

Anna Jedynasta

Umowa deweloperska w prawie niemieckim

1. Uwagi wstępne

Ilekróć ogłaszana jest upadłość kolejnego przedsiębiorstwa deweloperskiego, natychmiast pojawiają się głosy o konieczności regulacji tego rodzaju działalności gospodarczej. Szeroko opisywane losy pechowych nabywców – szarych ludzi, którzy tracą oszczędności swego życia, nie otrzymując nic w zamian, bulwersują opinię publiczną, a tym samym stymulują ustawodawcę do poszukiwania rozwiązań prawnych, które należy zabezpieczyć interesy nabywców lokali. Mimo nacisków opinii publicznej i długotrwałych prac legislacyjnych, ustawowa regulacja działalności deweloperskiej nie ujrzała jeszcze światła dziennego, a z uwagi na rosnący w ostatnim czasie popyt w branży mieszkaniowej, problematyka umów deweloperskich może na nowo zyskać na znaczeniu¹.

Przygotowywany projekt ustawy regulującej działalność deweloperską przewiduje katalog obligatoryjnych postanowień umownych, które precyzują przede wszystkim wzajemne świadczenia stron. Na dewelopera, który pobiera środki finansowe od nabywców lokali tytułem wynagrodzenia przed wydaniem lokalu i przeniesieniem jego własności, nakłada obowiązek prowadzenia rachunku powierniczego dla konkretnego przed-

¹ W 2003 r. oddano do użytku 162 635 mieszkań, tj. o 66,6% więcej niż w roku 2002, a w pierwszym półroczu 2004 r. rozpoczęto budowę 49 183 mieszkań, tj. o 34,1% więcej niż w analogicznym okresie ubiegłego roku. Raport GUS dotyczący budownictwa mieszkaniowego dostępny na stronie www.stat.gov.pl (10.10.2004 r.).

siewzięcia. Nabywca lokalu, zobowiązany do zapłaty wynagrodzenia deweloperowi, będzie mógł skutecznie wykonać swoje zobowiązanie jedynie poprzez dokonanie wpłat na rachunek powierniczy. Środki tam zgromadzone będą oprocentowane na korzyść dewelopera i zostaną przekazane mu dopiero po zakończeniu realizacji inwestycji albo w odpowiedniej części po ukończeniu jej kolejnych etapów. Bieżąca działalność będzie więc finansowana ze środków własnych dewelopera lub kredytu, przy tym kosztem będzie różnica między oprocentowaniem kredytu i rachunku powierniczego. Zarówno środki na rachunku, jak i zabudowywana nieruchomość będą wyłączone z masy upadłościowej w razie ogłoszenia upadłości dewelopera. Zadaniem syndyka masy upadłościowej będzie dokończenie realizacji inwestycji i przekazanie własności lokali nabywcom².

Proponowane rozwiązania ustawowe budzą kontrowersje. Warto więc, przygotowując polską ustawę deweloperską, zapoznać się najpierw z rozwiązaniami wybranymi przez naszych sąsiadów. W Niemczech działalność deweloperska rozwija się intensywnie od końca II wojny światowej, dlatego istnieją tam odpowiednie regulacje prawne, utrwalone orzecznictwo i praktyka. W niniejszym artykule przedstawione zostaną najważniejsze tezy doktryny niemieckiej, dotyczące umów deweloperskich.

2. Definicja działalności deweloperskiej

Brak jest w prawie niemieckim cywilnoprawnej definicji legalnej terminu „deweloper” czy też „działalność deweloperska”. W praktyce korzysta się więc z definicji zawartej w § 34c ust. 1 zd. 1 nr 2a prawa działalności gospodarczej (*Gewerbeordnung*)³, opracowanej na potrzeby prawa gospodarczego. Zgodnie z nią deweloper to przedsiębiorca, który w ramach prowadzonej działalności gospodarczej we własnym imieniu, a także na własny lub cudzy rachunek, przygotowuje i realizuje przedsięwzięcie budowlane, wykorzystując w tym celu środki finansowe nabywców.

Tak zdefiniowana działalność deweloperska może być podejmowana jedynie po uzyskaniu zezwolenia administracyjnego, a jej wykonywanie podlega szczególnej kontroli.

² K. Klukowska, *Pewne budowanie z rachunkiem powierniczym*, Gazeta Wyborcza z dnia 3.02.2004 r.

³ Ustawa z dnia 21 czerwca 1869 r., Reichsgesetzblatt (RGBl.), s. 245, tekst jedn.: z dnia 22 lutego 1999 r., Bundesgesetzblatt (BGBl. I), s. 202, z późn. zm.

Cechy charakterystyczne, odróżniające dewelopera od innych przedsiębiorców budowlanych są następujące:

1) gospodarczy charakter działalności – deweloper prowadzi działalność zawodową we własnym imieniu i na własne ryzyko w celu osiągnięcia zysku,

2) działalność we własnym imieniu – odróżnia to dewelopera od generalnych wykonawców, którzy działają z reguły na zlecenie i w imieniu właścicieli nieruchomości gruntowych⁴,

3) realizacja przedsięwzięcia budowlanego na własnym gruncie⁵, wskutek czego deweloper występuje w roli inwestora w rozumieniu prawa budowlanego i jest „panem inwestycji” (*Bauherr*), adresatem pozwoleń i decyzji, partnerem wobec organów administracyjnych,

4) działalność na własny rachunek – deweloper nie jest zobowiązany do składania rachunku ze swej działalności względem nabywców lokali ani do zwrotu wypracowanej nadwyżki, co wynika z zarobkowego charakteru jego działalności⁶,

5) realizacja przedsięwzięcia budowlanego w celu jego sprzedaży nabywcom – na podstawie umowy z nabywcą zobowiązuje się on przede wszystkim do wybudowania określonego budynku/lokalu oraz do przeniesienia jego własności na nabywcę, który z kolei zobowiązuje się do zapłaty ustalonego wynagrodzenia, odbioru i nabycia własności oznaczonego lokalu⁷,

6) wykorzystanie środków finansowych nabywców już w trakcie prowadzenia procesu inwestycyjnego; wskutek tego rozkład ryzyka odbiega od układu świadczeń charakterystycznego dla umowy o dzieło, gdyż to nabywca zobowiązuje się do uprzedniego świadczenia. Odstępstwo od reguły dopuszczalne jest jedynie w razie zadośćuczynienia rygorom § 3-5 MaBV⁸.

⁴ *Bundesgerichtshof (BGH)*, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1981, s. 757; *BGH*, NJW 1978, s. 1054; *BGH*, NJW 1986, s. 927; F. S c h m i d t, J. E u e, *Bauträgerkauf*, [w:] *Münchener Vertragshandbuch*, t. V, wyd. 4, München 2003, s. 300; M. H a u f, *Der Bauträgervertrag – Rechtsnatur und Mängelgewährleistung, Dissertationen*, Würzburg 1993, s. 11.

⁵ Orzecznictwo niemieckie konsekwentnie zaprzecza istnieniu stosunku deweloper-skiego w przypadku budowy na cudzym gruncie; por. np. *BGH*, NJW 1978, s. 1054.

⁶ M. H a u f, *Der Bauträgervertrag...*, s. 14-15.

⁷ Tamże, s. 28.

⁸ Verordnung über die Pflichten der Makler, Darlehens- und Anlagevermittler, Bauträger und Baubetreuer z 11 czerwca 1976 r., opubl.: BGBl. I S. 1351.

3. Kwalifikacja prawna umowy deweloperskiej

Początkowo umowa deweloperska była w Niemczech kwalifikowana jako umowa sprzedaży⁹. Za jej charakterystyczne świadczenie główne uznawano zobowiązanie do przeniesienia własności nieruchomości. Z czasem w doktrynie dostrzeżono niedostatki tej tezy. Kwalifikacja umowy deweloperskiej jako umowy sprzedaży pomija bowiem inne specyficzne i istotne cechy umowy deweloperskiej, takie jak zobowiązanie do uprzedniego zbudowania domu czy lokalu czy też do prowadzenia czynności organizacyjnych, związanych m.in. z finansowaniem inwestycji. Również rozkład ryzyka pomiędzy deweloperem i nabywcą zasadniczo odbiega od relacji między kupującym a sprzedawcą. Środki finansowe nabywcy są bowiem wykorzystywane przez dewelopera już w trakcie realizacji przedsięwzięcia, tym samym sytuacja prawna nabywcy odbiega zasadniczo od sytuacji kupującego, który zwykle zobowiązany jest do zapłaty ceny w chwili odbioru towaru¹⁰. Nadto przedsięwzięcie deweloperskie realizowane jest według planów przynajmniej zatwierdzonych przez nabywcę. Nierzadko ma on także wpływ na ich powstawanie, a w szczególności na ustalenie zakresu i formy prac wykończeniowych. Nie chodzi tu jedynie o przyjęcie planów do wiadomości. Plany bowiem stają się częścią umowy i wyznaczają zakres zobowiązania dewelopera¹¹, co jest charakterystyczne dla reżimu umowy o dzieło. Wreszcie, kontrakt sprzedaży ma charakter incydentalny, podczas gdy umowa deweloperska konstytuuje stosunek prawny o charakterze trwałym. Z powyższych względów elementy umowy o dzieło, postrzegane pierwotnie jako zobowiązania uboczne w stosunku między deweloperem a nabywcą, zaczęto uwzględniać na równi z elementami umowy sprzedaży¹².

Obecnie w piśmiennictwie z różną siłą akcentuje się związek umowy deweloperskiej z umową o dzieło. H. Locher i W. Koeble rozróżniają dwa przypadki: jeśli umowa deweloperska zawierana jest po zakończeniu procesu budowlanego, a więc dotyczy gotowego już obiektu, to stanowi czystą umowę sprzedaży, w przeciwnym wypadku zawiera charakterystyczne

⁹ *BGH*, NJW 1965, s. 1269; *BGH*, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (WM) 1966, s. 89.

¹⁰ W. Koeble, *Die Rechtsnatur der Verträge mit Bauträgern*, NJW 1974, s. 723.

¹¹ Tamże.

¹² *BGH*, WM 1969, s. 269; *BGH*, WM 1969, s. 1139.

dla umowy o dzieło zobowiązanie do wybudowania budynku i musi być zakwalifikowana jako umowa o dzieło lub kontrakt mieszany z dominującymi elementami tej umowy¹³.

G. Basty opowiada się za całkowitym podporządkowaniem umowy deweloperskiej reżimowi umowy o dzieło z następujących powodów. Po pierwsze, spory stron umowy deweloperskiej dotyczą aspektów charakterystycznych dla umowy o dzieło. Po wtóre, tylko w § 632a BGB, dotyczącym umowy o dzieło, przewidziany jest typowy dla dewelopingu model stopniowej zapłaty wynagrodzenia na podstawie postępów budowy. Po trzecie, stosunek deweloperski ma charakter trwały, z czym związany jest obowiązek współdziałania nabywcy i dewelopera. Nadto zapłata wynagrodzenia przed ukończeniem budowy wiąże się z charakterystycznym dla umowy o dzieło uprawnieniem zamawiającego (nabywcy) do kontroli postępów prac, a nie tylko produktu końcowego. Wreszcie, reżim umowy o dzieło wydaje się lepiej zabezpieczać interesy nabywcy, przyznając mu w razie wystąpienia wad lokalu uprawnienie do samodzielnego przeprowadzenia naprawy na koszt dewelopera, a nawet do żądania odpowiedniej zaliczki na ten cel (§ 637 BGB).

W doktrynie reprezentowany jest także pogląd, zgodnie z którym umowa deweloperska jest umową mieszaną, zawierającą głównie elementy umowy sprzedaży i umowy o dzieło, o ile przeniesienie własności gruntowej następuje przed ukończeniem budowy. Jeśli natomiast przeniesienie własności gruntu następuje wraz z własnością gotowego budynku czy lokalu, mamy do czynienia z tzw. *Werklieferungsvertrag* (specyficzny typ umowy w prawie niemieckim zawierający elementy charakterystyczne dla kontraktu sprzedaży i umowy o dzieło), do której, na mocy § 651 BGB, stosuje się odpowiednio przepisy o sprzedaży¹⁴.

Sąd Federalny (*Bundesgerichtshof* – BGH) od lat stoi konsekwentnie na stanowisku, że umowy deweloperskiej nie da się zakwalifikować w ramach znanych BGB typów umów. Stanowi on więc odrębny, swoisty typ umowy (*Vertrag eigener Art*¹⁵). Zawiera jednak elementy charakte-

¹³ H. Locher, W. Koebler, *Baubetreuungs- und Bauträgerrecht*, wyd. 4, Düsseldorf 1985, nr 24-26.

¹⁴ M. Hauf, *Der Bauträgervertrag...*, s. 31-32.

¹⁵ BGHZ (*Entscheidungen des BGH in Zivilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des BGH und der Bundesanwaltschaft* – Zbiór orzeczeń Najwyższego Sądu Federalnego, wydawany przez Sędziów BGH oraz członków Federalnej Palestry), t. 92, s. 123.

rystyczne dla niektórych umów nazwanych, a w szczególności przy umowie o dzieło – zobowiązanie do wzniesienia budynku i wykończenia lokalu, przy sprzedaży – zobowiązanie do przeniesienia własności nieruchomości gruntowej, a także przy zleceniu i umowach zleceniopodobnych – zobowiązanie do organizacji inwestycji czy pośrednictwa w uzyskaniu kredytu przez nabywcę. Dla kwalifikacji tej umowy nie ma znaczenia tytuł nadany jej przez strony. Czynnikiem decydującym jest bowiem treść umowy, a nie jej nazwa¹⁶. Nie można również różnicować kwalifikacji prawnej umowy jedynie ze względu na moment jej zawarcia. Nie ma więc żadnego prawnego uzasadnienia dla uzależniania sytuacji prawnej nabywców od tego, czy zawarli umowę deweloperską przed, w trakcie, czy po zakończeniu procesu budowlanego¹⁷.

Konsekwencją kwalifikacji umowy deweloperskiej jako umowy mieszanej jest odrębna ocena przez BGH poszczególnych jej elementów. Odpowiedzialność dewelopera za wady budynku czy lokalu jest rozpatrywana w świetle przepisów dotyczących umowy o dzieło¹⁸, zaś wykonanie zobowiązania do przeniesienia własności gruntu podlega reżimowi prawnemu kontraktu sprzedaży¹⁹.

W prawie polskim umowa deweloperska jest także odrębnym typem umowy. Artykuł 9 ustawy o własności lokali nie stanowi jej wyczerpującej regulacji, nie definiuje on bowiem nawet charakterystycznych świadczeń obu stron umowy. Z tego względu umowę deweloperską należy kwalifikować jako umowę mieszaną, z dominującym elementem umowy o dzieło. Taką tezę potwierdza ostatnie orzeczenie Sądu Najwyższego²⁰. Uznając umowę deweloperską za nowy, oryginalny typ umowy kwalifikuje ją jako umowę nienazwaną (mieszaną), do której zastosowanie znajdują przepisy o umowach w ogólności, a w zakresie zagadnień szczególnych – przepisy umów nazwanych, podobnych do umowy deweloperskiej. Choć umowa

¹⁶ BGH, NJW 1981, s. 2344.

¹⁷ H. K ö h l e r, *Zur Rechtsnatur der Mängelhaftung bei der Veräußerung neuerrichteter Bauwerke*, NJW 1984, s. 1321.

¹⁸ Por. dla przykładu: BHGZ 74, s. 204; BGH, NJW 1980, s. 2800; BGH, NJW 1981, s. 273; BGH, NJW 1982, s. 2243.

¹⁹ Orzeczenie OLG Karlsruhe z dnia 8.01.1991 r., Immobilien- und Baurecht (IBR) 1991, s. 321.

²⁰ Orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 9 lipca 2003 r., OSNC 2004, nr 7-8, poz. 130.

deweloperska składa się z elementów charakterystycznych dla kilku umów nazwanych, nie można jednak po prostu każdemu z tych elementów z osobna przypisać skutków prawnych wynikających z reżimu poszczególnych podobnych umów nazwanych. Należy bowiem zawsze uwzględnić specyfikę umowy deweloperskiej jako całości. Na tej podstawie Sąd Najwyższy doszedł między innymi do wniosku, że jeśli umowa deweloperska zawiera zobowiązanie do zapłaty całej należności za wybudowanie lokalu i przeniesienie na rzecz nabywcy prawa własności, to nie może być uznana za umowę przedwstępną, co ma wpływ na zakres odpowiedzialności odszkodowawczej stron w razie niewykonania zobowiązania.

4. Forma umowy deweloperskiej

Na podstawie § 313 BGB każda umowa zawierająca zobowiązanie do przeniesienia własności nieruchomości wymaga dla swej ważności zachowania formy aktu notarialnego. Zgodnie z orzecznictwem, BGH § 313 BGB znajduje także zastosowanie do umów deweloperskich. Przy tym umowa ta w całości, a nie jedynie w części dotyczącej zobowiązania do przeniesienia własności nieruchomości, winna być sporządzona w formie aktu notarialnego²¹, jest bowiem umową jednorodną. Niedopuszczalne jest więc w szczególności zawarcie umowy sprzedaży nieruchomości w formie aktu notarialnego i dodatkowo umowy o roboty budowlane lub umowy o dzieło z pominięciem tej formy²². Nabywca nieruchomości nie zawarłby bowiem umowy sprzedaży bez jednoczesnego podpisania kontraktu budowlanego. Oba zobowiązania są więc wzajemnie powiązane i od siebie uzależnione, a wszelkie warunki zobowiązania do przeniesienia własności nieruchomości muszą być umieszczone w akcie notarialnym.

Wszystkie elementy umowy, a w szczególności dokładny opis inwestycji, muszą być zawarte w akcie notarialnym. Nie wystarczy powołać się w nim na zawierające te dane dokumenty prywatne. Skutkuje to bowiem nieważnością całej umowy²³. Dopuszcza się jednak możliwość

²¹ *BGH*, NJW 1981, s. 274.

²² *BGH*, NJW-RR 1989, s. 198; *BGH*, NJW 1988, s. 1716.

²³ Tak *BGH* w orzeczeniu z dnia 23.09.1977 r. V ZR 90/75, w tym przypadku powołano się w akcie notarialnym na szczegółowy opis budynku sporządzony przez dewelopera w osobnym dokumencie.

poprzestania na odczytaniu tych dokumentów przed notariuszem i uczynienia o tym wzmianki w umowie notarialnej²⁴.

Wymóg formy aktu notarialnego wiąże się ponadto ze specjalną rolą, jaką odgrywa notariusz w procesie deweloperskim²⁵. Stwierdza on spełnienie przesłanek wymagalności wpłat nabywcy w trakcie realizacji inwestycji, wynikających z § 3-5 MaBV²⁶. Ma on również współkształtować treść umowy, dbając w szczególności o to, by wyeliminować z niej tzw. klauzule abuzywne. Notariusz zabiega także, by nabywca był osobiście obecny przy zawarciu umowy, a także, by miał dosyć czasu do zapoznania się z jej treścią i czas do namysłu. Wewnętrzne zalecenia izb notarialnych przewidują wymóg przedstawienia stronom tekstu umowy na dwa tygodnie przed terminem jej podpisania²⁷.

Warto zauważyć, że projekt regulacji polskiej nie przewiduje formy szczególnej dla umowy deweloperskiej. Zawarty w art. 9 ustawy o własności lokali wymóg formalny nie jest w praktyce respektowany, co zgodnie z linią orzecznictwa nie skutkuje nieważnością kontraktu, a oznacza jedynie, że zawarta umowa nie stanowi kontraktu przewidzianego w art. 9 ustawy o własności lokali. Wskutek tego wymogi ustawowe nie mają zastosowania do oceny tej umowy²⁸.

5. Finansowanie przedsięwzięć deweloperskich

W projekcie polskiej regulacji umowy deweloperskiej przewidziane jest obligatoryjne prowadzenie rachunku powierniczego dla poszczególnych inwestycji, jeśli deweloper ma dysponować środkami finansowymi nabywców przed wykonaniem umowy. Nabywcy mogą dokonywać skutecznie wpłat jedynie na wskazany rachunek. Środki na nim zgromadzone są oprocentowane na korzyść dewelopera, jednak nie służą bieżącemu finansowaniu inwestycji, ta jest bowiem kredytowana przez bank. Środki z rachunku są uwalniane i przekazywane deweloperowi (w zasadzie na

²⁴ F. Schmidt, J. Eue, *Bauträgerkauf...*, s. 304-305.

²⁵ Tamże, s. 305.

²⁶ H. Litzemburger, *Der Notar als Verbraucherschützer – die Amtspflichten gemäß § 17 Abs. 2a Satz 2 BeurkG*, NotBZ 2002, s. 280.

²⁷ *Merkblatt der Landesnotarkammer Bayern*.

²⁸ Orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 25 czerwca 1998 r. I ACa 201/98, [w:] *Zbiór orzeczeń Sądu Apelacyjnego w Lublinie 1998*, nr 4, poz. 18.

splątę kredytu) dopiero po zakończeniu całej inwestycji lub jej poszczególnych etapów. Kontrolę realizacji odpowiednich prac przeprowadza w tym wypadku bank.

Rozwiązanie niemieckie jest odmienne. W przypadku umowy o dzieło, zgodnie z § 641 BGB, to wykonawca jest zobowiązany do uprzedniego świadczenia względem zamawiającego. Zapłata wynagrodzenia jest bowiem wymagalna dopiero po dostarczeniu dzieła wolnego od wad, tym samym zamawiającemu zapewnia się możliwość wywierania nacisku na wykonawcę, ponieważ może on na podstawie § 320 BGB wstrzymać się z zapłatą wynagrodzenia do czasu uzyskania należnego świadczenia.

Jeśli umowa deweloperska przewiduje zobowiązanie nabywcy lokalu do zapłaty całego wynagrodzenia lub jego części w trakcie realizacji inwestycji, mamy do czynienia z odstępstwem od reguły § 641 BGB. Sytuacja nabywcy wymaga więc wzmożonej ochrony, ponieważ nie dysponuje on już możliwością wywierania nacisku na dewelopera do czasu całkowitego zakończenia budowy, dlatego odstępstwo od rozkładu ryzyka przewidzianego dla umowy o dzieło jest dopuszczalne w umowie deweloperskiej jedynie po spełnieniu przesłanek § 3-5 MaBV²⁹. Są to przesłanki wymagalności roszczeń dewelopera o zapłatę wynagrodzenia przed zakończeniem budowy. Ich spełnienie zmniejsza ryzyko nabywcy i służy ochronie powierzanych przezeń środków. Są one następujące:

1) potwierdzenie na piśmie przez notariusza ważności umowy deweloperskiej,

2) wpis roszczenia o przeniesienie własności nieruchomości do księgi wieczystej,

3) zobowiązanie do uwolnienia nabywcy i nabywanej przezeń nieruchomości od obciążeń, a w szczególności przyrzeczenie przez bank finansujący dewelopera zwolnienia nieruchomości z obciążeń ustanowionych na jego rzecz po zapłacie całego wynagrodzenia (tzw. *Freigabeversprechen*). W ten sposób zapewnia się efektywność wpisu roszczenia nabywcy, bowiem nabywana nieruchomość może być w pierwszej kolejności obciążona hipoteką na rzecz banku finansującego inwestycję³⁰,

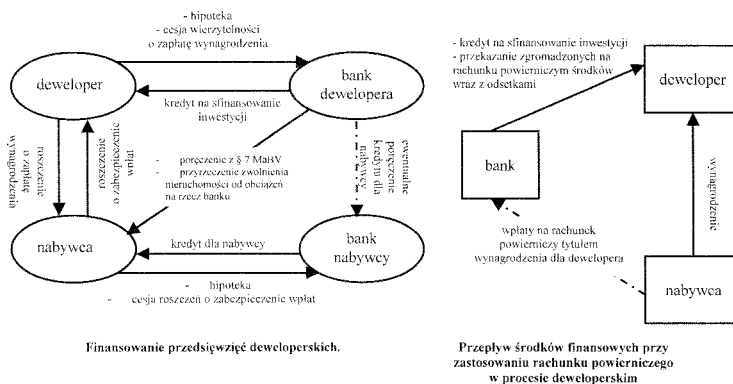
²⁹ BGH, Deutsche Notarielle Zeitung (DNotZ)1985, s. 287.

³⁰ E. von Heymann, P. Rösler, *Immobilienfinanzierungen unter Berücksichtigung der MaBV*, WM 1998, s. 2458.

4) uzyskanie przez dewelopera bezwarunkowego pozwolenia na budowę. Nabywca winien bowiem współfinansować budowę jedynie takich obiektów, których realizacja jest dopuszczalna na gruncie prawa budowlanego,

5) zamiast powyższych środków deweloper może wręczyć nabywcy dokument stwierdzający istnienie umowy poręczenia z instytucją finansową, zgodnie z § 7 MaBV, przy czym poręczenie musi zabezpieczać w pełnym zakresie roszczenie nabywcy względem dewelopera, tj. zwrot wpłaconych przez nabywcę kwot w pełnej wysokości³¹.

Wzajemne powiązania między deweloperem, nabywcą i bankiem można więc schematycznie przedstawić w sposób następujący:



Na podstawie opracowania: v. Heymann/Rüster, *Immobilienfinanzierung unter Berücksichtigung der MaBV*, WM 1998, s. 2458.

Wpłaty winne być dokonywane stopniowo, adekwatnie do postępu prac. W ten sposób nabywca odzyskuje środek nacisku i może wstrzymać się z realizacją kolejnej wpłaty do chwili zakończenia odpowiedniego etapu budowy. Przy tym ustalenie, czy dany etap rzeczywiście można uznać za należycie zrealizowany nie leży jedynie w gestii nabywcy. Każda wpłata musi być poprzedzona oświadczeniem nadzorującego architekta

³¹ Szerzej K. D o m r a t h, *Sicherung der Vermögenswerte, die von Auftraggebern bzw. Bewerbern zur Finanzierung von Wohnraum an Bauträgern i.S. von § 34 c Abs. 1 Satz 1 Nr 2a GewO gezahlt werden (§ 3 Abs. 1 und 2 der makler- und Bauträgerverordnung, Baurecht (BauR) 1986, s. 148.*

lub kierownika budowy o osiągnięciu zakładanego zakresu prac. W razie poświadczenia nieprawdy lub niezachowania należytej staranności przy przeprowadzaniu kontroli, kontrolerzy ponoszą względem nabywcy i banku odpowiedzialność cywilnoprawną³². Co więcej, kontrola zaawansowania robót obejmuje nie tylko poszczególne lokale, ale także części wspólne nieruchomości³³. Mając na względzie zapewnienie jej efektywności, BGH uznał za bezskuteczne te postanowienia umowy deweloperskiej, w których nabywca zgadzał się na natychmiastową wymagalność roszczeń o zapłatę części wynagrodzenia, rezygnując z konieczności udowodnienia ich wymagalności. Deweloper mógłby się bowiem domagać zapłaty z pominięciem drogi sądowej i rygorów formalnych postępowania egzekucyjnego. I to on zyskiwałby środek nacisku wobec nabywców, którzy wstrzymywali się z wpłatą ze względu na wątpliwości co do stanu zaawansowania prac budowlanych. Z kolei kontrola dewelopera przez nabywcę bez realnej możliwości wstrzymania dopływu środków finansowych byłaby iluzoryczna.

MaBV podaje następnie listę prac i przypadający nań udział procentowy wynagrodzenia. Zaproponowany podział jest następujący:

30% – po rozpoczęciu prac budowlanych (20% w przypadku prawa użytkowania wieczystego),

70% – stopniowo, po zakończeniu poszczególnych robót, w tym:

40% – ukończenie stanu surowego,

8% – montaż dachu,

3% – instalacje grzewcze ,

3% – instalacje sanitarne,

3% – instalacje elektryczne,

10% – montaż okien,

6% – szpachla wewnętrzna,

3% – pomalowanie,

4% – położenie terakoty, glazury,

12% – gotowość do wydania lokalu, wymagalna jednocześnie z wydaniem lokalu,

3% – prace wykończeniowe na zewnątrz budynku,

³² F. Schmidt, J. Eue, *Bauzrägerkauf...*, s. 324.

³³ J. Blomeyer, *Augen auf beim Wohnungskauf*, NJW 1999, s. 473.

5% – całkowite wykończenie budynku³⁴.

Powyższy wykaz nie jest chronologiczny. Poszczególne prace i wymagalne zań części wynagrodzenia mogą być w rozmaity sposób łączone i rozłożone w czasie, według zamysłu dewelopera. W razie braku niektórych prac wykończeniowych z tego spisu, inne udziały procentowe ulegają proporcjonalnej zmianie. Plan może w sumie przewidywać nie więcej niż siedem poszczególnych wpłat. Można określić je z góry lub można pozostawić deweloperowi swobodę w ich ustalaniu³⁵.

Niezachowanie wymogów przewidzianych w MaBV stanowi sprzeczność z ustawą, co zgodnie z § 134 BGB skutkuje nieważnością postanowień umownych dotyczących wpłat. Powstaje pytanie, jakie regulacje znajdują zastosowanie w miejsce nieważnych klauzul. Przepisy MaBV nie statuują bowiem norm cywilnoprawnych, a więc nie mogą zastąpić regulacji umownej. Z uwagi na to, w razie niezachowania rygorów MaBV postuluje się w orzecznictwie powrót do reguły § 641 BGB³⁶. Oznacza to, że wynagrodzenie dewelopera jest wymagalne dopiero po zakończeniu budowy, wydaniu i przeniesieniu własności lokalu, a wcześniej przekazane przez nabywcę środki są nienależne.

Jeżeli proces inwestycyjny przebiega bez zakłóceń, poszczególne etapy budowy i odpowiadające im wpłaty są realizowane w terminie. Po dokonaniu odbioru lokalu i przeniesieniu jego własności na nabywcę, bank zwalnia przedmiotową nieruchomości od obciążeń ustanowionych na jego rzecz w celu zabezpieczenia kredytu dla dewelopera. Wykreśla się także z księgi wieczystej wpis roszczenia o przeniesienie własności nieruchomości.

Jeżeli nabywca nie dokonuje wpłat terminowo, deweloper może wstrzymać się z wydaniem lokalu i przeniesieniem własności, co wystarczająco zabezpiecza jego interesy. Bank dewelopera dysponuje zabezpieczeniem hipotecznym, z którego nie musi zrezygnować ze względu na niedopełnienie przez nabywcę warunków tzw. *Freigabestellung*. Więcej

³⁴ Łącznie z urządzeniem miejsc parkingowych, dróg dojazdowych, ogródków itd., konieczne jest także uprzednie rozliczenie z władzami komunalnymi w zakresie prac drogowych; por. H. P a u s e, *MaBV: Vom Schutz der Vermögenswerte zur Sicherung der Gewährleistungsrechte*, BauR 1999, s. 1270.

³⁵ G. B a s t y, *Der Bauträgervertrag*, wyd. 4, Köln 2002, s. 153.

³⁶ Orzeczenie BGH z dnia 22.12.2000 r., *Zeitschrift für Immobilienrecht (ZfIR)* 2001, s. 111.

komplikacji rodzi niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy przez dewelopera.

6. Gdy deweloper się spóźnia...

W razie ogłoszenia upadłości dewelopera przed wykonaniem umowy wpis do księgi wieczystej roszczenia o przeniesienie własności nieruchomości na nabywcę wiąże także syndyka masy upadłościowej na mocy § 106 *Insolvenzordnung*³⁷. Zapewnia to nabywcy jedynie roszczenie o przeniesienie własności nieruchomości w zastanym przez syndyka stanie. Nie gwarantuje jednak dokończenia realizacji inwestycji. Innymi słowy, nie zabezpiecza w całości pozytywnego interesu umownego nabywcy. W projekcie polskiej regulacji inwestycja deweloperska oraz środki zgromadzone na rachunku powierniczym mają być wyłączone z masy upadłościowej, a syndyk będzie zobowiązany do dokończenia realizacji inwestycji.

W piśmiennictwie niemieckim za równoważne z ogłoszeniem upadłości dewelopera traktuje się faktyczne zaprzestanie przezeń budowy. W takim wypadku nabywca nie jest zobowiązany do dokonywania dalszych wpłat. Problematyczne jest naturalnie precyzyjne wyznaczenie takiego momentu. W praktyce przyjmuje się, że po roku bezczynności dewelopera można już mówić o zaprzestaniu budowy. Podobnie należy ocenić sytuację, w której nie wszczyna się postępowania upadłościowego wobec dewelopera wskutek niezabezpieczenia przez niego nawet kosztów tego postępowania. W umowie deweloperskiej warto jednak sprecyzować ten moment lub wyznaczyć arbitra do wiążącej dla stron oceny takiej sytuacji.

Jeśli nabywca wpłacił należne kwoty, a budowa nie została zakończona, może się domagać przeniesienia własności nieruchomości (o ile możliwe jest wyodrębnienie lokalu na tym etapie prac) i uwolnienia tej nieruchomości od obciążeń na rzecz banku. W tej sytuacji przysługuje bankowi prawo wyboru. Może on bowiem albo uwolnić nieruchomość od obciążeń ustanowionych na jego korzyść, albo zwrócić wpłaconą przez nabywcę kwotę³⁸, przy czym zwrotowi podlegają wpłaty adekwatne do

³⁷ Ustawa z dnia 5 października 1994 r., BGBl. I S. 2866.

³⁸ H. Grizwotz, *Freistellungsverpflichtung und Wahlrecht der Bank im Bauträgervertrag*, Zeitschrift für Insolvenzpraxis (ZIP) 2002, s. 826, D. Weis, P. Rösler, *Das Wahlrecht der finanzierenden Bank im Rahmen einer Freistellungsverpflichtungserklärung nach § 3 MaBV*, ZIP 2002, s. 1522.

stanu zaawansowania robót. Bank nie ma obowiązku zwracać nadpłat nabywcy. Nie może bowiem ponosić konsekwencji jego ryzykownych decyzji³⁹. Przejmuje jednak częściowo odpowiedzialność za działania dewelopera. Musi bowiem zezwolić na potrącenie przez nabywców z kwoty należnego wynagrodzenia odszkodowań i redukcji wynikających z wad nieruchomości⁴⁰.

Podjmując się zakończenia przedsięwzięcia deweloperskiego, bank wstępuje w miejsce dewelopera. Ważne jest w tym wypadku wcześniejsze zastrzeżenie w kontraktach dewelopera z podwykonawcami niedopuszczalności odstąpienia przez nich od umowy w razie zastąpienia dewelopera przez bank. Konieczne jest także uregulowanie przejścia na bank praw do projektu.

Jeśli deweloper spóźnia się jedynie z zakończeniem prac lub oddaje do użytku lokal obarczony wadami, wówczas nabywcy przysługują następujące cztery uprawnienia: może on żądać usunięcia wady w postaci naprawy lub ponownego wykonania (wybór należy do dewelopera, a nie, jak w przypadku sprzedaży, do nabywcy), stosunkowego obniżenia wynagrodzenia, zapłaty odszkodowania lub wreszcie może samodzielnie usunąć wadę na koszt dewelopera. Jeśli zaś wada jest istotna, a termin wyznaczony do jej usunięcia upłynął bezskutecznie, nabywca może także od umowy odstąpić.

Do odpowiedzialności dewelopera za wady lokalu BGH stosuje przepisy umowy o dzieło. W umowie deweloperskiej jest bowiem charakterystyczne dla umowy o dzieło zobowiązanie rezultatu, tj. zobowiązanie do zbudowania i wykończenia lokalu. Także w przypadku zbycia lokalu już gotowego, umowa deweloperska zawiera zobowiązanie do usunięcia ewentualnych wad lokalu, gdyż fakt, że został on zbudowany przez zbywcę nie może pozostać bez znaczenia. Poza tym nie można różnicować sytuacji prawnej nabywców jedynie ze względu na czas nabycia lokalu. Podstawowym argumentem przemawiającym za zastosowaniem przepisów umowy o dzieło był jednak pierwotnie argument praktyczny – dłuższy niż w przypadku umowy sprzedaży termin przedawnienia roszczeń. Termin

³⁹ Ch. Reithmann, *Erwerber, Bauträger, Bank – Interessenausgleich im Bauträgervertrag*, NJW 1997, s. 1817.

⁴⁰ Wynika to z § 359 BGB.

ten w odniesieniu do wad budynku, które mogą ujawnić się w późniejszym okresie, wydawał się w większym stopniu czynić zadość zasadzie słuszności. Po reformie księgi zobowiązań BGB w 2002 r. ujednotaczono terminy przedawnienia roszczeń i wynosi on obecnie 5 lat zarówno dla sprzedaży budynku/lokalu, jak i dla dotyczącej go umowy o dzieło (§ 438 I nr 2a oraz § 634a I 2 BGB). Kwalifikacja prawna ma jednak nadal znaczenie, gdyż różny jest termin rozpoczęcia biegu przedawnienia w obu przypadkach. Przy sprzedaży decydujący jest moment wydania rzeczy, zaś dla umowy o dzieło jej odbioru. Momenty te nie muszą się ze sobą pokrywać. Ponadto w odróżnieniu od sprzedawcy, deweloper może przedsięwziąć naprawę dowolną ilość razy. Kupujący, po dwukrotnej naprawie, która nie przynosi trwałych efektów, może odstąpić od umowy, zaś zamawiający musi dać wykonawcy kolejną szansę⁴¹.

W praktyce w umowach deweloperskich często umieszczano klauzule wyłączające lub ograniczające odpowiedzialność dewelopera za wady lokalu czy budynku. Orzecznictwo akceptowało ich stosowanie, o ile były połączone z cesją roszczeń dewelopera wobec poszczególnych podwykonawców⁴². Jeśli jednak żądania nabywcy nie mogły zostać zaspokojone przez wskazanych podwykonawców, wyłączenie odpowiedzialności dewelopera stawało się bezskuteczne. Nabywca mógł żądać od niego zaspokojenia roszczeń z powodu wad lokalu, jak i zwrotu kosztów bezskutecznego dochodzenia roszczeń przeciwko podwykonawcom⁴³.

Ta linia orzecznictwa uległa zmianie. Uznano bowiem, że takie rozwiązanie zdecydowanie utrudnia nabywcom dochodzenie ich roszczeń. Zgodnie z nową tendencją, kolejność adresatów roszczeń nabywcy odwrócono. Cesja roszczeń dewelopera przeciwko podwykonawcom jest dopuszczalna jedynie pod warunkiem, że deweloper nie będzie w stanie ich zaspokoić⁴⁴.

⁴¹ G. B a s t y, *Der Bauträgervertrag – Aktuelle Ergänzungen zur 4., überarbeiteten und erweiterten Auflage*, Köln 2004, s. 5.

⁴² BHGZ, t. 92, s. 123.

⁴³ Przez analogię do § 673 BGB, który przewiduje obowiązek zleceniodawcy pokrycia kosztów wykonania zlecenia.

⁴⁴ BGH NJW 2001, s. 201.

7. Stosunek między bankiem a nabywcą

Umowa deweloperska i jej wykonanie ma wpływ także na stosunek prawny między nabywcą a kredytującym go bankiem, szczególnie jeśli jest to jednocześnie bank dewelopera lub współorganizator inwestycji. Bank jako współorganizator przedsięwzięcia ponosi odpowiedzialność względem nabywcy w takim zakresie, jaki wynika z umowy oraz z prospektów reklamowych⁴⁵. Podstawą odpowiedzialności banku może być także *culpa in contrahendo*, jeśli w trakcie negocjacji treści umowy deweloperskiej bank wywołuje u nabywcy uzasadnione przekonanie, że jest on gwarantem należytej realizacji inwestycji. Między nabywcą a bankiem może też istnieć konkludentna umowa doradcza, która uzasadnia odpowiedzialność banku w razie ewentualnego fiaska przedsięwzięcia. Przyjmuje się taką umowę za zawartą, na przykład w sytuacji gdy bank przedstawia nabywcy prospekt spodziewanych zysków z wynajmu nabywanego lokalu lub z korzyści podatkowych⁴⁶. Z kolei, jeśli bank jest kredytodawcą zarówno nabywcy, jak i dewelopera, możliwy jest konflikt interesów, który rodzi po stronie banku obowiązek informacyjny względem nabywcy. Zaniedbanie tej powinności skutkuje odpowiedzialnością odszkodowawczą banku. Chodzi tu o sytuacje, w których bank pobiera wpłaty od nabywcy, wiedząc, że deweloper nie jest w stanie kontynuować realizacji przedsięwzięcia. Zmniejsza w ten sposób swe własne straty jego kosztem, co jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego (§ 242 BGB – *Treu und Glaube*)⁴⁷.

Z drugiej strony, stosunek prawny między bankiem a nabywcą może mieć wpływ na byt umowy deweloperskiej. Umowa kredytu na sfinansowanie nabycia nieruchomości i umowa deweloperska są bowiem ze sobą powiązane w ten sposób, że jedna z umów nie zostałaby zawarta, gdyby nie doszło do podpisania drugiej. Tworzą one pewną gospodarczą całość (*wirtschaftliche Einheit* – § 358 ust. 3 BGB). Jeśli więc doszłoby

⁴⁵ H. Bruchner, *Bankenhaftung bei fremdfinanziertem Immobilienerwerb*, WM 1999, s. 833.

⁴⁶ E. v. Heymann, *Die neuere Rechtsprechung zur Bankenhaftung bei Immobilienkapitalanlagen*, NJW 1999, s. 1579.

⁴⁷ P. Rösler, *Risiken der Bank bei Finanzierung von Immobilien als Kapitalanlagen*, Der Berater 1999, s. 2299.

do podważenia umowy kredytu wskutek podniesienia sprzeciwu przez nabywcę na podstawie przepisów o kredycie konsumenckim (§ 491 i nast. BGB), mogłoby to na mocy § 358 ust. 2 BGB oznaczać jednocześnie rozwiązanie umowy deweloperskiej. Rozważając ten problem, należy przede wszystkim zauważyć, że także do kredytu na zakup nieruchomości i kredytu zabezpieczonego hipotecznie znajduje zastosowanie dyrektywa unijna o kredycie konsumenckim⁴⁸ i wydane w celu jej implementacji regulacje krajowe. Zgodnie bowiem z orzeczeniem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, przedmiotem tego typu umów jest przekazanie odpowiedniej ilości środków pieniężnych, a nie konstytuowanie prawa na nieruchomości⁴⁹. Umowa taka musi jednak zostać zawarta w szczególnych okolicznościach, uzasadniających konieczność ochrony konsumenta, a więc poza miejscem prowadzenia działalności przez bank, w szczególności w domu lub miejscu pracy konsumenta, tak że oferta stanowi dlań niespodziankę i jej ewentualne przyjęcie może nastąpić bez stosownego namysłu (tzw. *Haustürsituation*). Jeśli konsument (kredytobiorca i nabywca) skorzysta z uprawnienia do odwołania swego oświadczenia woli, umowa kredytu ulega rozwiązaniu i musi on zwrócić przekazane mu środki bankowi. Jeśli przeznaczył je na nabycie nieruchomości, a nawet przekazał je już deweloperowi, wówczas znajdzie się w trudnej sytuacji. Nie mogąc unicestwić umowy deweloperskiej, musiałby zapłacić całą kwotę wynagrodzenia deweloperowi, nie posiadając potrzebnych na to środków, ze względu na rozwiązanie umowy kredytu. Tym samym skorzystanie z uprawnień ustanowionych dla ochrony konsumenta byłoby praktycznie niemożliwe, stąd pomysł, by w takiej sytuacji także umowa deweloperska ulegała rozwiązaniu. Tylko w ten sposób sytuacja konsumenta uległaby korzystnej zmianie.

Zarówno § 358 ust. 2 w zw. z § 491 ust. 3 BGB, jak i leżące u ich podstawy przepisy dyrektywy unijnej⁵⁰ wyraźnie wyłączają umowy dotyczące nabycia nieruchomości z zakresu swego zastosowania. Problem ich ewentualnej rozszerzającej interpretacji został przedstawiony

⁴⁸ Dyrektywa Nr 87/102/EWG Rady Unii Europejskiej z dnia 22 grudnia 1986 r.

⁴⁹ Orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 grudnia 2001 r. w sprawie *Heininger*, C-481/99, dostępne na stronie www.europa.eu.int/jurisp (10.10.2004 r.).

⁵⁰ Dyrektywa Nr 85/577/EWG Rady Unii Europejskiej z dnia 20 grudnia 1985 r.

Europejskiemu Trybunałowi Sprawiedliwości⁵¹. W opinii Generalnego Adwokata z dnia 28 września 2004 r., Philippe Légera, trudno sobie wyobrazić zawarcie umowy deweloperskiej w warunkach *Haustürsituation*, choćby ze względu na konieczność zachowania formy aktu notarialnego⁵². Nadto interpretacja przepisu wbrew jego jednoznacznemu brzmieniu nie może być uzasadniona jedynie koniecznością zapewnienia skuteczności (*effet utile*) innej normie prawa europejskiego. Wreszcie dyrektywa pozostawia państwom członkowskim swobodę co do regulacji skutków prawnych odwołania oświadczenia woli przez konsumenta, dlatego zaleca on ETS uznanie, że rozwiązanie umowy kredytu konsumenckiego nie podważa bytu związanej z nim umowy deweloperskiej. Jednak na rozstrzygające tę kwestię ostatecznie orzeczenie należy jeszcze poczekać.

8. Wnioski

1. Umowa deweloperska w prawie niemieckim uznawana jest za umowę mieszaną, podobną do umowy o dzieło i umowy sprzedaży. W odniesieniu do odpowiedzialności za wady lokalu i zapłaty wynagrodzenia znajdują zastosowanie przepisy regulujące umowę o dzieło. Zobowiązanie do przeniesienia własności nieruchomości oceniane jest w świetle przepisów dotyczących umowy sprzedaży. Również na gruncie prawa polskiego uzasadniona jest podobna kwalifikacja umowy deweloperskiej.

2. Umowa deweloperska statuuje stosunek zobowiązaniowy między deweloperem a nabywcą. Jednak do jej wykonania zaangażowane są także inne podmioty, w szczególności notariusz, kierownik budowy i podwykonawcy, co winno znaleźć odzwierciedlenie w jej treści.

3. Dla swej ważności umowa ta wymaga zachowania formy aktu notarialnego, ze względu na zawarte w niej zobowiązanie do przeniesienia własności nieruchomości. Konsekwencja prawa niemieckiego w tym zakresie zasługuje na aprobatę.

4. Model wzajemnych powiązań między deweloperem, bankiem i nabywcą zdaje się należycie chronić interesy nabywców lokali, głównie dzięki zaangażowaniu banków, które nie wahają się podejmować ryzyka

⁵¹ Sprawa Schulte przeciwko Deutsche Bausparkasse Badenia AG, C-350/03.

⁵² Opinia w sprawie C-350/03, dostępna na stronie www.europa.eu.int/jurisip (10.10.2004 r.).

kontrolowania, a nawet prowadzenia przedsięwzięcia budowlanego. W razie upadłości dewelopera lub faktycznego zaprzestania budowy, to bank podejmuje się zakończenia przedsięwzięcia lub zwraca nabywcom wpłacone przez nich środki. Rozwiązanie niemieckie może się okazać tańsze od przewidzianego w projekcie polskim obowiązkowego rachunku powierniczego.

5. Bank może ponosić wobec nabywcy odpowiedzialność w razie niepowodzenia przedsięwzięcia, ale tylko wyjątkowo: jeśli wykroczy poza rolę kredytodawcy, podejmując się współorganizacji przedsięwzięcia deweloperskiego lub gwarantując choćby pośrednio powodzenie inwestycji, jeśli zawrze z nabywcą umowę doradczą lub jako kredytodawca i dewelopera, i nabywcy znajdzie się w sytuacji konfliktu interesów.

6. Na ważność i treść umowy deweloperskiej ma także wpływ prawo wspólnotowe, które szczególną ochroną obejmuje krąg konsumentów. Jednakże ochrona bezpieczeństwa i pewności obrotu nieruchomościami wyznacza w tym przypadku granice ochrony interesów konsumentów, dlatego mimo powiązania umowy deweloperskiej z umową kredytu na nabycie lokalu nie wydaje się możliwe podważenie bytu umowy deweloperskiej w razie unicestwienia umowy kredytu na podstawie stosownych przepisów o kredycie konsumenckim.

7. Analiza dorobku doktryny i orzecznictwa niemieckiego na temat umowy deweloperskiej może być przydatna nie tylko w fazie prac nad projektem polskiej ustawy deweloperskiej, ale także dla rozwiązania licznych problemów praktycznych dotyczących wzajemnych stosunków między deweloperem, bankiem i nabywcą, które są analogiczne zarówno w Niemczech, jak i w Polsce.

Niniejszy artykuł był próbą przybliżenia takich właśnie istotnych z punktu widzenia praktyki rozwiązań stosowanych przez naszych sąsiadów.