

## Применение договорных форм публичного управления развитием территорий и инфраструктурные сборы в строительном праве Германии.

### Основные тезисы.

1. Германия, с помощью импульса, полученного из Франции в эпоху наполеоновских войн (привнесение понятия «красных линий» » (фр.«Alignement»), во второй половине XIX века стала родиной современного публичного строительного права. Поэтому ее опыт в сфере регулирования строительных отношений является особенно ценным, в том числе опыт использования различных инструментов такого регулирования.
2. Вопросы эффективного взаимодействия между публичной властью и частным инвестором, между частным и публичным правом всегда привлекали внимание. Но именно в сфере строительных отношений, возникающие из этого взаимодействия сложные правовые феномены, проявляются наиболее ярко, т.к. они напрямую затрагивают важнейшие темы:
  - - свободу частного лица эффективно использовать свой земельный участок для застройки; в Германии существует специальное понятие – свобода застройки (Baufreiheit) или Freedom to built, введенное еще в Прусском земельном уложении 1794 г.
  - А с другой стороны, необходимость соблюдения интересов общего блага; это известная норма, закрепленная еще в Веймарской конституции 1919 г., ст.14 Основного закона республики ФРГ о том, что собственность обязывает.
3. Общий принцип правового соотношения частного и публичного права в сфере строительных отношений был сформулирован австрийским профессором-административистом Карлом Эдвином Лейтхольдом (Karl Edwin Leuthold (1847–1891) в 19 веке. Он утверждал, что: «Чем теснее живет население, тем необходимее регулировать публичным правом строительные отношения (Bauwesen), при более простом укладе жизни, превосходно регулируемые гражданским правом».<sup>1</sup> Под этим девизом были разработаны новые, отвечающие требованиям конца 19-начала 20 века, публично-правовые инструменты (рождение публичного строительного права, придание планам застройки обязательной юридической силы с момента их утверждения, а не с момента их реализации Bauzonenplan и т.д.).
4. Однако в 20 веке, особенно его второй половине, стало окончательно ясно, что только публичных или, традиционно понимаемых публичных форм регулирования, в сфере строительных отношений недостаточно. Необходимо разрабатывать и использовать новые, отвечающие требованиям времени, правовые инструменты. В сфере публичного строительного права такими инструментами стали градостроительные договоры,

---

<sup>1</sup> Цит. по Загряцков М.Д. Земельная политика городского самоуправления в Германии. Т.1. Строительное право. – М., 1913. – С.338.

которые сегодня в немецком праве заслуженно и обоснованно занимают свое весьма важное и необходимое место.

5. На сегодня немецкая правовая доктрина далека от решения ряда важных вопросов о допустимости заключения таких договоров, определения их существенных условий и связанных с этим ограничений. Градостроительные договоры часто обвиняют в том, что их заключение может привести к злоупотреблению властными полномочиями или к «распродаже властных полномочий». С полным основанием это состояние немецкой науки можно назвать открытой исследовательской ситуацией.
6. В Германии строительное право подразделяется на частное и публичное. **Частное строительное право** (*Private Baurecht*) входит в сферу гражданского права, **Публичное строительное право** (*öffentliches Baurecht*) является частью особенного административного права и регулирует публичные отношения.
7. Публичное строительное право состоит из:
  - законодательства о строительных планах (*Bauplanungsrecht*) (конкурирующая законодательная компетенция Федерации и земель, пункт 18 ст.74 Конституции ФРГ; т.е. земли обладают полномочием на законодательство лишь тогда и поскольку, когда и поскольку Федерация не пользуется своими законодательными правами, ст.72 ОЗ);
  - законодательства, регламентирующего выдачу разрешений на строительство, порядок безопасного производства строительных работ, допустимость использования тех или иных строительных материалов (*Bauordnungsrecht*) (компетенция земель, Строительные уставы отдельных земель -*Landesbauordnungen* (LBO)).
8. Точкой пересечения данных основных правовых областей - (*Bauplanungsrecht* и *Bauordnungsrecht* (LBO)), на которые подразделяется публичное строительное право, является административная процедура по выдаче разрешения на строительство<sup>2</sup>, когда субъективное право на застройку переходит из *status negatives* в активное положительное правопритязание. Источник права на застройку – право собственности на земельный участок или разрешение на строительство? Первое, но сложный юридический состав, не просто рефлекс.
9. Особенностью немецкого строительного права, повлиявшей на возникновение градостроительных договоров, является допущение свободы усмотрения органа власти в определенных случаях (административная дискреция), когда он вправе сделать исключения и освободить лицо частного права от определенных обязанностей в сфере строительных отношений, в том числе при выдаче разрешения на строительство (§ 31 Строительного кодекса ФРГ, абз.3 § 72 *Masterbauordnung*).

---

<sup>2</sup> Dieterich Hartmut, Koch J. Bauleitplanung: Recht und Praxis. - Stuttgart, 1977. - S.27

10. Градостроительные договоры (städtebauliche Verträge) относятся к законодательству о строительных планах (Bauleitplanung) (состоит из предварительного **Плана использования территории (Flächennutzungsplan)** и юридически обязательного **Плана застройки (Bebauungsplan)**), и принадлежат к регулированию федерального уровня (конкурирующая законодательная компетенция Федерации и земель, пункт 18 ст.74 Конституции ФРГ).
11. Обычно для выполнения публичных задач по реализации планов застройки община использует традиционный юридический инструмент в виде административного акта, однако, уже со времен законодательства Германской империи (§ 46 Саксонского общего строительного закона от 1.7.1900; Prussian Fluchtliniengesetz 2.7.1875) для реализации публичных интересов, достижения цели общего блага применялись и договорные формы правового регулирования (в основном в части, касающейся подготовки земельных участков под застройку – Erschliessungsvertrag). Запрет строиться на неготовых улицах.
12. Градостроительные договоры - это договоры по реализации Плана застройки (*Bebauungsplan\*a*), одна из форм публично-правового управления. Соответственно градостроительные договоры, будучи составной частью законодательства о строительных планах, служат именно этой цели, они призваны выполнять, прежде всего, публично-правовую функцию по управлению видами пользования земельными участками. Предназначены для осуществления публичными органами своих полномочий по решению градостроительных задач.
13. Община, заключая градостроительный договор, не может использовать гражданско-правовой принцип свободы договора. Заключение градостроительного договора и его содержательные установления подчиняются зависимости от «закона и права» (Ст. 20, абз.3 Основного закона) (BVerwGE 42, 331). В ст. 20, абз.3 Основного закона сказано, что «законодательство связано конституционным строем, исполнительная власть и правосудие – законом и правом».
14. Градостроительные договоры являются публично-правовыми – административными договорами. **правомерность заключения административных договоров была признана на уровне Федерального административного суда Германии в постановлении от 4.02.1966 г.** В позитивном праве нормы о публично-правовом договоре были введены в 1979 г. в Законе об административном производстве от 25 мая 1976 г. В соответствии с § 54 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) «Правоотношение в области публичного права может быть обосновано, изменено либо прекращено по договору (публично-правовой договор), если это не противоречит правилам. В частности, административный орган может взамен издания административного

акта заключить публично-правовой договор с лицом, в отношении которого он в ином случае издал бы административный акт». Последнее предложение приведенной нормы описывает т.н. субординационные административные договоры, к которым и относятся градостроительные договоры. Это обстоятельство имеет весьма важное значение, поскольку подразумевает также и то, что община может заключить договор, только если у нее имеются полномочия на издание административного акта по тому же предмету и такой административный акт является действительным. Если община не вправе выдать разрешение на строительство путем административного акта, не вправе она это сделать и путем градостроительного договора.

15. Согласно постановлению Федерального административного суда ФРГ (BVerwG) от 16.5.2000 – 4 С 4/99 положения о градостроительных договорах, содержащиеся в Строительном кодексе ФРГ, являются *lex specialis* по отношению к нормам о публично-правовых договорах, содержащихся в Законе об административном производстве. Соответственно регулирование рассматриваемых договоров со стороны Закона об административном производстве ФРГ и соответствующих законов земель, может носить только дополнительный к Строительному кодексу ФРГ характер и не может противоречить ему.
16. Систематизированное регулирование градостроительных договоров, как административных договоров, на уровне кодифицированных актов строительного права, ведет свой отсчет с 1998 г. С этого времени градостроительные договоры перестали рассматриваться только в качестве научной конструкции, как нечто чужеродное публичному праву или как угроза монополии праву строительных планов, но напротив, стали полноценно признанной, важной и эффективной частью этого института.
17. Согласно абз. 1 § 11 BauGB «Община может заключать градостроительные договоры». Эта весьма краткая декларативная формулировка корреспондирует положениям ст.28 абз.2 предл.1 GG о том, что общинам должно быть предоставлено право регулировать в рамках закона под свою ответственность все дела местного сообщества. Формулировка абз. 1 § 11 BauGB не дает четкого определения градостроительного договора, поэтому это определение не носит ярко выраженного характера; понятие ГД в связи с этим является родовым понятием, которое охватывает все договоры, заключаемые общиной на практике в рамках градостроительного права<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Thilo Lang. Planung durch städtebauliche Verträge – Inhalte, Grenzen und Praxisprobleme aus Sicht der Gemeinde/ S.2.

18. Согласно § 11 Строительного кодекса ФРГ (BauGB) перечень договоров, заключаемых общиной и частным лицом в сфере строительного права, является открытым. Предметом градостроительного договора (в узком смысле) могут быть в *особенности*:

- ❖ подготовка и проведение градостроительных мероприятий контрагентом за его счет; к этому относятся также и изменение режима земельных участков, оздоровление почвы и прочие подготовительные мероприятия, разработка градостроительных планов, а также в случае необходимости экологического отчета; ответственность общины за предусмотренные законом процедуры составления планов остается в силе. Последнее говорит о том, что «приватизация властных полномочий» осуществляется только в функциональном, но не в материальном смысле.
- ❖ содействие и обеспечение достижения целей, поставленных руководящим строительным планом, в особенности, пользование земельными участками, в том числе и в отношении установления срока пользования или какого-либо условия, проведение мероприятий по компенсации по смыслу абз. 3 § 1a Строительного кодекса ФРГ, удовлетворение потребности в жилье групп населения с особыми проблемами обеспечения их жилой площадью, а также потребности проживающего в этой местности населения;
- ❖ взятие на себя издержек или прочих затрат, которые возникают или возникли у общины в связи с проведением градостроительных мероприятий и являются условием или следствием запланированного проекта; к этому относится и предоставление земельных участков. Часто используемый вид градостроительного договора. Его правомерность признана еще в начале 70-х гг. в постановлении Административного суда ФРГ от 06.07.1973 (BVerwGE 42, 332).
- ❖ в соответствии с преследуемыми градостроительными планами и мероприятиями, и целями – строительство и использование зданий для децентрализованного и централизованного производства, распределения, использования или хранения электроэнергии, тепла или холода, получаемых из возобновляемых энергоносителей или на основе комбинированного производства энергии и тепла.
- ❖ в соответствии с целями, преследуемыми градостроительными планами и мероприятиями, требования к энергосберегающим свойствам зданий.

19. Также в доктрине к градостроительным договорам (в широком смысле) относят:

- ❖ Договор об осуществлении проекта (§ 12 Строительного кодекса ФРГ) - договоры, заключаемые общиной и инвестором, согласно которому инвестор обязуется разработать проект плана застройки и осуществить его, если община примет соответствующее решение о его разработке и утверждении, при этом инвестор обязуется осуществить его в течение определенного срока и нести

полностью или частично расходы по разработке планов и по инженерной подготовке к застройке;

- ❖ Договор об инженерной подготовке территории к застройке (§ 124 Строительного кодекса ФРГ) - Община может передать осуществление инженерной подготовки третьему лицу, заключив с ним договор. Инженерная подготовка участка к строительству является задачей общины, поскольку эта задача не является обязанностью кого-либо другого согласно нормам других законов или согласно публично-правовым обязательствам.

Предметом договора об инженерной подготовке являются инженерные системы, расходы на которые согласно федеральному законодательству и законодательству земель покрываются за счет сборов, а также такие, взносы на содержание которых не взимаются, расположенные в общине в определенном районе, подлежащем подготовке под строительство. Третье лицо может взять на себя перед общиной обязательство полностью или частично возместить расходы на инженерную подготовку; это действует независимо от того, что на содержание инженерных систем могут взиматься взносы. Предусмотренные договором исполнения должны быть соразмерными с учетом всех обстоятельств и находиться в объективной взаимосвязи с инженерной подготовкой.

- ❖ Градостроительные договоры, относящиеся к особенной части градостроительного права. Договоры, связанные с мероприятиями по санированию части территории общины (Städtebauliche Sanierungsmaßnahmen): § 154 Строительного кодекса ФРГ - Собственник земельного участка, расположенного в официально утвержденном районе санации, для финансирования работ по санации должен уплатить общине выравнивающий платеж в денежной форме, который соответствует повышению стоимости земли его земельного участка, обусловленной проведением санации; §§ 157 - 159 Строительного кодекса ФРГ В целях выполнения задач, возложенных на нее при подготовке или проведении санации, община вправе воспользоваться услугами подходящего лица.
- ❖ Градостроительные договоры, связанные с мероприятиями по развитию городской территории (Städtebauliche Entwicklungsmaßnahmen) §§ 166, 167 Строительного кодекса ФРГ.

20. Для градостроительных договоров предусмотрена простая письменная форма. В некоторых случаях может требоваться нотариальное удостоверение (например, если осуществляется переход прав на земельные участки).

21. В соответствии с § 56 Закона об административном производстве субординационный договор по смыслу предложения 2 § 54 Закона об административном производстве, в соответствии с которым контрагент административного органа берет на себя исполнение встречного обязательства, может быть заключен, если указанное встречное обязательство, соответствующее определенной цели, оговорено в договоре и служит

административному органу для выполнения его публичных задач. Встречное обязательство должно быть **соразмерно общим обстоятельствам и находиться в фактической связи** с исполнением административным органом обязательств по договору. Тонкое место таких договоров, угроза недействительности при споре в административном суде.

22. Вслед за § 54 Закона об административном производстве Строительный кодекс ФРГ в абз.2 §11 также устанавливает, что «согласованное в договоре исполнение должно быть соразмерным всем совокупным обстоятельствам. **Согласование какого-либо исполнения, которое должен осуществить партнер по договору, недопустимо, если он и без этого исполнения имел бы право на встречное исполнение**». Это значит, что встречной обязанностью административного органа не может быть то, что застройщик и так вправе получить, т.е. нельзя просто на основании обещания выполнения своих публичных обязанностей получить встречное предоставление от застройщика. Здесь и проявляется важность наличия дискреционных полномочий у органа власти. Согласно абз.2 § 56 Закона об административном производстве если к административному органу имеется требование о предоставлении исполнения, то предметом соглашения может быть лишь такое встречное обязательство, которое в случае издания административного акта может составить содержание дополнительного распоряжения согласно § 36. Дополнительное распоряжение является необязательным приложением к административному акту и не может ему противоречить (назначение срока, вероятность наступления в будущем какого-то события, оговорки об отмене, распоряжение осуществить какое-либо действие или воздержаться от действия). Данная модель договора в доктрине обозначается как договор мены обязательствами (Tauschvertrag).
23. К исполнению и расторжению, признанию недействительными градостроительных договоров акцессорно к Строительному кодексу и Закону об административном производстве могут применяться положения гражданского законодательства. В § 59 Закона об административном производстве установлено, что публично-правовой договор является ничтожным, если это вытекает из соответствующего применения положений Гражданского уложения.
24. Существует проблема, связанная с трудностью разделения публичных и частных договоров в сфере градостроительства, поскольку органы власти могут действовать и как лица частного права. Критерием разграничения не может выступать то, что договор заключается в публичных целях, т.к. орган власти обязан всегда действовать в таких целях. Используется разграничение на основании предмета договоров. Так градостроительными договорами по смыслу Строительного кодекса являются только те договоры, которые непосредственно направлены на реализацию плана застройки и способствуют реализации органами управления общины своих властных полномочий в

сфере публичного строительного права. В этом смысле простой договор купли-продажи земельного участка общиной не является публичным договором.

25. Настоящий пункт тезисов напрямую не связан с градостроительными договорами, но затрагивает смежную тему инфраструктурных сборов (Erschließungsbeitrag). Вне заключения градостроительных договоров, когда община сама, без помощи девелоперов, проводит инженерную подготовку земель к строительству, применяется § 127 Строительного кодекса и законы земель о коммунальных платежах (Kommunalabgabengesetz (KAG): «общины взимают на покрытие своих затрат на инженерные системы, используемые для инженерной подготовки, взнос на инженерную подготовку для покрытия затрат, которые не могут быть покрыты иным способом, согласно нормам следующих положений». При этом общины должны возмещать не менее 10 процентов от затрат на инженерную подготовку, подлежащих покрытию за счет сборов. Согласно § 130 Строительного кодекса сумма затрат на инженерную подготовку к застройке, подлежащих покрытию за счет сборов, может быть определена по фактически возникшим расходам. Единые ставки должны устанавливаться в соответствии со средними расходами на аналогичные инженерные системы, которые обычно должна потратить на них община.
26. Взнос на инженерную подготовку является публичным обременением земельного участка. Данное обременение не подлежит регистрации в поземельной книге, но на основании положений земельных Строительных уставов (Bauordnungen) вносится в местные реестры строительных обременений (Baulastenverzeichnis). Указанные реестры в отношении земельных участков ведёт орган строительного надзора. Согласно § 436 Гражданского уложения Германии, если не согласовано иное, продавец земельного участка обязан уплатить взносы на освоение территории, а также взносы на такие меры строительного-технического характера в отношении общих сооружений, которые были начаты до дня заключения договора, независимо от момента возникновения задолженности по взносам. Продавец земельного участка не отвечает за то, чтобы земельный участок был свободен от взносов на публичные нужды и прочих публичных обременений, которые не подлежат внесению в поземельную книгу.