



Tłumaczenie przysięgłe z języka niemieckiego

[godło Niemiec]

BUNDESGERICHTSHOF  
FEDERALNY TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI

POSTANOWIENIE  
VIII ZR 225/17  
z dnia  
8 stycznia 2019 r.  
w sporze prawnym

Publikacja: tak  
BGHZ [Trybunał Federalny w sprawach cywilnych]: nie  
BGHR [Orzecznictwo Trybunału Federalnego]: tak

BGB [Kodeks Cywilny] § 434 ustęp 1 zdanie 2 nr 2; Rozporządzenie (WE) nr 715/2007 art. 3 ust. 10, art. 5 ust. 2; FZV [Rozporządzenie w sprawie homologacji typu pojazdów] § 5 ust 1

a) Pojazd nie jest wolny od wad materiałowych, jeżeli przy przekazaniu go nabywcy jest zainstalowane na stanowisku pomiarowym urządzenie odcinające - zmniejszające emisję tlenków azotu w porównaniu z normalną jazdą – co zgodnie z art. 3 Nr. 10 Rozporządzenia 715/2007/WE, jest niedopuszczalne w myśl art. 5 ust. 2 zdanie 1 rozporządzenia 715/2007/WE.

b) Wynika z tego, że pojazdowi brak zdolności do normalnej eksploatacji w myśl § 434 ust. 1 zdanie 2 nr 2 BGB (niemiecki kodeks cywilny), ponieważ istnieje ryzyko wydania zakazu eksploatacji przez właściwy organ dopuszczający pojazd do ruchu drogowego (§ 5 ust. 1 rozporządzenia o dopuszczeniu pojazdu do ruchu drogowego - FZV) i w związku z tym dalsza (niezakłócona) eksploatacja pojazdu w ruchu drogowym nie jest zagwarantowana w momencie przeniesienia ryzyka.

BGB (niemiecki kodeks cywilny) § 275 ustęp 1, § 439 ustęp 1 alternatywnie 2

W rozumieniu § 439 ustęp 1 alternatywnie 2 BGB (niemiecki kodeks cywilny), gdy dostawa zastępcza przedmiotu wolnego od wad materiałowych, w myśl § 275 ust. 1 BGB (niemiecki kodeks cywilny), jest niemożliwa zgodnie z § 275 ust. 1 BGB, nie jest to uzależnione od rozróżnienia między zakupem jednostkowym i ogólnym, lecz od treści i zakresu zobowiązania przyjętego w umowie przez sprzedawcę (potwierdzone przez Federalny Trybunał Sprawiedliwości, wyroki z dnia 7 czerwca 2006 r., VIII ZR 209/05, BGHZ 168, 64 Nr 20; z dnia 17 października 2018 r., VIII ZR 212/17, NJW 2019, 80 Nr 20 [opublikowane w Zbiorze orzeczeń Trybunału w sprawach cywilnych]. ECLI: DE:BGH:2019:080119BVIIIZR225.17.0

b) Po gruntownej interpretacji umowy kupna-sprzedaży (§§ 133, 157 BGB [niemieckiego kodeksu cywilnego) celem określenia zakresu zobowiązania zakupu, które przyjął sprzedającego, należy pamiętać, że zakup zastępczy dotyczy zakupu przedmiotu tego samego rodzaju i funkcji mu równoważnych. Prawo kupującego do dostawy zastępczej zgodnie z § 439 ust. 2 alternatywnie 2 BGB (niemieckiego kodeksu cywilnego) polega na dostawie zamiennej za wadliwy towar dostarczony pierwotnie, na towar niewadliwy, tego samego rodzaju i funkcji mu równoważnych na podstawie umowy (decyzja z BGH [Federalny Trybunał Sprawiedliwości], wyroki z dnia 7 czerwca 2006 r. - VIII ZR 209/05, w miejscu Nr. 23, z dnia 17 października 2012 r. - VIII ZR 226/11, BGHZ [Federalny Trybunał Sprawiedliwości] 195, 135, Nr. 24, 24 października 2018 - VIII ZR 66/17, NJW 2019, 292, pkt 41 [opublikowano w BGHZ [zbiór orzeczeń Federalnego Trybunału Sprawiedliwości w sprawach cywilnych] ).

Dostawa identycznego przedmiotu nie jest wymagana. W tym względzie należy raczej ustalić, czy umawiające się strony, zgodnie ze swoją przedstawioną wolą i celem umowy, uznały konkretne świadczenie za wymienne (potwierdzenie Federalnego Trybunału Sprawiedliwości, wyrok z dnia 21 listopada 2017 r. w sprawie X ZR 111/16, NJW 2018, 789 pkt. 8).

c) Przy zamianie z punktu widzenia sprzedawcy nowego pojazdu istotny jest większy lub szerszy zakres zmian w nowym modelu względem jego poprzednika. Chodzi o – pojazd nie inny niż ten, który kupił kupujący, i o pojazd z dostępnej serii modelu – o wysokość kosztu dostawy zastępczej. Nie wyklucza to zobowiązania wykonania tego świadczenia w myśl § 275 ust. 1 BGB [niemiecki kodeks cywilny], sprzedający ma prawo odmowy dostawy zastępczej na określonych warunkach § 439 ust. 4 BGB [niemiecki kodeks cywilny], które w indywidualnym przypadku ustala sędzia, o ile w przypadku nieproporcjonalnych kosztów może to być możliwe.

Federalny Trybunał Sprawiedliwości, uchwała z dnia 8 stycznia 2019 r. - VIII ZR 225/17 – OLG [Sąd Krajowy Wyższej Instancji] Bamberg LG [Sąd Krajowy] Bayreuth

VIII Senat Cywilny Federalnego Trybunału Sprawiedliwości w dniu 8 stycznia 2019 r. w składzie: sędzia przewodniczący dr Milger, sędziowie dr Hessel i dr Fetzer oraz sędziowie dr Bünger i Kosziol

postanowił:

Senat, po wstępnej ocenie prawnego przygotowania postępowania na rozprawie ustnej dotyczącego zagadnień prawnych, które mogą być istotne dla decyzji, a które w niektórych kwestiach nie zostały jeszcze odpowiednio uwzględnione w pismach procesowych złożonych w postępowaniu odwoławczym, wskazał co następuje:

I.

1 Wiosną 2015 r. Powód zakupił od Pozwanego nowy pojazd VW Tiguan 2.0 TDI z silnikiem wysokoprężnym Diesla EA 189 za 31,350 EUR. Zgodnie z ustaleniami sądów niższej instancji, których nie kwestionowano w instancji odwoławczej, pojazd wyposażono na stanowisku pomiarowym w oprogramowanie zmniejszające emisję tlenku azotu w porównaniu z normalnym trybem jazdy. Sąd Krajowy - Landgericht - bez bliższego uzasadnienia – przyjął w tym zakresie założenie „niewłaściwego urządzenia odcinającego”, co skutkowało tym, że pojazd nie ma cechy jakościowej, której oczekiwałby nabywca (zob. § 434 ust. 1 zdanie 2 nr 2 BGB) i dlatego jest wadliwy.

2 Sąd Apelacyjny (OLG Bamberg, orzeczenia z dnia 2 sierpnia 2017 r., DAR 2018, 143 oraz z dnia 20 września 2017 r. - 6 U 5/17, orzecznictwo) pozostawił otwartą kwestię, czy podziela tę ocenę prawną wady rzeczowej. W każdym razie uznał roszczenie powoda w niniejszym postępowaniu o wymianę na nowy pojazd za bezzasadne dlatego, ponieważ nie uznał modelu nowszego ("VW Tiguan drugiej generacji") ze względu na motoryzacyjne ulepszenia (110 zamiast 103 kW i maksymalną prędkość 201-204 zamiast 182-192 km/h) i inne wymiary (6 cm więcej długości pojazdu, 8 cm szerszy rozstaw osi) za "identyczny i równoważny przedmiot"; dlatego też dostawa zastępcza była niemożliwa, a w każdym razie nie jest zawiniona z tego powodu przez sprzedawcę.

## II.

3 Uzasadnieniem Sądu Apelacyjnego - zgodnie z tymczasową oceną Senatu – nie należało oddalać roszczenia powoda o późniejszą dostawę przedmiotu wolnego od wad (§ 437 Nr 1, § 434 (1), § 439 (1) alternatywnie 2 BGB [niemiecki kodeks cywilny]).

4 1. Należało – co Sąd Apelacyjny pozostawił jako kwestię otwartą- założyć istnienie wadliwości. Zgodnie z § 434 ustęp 1 zdanie 2 Nr. 2 BGB [niemiecki kodeks cywilny] przedmiot jest (tylko wówczas) wolny od wad materiałowych, jeśli jest zdalny do zwykłego użytku i posiada jakość, która jest typowa dla przedmiotów tego samego rodzaju, taka, jakiej oczekiwaliby Kupujący. Wymagań tych mógł spełnić pojazd powoda w momencie przeniesienia ryzyka z końcem lipca 2015 r.

5 a) Zasadniczo pojazd silnikowy nadaje się do normalnego użytku tylko wtedy, gdy posiada cechy, które nie uniemożliwiają jego (dalszej) rejestracji w ruchu drogowym, ani w inny sposób nie unieważniają lub nie pogarszają jego użyteczności (porównaj wyroki Senatu z dnia 29 czerwca 2016 r. - VIII ZR 191/15, NJW 2016, 3015 Nr. 40; z dnia 26 października 2016 r. - VIII ZR 240/15, NJW 2017, 153 Nr. 15; z dnia 24 października 2018 r. - VIII ZR 66/17, ZIP 2018, ZIP 2018, 2272 Nr. 29 [opublikowano w zbiorze orzeczeń Federalnego Trybunału Konstytucyjnego w sprawach cywilnych; każdorazowo z dowodami]. Mogło to być niewystarczające dla pojazdu zakupionego przez powoda w momencie przenoszenia ryzyka. Zgodnie z ustaleniami Sądu Apelacyjnego, w tym czasie posiadał fabryczne wyposażenie w oprogramowanie zmniejszające emisję tlenków azotu na stanowisku pomiarowym względem emisji w trybie normalnej jazdy. Nie jest oczywiste, że wskutek doposażenia warunek ten został w międzyczasie zmieniony, na przykład poprzez doposażenie. W związku z tym pojazd może być wyposażony w urządzenie odłączające bez homologacji, co może skutkować wydaniem zakazu eksploatacji przez organ wydający zezwolenia na dopuszczenie pojazdu do ruchu drogowego.

6aa) W przypadku urządzenia znajdującego się w pojeździe powoda, które przez certyfikowane stanowiska pomiarowe aktywuje zwiększoną recyrkulację gazów spalinowych, mogłoby chodzić zgodnie z art. 5 ust. 2 zdanie 1 rozporządzenia (WE) Nr. 715/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 czerwca 2007 r. o homologacji typu pojazdów silnikowych w odniesieniu do emisji pochodzących z lekkich samochodów osobowych i dostawczych (Euro 5 i Euro 6) oraz dostępu do informacji dotyczących napraw i konserwacji pojazdów (Dz.U. L 171 z 29 czerwca 2007 r.; zwanego dalej Rozporządzeniem VO 715/2007 / EG) o urządzenie odłączające bez posiadanej homologacji.

7 (1) Rozporządzenie 715/2007 / WE, odnoszące się również do pojazdów powoda (Art. 2 ust. 1, Art. 10 rozporządzenia 715/2007 / WE), określa

wspólne wymagania techniczne państw członkowskich dotyczące homologacji typu WE pojazdów silnikowych w odniesieniu do emisji zanieczyszczeń (art. 1 ust. 1 rozporządzenia 715/2007 / WE). Reguluje także, między innymi, wymagania, które muszą spełniać producenci nowych pojazdów w celu uzyskania homologacji typu WE (art. 5 rozporządzenia 715/2007 / WE). Wspomniane rozporządzenie uzupełnia między innymi rozporządzenie Komisji 692/2008 / WE z dnia 18 lipca 2008 r. w sprawie wykonania i zmiany rozporządzenia (WE) nr 715/2007 (Dz.U. L 199 z 28 lipca 2008 r.). Artykuł 3 ust. 1 niniejszego „rozporządzenia wykonawczego” stanowi o tym, że producent jest zobowiązany wykazać uzyskanie homologacji typu WE zgodnie załącznikami oraz wymaga ono zgodnie z art. 3 ust. 9 akapit 3 dla pojazdów z silnikiem wysokoprężnym dodatkowych poświadczeń z emisji tlenu azotu, w tym również „o sposobie pracy układu recyrkulacji spalin”.

8 Co należy rozumieć pod pojęciem homologacji typu WE, tego wymienione rozporządzenia nie określają; wynika to z prawnej definicji zawartej w Art. 3 ust. 5 Dyrektywy 2007/46 / WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 września 2007 r., która określa ramy homologacji pojazdów silnikowych i ich przyczep oraz systemów, części konstrukcyjnych i samodzielnych jednostek technicznych dla tych pojazdów (Dz.U. L 263 z 9 października 2007 r. - dyrektywa ramowa). W związku z tym homologacja typu WE jest procedurą, w ramach której państwo członkowskie Unii Europejskiej poświadcza producentowi, że typ pojazdu, układu lub części lub oddzielnego zespołu technicznego jest zgodny z odpowiednimi przepisami administracyjnymi i wymaganiami technicznymi dyrektywy ramowej i jej załącznika IV lub XI wymienionego aktu prawnego.

Definicja tę również przyjął również niemiecki ustawodawca zgodnie z § 2 ust. 4 lit. a) rozporządzenia w sprawie dopuszczania pojazdów do ruchu drogowego (rozporządzenie o dopuszczaniu pojazdów do ruchu drogowego - FZV).

9 (2) Zastosowanie wymienionego oprogramowania w pojeździe powoda jest niezgodne z prawem w myśl art. 5 ust. 2 rozporządzenia VO 715/2007 / WE.

10 a) Zgodnie z art. 5 ust. 1 rozporządzenia 715/2007 / WE producent musi wyposażyć nowe produkowane przez siebie pojazdy w taki sposób, aby elementy konstrukcji, które mogą mieć wpływ na parametry emisji, były projektowane, produkowane i montowane w taki sposób, aby pojazd będący w zwykłych warunkach pracy odpowiadał wymogom rozporządzenia oraz przepisom wykonawczym. Ma to gwarantować, że określone dopuszczalne wartości graniczne emisji będą dotyczyły rzeczywistego zachowania pojazdów w trakcie ich użytkowania (porównaj motyw 12 rozporządzenia (WE) 715/2007 / WE) oraz że uzyskano znaczną redukcję emisji tlenków azotu celem poprawy jakości powietrza i przestrzegania limitów zanieczyszczenia powietrza przez pojazdy z silnikiem Diesla (patrz motyw 6 rozporządzenia 715/2007 / WE).

11 W następstwie rozporządzenie surowo zakazuje stosowania urządzeń ograniczających emisję, które zmniejszają wpływ systemów kontroli emisji (art. 5 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia 715/2007 / WE), chyba że wyraźnie znormalizowane wyjątki (art. 5 ust. 2 zdanie 2 rozporządzenia 715/2007 / WE) (patrz także niemiecki Parlament [deutscher Bundestag], usługi naukowe [Wissenschaftliche Dienste], WD 7 - 3000 - 031/16, s. 12 i nast.). W tym przypadku „urządzenie odłączające” zgodnie z art. 3 nr 10 rozporządzenia 715/2007 / WE zdefiniowano jako daną część konstrukcyjną, która określa temperaturę, prędkość pojazdu, ilość obrotów silnika, włączony bieg, podciśnienie w kolektorze dolotowym lub inne parametry funkcji, aktywowanie, modyfikowanie,

opóźnianie lub dezaktywowanie funkcji dowolnej części systemu kontroli emisji zmniejsza skuteczności systemu kontroli emisji w warunkach zwykłej eksploatacji pojazdu.

12 (b) Przytaczając powyższe przepisy mogłoby w przypadku oprogramowania zainstalowanego w pojeździe powoda chodzić o urządzenie odłączające bez homologacji w myśl art. 5 ust. 2 rozporządzenia VO 715/2007 / WE (zob. OLG Köln [Kolonja], orzeczenie z dnia 28 maja 2018 r. - 27 U 13/17, juris Nr. 2, OVG w Koblencji, NJW-RR 2018, 376 Nr. 20, OVG Münster, orzeczenie z 17 sierpnia 2018 r. - 8 B 548/18, Juris Nr. 1, Führ, NVwZ 2017, 265, 266; Legner, VuR 2018, 251, 253; Harriehausen, NJW 2018, 3137, 3140). Ponieważ takie oprogramowanie wykrywa, czy pojazd znajduje się w cyklu pomiaru badanych wartości emisji, i przełącza się w tym przypadku na tryb, w którym powoduje recyrkulację spalin do silnika, a tym samym zmniejsza emisję tlenków azotu (NOx). Jednak podczas normalnej jazdy uruchamia takie oprogramowanie w innym trybie, w którym recyrkulacja spalin odbywa się tylko w mniejszym stopniu; w związku z tym określa odpowiedni tryb pracy pojazdu na podstawie parametrów technicznych – jazdy próbnej na stanowisku pomiarowym lub rzeczywistej pracy - i odpowiednio aktywuje lub dezaktywuje recyrkulację spalin, co bezpośrednio wpływa na skuteczność układu kontroli emisji.

13 (c) O ile art. 5 ust. 2 zdanie 2 rozporządzenia VO 715/2007 / WE dopuszcza stosowanie urządzeń odcinających to w niektórych przypadkach (wąskie) warunki wymagane mogą w tym przypadku być niespełnione. Sąd Apelacyjny nie zajmował się szczegółowo tą kwestią. Nie należałoby brać pod uwagę wyjątków - nie tylko ze względu na regulacyjny cel tego przepisu z art. 5 ust. 1 rozporządzenia 715/2007/WE, jeśli urządzenie odcinające służy zachowaniu wartości granicznych emisji (których inaczej by nie uzyskano), sprawdzane przez certyfikowaną firmę kontrolującą rzeczywistej eksploatacji.



14 Biorąc pod uwagę opisany sposób działania oprogramowania to nie powinno chodzić o urządzenie odłączające, które jest niezbędne do ochrony silnika przed uszkodzeniem lub wypadkiem, które gwarantuje bezpieczną eksploatację pojazdu (art. 5 ust. 2 zdanie 2 lit. a) rozporządzenia VO 715/2007/WE), ani o urządzenie odcinające, które nie działa dłużej niż wymaga tego rozruch silnika (art. 5 ust. 2 zdanie 2 litera b) rozporządzenia 715/2007/WE).

15 Należy również zauważyć, że "zasadniczo spełnione są warunki w procedurach kontroli emisji par i średnich emisji z rury wydechowej" (Art. 5 ust. 2 Pkt 2 lit. c) rozporządzenia (WE) Nr. 715/2007). Jak wynika z wcześniejszej wersji projektu rozporządzenia, wyjątek ten - początkowo trudny do zrozumienia – jest istotny wtedy, gdy warunki "w jakich działa dany obiekt" w znacznym stopniu "brane są pod uwagę" podczas procedury badania emisji (por. projekt Komisji z dnia 21 grudnia 2005 r., KOM [2005] 683 wersja ostateczna, str. 18). Dlatego też przewidziane uprzywilejowane art. 5 ust. 2 zdanie 2 litera c rozporządzenie VO 715/2007/WE istotne jest wtedy, gdy urządzenie odcinające jest gotowe, ponieważ tak stanowią procedury testowe pomiaru emisji (porównaj również Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, WD 7 - 3000 - 031/16, Str. 18). Nie było ewidentne, że powstało inne znaczenie po zmianie brzmienia przyjętej wersji rozporządzenia VO 715/2007/WE, (w tym znaczeniu art. 19 zdanie 2 lit. c [Zakaz stosowania urządzeń odcinających] rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr. 168/2013/UE z dnia 15 stycznia 2013 r. w sprawie homologacji i nadzoru

ryнку pojazdów dwu- lub trzykołowych i czterokołowych, które weszło w życie dnia 1 stycznia 2016 r.; Dz. U. 52 z dnia 2 marca 2013 r.).

16 W związku z tym przepis ustanawiający wyjątek w myśl art. 5 ust. 2 zdanie 2 lit. c Rozporządzenie VO 715/2007/WE nie będzie wiążący, ponieważ powołując się na ustalenia Sądu Apelacyjnego nic nie przemawia za tym, że urządzenie odłączające znajdujące się w pojeździe powoda w procedurze testowej pomiaru emisji wpływa niezauważenie na procedurę kontroli emisji.

17 bb) W wyniku urządzenia odcinającego (prawdopodobnie) bez homologacji zainstalowanego w pojeździe powoda zgodnie z art. 5 ust. 2 rozporządzenia VO 715/2007/WE, dalsza (niezakłócona) eksploatacja pojazdu powoda w ruchu drogowym nie będzie gwarantowana w momencie przeniesienia ryzyka, a zatem pojazd nie nadaje się do normalnego użytku w rozumieniu § 434 ust. 1 zdanie 2 nr 2 BGB. Samochód osobowy wyposażony w oprogramowanie, które zapewnia specjalny tryb jazdy na stanowisku testowym jak i inny tryb codziennej eksploatacji, generując w ten sposób ulepszone wartości tlenu azotu w cyklu testowym, może mieć wadę materiałową wyłącznie z tego powodu (porównaj OLG Monachium, decyzja z dnia 23 marca 2017 r. - 3 U 4316/16, juris Nr. 13; OLG Kolonia, decyzja z dnia 27 marca 2018 r. - 18 U 134/17, juris Nr. 13. 11 z pozostałymi dowodami; OLG w Norymberdze, NZV 2018, 315 Nr. 38; ponadto OLG we Frankfurcie nad Menem, wyrok z dnia 31 sierpnia 2018 r. - 25 U 17/18, juris Nr. 53; Witt, NJW 2017, 3681, 3682; Harriehausen, w miejscu Str. 3138).

18 (1) Zgodnie z § 5 ust. 1 FZV właściwy organ dopuszczający pojazdy do ruchu drogowego może, w sytuacji, gdy pojazd nie spełnia przepisów rozporządzenia o dopuszczeniu pojazdów do ruchu

drogowego, wyznaczyć właścicielowi rozsądny termin na usunięcie usterek lub ograniczyć lub zakazać eksploatację pojazdu na drogach publicznych.

19 Zgodnie z orzeczeniami Sądu Administracyjnego pojazdy wyposażone w urządzenie odcinające, które nie ma homologacji zgodnie z art. 5 ust. 2 rozporządzenia Nr. VO 715/2007/WE, są "niezgodne z przepisami" w rozumieniu art. 5 ust. 1 FZV [Rozporządzenie o Pojazdach], nawet jeżeli posiadacz nie zastosuje się do wniosku o usunięcie urządzenia odcinającego poprzez aktualizację oprogramowania homologowanego przez właściwy organ udzielający homologacji typu, ponieważ taki pojazd, w przeciwieństwie do przepisów art. 3 ust. 2 rozporządzenia nr 715/2007/WE, nie spełnia wymogów art. 5 ust. 1 FZV. 1 zdanie 2 FZV nie jest (już) zgodny z typem posiadającym homologację (por. OVG Münster, decyzja z dnia 17 sierpnia 2018 r., decyzja z dnia 17 sierpnia 2018 r. - 8 B 548/18, w miejscu Nr. 24 i nast.; VG Düsseldorf, wyrok z dnia 24 stycznia 2018 r. - 6 K 12341/17, juris Nr. 269 i nast., 347 i nast.; VG Karlsruhe, postanowienie z dnia 26 lutego 2018 r. - 12 K 16702/17, juris Nr. 22; VG Sigmaringen, postanowienie z dnia 4 kwietnia 2018 r. - 5 K 1476/18, juris Nr. 20; VG Stuttgart, postanowienie z dnia 27 stycznia 2018 r. - 12 K 16702/17, juris para. 27; VG Stuttgart, postanowienie z dnia 27 kwietnia 2018 r. - 8 K 1962/18, juris Rn. 10 i nast.; VG Köln, decyzja z 29 maja 2018 r. - 18 L 854/18, juris Nr. 15; VG Magdeburg, decyzja z 2 lipca 2018 r. - 1 B 268/18, juris Nr. 7 i nast.)

20 (2) Ponieważ w przypadku pojazdów silnikowych, które wbrew bezwzględnie obowiązującym przepisom prawa unijnego mają zainstalowane urządzenia odcinające, konieczne jest odpowiednie doposażenie w celu dostosowania do przepisów, właściciel takiego pojazdu widzi, że jest tak długo narażony, do czasu (jeszcze) nie wykonanego właściwego doposażenia, na ewentualność ograniczenia lub zakazu eksploatacji w myśl § 5 (1) Rozporządzenia o pojazdach. Ryzyko to występuje nie tylko w przypadku nakazu przekształcenia wydanego przez właściwy organ udzielający homologacji dla typu - w tym przypadku na mocy decyzji Federalnego Urzędu Transportu Samochodowego z dnia 14 października 2015 r. skierowanej do producenta pojazdu - ale wtedy

wtedy, gdy organ ten nie zażądał jeszcze od producenta podjęcia takiego działania. Jest tak dlatego, że w tej sytuacji istnieje już stan faktyczny ("system usterek"/niedoskonałość podstawowa), który - w razie konieczności w innych okolicznościach (przede wszystkim decyzją lub oświadczeniem właściwego organu udzielającego homologacji typu) - może spowodować wydanie przez urząd dopuszczania pojazdu do ruchu drogowego zakazu lub ograniczenia eksploatacji zgodnie z § 5 ust. 1 FZV, ponieważ pojazd nie jest zgodny z typem posiadającym homologację (§ 3 ust. 1 zdanie 2 FZV) z tytułu urządzenia odłączającego, naruszającego art. 5 ust. 2 rozporządzenia 715/2007/WE.

21 Z punktu widzenia prawa sprzedaży, istniejące ryzyko zakazu lub ograniczenia eksploatacji przez urząd dopuszczania pojazdów do ruchu drogowego w przypadku nie przeprowadzonego (jeszcze) (przynajmniej w ostatnim czasie) doposażenia spowodowałoby to, że określone pojazdy nie nadają się do zwykłej eksploatacji w myśl § 434 ust. 1 zdanie 2 Nr. 2 BGB. Nie można zaprzeczyć właściwej zdatności zakupionego przedmiotu nie tylko wtedy, gdy jego przydatność będzie całkowicie unieważniona, lecz także wtedy, gdy zmniejszy się jego zdatność (zob. wyroki Senatu z 26 kwietnia 2017 r. - VIII ZR 80/16, NJW 2017, 2817 Nr. 18 z pozostałymi dowodami; z 26 października 2016 r. - VIII ZR 240/15, w miejscu Nr. 15 f.).

22 Ograniczoną zdatność można założyć w przypadku pojazdów wyposażonych w silniki EA 189, które nie posiadają (jeszcze) doposażenia. Ponieważ nabywca takiego pojazdu może w każdej chwili spodziewać się, że nie będzie mógł korzystać z pojazdu na drogach publicznych wskutek urzędowego rozporządzenia - być może nawet z nakazem natychmiastowej egzekucji takiego rozporządzenia (por. OVG Münster, uchwała z dnia 17 sierpnia 2018 r., uchwała z dnia 17 sierpnia 2018 r., Nr. 8 B 548/18, w miejscu Nr. 1). Ten obowiązek istniałby niezależnie od tego, czy właściwy urząd dopuszczający pojazdy do ruchu drogowego w danym przypadku wydał już taki zakaz eksploatacji w myśl § 5 ust. 1 FZV, czy też taki zakaz nie został (jeszcze) wydany.

Cecha, która uniemożliwiająca kupującemu zwykłą eksploatację, nie dotyczyłaby urzędowego zakazu eksploatacji, lecz możliwości interwencji urzędu w zakresie eksploatacji urządzenia odłączającego bez homologacji (por. BGH, wyrok z dnia 18 stycznia 2017 - VIII ZR 234/15, NJW 2017, 1666 Nr 21 f., 28; z dnia 11. grudnia 1992 - V ZR 204/91, NJW-RR 1993, 396 pod II 2 [w każdym przypadku wady prawnej]).

23 b) Pojazd powoda mógł niezdatny do normalnej eksploatacji w momencie przejścia ryzyka z końcem lipca 2015 r. oraz w momencie żądania późniejszej naprawy ulepszającej w październiku 2015 r. ze względu na (ukryte) zagrożenie zakazem eksploatacji; był on wadliwy w rozumieniu art. 434 ust. 1 zdanie 2 Nr. 2 BGB [niemiecki kodeks cywilny], niezależnie od tego, czy posiadał cechę zwyczajowo spotykaną w rzeczach tego samego rodzaju i której kupujący mógł się spodziewać ze względu na rodzaj tej rzeczy. Wynika to z faktu, że cechy charakterystyczne wspomnianej rzeczy zgodnie z powyższym przepisem (zdatność użytkowania i jakość) muszą występować łącznie, tak aby rzecz ta była wolna od wad materiałowych (BGH, wyrok z dnia 30 listopada 2012 r. - V ZR 25/12, NJW 2013, 1671 Nr.13 dalsze odniesienia).

24 2. Według wstępnej oceny Senatu, na opinię Sądu Apelacyjnego mogły mieć wpływ błędy prawne, nie przysługuje powodowi roszczenie o dostawę zastępczą na rzecz wolną od wad (§ 437 Nr. 1, § 434 ust. 1 zdanie 2 Nr. 2, § 439 ust. 1 alternatywnie 2 BGB [niemiecki kodeks cywilny]) z tego powodu, że nie były już produkowane modele pojazdów pierwszej generacji VW Tiguan, w związku z tym niemożliwe było uzyskanie mocy, której oczekiwał pozwany (§ 275 ust. 1 BGB), a powód nie wystąpił z wnioskiem o dostawę VW Tiguan drugiej generacji produkowanego od 2016 r. (§ 308 ust. 1 zdanie 1 ZPO [kodeksu postępowania cywilnego]).

25 a) Sąd Apelacyjny przyjął między innymi, że w dochodzonym roszczeniu o wymianę pojazdu na nowy, wolny od wad jest, stoi na przeszkodzie brak możliwości spełnienia tego świadczenia (§ 275 ust. 1 BGB). W tym względzie istotne jest to, czy sprzedający mógłby nabyć podobny i równoważny przedmiot. W danym przypadku tak nie jest, ponieważ powód zakupił model pojazdu pierwszej generacji VW Tiguan, a takich pojazdów nie produkowano już od roku 2016. Według Sądu Apelacyjnego, VW Tiguan drugiej generacji produkowany obecnie nie odpowiada rzeczy podobnej i równoważnej, ponieważ taki pojazd ma inne motoryzacyjne ulepszenie, mianowicie 110 kW (150 PS) zamiast 103 kW (140 PS). Maksymalna prędkość wynosi obecnie 202-204 km/h zamiast 182-193 km/h. Samochód ma inny silnik o mocy 110 kW (150 KM) zamiast 103 kW (140 KM). Ponadto pojazdy drugiej generacji są dłuższe o 6 cm, a rozstaw osi szerszy o 8 cm.

26 aa) W konsekwencji decyzji Sądu Apelacyjnego inne sądy okręgowe wyższej instancji (Oberlandesgerichte) również wzięły pod uwagę kwestię silnika o większej mocy w trakcie zmiany modelu lub certyfikacji na wyższą normę emisji spalin i uznały, że okoliczności te były w szczególności sprzeczności z roszczeniem nabywcy dotyczącym dostawy zastępczej pojazdu z bieżącej produkcji seryjnej (OLG [Sąd Okręgowy Wyższej Instancji] Kolonia [OLG Köln], decyzja z dn. 6 marca 2018 r. - 16 U 110/07, juris Nr. 9; Sąd Okręgowy Wyższej Instancji [OLG] Monachium, decyzja z dnia 2 lipca 2018 r. - 8 U 1710/17, juris Nr. 27; Sąd Okręgowy Wyższej Instancji [OLG Jena], NZV 2018, NZV 2018, 571 f.; Sąd Okręgowy Wyższej Instancji [OLG] Düsseldorf, wyrok z dn. 9 listopada 2018 r. BeckRS 2018, juris Nr. 55; Sąd Okręgowy Wyższej Instancji [OLG] Hamburg, wyrok z dnia 21 grudnia 2018 r. -11 U55/18, juris Nr. 46 ff; również Sąd Okręgowy Wyższej Instancji [OLG] Karlsruhe, decyzja z dnia 6 grudnia 2018 r. - 17 U 4/18, juris Nr. 30).

27 Zgodnie z innym poglądem reprezentowanym w orzecznictwie sądu pierwszej instancji, nawet po zmianie modelu, roszczenie osoby kupującej wadliwy nowy pojazd wobec sprzedającego na dostawę wolnego od wad, fabrycznie nowego i równoważnego typu, odpowiednio wyposażonego pojazdu zastępczego z bieżącej produkcji seryjnej producenta nie jest wykluczone w myśl § 275 ust. 1 niemieckiego kodeksu cywilnego. 1 BGB (zob. tylko LG Hamburg, wyrok z dnia 20 kwietnia 2018 r. - 313 O 31/17, wyrok z dnia 20 kwietnia 2018 r. - 313 O 31/17, orzecznictwo Rn. 29 i nast.; LG Hamburg, DAR 2018, 273, 274, 276 i nast.; LG Ravensburg, orzeczenie z dnia 6 marca 2018 r. - 2 O 96/17, orzeczenie z dnia 6 marca 2018 r. - 2 O 96/17, orzecznictwo Rn. 49; LG Offenburg, VuR 2017, 269, 271).

28 bb) Senat skłania się do drugiego poglądu.

29 Sąd Apelacyjny miałby przy rostrzygnięciu kwestii, czy roszczenie kupującego dotyczące wymiany na nowy, wolny od usterek pojazd zgodnie § 439 ust. 1 alternatywnie 2 BGB [niemieckiego kodeksu cywilnego] na pojazd z aktualnej produkcji seryjnej, jeśli dany model w momencie zawierania umowy nie był już produkowany i nie mógł być kupiony przez sprzedawcę lub osobę trzecią, w niewystarczającym stopniu uwzględnić interpretację oświadczeń woli stron umowy kupna zgodnie z ich interesami (§§ 133, 157 BGB).

30 To, czy dostawa zastępcza jest brana pod uwagę, jest, zgodnie z wydanym postanowieniem Senatu, zależne od interpretacji woli umawiających się stron umowy (§§ 133, 157 BGB; wyrok Senatu z dnia 7 czerwca 2006 r. - VIII ZR 209/05, BGHZ 168, 64 pkt 23). Sąd Apelacyjny nie określił jednak i nie zinterpretował woli stron umowy w tym zakresie. Powinien tego dokonać Senat, ponieważ okoliczności mające znaczenie w tym zakresie zostały ustalone w ocenie wstępnej i nie należy oczekiwać dalszych ustaleń.

31 (1) Na początku należałoby wziąć pod uwagę, że w przypadku zakupu nowego pojazdu chodzi - przy braku innego porozumienia między stronami umowy – o świadczenie rodzajowe (§ 243 ust. 1 niemieckiego kodeksu cywilnego (wyrok Senatu z dnia 17 października 2018 r. - VIII ZR 212/17, NJW 2019, 80 ust. 20 [opublikowany w Zbiorze orzeczeń Federalnego Trybunału Sprawiedliwości w sprawach cywilnych [BGHZ]), chyba że strony umowy uzgodniły inaczej. W odniesieniu do otwartej kwestii, czy oczekiwana przez kupującego dostawa zastępcza jest niemożliwa w myśl § 439 ust. 1 alternatywnie 2 BGB [niemieckiego kodeksu cywilnego], ale rozróżnienie zakupu jednostkowego a zakupu ogólnego nie jest miarodajne, ponieważ w kontekście późniejszych korekt ustawy z dnia 26 listopada 2001 r. o aktualizacji prawa zobowiązań (Ustawa o prawie zobowiązań - Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BGBl. I s. 3138), która weszła w życie w dniu 1 stycznia 2002 r., ustawodawca wyraźnie uznał to rozróżnienie za zbytne (BT-Drucks. 14/6040, s. 230 [w sprawie § 439 BGB], zob. także s. 94). W związku z tym, zgodnie z brzmieniem § 439 BGB (niemiecki kodeks cywilny), to, czy ma miejsce zakup jednostkowy czy ogólny, nie ma decydującego znaczenia ani w odniesieniu do usunięcia wad, ani w odniesieniu do dostawy zastępczej (wyrok Senatu z 7 czerwca 2006 r. - VIII ZR 209/05, juris Nr. 20). Zastosowanie powinien mieć raczej obowiązek zamówienia przejęty umownie przez dłużnika (por. BT-Drucks. 14/6040, str. 132; wyrok Senatu z dnia 17 października 2018 r. - VIII ZR 212/17, w miejscu.), którego treść i zakres określa interpretacja umowy sprzedaży zgodnie z interesem stron (§§ 133, 157 BGB).

32 (2) Ustalając treść i zakres umownego zobowiązania sprzedającego należy uwzględnić pierwszeństwo roszczenia tytułem późniejszej naprawy, która wynika z przesłanek prawnych, zgodnie z §§ 437 ff BGB [niemieckiego kodeksu cywilnego] i które z jednej strony gwarantuje kupującemu to, czego domaga się na podstawie umowy, zaś z drugiej strony daje sprzedającemu ostatnią szansę, aby zapobiec stracie finansowej związanej z rozwiązaniem umowy (patrz BT-Drucks. 14/6040, str. 93 i nast., 220 i nast., 230; wyroki Senatu z dnia 23 lutego 2005 r. - VIII ZR 100/04, BGHZ 162, 219, 226 i nast.; z dnia 7 czerwca 2006 r. - VIII ZR 209/05, w miejscu Nr. 19). Sąd Apelacyjny mógł nie uwzględnić w wystarczającym stopniu tej oceny prawnej w odniesieniu do spornego tutaj wniosku o późniejszą dostawę i w ten sposób przedwcześnie odwoływał się do § 275 (1) BGB [niemieckiego kodeksu cywilnego].



33 (3) Należy zauważyć, że obowiązek sprzedającego do zakupu zastępczego zgodnie z § 439 ust. 1 alternatywnie 2 BGB [niemiecki kodeks cywilny], na który powołuje się również Sąd Apelacyjny, obejmuje podobne i równorzędne przedmioty, ponieważ roszczenie kupującego odnosi się do dostawy zastępczej, aby zamiast uprzednio dostarczonego wadliwego przedmiotu zakupu, dostarczyć przedmiot wolny od wad, co do zasady podobny i - zarówno funkcjonalnie, jak i umownie - równorzędny (zob. wyroki Senatu z dnia 7 czerwca 2006 r. - VIII ZR 209/05, w miejscu Nr.17 f, 23; z dnia 15 lipca 2008 r. - VIII ZR 211/07, BGHZ 177, 224 Nr. 18; z dnia 17 października 2012 r. - VIII ZR 226/11, BGHZ [zbiór orzeczeń Trybunał w sprawach cywilnych] 195, 135 Nr. 24; z dnia 24 października 2018 r. - VIII ZR 66/17, Nr. 41). Zakup zastępczy to nie tylko dostawa przedmiotu wolnego od wad, lecz również dostawa przedmiotu identycznego z przedmiotem zakupu.

34 W odniesieniu do zagadnienia, czy wadę można usunąć stosując podobną i równoważną usługę zastępczą, powinna zależeć od tego, czy strony umowy uznały daną usługę za zamienną zgodnie z celem umowy i ich wyrażoną wolą (BGH, wyrok z dnia 21 listopada 2017 r. - X ZR 111/16, NJW 2018 r., pkt 789 ust. 8, w odniesieniu do wyroku Senatu z dnia 7 czerwca 2006 r. - VIII ZR 209/05, w miejscu.

35 (a) Należy zauważyć, że kupując nowy pojazd myśli się zwykle o dalszej produkcji i wprowadzaniu na rynek kolejnego modelu. Strony, w tym sprzedawca samochodów, są zazwyczaj świadome w momencie zawierania umowy sprzedaży, że producent samochodów może zmienić modele po pewnym okresie czasu i nie będzie nadal produkować poprzedniego modelu.

Na rynku model następcy zastępuje przestarzały model poprzednika. Z reguły kolejne modele są wciąż rozwijane pod wieloma względami, czy to poprzez klasyfikację zgodnie z nowymi europejskimi normami emisji i zmianami w technologii silników, czy poprzez postęp w systemach bezpieczeństwa i wspomagania oraz odpowiadające im szersze zastosowanie oprogramowania sterującego, poprzez zmianę wymiarów, wagi, zużycia paliwa i języka projektowania, czy też poprzez zwiększenie komfortu. W ten sposób model następcy na rynku zastępuje i zastępuje poprzednika.

36 (b) Aspekty te mogą mieć znaczenie przy ocenie zmianie na inny model. Większy lub mniejszy zakres zmian zazwyczaj nie wpływa na interesy umawiających się stron, zwłaszcza sprzedającego, gdyż producent pojazdu może wprowadzać zmiany techniczne lub inne zmiany bez konieczności dokonywania zewnętrznie rozpoznawalnej zmiany modelu. Nawet rozróżnienie między "liftingiem" a zmianą modelu, która jest częściowo uznawana za decydującą w orzecznictwie sądu instancji (zob. np. OLG [Sąd Wyższej Instancji] Jena, w miejscu, str. 572), nie będzie decydująca w tym zakresie. Raczej sprzedawca nowego samochodu, który spotyka się roszczeniem kupującego o dostawę zastępczą po zmianie modelu - jeśli nowy samochód z serii modeli, który przestał być aktualny, nie może być zamówiony - rozpatruje koszty zakupu zastępczego, które musiałby ponieść na model następcy. W tej sytuacji interesy sprzedającego można oceniać nie inaczej, jak tylko, że wyprodukowany model byłby nadal dostępny w chwili zawierania umowy.

37 Nie można rostrzygnąć decydującej kwestii, czy koszt zakupu zastępczego – zgodnie z argumentacją strony pozwanej, do której dotyczy odwołanie, czyli 28.000,00 EUR netto minus wpływ po sprzedaży pojazdu nabytego przez powoda w wysokości 19.330,00 EUR netto - w tej sytuacji są nieproporcjonalne i dlatego mogą stanowić przeszkodę przy zakupie, § 275 ust. 1 BGB. W przepisach dotyczących sprzedaży ustawodawca przyporządkował tę kwestię § 439 ust. 4 BGB (względnie stosowanego tutaj przejściowo § 439 ust. 3 BGB aF ) (BT-Drucks. 14/6040, str. 232). Sąd Apelacyjny - z logicznego punktu widzenia - nie podjął decyzji w tej kwestii.

38 (c) Na podstawie wstępnych rozważań Senatu Sąd Apelacyjny mógł nie uznać w wystarczającym stopniu prawa pierwszeństwa do późniejszej dostawy, zatem nie można wykluczyć roszczenie powoda o dostawę zastępczą z uwagi na fakt, że model następcy, który jest obecnie jedynym dostępnym modelem, podlega zmianom technicznym w różnych aspektach, między innymi motoryzacyjnych ulepszeń, które wymienia w pierwszej kolejności Sąd Apelacyjny.

39 b) W świetle opisanego powyżej kontekstu (prawnego), wątpliwe wydaje się być stanowisko Sądu Apelacyjnego, według którego powód nie mógłby żądać dostawy zastępczej pojazdu VW Tiguan drugiej generacji tylko z tego względu, że nie złożył takiego wniosku, a tym samym Sąd Apelacyjny nie posiadał umocowania do wydania odpowiedniego orzeczenia (§ 308 ust. 1 zdanie 1 ZPO [niemieckiego kodeksu cywilnego]). Prawo procesowe realizuje prawo materialne, nie utrudnia jego egzekucji. Treść i zakres pozwu nie określa wyłącznie dosłowne brzmienie złożonego pozwu; należy je interpretować w kontekście uzasadnienia pozwu (wyroki Senatu z 21 marca 2018 r. - VIII ZR 68/17, NJW 2018, 3448 juris 31 [opublikowano w BGHZ [zbiór orzeczeń Federalnego Trybunału Sprawiedliwości w sprawach cywilnych]).

[zbiór orzeczeń Trybunału w spawach cywilnych]; VIII ZR 84/17, WuM 2018, 278 Nr. 36; każdorazowo z pozostałymi dowodami].

40 Zgodnie z tą przesłanką Sąd Apelacyjny w tych okolicznościach mógł zbyt rygorystycznie domagać się zasadności roszczenia powoda w myśl § 253 ust. 2 Nr. 2 ZPO i ograniczyć swoje uprawnienia orzecznicze (§ 308 ust. 1 zdanie 1 ZPO).

41 Wniosek powoda wskazuje pojazd o mocy silnika 103 kW (140 PS), a druga generacja VW Tiguan posiada 110 kW (150 PS) jak wynika z ustaleń Sądu Apelacyjnego. Wniosek powoda, który ostatecznie rozpatrzył Sąd Apelacyjny, odnosi się do dostawy zastępczej modelu VW Tiguan wolnego od wad, niezależnie od tego, czy jest to model następcy, czy też - jeśli nie będzie on już dostępny – do modelu obecnie produkowanego. W związku z tym można byłoby rozpatrzyć pojazd drugiej generacji, a nawet – o ile pierwsza seria modeli byłaby w całości wadliwa i nie mogła być doposażona - wyłącznie taki tylko pojazd.

dr Milger

dr Hessel

dr Fetzer

dr Bünger

Kosziol

Sądy niższej instancji: LG Bayreuth, decyzja z 20.12.2016 r. - 21 O 34/16 - OLG Bamberg, decyzja z 20.09.2017 r. - 6 U 5/17 –