Проверка обоснованности иска об оспаривании осуществляется по следующей схеме:

- A) Правовая основа**
- B) Формальная правомерность**
 - a. Компетенция
 - b. Процедура
 - c. Форма
- C) Материальная правомерность**
 - a. Фактические предпосылки правовой основы
 - b. Усмотрение
 - c. Соразмерность
- D) Нарушение собственных прав истца**

² Касательно других видов иска и структуры проверки их обоснованности: Пуделька Й. Административное право Германии. Т. 2.

ab) Правовая основа

В случае иска об оспаривании иск направлен против административного акта, который обременяет истца. Из закрепленного в Конституции принципа правового государства уже следует, что любая мера, которая конкретно обременяет гражданина, требует наличия правовой основы. Поэтому необходим, как правило, закон, дающий административному органу право вмешательства в права истца. На данном этапе проверки необходимо найти и, по меньшей мере, упомянуть этот закон. Вопрос о том, обосновывает ли он вмешательство на самом деле, является вопросом юридической квалификации фактического состава и будет подробно рассмотрен позже. Если с любой точки зрения нет закона, который мог бы оправдать вмешательство в права истца, то уже на этом этапе иск является обоснованным.

Конечно, в качестве правовой основы может рассматриваться также и подзаконная норма, но она, в свою очередь, должна быть основана на законе.

ac) Формальная правомерность

На этапе формальной правомерности необходимо проверить, выполнил ли административный орган все формальные требования для издания обременяющего административного акта.

a. Компетенция

Во-первых, действие должно быть совершено компетентным административным органом. Компетенция административного органа в этом отношении определяется либо общими положениями права административных процедур, либо положениями специального закона, если таковые существуют. Если действие совершает некомпетентный орган, то административный акт является неправомерным.

b. Процедура

Кроме того, проверяется соблюдение всех процедурных норм. В основном это процедурные положения ЗАП; однако в специальном законе могут быть предусмотрены дополнительные процедурные правила. При издании обременяющего административного акта особое

значение отводится заслушиванию сторон в соответствии с § 28 ЗАП Германии³. По общему правилу в соответствии с разделом 28 ч. 1 ЗАП адресату обременяющего административного акта должна быть предоставлена возможность высказать свое мнение до издания административного акта. Обычно это делается в письменной форме, в которой административный орган четко информирует гражданина о том, какой административный акт и на каком основании орган намерен издать. Часто орган просто прикладывает проект предполагаемого административного акта к своему письму, направляемому адресату в целях его заслушивания. Существуют исключения из этого требования о заслушивании (§ 28 ч. 2 и 3 ЗАП), например для мер принудительного исполнения или неотложных мер.

Если заслушивание адресата было необходимо, но не было проведено, то необходимо проверить, была ли исправлена эта ошибка. Например, заслушивание может быть проведено задним числом в соответствии со ст. 45 ч. 1 п. 3 ЗАП, причем не обязательно в явном виде. Напротив, достаточно конклюдентного заслушивания задним числом, например посредством того, что у истца была возможность представить свою точку зрения. Это могло также произойти вместе с подачей досудебной жалобы⁴.

с. Форма

Помимо этого административный акт должен быть издан в правильной форме. По общему правилу согласно § 10 ЗАП действует принцип свободной формы, так что сам административный орган может решить издавать административный акт устно, письменно, конклюдентно или иным способом. Однако в определенных отраслях права существуют нормы специальных законов, требующие определенной формы (например, разрешение на строительство должно быть выдано в письменной форме⁵); во всех остальных случаях применяется ст. 37 ч. 2–5 ЗАП.

³ См. по данному вопросу подробно: Пуделька Й. Административное право Германии. Т. 1. II. 5. d).

⁴ Пуделька Й. Административное право Германии. Т. 1. II. 7. b) bb).

⁵ См., например, § 71 ч. 2 Строительного кодекса Тюрингии.

Кроме того, содержание административного акта должно быть достаточно определенным, чтобы, с одной стороны, адресат мог понять, что от него ожидается; с другой стороны, административный акт должен быть настолько определенным, чтобы в случае его нарушения адресатом содержание административного акта могло быть исполнено в принудительном порядке (§ 37 ч. 1 ЗАП).

К формальным требованиям также относится обоснование административного акта (§ 39 ЗАП). В рамках формальной правомерности, однако, не имеет значения, является ли обоснование юридически правильным или правильным по своему содержанию. Проверяются только формальные требования, например, содержит ли административный акт вообще обоснование и изложены ли в этом обосновании понятным образом основные фактические и юридические основания, побудившие административный орган принять свое решение, а в случае дискреционных решений административного органа — были ли указаны аспекты, из которых административный орган исходил при осуществлении своего усмотрения (§ 39 ч. 1 ЗАП). То есть недостаточно того, что орган просто перепечатывает текст закона в административном акте или перефразирует его. Орган обязан объяснить применение нормы закона к конкретному случаю и обосновывать, почему и на основании каких фактов он издал данный административный акт.

Отсутствующее обоснование также может быть предоставлено задним числом, что является исправлением данной ошибки (§ 45 ч. 1 предложение 2 ЗАП); отсутствие обоснования может даже считаться несущественным (§ 46 ЗАП).

ad) Материальная правомерность

а. Фактические предпосылки правовой основы

В контексте проверки материальной правомерности необходимо более тщательно изучить правовое основание и проверить, действительно ли оно обосновывает меру административного органа. Для этого правовая основа подлежит толкованию и применению к конкретным фактам дела (субсумация).

При толковании нормы могут возникнуть неопределенные правовые понятия, требующие конкретизации (например, «пригодность», «опасность», «общественная безопасность», «надежность» и т. д.)⁶. В связи с этим возникает вопрос о том, в какой степени судом может быть перепроверено толкование неопределенных правовых понятий административным органом.

Согласно представленной в литературе точке зрения неопределенные правовые понятия должны подлежать лишь ограниченной судебной перепроверке, поскольку административным органам законодателем предоставлен определенный диапазон свободной оценки, который и должен оставаться у них⁷.

Однако сегодня судебная практика и преобладающая часть литературы придерживаются мнения, что в правовом государстве полномочие на обязательное толкование неопределенных правовых понятий и на юридическую квалификацию фактических обстоятельств дела является одной из типичных задач суда. Как правило, суд должен иметь возможность перепроверить любое применение закона административными органами на предмет его правомерности. Если бы сфера судебной перепроверки изначально была ограничена некой проверкой разумности или логичности, то это значительно обесценило бы правовую защиту, которая, согласно ст. 19 ч. 4 Основного закона («право на судебную защиту»), принципиально должна быть сплошной⁸.

Таким образом, сегодня предполагается, что неопределенные правовые понятия, как правило, также подлежат полному судебному контролю и что в этом отношении у административного органа не существует диапазона свободной оценки, не подлежащего судебному контролю. Однако существуют исключения, объем которых в конкретном случае бывает спорным. Такие исключительные случаи, в которых у административного органа сохраняется свобода

⁶ См. ежегодник публичного права. Т. IV (2017) с многочисленными статьями на тему оценочных понятий в административном праве.

⁷ Bachof, JZ 1955, 98 и след.

⁸ BVerwG, GewArchiv 1994, 324.

оценки, не подлежащая полной судебной перепроверке, признаются, прежде всего, в следующих ситуациях:

- административные решения, для принятия которых требуется политическое решение (например, разрешение на импорт в соответствии с Законом о внешней торговле);
- техническое право, если закон в целях конкретизации неопределенных правовых понятий прямо отсылает к административным регламентам⁹;
- экзаменационные решения (из-за того, что суд лишь в ограниченном объеме может реконструировать ситуацию, существовавшую на экзамене);
- служебная аттестация чиновников;
- четко прописанное в законе предписание о наличии диапазона свободной оценки.

Однако даже в этих исключительных случаях существует судебно-правовая защита. Однако она ограничена формальными ошибками, допущенными со стороны административного органа в рамках оценки. Разумеется, суд вправе проверить, правильно ли административный орган вообще понял и истолковал неопределенное правовое понятие, соблюдал ли он общеобязательные принципы оценки, учел ли все интересы, имеющие значение для решения, и воздержался ли от посторонних соображений¹⁰.

b. Усмотрение¹¹

Если условия фактического состава правовой основы выполнены, то административный орган должен определить правовые последствия. Часто закон не предусматривает какое-то одно возможное правовое последствие, а предоставляет административному органу усмотрение в выборе правового последствия. Такое усмотрение не является правом на произвол: административный орган должен

⁹ Напр., в Федеральном законе об охране окружающей среды от вредных выбросов в отношении предельных значений.

¹⁰ Schenke, *Verwaltungsprozessrecht*, Rn. 772 и след.

¹¹ Относительно проблематики усмотрения см. также Ежегодник публичного права. Т. IV (2017) с многочисленными статьями.

всегда осуществлять усмотрение в соответствии с целью правовой основы и при этом соблюдать установленные законом пределы усмотрения (§ 40 ЗАП). Однако судебная перепроверка осуществления служебного усмотрения ограничена. Это уже вытекает из гарантированного Конституцией принципа правового государства, точнее, из его подпринципа разделения властей. В соответствии с этим суды призваны проверять правомерное применение права, но они не вправе принимать административные решения вместо административного органа. Поэтому при проверке дискреционных решений суды не могут руководствоваться собственными соображениями относительно целесообразности, а согласно § 114 АПК могут только проверять, соблюдал ли административный орган законные пределы усмотрения в смысле § 40 ЗАП. Если это так, то решение является правомерным независимо от того, насколько целесообразным хотелось бы считать данное решение. Однако если пределы усмотрения превышены, то административный акт является неправомерным.

Для перепроверки дискреционного решения административного органа особое значение имеют разъяснения административного органа в обосновании административного акта, поскольку он должен изложить там аспекты, которыми он руководствуется (§ 39 ЗАП). Однако § 114 предложение 3 АПК позволяет административному органу дополнять свои дискреционные соображения в отношении оспариваемого административного акта даже в рамках административного судопроизводства.

Предоставление дискреционных полномочий, как правило, можно распознать уже по формулировке в законе («административный орган может», «вправе/имеет право», «уполномочен» и т. п.). Иногда, однако, только толкование нормы, при необходимости также в свете Конституции, ведет к тому, что административный орган должен быть наделен дискреционными полномочиями. По общему правилу предполагаются следующие дискреционные ошибки, наличие которых полностью перепроверяется судами:

- ошибочное неприменение усмотрения;
- превышение пределов усмотрения;
- ошибочное использование усмотрения.

В случае ошибочного неприменения усмотрения административный орган не осознает, что обладает дискреционными полномочиями, и поэтому не принимает дискреционное решение на основе фактов в конкретном случае. Как правило, такую грубую ошибку легко установить.

Превышение пределов усмотрения имеет место, когда административный орган осознает, что ему предоставлены дискреционные полномочия, но выходит за рамки предоставленных дискреционных полномочий. Это правило действует в обоих направлениях («вверх» и «вниз»), так что также часто упоминаемый выход за нижний предел усмотрения на самом деле является лишь подвидом рассматриваемой здесь ошибки.

Пример: законодательный акт разрешает начислять суммы в размере от 50 до 500 евро. Как 45, так и 505 евро недопустимы, так как выходят за установленные пределы.

В случае ошибочного использования усмотрения административный орган признает, что закон наделяет его дискреционными полномочиями, он также использует эти полномочия и не нарушает формальные пределы усмотрения, т. е. не выходит за установленные пределы дискреционных полномочий. Однако он игнорирует существенные аспекты, имеющие значение для принятия решения, так что в конечном итоге принятое им решение основывается на неполной фактической базе и по этой причине является ошибочным. Если бы административный орган принял во внимание все значимые обстоятельства, то дискреционное решение, основанное на соображениях целесообразности, могло бы оказаться другим.

Пример: полиция, вызванная на место, где существует некая опасная ситуация, проводит неполное расследование и на этом основании решает не вмешиваться, потому что дело обстоит «не так уж и плохо».

Другой случай ошибочного использования усмотрения, который иногда относят к отдельной группе ошибок под названием «непропорциональность усмотрения», — это когда административный орган осознает наличие у него дискреционных полномочий, соблюдает формальные пределы усмотрения, а также учитывает все факты,

имеющие значение для принятия решения, но при этом неправильно взвешивает эти существенные аспекты. В этом контексте, в частности, конституционно-правовые оценки могут привести к тому, что в отдельных случаях определенным аспектам может придаваться больший вес, чем другим.

Наконец, это, конечно, также является дискреционной ошибкой, если административный орган относительно аспектов, имеющих значение для применения усмотрения, принимает во внимание соображения, не имеющие отношения к делу.

Пример: полиция, вызванная из-за некой ссоры, решает отвезти привлекательную блондинку Б в полицейский участок и тем самым прекратить спор, так как сотрудник полиции хотел бы поближе познакомиться с ней.

Во всех случаях наличия дискреционной ошибки административный акт является неправомерным, что приведет к судебной отмене при условии, что при этом нарушены права самого истца.

*с. Соразмерность*¹²

Особенно важный момент при оценке правомочности административных актов — это принцип соразмерности, который является составной частью принципа правового государства и, таким образом, сам также гарантирован Конституцией (ст. 20 ч. 3 Основного закона). Все несоразмерные решения административного органа являются неправомерными. Принцип соразмерности имеет особое значение в рамках дискреционных решений, поскольку нарушение принципа соразмерности автоматически ведет к тому, что конкретная мера больше не доступна для избрания административным органом (превышение дискреционных полномочий).

Соразмерной мера административного органа является, когда имеют место быть:

- наличие легитимной цели;

¹² Ср. по данному вопросу Ежегодник публичного права. Т. V (2018) с многочисленными статьями на тему «принципы административных процедур и административного процесса», в том числе о принципе соразмерности.

- пригодность;
- необходимость;
- соразмерность в узком смысле («пропорциональность»)
- меры административного органа.

То есть в соответствии с этим всегда в первую очередь цель, которую административный орган преследует принятой мерой, должна быть легитимной. Это так, когда она соответствует смыслу и цели предоставления усмотрения со стороны законодателя. Административный орган своей мерой не вправе преследовать другие цели. Если он все же это делает, то мера является неправомерной уже по этой причине.

Пример: в соответствии с полицейским правом в рамках общего предотвращения опасности может проводиться установление личности. Если в связи с демонстрацией, в рамках которой совершаются насильственные действия, существует возможность установить личность лиц, то полиция при выборе лиц, чью личность она намерена установить, обязана исходить из цели предоставления данного усмотрения. Цель эта заключается, несомненно, в быстром, безопасном, эффективном предотвращении опасности.

Если сотрудник полиции сначала устанавливает личность красивой блондинки Б, так как ему хочется увидеться с ней снова в частном порядке, вместо того чтобы предпринимать меры в отношении менее привлекательного, применяющего насилие правонарушителя П, то эта мера является неправомерной уже потому, что частная цель, которую преследует сотрудник полиции, не находится ни в какой связи с целью предоставления усмотрения (предотвращение опасности).

Если административный орган своей мерой преследует легитимную цель, то принятая мера должна быть также пригодной для достижения данной цели. Пригодными при этом являются все те меры, с помощью которых преследуемая цель, по меньшей мере, может быть поддержана.

Пример: если некий молодой человек М крадет на соседнем участке черешню с дерева, то прицельный выстрел полицейского П, который попадает молодому человеку в руку, является пригодным для того, чтобы удержать его от продолжения кражи черешни.

Наряду с этим пригодные меры должны быть также необходимыми для достижения преследуемой цели. Это значит, что не должно существовать никакого более мягкого средства, которое в равной мере надежно достигло бы данной цели. Более мягким при этом средство является всегда тогда, когда оно в меньшей степени вмешивается в права затронутого лица.

Пример: в случае вора черешни в зависимости от ситуации может быть достаточным также свистка или строго устного предупреждения со стороны сотрудника полиции, чтобы удержать молодого человека от продолжения кражи. Поскольку эти средства будут ущемлять права молодого человека в меньшей степени, чем выстрел из служебного оружия, который может привести к серьезным негативным последствиям для здоровья, выстрел является пригодным, но не является необходимым.

Важно, однако, то, что необходимость имеет место в том случае, если более мягкие средства существуют, но они не приведут к успеху в равной мере надежно. То есть если в нашем примере известно, что дети регулярно крадут черешни в данном месте и свистком или предупреждением их никак не отпугнуть, и если никаких более мягких средств нет, то выстрел из оружия может также оказаться необходимым в этом смысле. В принципе и здесь действует правило, согласно которому право не должно уступать бесправию. В частности, в случаях предотвращения опасности административные органы вправе избирать средства, пригодные для того, чтобы безопасно и надежно, быстро и эффективно предотвратить опасность.

Соразмерной (в узком смысле, т. е. пропорциональной) мера является всегда в тех случаях, когда преследуемая цель по своей значимости не является несоразмерной степени вмешательства¹³. Так ли это, в конкретном случае необходимо определять путем взвешивания.

Пример: если в случае с вором черешни свистком и строгим окриком сотрудника полиции невозможно удержать молодого человека от кражи черешни и других более мягких средств нет, то выстрел из служебного оружия был бы необходимым, чтобы предотвратить

¹³ BVerfGE 50, 217, 227.

дальнейшее ущемление права собственности. Вместе с тем такой выстрел в конечном итоге был бы несоразмерным, поскольку преследуемая с его помощью цель (борьба с ущемлением права собственности) по своей значимости была бы несоразмерной степени вмешательства. Если сотрудник полиции выстрелом убьет молодого человека, то опасность для собственности в виде дальнейшей кражи черешен была бы надежно предотвращена, однако степень ущемления правового блага жизни была бы настолько интенсивной, что это не было бы пропорциональным охраняемому правовому благу. Другими словами: жизнь человека, которая в таком случае была бы с высокой вероятностью полностью или все же значительно ущемлена, является более значимой, чем — относительно менее значительное — нарушение права собственности в виде кражи нескольких черешен.

Несоразмерные решения являются неправомерными. Тем самым они ведут автоматически также к наличию ошибки усмотрения, если правовая основа предоставила административному органу усмотрение. Ведь несоразмерные и тем самым неправомерные меры не входят в число мер, предусмотренных на выбор административного органа. В силу своей связанности правом и законом (ст. 20 ч. 3 Основного закона) он имеет право действовать только правомерно и тем самым не вправе принимать несоразмерные меры. Если же он это все же делает, то он автоматически выходит за пределы предоставленного ему усмотрения (нарушение пределов усмотрения).

ae) Нарушение собственных прав истца

Даже тогда, когда оспариваемый административный акт является неправомерным, иск об оспаривании является обоснованным в соответствии с § 113 ч. 1 АПК только в том случае, если неправомерный административный акт нарушает (собственные) права истца. Если административный акт является неправомерным, но при этом имеет место нарушение прав не истца, а только третьих лиц, то иск является необоснованным и отклоняется судом. Иск об оспаривании служит для защиты индивидуальных прав; популярные иски

в пользу третьих лиц невозможны. Каждый, кто считает, что его права были нарушены, должен сам подать иск.

В исключительных случаях дело обстоит иначе, если законодатель прямо предписывает это. Отчасти это относится, например, к вопросам охраны природы и окружающей среды, поскольку сама природа или животные не могут подавать иски, а без возможности подать иск, например, для экологических ассоциаций незаконные административные акты вряд ли можно было бы оспорить.

af) Решающий момент времени для судебной оценки административных актов

Долгое время оспаривалось, какой момент времени является решающим для судебной оценки правомерности оспариваемого административного акта. Например, бывает так, что фактические или правовые основы меняются после издания административного акта или даже вынесения решения по досудебной жалобе.

Как правило, следует исходить из того, что суд рассматривает административный акт в оспариваемой форме, и поэтому последующие изменения фактического или правового положения не имеют значения для материально-правовой оценки правомерности уже вынесенного административного акта.

Пример: если разрешение на строительство было выдано правомерно, то иск соседа против него остается безуспешным, даже если после издания административного акта правовое положение изменится настолько, что новое разрешение на строительство уже не может быть выдано. Последующее изменение правовой ситуации не может толковаться против обладателя разрешения на строительство, поскольку в противном случае могут быть подорваны защита доверия и законной силы административных актов.

Тем самым, как правило, решающим является момент времени последнего решения административного органа. В случаях, когда до подачи иска должна быть проведена процедура досудебного обжалования, таким моментом времени является момент издания административного решения по досудебной жалобе, в противном случае — время издания административного акта. Однако существуют

исключения, вытекающие из самого материального права, согласно которым принимаются во внимание изменения в фактической и правовой ситуации, происшедшие даже после завершения административной процедуры.

Важной группой случаев такого исключения являются административные акты, имеющие постоянное действие. Это административные акты, которые порождают постоянные правоотношения и постоянно обновляются.

Пример: полицейские запреты, направленные против продолжающейся опасности; они подлежат отмене после прекращения опасности.

В этих случаях соответствующим моментом времени для оценки правомерности административного акта является время последнего устного разбирательства в административном суде.

Однако даже в таких случаях могут возникать обратные исключения (т. е. исключения из исключения), если это предусмотрено самим законодателем, например, путем установления специальной процедуры для повторного получения отозванных разрешений или повторного разрешения на совершение определенных действий.

Пример: запрет на торговлю по причине ненадежности предпринимателя в соответствии с § 35 ч. 1 Закона о предпринимательской деятельности является административным актом постоянного действия, поэтому для оценки правомерности административного акта имеет значение не время последнего решения административного органа, а время последнего судебного заседания. Однако, поскольку законодатель в § 35 ч. 6 Закона о предпринимательской деятельности предусмотрел специальную процедуру повторного разрешения на осуществление предпринимательской деятельности, изменения, произошедшие после издания административного акта, не могут вести к изменению оценки правомерности запрета, поскольку в противном случае это приведет к обходу процедуры получения повторного разрешения. В таких случаях, несмотря на постоянно действующий административный акт, основное правило остается в силе: решающим является момент времени последнего решения административного органа.

В дополнение к административным актам постоянного действия в качестве еще одной группы исключений могут иметь место еще не исполненные административные акты, связанные с обязанностью совершения разовых действий.

Пример: если постановление о сносе незаконно возведенного здания еще не исполнено (т. е. дом еще стоит), а после завершения официальной административной процедуры правовая ситуация меняется настолько, что здание становится законным, то было бы несоразмерно (принцип правового государства!) придерживаться необходимости сноса по чисто формальным причинам, хотя дом сразу после этого может быть правомерно построен заново. Здесь также все зависит от момента времени последнего судебного заседания.

Подводя итог, можно сказать, что решающим для иска об оспаривании является момент времени принятия последнего решения административным органом. В исключительных случаях (например, административные акты постоянного действия, разовые обязанности совершения определенных действий, которые еще не были исполнены) решающим является время последнего судебного заседания. Однако законодатель — например, специальным нормированием процедуры повторного получения разрешения — может установить, что решающим является первоначальный момент времени (исключение из исключения).

ag) Решение административного суда

Если выполнены все предпосылки допустимости и обоснованности иска, то суд отменяет оспариваемый административный акт (§ 113 ч. 1 предложение 1 АПК). Решение суда об отмене имеет кассационную силу, поэтому оно не требует исполнения со стороны административного органа или судебного исполнителя. Суд сам отменяет административный акт, который тем самым прекращает свое существование.

Если административный акт является лишь частично противоправным, то суд может также лишь частично отменить административный акт, как следует из § 113 ч. 1 предложения 1 АПК. Однако в этом отношении важно, чтобы «остаточный административный

акт», который не является противоправным, мог самостоятельно продолжать существовать правомерно и после частичной отмены.

Здесь могут возникнуть проблемы, особенно в связи с дополнительными положениями¹⁴. Как правило, все «настоящие» дополнительные положения в смысле § 36 ч. 2 ЗАП могут быть оспорены и отменены отдельно. Однако если после отмены дополнительного положения оставшийся административный акт становится неправомерным или если в случае дискреционных решений нет уверенности в том, что административный орган издал бы административный акт и без дополнительного положения, если бы он знал о его неправомерности, то иск об отмене дополнительного положения является необоснованным. В таких случаях может быть рассмотрен лишь вопрос о признании побочного положения неправомерным.

Только если остаточный административный акт был бы издан и без дополнительного положения или если у административного органа в любом случае нет усмотрения в отношении издания остаточного административного акта, суд отменяет дополнительное положение.

Что касается так называемого «ненастоящего» дополнительного положения («модифицирующее дополнительное условие»), которое в действительности является не дополнительным положением, но изменяет содержание основного административного акта, то в этом случае применяется положение о том, что изолированное оспаривание и отмена невозможны. В таких случаях истец должен подать иск о принуждении административного органа издать запрашиваемый им административный акт, который по своему содержанию представляет собой «aliud» (замену) существующего административного акта.

Пример: если истец подал заявление на получение разрешения на строительство дома с остроконечной крышей, но получил разрешение с «условием» построить плоскую крышу вместо желаемой остроконечной крыши, то условие о плоской крыше не может быть оспорено само по себе. Это объясняется тем, что речь идет

¹⁴ Пуделька Й. Административное право Германии. Т. 1, II. 6. d).

не о дополнительном положении, а о содержательном изменении самого основного административного акта. Если убрать условие плоской крыши, то останется дом без крыши, что уже не имеет смысла.

Таким образом, истец должен подавать не иск об оспаривании ненастоящего условия, а иск о принуждении административного органа к выдаче разрешения на строительство дома с остроконечной крышей.

Если иск об оспаривании обоснован, то суд, как правило, отменяет первоначальный административный акт и административное решение по досудебной жалобе, поскольку они составляют единый предмет спора. Это уже следует из § 79 ч. 1 п. 1 АПК, согласно которому объектом иска об оспаривании является административный акт в той форме, которую он обрел в виде административного решения по досудебной жалобе. Таким образом, административное решение по досудебной жалобе не является дополнительным, новым и подлежащим отдельному оспариванию административным актом, а связано с содержанием первоначального административного акта и изменяет или подтверждает его содержание.

В соответствии с § 79 ч. 1 п. 2 АПК это имеет место в том случае, если административное решение об устранении допущенной ошибки в первоначальном административном акте или административное решение по досудебной жалобе впервые содержит обременение, которое, разумеется, может быть оспорено отдельно (т. е. не затрагивая первоначальный административный акт).

Пример: если истец получил разрешение на строительство 10-этажного жилого дома, как он и просил, но впоследствии на основании жалобы соседа в рамках процедуры досудебного обжалования в разрешение на строительство были внесены изменения, согласно которым разрешается строительство только 8 этажей, то истец может подать отдельный иск против административного решения по досудебной жалобе в соответствии с § 79 ч. 1 п. 2 АПК, поскольку только это решение обременяет его. В случае успеха административный суд только отменит административное решение по досудебной жалобе, и истец сможет построить 10 этажей на основании первоначального административного решения.