

Rapporto di Karlsruhe: pandemia di COVID-19, Dieselgate e altre sfide per il diritto privato

*Hannes Wais** / *Josef Wittmann***

Questo saggio contiene una breve sintesi di importanti decisioni della Corte federale di giustizia tedesca (Bundesgerichtshof) nel campo del diritto privato del 2022 e 2023, con particolare attenzione alle questioni di diritto privato legate alla pandemia da COVID-19 e al Dieselgate.

I. Introduzione

Il *Bundesgerichtshof* (BGH) di Karlsruhe, è la Corte Suprema tedesca in materia di diritto civile e penale. In quanto tale, ha il compito di chiarire questioni giuridiche di fondamentale importanza, di sviluppare il diritto e di garantire una giurisprudenza uniforme¹. Sebbene le decisioni del BGH non abbiano un effetto vincolante generale, non avendo efficacia “diretta” oltre a quella per le parti del giudizio *a quo*, i tribunali di grado inferiore si conformano quasi sempre alla giurisprudenza del BGH². Quindi le sue decisioni hanno di fatto un effetto di precedente. Nell'ambito di un vivace scambio scientifico italiano-tedesco, questo saggio si propone di fornire agli esperti italiani una breve panoramica delle principali decisioni del BGH nel campo di diritto civile degli anni 2022 e 2023. In questo periodo, infatti, la giurisprudenza del BGH nel campo di diritto privato è stata caratterizzata dalla pandemia Covid-19 e dallo scandalo dei veicoli diesel manipolati (“Dieselgate”). Altri casi interessanti, ad esempio nel contesto delle banche dati d'arte e delle vendite immobiliari, completano questa raccolta di decisioni.

II. Obbligo di pagamento del canone di locazione senza il concreto godimento dell'immobile a uso commerciale durante la pandemia di COVID-19³

1. Fatti e questione giuridica

Le misure governative adottate per combattere la pandemia di COVID-19 includevano anche la chiusura di negozi e altri locali commerciali. Nel caso di immobili a uso commerciale locati, si pone la questione se l'operatore del negozio rimanga obbligato a pagare l'affitto al proprietario dell'immobile.

2. Quadro giuridico

L'estinzione dell'obbligo di pagare il canone di affitto deriverebbe dal § 536 del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB):

“§ 536 Riduzione del canone per vizi materiali e giuridici

* Privatdozent Dr. Hannes Wais, LL.M. (Cambridge), ricercatore in diritto civile, diritto internazionale privato e diritto processuale civile, Universität Heidelberg, wais@ipr.uni-heidelberg.de

** Dr. Josef Wittmann, ricercatore in diritto civile, diritto internazionale privato e diritto societario, Universität Heidelberg, josef.wittmann@ipr.uni-heidelberg.de.

¹ Cfr. i requisiti per l'ammissibilità del ricorso al BGH (*Revision*) di cui al § 543, comma 2, del Codice di procedura civile tedesco (*Zivilprozessordnung*).

² DIE PRÄSIDENTIN DES BUNDESGERICHTSHOFS (a cura di), *Der Bundesgerichtshof / The Federal Court of Justice*, 3^a ed., 2021, 5.

³ BGH, sentenza del 12 gennaio 2022, XII ZR 8/21; commenti di: EMMERICH, JuS 2022, 361; HERBERGER, JA 2022, 425; WILMES-HORVÁTH, IR 2022, 202.

(1) Se la cosa locata risulta affetta, al momento della consegna al locatario, da un vizio che elimina la sua idoneità all'uso conforme al contratto, ovvero se un tale vizio insorge nel corso della durata della locazione, il locatario non è tenuto, per il tempo in cui l'idoneità è eliminata, al pagamento del canone. Per il tempo in cui l'idoneità è diminuita, il locatario è tenuto soltanto a versare un canone ridotto adeguatamente. Una diminuzione irrilevante dell'idoneità non viene considerata. [...]”⁴.

L'estinzione dell'obbligo di pagare il canone di affitto potrebbe anche derivare dal diritto generale delle obbligazioni. Le norme pertinenti sono le seguenti:

“§ 275 Esclusione dell'obbligo alla prestazione

(1) La pretesa alla prestazione è esclusa, qualora questa sia impossibile per il debitore o per chiunque. [...]”

§ 326 Liberazione dalla controprestazione e recesso nel caso di esclusione dell'obbligo di eseguire la prestazione

(1) Se il debitore non è tenuto ad adempiere ai sensi del § 275, commi da 1 a 3, la pretesa alla controprestazione viene meno; in caso di prestazione parziale trova corrispondente applicazione il § 441, comma 3. [...]”

Il contratto di locazione potrebbe essere risolto anche secondo i principi della dottrina del fondamento negoziale (“*Geschäftsgrundlagenlehre*”). Le disposizioni pertinenti sono le seguenti:

“§ 313 Alterazione del fondamento negoziale

(1) Se le circostanze che sono diventate il fondamento del contratto sono gravemente cambiate dopo la conclusione del contratto, e le parti non avrebbero concluso il contratto o lo avrebbero concluso con un contenuto diverso se avessero previsto questi mutamenti, può pretendersi l'adeguamento del contratto, qualora tenuto conto di tutte le circostanze del caso concreto, in particolare della distribuzione contrattuale e legale dei rischi, da una delle parti non possa pretendersi il mantenimento del contratto non modificato.

(2) Al cambiamento delle circostanze è parificata l'ipotesi in cui le rappresentazioni essenziali che sono diventate fondamento del contratto si rivelano false.

(3) Se non è possibile un adeguamento del contratto o esso non sia pretendibile da una delle parti, la parte svantaggiata può recedere dal contratto. Nei rapporti obbligatori di durata, al posto del diritto di recesso subentra il diritto di disdetta.”

3. Giudizio

Affinché l'obbligo di corrispondere il canone di locazione venga meno ai sensi del § 536, comma 1, BGB, il divieto statale di utilizzare l'immobile affittato come negozio deve comportare un vizio dell'immobile affittato. Nel caso in esame, il BGH lo ha negato. Se, infatti, è vero che il BGH ha sottolineato che le misure statali che compromettono l'uso dell'immobile in locazione possono costituire un vizio ai sensi del § 536, comma 1, BGB, tuttavia, ciò si applica solo se la misura statale è direttamente correlata alla natura specifica,

⁴ La traduzione delle disposizioni del BGB è tratta da PATTI (a cura di), *Codice Civile Tedesco*, Giuffrè-Beck, 2013, con minime modifiche aggiunte dagli Autori.

alle condizioni o all'ubicazione dell'immobile⁵. Un ordine di chiusura emanato nel corso della pandemia da COVID-19 non soddisfa questo requisito. Infatti, l'ordine di chiusura dell'attività commerciale persegue semplicemente l'obiettivo generale di prevenire le infezioni nei locali accessibili al pubblico. Non vi è alcun collegamento specifico tra l'ordine di chiusura e le condizioni dell'immobile locato⁶. Secondo l'opinione del BGH, questa determinazione non è alterata dal fatto che la destinazione d'uso commerciale dell'immobile locato sia stata esplicitamente concordato nel contratto di locazione stesso. Ciò, in quanto, predetta destinazione contrattuale non comporta che il locatore intendesse rinunciare al pagamento del canone di locazione in caso di un ordine di chiusura delle attività commerciali considerando, infatti, che lo stesso avrebbe potuto essere locato per attività non vietate dall'ordine di chiusura⁷.

L'annullamento dell'obbligo di pagamento del canone di locazione non deriverebbe neppure dal disposto del § 326, comma 1, BGB. Infatti, la disposizione stabilisce che l'obbligo di eseguire la controprestazione - in questo caso il pagamento del canone di locazione - viene meno se la prestazione principale - nel caso di specie la messa a disposizione dell'immobile - non può essere fornita per impossibilità ai sensi del § 275 BGB. Tuttavia, come rilevato dalla BGH, non vi sarebbe alcuna impossibilità della prestazione principale ai sensi del § 275 BGB in quanto l'ordine di chiusura non comporterebbe l'impossibilità (reale e/o legale) per il locatore di mettere a disposizione del locatario l'immobile oggetto di locazione. Infatti, ciò che sarebbe vietato è solo l'uso dell'immobile da parte del locatario⁸.

Inoltre, il BGH ha esaminato l'estinzione dell'obbligo di corrispondere il canone di locazione a causa di un adeguamento del contratto ai sensi del § 313, comma 1, BGB. In primo luogo, infatti, il § 313, comma 1, richiede un grave cambiamento delle "circostanze che sono diventate il fondamento del contratto". In secondo luogo, ai sensi della giurisprudenza del BGH, tale grave cambiamento sussisterebbe in caso di fondamentali sconvolgimenti politici, economici e sociali⁹. La pandemia da COVID-19 e l'ordine di chiusura emesso di conseguenza integrerebbero un tale sconvolgimento. Ciò sarebbe confermato dalla nuova regola di presunzione creata nel corso della pandemia dall'art. 240 § 7 EGBGB.¹⁰

Il requisito normativo per un adeguamento del contratto ai sensi del § 313, comma 1, BGB sarebbe legato alla non ragionevolezza dell'attendere che la parte svantaggiata si attenga al contratto originariamente sottoscritto, tenendo conto di tutte le circostanze del caso specifico. Secondo la giurisprudenza del BGH, il criterio centrale è, in particolare, la distribuzione contrattuale e legale del rischio¹¹. Nel diritto di locazione vale quanto segue: il rischio di utilizzo è a carico del locatario. Il dato che il locatario non possa utilizzare l'immobile è quindi generalmente insufficiente per un adeguamento del contratto.¹² Tuttavia, il BGH ha fatto un'eccezione a questo principio nel caso in esame affermando che la chiusura dei locali

⁵ BGH (n 3) par. 31.

⁶ BGH (n 3) par. 32-34.

⁷ BGH (n 3) par. 36.

⁸ BGH (n 3) par. 40.

⁹ BGH (n 3) par. 45.

¹⁰ Art. 240 § 7, comma 1 EGBGB statuisce che: "Se, a seguito di misure statali per combattere la pandemia COVID-19, i terreni o i locali affittati che non sono abitazioni non possono essere utilizzati per l'attività dell'affittuario o possono essere utilizzati solo con restrizioni significative, si presume che una circostanza ai sensi del § 313, comma 1, del BGB, che è diventata la base del contratto di locazione, sia cambiata in modo significativo dopo la conclusione del contratto."

¹¹ BGH (n 3) par. 53.

¹² BGH (n 3) par. 54.

commerciali a causa della pandemia va oltre il normale rischio di utilizzo a carico del locatario. Gli svantaggi economici causati da questa situazione non sono dovuti a decisioni commerciali sbagliate da parte del locatario. Sono piuttosto il risultato di un ampio intervento statale nella vita economica e sociale per combattere la pandemia, di cui il locatario non è l'unico responsabile. Quindi, è possibile o ridurre il canone di locazione mediante un adeguamento contrattuale ai sensi del § 313, comma 1, BGB o risolvere il contratto di locazione stesso.¹³ La misura dell'adeguamento del canone di locazione dipende da una valutazione completa del caso di specie. In particolare, sono determinanti la perdita di fatturato del locatario a causa della chiusura del negozio, ma anche le misure che il locatario ha adottato o potrebbe adottare per ridurre al minimo le perdite imminenti durante la chiusura del negozio.¹⁴ Il BGH ha espressamente respinto una divisione generalizzata del rischio in parti uguali, ossia una riduzione del 50 per cento dell'affitto.¹⁵ (*J. Wittmann*)

III. Priorità dell'adeguamento del contratto mediante il rinvio di una celebrazione del matrimonio a causa della pandemia¹⁶

1. Fatti e questione giuridica

Il BGH si è pronunciato in merito all'obbligo dei locatari delle sale per la celebrazione di un matrimonio di corrispondere il canone di locazione nel caso in cui la celebrazione non avesse potuto aver luogo a causa della pandemia.

2. Quadro giuridico

Come nel caso di cui sopra (XII ZR 8/21), la soluzione del caso in esame deriva dalle disposizioni degli §§ 275, comma 1, 313, 326, comma 1, 536 BGB.

3. Giudizio

In linea con il suo giudizio sull'obbligo di corrispondere il canone di pagamento in caso di chiusura dei locali commerciali, il BGH ha negato un vizio dell'immobile affittato ai sensi del § 536 BGB e l'estinzione dell'obbligo di corrispondere il canone di locazione ai sensi del § 326, comma 1, BGB.¹⁷ Si dovrebbe, infatti, procedere a un adeguamento del contratto. Tuttavia, a differenza di quanto avviene per le locazioni commerciali, l'estinzione o la riduzione dell'obbligo di pagamento dell'affitto non può essere ipotizzata di per sé. Lo scopo dell'adeguamento del contratto è quello di "salvare" il più possibile il contratto e di apportare solo le minime modifiche possibili al suo contenuto.¹⁸ Nel caso in esame, ciò significherebbe che i locatari hanno solo il diritto di rinviare la celebrazione del matrimonio a una data successiva¹⁹. Se nel frattempo i locatari volessero rinunciare definitivamente alla celebrazione del matrimonio, il risultato non cambierebbe. Infatti, la rinuncia alla celebrazione del

¹³ BGH (n 3) par. 55.

¹⁴ BGH (n 3) par. 57-61.

¹⁵ BGH (n 3) par. 64.

¹⁶ BGH, sentenza del 2 marzo 2022 - XII ZR 36/21 = NJW 2022, 1382; commenti di: LOBACH, LMK 2022, 815395; PRAMATAROFF, Fachdienst Miet- und Wohnungseigentumsrecht 2022, 447209; SCHOLL, EWiR 2022, 493.

¹⁷ BGH (n 16) par. 15-26.

¹⁸ BGH (n 16) par. 34.

¹⁹ BGH (n 16) par. 41-43.

matrimonio in un secondo momento riguarderebbe il rischio generale di utilizzo di un locatario e non sarebbe più direttamente correlata alla pandemia²⁰. (J. Wittmann)

IV. Recesso dal contratto di viaggio a causa della pandemia²¹

1. Fatti e questione giuridica

Il viaggiatore aveva prenotato una crociera nel gennaio 2020, ossia prima dello scoppio della pandemia da COVID-19, tra il 22 e il 29 giugno 2020. Poco prima dell'inizio del viaggio, il 7 giugno 2020, il viaggiatore si era ritirato e aveva chiesto il rimborso dell'acconto già versato sul prezzo del *tour*. L'operatore turistico ha negato il rimborso e ha, invece, richiesto una penale di cancellazione pari all'85% del prezzo della crociera.

2. Quadro giuridico

La disposizione speciale tedesca per il recesso dei contratti di pacchetti turistici (*“Pauschalreiseverträge”*) si basa sulla Direttiva (UE) 2015/2302 relativa ai pacchetti turistici e recita come segue.

“§ 651h Recesso prima dell'inizio del viaggio

(1) Il viaggiatore può recedere dal contratto in qualsiasi momento prima dell'inizio del viaggio. Se il viaggiatore recede dal contratto, l'operatore turistico perde il diritto al prezzo del viaggio concordato. Tuttavia, l'operatore turistico può chiedere un congruo risarcimento.

(2) [..]

(3) In deroga al paragrafo 1, frase 3, il tour operator non può richiedere un risarcimento se nel luogo di destinazione o nelle sue immediate vicinanze si verificano circostanze inevitabili e straordinarie che compromettono in modo significativo l'esecuzione del pacchetto turistico o il trasporto di persone a destinazione. Le circostanze sono inevitabili e straordinarie ai sensi del presente sottotitolo se sfuggono al controllo della parte che le invoca e le loro conseguenze non avrebbero potuto essere evitate anche se fossero state prese tutte le precauzioni del caso. [..]”

3. Giudizio

Il successo dell'azione dipenderebbe dal fatto che l'operatore turistico possa far valere una richiesta di risarcimento ai sensi del § 651h, comma 1, frase 3, BGB contro la richiesta di rimborso del prezzo del viaggio da parte del viaggiatore. Tuttavia, tale richiesta di risarcimento è esclusa ai sensi del § 651h, comma 3, BGB “se nel luogo di destinazione o nelle sue immediate vicinanze si verificano circostanze inevitabili e straordinarie che compromettono in modo significativo l'esecuzione del pacchetto turistico o il trasporto di persone a destinazione”.

Secondo il BGH, la pandemia di COVID-19 durante il periodo del viaggio (estate 2020) dovrebbe essere valutata come una circostanza ai sensi del § 651h, comma 3, BGB, in grado di compromettere significativamente l'esecuzione del pacchetto turistico. L'argomento principale sarebbe legato al rischio per la salute del ricorrente altrimenti associato all'inizio del viaggio.²²

²⁰ BGH (n 16) par. 42.

²¹ BGH, sentenza del 30 agosto 2022 - X ZR 66/21; commenti di: OMLOR, JuS 2023, 363; STEINRÖTTER, LMK 2023, 801053; BERGMANN, ReiseRFD 2022, 3.

²² BGH (n 21) par. 23 s.

Al momento del viaggio, non vi sarebbe stata, infatti, la possibilità di vaccinarsi né erano disponibili terapie contro COVID-19. A causa delle condizioni anguste a bordo di una nave da crociera, vi sarebbe, inoltre, stata una maggiore probabilità di trasmissione.²³ Nella sua sentenza, il BGH ha tenuto conto anche del concetto di igiene del convenuto e dell'età del ricorrente. Quest'ultima è possibile in ogni caso se il viaggiatore appartiene a una fascia di età per la quale il viaggio è associato a rischi particolari.²⁴

Infine, secondo il BGH, l'applicazione del § 651h, comma 3, BGB non sarebbe esclusa in quanto la pandemia ha avuto un impatto globale e menomazioni analoghe erano presenti anche nel luogo di residenza dei viaggiatori durante il periodo di viaggio previsto.²⁵ (*J. Wittmann*)

V. Compensazione delle spese legali da parte del costruttore di automobili in un cosiddetto “caso di diesel” (“Dieselfall”)²⁶

1. Fatti e questione giuridica

I tribunali tedeschi si stanno tuttora occupando degli aspetti di diritto privato legati allo “scandalo diesel” di cui si è venuti a conoscenza nel 2015. I cosiddetti “casi diesel” si basano per lo più sulla vendita di un veicolo dotato di un *software* di manipolazione. Tale *software* veniva utilizzato per alterare o disattivare il sistema di controllo delle emissioni durante il test di omologazione. Di conseguenza, il motore emetteva meno inquinanti durante la procedura di omologazione rispetto all'uso normale.

Il BGH ha deciso nel 2020: il costruttore di automobili, che non è anche il venditore, deve corrispondere un risarcimento per i veicoli diesel manipolati.²⁷ Questa decisione riguarda l'ambito della conseguente responsabilità del costruttore di automobili nei confronti dell'acquirente del veicolo ai sensi dei §§ 826 e 31 BGB.

2. Quadro giuridico

La responsabilità del costruttore di automobili deriva dal § 826 BGB in combinazione con la disposizione di attribuzione del § 31 BGB. Le disposizioni sono le seguenti:

“§ 826 Danno doloso contrario al buon costume

Chi, in un modo contrario al buon costume arreca dolosamente danno ad un altro, è obbligato verso l'altro al risarcimento del danno.

§ 31 Responsabilità dell'associazione per gli organi

L'associazione è responsabile del danno che la presidenza, un membro della presidenza o un altro rappresentante nominato in conformità allo statuto arreca ad un terzo mediante un'azione commessa nell'esecuzione dei compiti ad esso spettanti e che obbliga al risarcimento dei danni.”

Si noti bene: la formulazione del § 31 del BGB stabilisce solo la responsabilità di un'associazione (“*Verein*”) per i danni causati a terzi dai suoi organi. Tuttavia, secondo

²³ BGH (n 21) par. 58 s.

²⁴ BGH (n 21) par. 62-65.

²⁵ BGH (n 21) par. 25-28.

²⁶ BGH, sentenza del 10 gennaio 2023 - VI ZR 67/20; commento di: KEIL, EWIR 2023, 205.

²⁷ BGH, sentenza del 25 maggio 2020 - VI ZR 252/19.

l'opinione unanime, il § 31 BGB si applica a tutte le persone giuridiche di diritto privato e alle società di persone con capacità giuridica.²⁸

La misura dell'obbligo di risarcimento è determinata ai sensi del § 249, comma 1, BGB:

“§ 249 Natura ed entità del risarcimento del danno

(1) Chi è obbligato al risarcimento del danno, deve reintegrare lo stato che sarebbe sussistito se non si fosse verificata la circostanza che obbliga al risarcimento. [...]”

Anche l'eccezione del concorso di colpa ai sensi del § 254, comma 1, del BGB appare rilevante in questo caso:

“§ 254 Concorso di colpa

(1) Se all'insorgere del danno ha contribuito una colpa del danneggiato, l'obbligo al risarcimento nonché l'entità del risarcimento dovuto sono commisurati alle circostanze e, in particolare, alla misura in cui il danno sia stato cagionato prevalentemente dall'una o dall'altra parte. [...]”

3. Giudizio

La difficoltà nell'individuazione della responsabilità del costruttore di automobili nei “casi diesel” ai sensi dei §§ 826, 31 BGB risiede nel valutare il danno effettivamente subito dall'acquirente del veicolo. Secondo il BGH, il danno consisterebbe nell'onere derivante da un cosiddetto “contratto indesiderato” (“*unerwünschter Vertrag*”) con il venditore del veicolo. Non si tratterebbe, infatti, di tenere in considerazione la volizione arbitraria dell'acquirente di non “volere” suddetto contratto, piuttosto, il contratto dovrà essere considerato irragionevole, inadeguato e, in definitiva, svantaggioso da un punto di vista oggettivo²⁹. Questo appare essere stato il caso degli acquirenti dei veicoli diesel manipolati. Infatti, il veicolo non era pienamente utilizzabile al momento dell'acquisto poiché il *software* di commutazione non autorizzato avrebbe potuto comportare una restrizione o un divieto di utilizzo del veicolo acquistato.³⁰

Ai sensi del § 249, comma 1, del BGB, l'acquirente del veicolo dovrebbe ottenere un risarcimento che lo ponga in una situazione economica equivalente a quella in cui si sarebbe trovato se l'evento dannoso (*i.e.*, l'inganno sulla manipolazione tecnica) non si fosse verificato. Occorre, pertanto, distinguere tra “risarcimento maggiore” (“*großer Schadensersatz*”) e “risarcimento minore” (“*kleiner Schadensersatz*”)³¹:

- il “risarcimento maggiore” dà diritto all'acquirente al rimborso del prezzo di acquisto in cambio della restituzione del veicolo. Questo in quanto se l'acquirente non fosse stato ingannato sul *software* manipolato, non avrebbe acquistato il veicolo. Infatti, se l'acquirente ha già utilizzato il veicolo per diversi anni, può essere presa in considerazione anche una riduzione della richiesta di rimborso (la cosiddetta “perequazione dei vantaggi” o, in tedesco, “*Vorteilsausgleich*”)³²; e, invece,

²⁸ LEUSCHNER, in *Münchener Komm. z. BGB*, 9a ed., Beck, 2021, § 31, para. 3-5; ELLENBERGER, in *Grüneberg, BGB*, 81a ed., Beck, 2022, § 31, para. 3.

²⁹ BGH (n 27) par. 46.

³⁰ BGH (n 27) par. 48.

³¹ BGH, sentenza del 24 gennaio 2022 – VIa ZR 100/21, para. 7-9; WAGNER, in *Münchener Komm. z. BGB*, 9a ed., Beck, 2024, § 826, para. 94-97.

³² BGH (n 31), par. 8; WAGNER (n 31) para. 95.

- il “risarcimento minore” dà diritto al rimborso dell’importo corrisposto per il veicolo in “eccesso” rispetto al valore effettivo dello stesso (in considerazione della suddetta manipolazione). Anche in questo caso, ci si può basare sul disposto [dell’articolo del § 249, comma 1, BGB](#). Infatti, se l’acquirente fosse stato a conoscenza del *software* di manipolazione, avrebbe pagato un prezzo inferiore per lo stesso³³.

Nel caso in commento, l’acquirente aveva richiesto il “risarcimento maggiore”, e, aggiuntivamente, il risarcimento per le spese legali derivanti dall’inganno relativo manipolazione tecnica. Nel caso specifico, queste erano dovute al fatto che l’ufficio provinciale (responsabile dell’immatricolazione dei veicoli a motore) aveva avviato un procedimento per il fermo del veicolo a causa del *software* di manipolazione costringendo l’acquirente a farsi assistere da un legale. Secondo il BGH, il risarcimento comprenderebbe anche le spese legali necessarie e opportune per far valere i diritti del danneggiato. Questo includerebbe anche i costi sostenuti dall’acquirente per un avvocato in relazione a un procedimento avviato per il fermo del veicolo. Questo perché tale procedimento era una conseguenza necessaria dell’uso del *software* di manipolazione che ha dato origine alla responsabilità la quale concretizzava il rischio di una restrizione o divieto operativo causato dal costruttore del veicolo³⁴.

Nel caso in esame, non è stato possibile giustificare una riduzione della richiesta di risarcimento ai sensi del § 254, comma 1, BGB a carico dell’acquirente, in quanto quest’ultimo avrebbe potuto evitare il procedimento installando un aggiornamento del *software* offerto dal costruttore. Questo perché non era chiaro se l’aggiornamento del *software* avrebbe comportato svantaggi legali o fattuali per l’acquirente, per cui era necessaria una consulenza legale.

Infine, va evidenziato che le spese legali sostenute nel caso di specie possono essere richieste solo come parte del cosiddetto “risarcimento maggiore”. Al contrario, le spese legali sostenute a seguito del procedimento per il fermo del veicolo non potrebbero essere richieste separatamente in aggiunta al cosiddetto risarcimento minore in quanto sarebbero già assorbite nella valutazione del valore ridotto del veicolo³⁵. (*J. Wittmann*)

VI. Responsabilità del produttore di autoveicoli per l’uso di finestrini termici³⁶

1. Fatti e questione giuridica

Nel caso in analisi, il BGH si è pronunciata sulla responsabilità di un costruttore di automobili nell’installazione dei cosiddetti “finestrini termici” (“*Thermofenster*”). A differenza dei casi diesel “classici”, i finestrini termici non venivano utilizzati per alterare o disattivare il sistema di controllo delle emissioni durante il test di omologazione. Invece, la depurazione dei gas di scarico del motore viene controllata in base alla temperatura esterna, mentre la depurazione dei gas di scarico è configurata in modo tale da rispettare i limiti di legge solo a determinate temperature.

2. Quadro giuridico

³³ BGH (n 31), par. 9; sentenza di 6 luglio 2021 – VI ZR 40/20, para. 18 s.; WAGNER (n 31) para. 96.

³⁴ BGH (n 26) par. 23-26.

³⁵ BGH (n 26) par. 25.

³⁶ BGH, sentenza del 26 giugno 2023 - VIa ZR 335/21; commenti di: STRAFNER, NJW 2023, 2531; THIEDE, EuZW 2023, 990; KÄÄB, Fachdienst Straßenverkehrsrecht 2023, 458452.

La responsabilità del costruttore di automobili deriverebbe dal § 823, comma 2, del BGB in combinato disposto con i §§ 6, comma 1, 27, comma 1, del Regolamento tedesco sull'autorizzazione CE per i veicoli a motore³⁷ (EG-FGV).

Il § 823 BGB stabilisce:

“§ 823 Obbligo di risarcimento del danno

(1) Chi dolosamente o colposamente lede illecitamente la vita, il corpo, la salute, la libertà, la proprietà o un altro diritto altrui, è obbligato verso l'altro al risarcimento del danno da ciò derivante.

(2) Lo stesso obbligo incombe su chi viola una legge che mira alla tutela di un altro. Se secondo il tenore della legge è possibile una violazione di questa anche senza colpa, l'obbligo di risarcimento sorge solo nel caso di colpa.”

Nel caso in esame, le norme tedesche in materia di immatricolazione di veicoli, in conformità al diritto europeo (§§ 6, comma 1, 27, comma 1, EG-FGV), potrebbero essere considerate come “leggi che mirano alla tutela di un altro” ai sensi di § 823, comma 2, BGB (cosiddetti “leggi di protezione” o, in tedesco, “*Schutzgesetze*”). Ne consegue che il costruttore di ogni veicolo che corrisponde a un tipo di veicolo autorizzato deve rilasciare un certificato di conformità e allegarlo al veicolo. Tale certificato di conformità potrebbe essere errato perché il veicolo in questione è dotato di un “impianto di manipolazione” ai sensi dell'articolo 5, comma 2, del Regolamento (CE) n. 715/2007. L'impianto di manipolazione è definito all'articolo 3, numero 10, del Regolamento (CE) n. 715/2007 come segue:

“ogni elemento di progetto che rilevi temperatura, velocità del veicolo, velocità del motore (RPM), marcia innestata, depressione del collettore o altri parametri, al fine di attivare, modulare, ritardare o disattivare il funzionamento di una qualsiasi parte del sistema di controllo delle emissioni che riduca l'efficacia di tale sistema in modi che è lecito attendersi durante il normale funzionamento e il normale uso del veicolo”

3. Giudizio

Il BGH ha chiarito che il costruttore potrebbe essere responsabile ai sensi dei §§ 826, 31 BGB quando installa finestrini termici che consentono il controllo del motore in base alla temperatura esterna. Tuttavia, il comportamento *intenzionale* richiesto perché si instauri una responsabilità ai sensi dei §§ 826, 31 BGB è più difficilmente dimostrabile nel caso dei finestrini termici, a differenza dei casi “classici” di diesel (v. la decisione VI ZR 67/20 di cui sopra). Questo perché, secondo i costruttori dei veicoli, tale sistema di controllo del motore sarebbe stato tecnicamente necessario per garantire il buon funzionamento del motore e in linea con gli sviluppi tecnologici dell'epoca. Per lungo tempo, quindi, vi è stata incertezza giuridica sulla legalità dei finestrini termici. La Corte di giustizia dell'UE (CGUE) ha ora stabilito che i finestrini termici sono impianti di manipolazione ai sensi dell'articolo 3, numero 10, del Regolamento (CE) n. 715/2007. Tuttavia, per quanto riguarda i finestrini termici installati antecedentemente alla sentenza appena citata, è difficile dimostrare un comportamento *intenzionale* da parte del costruttore – necessario per la responsabilità ai sensi del § 826 BGB – a causa dell'incertezza

³⁷ „Verordnung über die EG-Genehmigung für Kraftfahrzeuge und ihre Anhänger sowie für Systeme, Bauteile und selbstständige technische Einheiten für diese Fahrzeuge“.

giuridica che esisteva all'epoca sulla loro legalità. Si noti che la responsabilità ai sensi del § 826 BGB è stata respinta dal BGH in un caso simile³⁸.

La questione se un comportamento *negligente* possa comportare la responsabilità del costruttore era quindi fondamentale. Tale responsabilità potrebbe derivare dal § 823, comma 2, BGB, secondo il quale chiunque violi intenzionalmente o per negligenza una legge che mira alla tutela di un altro è tenuto a risarcire il danno che ne deriva. Una disposizione può essere considerata una norma di "protezione" ai sensi del § 823, comma 2, BGB se la stessa mira anche alla protezione individuale di una persona o di un gruppo identificabile. In una precedente decisione, il BGH aveva negato tale protezione individuale concernente il divieto di impianti di manipolazione ai sensi del diritto dell'UE (articolo 5, comma 2, del Regolamento CE 715/2007). Secondo questa sentenza, le disposizioni pertinenti del diritto dell'UE svolgono principalmente il ruolo di protezione dell'ambiente e non sarebbero destinate a proteggere i singoli acquirenti.³⁹ Tuttavia, tale ricostruzione non può dirsi supportata dalla giurisprudenza della CGUE⁴⁰. Secondo la CGUE, infatti, esisterebbe un legame diretto tra il costruttore e l'acquirente, in quanto il diritto dell'UE prevede che il costruttore certifichi la conformità di ciascun veicolo al tipo di veicolo autorizzato. Questa dichiarazione di conformità protegge il singolo acquirente dalle violazioni degli obblighi da parte del costruttore, ad esempio, mediante l'installazione degli impianti di manipolazione illegali.⁴¹ Gli Stati membri dovrebbero, quindi, prevedere che l'acquirente di un tale veicolo abbia diritto a un risarcimento danni nei confronti il costruttore del veicolo stesso.⁴²

Il BGH ha seguito questa impostazione e, su questa base, ha affermato la responsabilità del costruttore per i danni dovuti alla violazione negligenza di una legge di protezione ai sensi del § 823, comma 2, BGB. Tuttavia, va notato che la conseguenza legale è limitata al cosiddetto "risarcimento minore" e quindi non porta ad un "risarcimento maggiore" (v. per la differenza la decisione VI ZR 67/20 di cui sopra). Ciò comporterebbe che solo il valore ridotto del veicolo a causa dell'impianto di manipolazione deve essere risarcito⁴³. Il BGH parte dal presupposto che la disponibilità di un veicolo a motore abbia sempre un valore economico. Pertanto, l'acquirente di un veicolo dotato di un impianto di manipolazione subisce sempre una perdita perché la disponibilità del veicolo è compromessa dalla minaccia di una restrizione o di un divieto di uso⁴⁴. L'acquirente che non avrebbe acquistato il veicolo al prezzo concordato se il veicolo non fosse stato dotato di un impianto di manipolazione⁴⁵. Secondo il BGH, la differenza rispetto alla puntuale applicazione del § 826 BGB, in base alla quale viene concesso anche il cosiddetto "risarcimento maggiore", sarebbe giustificata dalla differente valutazione del comportamento intenzionale "immorale" (*sittenwidrig*) (richiesto per la responsabilità ai sensi del § 826 BGB), da un lato, e di una mera violazione delle regole di diligenza imposta da una legge di protezione (§ 823, comma 2, BGB), dall'altro⁴⁶.

Secondo la CGUE, il risarcimento da riconoscere all'acquirente dovrebbe, da un lato, costituire una sanzione efficace per la violazione del diritto dell'Unione da parte del costruttore del

³⁸ BGH sentenza del 16 settembre 2021 - VII ZR 190/20.

³⁹ BGH (n 38) par. 36.

⁴⁰ CGUE, sentenza del 21 marzo 2023 - C-100/21 (ECLI:EU:C:2023:229) par. 82.

⁴¹ CGUE (n 40) par. 82.

⁴² CGUE (n 40) par. 91.

⁴³ BGH (n 36), par. 40.

⁴⁴ BGH (n 36), par. 41.

⁴⁵ BGH (n 36), par. 55.

⁴⁶ BGH (n 36), par. 23 s.

veicolo. Dall'altro lato, il risarcimento dovrebbe rispettare il principio di proporzionalità⁴⁷. Conseguentemente, il BGH ipotizza che debba essere concesso un risarcimento danni tra il 5% e il 15% del prezzo di acquisto⁴⁸. All'interno di questo intervallo, l'esatta determinazione spetta al giudice, che può esercitare il suo potere discrezionale di stima senza dover richiedere preventivamente la consulenza tecnica⁴⁹.

Infine, il BGH evidenzia che il costruttore potrebbe ridurre l'importo del risarcimento offrendo un aggiornamento del *software* che riduca significativamente il rischio di restrizioni operative. Ciò, avverrebbe ove l'unità di controllo del motore aggiornata non contenga più un impianto di manipolazione. Inoltre, tale condotta potrebbe anche impedire il riconoscimento dei danni ai sensi del § 823, comma 2, BGB ove la riduzione di valore - conseguente all'aggiornamento del *software* - venga completamente eliminata⁵⁰. (*J. Wittmann*)

VII. Responsabilità civile per danni da shock⁵¹

1. Fatti e questione giuridica

La sentenza ha ad oggetto la questione di quali gli *shock* mentali, come il lutto o il dolore psichico, vissuti da una persona colpita dalla morte o dalla grave lesione di un parente ("danno da shock") possano essere considerati una violazione della salute ai sensi del § 823, [comma 1, \(1\)](#) BGB.

2. Quadro giuridico

Il § 823, comma 1, BGB⁵² è la norma tedesca primaria in merito alla responsabilità per atti illeciti. Il presupposto della responsabilità è - fra l'altro - la violazione della vita, del corpo, della salute, della libertà, della proprietà o di un altro diritto assoluto.

3. Giudizio

La precedente giurisprudenza del BGH era molto restrittiva. Infatti, era ipotizzabile una violazione della salute solo nel caso in cui le lesioni erano patologicamente accertabili e andavano oltre le lesioni della salute a cui è normalmente esposta una persona colpita dalla morte o da una grave lesione di un parente. Il BGH ha ora espressamente abbandonato questa posizione giurisprudenziale, avversata anche dalla letteratura. Conseguentemente, dopo questa nuova posizione, sarà sufficiente che le "sofferenze mentali" subite siano patologicamente accertabili. Non è più rilevante, infatti, se il disturbo sia particolarmente grave o vada oltre le lesioni della salute a cui le persone colpite sono tipicamente esposte in queste situazioni. Questa nuova posizione giurisprudenziale porta a una coerente equiparazione delle menomazioni fisiche e mentali. Secondo il BGH, questo nuovo orientamento era giustificato dalla constatazione che la precedente giurisprudenza in materia era inadeguata.

Da questa giurisprudenza conseguiva, ad esempio, che la grave depressione di genitore dopo la lesione di suo figlio in conseguenza di un incidente non poteva essere considerata una lesione

⁴⁷ CGUE (n 40) para. 90.

⁴⁸ BGH (n 36), para. 73-75.

⁴⁹ BGH (n 36), para. 76-78.

⁵⁰ BGH (n 36), para. 80.

⁵¹ BGH, sentenza del 6 dicembre 2022 – VI ZR 168/21; commenti di: MÄSCH, JuS 2023, 1070; HAGER, JA 2023, 424; SCHOLTEN, ZfS 2023, 136.

⁵² Veda, per l'esatta formulazione della norma, la sezione VI.2. di questo saggio.

della salute ai sensi del § 823 I BGB se in questa situazione qualsiasi genitore avesse subito un tale *shock*. Nonostante ciò, il BGH riconosce la finalità perseguita dalla precedente giurisprudenza, - cioè la limitazione della responsabilità civile per danni psichici causati indirettamente (soprattutto in caso di negligenza). Decide, tuttavia, che esiste un modo più adeguato per raggiungere tale obiettivo, tra cui il rigoroso standard probatorio del § 286 ZPO (il Codice di procedura civile tedesco), secondo il quale l'affermazione di un disturbo patologico richiede che il giudice sia pienamente convinto del fatto. Peraltro, i danni per dolore e sofferenza potrebbero essere negati quando tali danni risultano in una menomazione temporanea che è tipica della vita quotidiana e per la quale è particolarmente difficile dimostrare il nesso causale. Il BGH sottolinea anche che il danno alla salute non può essere attribuito all'autore del reato se si era concretizzato un pericolo tale da ricondurre al rischio generale della vita, con la conseguenza che summenzionato danno sarà sopportato dal danneggiato. (H. Wais)

VIII. Batteria dell'auto⁵³

1. Fatti e questione giuridica

La questione riguarda la validità di una clausola contenuta nelle condizioni generali di contratto che consente al locatore di una batteria per auto di impedire la ricarica della batteria mediante accesso digitale remoto in caso di risoluzione del contratto di locazione, se l'intervento è stato annunciato con almeno 14 giorni di anticipo.

2. Quadro giuridico

Secondo il disposto del § 307, comma 1, BGB sono inefficaci le disposizioni contenute nelle condizioni generali del contratto che penalizzano irragionevolmente la controparte in contrasto, peraltro, con il principio di buona fede. I §§ 858 e seguenti BGB disciplinano la tutela possessoria. Ai sensi del § 858, comma 1, BGB, la privazione del possesso o l'interferenza con esso, senza la volontà del possessore, è vietato. Ai sensi dell'art. 861, comma 1, BGB, la persona che è stata illegittimamente privata del possesso può chiedere all'attuale proprietario di ripristinare il possesso. In linea di principio, il fatto che l'attuale proprietario abbia posseduto il bene in base ad un titolo valido è irrilevante. Peraltro, ai sensi del § 862, comma 1, BGB, è possibile richiedere anche la rimozione dell'interferenza con il possesso. Infatti, il § 866 BGB statuisce che, se più persone possiedono congiuntamente una cosa, non vi è tutela del possesso nei loro rapporti reciproci per ciò che concerne i limiti dell'uso a cui il singolo ha diritto.

3. Giudizio

Alla luce della giurisprudenza della BGH, l'intervento digitale nel controllo della batteria dell'auto costituisce una menomazione del possesso in quanto non si può considerare diverso da un intervento fisico in considerazione del fatto che con l'intervento digitale si otterrebbe lo stesso risultato che potrebbe derivare da un blocco della batteria operato meccanicamente. Peraltro, la situazione non appare comparabile alla semplice interruzione dell'alimentazione di energia che secondo la giurisprudenza del BGH non costituisce una menomazione del possesso. Al contrario, l'intervento digitale compromette la possibilità di controllo della batteria stessa (*i.e.*, la cosa oggetto del possesso), menomando il potere di utilizzare la cosa e di escluderne gli altri. La clausola contrattuale in oggetto, peraltro, non permetterebbe di concludere che il

⁵³ BGH, sentenza del 26 ottobre 2022 – XII ZR 89/21; commenti di: SCHRADER, JA 2023, 247; ZIPFEL, GRUR-Prax 2023, 113; FLICK, GWR 2022, 379.

conduttore avesse dato il suo consenso a tale intervento digitale. Infatti, il consenso sarebbe dovuto intervenire al momento dell'intervento digitale, il che non sarebbe garantito nel caso in cui l'intervento si svolga successivamente al momento in cui sia concluso il contratto. Il BGH ha preso in considerazione l'ipotesi discussa nella letteratura giuridica secondo cui il locatore potrebbe avere il co-possesto della batteria a causa della possibilità di accesso digitale. Questo avrebbe implicato che la tutela del possesso sussisterebbe solo nel caso di una completa privazione del possesso dall'altra parte. Tuttavia, il BGH ha espresso dubbi sul co-possesto da parte del locatore, lasciando la questione aperta senza fornire una risposta definitiva. Ha, invece, determinato che la clausola in questione è invalida in base al § 307(1) 1 del BGB, ritenendo che essa svantaggiasse in modo irragionevole il locatario, ove esso sia un consumatore. Ciò in quanto spostava l'onere di assicurare l'uso continuativo della batteria sul locatario, il quale avrebbe dovuto affrontare un processo in caso di controversie per poter mantenere l'utilizzo della batteria. In alternativa, il locatore avrebbe potuto tutelare il proprio legittimo diritto alla sicurezza richiedendo una cauzione per la locazione della batteria (*H. Wais*)

IX. Obbligo di fornire informazioni in caso di vendita di un immobile⁵⁴

1. Fatti e questione giuridica

Nel caso in commento, si trattava di stabilire se il venditore di un immobile adempiva all'obbligo di informazione se non informa espressamente l'acquirente di una circostanza determinante per l'acquisto, e invece pubblica il documento rilevante in una *data room* comune, dando così all'acquirente la possibilità di procurarsi da solo le informazioni. Nel caso specifico, il venditore aveva pubblicato un documento in una *data room* l'ultimo giorno lavorativo prima dell'appuntamento con il notaio senza un riferimento separato, il che per la prima volta lasciava intendere che l'acquirente avrebbe dovuto sostenere costi di milioni di Euro di *follow-up*.

2. Quadro giuridico

Il § 241, comma 2, BGB obbliga le parti di un rapporto obbligatorio a mostrare reciproca considerazione per i diritti e gli interessi legali dell'altra parte (*i.e.*, buona fede nelle trattative e nell'esecuzione del contratto). Ai sensi del § 311, comma 2, n. 1 BGB, un rapporto obbligatorio ai sensi del § 241, comma 2, BGB sorge anche dalle trattative contrattuali. Ai sensi del § 280, comma 1, BGB, la violazione di un obbligo derivante dal rapporto obbligatorio comporta una responsabilità per danni.

3. Giudizio

Secondo la giurisprudenza consolidata del BGH, non segue dalle trattative contrattuali un obbligo generale di informare la controparte su tutti i dettagli e le circostanze che potrebbero essere rilevanti per la sua decisione contrattuale. Ciascuna parte è responsabile delle proprie azioni e deve quindi, in linea di principio, procurarsi da sola le informazioni necessarie a proprie spese e a proprio rischio. Allo stesso tempo, però, nelle trattative per la conclusione di un contratto ciascuna parte è tenuta a fornire informazioni su circostanze che possono pregiudicare lo scopo che la parte persegue con la sottoscrizione del contratto, nonché abbiano importanza sostanziale per la decisione della parte, a condizione che suddette informazioni, tenendo conto dell'ottica del contratto, debbano essere condivise sulla base del canone della buona fede. Tale

⁵⁴ BGH, sentenza di 15 settembre 2023 – V ZR 77/22; commenti di: SCHRADER, JA 2024, 157; OMLOR, JuS 2023, 1155; MALLMANN, NJW 2023, 3398.

circostanza può sussistere ove la controparte contrattuale possa subire un danno economico considerevole come conseguenza della mancata condivisione delle informazioni di cui si tratta. Peraltro, non è necessario un avviso specifico nel caso di un difetto evidente se viene effettuata un'ispezione e si può presumere che anche l'acquirente si accorga facilmente del difetto.

Se il venditore può aspettarsi che l'acquirente prenda atto della disponibilità di documenti in una *data room* dipende dalle circostanze del singolo caso. In linea di principio, non è obbligatoria la *due diligence*. Se esiste una *data room* e viene effettuata la *due diligence*, sembra più probabile che l'acquirente esamini i documenti e riveda la sua decisione di acquisto rispetto a quando non viene effettuata la *due diligence*. Ciò è particolarmente evidente nel caso in cui l'acquirente nello svolgimento della *due diligence* è supportato e consigliato da esperti.

Anche la portata delle informazioni e il modo in cui vengono presentate nella *data room* sono importanti. Decisivo è se le informazioni sono denominate correttamente e disposte in modo sistematico; se esiste un indice o una funzione di ricerca; se l'acquirente viene informato separatamente delle informazioni aggiunte successivamente; quale finestra temporale ha a disposizione per controllare le informazioni; e, infine, se l'acquirente ha richiesto le informazioni separatamente o ha espresso che una circostanza è particolarmente importante per lui. Inoltre, l'acume commerciale dell'acquirente svolge un ruolo importante e che, tuttavia, deve essere conosciuto dal venditore. È importante, inoltre, che si tratti di una circostanza che sia riconoscibile come di notevole importanza per l'acquirente, infatti, se tale circostanza non è facilmente riconoscibile dai dati forniti, ma è nota al venditore e può essere facilmente comunicata, l'acquirente può regolarmente aspettarsi una comunicazione separata nonostante la dovuta diligenza.

Nel caso specifico, tale obbligo del venditore non è venuto meno per il fatto che egli ha pubblicato il verbale della riunione dei proprietari nella sala dati e l'acquirente ha quindi avuto la possibilità di ottenere le informazioni da solo. Pertanto, si potrebbe prendere in considerazione una richiesta di risarcimento danni da parte dell'acquirente nei confronti del venditore per violazione di un obbligo di informazione precontrattuale ai sensi dei §§ 280, comma 1, 311b, comma 2, n. 1, 241, comma 2, BGB. (*H. Wais*)

X. Pedaggio ungherese e ordine pubblico tedesco⁵⁵

1. Fatti e questione giuridica

In sostanza, la sentenza affronta la questione della compatibilità della legge ungherese sul pagamento dei pedaggi stradali con il concetto di ordine pubblico ai sensi dell'ordinamento tedesco. Nel caso specifico, il conducente di un'auto a noleggio non aveva pagato il pedaggio previsto di 2.975 HUF prima di utilizzare l'autostrada. Nel caso in cui il pedaggio non venga pagato prima dell'utilizzo del tratto stradale, la legge ungherese prevede un pedaggio sostitutivo di base di 14.875 HUF se pagato entro 60 giorni dalla richiesta di pagamento, o di un pedaggio aggiuntivo maggiorato di 59.500 HUF se pagato dopo più di 60 giorni. Secondo la normativa ungherese in materia, il soggetto tenuto al pagamento del pedaggio è il proprietario del veicolo.

2. Quadro giuridico

⁵⁵ BGH sentenza di 28 settembre 2022– XII ZR 7/22; commenti di: GOEBEL/WIEPEN, NJW 2022, 3611; TOUISSAINT, FD-ZVR 2022, 452838; STAUDINGER/VOTH, EWIR 2023, 111.

Ai sensi dell'art. 21 del Regolamento Roma I, l'applicazione di una norma straniera può essere esclusa solo qualora tale applicazione risulti manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico del foro.

3. Giudizio

Secondo il BGH, una violazione dell'ordine pubblico tedesco non va ravvisata nel fatto che, secondo la legge ungherese, sia responsabile il proprietario e non il conducente del veicolo. Sebbene l'uso dello spazio pubblico a pagamento in Germania sia regolato su base del diritto dei contratti e che, quindi, l'effettivo conducente del veicolo sia regolarmente responsabile, la responsabilità del proprietario del veicolo non è di per sé estranea al diritto tedesco. Infatti, ad esempio, ai sensi del § 7, comma 1, StVG (legge sul traffico stradale), è responsabile il proprietario del veicolo per i danni causati dalla circolazione del veicolo e, inoltre, se un veicolo è parcheggiato senza autorizzazione in un parcheggio privato, il proprietario è obbligato a rimborsare i costi di traino sulla base della *negotiorum gestio* ai sensi dei §§ 683, primo periodo, del 670 BGB.

Il primo aumento del pedaggio base pari a 14.875 HUF, peraltro, non costituisce un danno punitivo contrario all'ordine pubblico tedesco in quanto si tratterebbe unicamente di una diversa modalità di pagamento. Il pagamento posticipato, infatti, comporterebbe un aumento delle spese e dei rischi di realizzazione, conseguentemente, un aumento dell'importo appare giustificato. Il BGH sottolinea che la diversa tariffazione (2.975 HUF/14.875 HUF) servirebbe anche per motivare i clienti a un pagamento anticipato del pedaggio. Anche in considerazione del fatto che, ad esempio, la somma dovuta dai passeggeri senza biglietti validi in Germania è anche concepito come un pagamento successivo e non una sanzione contrattuale, l'obiettivo della diversa tariffazione ungherese non è estranea al sistema previsto dal diritto nazionale.

In questo contesto, solo il pedaggio aggiuntivo maggiorato di 59.500 HUF, che viene applicata se il pagamento non viene effettuato entro 60 giorni, costituisce una penale contrattuale che sanziona il ritardo e ingloba i danni di mora. La penale non viola il principio di attribuzione della responsabilità civile per il risarcimento dei danni sulla base della colpa, poiché la penale si applicherebbe solo ove il pagamento non sia stato effettuato. In sostanza, si tratterebbe di un importo che rientra nei limiti di quanto può essere addebitato dalla normativa tedesca non in contraddizione con i principi di diritto applicabili in Germania e, quindi, non incompatibile con l'ordine pubblico tedesco. (*H. Wais*)

XI. Lost Art⁵⁶

1. Fatti e questione giuridica

Il BGH si è pronunciato sulla richiesta di emanazione di provvedimenti ingiuntivi e sulla rimozione delle condotte che impediscono il pieno esercizio del diritto di proprietà nel caso degli eredi di un mercante d'arte che avevano inserito un dipinto in una banca dati che elenca le opere d'arte sottratte a proprietari d'origine ebraica durante le persecuzioni nazista o per le quali non si può escludere la sottrazione (www.LostArt.de) e ne sia stata denunciata all'Interpol il furto. Il mercante ebraico aveva venduto il dipinto a un privato nel 1937 in circostanze che

⁵⁶ BGH, sentenza del 21 luglio 2023 - V ZR 112/22; commenti di: MÄSCH, JuS 2024, 170; WIEPEN, NJOZ 2023, 1248.

indicavano una vendita sotto minaccia. Il proprietario attuale - che acquistava il dipinto ad un'asta a Londra - riteneva che l'inserimento del dipinto nella banca dati di cui sopra e la denuncia violavano i suoi diritti di proprietà in quanto si tratterebbe di un'usurpazione illegittima della proprietà.

2. Quadro giuridico

Ai sensi del § 903, comma 1, del BGB, il proprietario di una cosa può, a meno che la legge o i diritti di terzi non vi si oppongano, gestire la cosa come desidera ed escludere altri da qualsiasi interferenza. Se la proprietà è turbata in qualsiasi modo diverso dalla privazione del possesso, il proprietario può chiedere al disturbatore di interrompere la condotta o rimuovere gli effetti della stessa ai sensi del § 1004, comma 1, frase 1, del BGB.

3. Giudizio

Il BGH riconosce che l'attore non ha diritto a un provvedimento ingiuntivo ai sensi del § 1004, comma 1, secondo periodo, del BGB, sottolineando che l'inserimento e la denuncia si riferivano semplicemente alla posizione di proprietà originaria del mercante d'arte d'origine ebraica e non dicevano nulla sull'attuale proprietà essendo, peraltro, irrilevante che, seguendo la denuncia, il dipinto sarebbe potuto essere confiscato all'estero. Per quanto riguarda detto rischio, il Senato sottolinea che si tratta di una mera conseguenza della presentazione di fatti veri da parte degli eredi e del fatto che all'estero si applicano regole diverse per la determinazione della legittimità del titolo di proprietà. Secondo il BGH, il proprietario non potrebbe neppure chiedere che il gestore della banca dati rimuova l'inserimento nella stessa ai sensi del § 1004, comma 1, frase 1 del BGB. Secondo la Corte, infatti, le informazioni basate su fatti veri, relativamente al sospetto che un bene culturale sia stato privato a causa delle persecuzioni subite durante l'epoca nazionalsocialista, non pregiudicano i diritti del proprietario ai sensi del § 903, comma 1, del BGB. Prevalgono, infatti, gli interessi riconosciuti dei proprietari originari e dei loro successori legali, nonché l'interesse pubblico alla provenienza dei beni culturali privati durante il periodo nazista. Il BGH riconosce che l'inserimento nella banca dati Lost Art limita effettivamente la commerciabilità del bene culturale, con un conseguente effetto negativo sul suo valore, tuttavia, sono colpiti solo gli interessi patrimoniali del proprietario, che non sono tutelati dalle azioni di difesa del proprietario ai sensi del § 1004, comma 1, del BGB, ma dalle regole concernenti il fatto illecito.

Peraltro, il BGH si astiene dal chiarire definitivamente la questione, infatti, l'inserimento nella banca dati esprimerebbe solo una presunzione legale che il dipinto sia stato ingiustamente confiscato durante l'epoca nazionalsocialista. Questa presunzione si basa sul § 44 frase 1 n. 1 KGSG (legge sulla protezione dei beni culturali tedesca), secondo il quale si presume che una vendita da un ebreo nel anno 1937 era dovuta alla sua persecuzione. L'inserimento nella banca dati riflette questa presunzione legale. (*H. Wais*)

XII. Sintesi

La raccolta di decisioni di cui sopra dimostra la continua efficacia e attualità delle codificazioni di diritto privato. La loro organizzazione sistematica permette di disciplinare una moltitudine di costellazioni di casi nuovi sulla base di principi generali. Tuttavia, la flessibilità ottenuta affidandosi ai principi generali fa sì che l'adattamento ai cambiamenti sociali, economici e tecnologici richieda tempi lunghi per lo sviluppo di una giurisprudenza consolidata. Lo dimostra, ad esempio, lo scandalo "Dieselgate", il quale ha posto questioni di diritto privato

tuttora al vaglio del BGH a quasi dieci anni dall'inizio della *querelle*. Questo problema è aggravato dal fatto che lo sviluppo di una giurisprudenza consolidata del BGH può, peraltro, trovare ostacoli nelle transazioni che intervengono nel corso del processo, le quali, come noto, impediscono alla Corte di decidere sul caso. Infatti, alcune parti hanno ritirato il loro ricorso al BGH in conseguenza di generose offerte di risarcimento extragiudiziale da parte dei costruttori dei veicoli, intese ad evitare decisioni svantaggiose, ultimativamente privando la corte suprema della possibilità di prendere posizione sulla questione giuridica sottesa al caso concreto. Ciò ha spinto il BGH nel 2019 a emettere un'ordinanza sull'esistenza di un difetto materiale nei veicoli diesel manipolati, sebbene il ricorso fosse stato precedentemente ritirato⁵⁷. In letteratura si discute se un tale approccio da parte del BGH fosse ammissibile.⁵⁸ Nel 2023, il governo federale tedesco ha proposto l'introduzione di una procedura di decisione principale ("*Leitentscheidung*") presso il BGH⁵⁹ intesa a garantire che in futuro il BGH possa decidere su questioni giuridiche fondamentali in modo più rapido. La procedura autorizzerebbe la corte a decidere su questioni rilevanti anche se il processo si risolve prima che venga emessa una sentenza, ad esempio, in caso di transazione tra le parti o, comunque, in caso di rinuncia al contenzioso. In casi simili, i tribunali di grado inferiore dovrebbero essere in grado di sospendere i loro procedimenti con il consenso delle parti fino al raggiungimento di una decisione principale. Occorrerà, tuttavia, attendere per comprendere se l'*iter* legislativo verrà completato, sebbene il clima politico attuale non lascia ben presagire circa la positiva approvazione del disegno di legge.

⁵⁷ BGH, ordinanza dell'8 gennaio 2019 - VIII ZR 225/17; commenti di: WITTMANN, LMK 2019, 418515; GSELL, EWIR 2019, 429; ARNOLD, JuS 2019, 489.

⁵⁸ Cf. VOSS, *Publikation von Hinweisbeschlüssen und vorläufigen Rechtseinschätzungen der Gerichte – praeter legem oder contra legem?*, in JZ 2020, 286 ss.

⁵⁹ BUNDESREGIERUNG, „Entwurf eines Gesetzes zur Einführung eines Leitentscheidungsverfahrens beim Bundesgerichtshof“ (16 agosto, 2023); sul punto si veda: RENTSCH, *Kollektive Rechtserkenntnis oder Revision „light“?*, in ZRP 2023, 135 ss.