



UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

FACULTAD DE FILOSOFÍA Y LETRAS

Departamento de Traducción e Interpretación, Lenguas Romances, Estudios
Semíticos y Documentación

LA TRADUCCIÓN DE SENTENCIAS: ANÁLISIS
TERMINOLÓGICO Y TEXTUAL (ALEMÁN-ESPAÑOL)

Doctorando:

Vº Bº de los Directores:

Ingrid Cobos López

Dra. M.^a del Carmen Balbuena Torezano

Dra. Manuela Álvarez Jurado

TÍTULO: La traducción de sentencias: análisis terminológico y textual (alemán-español)

AUTOR: Ingrid Cobos López

© Edita: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba. 2012
Campus de Rabanales Ctra. Nacional IV, Km. 396 A
14071 Córdoba

www.uco.es/publicaciones

publicaciones@uco.es

AGRADECIMIENTOS

Al finalizar mi primer trabajo de investigación de envergadura, no puedo sino expresar mi más sincero reconocimiento y gratitud a cuantos han contribuido a que esta tesis doctoral sea una realidad.

Por ello, me gustaría mostrar mi agradecimiento a la Dra. María del Carmen Balbuena Torezano y a la Dra. Manuela Álvarez Jurado por su incondicional apoyo y dedicación, por creer en mí desde que inicié mi carrera universitaria tanto en éste como en muchos otros proyectos, y por ser, además de directoras de este trabajo, amigas y compañeras.

Al Dr. Miguel Ángel García Peinado, por su inestimable ayuda, y a todos mis compañeros del Departamento de Traducción e Interpretación, Lenguas Romances, Estudios Semíticos y Documentación, que me han alentado en mis comienzos universitarios.

A mi madre, por su generoso apoyo, eterna paciencia, dedicación sin límites y cariño continuo, sin los cuales no habría podido dar este gran paso, académico y personal. A mi hermano, que más allá de los lazos familiares, ha estado a mi lado para ayudarme a soportar las inseguridades y temores de aquel que comienza la andadura investigadora.

A Miguel Ángel, por animarme siempre a seguir adelante y apoyarme en este duro y gratificante proceso.

Y, por último, a cuantos me han acompañado en el camino docente e investigador y han confiado en mí y en este proyecto.

ABREVIATURAS, SIGLAS Y ACRÓNIMOS

AS-Text	Ausgangstext
BOE	Boletín Oficial del Estado
EAGFL	Europäischer Ausrichtung- und Garantiefond für die Landwirtschaft
EFRE	Europäischer Fond für regionale Entwicklung
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
IFE	Inglés para Fines Específicos
LDC	Ley de Defensa de Competencias
LE	Lenguaje de especialidad
LG	Lengua general
LM	Lengua Meta
LO	Lengua Original
LSP	Language for Special Purposes
MAE	Ministerio de Asuntos Exteriores
MAP	Ministerio de Administraciones Públicas
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
TFUE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TM	Texto Meta
TO	Texto Original
TS	Tribunal Superior
TT	Texto Terminal
USE	Unidades de Significado Especializadas
ZPO	Zivilprozessordnung
ZS-Text	Zieltext

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	9
CAPÍTULO 1: TRADUCCIÓN JURÍDICA: TIPOLOGÍAS TEXTUALES	15
1.1. Tipología textual vs. género textual.....	17
1.2. Investigación en torno a la tipología y el género textual.	21
1.2.1. Clasificaciones desde el punto de vista lingüístico	22
1.2.2. Detractores de las clasificaciones desde un punto de vista lingüístico	29
1.2.3. Clasificaciones desde un punto de vista traductológico	31
1.3. Tipologías textuales en la traducción jurídica.	60
1.4. El género textual en traducción jurídica	77
1.4.1. Consideraciones preliminares	77
1.4.2. Concepto y definición de género.....	78
1.4.3. Subgéneros y supragéneros	80
1.4.4. El género jurídico.....	81
CAPÍTULO 2: LA TRADUCCIÓN JURÍDICA, TRADUCCIÓN ESPECIALIZADA	97
2.1. El lenguaje jurídico, lenguaje de especialidad.....	99
2.2. Características del lenguaje jurídico español	110
2.3. Características del lenguaje jurídico alemán	126
2.4. El lenguaje judicial, lenguaje de especialidad del lenguaje jurídico	134
2.5. La traducción especializada.....	140
2.6. La traducción jurídica y la traducción judicial	145
CAPÍTULO 3: TEXTOLOGÍA CONTRASTIVA Y ACTOS DE HABLA, INSTRUMENTOS DE ANÁLISIS	161
3.1. Textología Contrastiva	163
3.2. Actos de habla	176
3.2.1. Fundamentos de la descripción de los actos de habla	186
3.2.2. Proceso de análisis.....	188
3.2.3. Relación entre actos de habla y elementos textuales.....	190

CAPÍTULO 4: ANÁLISIS CONTRASTIVO ALEMÁN-ESPAÑOL DE LAS SENTENCIAS DE	
DERECHO CIVIL.....	195
4.1. Consideraciones previas	197
4.2. Corpus textual	205
4.3. Selección de términos.....	206
4.4. Fichas de vaciado.....	207
4.5. Fichas terminológicas y estudio aplicado a la traducción	212
4.6. Análisis de las convenciones de género	350
CONCLUSIONES	433
BIBLIOGRAFÍA	445
ANEXOS	465

INTRODUCCIÓN

El presente estudio responde a un enfoque funcional y contrastivo que circunscribe al análisis de un mismo género textual —las sentencias de Derecho Civil en alemán y en español—, a partir de un corpus bilingüe de textos paralelos. Con ello, se pretende que este trabajo constituya una herramienta útil para establecer las diferencias interculturales en el ámbito de las convenciones de género, lo que se espera tenga aplicación tanto en el ejercicio profesional como en el de la enseñanza de la traducción.

La inspiración de este trabajo parte de los estudios de Reiss (1971, 1976) y Reiss & Vermeer (1984), dedicados a los géneros textuales y su relevancia para el traductor. Dichos estudios se centran fundamentalmente en la siguiente cuestión: ¿hasta qué punto el traductor ha de adoptar o asumir las convenciones de género de la lengua meta, si éstas funcionan como señales para la identificación de los distintos géneros? A lo largo del estudio que aquí se presenta intentaremos dar respuesta a este interrogante, aplicando el análisis a las sentencias de Derecho Civil en lengua alemana y española.

Hipótesis de partida

A partir de las premisas anteriormente mencionadas, partimos de las siguientes hipótesis:

1. Existe una relación entre el acto de habla y la unidad léxica. Cuando éstos tienen funciones comunicativas equivalentes, esta relación haría posible la descripción de las unidades léxicas de dos lenguas.
2. Partiendo de esta primera afirmación, el análisis de las unidades léxicas permite determinar también, de forma contrastiva, el análisis de los actos de habla de las sentencias, y por ende, la correcta traducción de los textos.

Objetivos

Son objetivos del presente trabajo:

1. Descripción del género textual “sentencia” en lengua alemana y española.
2. Desarrollo de un corpus terminológico bilingüe (alemán-español) para la traducción de sentencias del Derecho Civil, que sirva como recurso para la traducción de textos judiciales.
3. Estudio de la traducción de textos judiciales desde una perspectiva interdisciplinar, teniendo en cuenta elementos no sólo relativos a la Traductología, sino también al Derecho y a la Lingüística.
4. Establecimiento de las convenciones textuales para el género textual estudiado en ambas lenguas de trabajo.

Metodología y estructura del trabajo.

El presente trabajo se estructura en cuatro capítulos:

—En el primer capítulo, *Traducción jurídica: tipologías textuales*, se abordan los conceptos de tipología textual y género textual, en función de lo expuesto por los especialistas más relevantes en el ámbito de la lingüística y la traductología. Se plantea, como problema inicial, la confusión que en un principio existía dentro de los estudios traductológicos, pues se intercambiaban, se obviaban o se utilizaban indistintamente para designar a un único concepto. A partir de esta introducción teórica de ambos conceptos se revisan las tipologías textuales en la traducción jurídica, apuntando las clasificaciones de los autores más destacados, y finalmente el género textual “sentencia”, objeto

del estudio contrastivo de las convenciones de género presentadas en este trabajo.

—En el segundo capítulo, *La traducción jurídica, traducción especializada*, se parte del análisis del lenguaje jurídico como lenguaje de especialidad y al tiempo se realiza un análisis de las características del lenguaje jurídico alemán y español. Asimismo, se observan las características propias del lenguaje judicial, que en este trabajo se considera “un sub-tipo” dentro del lenguaje jurídico. Se ofrecen también las distintas definiciones de traducción especializada aportada por algunos de los autores más destacados, para finalmente reflexionar sobre la traducción jurídica y judicial, sus características y rasgos más relevantes.

—En el tercer capítulo, *Textología Contrastiva y actos de habla, instrumentos de análisis*, se exponen las teorías relativas a la Textología Contrastiva basadas en los actos de habla como instrumento de análisis. Para ello, se inicia el capítulo con el estudio de los principales autores que han investigado en este campo, para proseguir con las teorías de los actos de habla aplicadas al análisis, estableciendo las relaciones entre los actos de habla y los elementos textuales.

—El grueso del estudio lo constituye el cuarto y último capítulo, *Análisis contrastivo alemán-español de las sentencias de Derecho Civil*. Se inicia el capítulo con las consideraciones jurídicas relativas al ámbito de estudio al que pertenece el género textual aquí tratado; se exponen los fundamentos del corpus textual bilingüe objeto de análisis y, se propone un *tertium comparationis* compuesto por 30 sentencias de Derecho Civil alemanas y 30 sentencias de Derecho Civil españolas, a partir de las cuales se seleccionan una serie de términos, en función de la frecuencia de uso, términos que son propios de este género textual. Como resultado, se propone un total de 139 términos analizados en fichas terminológicas

diseñadas para consolidar el estudio léxico-semántico. Finaliza el capítulo con el análisis de las convenciones de género, partiendo de las principales unidades textuales de las sentencias de Derecho Civil y de los actos de habla de dichas sentencias en alemán y español.

Establecimiento de conclusiones finales.

El presente trabajo concluye con la presentación de los resultados obtenidos y el establecimiento de las posibles líneas de investigación futuras. A tenor de los resultados obtenidos en el análisis, se establecen conclusiones relativas a:

1. La traducción de documentos jurídicos alemán-español.
2. Las unidades de significado especializadas (USE) en la lengua original (LO) y la lengua meta (LM).

Bibliografía.

Para facilitar la consulta de las fuentes empleadas a lo largo del estudio, se ofrece una bibliografía clasificada de forma paralela al desarrollo de los distintos capítulos tratados a lo largo de este trabajo. Por ello, las referencias bibliográficas están ordenadas como sigue: 1) Bibliografía sobre Derecho y estudios jurídicos; 2) Biografía sobre lenguaje jurídico y traducción jurídica; 3) Diccionarios; 4) Legislación y 5) Otras fuentes bibliográficas

CAPÍTULO 1: TRADUCCIÓN JURÍDICA: TIPOLOGÍAS TEXTUALES

1.1. Tipología textual vs. género textual.

Los conceptos “tipología textual” y “género textual” responden a la aplicación de criterios internos o externos para la caracterización textual. Estos criterios, como afirma M. C. Pérez Hernández, son fundamentales para las investigaciones empíricas de corpus¹ (2002:4.3):

Criterios externos: son esencialmente no lingüísticos, determinan el tipo de género, modalidad, origen y finalidad de los textos que han de incluirse, por lo que son los que se aseguran que el corpus represente una amplia variedad de contextos situacionales.

Criterios internos: identifican tipos diferentes de textos, de acuerdo con una serie de categorías lingüísticas (en el caso de los *corpora* de propósito general suelen centrarse en la distribución de pronombres, proposiciones o tiempos verbales).

A pesar de que dichos criterios están claramente diferenciados, coincidimos con A. Hurtado (2001) en que ha existido una confusión conceptual y terminológica hasta finales de los años 90, probablemente debido a la diversidad de perspectivas desde las que estos conceptos han sido estudiados².

La crítica adopta diferentes posturas en relación a esta cuestión. Así, es hay autores que intercambian ambos conceptos (Trosborg, 1975;

¹ El estudio y desarrollo de los corpus es uno de los avances más significativos en el estudio del léxico de los últimos años. Para CRYSTAL (1991: 117), la importancia de los corpus se basa en el estudio y la descripción de la lengua, y su utilidad para obtener conclusiones en cuanto a su funcionamiento basándose en la observación de muchos ejemplos: “a collection of linguistic data, either written texts or a transcription of recorded speech, which can be used as a starting-point of linguistic description or as a means of verifying hypotheses about a language”. Por su parte, SINCLAIR (1991: 171) los define como “a collection of naturally-occurring language text, chosen to characterize a state or variety of a language”. Otros autores, como UFFMAN (En Reiss y Vermeer, 2002: 1), distinguen entre los corpus de texto completo, corpus completo que en el que se puede plantear un análisis lingüístico y corpus de muestras de textos: “a corpus is simply a text or collection of texts used for linguistic analysis”.

² Estos conceptos se han estudiado desde disciplinas como la Lingüística y el Análisis del Discurso. Las distintas perspectivas de estudio en el contexto de la Lingüística quedan recogidas por HURTADO ALBIR (2001: 451-460) que afirma que se basan en: a) la búsqueda de rasgos distintivos (BIBER, 1989); b) las clasificaciones de base contextual (WERLICH, 1975); c) las clasificaciones de base funcional (BUSTOS, 1996) y d) las clasificaciones por géneros (SWALES, 1990).

Alcaraz, 2009); otros evitan utilizarlos (Stubbs, 1996; Laviosa, 1998); y, finalmente, hay especialistas que realizan una clara distinción entre *Textsorte* y *Texttype* (Lux, 1981; Kussmaul, 1997). A continuación exponemos brevemente los estudios existentes en torno a esta cuestión.

—*El uso indistinto de ambos conceptos: los estudios de A. Trosborg (1977) y de E. Alcaraz (2009).*

Ya en 1977, A. Trosborg emplea la expresión *text type* en un sentido amplio para referirse a cualquier tipo distintivo de textos, incluyendo en esta noción el concepto de “género”. Así, en la introducción de su *Text Typology and Translation*, la autora expone lo siguiente (1997: viii):

The book attempts to demonstrate the value of text typology for translation purposes, emphasizing the importance of genre analysis, analysis of communicative functions and text types in a broad sense as means of studying spoken and written discourse. Sonnets, sagas, fairy tales, novels and feature films, sermons, political speeches, international treaties, instruction leaflets, business letters, academic lectures, academic articles, medical research articles, technical brochures and legal documents are but some of the texts treated in this volume. It is argued that text typology involving genre analysis can help the translator develop strategies that facilitate his/her work and provide awareness of various options as well as constraints. In this book, *text type* is used in a broad sense to refer to any distinct type of text and notion includes genre³.

³ “El presente libro trata de demostrar el valor de las tipologías textuales para los objetivos de la traducción enfatizando la importancia del análisis del género y el análisis de las funciones comunicativas, además del tipo textual en sentido amplio como medio para el estudio del discurso escrito y oral. Los sonetos, sagas, cuentos, novelas y largometrajes, los sermones, discursos políticos, tratados internacionales, artículos académicos, artículos de investigación médica, los folletos técnicos y los documentos legales, son algunos de los textos tratados en este volumen. Se discute que la tipología textual relacionada con el análisis de género puede ayudar al traductor a desarrollar ciertas estrategias que le faciliten su trabajo y que le den conciencia, tanto de la variedad de opciones, como de las restricciones. En el presente libro, se utiliza el concepto de *tipo textual* en un sentido amplio para referirnos a cualquier tipo diferente de texto o noción,

Por su parte, E. Alcaraz (2009: 130) también emplea sin distinción alguna ambos conceptos:

Igual que cada profesión, especialidad científica o sector social y comercial tiene su jerga y su léxico propios, las necesidades de la comunicación práctica y la misma inercia de su diario quehacer les suelen llevar a consolidar unos formatos concretos para el intercambio de cada aspecto de la información propia de su gremio o comunidad lingüística. Estos formatos o tipos textuales son lo que modernamente entendemos por “géneros”.

—*La no distinción entre “tipología textual” y “género textual”*: los estudios de M. Stubbs (1996) y S. Laviosa (1998).

M. Stubbs (1996: 11) evita la distinción entre tipología y género textual, y así lo expone de forma explícita sobre todos para evitar posibles problemas metodológicos o teóricos, tanto en la lingüística como en la traductología: “some authors distinguish between text type and genre. I will not”.

En este sentido, S. Laviosa elude de forma deliberada el uso de estos conceptos (1998: 556): “The terms subject domain, subject field, text category and text genre are used interchangeably in this study (...) I have deliberately chosen to avoid the words “genre” and “type”⁴.

Desde el punto de vista de la traducción, coincidimos con K. Reiss en que es preciso distinguir entre “tipología” y “género” textual, como se verá en páginas posteriores, al abordar los estudios de esta autora.

incluido el género”. Esta y todas las traducciones presentadas a lo largo del trabajo son de la autora.

⁴ Los conceptos campo de acción del sujeto, campo de aplicación, categoría textual y género textual se utilizan de forma intercambiable en este trabajo (...) He elegido evitar deliberadamente los términos “género” y “tipo”.

—La distinción entre *Textsorte* y *Texttype*: los estudios de F. Lux (1981) y P. Kussmaul (1997).

Algunos especialistas atribuyen la confusión en el empleo de ambos conceptos a los términos *Textsorte* y *Texttype* empleados en alemán hacer referencia al tipo textual⁵. Así, F. Lux define *Textsorte*, como (1981: 273)

Eine im Bereich der kohärenten Texte liegende kompetentiell anerkannte und relevante Textklasse, deren Konstitution, deren Variationsrahmen und deren Einsatz in Kontext und umgebenden Handlungstypen Regeln unterliegt⁶.

Esta es, quizás, una de las definiciones más completas que existen en la actualidad sobre dicho concepto, ya que trata aspectos clave como las clases textuales, su constitución, el marco de variación, el uso en contexto y la estructura textual⁷.

Por su parte, P. Kussmaul (1997: 69) establece la diferencia entre “clase textual” y “tipo textual”⁸ del siguiente modo:

Text type is an ambiguous term. It may refer to what is called *Texttyp* in German, which is the more general notion which has been brought to our attention by Reiss (1971)⁹ who distinguishes between informative, expressive and appellative text types. For want of better word *text type* may also serve as an equivalent for German *Textsorte*, which refers to entities such as manuals,

⁵ Dichos conceptos provienen de los estudios de REISS (1971, 1976, 1977), en los cuales se basan muchos de los aspectos tratados en este trabajo.

⁶ “Una clase textual relevante, reconocible y competente que existe en el ámbito de los textos coherentes cuya constitución, marco de variación y uso en el contexto y en los tipos de acto de habla relacionados está sujeta a ciertas normas”.

⁷ Abordaremos el estudio de estos conceptos de forma detallada en las páginas siguientes.

⁸ Traducción del alemán de MARTÍN Y REINA (1996) del libro de REISS & VERMEER “Fundamentos para una teoría funcional de la traducción”.

⁹ Para REISS y VERMEER (1996: 154) *Textsorte* son “los tipos de actos de habla orales o escritos de carácter supraindividual y sujetos a actos comunicativos recurrentes, que han generado unos modelos característicos en el uso de la lengua y en la estructuración de textos precisamente debido a su constante repetición”.

instruction leaflets, business letters, weather reports, contracts, or also academic discourse (...)¹⁰.

Estimamos que esta última postura es pertinente, al tiempo que acertada, entendiendo que el concepto de *Textsorte* o “clase textual” es similar al de “género” en la Traductología actual. No obstante, en la traductología de finales del siglo pasado, era frecuente el uso de la expresión “tipo textual” para aunar conceptos tales como “tono”, “tema”, “función” y “función en contexto” (López Rodríguez, 2001: 90):

El término tipo textual o tipo de texto es muy habitual en los estudios de traducción como cajón de sastre en el que se incluyen instancias de variación textual según el tema (legal, científico-técnico, literario), el tono (formal/informal), el medio (oral/escrito/escrito para ser leído), la función retórica (informar/evaluar/convencer) y la función en el contexto cultural (receta de cocina, editorial, noticia).

En este sentido, y teniendo en cuenta las consideraciones de Pérez Hernández (2002)¹¹, podemos deducir que en el término alemán *Textsorte* se combinan una serie de factores, fundamentalmente externos y socioculturales; mientras que en el término *Texttyp* prevalecen aquellas categorías lingüísticas que conforman los criterios internos a los que hemos hecho referencia con anterioridad.

1.2. Investigación en torno a la tipología y el género textual.

A pesar de la discordancia existente entre los conceptos señalados en el epígrafe anterior, a partir de los años 60 los especialistas en

¹⁰ Consideramos que *Text Type* es un término ambiguo. Se podría referir a lo que se llama *Texttyp* en alemán, que es la noción más general que apuntó REISS (1971), quien, como veremos en epígrafes posteriores, distingue entre tipos de textos informativos, expresivos y apelativos. En este intento de buscar una definición mejor, *text type* o tipo textual podría ser igualmente un equivalente del término alemán *Textsorte*, que se refiere a entidades tales como manuales, folletos con instrucciones, cartas comerciales, contratos, discursos académicos (...).

¹¹ Disponible en: <http://elies.rediris.es/elies18/232>. [Fecha de consulta: 23 de noviembre de 2011].

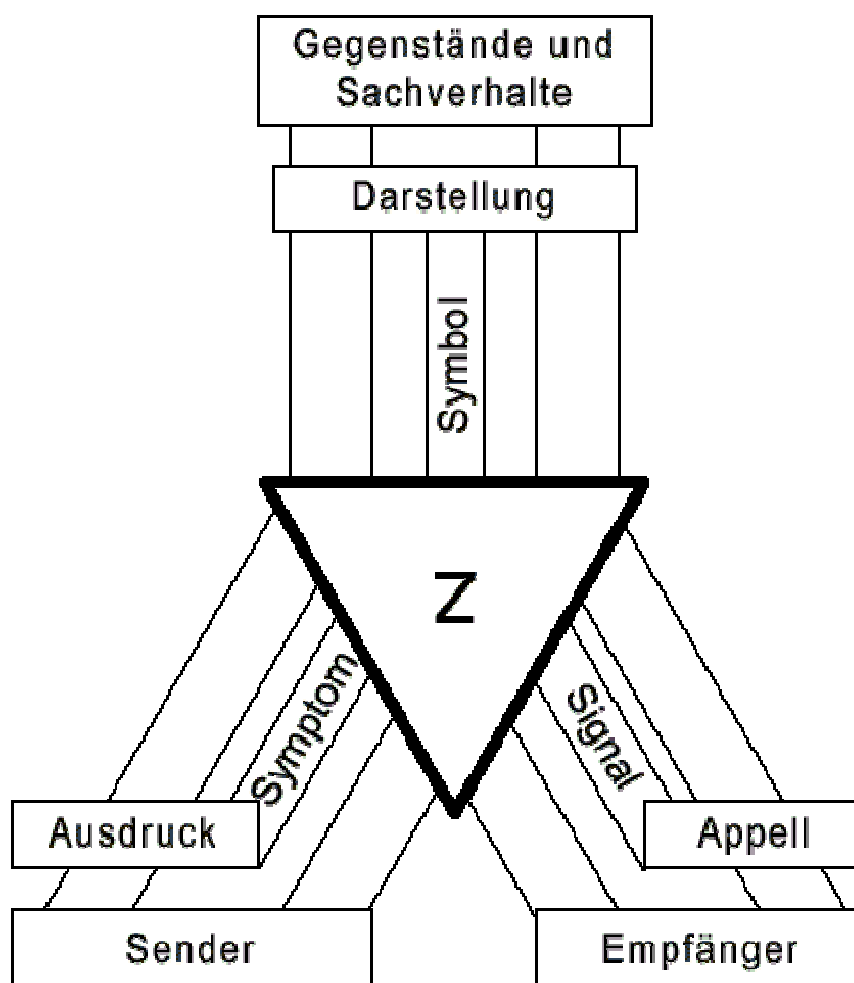
Traductología llegaron a un cierto acuerdo para distinguir ambos conceptos. Para construir el marco teórico del presente trabajo, seguiremos lo expuesto por K. Reiss (1971), K. Reiss y H. J. Vermeer (1984), J. House (1977), B. Hatim & I. Mason (1990, 1997) o Ch. Nord (1996), quienes dedican sus estudios a la definición de “tipo textual”, y las contribuciones de S. Göpferich (1995), S. Gamero (1998, 2001), A. Borja Albi (2003) o I. García Izquierdo (2002), relativas al concepto de “género textual”¹².

1.2.1. Clasificaciones desde el punto de vista lingüístico.

—K. Bühler (1934), iniciador de la clasificación textual desde el punto de vista lingüístico.

El primer autor que realiza una clasificación de los textos desde el punto de vista lingüístico es K. Bühler, quien propone una tipología que comprende los tres elementos básicos de la comunicación —emisor, receptor y mensaje—, como se desprende de su *Organon-Modell* incluido en su estudio de 1934:

¹² Seguiremos, pues, los estudios de REISS, K., *Möglichkeiten und Grenzen der Übersetzungskritik*, 1971; REISS, K. y H. J. VERMEER, *Grundlegung einer Allgemeinen Translationstheorie*, 1984; HATIM, B. e I. MASON, *Discourse and the Translator*, 1990 y *The translator as a Communicator*, 1997; HOUSE, J., *A Model for Translation Quality Assessment*, 1977; NORD, Ch., “El error en la traducción: categorías y evaluación”, 1996; BORJA ALBI, A., “La investigación en traducción jurídica”, 2003; GAMERO PÉREZ, S., *La traducción de textos técnicos (alemán-español). Géneros y subgéneros*, 1998 y *La traducción de textos técnicos*, 2001; GARCÍA IZQUIERDO, I., “El género: plataforma de confluencia de nociones fundamentales en didáctica de la traducción”, 2002; y GÖPFERICH, S., *Textsorten in Naturwissenschaften und Technik. Pragmatische Typologie-Kontrastierung-Translation*, 1995.



Afirma Bühler que todo enunciado mantiene una triple relación; en primer lugar, con el estado de las cosas de que se habla; en segundo lugar, con el sujeto hablante o emisor y en tercer lugar, con el sujeto interpelado o receptor. En este sentido, el lenguaje radica en que el “emisor” dice “un enunciado” que es transmitido a “el receptor” sobre las cosas o relaciones existentes entre ellas. Del mismo modo, la función lingüística es triple, existiendo lo que el autor denomina *Darstellung*,

Ausdruck y *Apel*¹³. Basándose en esta triple concepción del lenguaje, Bühler clasifica los textos en subjetivos, objetivos y comunicativos.

Estimamos que la aportación de Bühler es relevante por ser el iniciador de este tipo de estudios con respecto al texto, desde una perspectiva lingüística. No obstante, y como veremos en las páginas siguientes, son muchos los autores que continuarán los estudios iniciados por él, así como otros que serán detractores de este tipo de clasificación textual.

—E. Werlich (1979), continuador de los estudios de Bühler.

También desde una perspectiva lingüística, la tipología textual más extensa es la presentada por E. Werlich (1979), quien considera la existencia de cinco grupos textuales a partir de las características dominantes en cada texto (1979: 34ss.):

1. Deskriptive : wird von Sprechern für textliche Äusserungen über Erscheinungen und Veränderungen im Raum gewählt. Sie ist durch den phänomenregistrierenden Satz repräsentiert.
2. Narrative: wird von Sprechern für die textliche Äusserung über Erscheinungen und Veränderungen in der Zeit gewählt. Hier stehen also Fakten und Begriffe in ihrer zeitlichen Anordnung oder Beziehung im Brennpunkt. Er wird handlungsaufzeichnender Satz genannt (eigentlich: veränderungsaufzeichnender Satz).
3. Expositorische – sie wird für textliche Äusserungen über die Zerlegung (Dekomposition) oder Zusammensetzung (Komposition) von begrifflichen Vorstellungen der Sprecher (Konzepten) gewählt. Aufgrund dieser referentiellen Leistung bezeichnen wir diesen Satztyp als phänomenverknüpfenden Satz.
4. Argumentative – sie wird gewählt für die textliche Äusserungen, die Beziehungen (Relationen) zwischen Konzepten oder Aussagen der Sprecher herstellen. Man nennt ihn den qualitätsattribuierenden Satz.

¹³ Para Bühler *Gegenstände und Sachverhalte* son los objetos y relaciones; *Symbole y Darstellung* son equivalentes a “representación”; *Ausdruck* se corresponde con “expresión”; *Appell* con “apelación”; *Sender* es el “emisor”, y, *Empfänger* es el “receptor”.

5. Instructiva – diese Textbasis wird für diejenigen textlichen Äusserungen gewählt, die als planende Handlungsanweisungen für zukünftiges Verhalten des Senders oder Adressaten gelten sollen: der handlungsfordernder Satz. Sie wird repräsentiert durch den Imperativ: Pass auf! Gehen wir! Sie betonen entweder den Zwang oder die Auswahl von Adressaten für die Handlungsanweisung¹⁴.

Además de las características textuales, Werlich incluye en su trabajo la perspectiva del hablante:

Textformen sind als Aktualisierungen von Gruppen von Textkonstituenten zu verstehen, die Sprecher einerseits in Übereinstimmung mit texttypischen Invarianten und andererseits gemäss bestimmter historisch ausgebildeter Konventionen für textliche Äussegung in der Textproduktion auswählen¹⁵.

En este sentido, según la perspectiva del hablante y los tipos referenciados, las formas concretas de estos tipos textuales se pueden dividir en dos grandes grupos; subjetivos (s) y objetivos (o) (1979: 46 y ss.):

¹⁴ “1. Descriptiva: se seleccionan los enunciados textuales sobre los aspectos y modificaciones que se plantean por parte de los hablantes. Se representa mediante una oración en la que se registra dicho fenómeno. 2. Narrativa: se seleccionan los enunciados textuales sobre los aspectos y variaciones temporales del orador. Aquí se trata de hechos y conceptos en su disposición temporal o relación en primer plano. Se denomina oración registrada en su acto de habla (en realidad: Oración registrada en su modificación). 3. Expositiva: se seleccionan los enunciados textuales en cuanto al análisis (descomposición) o combinación (composición) de ideas de conceptos del orador (Conceptos). Debido a dicha prestación referencial, denominamos a este tipo de oración como oración ligada al fenómeno. 4. Argumentativa – se seleccionan los enunciados textuales, las relaciones entre conceptos o enunciados del orador. Se denomina oración tributable a la calidad. 5. Instructiva – en esta base textual se seleccionan aquellos enunciados textuales que han de ser válidos como giros comerciales para comportamientos futuros del emisor o el receptor: ¡Cuidado! ¡Vamos! Se subraya o la fuerza o la elección de los destinatarios en el giro comercial”.

¹⁵ “La forma textual se ha de entender como actualización del grupo de los elementos constitutivos del texto. Por una parte se caracteriza al emisor acorde con las invariantes y por otra parte según determinadas convenciones históricas de los enunciados textuales en la producción textual”.

1. Narration: (s) Erzählung, Geschichte
(o) Bericht
2. Deskription: (s) impressionistische Beschreibung
(o) technische Beschreibung
3. Exposition: (s) expositorischer Essay (Aufsatz)
(o) Definition, Explikation,
Zusammenfassung, Textinterpretation
4. Argumentation: (s) Kommentar¹⁶
(o) wissenschaftliche Abhandlung
5. Instruktion: s) Anweisung
(o) Reglen, Vorschriften, Gesetze.

No obstante, esta clasificación no hace referencia al contenido del texto, ni a cómo analizar las características propias de cada texto para obtener sus elementos esenciales, por lo que, sin dejar de tener en cuenta alguno de los aspectos señalados en ella, no servirá de referencia absoluta para el análisis de los textos que conformarán el corpus objeto de estudio de este trabajo.

—*Los estudios de R. Hartmann (1980), W. Heinemann (2000) y K. Adamzik (2004).*

R. Hartmann aporta una interesante definición de tipología textual, que servirá de base para el establecimiento de otras definiciones posteriores (1980: 22):

¹⁶ “1. Narración: (s) Narración, historia; (o) Informe. 2. Descripción: (s) Descripción impresionista; (o) descripción técnica. 3. Exposición: (s) Ensayo de exposición (artículo); (o) definición, explicación, resumen, interpretación textual. 4. Argumentación: (s) Comentario; (o) tratado científico. 5. Instrucción: (s) Instrucción; (o) Normas, reglamentos, leyes.”

Textsorten sind Teilmengen von Texten, die sich durch bestimmte relevante gemeinsame Merkmale beschreiben und von anderen Teilmengen abgrenzen lassen

Basándose en esta definición, W. Heinemann (2000) establece que “Eine Textsorte ist eine Textklasse mit einer Menge von Gemeinsamkeiten”. En esta definición Heinemann sustituye los conceptos de *Teilmenge von Texten* y *Menge* de Hartmann por otros más generales, como *Textklasse* y *Gemeinsamkeiten*. La clasificación propuesta por Heinemann es la siguiente (2000:11-13):

- 1 Tipos textuales como unidades marcadas por la gramática,
- 2 Tipos textuales como unidades marcadas por el contenido semántico,
- 3 Tipos textuales como unidades determinadas por la situación comunicativa, y
- 4 Tipos textuales como unidades determinadas por la función comunicativa del texto.

Esta misma clasificación que realiza Heinemann está presente en la tesis de K. Adamzik (2004:101):

Dabei sind m. E. Modelle vorzuziehen, die nicht eine Hierarchisierung der Typologisierungsbasen (z.B. zunächst funktionale Typen, die dann situativ subdifferenziert werden, oder andersherum), sondern voneinander unabhängige Zuordnungen zu bestimmten Funktions-, Situations- und Themen(behandlungstypen) vorsehen. Sie erlauben allgemein ein flexibleres Vorgehen, eröffnen aber u.a. die Möglichkeit, Klassen unterschiedlicher Abstraktionsstufen und Einzeltexte phänomengerecht zu charakterisieren¹⁷.

¹⁷ “Al mismo tiempo se han de sacar los modelos que no prevean una jerarquización de las bases de las tipologías (por ej.: en primer lugar, tipos funcionales que luego sean sub-diferenciados con respecto a su situación o al contrario), sino una clasificación en las que determinadas funciones, situaciones y temas sean dependientes las unas de las otras (tipos de acción). Esto permite en general, un procedimiento más flexible y permite,

La relevancia de las clasificaciones propuestas por estos autores estriba en que todos ellos defienden una postura nueva en los estudios de la tipología textual y se centran en la no jerarquización de los niveles clasificatorios.

—*Los estudios contrastivos de C. Quijada (2009).*

A esta postura se acerca igualmente C. Quijada en su estudio de 2009. Basándose en los análisis de G. Ciapuscio (2003), y E. García (2006) propone una tabla con las características específicas de cada uno de los niveles de clasificación (2009: 280):

NIVEL	FUNCIONAL	SITUACIONAL	TEMÁTICO	FORMAL Y LÉXICO-GRAMATICAL
QUÉ INCLUYE	Expresar, contactar, informar, dirigir.	Características externas del texto (parámetros espacio-temporales, interlocutores, etc.)	Tema del texto, perspectiva del mismo (teórica, didáctica, aplicada), formas primarias /derivadas, partes textuales libres / estandarizadas, tipo de despliegue temático (por secuencias: expositivas, narrativas, descriptivas, argumentativas, directivas)	Características internas del texto (figuras estilísticas, elementos no verbales, aspectos gramaticales, recursos sintácticos, empleo de los tiempos verbales, léxico, terminología específica)

Para la autora estos niveles no están jerarquizados, y sus aspiraciones son simplemente las de entregar una herramienta a los estudiosos de los textos (2009: 281):

Las aspiraciones de este modelo no son otras que poder describir de una manera completa cualquier ejemplar textual y, mediante las similitudes o diferencias que muestre con otros ejemplares,

entre otras cosas, la posibilidad de caracterizar las clases en diferentes grados de abstracción y componentes justificados en cuanto a los fenómenos”.

poder encasillarlo dentro de una denominación más amplia y sustentada sobre una base teórica sólida: el tipo textual.

Todos estos niveles interactúan entre sí, y se relacionan bien de forma externa, bien de forma interna. A este respecto, cabe mencionar lo expuesto por K. Adamzik (2004: 54):

Besonders relevant ist and dieser pasaje, das nicht nur die Möglichkeit der Unterscheidung des textinternen Merkmals Kohäsion vom – eher oder mindestens auch- textexternen der Kohärenz in Frage gestellt wird, sondern Brinker diese Grenzziehung überhaupt für unpraktikabel zu halten scheint und die verschiedenen Dimensionen offenbar alle miteinander in Zusammenhang setzt¹⁸.

1.2.2. Detractores de las clasificaciones desde un punto de vista lingüístico.

Las tipologías textuales mencionadas con anterioridad pretendían abarcar todos los tipos textuales posibles. Por ello, ha recibido la crítica de algunos especialistas, entre los que destacan B. Hatim & I. Mason (1997) o R. Rabadán (1991), quienes consideran que las clasificaciones anteriores tienen un carácter generalista, mientras que adolecen de falta de flexibilidad y de una cierta rigidez.

—*Las críticas de B. Hatim & I. Mason (1997).*

Estos autores estiman que las clasificaciones efectuadas desde perspectivas lingüísticas son excesivamente exhaustivas, en tanto que ofrecen una gran variedad de tipologías (1997:129): “(...) given this

¹⁸ “Resulta especialmente relevante en este pasaje el hecho de que no solo se cuestione la posibilidad de diferenciar entre las características internas textuales de la cohesión de –en principio o al menos igualmente– de las características externas textuales de la cohesión, sino que parezca mantener fijos dichos límites principalmente como algo impracticable y establecer las relaciones entre sí de las diferentes dimensiones de forma evidente”.

inevitable hybridization, no categories, no matter how rigorously worked-out, can be expected to be definitive.”.

Con la inclusión de parámetros como la multifuncionalidad y la hibridación de los tipos textuales, Hatim y Mason ofrecen su mayor contribución al estudio de la categorización textual (1990:138):

The problem is that, however the typology is set up, any real text will display features of more than one type. This multifunctionality is the rule rather than the exception, and any useful typology will have to be able to accommodate such diversity¹⁹.

—R. Rabadán (1991), A. Hurtado Albir (2001) y su crítica a la rigidez de las clasificaciones.

En esta misma línea, R. Rabadán (1991) o A. Hurtado (2001) critican la excesiva rigidez de estas clasificaciones, ya que tanto los tipos textuales como los géneros van evolucionando a medida que lo hacen las sociedades, por lo que resulta necesaria una concepción flexible de las tipologías textuales.

En este sentido, R. Rabadán parece negar la existencia de una tipología textual cuando afirma (1991: 181):

... la conclusión a la que se llega es que las tipologías (textuales) de compartimentos estancos son una trampa metodológica que no responde a la realidad (...). Su ineficacia deriva principalmente de su orientación normativa: se trata de clasificaciones establecidas a priori, sobre el sistema textual de un solo polo – suponemos que el origen – y que no tienen por qué ser equiparables a la situación del polo meta.

Por otra parte, A. Hurtado (2001: 459), con respecto a los requisitos fundamentales que han de aparecer en las tipologías textuales según los autores anteriores, critica que “esas condiciones son quizás demasiado

¹⁹ “El problema es que, sea cual sea la manera en que se establezca la tipología, cualquier texto real mostrará rasgos de más de un tipo. Dicha multifuncionalidad es más la norma que la excepción cualquier tipología útil ha de ser capaz de acomodarse a dicha diversidad”.

exigentes, tanto que (...), ninguna de las diversas propuestas las ha cubierto”.

En este sentido, añadimos que, del mismo modo, las tipologías y los géneros textuales evolucionan con las sociedades en las que se encuadran, por lo que existen más motivos para no considerar dicha rigidez.

1.2.3. Clasificaciones desde un punto de vista traductológico.

Los estudios anteriores han sido revisado por lingüistas posteriores, lo que ha llevado a otras concepciones en torno a la tipología textual, también desde la perspectiva traductológica.

En la vertiente que estudia la tipología textual desde la Teoría de la Traducción, en la actualidad tiene gran repercusión la clasificación textual realizada por K. Reiss (1971). No obstante, no hemos de olvidar que se percibe en estas obras la influencia de las tipologías existentes en la Lingüística. El enfoque de Reiss servirá de guía para la elaboración de este trabajo. Por otra parte, y en el ámbito meramente profesional, resulta muy útil en la tarea diaria del traductor y en el campo de la didáctica de la traducción, como afirma C. I. López Rodríguez (2001), pues, en efecto, un traductor ha de conocer bien la tipología y el género textual al cual se enfrenta para desarrollar su cometido en el par de lenguas de trabajo.

Podemos afirmar que las tipologías textuales en Traductología se pueden dividir en tres grandes campos: 1) las que parten del ámbito temático y profesional, de las que participan autores como J. Delisle (1980) o M. Snell-Hornby (1995); 2) las que se encuentran sumergidas en un enfoque previo a mediados de los 70, como es el caso de A. Hurtado Albir (2001); 3) y las que surgieron desde una perspectiva funcionalista. Estas últimas son mayoritarias y fueron promovidas, sobre todo, por K. Reiss (1968, 1971, 1976, 1977; Reiss y Vermeer 1984) aunque son

igualmente relevantes los trabajos de otros autores como B. Hatim & I. Mason (1990, 1997), J. House (1977) y Ch. Nord (1997), entre otros.

Dentro de las propuestas de tipo funcionalista, sobre las que se basa este trabajo, existen dos vertientes:

- Tipologías funcionales basadas en la función del texto, cuyo punto de partida es la función comunicativa y que distinguen entre textos informativos, expresivos, operativos, multimedia y fáticos. Los autores que destacan en esta vertiente son K. Reiss (1971, 1976, 1981) y Reiss y Vermeer (1984) y C. Nord (1997).
- Tipologías funcionales basadas en la finalidad retórica que dividen los textos en descriptivos, narrativos, expositivos, argumentativos y exhortativos. Los autores más destacados son Hatim y Mason (1990, 1997), A. Trosborg (1997) entre otros.

—Los estudios de Katharina Reiss (1971²⁰, 1976²¹, 1981²²) y Reiss y Vermeer (1984)²³.

Reiss una de las primeras estudiosas del proceso translativo que contempla el concepto de tipología textual aplicado a la traducción desde una perspectiva funcionalista. Con su estudio de 1971 se inicia la investigación en torno a la traducción desde una perspectiva funcionalista en Alemania. Reiss desarrolla su teoría en sus trabajos posteriores, y finalmente la concluye en un estudio conjunto con H. Vermeer (1984). El punto clave de sus investigaciones se desarrolla en la *Skopostheorie* o

²⁰ REISS, K., *Möglichkeiten und Grenzen der Übersetzungskritik*, 1971.

²¹ REISS, K., *Texttyp und Übersetzungsmethode. Der operative Text*, 1976.

²² REISS, K., "Type, Kind and Individuality of Text: Decision Making in Translation", 1981.

²³ REISS, K. y H.J. VERMEER. 1984. *Grundlegung einer Allgemeinen Translationstheorie*, 1984 (Traducción al español de S. García Reina y C. Martín de León. 1997. *Fundamentos para una teoría funcional de la traducción*. Madrid: Akal).

Teoría del Escopo, piedra angular para los estudios de traducción y su didáctica.

En su primera obra, la autora no concibe un estudio para ayudar a la traducción a partir del texto origen, sino que crea una guía que sirve para la crítica del producto final, es decir, de la traducción realizada. Basándose en las dimensiones básicas expuestas por Bühler²⁴, Reiss divide los textos en tres grupos diferentes (Snell-Hornby, 1988: 30), todos ellos con una finalidad evaluativa:

Funktion der Sprache	Darstellung	Ausdruck	Appell
Dimension der Sprache	logisch	ästhetisch	dialogisch
Texttyp	inhaltsbetont	formbetont	appellbetont

A partir de dicha clasificación, Reiss cataloga los tipos de textos relacionándolos con las dimensiones básicas, y así distingue entre tipo informativo, tipo expresivo y tipo operativo (Snell-Hornby, 1988: 30):

1. “inhaltsbetonte Texte” en los que predomina la función de representación de la lengua y que transmiten ante todo un contenido;
2. “formbetonte Texte”, textos en los que domina la función expresiva de la lengua: la forma de expresión es tan importante o más que el contenido;
3. “appellbetonte Texte” son aquellos cuya función principal estriba en la llamada al lector o receptor, en producir en éste la reacción deseada por el autor.

²⁴ Otro de los autores que parte del trabajo de Bühler es P. NEWMARK (1988), quien en este sentido afirma (1988:12): “Many theorist have divided texts according to subject-matter (literatura, institutions, technology, etc.) but it is perhaps more profitable to begin with Bühler’s statement (1934) of the functions of language which had a wide influence on the Prague School and has been used by some translation theorists (Reiss, 1971, Hartmann and Vernay 1970)”.

En el desarrollo de su evaluación textual, Reiss expone un análisis dual en el que incluye la dimensión del lenguaje como factor intratextual, relacionándolo con un factor extratextual de orden pragmático, diferenciando desde el principio entre los tres tipos textuales mencionados.

Además de ocuparse de la clasificación, Reiss aborda el origen y el carácter polifacético del concepto de equivalencia traductora²⁵, lo que junto a Vermeer trata de reflejar siguiendo la teoría de Koller²⁶ (Reiss, 1984: 116)²⁷:

Koller establece cinco “marcos de referencia” que hay que considerar a la hora de determinar el tipo de equivalencia que se persigue en cada traducción: a) la “equivalencia denotativa” incluye el contenido (tema) referenciado en un texto; b) la

²⁵ Para ello, parte del concepto de equivalencia de la electrotécnica de G. BROCKHAUS (1952: 1352), concepto que considera pertinente para la traductología: “(...) dos conexiones de corriente alterna son equivalentes, cuando muestran el mismo comportamiento eléctrico hacia el exterior en todas las frecuencias, aunque la estructura de los circuitos sea diferente”. En este punto compara “la estructura diferente del circuito” con los distintos usos del lenguaje del TO y del TM relacionados u originados por las diferencias culturales y situacionales. De igual modo, asume la teoría de Luhman, quien define el concepto de equivalencia desde el punto de vista de la teoría sistemática: “A y B son funcionalmente equivalentes en la medida en que ambos son apropiados para resolver el problema X”, refiriéndose a equivalencias funcionales.

²⁶ Cfr. KOLLER, W. *Einführung in die Übersetzungswissenschaft*, 1979. En esta obra, el autor trata de aunar el polifacético concepto de equivalencia traductora, en 5 marcos de referencia que se han de reproducir en el TO y TM, ya que considera que una traducción es una Reproducción textual en alq ue debe existir una equivalencia (1979: 79 ss.): „Als Übersetzung im eigentlichen Sinn bezeichnen wir nur, was bestimmten Äquivalenzforderungen normativer Art genügt (...) Dies bedeutet u.a., dass die Bedingungen herausgearbeitet werden, die die Auswahl unterpotentiellen Äquivalenten auf Wort-, Syntagma-, Satz- und Textebene bestimmen. (...) Mit der Begriff der Äquivalenz wird postuliert, dass zwischen einem Text (bzw. Textelementen) in einer Sprache L2 (ZS-Text) und einem Text (bzw. Textelementen) in einer Sprache L1 (AS-Text) eine Übersetzungsbeziehung besteht. Der Begriff Äquivalenz sagt dabei noch nichts über die Art der Beziehung aus: diese muss zusätzlich definiert werden“.

²⁷ F. KÖNIGS y D. LEHMANN (1981) no compartirán lo expuesto por Reiss, argumentando que esta relación no es aplicable entre el TO y el TM, y añaden dos tipos más: “a) la equivalencia pretendida por el texto (que se refiere a la función del texto de partida); y b) la equivalencia finalista (que se refiere a la función de la traducción)” (KÖNIGS, 1981: 84ss). “La equivalencia definida como la relación que existe entre un código lingüístico y el mensaje realizado a través de los signos de ese mismo código, no es aplicable a la relación entre texto de partida y texto final” (LEHMAN, 1981: 289).

“equivalencia connotativa” encuadra las connotaciones referentes al plano del estilo, de la dimensión sociolectal o regiolectal (en Koller geográficas) transmitidas en el texto a través del modo específico de verbalización; c) las normas lingüísticas y textuales corresponden a la “equivalencia normativa”; d) el receptor al que se dirige la traducción queda incluido en la “equivalencia pragmática” (a este tipo de equivalencia también pertenecen los aspectos culturales y situacionales), y e) la “equivalencia formal” se refiere a determinadas características formales, estéticas e individuales del texto de partida.

Finalmente, afirma (1984: 117):

La Translatología permite describir la equivalencia como la relación que existe entre elementos lingüísticos de una pareja de textos y como relación entre textos completos. La relación de equivalencia entre elementos individuales de una pareja de textos no implica que exista equivalencia textual en un plano general. Y a la inversa: la equivalencia textual en su conjunto no implica que exista una equivalencia entre todos los segmentos o elementos textuales de una pareja de textos. Además, a nuestro entender, la equivalencia textual trasciende el marco de la manifestación lingüística de textos y abarca también la equivalencia cultural.

En su definición, Reiss tiene en cuenta algunos de los postulados de Koller, lo que le llevará a reformular sus principios en estudios posteriores. Así, en su estudio de 1976, consciente de que la primera clasificación podría resultar insuficiente, añade un nuevo grupo llamado de “audio-media”, en la que incluye los textos que se presentan en un medio determinado y que se reproducen en otro medio distinto; tal es el caso de la ópera, que se desarrolla de forma escrita y está concebida para ser cantada. Basándose en esta ampliación, Reiss expone una nueva tipología textual muy similar a la anterior y en la que cambia su terminología (1976):

Texttyp	Textfunktion	Kennzeichen
1. informativ	Vermittlung von Informationen	sachorientiert
2. expressiv	Künstlerische Aussage	senderorientiert
3. operativ	Auslösung von Verhaltensimpulsen	verhaltensorientiert

El cuarto tipo de texto, denominado multimodal o multimedial, no constituye un grupo aparte, sino que puede ser a su vez informativo, expresivo u operativo. A continuación se presenta la clasificación final que hace la autora adaptada por A. Hurtado Albir (2001: 475):

TIPO DE TEXTO	Informativo (predomina el contenido)	Expresivo (predomina la forma)	Operativo (predomina la apelación)
Función del lenguaje (Bühler)	Representación	Expresión	Apelación
Dimensión del lenguaje	Lógica	Estética	Dialógica
Clases de textos (géneros)	Noticias de prensa, instrucciones de uso, patentes, documentos oficiales, textos técnicos.	Biografías, novela, cuento, etc.	Anuncios, discurso electoral.

A partir de 1984 Reiss y Vermeer prescinden de esta clasificación en la que las funciones del lenguaje son el criterio taxonómico y se centran en la función del texto aclarando que a cada tipo textual le corresponden ciertas “clases textuales” o *Textsorten*, que, como hemos indicado anteriormente, equivalen a los géneros textuales actuales²⁸.

²⁸ Trataremos esta cuestión en epígrafes posteriores.

Juntos crearán una nueva clasificación incluyendo el concepto de *Skopos*²⁹ o escopo.

La Teoría del Escopo o *Skopostheorie* nace en Alemania en 1978 de la mano de H. J. Vermeer³⁰, pero es en 1984 con la publicación de *Fundamentos para una teoría funcional de la traducción* junto a Reiss cuando esta teoría adquirirá fuerza y divulgación. Esta teoría defiende que la función del texto depende del destinatario, entendiendo como tal no solo a la persona que lo recibe, sino también la cultura meta dentro de la cual se enmarca el texto traducido.

Para explicar su teoría, ambos autores parten de la premisa de que “El principio dominante de toda translación es su finalidad” (Reiss & Vermeer, 1984/1996: 80). Para llegar a dicha conclusión, los autores tienen en cuenta la teoría de la acción³¹ y la aplican a la translación. Así, exponen que (Reiss & Vermeer, 1984/1996: 79):

Una teoría de la translación, como teoría especial de la acción, parte de una situación en la que ya existe un texto de partida como “primera acción”; por tanto, la cuestión no es si y cómo se actúa, sino si y cómo se continúa (traduce/interpreta) qué acción³².

Para justificar la primacía de la funcionalidad, los autores aclaran que “Una acción puede concebirse como reacción a una situación dada

²⁹ *Skopos* es un término de origen griego que significa “fin” u “objetivo”.

³⁰ Dicha teoría ya fue apuntada por E. NIDA, al argumentar que no existe una única manera de traducir un TO, sino que hay tantas traducciones finales como objetivos se puedan formular en la traducción.

³¹ Sobre esta teoría vid. además lo expuesto por H. LENK (1977), J. REHBEIN (1977) y G. HARRAS (1978).

³² Esta tesis es defendida por varios autores, entre los que destacan STERN, para quien “Toda manifestación expresa el estado de conciencia y las intenciones de un hablante en un momento determinado” (1974: 67); NIDA y TABER, quienes afirman que “Todo acto de habla está más o menos dirigido a una finalidad (es intencional) y, como tal, es un instrumento para alcanzar unos objetivos” (1969: 1); o F. KÖNIGS y P. KUSSMAUL, quienes consideran que “exponen claramente la primacía de la finalidad en toda translación, ilustrando su exposición con ejemplos y problemas prácticos” (REISS & VERMEER, 1984: 80).

(...). Una acción se considera conveniente cuando de modo específico a una cultura, puede explicarse como adecuada a la situación” (1984/1996: 81). Es decir, que la acción ha de ser adecuada para dicha situación y ha de alcanzar el objetivo de la misma. Esto, aplicado a la traducción, es equivalente a decir que “una acción ha salido bien, si las valoraciones del emisor y el receptor no difieren entre sí significativamente” (1984/1996: 83). Para ello, el modo de acción ha de estar sometido a su escopo. Para ambos autores es más importante que la traslación alcance su objetivo que el modo en el que ésta se realiza. Asimismo, afirman que se podrán realizar tantas traslaciones diferentes como escopos se pretendan alcanzar: “(...) no existe la (única forma de realizar una) traducción de un texto; los textos meta varían dependiendo del escopo que se pretende alcanzar” (Reiss & Vermeer, 1984/1996: 84)³³.

Basándose en esta teoría, los autores crean una “regla del escopo” que se ve reflejada en la siguiente función (1984/1996: 84)³⁴:

Una acción viene determinada por su finalidad (está en función de su finalidad):

Trl. = f (sk)

Sk = skopós

Los puntos (1) y (2) presuponen conocimientos de la cultural final, el punto (3) presupone también conocimientos de la lengua final.

³³ R. KASSÜHLKE (1983) apoya la existencia de tantas traslaciones como escopos alcanzables.

³⁴ Basándose en la Teoría del Escopo, H. KIRCHHOFF (1981: 6-4) define una propuesta metodológica para realizar una traslación (en K. REISS & VERMEER 1984/1996: 85-86): 1) Fijación del escopo. Para determinar un escopo es necesario poder estimar a qué (tipo de) receptores finales se dirige la traslación. (...) 2) Según el escopo fijado, antes de realizar la traslación, se pueden asignar ya nuevos “valores” a las distintas partes del texto de partida. (...) 3) Realización del escopo. El texto final debe producirse según el escopo dado, conforme a la valoración por parte del traductor de las expectativas del receptor final.

Un mismo texto puede tener varios escopos definidos, y por tanto, se han de tener todos y cada uno de ellos en consideración a la hora de realizar la traducción final. Con esta teoría, se pone de manifiesto que una traslación conlleva transferencias, tanto culturales, como lingüísticas, y por tanto, existirán diferencias entre el TO y el TM, debido a que los textos tienen estructuras diferentes en las distintas lenguas-culturas. Este aspecto es especialmente relevante en la traducción jurídica, ya que los textos, a su vez, tienen efectos jurídicos que pueden entrar en contradicción, no solo en la forma, sino en el contenido, por lo que esta teoría es muy relevante para nuestro estudio.

Con esta teoría Reiss y Vermeer desvinculan las tipologías textuales provenientes de la Lingüística del texto de aquellas que se obtienen en la vertiente traductológica. En ese sentido afirman (1984/1996: 177):

Mientras la lingüística del texto centra su interés en establecer una tipología textual basada en el estudio de las particularidades y distintas modalidades o posibilidades descriptivas de los tipos de texto (...) la translología, cuyo objeto de estudio es, entre otras cosas, el análisis de las condiciones y las posibilidades de la traducción, le interesa (...) una clasificación según las categorías textuales.

No se trata, sin embargo, de establecer una clasificación inalterable conforme a la lingüística aplicada a la traducción, sino que, por el contrario, dicha clasificación se basa en textos que están sumergidos en una sociedad cambiante y que por tanto, evolucionan. De ahí que, en el sentido que habla F. Lux (1981: 273), se han de tener en cuenta los factores fundamentales³⁵:

³⁵ Para el estudio contrastivo de los textos jurídicos, como para cualquier otro tipo de texto, el mantenimiento del escopo o función textual es uno de los pilares básicos para poder realizar una traducción de cualquiera de sus tipos textuales. Esta será la línea que seguiremos en el presente trabajo.

Un tipo de texto es una clase de texto reconocida y relevante en el campo de los textos verbales y coherentes, cuya constitución, cuyo margen de variación y cuyo uso en contextos y tipos de acciones circundantes están sometidos a reglas. Una parte de la identidad de un texto la constituye su pertenencia a un tipo de texto. Desde el punto de vista formal podemos describir el tipo de texto como la combinación de rasgos distintivos (cuyo número ha de establecerse individualmente para cada tipo) propios de los criterios de clasificación que definen los tres aspectos semióticos básicos del texto (representación del mundo, función comunicativa, estructura propia).

— *Los estudios de J. House (1977³⁶, 1981³⁷ y 1997³⁸).*

J. House basa su Teoría de la Traducción en la evaluación y en el análisis de las traducciones. Así, en la introducción de *Translation quality assesment* (1977) plantea los principales aspectos teóricos en torno a la traducción, entre los que destaca la relación entre el TO y el TM, la relación entre los agentes humanos que interactúan en la traducción y los límites existentes entre una traducción y otras operaciones textuales (1997: 1):

In trying to make statements about the quality of a translation, one thus addresses the heart of any theory of translation, i.e., the crucial question of the natures of translation, or, more specifically, the nature of (1) the relationship between a source text and its translation, (2) the relationship between (features of) the text(s) and how they are perceived by human agents (author, translation, recipient(s)), and (3) the consequences views about these relationships have for determining the borders between a translation and other textual operations³⁹.

³⁶ HOUSE, J., *A Model for Translation Quality Assessment*, 1977.

³⁷ HOUSE, J., *A Model for Translation Quality Assessment*, 1981.

³⁸ HOUSE, J., *Translation Quality Assessment. A Model Revisited*, 1997.

³⁹ “En el intento de establecer afirmaciones sobre la calidad de la traducción, uno, hasta ahora, dirige el corazón de cualquier Teoría de la Traducción, es decir, hacia la pregunta crucial acerca de la naturaleza de la traducción, o más específicamente, hacia la naturaleza de (1) la relación entre el texto origen y su traducción; (2) la relación entre (las características de) el/los texto/s y como son percibidos por los agentes humanos (autor, receptor(es) de la traducción y (3) las consecuentes visiones que dichas relaciones

El primero de sus estudios en torno a esta cuestión es fruto de su investigación doctoral. Debido a que las teorías de la traducción no habían sufrido grandes cambios, la segunda edición de 1981 apenas plantea modificaciones. No obstante, su último análisis de 1997 sí contiene modificaciones, debido fundamentalmente a los cambios acontecidos en el ámbito de la Teoría de la Traducción, y la aparición de nuevas hipótesis y teorías. En esta nueva edición, House incluye dos aspectos básicos: una revisión de las nuevas teorías y los resultados obtenidos en los estudios interculturales relacionados con la traducción (1997: 1):

Two major sources of new insight have informed the revisionary process. Firstly, of course, review comments made on the original model, and new views, theories and developments inside translation theory are to be put into the balance, as are, secondly, relevant findings from outside translational studies, particularly results of cross-cultural studies, which are important for issues of divergent cultural norms, and therefore bear, indirectly at least, on questions concerning whether how far and under which circumstances such cultural diversification is to be taken into account in the process of translation and in the evaluation of the resulting product⁴⁰.

Así, en su estudio, la autora plantea un modelo de evaluación de la calidad de la traducción basado en la equivalencia funcional. Para ello, en primer lugar define el concepto de traducción (1977/81): “Translation is the replacement of a text in the source language by a semantically and

tienen con respecto a determinados límites entre la traducción y otras operaciones textuales”.

⁴⁰ “Dos fuentes principales de un nuevo entendimiento han abordado al proceso de revisión. En primer lugar, por supuesto, los comentarios de revisión sobre el modelo original, y se han de poner en la balanza nuevos puntos de vista, teorías y desarrollos dentro de la Teoría de la Traducción ya que son, en segundo lugar, conclusiones relevantes externas a los estudios de traducción, particularmente son resultado de estudios cros-culturales que tienen importancia para los temas de divergencia cultural en cuanto a las normas y por tanto, soportan, al menos de forma indirecta, cuestiones relativas a si se han de tener en cuenta en el proceso de la traducción y en el de la evaluación del producto resultante, las circunstancias de tal diversificación”.

pragmatically equivalent text in the target language”, poniendo así de manifiesto la importancia de la equivalencia funcional entre el TO y el TM.

En cuanto a la función del texto, House considera que ésta es la aplicación o el uso que tiene el texto en el contexto de una situación. Asimismo, se basa en las teorías de M. Halliday (1985)⁴¹ para introducir las dos macrofunciones de los textos, que son la función ideacional, basada en la función cognitiva referencial; y la función interpersonal, basada en las funciones no cognitivas. En los textos ideacionales, prevalece el contenido y se subdividen a su vez en textos técnicos y no técnicos; en los textos interpersonales, prevalece la relación emisor-receptor, y se subdividen en textos de ficción y de no ficción⁴². Igualmente la autora se basa en lo expuesto por D. Crystal & D. Davy (1969) para señalar las dimensiones situacionales de los textos denominadas *situational dimensions*. Aplicando estas dimensiones a la traducción, las divide en dos grupos, que están relacionados con los tipos textuales: dimensiones del usuario de la lengua y dimensiones del uso de la lengua. A continuación presentamos la clasificación que hace la autora en el par de lenguas alemán-inglés, de la que sólo tomaremos el esquema (1997: 49 ss):

⁴¹ M. A. K. HALLIDAY (1985) distingue entre dos funciones del lenguaje y las llama metafunciones de la teoría sistemática. Distingue entre la función ideacional, función interpersonal y a su vez, las subdivide: la relacionada con la experiencia que se adquiere del mundo y la relacionada con la lógica, mediante la cual se expresa un contenido a través de las relaciones fundamentales del sistema semántico. La ideacional, con sus componentes de experiencia y lógica, se corresponden con las funciones descriptiva y argumentativa de Popper y, en la interpersonal, el lenguaje actual como expresión de la actitud del emisor y su influencia en la actitud y el comportamiento del receptor. A través de esta función, el lenguaje sirve para relacionar al emisor y al receptor y para expresar sus roles sociales en la comunicación.

⁴² C. I. LÓPEZ RODRIGUEZ (2001: 22) difiere de esta división, argumentando que ambas macrofunciones podrían estar presentes en todos los tipos textuales.

Dimensions of language user:

- (1) Geographical Origin
- (2) Social Class
- (3) Time

Dimensions of language use:

- (1) Medium
- (2) Participation
- (3) Social Role Relationship
- (4) Social Attitude
- (5) Province⁴³

Por su parte, J. House explica estas categorías como sigue:

- (1) El medio puede ser sencillo, o complejo.
- (2) La participación puede ser igualmente sencilla, si es un monólogo o diálogo; o compleja si tenemos en cuenta la participación de los receptores.
- (3) La relación social se basa en el emisor-receptor y puede ser simétrica o asimétrica dependiendo del grado de autoridad; o permanente o transitoria.
- (4) La actitud social señala el grado de intimidad existente. La autora se basa en los cinco grados elaborados por M. Joos (1961)⁴⁴.
- (5) La provincia describe el campo o tema del TO con respecto a la producción del autor, es decir, incluso incluyendo la producción textual.

⁴³ (1) Medio, (2) participación, (3) Relación con los roles sociales, (4) actitud social, (5) provincia.

⁴⁴ A este respecto vid. lo expuesto por M. JOOS (1961). Los cinco grados son: muy formal, formal, consultivo, casual e íntimo.

Asimismo, la función textual se delimita con un análisis lingüístico en el que se han de tener en cuenta los aspectos sintácticos, léxicos y textuales.

En lo relativo a los aspectos textuales que han de ser considerados, House distingue tres fundamentalmente:

- (1) La estructura tema-remata⁴⁵
- (2) La relación entre frases (aditivas, adversativas, alternativas, causal, explicativa o consecutiva)
- (3) Las relaciones icónicas y el paralelismo estructural.

Así, gracias a estas dimensiones y al análisis lingüístico y situacional, obtenemos un perfil textual del TO. Este perfil textual se ha de observar con el objetivo de reconocer en el TO aspectos que podrían producir problemas en los receptores si se transmitieran directamente al TM. Entonces, habría que realizar el perfil textual del TM para compararlo con el del TO.

En su propuesta, y dependiendo del perfil textual según la función pragmática del TO y su nivel de dependencia con la cultura origen, la autora propone una tipología de la traducción consistente en dos categorías principales: traducciones encubiertas (*covert translation*) y traducciones patentes (*overt translation*) que define de la siguiente manera:

- (1) La traducción patente es aquella que está ligada de manera específica a la cultura y comunidad del TO, pero que tiene un interés general: "Sts that call for an overt translation have

⁴⁵ G. BROWN & G. YULE (1993: 159) definen el tema-remata así: "Toda oración simple tiene un tema "el punto inicial del enunciado" y un remata, todo lo demás que siga en la oración y que consta de «lo que el hablante afirma acerca de, o con respecto a, el punto inicial de la oración»".

an established worth or value in the source language community and potentially in other communities” (House, 1981: 189)⁴⁶. En este tipo de traducción se ha de respetar la función del TO debido a que no se puede desvincular de su cultura y es necesario un segundo nivel funcional para que se mantenga la función en la traducción. En este caso es posible la traducción, pero según J. House, se ha de cambiar el modelo de evaluación estableciendo una equivalencia funcional entre el TO y el TM.

(2) La traducción encubierta aparece como si fuera un TO en la cultura meta. Este tipo de traducción goza del mismo estatus en ambas culturas, origen y meta. A este respecto, afirma House (1981: 194): “is not specifically addressed to a target culture audience, i.e. not particularly tied to the source language community and culture”⁴⁷. Este tipo de traducción tiene objetivos equivalentes y se mantiene la equivalencia funcional.

Para la autora, este segundo tipo de traducción no presenta apenas problemas, mientras que el primer tipo sí los plantea (1981: 196):

While it is thus clear that such texts are not source culture-specific, it is the covert type of translation that such texts require, which presents more difficult, and more subtle, cultural translation problems than those we encountered in the case of the overt translation type, where the particular source culture specificity had to be either left intact and presented as a culturally and historically

⁴⁶ Los TO que requieren una traducción patente tienen un valor establecido en la comunidad del TO y potencialmente en otras comunidades.

⁴⁷ No está dirigida específicamente a una audiencia específica de una cultura meta, es decir, no se encuentra particularmente vinculada a una comunidad lingüística y cultura origen.

linked monument, or overtly matched in the target culture setting.”⁴⁸

No obstante, House expone que, en el caso de la traducción encubierta, para resolver este tipo de problemas culturales el traductor debe colocar un filtro cultural entre el TO y el TM que se desarrolla entre los niveles intra- y extratextuales.

A modo de resumen, podemos decir que la principal aportación de los estudios de House es el reconocimiento de las relaciones emisor-receptor y la incorporación de parámetros situacionales en el análisis de los TO y TM aunque también pone de manifiesto la diferenciación existente entre errores de traducción (o encubiertos) y errores lingüísticos (o patentes) que más adelante desarrolla Ch. Nord.

Resulta igualmente relevante la distinción entre traducción encubierta y patente aplicada a un modelo de evaluación, lo que la distingue de la diferenciación entre traducción semántica y comunicativa de P. Newmark (1988).

Por otro lado, al hablar de la función del texto y al reconocer que la traducción se puede modificar según dicha función, se abre camino a la Teoría del Escopo que hemos visto anteriormente de Reiss y Vermeer. No obstante, en la tercera edición de su obra, critica los enfoques funcionalistas porque, según afirma, restan relevancia al TO en el proceso traductor⁴⁹.

⁴⁸ “Mientras que resulta evidente que dichos textos no son fuentes específicas culturales, la traducción encubierta que requieren esos tipos de textos, presenta una mayor dificultad y mayor sutileza en los problemas culturales con respecto a aquellos que se encuentran en el caso de la traducción patente, donde la especificidad cultural de las fuentes particulares ha de dejarse intacta y mostrarla como un monumento ligado a su historia y cultura, o unirla de forma patente al escenario de la cultura meta”.

⁴⁹ En este sentido, y junto a la Teoría del Escopo, en el análisis contrastivo que efectuamos en el capítulo 4, consideraremos de vital importancia el TO, siguiendo los presupuestos de J. House, pues que lo analizaremos de forma independiente y lo compararemos con el mismo análisis realizado al TM. Asimismo, no hemos de olvidar

— *Los estudios de B. Hatim e I. Mason (1990⁵⁰, 1997⁵¹).*

Ambos autores presentan una propuesta que contemplan la traducción desde una perspectiva pragmática y semiótica en la que se pone de manifiesto la relevancia del contexto sociocultural. Para ello, parten de las deficiencias existentes en los estudios de las tipologías anteriores argumentando que éstas se basaban en criterios únicos como la función o el discurso textual, que no son concretos y que por lo tanto dan lugar a muchas tipologías diferentes. Por el contrario, se centran en una multifuncionalidad textual que para ellos suele ser la norma (1990: 138): “this multifunctionality is the rule rather than the exception”⁵². Para poder seguir esta multifuncionalidad, crean un modelo de contexto en el que aúnan los valores pragmáticos, comunicativos y semióticos del texto que entran en juego tanto en la producción como en el intercambio comunicativo. De este modo, y en contra de las teorías funcionalistas propuestas por Reiss y Nord, se cercioran de que ninguna de que las tres dimensiones prevalezca sobre las otras como ocurre con la pragmática en las teorías funcionalistas. En este sentido, Hatim y Mason consideran que estas tres dimensiones han de estar presentes en el análisis que se realiza en la comunicación.

Hatim & Mason adoptan el modelo de competencia traductora⁵³ de L. Bachman⁵⁴ (1990) para crear el suyo propio y aplicarlo a la traducción, y así establecen tres fases en el proceso traslativo:

que en los textos jurídicos prima la traducción patente debido a que éstos están ligados a la cultura y el Derecho del país de la lengua origen.

⁵⁰ Hatim, B. & I. Mason, *Discourse and the Translator*, 1990.

⁵¹ Hatim, B. & I. Mason, *The Translator as Communicator*, 1997.

⁵² Dicha multifuncionalidad se identifica más con una norma que con la excepción.

⁵³ Consideramos aquí pertinente aclarar el concepto de competencia traductora presentando las definiciones del grupo de investigación PACTE (2003: 79): “ (...) we started from the concept of translation as a communicative activity directed towards achieving aims that involves taking decisions and solving problems, and required expert knowledge, like any other activity with this characteristics. In translation studies, this

1. Procesamiento del TO o *source text processing*,
2. Transmisión o *transfer*,
3. Procesamiento del TM o *target text processing*.

A partir de esta división, proponen el siguiente modelo de competencia traductora (1997: 205):

Texto original DESTREZAS DE PROCESAMIENTO	DESTREZAS DE TRANSMISIÓN	DE Texto de llegada DESTREZAS DE PROCESAMIENTO
Reconocer intertextualidad (género/discurso/texto)	Renegociación estratégica al ajustar:	Establecer intertextualidad
Localizar situacionalidad (registro, etc.)	Efectividad	Localizar situacionalidad
Inferir intencionalidad	Eficacia	Crear intencionalidad
Organizar textura (selección léxica, organización sintáctica, cohesión) y estructura	Pertinencia	Organizar textura y estructura
Juzgar informatividad (estático/dinámico) en vista del efecto estimado sobre: lector del TO	En vista de: Especificaciones de tarea y destinatario (encargo, iniciador, etc.)	Equilibrar informatividad en vista del efecto estimado sobre: lector del TL
	Para cumplir con: Propósito retórico	

En su modelo, los autores utilizan, al tiempo que los definen, los términos de intertextualidad, situacionalidad, intencionalidad, textura-

expert knowledge is called translation competence.”; y de BELL (1991: 42): “The knowledge and ability possessed by the translator which permits him/her to create communicative acts –discourse- which are not only (and not necessarily) grammatical but (...) socially appropriate”.

⁵⁴ Para L. BACHMAN, este modelo engloba las competencias reales e investigables que debe poseer un traductor. En este sentido, la competencia traductora se dividiría en competencia de traducción y organización del discurso y en competencia de carácter situacional y/o pragmática del discurso.

estructura, informatividad, efectividad, eficacia y pertinencia y especificaciones de tarea y destinatario (1997: 12ss):

- (1) Intertextualidad, *intertextuality*, hace referencia a las condiciones necesarias para que un texto sea inteligible, incluyendo la dependencia del texto como entidad semiótica con la que el lector ya está familiarizado.
- (2) Situacionalidad, *situationality*, hace referencia al hecho de que los elementos lingüísticos del texto sean adecuados o pertenezcan a una situación comunicativa específica.
- (3) Intencionalidad, *intentionality*, hace referencia al factor que controla la adecuación lingüística en cuanto al propósito pragmático.
- (4) Textura-estructura, *texture-structure*, hace referencia a los conceptos de coherencia y cohesión textuales en cuanto al texto como conjunto y a su estructura coherente en su contexto.
- (5) Informatividad, *informativity*, hace referencia a que cuanto menos predecible es un elemento en un contexto, más información contiene.
- (6) Efectividad, eficacia, pertinencia, *effectiveness*, *efficiency*, *relevance*. Los autores resumen la tarea del traductor con estos adjetivos, ya que ha de mantener la coherencia con el equilibrio entre lo que es efectivo, lo que es eficaz y lo que

es relevante en un contexto determinado y con un propósito y destinatario específico.

- (7) Especificaciones de tarea y destinatario, *audience design task*, mediante las cuales se ha de adaptar el TM a las necesidades del destinatario.

Una vez analizada la interacción comunicativa, los autores se centran en el estudio del tipo textual que se convierte, a su vez, en el marco conceptual para poder realizar la clasificación de los textos que, para los autores, se basa en los propósitos retóricos y la intencionalidad (1990: 140):

In any particular juncture in interaction, a pragmatic focus is identified. The focus is likely to subsume a set of mutually relevant intentions and will define the type of text currently evolving. This is the basis of what we will refer to as text type – a conceptual framework which enables us to classify texts in terms of communicative intentions serving and overall rhetorical purpose⁵⁵.

Para realizar su clasificación textual, los autores se basan en la propuesta de E. Werlich (1976) que se ha expuesto con anterioridad, basando su tipología textual en el foco contextual dominante, al que denominan foco tipotextual. En el foco tipotextual confluye el foco contextual y el propósito retórico, aspectos mediante los cuales se reconoce un texto como un patrón/ejemplar/modelo de un tipo textual determinado.

Sin embargo, al tener en cuenta la multifuncionalidad de los textos, pilar básico de la teoría de Hatim & Mason, no cambia la

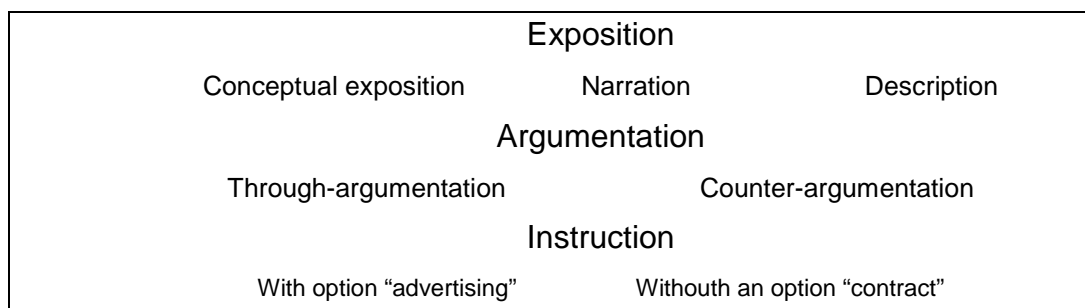
⁵⁵ “Se identifica un foco pragmático en cualquier coyuntura particular en la interacción. El foco es probable que incluya un conjunto de intenciones relevantes mutuamente y definirá el tipo de texto que englobe en la actualidad. Esta es la base de lo que referiremos como tipo textual –un marco conceptual que nos permite clasificar los textos según las intenciones comunicativas y, sobre todo, los objetivos retóricos”.

conceptualización del foco tipotextual, ya que éste es único y cada texto puede servirse únicamente de un propósito retórico en un momento determinado (1990: 146):

Although we recognize multifunctionality as an important property of texts, we submit that only one predominant rhetorical purpose can be served at one time in a given text (...) other purposes may well be present, but they are in fact subsidiary to the overall function of the text⁵⁶.

De este modo, Hatim y Mason indican la existencia/presencia de focos subsidiarios que pueden aparecer junto con el foco tipotextual dominante, caracterizando así el concepto de hibridación textual.

Asimismo, teniendo en cuenta su teoría de la multifuncionalidad y siguiendo a Werlich (1976), Hatim y Mason distinguen tres tipos textuales: el argumentativo, el expositivo y el exhortativo. A continuación se muestra la tipología textual propuesta por Hatim y mason (1990: 158):



a) Tipo textual argumentativo: este tipo textual se limita a la evaluación en las relaciones entre conceptos. Asimismo, la argumentación se puede dividir en argumentación íntegra y contra-argumentación. La primera presenta una tesis inicial que

⁵⁶ "Aunque estimamos que la multifuncionalidad es una propiedad muy importante en los textos, hemos de aclarar que únicamente puede servir a un objetivo retórico predominante en un momento concreto en un texto determinado (...) otras finalidades podrían estar presentes, pero son de hecho, subsidiarias al resto de funciones en el texto".

se argumenta hasta el final, mientras que la segunda presenta una tesis inicial de un oponente que se contraargumenta finalizando con la presentación de la tesis que defiende el emisor.

- b) Tipo textual expositivo: en este tipo textual, el foco contextual es, según los autores (1990: 199): “(...) o bien la descomposición (análisis) de unos conceptos dados, o su composición (síntesis) a partir de sus elementos constituyentes.”. En este tipo textual, existen tres variantes que coinciden con los propuestos por Werlich: la exposición conceptual, la descripción y la narración.
- c) Tipo textual exhortativo: este tipo textual se basa en la formación de conductas futuras, es decir, en cómo actuará y pensará el receptor. Tiene a su vez, dos variantes que son la exhortación con alternativa, y la sin alternativa.

No obstante, Hatim & Mason afirman que en la tipología textual anteriormente expuesta influyen también otros aspectos como los cognitivos y psicológicos, cuando afirman (1990: 160-164): “Our ability to recognize texts as instances of a type – exposition, argumentation, instruction – depends on our experience of previous instances of the same type, in other words, on our ability to recognize texts as signs”⁵⁷. Relacionándolos así con la adecuación psicológica de Werlich (1976).

⁵⁷ “Nuestra habilidad de reconocer textos como ejemplos de un tipo – exposición, argumentación, instrucción – depende de nuestra experiencia con ejemplos previos del mismo tipo, es decir, de nuestra habilidad de reconocer los textos como señales”.

—*Los estudios de Ch. Nord (1997a⁵⁸, 1997b⁵⁹).*

Christiane Nord plantea una tipología textual enmarcada dentro del funcionalismo y de la Teoría del Escopos de Reiss & Vermeer (1984). Partiendo del análisis y la descripción de las principales deficiencias existentes en dichas teorías, en su propuesta rechaza tácitamente el concepto de equivalencia existente en los trabajos anteriores (1997a: 43): “Linguistic translation theories hinge on the concept of equivalence, which has been one of the most ambiguous concepts in translation studies from the start”⁶⁰. Asimismo, y basándose en la aplicación de la teoría funcionalista a la traducción, la define como (1997b: 16-26) “an intentional, interpersonal, partly verbal intercultural interaction based on a source text”⁶¹, por lo que el texto origen se convierte en el punto de partida y objeto de estudio.

Para ello, revisa el concepto de equivalencia en las teorías existentes y señala las siguientes deficiencias (1997a: 43-45):

1. La importancia que otorga a la estructura del TO, por lo que se olvida la relación intrínseca entre los aspectos extratextuales e intratextuales de la interacción comunicativa.
2. La falta de consideración por los aspectos culturales.
3. La falta de consistencia del modelo de equivalencia.
4. La confusión que conlleva la existencia de criterios contradictorios para la selección de procedimientos de transferencia según el género o tipo textual.

⁵⁸ NORD, Ch., “A functional typology of translations”, 1997a.

⁵⁹ NORD, Ch., *Translating as a Purposeful Activity. Functionalist Approaches Explained*, 1997b.

⁶⁰ “La teoría de la translación lingüística gira en torno al concepto de equivalencia que ha sido uno de los conceptos más ambiguos de los estudios traductológicos desde el principio”.

⁶¹ “Una interacción intencional, interpersonal, parcialmente verbal e intercultural basada en un TO”.

5. La aparente “universalidad” de este modelo que, por tanto, no da cabida a diferencias en los conceptos traductológicos específicos de cada cultura.
6. El modelo excluye al TM que no satisfaga el criterio de equivalencia, por lo que no se le otorga el rango de “traducciones”, como por ejemplo las adaptaciones, las traducciones filológicas, etc.
7. El valor o valores del TO se consideran como el único baremo al que un traductor ha de subordinar su proceso de traducción, con lo que esta profesión se ve abocada a un bajo prestigio social.

Tras haber señalado las deficiencias existentes, y basándose en el escopo del texto, propone una combinación de la “funcionalidad” y la “lealtad” definiéndola como (1997a: 48)⁶²: “the responsibility that translators have toward their partners in the translational interaction”.⁶³

De este modo, expone Nord (1997a: 45-47), el proceso de traducción ha de ser necesariamente:

- (1) pragmático, debido a que se orienta al TM y las decisiones de traducción están dirigidas al receptor;
- (2) orientado hacia la cultura, ya que la traducción es un proceso entre culturas;
- (3) coherente, debido a que constituye la base metodológica y teórica sobre la que se basan las decisiones del traductor;

⁶² En este mismo sentido, A. HURTADO (2001: 535) define este concepto de la siguiente manera: “La lealtad es la responsabilidad que tiene el traductor con los otros participantes en la interacción translativa (autor del texto original, receptores del texto meta y el cliente que ha encargado la traducción) y que le comete de forma bilateral con ambas partes (teniendo en cuenta las diferencias en cuanto a la concepción de la traducción que predomina en cada cultura”.

⁶³ “La responsabilidad que los traductores tienen con respecto a sus compañeros en la interacción translativa”.

- (4) exhaustivo, ya que no se refiere a un único tipo textual, sino que se refiere a todos los tipos textuales;
- (5) *antiuniversalita*, debido a que da cabida a todo tipo de diferencias culturales;
- (6) práctico, porque engloba todos los procesos de traducción, y
- (7) experto, ya que es el traductor quien está capacitado para realizar las traducciones y por lo que hay que darle la relevancia y el lugar que ocupa.

Con ello, la autora señala la importancia de la relación existente entre el traductor con el autor del TO, el receptor del TM y el cliente que hace el encargo de traducción. De este modo, Nord resuelve las deficiencias existentes en las teorías funcionalistas previas combinando la funcionalidad con el concepto de lealtad; es decir, el compromiso del escopo y la lealtad hacia todos los participantes en el proceso de traducción.

A partir de su teoría, la autora crea una tipología basándose en las funciones del lenguaje de K. Bühler (1934) y R. Jakobson (1960). De Bühler toma la función referencial, expresiva y apelativa y de Jakobson, la fática. Asimismo, señala una serie de subfunciones que describe en una lista abierta (2010: 244 ss.):

- (1) Función referencial: La función referencial se refiere al objeto de la comunicación. Ya sabemos que cada emisor trata de no decir demasiadas cosas que puede presuponer como conocidas por los destinatarios sino de “ser relevante”, como dice una de las máximas conversacionales de Grice. En la textualización, esto se nota en la distribución de las informaciones en temáticas (= conocidas) y remáticas (= nuevas). Así, la comunicación referencial se basa, en parte, en conocimientos compartidos entre emisor y receptor. Si el

emisor da demasiadas informaciones desconocidas, el receptor no podrá enlazarlas con lo que ya conoce sobre el tema, así que no entenderá el texto; y si el emisor dice solamente cosas conocidas, el texto carecerá de interés, y el receptor dejará de escuchar o leer. Por lo tanto, cada autor o redactor de texto procurará establecer un balance adecuado sobre los (supuestos) conocimientos de su público destinatario. Esto significa que en la traducción, donde el público destinatario de la cultura meta tiene a veces unos conocimientos cuantitativa o cualitativamente distintos de los del público destinatario del texto base, hay que ajustar o cambiar a veces este balance entre lo conocido y lo nuevo. Algunas subfunciones de la referencial serían la descriptiva, la metalingüística, la instructiva o la declarativa describe los objetos y fenómenos en el mundo. Subfunciones: informativa, metalingüística, instructiva y educativa.

- (2) Función expresiva: La función expresiva se refiere al emisor, que puede expresar su actitud frente a las cosas y los fenómenos del mundo, evaluándolos, o sus emociones, sentimientos positivos o negativos, etc. Algunas subfunciones de la expresiva podrían ser la emotiva (expresión de emociones) o la evaluadora; también la ironía.
- (3) Función apelativa: La función apelativa se refiere al receptor o destinatario. Y es precisamente el destinatario el que cambia en toda interacción traslativa. Aunque el público al que se dirige el texto meta tenga la misma edad que los destinatarios del texto base, la misma educación académica, el mismo estatus social, la misma competencia profesional, etc., de todos modos tendrá otra socialización cultural, otro

bagaje cultural, otra perspectiva del mundo. Por lo tanto, la función apelativa, que se basa en la sensibilidad, la experiencia, el bagaje general y cultural, las emociones, los valores, etc., compartidos entre emisor y receptor, causa más problemas de traducción que las otras tres funciones. Algunas subfunciones de la apelativa son la función persuasiva, de petición, de aviso o la alusiva. Precisamente en las alusiones, la intertextualidad, se ve muy bien en qué se basa esta función. Si el receptor no conoce el texto aludido, no entenderá lo que quiere decir el autor.

- (4) Función fática: La función fática es responsable de cómo se desarrolla la comunicación entre el emisor y el receptor. Las cuatro subfunciones son: apertura del contacto, mantenimiento del contacto, cierre del contacto, y desarrollo de la relación. El contacto se abre mediante un saludo (hola, buenos días, qué tal) o mediante marcadores conversacionales (oiga, dígame). Para mantener el canal abierto, usamos partículas como ¿sabes?, ¿verdad? o llenamos las pausas con hm, eh. La metacomunicación, es decir el comentario de lo dicho o de las (supuestas) expectativas del receptor, es también un método para reforzar el contacto emisorreceptor. Para terminar el contacto sirven las recapitulaciones (en resumidas cuentas, a fin de cuentas) o las fórmulas de despedirse (hasta luego, gracias por su atención, atentamente, cordiales saludos).

Esta tipología se basa en el escopo y se define según el TO. Por ello, Nord determina dos tipos de traducciones (2005:80)⁶⁴:

⁶⁴ Esta distinción entre traducción documental e instrumental parece asemejarse a la diferenciación que hace J. HOUSE entre *overt translation* y *covert translation* (1981a:

If a translation is an offer of information about the (offer of information of the) source text, there can be two fundamental kinds of relationship between source and target text. Here again we find the two translation theories which have split translation scholars into two camps since the days of Cicero: the supporters of liberty and the adherents to fidelity. The target text can be (a) a document of a past communicative action in which an SC sender made an offer of information to an SC receiver by means of the source text, and (b) an instrument in a new TC communicative action, in which a TC receiver receives an offer of information for which the ST provides the material. Accordingly, I distinguish between two translation “types”: documentary and instrumental translation.⁶⁵

Con respecto a lo expuesto anteriormente, cabe señalar lo siguiente.

- a) En la traducción documental, el TM hace referencia al TO, es el resultado de una traducción que presenta una información de la cultura original en la cultura meta y es, por tanto, un metatexto que se recibe como una traducción. La autora señala como traducción documental, por ejemplo, la traducción “palabra por palabra”, la traducción literaria o la traducción filológica, ya que sirven de elemento de comunicación entre el autor y el receptor del TM. Este tipo

188ss). Sin embargo, House sugiere que la función del TM depende del tipo del TO. Para Ch. Nord, no obstante, la función del TM viene determinada por su escopo, siempre y cuando mantenga el principio de lealtad. La autora incide además en que la función del TM, en la traducción instrumental no ha de ser idéntica a la del TO, sino que ha de ser compatible. J. House utiliza el término “equivalente”.

⁶⁵ “Si una traducción es una oferta informativa sobre (oferta informativa sobre) el texto origen, pueden existir dos tipos fundamentales de relaciones entre el texto origen y el texto meta. Aquí, de nuevo, encontramos dos teorías de traducción que han dirigido a los estudiantes hacia dos campos existentes desde los tiempos de Cicerón: los que apoyan la libertad y los que se basan en la fidelidad. El texto meta puede ser (a) un documento de una acción comunicativa pasada en la que en la cultura origen, el emisor del texto origen realizó una oferta informativa al receptor del texto origen en base a un texto meta; y (b) un instrumento en la nueva cultura meta con una nueva intención comunicativa en la que el receptor de la cultura meta, recibe una oferta informativa de la que el texto origen provee el material. En consecuencia, distinguiré entre dos tipos de traducción: traducción documental y traducción instrumental”.

de traducción se puede centrar en ciertas partes o elementos del texto, dejando otras de fondo.

- b) Por el contrario, en la traducción instrumental el objetivo principal es producir en la lengua meta un texto original en el que el TO se utiliza como modelo, adaptando las normas y convenciones del tipo y género textual, registro y cultura, etc. a la lengua meta. El propio texto es un instrumento comunicativo en sí que transmite un mensaje desde el autor del TO al receptor del TM. Asimismo, ha de cumplir su función comunicativa sin que el receptor se dé cuenta de que es un texto traducido.

En este sentido, podemos afirmar que el modelo de Nord se centra en la producción de un texto funcional en la cultura meta mediante un proceso de traducción en el que se ha de comenzar por el análisis de la situación de recepción, seguido del análisis del escopo, que se esclarece en el encargo de traducción o *translation brief*⁶⁶. Al mismo tiempo, el objetivo del TM ha de ser compatible con la intención del autor del TO, lo que contradice la Teoría del Escopos de Reiss y Vermeer quienes ponen el énfasis en la función del TM en la cultura término⁶⁷.

⁶⁶ Las implicaciones del encargo de traducción resultan de gran relevancia, ya que a través de él es posible reconocer la tipología de los textos, e, incluso, la intención del emisor, el receptor, el tiempo y lugar de la recepción, el medio de transmisión, el motivo, etc. No obstante, la misma autora aclara que no siempre los profesionales reciben dicho encargo de traducción, por lo que el mismo traductor, a veces, ha de intuirlo (1997a: 56): “the TT function “skopos” is defined by the translation assignment give by the initiator or deduced by the (profesional) translator”.

⁶⁷ En este sentido, O. DÍAS FOUQUES afirma (2001: 24): “Parece más prudente la caracterización propuesta por Nord (1991: 93), para quien el escopo de un proceso de traducción está fijado por el traductor, de acuerdo con las “instrucciones de traducción” proporcionadas por el iniciador. Este es quien, por su parte, pone en marcha el proceso de comunicación intercultural, al necesitar un instrumento comunicativo concreto (el texto de llegada)”. El modelo de Nord, por tanto, refiriéndose al análisis del TO destaca la importancia que tiene para el análisis textual la función comunicativa del texto. Este

1.3. Tipologías textuales en la traducción jurídica

En lo relativo a las tipologías textuales jurídico-administrativas, cabe señalar la clasificación⁶⁸ realizada por P. Carbonero en 1995⁶⁹, clasificación que estimamos más completa y adecuada para la elaboración de este trabajo:

1. Textos legislativos:
 - a. Ley
 - b. Real Decreto
 - c. Orden
 - d. Resolución

2. Textos Jurisdiccionales:
 - a. Sentencia
3. Textos Doctrinales
 - a. Manuales de derecho,
 - b. Revistas especializadas
4. Textos Administrativos:
 - a. Carta comercial
 - b. Escritos a la administración. Oficio
 - c. Instancia
 - d. Currículo Vital

Las principales características de estos textos son las siguientes (Carbonero, 1995: 143-159):

modelo nos parece interesante porque consideramos que es aplicable a cualquier tipo de texto, y por consiguiente, aplicable a nuestra investigación, es decir, al texto jurídico.

⁶⁸ La tipología presentada no es la única existente, también existen otros autores que hacen diferentes clasificaciones de los tipos textuales, pero utilizaremos ésta por su mayor especificidad y mejor adecuación al contenido de este estudio.

⁶⁹ CARBONERO CANO, Pedro (coord.), *Lengua española*. 3ª Ed. Sevilla: Alfar, 1995.

—*Textos legislativos.*

Consideramos textos legislativos todos aquellos que aparecen en los Boletines Oficiales del Estado, de las Comunidades Autónomas, Provinciales, etc. y normalmente presentan la siguiente estructura:

- a) Sumario: nombre, número, fecha de la disposición, resumen del contenido.
- b) Introducción: se exponen los motivos que hacen necesario que se dicte la disposición y los fundamentos legales que le sirven de apoyo. Esta parte puede faltar.
- c) Núcleo: presenta el contenido de la disposición propiamente dicha. Cuando esta parte lo requiere, se desarrolla en artículos, y si es extensa, se organiza en títulos, capítulos, artículos y puntos.
- d) Pie: la fecha, el nombre y el cargo de quien dicta la disposición.

Entre los textos legislativos, cabe señalar los siguientes:

1. Ley: La ley la aprueban las Cortes y ha de ser sancionada y firmada por el Rey y suscrita por el Presidente del Gobierno. En el caso de que sean leyes autonómicas, han de ser aprobadas por el Parlamento o las Cortes y las ha de firmar el Presidente Autonómico. Sirva como ejemplo el siguiente texto⁷⁰:

⁷⁰ Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2003/12/17/pdfs/A44742-44763.pdf>. [Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2011].

JEFATURA DEL ESTADO

LEY 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.

JUAN CARLOS I
REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente ley.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I

La organización política y territorial y el esquema de distribución de competencias en materia de sanidad y asistencia sanitaria que establecen la Constitución y los Estatutos de Autonomía, provocan el nacimiento, en el año 1986 y mediante la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, del Sistema Nacional de Salud, concebido como el conjunto de los servicios de salud con un funcionamiento armónico y coordinado.

La Ley General de Sanidad establece que en los servicios de salud se integrarán los diferentes servicios sanitarios públicos del respectivo ámbito territorial. Tal integración se realiza con las peculiaridades organizativas y funcionales de los correspondientes centros, entre ellas el régimen jurídico de su personal, lo que motiva que en los servicios de salud y en sus centros sanitarios se encuentre prestando servicios personal con vinculación funcionarial, laboral y estatutaria.

Si bien el personal funcionario y laboral ha visto sus respectivos regímenes jurídicos actualizados tras la promulgación de la Constitución Española, no ha sucedido así respecto al personal estatutario que, sin perjuicio de determinadas modificaciones normativas puntuales, tiene en gran parte regulado por estatutos preconstitucionales. Resulta, pues, necesario actualizar y adaptar el régimen jurídico de este personal, tanto en lo que se refiere al modelo del Estado Autonomo como en lo relativo al concepto y alcance actual de la asistencia sanitaria.

Tal es el objetivo que afronta esta ley, a través del establecimiento de las normas básicas relativas a este personal y mediante la aprobación de su estatuto-marco, todo ello conforme a las previsiones del artículo 149.1.18. a de la Constitución Española.

II

Los profesionales sanitarios y demás colectivos de personal que prestan sus servicios en los centros e instituciones sanitarias de la Seguridad Social han tenido históricamente en España una regulación específica. Esa regulación propia se ha identificado con la expresión «personal estatutario» que deriva directamente de la denominación de los tres estatutos de personal —el estatuto de personal médico, el estatuto de personal sanitario no facultativo y el estatuto de personal no sanitario— de tales centros e instituciones.

La necesidad de mantener una regulación especial para el personal de los servicios sanitarios ha sido apreciada, y reiteradamente declarada, por las normas reguladoras del personal de los servicios públicos. Así, la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, mantuvo vigente en su totalidad el régimen estatutario de este personal, determinando, en su disposición transitoria cuarta, que sería objeto de una legislación especial.

Asimismo, la Ley General de Sanidad, en su artículo 84, estableció que un estatuto marco regularía la normativa básica aplicable al personal estatutario en todos los servicios de salud, normas básicas específicas y diferenciadas de las generales de los funcionarios públicos. La conveniencia de una normativa propia para este personal deriva de la necesidad de que su régimen jurídico se adapte a las específicas características del ejercicio de las profesiones sanitarias y del servicio sanitario-asistencial, así como a las peculiaridades organizativas del Sistema Nacional de Salud.

Este último aspecto, la adecuación del estatuto marco a los peculiares principios organizativos del Sistema Nacional de Salud merece ser resaltado por cuanto constituye una de las piezas angulares de la nueva regulación del personal. (...)

CAPÍTULO I

Normas generales

Artículo 1. Objeto.

Esta ley tiene por objeto establecer las bases reguladoras de la relación funcional especial del personal estatutario de los servicios de salud que conforman el Sistema Nacional de Salud, a través del Estatuto Marco de dicho personal.

Artículo 2. Ámbito de aplicación.

1. Esta ley es aplicable al personal estatutario que desempeña su función en los centros e instituciones sanitarias de los servicios de salud de las comunidades autónomas o en los centros y servicios sanitarios de la Administración General del Estado.

2. En lo no previsto en esta ley, en las normas a que se refiere el artículo siguiente, o en los pactos o acuerdos regulados en el capítulo XIV, serán aplicables al personal estatutario las disposiciones y principios generales sobre función pública de la Administración correspondiente.

3. Lo previsto en esta ley será de aplicación al personal sanitario funcionario y al personal sanitario laboral que preste servicios en los centros del Sistema Nacional de Salud gestionados directamente por entidades creadas por las distintas comunidades autónomas para acoger los medios y recursos humanos y materiales procedentes de los procesos de transferencias del Insalud, en todo aquello que no se oponga a su normativa específica de aplicación y si así lo prevén las disposiciones aplicables al personal funcionario o los convenios colectivos aplicables al personal laboral de cada comunidad autónoma.

Artículo 3. Normas sobre personal estatutario. (...)

Disposición final segunda. Informes sobre financiación.

El órgano colegiado interministerial previsto en la disposición final segunda de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, informará preceptivamente aquellos asuntos derivados de la aplicación de esta ley. Sin perjuicio de la responsabilidad financiera de las comunidades autónomas conforme a lo establecido en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, y de acuerdo con el principio de lealtad institucional en los términos del artículo 2.1.e) de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, el informe elaborado será presentado por dicho órgano colegiado al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. Por su parte, el Ministerio de Hacienda trasladará este informe al Consejo de Política Fiscal y Financiera, para proceder a su análisis, en el contexto de dicho principio de lealtad institucional y, en su caso, proponer las medidas necesarias para garantizar el equilibrio financiero.

Disposición final tercera. Entrada en vigor.

La presente ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Por tanto, Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta ley.

Madrid, 16 de diciembre de 2003.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno,
JOSÉ MARÍA AZNAR LÓPEZ

2. Real Decreto: el Real Decreto lo firma el Rey a propuesta del Presidente del Gobierno o de algún Ministro, previa deliberación del Consejo de Ministros. En el caso de las Comunidades Autónomas, lo ha de firmar el Presidente de la Comunidad en cuestión a propuesta de algún Consejero previa deliberación en el Consejo de Gobierno⁷¹:

REAL DECRETO 1396/1991, de 28 de septiembre, por el que se dispone que don Luis Jordana de Pozas Fuentes cese como Embajador de España en la República de Finlandia por pase a otro destino, agradeciéndoles los servicios prestados.

A propuesta del Ministro de Asuntos Exteriores y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 27 de septiembre de 1991.

Vengo en disponer que don Luis Jordana de Pozas Fuentes cese como Embajador de España en la República de Finlandia, por pase a otro destino.

Dado en Madrid, a 28 de septiembre de 1991

JUAN CARLOS R.

El Ministro de Asuntos Exteriores
FRANCISCO FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ

3. Orden.- Procede de un Ministerio o de una Consejería en el caso de las Comunidades Autónomas, y ha de ser firmado por el Ministro o Consejero correspondiente⁷²:

MINISTERIO DE EDUCACION y CIENCIA

ORDEN de 29 de junio de 1994 por la que se aprueban las instrucciones que regulan la organización y funcionamiento de los institutos de Educación Secundaria.

El Real Decreto 929/1993, de 18 de junio, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de los Institutos de Educación Secundaria, regula en sus rasgos fundamentales la organización y funcionamiento de los Institutos de Educación Secundaria y autoriza, en su disposición final primera, al Ministro de Educación y Ciencia para desarrollar lo dispuesto en el mismo.

En este sentido, las instrucciones que mediante la presente Orden se aprueban vienen a concretar y desarrollar la regulación de la organización y funcionamiento de los centros establecida por dicho Reglamento Orgánico. Se detallan, en primer lugar, los procedimientos y plazos en los que deben efectuar sus tareas los órganos de coordinación docente. A continuación se fija, en el capítulo

⁷¹ Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/1991/10/01/>. [Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2011].

⁷² Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/1994/07/05/pdfs/A21482-21492.pdf>. [Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2011].

dedicado al régimen de funcionamiento, el calendario de actuaciones para la elaboración, desarrollo y evaluación del Proyecto educativo, de los Proyectos curriculares y la Programación general anual. Se abordan, seguidamente, las circunstancias y límites a los que debe atenerse el horario general del instituto y los criterios que deben presidir la elaboración del horario de alumnos, Profesores y personal de Administración y Servicios. Por último, se regulan determinados aspectos de la organización y el funcionamiento de los Institutos con residencia.

Estas Instrucciones tienen, como las aprobadas por la Orden de 9 de junio de 1989, relativas a los Institutos de Bachillerato y Formación Profesional un carácter de permanencia y proporcionan un marco estable de referencia para la organización y el funcionamiento de los nuevos Institutos de Educación Secundaria.

En su virtud, este Ministerio ha dispuesto:

Primero. -Se aprueban las Instrucciones que regulan la organización y funcionamiento de los Institutos de Educación Secundaria.

Segundo. -La presente Orden sustituye, para los Institutos que imparten la educación secundaria, a la de 9 de junio de 1989, por la que se aprueban las Instrucciones que regulan la organización y el funcionamiento de los centros docentes de Bachillerato y Formación Profesional, sostenidos con fondos públicos y dependientes del Ministerio de Educación y Ciencia.

También será de aplicación la presente Orden a los Institutos de Bachillerato e Institutos de Formación Profesional salvo en aquellos aspectos que se refieran a los órganos de coordinación didáctica de los que puedan carecer los citados centros, o en cuestiones directamente vinculadas a la implantación de las nuevas enseñanzas previstas en la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, en tanto no las impartan. En lo no previsto para ellos en la presente Orden, les seguirá siendo de aplicación lo establecido en la Orden de 9 de junio de 1989.

Tercero. -Se autoriza a las Direcciones Generales de Centros Escolares, de Coordinación y de la Alta Inspección, de Formación Profesional Reglada y Promoción Educativa, de Renovación Pedagógica y de Personal y Servicios para aclarar y adecuar las Instrucciones que por esta Orden se aprueban, en el ámbito de sus respectivas competencias.

Cuarto. -Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a la presente Orden.

Quinto. -La presente Orden entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, 29 de junio de 1994.

SUAREZ PERTIERRA

Excmo. Sr. Secretario de Estado de Educación.

4. Resolución. Se origina en alguno de los departamentos, secretarías, direcciones generales o cualquier otra institución perteneciente a un Ministerio o Consejería. Ha de ser firmada por

un Director General, Alcalde, Delegado Provincial, Rector de Universidad, etc. correspondiente⁷³:

II. AUTORIDADES Y PERSONAL

B. Oposiciones y concursos

MINISTERIO DE POLÍTICA TERRITORIAL Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Resolución de 5 de julio de 2011, de la Dirección General de la Función Pública, por la que se convoca proceso selectivo para ingreso como personal laboral fijo, con la categoría de Oficial de Gestión y Servicios Comunes, Oficial de Actividades Técnicas y Profesionales, Oficial de Actividades Específicas,

Ayudante de Gestión y Servicios Comunes y Ayudante de Actividades Técnicas y Profesionales en el Ministerio de Trabajo e Inmigración y sus organismos autónomos, sujeto al III Convenio Único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

La presente convocatoria tendrá en cuenta el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres por lo que se refiere al acceso al empleo, de acuerdo con el artículo 14 de la Constitución Española, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo y el Acuerdo de Consejo de Ministros de 28 de enero de 2011, por el que se aprueba el I Plan de Igualdad entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado y en sus Organismos Públicos.

Esta Dirección General, en uso de las competencias que le están atribuidas en el artículo 30 del III Convenio Único para el personal laboral de la Administración General del Estado, ha resuelto:

Primero.

Convocar proceso selectivo para ingreso como personal laboral fijo de la Administración General del Estado, con la categoría de Oficial de Gestión y Servicios Comunes, Oficial de Actividades Técnicas y Profesionales, Oficial de Actividades Específicas, Ayudante de Gestión y Servicios Comunes y Ayudante de Actividades Técnicas y Profesionales.

Segundo.

Las plazas convocadas figuran relacionadas en el anexo a la presente Resolución.

Tercero.

Quienes deseen participar en estas pruebas selectivas deberán hacerlo constar en el modelo de solicitud 790 que será facilitado gratuitamente en Internet en la página web www.060.es.

La presentación de solicitudes se realizara en el plazo de veinte días naturales contados a partir del día siguiente al de la fecha de publicación de esta convocatoria en el Boletín Oficial del Estado.

Cuarto.

Las bases de la convocatoria se harán públicas, al menos, en la página web del Ministerio de Trabajo e Inmigración www.mtin.es, en la página web www.mpt.gob.es y en el Centro de Información Administrativa del Ministerio de Política Territorial y Administración Pública.

⁷³ Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2011/07/12/> [Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2012].

Quinto.

A los únicos efectos de computar los plazos establecidos en esta convocatoria no se tendrá en consideración el mes de agosto.

Madrid, 5 de julio de 2011.–
La Directora General de la Función Pública,
Cristina Pérez-Prat Dúrban.

—*Textos jurisdiccionales.*

Son textos que provienen de la Administración de Justicia. Entre la enorme variedad de textos jurisdiccionales, cabe destacar la sentencia, el auto, o la providencia. Para ver su estructura tomaremos como ejemplo la sentencia, objeto de estudio del presente trabajo, y que detallaremos con mayor profundidad en apartados posteriores⁷⁴:

Sentencia del Juzgado de lo Penal Madrid, Madrid, núm. 197/2005 (Núm. 3), de 31 mayo

Texto:

En Madrid, a 31 de mayo de 2005

La Ilma. Sra. Dña. Inmaculada Casares Bidasoro, Magistrado del juzgado de lo Penal nº 3 de Madrid y su partido judicial, HA VISTO Y OÍDO en juicio oral y público el juicio oral número 158/2002, procedente del Juzgado de Instrucción núm. 23 de Madrid, seguido por un delito D EFRAUDACION DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, contra, Pilar, con DNI número..., nacida en Bilbao, el día 7 de mayo de 1961, hija de Angel y de Pilar, y con domicilio en Madrid, calle... nº..., habiendo sido partes el ministerio Fiscal, representado por Dña. Maria Jesus Raimundo; la entidad Weblisten, SA, como responsable civil directo, representada por el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado y defendida por el Letrado D. Carlos Garmendia Sanz; la entidad Agedi, como acusación particular, representada por la Procuradora Dña. Ma Dolores Maroto Gomez y defendida por el Letrado D. Luis Jordana de Pozas Gonzalbez; y dicha acusada, representada por el Procurador D. Pedro Moreno Rodriguez y defendida en el acto del juicio por el Letrado D. Javier Maria Sanchez-Junco Nanas en sustitución de D. Antonio Sicilia Pimentel.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO Con fecha 31 de mayo de 2005 ha tenido lugar la vista oral y pública del juicio seguido por supuesto delito de defraudación de la propiedad intelectual, contra Pilar.

SEGUNDO La acusación particular y el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas efectuadas en el acto del juicio oral, calificaron los hechos como constitutivos de un delito de defraudación de la propiedad intelectual previsto y penado en el art. 270.1 del CP en la redacción anterior a la LO 15/2003 de 25 de noviembre, considerando penalmente responsable en concepto de autora a la acusada (art. 28 del CP), sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la

⁷⁴ Disponible en: documentostics.com/component/option,com_docman/.../gid,253/ [Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2012].

responsabilidad criminal, solicitando se le imponga la pena de seis meses de multa con una cuota diaria de 5,5 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria (art. 53 del CP). A efectos de responsabilidad civil, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 272 del CP y 138 y 139 del Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, procede acordar la clausura de la página Web www.weblisten.com, www.weblisten.es y www.weblisten.net así como prohibir a la acusada dedicarse a la actividad profesional de comercialización de música por Internet.

TERCERO Antes de iniciarse la práctica de la prueba, la acusada mostró su conformidad con el escrito de acusación de la acusación particular y del Ministerio Fiscal y con la pena interesada, ratificando dicha conformidad la defensa de la acusada.

CUARTO Se anticipó verbalmente el fallo condenatorio conforme al escrito de acusación de la acusación particular y del Ministerio Fiscal y, preguntadas a las partes, expresaron su decisión de no recurrir, por lo que se declaró firme la sentencia en, el mismo acto.

HECHOS PROBADOS Probado y así se declara que a finales de 1997 se creó por la acusada Pilar, mayor de edad y cuyos antecedentes penales no constan, y por otra persona contra la que no se dirige esta acusación, una entidad dedicada a la comercialización de música por Internet, denominada Weblisten. En esas fechas, Weblisten abrió una página Web en Internet en la que se ofertaba la venta de todo tipo de música a los usuarios de la red. Con tan sólo teclear la dirección www.wablisten.com -antiguamente www.weblisten.es- se accedía y se accede a la página Web, compuesta a su vez de varias «páginas» o apartados. La presentación inicial de la Web -que se ha ido variando a lo largo de estos dos años como consecuencia de la ampliación del negocio y del catálogo ofertados, consistía en una primera página en la que había un menú de entrada estructurado en las siguientes alternativas: información general, catálogo, sugerencias y prueba gratuita-. La mecánica que el usuario de la red debía seguir para comprar la música ofrecida era muy sencilla. Un simple click con el ratón del ordenador sobre cualquiera de estos apartados informaba a los usuarios de los pasos a seguir «Entrando» en la página de información general, Weblisten informaba del servicio prestado, el coste de su uso, los distintos sistemas de pago y la posibilidad de hacer una prueba gratuita. Así, Weblisten ofrecía la posibilidad de adquirir unos bonos que permitían descargar (es decir, incorporar al disco duro del ordenador del usuario de Internet) las canciones que se ofrecían. Los bonos, en el comienzo de esta actividad de Weblisten permitían adquirir canciones por los siguientes precios: bono de 500 ptas. para 12 canciones, bono de 1.000 ptas. para 30 canciones, bono de 2.500 ptas. para 100 canciones o bono de 5.000 ptas. para 225 canciones. Como es de ver, los precios que se ofertaban son sensiblemente inferiores a los del mercado, teniendo en cuenta que un compact disc adquirido en una tienda viene a costar una media de 3.000 ptas. y tiene unas 10 canciones de promedio. La posibilidad de vender discos a tan bajo precio, es consecuencia, como luego explicaremos más detalladamente, de la actividad ilegal que Weblisten desplegaba y continúa desplegando hasta la fecha.

Pues bien, Weblisten en aquel entonces contaba con un catálogo de 131 compact disc con indicación de sus respectivos títulos e intérpretes, es decir, una oferta de 1.310 canciones que podían ser seleccionadas situándose encima de la palabra «catálogo» que permitía seleccionar las canciones por los siguientes conceptos: canción, intérprete y álbum. La forma de selección ya permitía en un primer momento seleccionar canciones sueltas, de manera que además del precio tan sumamente barato, el usuario podía formarse su propio compact disc compuesto de canciones de distintos artistas, sin necesidad de verse obligado a comprar un disco entero del mismo cantante. Weblisten indicaba en un primer momento dos medios de pago, pago mediante tarjeta de crédito o mediante transferencia bancaria a la cuenta de la acusada Pilar.

Sucesivamente, durante el tiempo que ha durado la instrucción de este procedimiento, la acusada ha ampliado el negocio y el catálogo de canciones ofertado. En febrero del año 1999, es decir, meses después de comenzar su actividad, se ofrecían ya -según datos suministrados por la acusada a través de su propia página Web- hasta 6.200 canciones, sus carátulas y sus letras. En abril de 1999 según los datos que los denunciados facilitaron a una revista especializada ya que a partir de un determinado momento dejaron de publicar estos datos en la página Web disponían de un catálogo que se acercaba a los 20.000 temas, cifra que en la actualidad se ha elevado a 75.000, según los datos que ofrece la propia página Web, todas ellas, además, las de mayor éxito y por tanto las más demandadas por el mercado.

La presentación de la página Web ha ido variando de aspecto a lo largo de estos años de negocio y en la actualidad, con un diseño infinitamente más sofisticado que en un primer momento ofrece los siguientes apartados:

- MP3 wma

- Canales musicales

- Tienda de CD's

- Nuevos artistas

- MP3 players

- Servicios

A su vez, dentro del apartado MP3, que es el que nos interesa,

- Compra tus bonos

- Bonomúsica

- Bonohit

- Catálogo Bonohit

- Bonoweekend -Guía rápida

- Tus últimas descargas

- Prueba gratuita

- Nuevas incorporaciones

- Top 40 -Tus anuncios de TV

- Búsquedas por estilos

- Aplicaciones on-line

Como se puede ver, al sistema inicial de venta de música por Internet han sumado el de venta de CID en el sentido tradicional, es decir, como si se tratara de una venta por catálogo en la que se pide el disco y éste se remite físicamente por correo. En cuanto al sistema de comercialización que aquí interesa, el de venta de música por internet en formato MP3 (es decir, en fichero informático enviado a través de internet), para la selección de música entre tantos miles de canciones, se facilita al comprador un buscador que permite encontrar la/s canción/es deseadas por autor, canción, estilos... Los precios que se cobran en la actualidad por la compra de canciones son de:

- 2 canciones 250 ptas.

- 10 canciones 1.200 ptas.

- 25 canciones 2.815 ptas.

Los precios ofertados, como es notorio, son claramente inferiores a los de mercado. compact disc tradicional cuesta unas 1.000 ptas. precio medio y tiene del orden de 10 6 12 canciones. Por aproximadamente 1.000 ptas. menos es posible comprar en Weblisten 25 canciones, es decir, el equivalente a dos compact disc.

Recientemente Weblisten ha ampliado su oferta musical con la creación de una especie de «tarifa plana» mensual de venta de música a través de su página web. De esta forma, la acusada

ofrece a cambio del pago de 4.900 ptas. (o 3.900 para clientes) todo su catálogo (75.000) de canciones contenidas en CD's producidos por Agedi y que, previamente, reproducen de manera ilegal. Es decir, por el precio de 3.900 ptas. es posible adquirir las 75.000 canciones que componen la base de datos de Weblisten, por lo que cada una de ellas puede adquirirse a un precio de 0,052 ptas.

Últimamente la acusada ha ampliado su oferta de bonos y ofrece, por 895 ptas. un bono que permite la descarga de música ilícitamente reproducida durante todo un fin de semana (desde las 00:00 horas del viernes hasta las 09:00 horas del lunes siguiente).

Pues bien, para efectuar esta venta de música por Internet, desde el año 1997 hasta la fecha, la acusada ha elaborado miles de copias de discos mediante su reproducción, sin contar con autorización de los productores de fonogramas. Así partiendo de un compact disc tradicional la música ha sido copiada en un soporte distinto del original y apto para viajar por Internet, denominado archivo o fichero informático de sonido. La acusada ha creado miles de archivos de sonido, fruto de la copia mencionada, tantos como canciones ofrecen en el catálogo de su tienda virtual (es decir, en la actualidad 75.000). En concreto la música se ha copiado en un formato denominado MP3, formato de música comprimida que permite conseguir una gran calidad musical ocupando una cantidad de espacio reducido y sobre todo, lo que es más importante, es apto para viajar por Internet y para enviar música a los usuarios de la red y que permite a éstos copiarlas en sus propios ordenadores.

No es posible cuantificar el importe del perjuicio causado por la actividad de Weblisten que ha quedado descrita.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO Al haber solicitado la acusación y la defensa, con la conformidad del acusado presente, que se dicte sentencia de conformidad, y no siendo la pena solicitada superior a 6 años, es procedente a tenor de lo establecido en el artículo 793.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16) , estimar que los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de defraudación de la propiedad intelectual previsto y penado en el art. 270.1 del CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) en la redacción anterior a la LO 15/2003 de 25 de noviembre (RCL 2003, 2744 y RCL 2004, 695, 903)

SEGUNDO De dicho delito es responsable en concepto de autora la acusada (art. 28 del CP [RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777]).

TERCERO No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

CUARTO De conformidad con lo pactado procede imponer la pena de seis meses de multa a razón de 5, 5 euros de cuota diaria con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) en caso de impago.

QUINTO De acuerdo con lo dispuesto en el art. 272 del CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) y 138 y 139 del Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril (RCL 1996, 1382) que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, procede acordar la clausura de las páginas Web www.weblisten.com, www.weblisten.es y www.weblisten.net así como prohibir a la acusada dedicarse a la actividad profesional descrita en el relato de hechos probados.

SEXTO En virtud del art. 123 del CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) la acusada abonará las costas del juicio, excluidas las de la acusación particular.

VISTOS.-los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

QUE DEBO CONDENAR Y CONDENO a Pilar, como autora penalmente responsable de un delito de defraudación de la propiedad intelectual previsto y penado en el art. 270.1 del CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) en la redacción anterior a la LO 15/2003 de 25 de noviembre (RCL 2003, 2744 y RCL 2004, 695, 903) , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de SEIS MESES DE MULTA a razón de 5,5 EUROS DE CUOTA DIARIA con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del CP en caso de impago, así como la CLAUSURA DE LAS PAGINAS WEB www.weblisten.com, www.weblisten.es y www.weblisten.net <http://www.weblisten.net> y PROHIBICION DE DEDICARSE a la actividad descrita en el relato de hechos probados de la presente resolución, ello con condena en COSTAS excluidas las de la acusación particular.

Esta resolución es firme en virtud de lo acordado en el acto del juicio oral. Así por esta mi sentencia, lo pronuncio mando y firmo.

PUBLICACIÓN.-En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por la lima, Sra. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

—*Textos doctrinales.*

Los textos doctrinales son redactados por juristas y son comentarios e interpretaciones de la ley. Aunque son textos netamente jurídicos, no están sujetos a ninguna estructura formularia y en ellos aparecen rasgos propios de los textos humanísticos. Ejemplo⁷⁵:

La codificación civil en España (Manual de Derecho Civil)

Se inicia en las Cortes de Cádiz que en 1811 aprueban una propuesta para que se llevase a cabo la codificación de las mas importantes ramas del derechos español. Y la Constitución de Cádiz de 1812 recogió el mismo espíritu estableciendo en el artículo 258 que " el Código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la monarquía sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes. "

Para dar aplicación a este precepto se crean comisiones en 1813,1814 y 1820 pero las circunstancias políticas interrumpen sus trabajos. Con Fernando VII Don Pablo de Gorosabel público un proyecto de código civil y se encomendó por el monarca otro a Don Manuel García Cabronero que dejo inacabada su obra que en 1836 recogerían otros jurisconsultos.

En 1843 se creó la Comisión General de Códigos que sufrió algunas modificaciones hasta su constitución definitiva en 1846 dando cima al proyecto remitido al gobierno en 1851, su principal autor fue García Goyena y sus redactores con un criterio parcial utilizaron como fuentes de su trabajo el Derecho de Castilla; por ello y por ser excesivamente radical en algunas materias el proyecto no llego a ser Ley. Su importancia reside en haber servido como base para la elaboración del código civil actual y en su influencia en la redacción de algunos códigos latinoamericanos entre ellos el argentino.

⁷⁵ En: ESPÍN CÁNOVAS, D. (1959: 45).

El fracaso de 1851 hizo que se desistiera por el momento prefiriéndose la publicación de algunas leyes especiales ya citadas.

En 1880 promoviose de nuevo el trabajo agregándose a la Comisión de Códigos un representante de Cataluña, Mallorca, Aragón, Navarra, Vizcaya y Galicia sin embargo los trabajos que cada uno de ellos presento no fueron utilizados en absoluto.

. 2 etapa.

(...)

—*Textos administrativos.*

Los textos administrativos sirven para establecer relaciones de comunicación entre los diferentes organismos de la Administración, entre los ciudadanos y la Administración, o entre los ciudadanos y otras entidades de carácter también particular. Los más comunes son:

- 1 Carta comercial: para su redacción se recomienda claridad, sencillez y concisión y se exige un imprescindible tono cortés. En la estructura de la carta aparecen los siguientes elementos: 1) identificación del remitente; 2) fecha; 3) nombre, cargo y dirección del destinatario; 4) referencia; 5) asunto; 6) saludo inicial; 7) texto, con inicio, núcleo y conclusión en párrafos diferenciados; 8) despedida. Ejemplo⁷⁶:

⁷⁶ Disponible en:

http://www.google.es/imgres?q=carta+comercial&hl=es&sa=X&rlz=1C1AVSA_enES454ES454&biw=1600&bih=766&tbm=isch&prmd=imvns&tbnid=72BCYSXxNImM:&imgrefurl
[Fecha de consulta: 12.12.2011].

Membrete Empresa	Dirección completa C. P. Ciudad Provincia Teléfono Correo electrónico: xxx@xx.xx
Nombre Dirección C. Postal Ciudad Provincia	
Asunto: financiación hipoteca.	(Lugar y fecha)
Estimado Sr. /a (nombre)	
Nos ponemos en contacto con usted para comunicarle que la hipoteca que tenía contratada con (nombre) para la financiación de la compra de vivienda, ha finalizado.	
Queremos agradecerle la confianza que ha depositado en nosotros y confiamos en que el servicio que le hemos prestado durante este tiempo hay sido de su completa satisfacción.	
Para cualquier aclaración al respecto, no dude en ponerse en contacto con nosotros en nuestras oficinas en horario de 9 a 20 horas (lunes a viernes) o través de teléfono, carta, correo electrónico que figuran en el encabezamiento.	
Sin otro particular y esperando contar con usted como cliente en un futuro próximo, Reciba un cordial saludo.	
Atentamente	
Nombre Cargo.	

2 Oficio de remisión. Su forma de redacción se ajusta al modelo de carta comercial, de la que solo difiere por el tono, que es objetivo y distanciado⁷⁷:

⁷⁷ Disponible en:

http://www.google.es/imgres?q=oficio+de+remisi%C3%B3n&um=1&hl=es&sa=N&rlz=1C1AVSA_enES454ES454&biw=1600&bih=766&tbn=isch&tbnid=IVLPRRhLrAdbWM:&imgrefurl- [Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2012].


GOBIERNO REGIONAL DE LIMA

UGEL N° 15
Unidad de Gestión
Educativa Local - Huarochiri

"AÑO DE LA CONSOLIDACION ECONOMICA Y SOCIAL DEL PERU"

Matucana, 28 JUNIO 2010

OFICIO MÚLTIPLE N° 092 - 2010/D.UGEL N°15-HRI

Señor (ra)(lla):
DIRECTOR (A) DE LA I.E.

Presente.-

ASUNTO : REMISION DE CEDULAS DE CENSOS ESCOLARES 2010

**REF. : R.M. N° 0289-94-ED,
R.M. N° 0341-2009-ED
O/M N° 002-ME/SPE-PLANMED-UEE-2010**

Tengo el agrado de dirigirme a Ud. para saludarlo cordialmente y remitir adjunto al presente las **CEDULAS DE CENSO Y LOCAL ESCOLAR 2010**, debiendo remitir la información con la veracidad del caso y directamente a la Oficina de Estadística - AGI de la UGEL N°15-HRI, fecha límite de presentación hasta el día **30 DE JUNIO**, debiendo portar para su revisión (Nóminas aprobadas 2010) y Actas de Evaluación 2009), bajo **responsabilidad funcional**.

Oportunidad propicia para expresarle las muestras de mi especial consideración y estima personal.

Atentamente:


Lic. Hugo Fredy GONZALEZ CARHUAVILCA
DIRECTOR DEL PROGRAMA SECTORIAL III
UGEL N° 15 - HUARACHIRI


UNIDAD DE GESTIÓN
EDUCATIVA LOCAL
N° 15

www.ugel15hri.gob.pe

Dirección: Jr. La Florida 518 Matucana - Huarochiri Tel: 2643355 Telefax: 2442130

- 3 Instancia: cuando este modelo no se ajusta a un modelo formulario dado por la entidad a la que se dirige, debe recordarse, de modo indicativo, que se redacta en tercera persona y que su estructura suele estar organizada en las

siguientes partes: 1) presentación; 2) Expone; 3) Solicita y 4) fecha y firma. Ejemplo⁷⁸:

ES/IND/AV/BB/00

MODELO GENERAL DE SOLICITUD

(a cumplimentar por el Registro de la E. T. S. I. de Telecomunicación)

DATOS PERSONALES DEL SOLICITANTE

Apellidos: Nombre: D.N.I. nº

Domicilio (calle, plaza,...):

Municipio: Provincia: Código Postal:

Teléfono/s: /

EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS Y LAS RAZONES QUE MOTIVAN LA SOLICITUD

TENIENDO APROBADOS TODOS LOS CRÉDITOS CORRESPONDIENTES
A LAS ASIGNATURAS DEL MÁSTER OFICIAL EN TECNOLOGÍAS
DE TELECOMUNICACIÓN Y ENTREGANDO CON ESTA SOLICITUD
TRES COPIAS DE LA MEMORIA DEL TRABAJO FIN DE MÁSTER

PETICIÓN QUE SE EFECTÚA

SE SOLICITA LA EVALUACIÓN DEL TRABAJO PRESENTADO,
QUE HA SIDO DIRIGIDO POR
(PROFESORA DEL MÁSTER) Y QUE SE TIENE

Vº Bº (Visto bueno del alumno) Málaga, de de
Firma del solicitante

Ilmo. Sr. Director de la Escuela Técnica Superior de Ingeniería de Telecomunicación

El arriba firmante declara que ha recibido de la Secretaría de la E. T. S. I. de Telecomunicación en la que ha entregado la presente solicitud, una copia de la misma en la que se indica la fecha de su recepción y se le informa sobre el plazo máximo normativamente establecido para la resolución y notificación del procedimiento que se inicia con dicha solicitud, así como sobre los efectos que pueda producir el silencio administrativo.

4 Currículo vital: es un resumen de los datos académicos y profesionales que más interesa destacar de una persona. Ejemplo⁷⁹:

⁷⁸ Disponible en: <http://www.google.es/imgres?imgurl=http://www.poptelecomunicacion.uma.es/> [Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2012].

Curriculum Vitae Europass	Adjunte una fotografía. Suprimir cuando no proceda (ver Instrucciones)			
Información personal				
Apellido(s) / Nombre(s)	Apellido(s) Nombre(s). Suprimir cuando no proceda (ver instrucciones)			
Dirección (direcciones)	Suprimir cuando no proceda (ver instrucciones)			
Teléfono(s)	Suprimir cuando no proceda (ver instrucciones)			
Móvil:	Suprimir cuando no proceda (ver instrucciones)			
Fax(es)	Suprimir cuando no proceda (ver instrucciones)			
Correo(s) electrónico(s)	Suprimir cuando no proceda (ver instrucciones)			
Nacionalidad	Suprimir cuando no proceda (ver instrucciones)			
Fecha de nacimiento	Suprimir cuando no proceda (ver instrucciones)			
Sexo	Suprimir cuando no proceda (ver instrucciones)			
Empleo deseado /familia profesional	Suprimir cuando no proceda (ver instrucciones)			
Experiencia laboral				
Fechas	Describa por separado cada empleo relevante que haya desempeñado, comenzando por el más reciente. Suprimir cuando no proceda (ver instrucciones)			
Profesión o cargo desempeñado				
Funciones y responsabilidades principales				
Nombre y dirección de la empresa o empleador				
Tipo de empresa o sector				
Educación y formación				
Fechas	Describa por separado cada curso realizado, comenzando por el más reciente. Suprimir cuando no proceda (ver instrucciones)			
Cualificación obtenida				
Principales materias o capacidades profesionales estudiadas				
Nombre y tipo del centro de estudios				
Nivel conforme a una clasificación nacional o internacional	Suprimir cuando no proceda (ver instrucciones)			
Capacidades y competencias personales				
Idioma(s) materno(s)	Indique su lengua materna (si tiene más de una lengua materna, indique cada una - ver instrucciones)			
Otro(s) idioma(s)				
Autoevaluación	Comprensión	Habla	Escritura	
Nivel europeo (*)	Comprensión auditiva	Lectura	Interacción oral	Capacidad oral
Idioma				
Idioma				
	(*) Nivel del Marco Europeo Común de Referencia (MECR)			
Capacidades y competencias sociales	Describa dichas competencias e indique en qué contexto se han desarrollado. Suprimir cuando no proceda (ver instrucciones)			
Capacidades y competencias organizativas	Describa dichas competencias e indique en qué contexto se han desarrollado. Suprimir cuando no proceda (ver instrucciones)			

⁷⁹ Disponible en:

<http://europass.cedefop.europa.eu/europass/home/hornav/Downloads/EuropassCV/CVTemplate.csp>. [Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2011].

Capacidades y competencias técnicas	Describa dichas competencias e indique en qué contexto se han desarrollado. Suprimir cuando no proceda (ver instrucciones)
Capacidades y competencias informáticas	Describa dichas competencias e indique en qué contexto se han desarrollado. Suprimir cuando no proceda (ver instrucciones)
Capacidades y competencias artísticas	Describa dichas competencias e indique en qué contexto se han desarrollado. Suprimir cuando no proceda (ver instrucciones)
Otras capacidades y competencias	Describa dichas competencias e indique en qué contexto se han desarrollado. Suprimir cuando no proceda (ver instrucciones)
Permiso(s) de conducción	Indique si posee un permiso de conducción y, en caso afirmativo, para qué tipo de vehículos. Suprimir cuando no proceda (ver instrucciones)
Otras informaciones	Indique en este apartado cualquier otra información que pueda tener relevancia, por ejemplo personas de contacto, referencias, etc. Suprimir cuando no proceda (ver instrucciones)
Anexos	Enumere todos los anexos que haya decidido adjuntar. Suprimir cuando no proceda (ver instrucciones)

1.4. El género textual en traducción jurídica.

1.4.1. Consideraciones previas.

El concepto de género textual se ha estudiado desde distintas perspectivas, en función de las cuales se han ofrecido diferentes definiciones, pasando al campo de la Traductología a principios de los años ochenta. El concepto de género textual tiene su origen en el estudio de la Textología Contrastiva alemana⁸⁰ y del Inglés para Fines Específicos (IFE)⁸¹. Dentro de este último campo que pertenece a la Lingüística Aplicada, se estudia la definición de género textual a partir de la sistémica

⁸⁰ Por parte de la Textología Contrastiva alemana lo introduce F. Fernández Sánchez (2004). El folleto de cursos de idiomas para extranjeros: análisis contrastivo (alemán-español) por tipos de emisor y subtextos. Tesis doctoral. UPF, Facultat de Traducció i Interpretació. TDX-0301105-111254. Disponible en <http://www.tdx.cbuc.es/TDX-0301105-111254/> [Fecha de consulta 12 de diciembre de 2011].

⁸¹ Los autores más destacados dentro de esta disciplina fueron J. M. SWALES (1990), V. BHATIA (1993) y N. NWOGU (1991 y 1997).

funcional y de la comunicación profesional⁸². La corriente traductológica comparte con estas corrientes de investigación, y muy especialmente con el IFE, su afán por analizar los géneros textuales dentro de su condición sociocultural, pues ambas disciplinas conciben como necesario conocer las convenciones culturales que rigen el funcionamiento de los textos.

Las clasificaciones existentes de los géneros textuales son mucho más precisas que las de las tipologías textuales, debido tal vez a que el estudio del género textual se ha convertido en el centro de las investigaciones contrastivas en Traductología. Un buen traductor ha de reflejar las convenciones de género del TO en el TM, como afirma Ch. Nord (1997a), lo que ha supuesto un gran avance en el estudio del género textual⁸³.

1.4.2. *Concepto y definición de género textual.*

El concepto de “género se comenzó a estudiar en tiempos de Aristóteles y ha tenido una larga tradición en los estudios literarios⁸⁴. Asimismo, se ha estudiado a partir de la antropología lingüística, la

⁸² Vid. a este respecto el estudio de B. PALTRIDGE (1997).

⁸³ Cabe mencionar, en este sentido, los trabajos de S. GAMERO (2001), A. BORJA (1998 y 2000) e I. GARCÍA IZQUIERDO (2004).

⁸⁴ La tipología más tradicional es la que propuso Aristóteles en “La Retórica” para los discursos públicos, distinguiendo entre discursos forenses (jurídicos, pronunciamientos ante el juez), deliberativos (políticos, pronunciados frente a la asamblea) y epidícticos (valorativos, pronunciados frente al espectador). En la “Poética” (como Platón en la República), dejó también una tipología de textos literarios que está en la base de la teoría de los géneros: líricos, narrativos y dramáticos. En este sentido existen autores que afirman que el concepto de género surge de los estudios literarios. A este respecto afirma J. M. SWALES (2004: 3): “is there a single one-size-fits-all or “best” genre theory for all circumstances? Or would be better off, in terms of applied linguistics, with a vision of genre that is somehow different from the one that might be most suitable for literary study, for rhetorical theory or for rhetorical history (...)?” [“¿Existe alguna teoría del género única que englobe a todos o la mejor paa todas las circunstancias? ¿o sería mejor si, en términos aplicados a la lingüística, y con una visión del género que de algún modo sea diferente a la que podría ser más adecuada para los estudios literarios, para la teoría retórica o para la historia retórica (...)?”].

comunicación, la retórica, la sociolingüística, la lingüística aplicada, etc. Esta vasta variedad de perspectivas de estudio dio como resultado una ingente cantidad de concepciones teóricas. En este sentido, B. Paltridge recoge las ideas más significativas que encuentran puntos comunes y divergentes entre sí, y las resume de la siguiente manera (1997: 5):

There are many ways in which the approaches to the descriptions and definition of genres described in these particular areas overlap, and at times, ways in which they are quite different from each other. Much of this is due to the different goals of each of the approaches to analysis and the differing theoretical positions and concerns, which underlie the various approaches. Areas where views are both similar and at times, different from each other, include the place of the structure of a text in the description and definition of genres, the relationship between genre and context, the relationship between genre and culture and the relationship between genre and cognition. Other important areas of interest include the relationship between genre and social structures, the relationship between genre and audience, and the place of linguistic structures in the description and definition of genres⁸⁵.

El autor expone la diferencia entre la importancia que tiene la estructura del texto, la relación del género y su contexto, cultura, cognición y audiencia, así como la importancia de las estructuras lingüísticas en la descripción y definición de los géneros textuales. En este mismo sentido, B. Brinker propone una definición de género que contiene los cinco rasgos distintivos que, según L. Hoffmann (1991: 5), aparecen en las principales definiciones de este concepto:

⁸⁵ “Existe una gran variedad de formas en las que se solapan/coinciden los enfoques de las descripciones y definiciones de género descritas en estas áreas particulares y, a veces, formas en las que son totalmente diferentes las unas de las otras. En gran medida todo esto es debido a que existen diferentes objetivos en cada enfoque para el análisis y a las diferentes posiciones teóricas y preocupaciones que subyacen en cada enfoque. Áreas donde las perspectivas son al mismo tiempo similares y diferentes entre sí, incluyendo el lugar de la estructura del texto en la descripción y definición de los géneros, la relación entre género y contexto, la relación entre género y cultura y la relación entre género y cognición. Otras áreas de interés incluyen las relaciones entre el género y las estructuras sociales, las relaciones entre género y audiencia y el lugar de las estructuras lingüísticas en la descripción y definición de los géneros”.

Los géneros textuales constituyen patrones convencionalizados que sirven para realizar acciones comunicativas complejas y que pueden definirse en términos de combinaciones características de factores contextuales (pragmáticos), comunicativo-funcionales y estructurales (gramaticales y temáticos). Son resultado de una evolución histórica en el seno de la comunidad lingüística en que han surgido y se inscriben dentro del conocimiento compartido a sus miembros. Aun teniendo carácter normativo, facilitan también la comunicación entre los hablantes al proporcionarles pautas más o menos fijas de cara a la producción y recepción de textos (Brinker, 1985: 124).

De dicha definición podemos extraer los cinco rasgos diferenciadores de los géneros:

1. Los géneros textuales tienen una naturaleza convencionalizada, es decir, se rigen por una serie de convenciones.
2. Están definidos por la combinación de elementos pragmáticos y lingüísticos, esto es, existe una interrelación entre los factores intratextuales y extratextuales.
3. Evolucionan en el tiempo (evolución histórica).
4. Se encuentran incluidos en el conocimiento de la lengua general que tienen todos los hablantes⁸⁶.
5. Representan modelos en cuanto a la producción y recepción textual.

1.4.3. Subgéneros y supragéneros.

Los géneros textuales no existen de manera “independiente”, sino que tienen sus propias series y redes muy jerarquizadas. Por este motivo, los investigadores han sugerido la existencia de subgéneros y supragéneros.

⁸⁶ Para S. GAMERO (1998: 149) se trata de una competencia y actuación genérica, correspondiéndose así con los conceptos alemanes *Textsortenkompetenz* y *Textsortenperfomanz*.

Los subgéneros son textos secundarios que se encuentran dentro o por debajo de los géneros. Esta idea fue acuñada y desarrollada por V. Bhatia, quien afirma que dichas subcategorías presentan un propósito comunicativo y unas estrategias sutilmente diferentes de las del género del que parten. El autor los define como subcategorías de géneros con un propósito comunicativo concreto (1993: 14): “minor changes or modifications in the communicative purpose”. Asimismo, el autor los designa como uno de los criterios clasificatorios más importantes, relacionándolos sobre todo, con los textos jurídicos (1993: 209) como “clarification of cognitive structuring, which may include the use of textual-mapping devices”. Del mismo modo, y siguiendo con la teoría de que las clasificaciones pueden variar, D. Biber, con anterioridad a Bhatia, ya introdujo esta idea (1988: 170): “some genres have several sub-classes which are quite different from one another”.

No obstante, S. Gamero (1998) desarrolla más detalladamente esta variedad de subgéneros, afirmando que éstos son (1998: 157) “variantes que surgen dentro de un género”.

Por su parte, los supragéneros son agrupaciones de géneros con características semejantes y dentro de un mismo campo o ámbito. En el presente trabajo emplearemos el concepto de subgénero y no el de supragénero y la clasificación de Gamero por ajustarse más a nuestra tipología textual.

1.4.4. El género jurídico.

El objeto de nuestra investigación es el género jurídico y éste constituiría un género primario o “complejo”, pues puede abarcar otros géneros secundarios, tales como textos legislativos o judiciales, y dentro de éstos, subgéneros como los autos, las sentencias, providencias etc.

Para determinar el valor que tienen las estructuras lingüísticas en relación con la descripción de los géneros jurídicos, debemos determinar qué factores son constitutivos de los géneros jurídicos y de las estructuras lingüísticas respectivamente.

En primer lugar, nos remitiremos a los textos jurídicos como constituyentes de los géneros jurídicos, para poder caracterizarlos. Los textos jurídicos se constituyen de la misma manera que otros textos; con estructuras coherentes y cerradas, que pueden ser descritas como medio para la realización de actos comunicativos del emisor. Los posibles objetivos de comunicación están delimitados, en cierto modo, por la situación especializada del acto comunicativo, al igual que está determinado de forma explícita o implícita en la situación, con qué objetivos un especialista formula un texto en el ejercicio de su especialidad. Los objetivos que se alcanzan a través de los textos jurídicos, se deducen, pues, de la situación especializada. Un género jurídico, que en parte comprende los textos de los juristas, es consecuentemente una clase de texto con una combinación específica de características situacionales y sus objetivos comunicativos correspondientes. Estas características constituyen su pertenencia a un género textual. Por ejemplo, un contrato de alquiler es un texto que viene determinado por el derecho arrendaticio y sus diferentes relaciones entre las partes; la función ha de fijar los derechos y deberes de las partes arrendaticias.

Como consecuencia, los textos pertenecientes a un género jurídico tienen recurrentes combinaciones de elementos situacionales y que sirven de base para los objetivos comunicativos que se pueden deducir. Por tanto, la formulación textual en dichos contextos establece la posibilidad de una utilización convencionalizada y rutinaria de elementos lingüísticos que, por lo general, se utilizan en los textos especializados y que no se

originan en el ámbito de actuación jurídico. Por este motivo se ha de aceptar que parte de la convención empírica y demostrable del uso del lenguaje se debe a las características específicas del contexto del género jurídico. El uso convencionalizado de la lengua establece una relación con los objetivos comunicativos entre medio-objetivo.

Asimismo, y en relación con dónde se encuentra ligada la estructura del texto con su componente de comunicación primario a la producción textual, estamos de acuerdo con lo que expone F. Lux (1981), cuando lo define como un acto esencial; tanto en la producción textual, como en la recepción textual; ya que, cuando recibimos un texto, nuestra interpretación del mismo también juega un papel en la clasificación del género. Del mismo modo, para describir el papel que cumple un género en la recepción del texto, resulta importante poner de manifiesto que, entre las particularidades lingüísticas que se utilizan de forma convencionalizada en un género textual, y la situación en la que se fundamenta, existe únicamente una relación de tipificación. Pues este hecho significa que los medios lingüísticos utilizados convencionalmente no son características indispensables de ejemplares de los correspondientes géneros textuales. Un texto puede pertenecer según criterios jurídicos, por ejemplo, al género “sentencias”, aunque en él no se hayan utilizado las particularidades de tipificación lingüística para ese género. Debe únicamente presentar las particularidades contextuales adecuadas y las partes descritas en la ley⁸⁷.

Por ejemplo, en el artículo 311 del Código de Procesamiento Civil alemán (ZPO) se establece lo siguiente: “Das Urteil ergeht im Namen des Volkes⁸⁸”. Las sentencias, por tanto, han de contener un encabezado en

⁸⁷ Para más información vid. en alemán: *Zivilprozessordnung* §§ 311, 313, 313a, y en español: *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio*, del Poder Judicial, título III, Capítulo IV, arts., 245 y 248.

⁸⁸ “La sentencia ha de publicarse en nombre del pueblo”.

el que aparezca “Im Namen des Volkes”⁸⁹. En la Jurisprudencia predomina, sin embargo, la conformidad de que también las sentencias en las que no aparezca dicho encabezamiento, son válidas. Y este texto, sin unidades lingüísticas convencionalizadas, desde el punto de vista jurídico, se tomará como una sentencia válida, y deberá de tratarse como un ejemplar del género “sentencia”. De ahí que incluso en un género jurídico que consta únicamente de textos de juristas, sea constitutivo el contexto del acto jurídico para su pertenencia al género, y que el uso del lenguaje sea únicamente una particularidad tipificada. En este sentido podemos decir que un texto, para ser considerado como un ejemplar de un género determinado ha de contener únicamente las particularidades constitutivas del mismo.

Por esta razón, los elementos contextuales de la estructura textual constituyen junto a algunas particularidades lingüísticas —en el caso de sentencias, sus partes determinadas— las características constitutivas de los textos pertenecientes a los géneros especializados. El resto de unidades lingüísticas típicas que aparecen en el texto del género, constituyen los componentes de la comunicación de la estructura textual.

Por último, consideramos pertinente puntualizar que las particularidades aquí expuestas de los géneros y las estructuras textuales ponen de manifiesto únicamente, que los géneros textuales se entienden como categorías típicas. Al mismo tiempo nos basamos en que un género es considerado una categoría conocida como generativa, basándonos en G. Lakof (1987). Para el autor una categoría es algo que tiene un núcleo cuyos elementos se podrían definir según sus relaciones con el núcleo. Si entendemos un género como una categoría generativa, podemos decir que su estructura textual —ya tenga características constitutivas o únicas— constituye el núcleo. La relación que ha de existir para que un

⁸⁹ “En nombre del pueblo”.

elemento —el texto— pertenezca a una categoría, es el consenso con las características constitutivas del mismo. De ahí que un texto sea el mejor ejemplar de su correspondiente género, cuantas más características tipificadas tenga en su formulación.

A modo de resumen, A. Borja (2010:79) afirma: “Los textos jurídicos son instrumentos de uso que tienen una forma y una función determinada en cada cultura y que, en ocasiones, presentan importantes lagunas de equivalencia debido a la falta de uniformidad entre los sistemas jurídicos”. Por este motivo, consideramos especialmente relevante en esta categoría textual, el poder tener clasificaciones tanto en la lengua de partida, como en la lengua de llegada; parte de nuestro objeto de estudio. Hasta la fecha, se han realizado diversas propuestas de tipologías textuales y de clasificaciones por géneros, que se han diseñado en base a las necesidades que tienen los traductores jurídicos.

Para exponer de forma clara y sintética la clasificación de géneros jurídicos, seguimos lo expuesto por A. Hurtado y adaptado por A. Borja (1998: 342 y 2000: 133), tal y como muestra la tabla que presentamos en la página siguiente:

Categoría supragenérica	Función	Tono	Género ⁹⁰
textos normativos	instructiva	hiperformal	constitución estatutos de autonomía leyes orgánicas y ordinarias decretos reglamentos
jurisprudencia	instructiva + argumentativa	hiperformal	sentencias del TS y del tribunal constitucional recogidas en repertorios y en el BOE
textos judiciales	instructiva + expositiva (narrativa) + argumentativa	muy formal	denuncia demanda, querrela peticiones, providencias, autos sentencias solicitud de aclaración de sentencias oficios, exposiciones exhortos, suplicatorios cartas-orden, mandamientos, notificaciones, requerimientos
textos de aplicación del derecho (público y privado)	instructiva	formal	contratos testamentos cartas legales escrituras documentos notariales, etc.
obras de referencia	expositiva (conceptual y descriptiva)	formal	diccionarios bilingües diccionarios monolingües diccionarios enciclopédicos enciclopedias diccionarios de máximas latinas diccionarios especializados formularios directorios y repertorios profesionales
textos doctrinales	argumentativa + expositiva (conceptual y descriptiva)	Formal	manuales libros de texto ensayos tesis y artículos

⁹⁰ En el Anexo I ofrecemos un ejemplo de cada uno de los géneros textuales consignados en esta tabla.

A este respecto, E. Alcaraz añade que la estructura de estos tipos textuales está muy convencionalizada y que cada uno de estos géneros tiene su propia “macroestructura” que se repite, como ocurre con una sentencia, por ejemplo, que se divide en encabezamiento, antecedentes de hecho, fundamentos de Derecho y fallo. Asimismo la administración de cada país estructura sus textos de una forma determinada⁹¹.

Esta restricción propia de este género textual, debería posibilitar, en cierto modo, una mayor precisión en su propia definición, debido a que juegan un papel muy importante como modelos descriptivos del género. En el presente trabajo, elaboraremos una descripción de las principales características de esta clase textual, con especial atención a la clase “textos judiciales”. En este sentido, hemos de tener en cuenta que el modelo de texto ha de tener los tres componentes mencionados con anterioridad y apoyados por la tesis de W. Franke (1991: 158), a saber:

1) *Kommunikationssituation*; (situación comunicativa)

Por “situación”, entendemos la totalidad de los hechos o circunstancias sociales, temporales, locales o institucionales que suceden entre el emisor y el receptor en el ámbito de la comunicación. Para el modelo que se emplea en la formulación de las sentencias judiciales, son relevantes los elementos situacionales de las instituciones jurídicas, como

⁹¹ En este sentido podemos mostrar, a modo de ejemplo, que la estructura de los Códigos Civiles francés y español tienen una estructura muy similar por su origen romano-germánico:

Código Civil Francés	Código Civil Español
- Livre	- Libro
- Titre	- Título
- Chapitre	- Capítulo
- Partie	- Sección
- Section	

por ejemplo el juzgado, determinar la relación existente entre el emisor y el receptor, los objetivos de comunicación institucionales, las fuentes de derecho, las teorías jurídicas que han de influenciar la intervención jurídica, la formación metódico-teórica del autor del texto y finalmente el papel social que desempeña como miembro de una comunidad de expertos. Todos estos elementos que constituyen el ámbito común de los textos jurídicos y de sus modelos escritos, se aclararán más adelante.

2) *Kommunikationsziel* (objetivo de comunicación).

En las sentencias judiciales, entendemos por objetivo de comunicación, el objetivo absolutamente relevante de “dar una solución a un punto litigioso”, y dicho objetivo se ha de lograr a través de la realización de argumentos parciales sobre la significancia del caso, la persuasión y el “dictar la sentencia”. No obstante, ponemos aquí de manifiesto, que normalmente, los objetivos estos textos suelen venir determinados por la institución, que en su caso, da las instrucciones. Es decir, en un juicio, quien actúa como juez, ha de seguir las pautas tanto formales, como textuales que se han indicado para dichas situaciones. Por tanto, la situación determina el objetivo comunicativo.

3) *Kommunikationsmittel* (medio de comunicación).

El último componente es el medio de comunicación. En este caso se trata de unidades léxicas, con las que el actor trata de alcanzar el objetivo comunicativo de la situación dada. Con el objetivo de poder alcanzar el objetivo comunicativo, el receptor ha de ser parte de la comunicación, para efectuar las actuaciones necesarias. Esto se realiza a través de la utilización de unidades léxicas de las que el emisor asume

que serán señales de las que el receptor podrá interpretar la intención correspondiente.

Igualmente esencial es que, entre la elección de las unidades léxicas y los objetivos de comunicación, exista una relación medio-objetivo. Tal relación no existe entre medios de comunicación concretos, sino entre situaciones comunicativas concretas. Por el contrario, aquí sí existe una relación tipificada, en la cual un medio lingüístico determinado corresponde a un modelo en el que se podrían señalar los objetivos comunicativos que giran en torno a los criterios internos y formales, dependiendo de la frecuencia de uso dentro de la situación comunicativa. Por lo tanto, y a modo de resumen, podemos decir que una situación comunicativa jurídica viene determinada por sus objetivos de comunicación.

Antes de que entremos en la descripción del ámbito de actuación, resulta relevante exponer las diferencias existentes en la parte emisora. La parte emisora está compuesta por el autor del texto y el emisor del texto. Como autor del texto entendemos la persona que ha redactado el texto utilizando las estructuras jurídicas. Dicha figura puede coincidir con la del emisor del texto, aunque no tiene por qué hacerlo con la del intérprete del texto jurídico.⁹² Esta distinción y sus consecuencias son especialmente relevantes en los textos jurídicos debido a que precisamente en estos textos, con frecuencia, el emisor —por ejemplo, el vendedor y el comprador de un terreno— se dirigen a un especialista —por ejemplo, un abogado— para asesorarse en la formulación de los textos. De esta manera, este especialista no es el emisor, y sin embargo, sus competencias de la especialidad y del conocimiento del lenguaje

⁹² La presente diferenciación se basa en KURZON (1986: 26-28), quien diferencia en los textos legales ingleses entre el intérprete de la ley (*Addresser*), esto es, el Gobierno y la reina, y los juristas, que son quienes escriben las leyes para su publicación (“autor”). Para el primer papel, utilizaré aquí el término emisor, y para el segundo el término autor.

relacionado con dicha especialidad, le convierten en el redactor del correspondiente texto. Como ejemplo claro, podemos hablar de los testamentos. Como emisor, tenemos al testador y como autor, suele ser un jurista, ya que es quien conoce las convenciones de dicho texto⁹³.

El ámbito de actuación jurídico se puede describir como un ámbito especializado siguiendo el ejemplo de T. Bungarten (1981) y L. Hoffman (1985) a través de las siguientes características⁹⁴:

- a) Instituciones jurídicas: las actuaciones se encuentran dentro de instituciones, tales como juzgados, administraciones públicas y ministerios; lo que quiere decir que el menos uno de los receptores de un texto es una institución (por ejemplo: en un contrato, un tribunal que posiblemente decida una controversia; en las leyes, un tribunal que ha de decidirse según las bases de las leyes). Por lo tanto, se ha de establecer la relación emisor-receptor en el acto de comunicación (Larsen, 1987). Una consecuencia obvia de la institucionalidad de la comunicación es que al menos uno de los receptores de estos tipos textuales ha de ser un experto de este campo del saber.

⁹³ Encontramos aquí relevante mencionar el trabajo realizado por FINEGAN (1982) relacionado con este tipo de lenguaje y sus condiciones especiales. Se trata aquí de un testamento que fue redactado por un abogado, y que va unido a la carta del testador para su posterior comparación. Las diferencias estilísticas entre ambos textos son muy obvias, y Finegan, a través de su análisis, pone de manifiesto que sus funciones son igualmente diferentes. La comparación de ambos textos y sus respectivas diferencias lingüísticas entre el texto y la función es primaria, y por lo tanto plausible, debido a que el testamento no se ha escrito como un texto del emisor (Testador), sino como un texto del autor (abogado). Por eso la principal diferencia se encuentra en la función el texto; sin embargo, Finegan, en este trabajo, se centra en la diferencia entre el autor y el emisor.

⁹⁴ Para más información vid. lo expuesto por T. BUNGARTEN (1981: 27f), que define la ámbito de actuación científico, o L. HOFFMANN (1985: 53), quien habla de un ámbito de comunicación como "Ausschnitt aus der gesellschaftlichen Wirklichkeit (...), in dem die jeweilige Fachsprache verwendet wird".

- b) Establecimiento institucional de los objetivos de comunicación: un aspecto especialmente fundamental de la institucionalidad del ámbito de actuación es que la institución en la que se realiza la comunicación, determina los posibles objetivos de comunicación, como por ejemplo la avenencia en el litigio jurídico, o la desestimación de una solicitud. El autor no elige por sí mismo el objetivo de la comunicación, sino que le será prescrito debido al papel que desempeña en dicha institución. Este hecho aumenta la probabilidad de que el autor del texto adopte el esquema de actuación utilizado generalmente.
- c) Fuentes del Derecho y Teorías jurídicas: los actos del habla dentro del ámbito de actuación jurídico se determinan mediante leyes, costumbres e incluso teorías del Derecho. Como ejemplo de dicha determinación, me remito al análisis que realizaré en el capítulo correspondiente, relacionado con los actos del habla, que en la mayor parte de las ocasiones tienen condiciones escritas ya prefijadas, cuyo cumplimiento en la interpretación de los actos del habla se documentará, y que está constituido por un uso del lenguaje fuertemente convencionalizado.
- d) Autor formado de forma metódica y teórica: los autores están formados especialmente en la ejecución y elaboración de los actos del habla. Es decir, que se puede aceptar que, en primer lugar han interiorizado un esquema determinado para la formulación de los correspondientes géneros textuales y que, en segundo

lugar, conocen los principios básicos para su uso lingüístico.⁹⁵

- e) Papel social del emisor/autor del texto: tiene especial significado aquí el grupo al que pertenecen el emisor y el autor del texto. El fuerte grado de convención en la elaboración de los textos y el alto grado de conformidad en las normas en los emisores de los textos jurídicos se describe como un fuerte lazo de unión a su grupo de pertenencia. Dicho aspecto se tratará, en el análisis del lenguaje jurídico, como lenguaje del registro civil, al igual que ocurre en T. Krefeld (1985).

Par la realización de este estudio es preciso que todos estos factores sean considerados en el análisis del género aquí tratado, siguiendo, en este sentido, lo expuesto por J. Engberg (1997: 32): “Ein Text ist ein für mich relevanter juristischer Fachtext (ein Juristentext), wenn mit ihm juristische Sprachhandlungen ausgeführt werden und folglich von einem fachlich tätigen Autor verfasst wurde”⁹⁶.

A modo de ejemplo trataremos de aclarar a continuación la relación entre un tipo textual “textos jurídicos” y el género “contrato”. Para ello resulta muy útil si pensamos en los principios mencionados anteriormente, ya que en ellos se basa la interpretación judicial de tal contrato. En una interpretación se ha de averiguar cuál es la intención que el emisor del texto (las partes) busca con el contrato. En dicha interpretación se podrían incluir, entre otras, el uso de la lengua común en dicho ámbito — formas

⁹⁵ Esta admisión/aceptación se apoya en las lenguas investigadas en el presente trabajo, ya que tanto en español, como en alemán existen libros sobre el tratamiento de las sentencias. Y este trabajo sirve igualmente para el traductor de este género textual.

⁹⁶ “Un texto es para mí un texto especializado jurídico (un texto de juristas), si con él se llevan a cabo actos de habla jurídicos y consecuentemente son redactados por un autor especialista en activo”.

convencionalizadas y algunas partes de los contratos— y sus significados. Lo que significa el uso común de la lengua depende del autor del texto. Por ejemplo, el autor de un contrato es un jurista y podemos asumir que para él el lenguaje convencionalizado es algo normal. Pues dicho autor se ha formado para el cometido en cuestión, por el cual se ha apropiado del correspondiente uso del lenguaje, y probablemente habrá utilizado sus conocimientos y capacidades al alcanzar su formación en el ejercicio especializado de su trabajo. Si el autor, por el contrario, es un lego, es decir, si un lego ha utilizado con sus propias manos un contrato redactado y no únicamente un formulario o una plantilla de un libro de formularios, existe la suposición/aceptación de que el uso del lenguaje convencionalizado fuera para él el normal, frente a algo no necesariamente justificado⁹⁷.

Del mismo modo, para un juez parecen existir dos clases de textos dentro del género “contrato”: textos de juristas y textos de legos. La cuestión es si estas clases de textos son también géneros textuales. Para que pudieran ser géneros textuales, deberían poder ser reconocibles —competencialmente— por usuarios competentes de la lengua, y dichos usuarios deberían poder utilizar el conocimiento sobre dichas clases textuales y sus particularidades en la formulación de los textos —relevantes también competencialmente—. Con anterioridad pusimos de manifiesto la perceptibilidad de dichas clases por parte de los juristas. Las clases son, por tanto, reconocibles de forma competencial. Para determinar su significado para la producción textual, nos remitimos a los fundamentos jurídicos de dichos textos. Como contrato se entiende, según el Derecho alemán y español, “el acuerdo de voluntades entre dos

⁹⁷ K. HUSER afirma a este respecto (1983:58): “Juristischer Sprachgebrauch ist auch relevant (als Sonderstandard für die Auslegung, JE) wenn der Vertrag zwischen Anwälten im eigenen oder fremden Namen eingegangen wurde (...)”. [“El uso jurídico del lenguaje es igualmente relevante (como estándar específico de la interpretación) si el contrato entre los abogados se hiciera en su propio nombre o en representación de alguien (...)”].

o más personas creador de derecho y obligaciones entre ellas⁹⁸. De los textos escritos que cumplen dichas condiciones, son considerados como textos jurídicos aquellos cuyo autor es un jurista. Los contratos realizados por parte de los legos, no se consideran, por el contrario, textos jurídicos en el sentido explicado anteriormente en el sentido de que su autor no ha sido formado para el ejercicio correspondiente. Sin embargo, ese tipo de contrato realizado por un lego es, a pesar de todo, un contrato.

Por tanto, no resultaría plausible la conclusión de que habría dos tipos diferentes de géneros dentro del género “contrato” —contratos redactados por juristas y contratos redactados por legos— y que todas las variantes de dicho género —contratos de alquiler, de compraventa, etc.— se pudieran dividir en dos clases de géneros. Esta conclusión es contraria al hecho de que todos los textos que satisfacen los criterios jurídicos expuestos anteriormente, sean considerados como contratos y con ello, produzcan las mismas consecuencias jurídicas. Quien ocupe el papel del autor tiene influencia, o en el ámbito de aplicación, o en la validez del contrato. Además, no sería lógico aceptar que los usuarios competentes en este tipo de lenguaje, como por ejemplo los juristas, formulen conscientemente un texto que pudiera ser reconocido como un texto realizado por un lego. Como consecuencia de este hecho, se entiende que la suplantación de este papel no tendría ningún significado para la clasificación de los textos dentro del género textual “contrato”. Un género jurídico como por ejemplo el contrato de alquiler, no lo abarca forzosamente, y al fin y al cabo, puede ser un texto redactado por un jurista o por un lego. Sin embargo, una parte del texto de un género jurídico es, siempre, un texto redactado por un jurista; es decir, que es producido por los juristas en el ejercicio de su trabajo. Como definición, tomaremos la adoptada por J. Engberg (1997: 34): “Eine juristische

⁹⁸ En LACRUZ BERDEJO, J. L. (2004: 256).

Textsorte is eine Klasse von Texten, mit denen juristische Handlungen ausgeführt werden und von denen jedenfalls ein Teil Juristentexte sind”⁹⁹.

Con esto no pretendemos aquí describir la diferencia entre géneros, como la diferencia entre los contratos realizados por diferentes tipos de autores. En lugar de eso, nos basamos en que el juez que interpreta, acepta que, en la formulación de los textos de dicho género existen dos tipos diferenciados de usos de la lengua en su sentido más amplio: uno con un fuerte grado de convención, del que puede esperar una unidad lingüística con un significado determinado, y uno sin un fuerte grado de convención, que tiene los mismos objetivos y consecuencias jurídicas del texto con convenciones sin utilizar necesariamente la unidad lingüística habitual. Ambos tipos de uso de la lengua afectan al mundo jurídico de derechos y deberes, donde lo convencionalizado es lo más preciso. Igualmente nos basamos en que en ambas clases de textos se utilizan dos normas sociales descriptivas totalmente diferenciadas: una norma experta y una norma lega. La norma experta es la que se utilizará en el presente trabajo.

Por último y a modo de resumen nos gustaría poner de manifiesto que existe una gran diferencia entre los conceptos de tipología textual y género textual a pesar de la confusión existente en las teorías de la traducción. Tras haberlos analizado y estudiado a los autores más representativos, seguiremos, a continuación con el estudio de la traducción especializada y más en concreto de la traducción jurídica y judicial.

⁹⁹ “Un género jurídico es una clase de texto con el que se llevan a cabo actos jurídicos y que en parte son parte de un texto de juristas”.

CAPÍTULO 2: LA TRADUCCIÓN JURÍDICA, TRADUCCIÓN ESPECIALIZADA

2.1. El lenguaje jurídico, lenguaje de especialidad.

Los lenguajes especiales¹⁰⁰ pertenecen a un ámbito que ha sido estudiado y definido por diversos autores¹⁰¹, entre ellos E. Alcaraz, H. Fluck,

¹⁰⁰ Muchos de los especialistas consideran lenguajes especiales el jurídico-administrativo, el científico-técnico, lenguaje humanístico, el periodístico y publicitario, y el literario. Vid. A este respecto los estudios realizados por R. MAYORAL (1997/2010), E. ALCARAZ (2000), H. FLUCK (1992), J. HABERMAS (1978), M. T. CABRÉ (1993), o M. HALLIDAY (1969), entre otros.

¹⁰¹ Son muchos los especialistas en traducción y terminología que han abordado la definición del concepto "lenguaje de especialidad". Así, E. ALCARAZ lo define del siguiente modo (2000: 15): "El lenguaje específico que utilizan algunos profesionales y especialistas para transmitir información y para negociar los términos, los conceptos y los conocimientos de una determinada área de conocimiento, a saber, confirmar los existentes, matizar el ámbito de su aplicación y modificarlos total o parcialmente."; Para H. FLUCK (1992: 1), el lenguaje de especialidad es "Bei der Vermittlung von (Fach-)Wissen ist Fachsprache häufig Medium und teilweise auch Ziel unterrichtlicher Bemühungen. In der Praxis wird nach Wimmer (1979:247) vor allem "dem sog. richtigen Gebrauch von Fachwörtern eine Schlüsselrolle für das Lehren und Lernen fachwissenschaftlicher Theorien zugeschrieben (...)" ["En la mediación del área de conocimiento especializado, el lenguaje de especialidad actúa con frecuencia como medio y en parte como objetivo de todos los esfuerzos dirigidos a la enseñanza. En la práctica, según Wimmer (1979: 247), al denominado uso correcto de los términos de especialidad se le atribuye un papel clave para la enseñanza y aprendizaje de las teorías de la especialidad".]; M. T. CABRÉ (1993: 139-140), por su parte, señala que "(...) un lenguaje de especialidad no es un conjunto estructuralmente monolítico, sino que presenta variedades alternativas en función de los usos y circunstancias comunicativas". R. KOCOUREC (1991: 40) define el lenguaje de especialidad como "más que un registro, más que un discurso, más que el vocabulario o que la terminología. Es un sistema libre, con recursos que abarcan todos los planos de la lengua, que posee varios registros y más que características léxicas"; Para M. HALLIDAY (1969: 31), "Special languages are not, in general, characterized by the occurrence of grammatical patterns that do not occur elsewhere, whereas they may be characterized by the occurrence of lexical items that do not occur elsewhere. (...) Special languages may, however, be characterized by different statistical distributions of grammatical patterns (as well as by special meanings of generally occurring patterns); mientras que para J. Habermas (1978: 328) "Fachsprachen erlauben für spezielle Lebensbereiche eine grössere Präzision der Rede; diese beruht aber nicht immer darauf, dass die Verwendung fachsprachlicher Ausdrücke explizit geregelt wird. In dieser Hinsicht unterscheidet sich die *Wissenschaftssprache* von den übrigen Fachsprachen". Finalmente, GAMBIER (1998: 43), en su *Languages for Specific Purposes*, afirma: "En cuanto a la traducción, ha flirteado durante algún tiempo con las LSP. No es seguro que ni la una ni las otras se hayan beneficiado mucho de este encuentro, todavía falta una definición consensuada (...) entre las proclamaciones triviales y las declaraciones de principio, los avances no han sido en general convincentes (...) Terminologizada o utilitaria, la noción de LSP se separa con dificultad de la imagen borrosa que la rodea, pronto se vuelve estéril y cuando se le cree pertinente, se convierte fácilmente en insignificante. ¿Puede ser otra cosa que un objeto borroso? La definición, incluso provisional, de las LSP se ha convertido en un ejercicio más que acrobático. Según las ocasiones, se les ha denominado lenguas especializadas, lenguas técnicas, lenguas especiales, sublenguas (énfasis del código), lenguas funcionales, lenguas de una rama o actividad del saber (francés de especialidad, lengua culta, francés de la administración, de la economía, del comercio, del derecho, de la medicina, del turismo, etc. (énfasis del referente), francés con fines específicos, (énfasis sobre la materia de enseñanza)... las LSP (casi siempre en plural) están a menudo marcadas por la sigla inglesa (*LSP: language for specific purposes*). Estas denominaciones y esta confusión revelan toda la ambigüedad de una "lengua" circunscrita tanto por su público (usuarios o aprendices) como por su contenido, los conocimientos de referencia que suponen vehicular".

J. Habermas, D. Möhn y R. Pelka, M. T. Cabré, o R. Kocourec. Para Möhn y Pelka el lenguaje de especialidad es (1984: 26):

Wir verstehen unter Fachsprache heute die Variante der Gesamtsprache, die der Erkenntnis und begrifflichen Bestimmung fachspezifischer Gegenstände sowie der Verständigung über sie dient und damit den spezifischen kommunikativen Bedürfnissen im Fach allgemein Rechnung trägt. Fachsprache ist primär an Fachleute gebunden, doch können an ihr auch fachlich Interessierte teilhaben. Entsprechend der Vielzahl der Fächer, die man mehr oder weniger exakt unterscheiden kann, ist die Variante Fachsprache in zahlreichen mehr oder weniger exakt abgrenzbaren Erscheinungsformen realisiert (...)¹⁰².

Esta es quizás, una de las definiciones más completas que existen en la actualidad sobre los lenguajes especializados, ya que trata los aspectos de las variantes y la precisión, que son dos de las características clave de dicho concepto. Los lenguajes de especialidad reciben asimismo otras denominaciones como: “lengua de especialidad” (García Izquierdo, 2008), “lenguaje de especialidad” (Cabré, 1993), “lenguaje especializado” (Alcaraz, 2007; Varela, 2010) o “lenguaje para fines (o propósitos) específicos” (Lombardini, 2008). Todos estos términos, muy similares entre sí, han sido adoptados por los distintos autores que han estudiado la materia¹⁰³.

Hay especialistas como R. Kocourek o G. Rondeau¹⁰⁴, que estiman que estas nomenclaturas son sinónimas. Rondeau restringe la lengua de especialidad al plano léxico (1984: 52):

¹⁰² “En la actualidad, se entiende como lenguaje de especialidad a las variantes de la lengua común que ofrecen, tanto una cognición y determinación conceptual acerca de temas especiales, como la propia comprensión de los mismos y que generalmente tienen en consideración unas necesidades comunicativas específicas de una materia. Según la variedad de materias que se pueden diferenciar con mayor o menor exactitud, así se concibe la variante de los lenguajes de especialidad en su gran variedad delimitada por ciertos aspectos de mayor o menor exactitud.”

¹⁰³ En el estudio de los lenguajes especializados existen tres posturas diferentes a las que se adscriben los distintos autores que estudian la terminología: 1) Los lenguajes especializados son códigos de carácter lingüístico pero con unas reglas y unidades específicas que lo diferencian de la lengua general (Hoffmann, 1998). 2) Los Lenguajes especializados son simples variantes léxicas del lenguaje general (RONDEAU, 1983; QUEMADA, 1978). 3) Los Lenguajes especializados son subconjuntos fundamentalmente pragmáticos del lenguaje general (LEHRBERGER, 1982; VARENTOLA, 1986; SAGER 1980; PITCH y DRASKAU, 1985; CABRÉ, 1993).

Il faut noter d'abord que les expressions "langue de spécialité" (langage spécialisé) et "langue comune" (Lc) en recouvrent qu'un sous-ensemble e la langue, celui des lexèmes" o "La qualité des terminologies réunies en vocabulaires spécialisés est, en effet, liée à la qualité des documents desquels elles sont extraites".

Del mismo modo, R. Kocourek (1991a:12) expone que la lengua de especialidad es

une sous-langue de la langue dite naturelle, enrichie d'éléments brachygraphiques, à savoir abrégatifs et idéographiques, qui s'intègrent à elle en conformant à ses servitudes grammaticales", o Kocourek (1991a:10) "La langue de spécialité appartient, à la fois, à deux vastes ensembles signifiants qui se chevauchent: à la semiotique de spécialité et à la langue naturelle.

J. C. Sager¹⁰⁵, por el contrario, y desde la perspectiva del análisis lingüístico de estas expresiones, considera que no existe tal sinonimia entre ellas y se decanta por el empleo de la denominación "lenguajes especiales".

Por otra parte, y pesar de ofrece una definición más o menos objetiva y clara, H. Fluck pone de manifiesto en su trabajo la dificultad de delimitar el concepto de lenguaje de especialidad (1996: 11): "Der Terminus Fachsprache ist, so einfach er gebildet und so verständlich er zu sein scheint, bis heute nicht gultig definiert"; es decir, el término lenguaje de especialidad parece ser tan fácil de comprender y de crear, que aún hoy no ha sido definido de forma válida.

M. T. Cabré, con una postura intermedia, a la de J. C. Sager y R. Kocourek, estima que todas ellas se superponen. A pesar de estas diferencias, los autores anteriormente mencionados coinciden en que para poder utilizar estos lenguajes, hay que tener una formación especializada y, que dichos lenguajes solo son empleados por los especialistas de cada rama o ámbito.

¹⁰⁵ J. C. SAGER (1980: 69) los define como sistemas semióticos, complejos y semiautónomos, basados en el lenguaje común y derivados de él; su empleo presupone una educación especial y está restringido a la comunicación entre especialistas en el mismo campo o en uno estrechamente relacionado.

Tomaremos como referencia para nuestro trabajo la definición que aporta Cabré, en la que menciona algunos de los criterios clave para entender qué se entiende por lenguaje de especialidad (1993: III.1):

a) se trata de conjuntos "especializados", ya sea por la temática, la experiencia, el ámbito de uso o los usuarios; b) se presentan como un conjunto con características interrelacionadas, no como fenómenos aislados; c) mantienen la función comunicativa como predominante, por encima de otras funciones complementarias.

En este sentido, consideramos la definición de Cabré novedosa, pues amplía lo expuesto por los autores anteriores al afirmar que los lenguajes de especialidad son un conjunto de subcódigos entre los que destaca la temática, experiencia, ámbito de uso, o los usuarios, presentándolos como parte de las características de estos lenguajes que están interrelacionados y cuya función fundamental es la comunicativa (Cabré 1993: 135).

Teniendo en cuenta las definiciones anteriores y muy especialmente la de esta última autora, podemos concluir que las principales características definitorias de los lenguajes de especialidad son las siguientes:

1. Temática: los temas tratados no forman parte del conocimiento general de los hablantes de una lengua, y por tanto, son objeto de un aprendizaje especializado.
2. Usuario: los lenguajes de especialidad son empleados por especialistas, si bien Cabré distingue entre productores y receptores de las comunicaciones especializadas.
3. Situación comunicativa: es la condicionante del carácter especializado de un determinado subcódigo, pues dicha situación suele ser de tipo formal, regulada por criterios profesionales o científicos.

Los subcódigos tendrán mayor o menor grado de especialización según la temática, los usuarios y las situaciones comunicativas, y, según la autora, presentan una serie de características lingüísticas —unidades y reglas— y características textuales —tipos de textos y de documentos— específicas. Asimismo, estos lenguajes presentarán distintas alternativas

según los usos y las situaciones comunicativas conforme a dos parámetros de variación: el grado de abstracción —según la temática, el receptor y la función comunicativa— y los propósitos comunicativos —según el tipo de texto y su función—.

No cabe duda de que los lenguajes de especialidad, son considerados como tales, porque son distintos a los que afirman J. C. Sager, D. Dungworth & P. McDonald (1980: 17):

The nature of language is such that general language and special languages can be accommodated within one natural language: the fundamental characteristics of language are manifested both in English and in the language of chemical engineering, both in French and in the language of physics. The difference between general and special languages is a difference of degree rather than kind: the degree to which the fundamental characteristics of language are maximized or minimized in special languages. Special languages are used more self-consciously than general language and the situations in which they are used intensify the user's concern with the language. It is therefore on the level of use that we look for more specific differentiating criteria¹⁰⁶.

De lo expuesto por los autores, es posible deducir que los diversos lenguajes de especialidad son variantes pragmáticas con unas peculiaridades específicas y que están en relación de inclusión respecto de la lengua general¹⁰⁷, y en relación de intersección con respecto a la lengua

¹⁰⁶ “La naturaleza del lenguaje es tal que el lenguaje general y los lenguajes especializados pueden ser acomodados dentro de un lenguaje natural: las características fundamentales del lenguaje se manifiestan en inglés y en el lenguaje de la ingeniería técnica y en francés y en el lenguaje de la física. Las diferencias entre los lenguajes generales y los especializados es una diferencia en cuanto a un grado más que en cuanto a un tipo: el grado en el que las características fundamentales del lenguaje se maximizan o minimizan en los lenguajes especializados. Los lenguajes especializados se usan de forma más consciente que el lenguaje general y las situaciones en las que se utilizan, intensifican la conciencia del usuario con el lenguaje. Por tanto buscaremos en el nivel del uso los criterios específicos de mayor diferenciación”.

¹⁰⁷ Algunas definiciones de lengua general son las siguientes: a) “Sistema de comunicación verbal y casi siempre escrito, propio de una comunidad humana”. Definición de Lengua de la RAE. [Disponible en <http://www.rae.es>, acepción 2.]; b) “La lengua es una parte esencial del lenguaje, es un producto social de la facultad del lenguaje, es un conjunto de convenciones adoptadas arbitrariamente por el grupo social para permitir el ejercicio de la facultad del lenguaje. La lengua se tiene que subordinar al lenguaje, pero partimos de la lengua para inferir características del lenguaje como capacidad.” (SAUSSURE, 1961: 49); c) “La lengua reproduce la realidad. Esto hay que entenderlo de la manera más literal: la realidad es producida de nuevo por mediación del lenguaje. El que habla hace renacer por su discurso el acontecimiento y su experiencia del acontecimiento. El que oye capta primero el discurso y a

común¹⁰⁸. Según Cabré las diferencias fundamentales entre la lengua general¹⁰⁹ y el lenguaje de especialidad¹¹⁰ son las siguientes:

LG	LE
FUNCIÓN: conativa, emotiva, fática, etc.	FUNCIÓN: referencial
TEMÁTICA: genérica	TEMÁTICA: específica
USUARIO: general	USUARIO: especialista (por lo general)
SITUACIÓN COMUNICATIVA: menos formalizada	SITUACIÓN COMUNICATIVA: más formalizada
DISCURSO: general	DISCURSO: profesional y científico

En este sentido, podemos decir que la LG presenta, en general, una mayor variabilidad en cuanto a sus funciones frente al LE; que la temática de la LG es genérica frente al LE, que es más específica, al igual que ocurre con su usuario; y que el grado de formalización en cuanto a la situación comunicativa y en cuanto al tipo de discurso es diferente en tanto que es más o menos formal.

Desde un punto de vista estrictamente lingüístico y en lo concerniente al lenguaje jurídico-administrativo, E. Alcaraz justifica la pertenencia del lenguaje jurídico, a las lenguas de especialidad por sus características textuales propias (2000: 16):

- Un vocabulario singular;
- Tendencias sintácticas y estilísticas muy idiosincrásicas, y
- Géneros profesionales propios e inconfundibles.

Estas tres pueden considerarse características básicas y primordiales de todo discurso jurídico. Por su parte, A. Hernández Gil considera que el

través de este discurso el acontecimiento reproducido (...). Esto hace del lenguaje el instrumento mismo de la comunicación intersubjetiva.” (BENVENISTE, 1971: 26).

¹⁰⁸ Siguiendo lo expuesto por D. Emilio LORENZO CRIADO en su discurso académico de 1981, lengua general y lengua común se utilizarán como sinónimos en el presente trabajo. [Disponible en www.rae.es].

¹⁰⁹ En adelante LG.

¹¹⁰ En adelante LE.

Derecho, en tanto que ordenamiento jurídico, es un conjunto de proposiciones lingüísticas, por lo que relaciona estrechamente ambos conceptos (San Ginés y Ortega, 1997: 11):

El lenguaje, para el Derecho, es algo más que un modo de exteriorizarse; es un modo de ser: la norma, destinada a regir la conducta de los hombres, está encarnada en la palabra. La precisión y la claridad no actúan aquí como simples valores estéticos sino como verdaderos valores morales. La justeza de la expresión no es extraña a la justicia del resultado (...). El Derecho impone al lenguaje una severa disciplina.

De esta manera, podemos afirmar, siguiendo lo expuesto por M. Pasquau (1996: 11) que la única expresión del Derecho es la lingüística. El Derecho tiene un lenguaje propio y muy especializado que permite la simplificación de la comunicación entre los juristas. Este lenguaje es el instrumento que les permite crear normas, interpretar leyes y contratos y comunicarse de forma clara y definida. Es tan clara la relación entre esta rama del saber y el lenguaje que M. Pasquau afirma (1996: 13): “aprender Derecho es, fundamentalmente, iniciarse en el lenguaje jurídico: el vocabulario, estilo, los géneros, la contextualización, la interpretación.” Por ello, no se puede separar el estudio del lenguaje jurídico de su área de conocimiento sin olvidar la LG, ya que la línea que separa la LG del lenguaje jurídico es “extraordinariamente flexible y permeable” según el autor, para quien en el lenguaje jurídico existen elementos propios de la LG y propios del lenguaje jurídico. Esto es debido a que el lenguaje jurídico se basa en las experiencias sociales, los acontecimientos personales y familiares y en definitiva en las realidades de la vida humana. Por eso, existe una gran conexión entre ambos lenguajes, el común y el jurídico.

Esta relación se ve claramente reflejada en el vocabulario jurídico. M. Pasquau realiza una clasificación de dicho vocabulario identificando cinco grupos diferentes de palabras:

- a) Términos de pertenencia exclusiva al lenguaje jurídico: dichos términos hoy en día no se utilizan en el lenguaje común y sólo tienen significado dentro del lenguaje jurídico. Dentro de este grupo encontramos términos como: *censo*

enfitéutico, beneficio de excusión, acreedor pignoraticio, acreedor quirografario, anticresis, anatocismo, reconvención, litisconsorcio, interdicto, comodato, dolo, recurso de casación, sustitución fideicomisaria, etc. ¹¹¹.

- b) Términos pertenecientes al ámbito jurídico, que han sido adoptados por el lenguaje común con un significado derivado; así encontramos:

¹¹¹ Ofrecemos la definición de estos conceptos (Fuente: www.lexjuridica.com): 1) Censo enfitéutico: El Código Civil, en el art. 1.065, lo define así: "Es enfitéutico el censo cuando una persona cede a otra el dominio útil de una finca, reservándose el directo y el derecho a percibir del enfiteuta una pensión anual en reconocimiento de este mismo dominio. 2) Beneficio de excusión: "Derecho que asiste al fiador para pedir que el acreedor se dirija en primer término contra los bienes del deudor principal, cuyo embargo y venta judicial debe pedir antes de dirigirse contra el que dio fianza. 3) Acreedor pignoraticio: Acreedor que para el aseguramiento de su crédito tiene una cosa de su deudor en prenda, con la obligación de poseerla y conservarla hasta la satisfacción de su crédito, y en caso contrario con la posibilidad de enajenar judicialmente la prenda y con el importe de la venta procederse al pago de la deuda. 4) Acreedor quirografario: Acreedor simple o común que no goza de ningún privilegio o derecho preferente en caso de concurso de acreedores. 5) Anticresis: Contrato en virtud del cual el acreedor tiene derecho a percibir los frutos de una cosa, generalmente inmueble, del deudor, con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses y a la amortización del capital. Derecho real que se crea en virtud de este contrato. 6) Anatocismo: Aplicación del tipo de interés pactado sobre los intereses vencidos en una operación de préstamo, es decir, la consideración de estos últimos como nuevo capital sujeto al pago de intereses. 7) Reconvención: Petición o demanda que formula aquella persona que ha sido demandada en juicio frente al demandante aprovechando la oportunidad del procedimiento iniciado, siempre que sea procedente por la naturaleza del procedimiento y de la competencia del juez, al objeto de resolverse en una misma sentencia. 8) Litisconsorcio: fenómeno procesal constituido por la presencia de una pluralidad de partes demandantes (activo) o demandadas (pasivo) o de ambos lados (mixto). Puede ser facultativo o voluntario, cuando la ley permite la acumulación subjetiva que supone, o necesario, cuando se exige la presencia inexcusable de todas aquellas personas a las que puede afectar la resolución. 9) Interdicto: Juicios posesorios de tramitación sumaria y sencilla, dirigidos a decidir provisionalmente acerca de la posesión de una cosa, o para reclamar algún daño inminente. En ello se resuelve sobre el hecho de la posesión, reservándose las cuestiones jurídicas complejas que pudieran plantearse para ulterior conocimiento en el posterior y definitivo proceso declarativo. 10) Comodato: Contrato de préstamo por el cual una de las partes entrega gratuitamente a otra una cosa no fungible (de las que pueden usarse sin destruirse) para que use de ella por cierto tiempo, y se la devuelva (Art. 1.740 del C.C.) 11) Dolo: Engaño, fraude. En Derecho Civil, es la voluntad maliciosa y desleal en el cumplimiento de obligaciones, o en su constitución. Voluntad deliberada de cometer un delito a sabiendas de su ilicitud. En los actos jurídicos, voluntad maliciosa de engañar a alguien o de incumplir una obligación contraída. 12) Recurso de casación: El que se interpone ante el Tribunal Supremo contra fallos definitivos o laudos, en los cuales se suponen infringidas leyes o doctrina legal, o quebrantada alguna garantía esencial del procedimiento. 13) Sustitución fideicomisaria: "Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado o que se hagan a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador" Art. 781 del C.C.

- > Ley: “es un hombre de ley”
- > Hipoteca: “el Rector está hipotecado por sus compromisos adquiridos en campaña electoral”
- > Precario: “las precarias condiciones de nuestra revista”
- > Sentencia: “el abuelo está siempre sentenciando”, etc.

c) Términos del lenguaje común que adquieren un significado peculiar al utilizarse dentro del ámbito jurídico. Así encontramos:

- > Vicio oculto: se refiere a los defectos no evidentes de la cosa vendida.
- > Capacidad: se refiere a la idoneidad para realizar actos jurídicos.
- > Derecho de alimentos: se refiere no sólo a la nutrición, sino también a la vivienda, vestido, salud e incluso educación, etc.

d) Términos que aún perteneciendo al lenguaje común y al jurídico, tienen una mayor carga jurídica y que los diferencia del término común. Por ejemplo: la causa del contrato; el término “causa” en el lenguaje común resultaría totalmente ininteligible, ya que no se refiere a la causa por la que se realiza el contrato; sino al requisito esencial para que se pueda celebrar el contrato, que es la licitud o ilicitud del móvil que tienen las partes para contratar.

e) Términos con doble pertenencia al lenguaje común y jurídico con significados absolutamente diferentes en ambos. Así encontramos:

- (1) Los deudores obligados solidariamente: Solidario, en el LC significa “asociado a algo o que colabora en algo”, y en el LE no significa que los deudores colaboren entre sí, sino que el acreedor puede demandar el pago de la deuda a cualquiera de los deudores por completo.
- (2) La prescripción: En el LC se refiere a una orden o consejo; sin embargo, en el LE no se refiere a eso, sino la adquisición o extinción de un derecho por el transcurso de un determinado periodo de tiempo.

Como se puede observar, la línea de división entre la lengua común y el lenguaje jurídico es muy confusa, por lo que resulta fundamental conocer bien ambos lenguajes.

Otra peculiaridad del discurso jurídico es la diferenciación entre los elementos textuales y los elementos extratextuales. Son parte fundamental de los elementos textuales los distintos tipos textuales —a los que hemos hecho alusión en el capítulo anterior— y el grado de especialización de los mismos; por su parte, en el caso de los elementos extratextuales es fundamental el concepto de interpretación, que trataremos a continuación.

En lo relativo a la interpretación, podemos afirmar que la actividad legislativa —que consiste en promulgar leyes, dictar normas o compilar la Constitución—, la actividad jurisdiccional —que consiste en resolver conflictos concretos mediante sentencias, etc.— y la Administración —que crea constantemente textos jurídicos escritos tales como certificados, licencias, inscripciones registrales, etc.— utilizan un lenguaje jurídico cuyos conceptos o ideas pueden expresarse de formas diferentes. Por ello, un jurista sabe que dicho lenguaje necesita siempre una interpretación, lo cual se pone de manifiesto en las palabras de M. Pasquau, (1996:12):

La interpretación jurídica (de normas, contratos, de testamentos, etc.) es la peculiar manera de enfrentarse a un texto jurídico: en ella se parte siempre de una proposición (o conjunto de proposiciones), y se trata, no de “averiguar un significado”, sino más bien de otorgárselo: si hay algo claro en Derecho es que los textos jurídicos no son lo que dicen, es decir, su sentido literal, sino “lo que debe entenderse que dicen”, es decir, su interpretación.

Dicha afirmación se ve claramente reflejada en el Código Civil en su artículo 3 y en sus artículos 1.281 y siguientes:

Artículo 3:

1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.
2. La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la Ley expresamente lo permita.

DE LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS

Artículo 1281.

Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas.

Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas.

Por último, y antes de profundizar en las características particulares del lenguaje jurídico español y alemán, estimamos necesario exponer los principales problemas que éste puede plantear. El lenguaje del Derecho tiene un grado de especialización formal y semántico muy elevado, por lo que es necesario estudiar y conocer el área de especialización antes de poder entender el texto. En este sentido, M. Pasquau afirma que (1997:17): “en materia de Derecho es absolutamente imprescindible conocer qué función, qué importancia y qué características tiene el *tipo de texto* que se está traduciendo”¹¹². Cabe añadir que en muchas ocasiones se cometen errores en la redacción de los textos, lo que entraña ciertas dificultades para el traductor. Para ello, J. M. Lastra plantea este problema cuando aclara (2003:1):

Las constantes imprecisiones en el uso del lenguaje jurídico, por parte del legislador, al conceptualizar las ideas y plasmarlas en los textos jurídicos, originan, frecuentemente, incompatibilidades, incoherencias y antonimias.

Partiendo de esta afirmación, podemos deducir que este problema afecta tanto al traductor como al especialista. El uso inadecuado o erróneo del lenguaje jurídico dificulta la comprensión del texto. En este sentido hemos de aclarar que el lenguaje jurídico no tiene una única forma, sino que tiene tantas formas como ramas jurídicas y administrativas, o lo que es igual, tantas como géneros textuales existen; es decir, que existe un lenguaje jurídico, un lenguaje judicial, un lenguaje legal, un lenguaje administrativo, un lenguaje notarial, etc.

¹¹² Ésta es la primera barrera con la que se encuentra el traductor del texto, pero, como veremos, no la única.

Como resultado de lo expuesto en los párrafos precedentes podemos afirmar que el lenguaje jurídico-administrativo, además de las dificultades que presenta por pertenecer a un área de especialidad como es el Derecho; plantea otras dificultades que comprenden la variedad textual, la pertenencia de sus términos especializados tanto a la lengua común como al lenguaje jurídico; el uso inadecuado de los mismos, y sobre todo, las dificultades que entraña su comprensión. Para evitar estos problemas, es importante conocer bien las características que configuran este tipo de lenguaje; sus peculiaridades lógicas, léxicas, sintácticas y morfológicas.

2.2. Características del lenguaje jurídico español.

En el caso de España, las principales características que debería tener todo lenguaje jurídico vienen definidas en el Reglamento Notarial¹¹³ de fecha 2 de febrero de 1944, Art. 148, título IV, capítulo I:

Los instrumentos públicos deberán redactarse necesariamente en español empleando en ellos un estilo claro, puro, preciso, sin frase ni término alguno oscuros ni ambiguos, y observándose, de acuerdo con la Ley, como reglas imprescindibles, la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma.

A partir de esta normativa, es evidente la redacción de este tipo de textos, aunque hemos de tener en consideración que no siempre se ha seguido esta normativa, pues es relativamente reciente. Sin embargo, la claridad, la precisión y la lógica priman en los textos jurídicos, como veremos a continuación.

A raíz de esta afirmación, expondremos una clasificación de las características del lenguaje jurídico español elaborada por E. Ortega, M. Doblas y S. Paneque (1996), quienes analizan el español jurídico desde un punto de vista lingüístico, pero sin olvidarse de los aspectos extralingüísticos, pues, como afirman los autores (1996: 23),

El lenguaje jurídico es un lenguaje especializado que hunde sus raíces en la tradición cultural de cada pueblo, de ahí que sea tan

¹¹³ Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/>.

importante contrastar las opiniones que de este lenguaje tienen tanto juristas, como lingüistas.

Nivel léxico-semántico

—*La terminología jurídica.*

El discurso jurídico presenta una terminología propia que lo diferencia del discurso científico y A. Quilis señala dos tipos de términos jurídicos (1978: 325):

1. Términos jurídicos “per se”, es decir, originariamente jurídicos, no derivados de términos comunes, sino integrados en la lengua común desde sus orígenes. Son los que utiliza el hombre desde que es miembro de una sociedad en la que compra, vende, intercambia objetos, transmite los bienes al morir, contrae matrimonio, etc. los términos jurídicos que llevan consigo todas estas acciones forman parte integrante de la lengua común desde su nacimiento.

2. Términos jurídicos procedentes de préstamos –también jurídicos– de otras lenguas. Cuando hubo necesidad de explicar nuevos términos porque así lo exigía el desarrollo de la ciencia jurídica, hubo necesidad de acudir a otras lenguas para tornar en préstamo los suyos (...).

Como bien afirma Quilis, la mayor parte de los términos jurídicos¹¹⁴ provienen del lenguaje común, del lenguaje utilizado por los hombres en su vida diaria. Sin embargo, existen términos pertenecientes a otras lenguas, y no sólo a lenguas actuales, sino también a lenguas antiguas de las que proviene el castellano, como son los latinismos, anglicismos, arcaísmos, etc.

- a) Latinismos y cultismos: el español jurídico está muy unido a la tradición cultural occidental, es decir, al Derecho Romano, y de ahí la existencia de latinismos. A estos latinismos se les llama “cultismos jurídicos” y aparecen en los textos, tanto en su forma original, como “castellanizados”. Este uso aporta al documento un carácter arcaizante propio de este tipo de textos:

¹¹⁴ Al igual que hay variedad de términos jurídicos, éstos mantienen su significado en cada discurso jurídico, es decir, que aún existiendo distintos tipos textuales, los términos jurídicos mantienen su significado en cada uno de estos tipos textuales. Ello se debe a que en Derecho se busca la univocidad semántica, la economía léxica y la precisión conceptual o claridad.

Texto Latino	Texto Español
Cic.: mortis causâ patris sui; potio mortis causâ data; Cic. Clu 40: prima potiene mulierem sustuli ^{115t} .	La sucesión <i>mortis causa</i> implica el ingreso o sustitución uno acto, automáticamente, de una persona – el heredero- o el conjunto o universalidad de la relaciones jurídicas transmisibles al fallecer el causante ¹¹⁶ .
Plan. 17, 70.-II: quórum (<i>naturalium</i>) numeros mensurasque geometres persequitur et suppulat ¹¹⁷ .	Los delegados para efectos de constituir el <i>quórum</i> para deliberar y ¹¹⁸ ...
Usque ad hoc tempos ¹¹⁹	La comisión <i>ad hoc</i> legislativa que se encargará de acordar nuevos incentivos... ¹²⁰
Corpus iuris : corpus nullum civitatis nec senatus nec plebis concilium nec magistratus esse ¹²¹ .	El derecho de habeas <i>corpus</i> es el derecho que todo detenido tiene a que de forma inmediata sea puesto a disposición judicial ¹²² .
Jus vocandi o <i>vocationis</i> ¹²³	El <i>Ius variandi</i> es el derecho que posee el empleador de cambiar inconsultamente ciertas condiciones del contrato de trabajo ¹²⁴ .

b) Préstamos y extranjerismos: aunque muchos términos provienen de la propia lengua y además de ser el conservadurismo una de las características primordiales del español jurídico, utiliza igualmente términos que provienen del francés y del inglés en su mayoría y que se denominan galicismos y anglicismos.

¹¹⁵ Disponible en www.zeno.org. [Fecha de consulta: 28 marzo 2012].

¹¹⁶ Disponible en www.encyclopedia-juridica.com. [Fecha de consulta: 28 marzo 2012].

¹¹⁷ Disponible en www.zeno.org. [Fecha de consulta: 28 marzo 2012].

¹¹⁸ Disponible en Gerencie.com. [Fecha de consulta: 28 marzo 2012].

¹¹⁹ Disponible en www.zeno.org [Fecha de consulta: 28 marzo 2012].

¹²⁰ Disponible en La prensa gráfica [Fecha de consulta: 28 marzo 2012].

¹²¹ Disponible en www.zeno.org [Fecha de consulta: 28 marzo 2012].

¹²² Disponible en www.derecho.com [Fecha de consulta: 28 marzo 2012].

¹²³ Disponible en www.zeno.org [Fecha de consulta: 28 marzo 2012].

¹²⁴ Disponible en www.derecho.laguia2000.com [Fecha de consulta: 28 marzo 2012].

- c) Galicismos: debido al paralelismo en cuestiones jurídicas entre Francia y España, como hemos visto con el Código Civil, es lógico aceptar el hecho de que el español jurídico haya asimilado gran cantidad de galicismos. La gran mayoría de ellos no se castellanizan, sino que se mantienen en su forma original, como ocurre con *carnet*¹²⁵, *chalet*, bufete, etc.

Término francés	Término español
<i>à fond perdu</i>	a fondo perdido
<i>à titre onéreux</i>	a título oneroso
<i>agiotage</i>	agiotage
<i>force majeure</i>	fuerza mayor
<i>Aval</i>	aval

- d) Anglicismos: en su mayor parte, se utilizan en sustitución de otros términos arcaicos, o para nombrar algún concepto nuevo. En el *Manual de estilo del lenguaje administrativo* del MAP¹²⁶ se expone una clasificación de los tipos de anglicismos (1991:54):

Locuciones: en base a lo dispuesto en el Art.

Anglicismos léxicos: *leasing*

Anglicismos sintácticos: tipo soporte

Anglicismos semánticos, que intentan sustituir una palabra que expresa perfectamente el significado en español: fábrica por planta.

¹²⁵ Carnet: término adaptado por la RAE con la grafía española “carné”, aunque en la mayoría de documentos jurídicos sigue apareciendo en su forma original.

¹²⁶ Ministerio de Administraciones Públicas.

Término inglés	Término español
Arrest	arrestar / arresto
Boycott	boicoteo / boicot
Case	caso ¹²⁷
Cashflow	<i>cashflow</i>
death row	corredor de la muerte

e) Arcaísmos¹²⁸: este término es de difícil clasificación, ya que en muchas ocasiones se confunde con el de tecnicismo jurídico.

Arcaísmo + contexto	Explicación
Art. 506.1 C.P antiguo: Se impondrá en su grado máximo la pena señalada por la Ley al delito de robo en cada caso si concurrere alguna de las circunstancias siguientes.	Uso del pretérito perfecto de subjuntivo o de indicativo
Art. 920 C.C. Llamase doble vínculo al parentesco por parte de padre y de la madre conjuntamente.	Uso del futuro de subjuntivo con valor de condicional.
Primer otrosí Digo y Suplico, que a los efectos del artículo X de la Ley X, esta parte...	RAE: del lat. <i>Alterum</i> , otro y <i>sic</i> , así. 1. Además en lenguaje jurídico. 2. cada una de las peticiones o pretensiones que se ponen después de la principal.
Así lo proveí, por ante mí con testigos de asistencia...	Fórmula utilizada por notarios que significa que el acto jurídico del que ellos dan fe les consta.

f) Tecnicismos¹²⁹: la mayoría de los tecnicismos jurídicos provienen del latín y suelen tomarse también tecnicismos de otras fuentes léxicas de las que derivan dada la clara

¹²⁷ “Este debe ser uno de los anglicismos jurídicos recientes que han calado con más fuerza en el español, ya que la acepción de “pleito” o “proceso” no aparecen ni en el DRAE ni en el DUE” (ALCARAZ, 2009: 39).

¹²⁸ “Por arcaísmo entendemos una forma lingüística o construcción sintáctica anticuada con relación a un momento dado. El arcaísmo léxico confiere al estilo un matiz de amaneramiento y de énfasis retórico” (CALVO RAMOS, 1980:73).

¹²⁹ “(...) aquella palabra que posee un sentido concreto y determinado dentro de la jerga propia de un oficio, arte, industria o ciencia” (LÁZARO CARRETER, 1974: 338).

interdisciplinaridad del Derecho —como por ejemplo los términos “diligencia” o “débito”—:

Término jurídico	Etimología / área de conocimiento
acusador	accusatore, sust. masc. sing.
débito	área de conocimiento: Economía
de conformidad	derivado de CORCORDIS, adv. de modo.
demandar	DEMANDARE, v. trans., “reclamar, reivindicar”
embargo	área de conocimiento: Economía; derivado de IMBARRICARE, sust. masc. sing., “impedimento”.
heredero	Derivado de HEREDITARE, sust. masc. sing., “heredero”.
fiador /garante	área de conocimiento: Economía; FIDATORE, sust. masc. sing., “fiador”.

—*Formación de palabras*

En español jurídico se utilizan las mismas técnicas de formación de palabras que en la lengua común.

- a) Prefijos: los prefijos pueden tener dos tipos de valores distintos; denotativo, como por ejemplo, anteproyecto, o referencial, como ocurre con el término antedicho.

PREFIJO	RAIZ	TÉRMINO
ab-	dicare solvere iurare	Abdicar absolver abjurar
dis-	culpa conforme cerner	Disculpa disconforme discrecional
ex-	acción culpar cárcel	Exacción exculpar excarcelar
re-	pregunta incidencia querire	Repregunta reincidencia requerimiento
sub-	sedere arrendar	Subsidio subarrendar

b) Sufijos: En español jurídico es muy común el uso de los sufijos.

RAÍZ	SUFIJO	TÉRMINO
negocio competencia	-al	negocial competencial
prolijo habitual	-idad	prodigalidad habitualidad
ejecutar causa	-ción	ejecución causación
querellar causar	-ante	querellante causante

c) Composición:

NOMBRE	TIPO	RESULTADO
Sinapsia	sust.+prep.+sust	abuso de poder juicio de faltas libertad bajo fianza falsedad en documento público
disyunción	sust. + sust. sust. + adj. adj. + sust.	bien mueble plazo límite antecedentes penales vista oral falso testimonio Real Decreto
contraposición		cesión-arrendamiento coche-bomba concurso-oposición
aglutinamiento		Compraventa francotirador poderdante
compuestos cultos		Necrófabo homicida multipropiedad toxicología

—*Fórmulas fraseológicas y léxicas.*

Debido al conservadurismo y a la tradición del Derecho, existe la tendencia a utilizar ciertas fórmulas arcaicas y propias de este tipo de discurso. Ejemplos:

- (1) De conformidad con lo expuesto en el artículo XX...
- (2) En prueba de conformidad con cuanto antecede...
- (3) El tribunal procederá a descontar y retener...

—*Aforismos.*

Los aforismos¹³⁰ del español jurídico vienen del Derecho Romano y son concisos y breves. Pueden aparecer en latín o traducidos al castellano:

LATÍN	ESPAÑOL
<i>Contractus initio sunt voluntatis, ex post facto necessitatis</i>	Los contratos al principio son de la voluntad, y una vez hechos son de necesidad
<i>A contrario sensu</i>	En sentido contrario
<i>Accesorium sequitur principale</i>	Lo accesorio depende de lo principal y sigue la suerte de éste
<i>Acta publica probanti se ipsa</i>	Los instrumentos públicos se prueban por sí mismos
<i>Causa causae causa causati</i>	La causa de la causa es causa del mal causado
<i>Dura lex, sed lex</i>	La ley es dura, pero es la ley
<i>Error in indicando</i>	Error judicial de fondo
<i>Ibidem</i>	En el mismo lugar
<i>Ignorantia facti, non iuris excusatur</i>	Se excusa la ignorancia del hecho, mas no la del derecho

¹³⁰ “El aforismo, en general, es una definición; evita una explicación y muchas veces expresa un principio que domina en numerosas disposiciones de una ley. La mayoría de los aforismos fueron tomados del Derecho Romano; se caracterizan por su concisión, brevedad y elegancia en su enunciación” (QUILIS, 1978:323).

—*Eufemismos.*

Con los eufemismos se evitan palabras tabú, ya sean incómodas o desagradables y se emplean otras a las que no se les haya conferido ninguna connotación. S. Ullmann (1972) clasifica los eufemismos jurídicos en tres grupos según la connotación psicológica a la que están vinculados, es decir, unos debidos al miedo, otros a la delicadeza y otros por decencia y decoro.

Razón	Término / eufemismo
Desprestigio social	Vejez - ancianidad
Evocaciones penosas	El muerto – el causante
Términos pertenecientes al campo semántico del “amor” o de las relaciones interpersonales.	Criada – empleada del hogar

—*Parejas de sinónimos.*

El lenguaje jurídico pretende alcanzar la exactitud conceptual, por lo que en él abundan parejas de sinónimos en todos los idiomas. En español se producen los siguientes tipos de sinonimia:

SINONIMIA TOTAL	SINONIMIA DE PROXIMIDAD	SINONIMIA DE SINTAGMAS	SINONIMIA DE LOCUCIONES
daños y perjuicios	cargas y gravámenes	serán nulos y no surtirán efecto	se cita, llama y emplaza a ...
Premios y recompensas	Legados y derechos	Cesación o término de la vida	Así lo pronunció, mandó y firmó.
Dono, otorgo y lego	Actor y demandante	Debo condenar y condeno...	Designo, constituyo y nombro...

—*La elipsis del español.*

En español jurídico se pretende que no se repitan términos o locuciones empeladas con anterioridad; por eso encontramos con frecuencia términos como “aludido”, “mencionado”, “mismo, etc.

Nivel morfosintáctico

En el plano morfosintáctico, cabe distinguir el empleo de formas nominales, formas verbales, la fraseología y las figuras retóricas.

—*Formas nominales.*

- a) **Sustantivos:** el lenguaje jurídico español se caracteriza por la gran acumulación de sustantivos. Con esta sustantivación de las oraciones, se obtiene mayor precisión y claridad en el discurso. Ejemplos:

(1) El tribunal decretará el sobreseimiento de un pleito cuando no sea posible determinar las pretensiones del actor.

(2) Las relativas a la mejora de las condiciones de trabajo, fomento de productividad, seguridad e higiene y bienestar social... y los métodos de conciliación, mediación y arbitraje voluntario.

- b) **Perífrasis de verbo vacío más sustantivo:** esta característica sirve igualmente para marcar el carácter nominal del lenguaje jurídico. Ejemplo:

(...) determinó poner a disposición al presunto responsable ante el Tribunal Supremo (...)

- c) **Adjetivos:** con los adjetivos se acentúa la precisión del discurso y suelen reiterarse con frecuencia. Ejemplos:

(1) Considerando los estrechos vínculos históricos y de amistad entre ambas naciones...

(2) De acuerdo con la condición primera anterior, deberán suspenderse...

- d) Adjetivo o pronombre de identidad “mismo”: el uso del pronombre “mismo”¹³¹ en el lenguaje jurídico español es muy frecuente. Se utiliza para señalar al objeto y lo reitera. Ejemplo:

El presidente del Tribunal Constitucional será nombrado entre sus miembros por el Rey, a propuesta del mismo Tribunal en pleno y por un...

- e) Artículo: su uso tiene un valor actualizador, presentador y enfático.

El enajenado y el que se haya en situación de trastorno mental transitorio...

- f) Demostrativos: se utilizan con valor anafórico y con cierta frecuencia se introduce un pronombre posesivo entre el demostrativo y el sustantivo para darle más valor arcaizante.

Ejemplo:

Para cumplir y pagar este mi testamento y lo en el contenido, nombro por mis albaceas testamentarios, fideicomisarios, tenedores de bienes a los Sres...

—Formas verbales.

El español jurídico se caracteriza por el uso de las formas no personales del verbo, la voz pasiva y tiempos del subjuntivo.

- a) Parejas de verbos: suelen utilizarse parejas de verbos tanto sinónimos como antónimos de forma prefijada. Ejemplo:

Se ausentó y desapareció

- b) El tiempo y el modo del verbo:

- I. Subjuntivo: tiempo de la subordinación y de la irrealidad. Se utilizan todos los tiempos del subjuntivo. En el caso del futuro de subjuntivo —muy frecuente—, se utiliza para expresar una acción futura hipotética no acabada

¹³¹ La Real Academia opina que el término “pronombre” para designar a “mismo” es incorrecto. Sin embargo, en el lenguaje jurídico se utiliza de esta manera.

en el momento del presente o del futuro. Se utiliza con oraciones condicionales. Son propias del lenguaje jurídico y se mantienen debido al carácter preceptivo del mismo —orden, permiso, mandato, prohibición—.

Ejemplos:

- (1) “Si la parte repudiada fuere la legítima, sucederán a ella los coherederos por su derecho propio, y no por el derecho de acrecer” CC. Art. 985.
- (2) “El deudor, que hubiere consentido en la cesión de derechos hecha por un acreedor...” CC. Art. 1198.

II. Formas no personales del verbo para la despersonalización oracional:

- (1) Infinitivos con valor de imperativos: “firmar” en lugar de “firme”.
- (2) Participio presente con valor de adjetivo o sustantivo: “las partes contratantes”.
- (3) Participio pasado: “instruido el expediente”
- (4) Gerundio. Su uso aporta pesadez y ambigüedad al discurso: “resultando que...”, “nombrando”.

III. Formas de mandato: para ello se utilizan perífrasis de sentido obligatorio, futuro de mandato, presente de imperativo e imperativo:

Como consecuencia de la infracción del art. 81 del Tratado CE por parte de REPSOL, se condene a la demandada a indemnizar a TAYGRAO, por los daños y perjuicios ocasionados, con la cantidad que **habrá de ser fijada** en el periodo de ejecución de Sentencia , y a la vista de los que **se practicará** en el periodo probatorio, y cuyas bases, conforme a lo dispuesto por el art. 219 LEC, **resultará** de multiplicar el número de litros anuales suministrados por REPSOL a TAYGRAO desde el 1 de enero de 2002 hasta el día 4 de enero de 2010, por la diferencia media anual existente, para cada periodo, entre el precio medio anual de los suministros fijados por REPSOL a TAYGRAO (deducidos el importe de los Impuestos y de las comisiones) y los precios de venta medios anuales aplicados por otros proveedores del

mercado debidamente autorizados a estaciones de servicio sin bandera y/o con contratos de suministros en exclusiva en régimen de reventa referenciado a Platt,s ubicadas en la Comunidad Valenciana. Cantidad resultante que **habrá de ser incrementada** con los intereses correspondientes.

IV. Formas no personales de las perífrasis verbales: “viene realizando”, “deberán negociar”, etc.

c) Abundancia de enlaces o nexos.

Las normas de defensa de la competencia se articulan en un doble sistema de fuentes, uno nacional, contenido básicamente por la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) y otro el comunitario europeo, basado en los arts. 81 y 82 TCEE, **que** disciplinan, en sus respectivos ámbitos , los diferentes aspectos del Derecho de la competencia, **como** son , **en primer lugar**, la represión de práctica colusorias entre empresas, **o** autorización de ciertas colusiones en supuestos excepcionales, **en segundo lugar**, la prohibición del abuso de posición de dominio, **en tercer término** , el control sobre concentraciones económicas, **y en cuarto y último lugar**, el control sobre ayudas públicas a ciertas actividades económicas concurrenciales. **Por tanto**, la cuestión litigiosa se centra fundamentalmente en **si** el contrato enjuiciado es contrario al Derecho europeo de la competencia, **y en concreto** al art. 81.1 TCE **y** la normativa **que** lo desarrolla. **Aún cuando** se han producido cambios por el Tratado de Lisboa en la nomenclatura del Tratado Constitutivo de la comunidad Europea (TFUE), también en la numeración (art. 101 TFUE), la presente Resolución se va a referir a las antiguas denominaciones **y** numeración, **tal y como** se aluden por las partes **y** siguiendo lo explicitado por la sentencia de la Iltma. AP. de Madrid, Sección 28º, de fecha 30 de marzo de 2010.

d) La voz pasiva: tanto refleja, como impersonal “se”. Ejemplo:

“Contra este acuerdo no cabe interponer ningún recurso, aunque los interesados podrán realizar las alegaciones que se opongan al mismo, sin perjuicio de poder recurrir la Resolución que ponga fin a este procedimiento ante el Istmo. Sr. Director General... de acuerdo con lo dispuesto en el Capítulo ... de la Ley ... de fecha ... de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común. (B.O.E. nº285 de 27 de noviembre)”

—*Fraseología jurídica.*

El discurso jurídico español se caracteriza por el uso de oraciones complejas y de tres tipos¹³²:

a) Frases extensas y periodo amplio. Ejemplo:

Primero.- Mi representada es un Despacho de Abogados dedicada a la prestación de servicios jurídicos de todas clases a empresas y particulares; realización de dictámenes y estudios jurídicos, su divulgación y desarrollo de ponencias técnico-jurídicas, etc., según consta en la información del Registro Mercantil obtenida vía Internet, cuya copia adjunto acompaño como documento nº2, dejando designados los archivos del Registro mercantil, para el caso de que fuese necesario a efectos probatorios

b) Frases breves. Ejemplo:

La comparecencia en juicio debe realizarse por medio de Procurador, con la asistencia de Abogado

c) Frases formularias. Ejemplos:

- (1) A propuesta de ... y de conformidad con lo dispuesto en la Orden..., este Ministerio ha acordado...
- (2) Expone
- (3) Lo que digo a XX de XX de XX para su conocimiento y efectos oportunos

— *Figuras retóricas: anacoluto e hipérbaton*

El anacoluto es la figura retórica por la cual se produce una ruptura de la estructura gramatical tradicional de la oración. En el discurso jurídico se presentan abundantes discordancias en las frases, debido a que las

¹³² Ejemplos obtenidos de demandas formuladas por el despacho de abogados AA de Fortuny 2006-2008.

oraciones suelen ser largas y se desestructuran, a veces por descuido, o a veces por desconocimiento de la norma. Ejemplo:

Ante lo que el hecho de la hipotética reversibilidad de esta situación dice tanto como lo que podría también afirmarse cuando cualquier otra lesión alcanza, posteriormente, la curación.

Junto al anacoluto, la figura retórica más frecuente en los textos jurídicos es el hipérbaton, o alteración del orden sintáctico habitual de la oración. Ejemplo:

El oficio recibido a los autos de su razón, expídase cédula de citación al agente judicial para la citación del acusado y oficios al centro penitenciario y comisaría de policía para el traslado del acusado a este juzgado

Nivel ortográfico y estilo

—El uso de las mayúsculas

El español jurídico usa con frecuencia las mayúsculas con fines enfáticos o clarificadores. J. de Pedro realiza una clasificación del uso de las mayúsculas en la Constitución española (1991: 153):

- a) Usos justificados por tratarse de nombres propios o topónimos, denominaciones orgánicas o de instituciones superiores o de términos anfibológicos como Estado o Constitución.
- b) Pero existen otros casos en los que las mayúsculas están injustificadas (Nación, Juez ordinario, Magistrados, etc.) cuando se emplean de forma general.

Según este autor, en los escritos jurídicos deben usarse con mayúscula (1991: 156):

- a) Los títulos y nombres de dignidad, los nombres o apodos con los que se denomina a determinadas personas. “El Rey”
- b) Los nombres de instituciones y órganos superiores del Estado y la letra inicial de los adjetivos que componen el nombre de una institución. “ El Ministerio de Justicia”
- c) La numeración romana y las siglas.

d) La cita del título oficial de otras disposiciones legales. “...según Real Decreto de fecha ...”

e) El uso de la mayúscula con valor enfático debe limitarse a aquellas palabras de gran valor simbólico en el régimen democrático (Constitución, Estado de Derecho, etc.).

—La ortografía de palabras de otras lenguas

En los documentos jurídicos españoles, si se introduce un término en otro idioma, se deberá respetar su grafía y utilizar comillas o cursiva. Para algunos autores como J. de Pedro (1991:146), “son preferibles las comillas”, mientras que en el *Libro de estilo interinstitucional*¹³³ de la Unión Europea, se recomienda la cursiva para la mayoría de las palabras extranjeras: las consecuencias del *Apartheid*; los frutos de la *Ostpolitik*; *Wexford*; *Thomas*; *Bundestag*.

—Estilo.

Como norma general, el texto jurídico español se caracteriza por el convencionalismo de sus formas como se observa en el tono de cortesía, en el lenguaje tradicional —arcaico y lleno de latinismos— en las formas verbales hipotéticas y de mandato, etc.; que proceden de las características morfológicas que tiene.

Por otro lado, en el lenguaje jurídico español se utilizan con mucha frecuencia fórmulas de tratamiento y título; se intenta impersonalizar las frases utilizando la tercera persona del singular refiriéndose al ciudadano en general; se utiliza un estilo prohibitivo, en el que abundan las frases negativas; y se reitera con sinónimos y parejas sintácticas significados para mayor precisión.

Junto a esto, cabe señalar, a modo de resume, el carácter nominal, la abundancia de oraciones subordinadas muy extensas y confusas —si bien se

¹³³ Disponible en: <http://publications.europa.eu/code/es/es-5010100.htm> [Fecha de consulta: 4 de abril de 2012].

intenta que no sea así en los textos normativos, pues éstos han de ser muy claros y precisos para su aplicación—, o la acumulación de locuciones y circunloquios retóricos —propios del estilo arcaizante de este tipo textual—. En definitiva, es un estilo que carece de sencillez.

2.3. Características del lenguaje jurídico alemán.

El alemán jurídico, al igual que el español, proviene de la tradición romano-germánica, por lo que presenta similitudes en cuanto a su lenguaje y campo conceptual. Posee características propias, como son las construcciones nominales, la sustantivación y la voz pasiva, entre otras; es un lenguaje abstracto, generalmente esquemático y objetivo. Para su clasificación, utilizaremos la realizada por M. Beltrán (2002: 141 ss.) por ser la más completa a nuestro entender¹³⁴ adaptándola al esquema planteado por nosotros:

Nivel léxico-semántico

En el plano léxico-semántico, cabe señalar las siguientes características:

a) Uso de abreviaturas y acrónimos. Ejemplos:

ABREVIATURA	DEFINICIÓN
EEA	Einheitliche Europäische Akte
EEF	Europäischer Entwicklungsfonds
EZU	Europäische Zahlungsunion

¹³⁴ Cfr. G. G. SANDER (2004: 5 ss.).

b) Uso de siglas y nominalización. Ejemplos:

SIGLAS	DEFINICIÓN
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung.
EFRE	Europäischer Fonds für regionale Entwicklung.
EAGFL	Europäische Ausrichtungs- und Garantiefonds für die Landwirtschaft.

c) Construcciones verbales analíticas o complejas. Ejemplos:

PREFIJO	RAIZ	TÉRMINO
er-	lassen suchen mächtigen	erlassen ersuchen ermächtigen
ver-	pflichten	verpflichten
zu-	leiten	zuleiten
ab-	lehnen	ablehnen
ein-	berufen	einberufen
durch-	führen	durchführen

d) Uso de formas no personales del verbo, generalmente participio. Ejemplos:

Mit Vertrag vom 19.04.2004 verkaufte die Beklagte die D.-N.-Gruppe (ohne das Geschäftsfeld Kunststoffe) an mehrere Akquisitionsgesellschaften der R.-Gruppe, ein US-amerikanisches Chemieunternehmen. In Section 15 para 2 lit. (c) des Kaufvertrages ist als Vollzugsbedingung eine Zustimmung der Hauptversammlung zu dem Vertrag **festgelegt**.

Zwar hat das Oberlandesgericht Frankfurt /Main ein stillschweigendes Abtretungsverbot bei Vereinbarung eines Bankgeheimnisses **angenommen**.

In den Diskussionsveranstaltungen habe er die Militarisierung der Szene **gefördert**.

e) Uso pronunciado de adverbios:

Da in Fällen der vorliegenden Art sich nur **ausnahmsweise** eine ausdrückliche Verabredung der Beteiligten zur Vornahme der unerlaubten Handlung oder eine ausdrückliche Zusage eines Beteiligten zur Hilfeleistung feststellen lassen wird, ist es

entscheidend, ob sich aus den gesamten Umständen des konkreten Einzelfalles ausreichende Anhaltspunkte für die Beteiligung an der unerlaubten Handlung eines Dritten ergeben

Damit hat das BVerfG nicht nur die weitere Anwendung verfassungswidrigen Rechts erlaubt, sondern **gleichzeitig** wegen des festgestellten legislatorischen Defizits ein an der Verfassung orientiertes Übergangsrecht geschaffen, das nach § 31 BVerfGG **verbindlich** ist.

Weiterhin behauptet der Antragsteller, er sei **unfreiwillig** nach Birstein verbracht worden, um ihn dadurch **zeitweilig** dem anwaltlichen Beistand zu entziehen.

f) Palabras o construcciones léxicas latinizantes. Ejemplos:

LATÍN	ALEMÁN
<i>directories</i>	Direktorium
<i>committere – commissus</i>	Kommission
<i>prinzipium</i>	Prinzip
<i>cohaesum, cohaerere y profundus</i>	Kohasionsfonds
<i>Petition</i>	Petition
<i>petitio y aequitas, iudicium, germ. rehta</i>	Petitionsrecht

g) Términos exclusivamente jurídicos¹³⁵. Ejemplos:

TÉRMINO JURÍDICO	DEFINICIÓN TÉCNICA
Grunddienstbarkeit	Die Grunddienstbarkeit ist die Einschränkung des Nutzungsrechts eines Grundstückes zugunsten des Inhabers eines anderen Grundstückes. Der Grundstücksinhaber des belasteten Grundstückes muss einzelne Handlungen auf dem Grundstück dulden oder darf bestimmte Handlungen darauf nicht vornehmen.
Niessbrauch	Belastung einer Sache, eines Rechts oder eines Vermögens dergestalt, dass ein Nichteigentümer berechtigt ist, die Nutzungen (<u>Miete</u> , <u>Zinsen</u>) zu beanspruchen.

¹³⁵ Términos obtenidos de www.rechtslexikon-online.de [Fecha de consulta: 4 de abril de 2012].

TÉRMINO JURÍDICO	DEFINICIÓN TÉCNICA
Ersitzung	<p>Als Ersitzung bezeichnet man den gesetzlichen Eigentumserwerb durch Zeitablauf.</p> <p>Hat jemand eine bewegliche Sache gutgläubig zehn Jahre lang in Eigenbesitz, kann er Eigentum an der Sache erwerben, das heißt der Ersitzende muss die Sache als ihm gehörend besessen haben und darf nicht gewusst haben, dass ihm das Eigentum an der Sache nicht zusteht (zum Beispiel: vermeintliches Geschenk).</p> <p>Der bisherige Eigentümer hat gegen den Ersitzenden keinen Anspruch auf Herausgabe der Sache, da die Ersitzung einen rechtlichen Grund für den Eigentumserwerb darstellt.</p>

h) Léxico perteneciente al lenguaje especializado y al lenguaje común. En tal caso, el término general varía su significado.

Ejemplos:

TÉRMINO	LENGUAJE GENERAL	LENGUAJE JURÍDICO
Vertrag-	Schriftliche Übereinkunft	Abgeschlossenes Rechtsgeschäft
Klage-	Jammern	Klage bei Gericht einreichen

i) Composición sintagmática. Ejemplos:

Primer término: elemento nominal simple que complementa al segundo término	Primer término: elemento nominal derivado que expresa intrínsecamente la finalidad del segundo término	Composición nominal (primer término: adjetivo/adverbio/partícula)
Gebietskörperschaft, Grundlage, Wahlrecht, Friedensangebot, Schmerzensgeld, Staatenbund, Schutzklausel, Beschlussverfahren, Menschenrechte, Kapitalverkehr, Grundfreiheit.	Ausrichtungsfonds, Entwicklungsstand, Durchführungsfonds, Durchgühtungsvorschrift, Einwanderungspolitik, Zahlungsverkehr, Abstimmungsverfahren, Vermittlungsausschuss.	Zentralbank, Unionsbürger, Hoheitsgebiet, Kommunalwahlen, Drittländswährung, Anleihebürgschaft.

j) Sustantivación. Ejemplos:

VERBO	SUSTANTIVO
Niederlassen	Niederlassung
Erbringen	Erbringung
Zulassen	Zulassung
Beschränken	Beschränkung
Anpassen	Anpassung

k) Derivación por prefijos

PREFIJO	RAIZ	TÉRMINO
an-	Lage	Anlage
auf-	Sicht	Aufsicht
be-	Schluss Treuer	Beschluss Betreuer
ein-	vernehmen	Einvernehmen
vor-	Schrift liegen	Vorschrift Vorliegen

Nivel morfosintáctico

En lo relativo al conjunto de elementos y reglas utilizados en la construcción de oraciones, el lenguaje jurídico alemán tiene las siguientes características:

—*Repetición.*

Se trata de una técnica para enfatizar y legitimar el texto. Sirva como ejemplo los siguientes fragmentos:

- (1) Der Rat erlässt einstimmig **auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments** und das Wirtschafts- und Sozialausschusses Richtlinien für die Ausgleichung Rechts- und

Verwaltungsvorschriften, die sich unmittelbar auf die Einrichtung oder das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes auswirken. (Schlussanträge des Generalanwalts Tizzano vom 16. Januar 2003. Art. 94).¹³⁶

- (2) Der Rat legt einstimmig **auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments** und Stellungnahme des Rechnungshofs Folgendes fest.(EG-Vertrag. 5. Teil. Titel II. Art. 279)¹³⁷

—*Formas verbales.*

Es característico del lenguaje jurídico alemán el uso del presente simple, de la voz pasiva y de los verbos modales, como se puede apreciar en los siguientes ejemplos:

- (1) Die Mitgliedstaaten **betrachten** ihre Wirtschaftspolitik als eine Angelegenheit von gemeinsamen Interesse und koordinieren sie im Rat nach Massgabe des Artikels 120. (Artikel 121 AEUV)¹³⁸.
- (2) Der Rat **erstelt** mit qualifizierter Mehrheit auf Empfehlung der Kommission einen Entwurf für die Grundzüge der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft und erstattet dem Europäischen Rat hierüber Bericht (Artikel 103 EGV Maastricht)¹³⁹.

¹³⁶ “El Consejo decreta por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y de las directrices del Comité de Asuntos Sociales y Económicos, la compensación de las prescripciones jurídico-administrativas que repercuten de forma inmediata en la fundación y funcionamiento del Mercado Común. (Conclusión del abogado del Estado Tizzano de fecha 16 de enero de 2003. Art. 94)”.

¹³⁷ “El Consejo establece por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y toma de posición del Tribunal de Cuentas lo siguiente. (Tratado de Roma. Parte 5º. Título II. Art. 279)”.

¹³⁸ “Los Estados miembros considerarán sus políticas económicas como una cuestión de interés común y las coordinarán en el seno del Consejo, conforme a lo dispuesto en el artículo 120. (Art. 121 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea)”.

¹³⁹ “El Consejo, por mayoría cualificada y sobre la base de una recomendación de la Comisión, elaborará un proyecto de orientaciones generales para las políticas económicas de los Estados miembros y de la Comunidad y presentará un informe al respecto al Consejo Europeo. (Art. 103 del Tratado de Roma)”.

- (3) Der Europäische Rat **erörtert** auf der Grundlage dieses Berichtes des Rates eine Schlussfolgerung zu den Grundzügen der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten und der Union. (Art. 121 AEUV)¹⁴⁰.
- (4) **Wird** im Rahmen des Verfahrens nach Absatz 3 **festgestellt**, dass die Wirtschaftspolitik eines Mitgliedstaats nicht mit den in Absatz 2 genannten Grundzügen vereinbar ist oder das ordnungsgemäße Funktionieren der Wirtschafts- und Währungsunion zu gefährden droht, so **kann** die Kommission eine Verwarnung an den betreffenden Mitgliedstaat **richten**. (Art. 121 AEUV)¹⁴¹.
- (5) Das Europäische Parlament und der Rat **können** gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren durch Verordnungen die Einzelheiten des Verfahrens der multilateralen Überwachung im Sinne der Absätze 3 und 4 **festlegen**. (Art. 125 AEUV)¹⁴²

—*Sustantivaciones verbales y sintagmas preposicionales.*

Es frecuente el empleo de sustantivos derivados de formas verbales + preposición y de sintagmas preposicionales:

- (1) **Auf Empfehlung** des Rates, der **mit qualifizierter Mehrheit** beschliesst, erteilt das Europäische Parlament der Kommission Entlastung **zur Ausführung** des Verwaltungshaushaltsplans. (Titel III, Art. 78g AEUV)¹⁴³.

¹⁴⁰ “Sobre la base del informe del Consejo, el Consejo Europeo debatirá unas conclusiones sobre las orientaciones generales de las políticas económicas de los Estados miembros de la Unión. (Art. 121 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea)”.

¹⁴¹ “Cuando, con arreglo al procedimiento establecido en el apartado 3, se compruebe que la política económica de un Estado miembro contradice las orientaciones generales mencionadas en el apartado 2 o puede poner en peligro el correcto funcionamiento de la unión económica y monetaria, la Comisión podrá dirigir una advertencia a dicho Estado miembro”.

¹⁴² “Si fuese necesario, el Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá especificar las definiciones para la aplicación de las prohibiciones a las que se refieren los artículos 123 y 124 y el presente artículo. (Art. 125 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea)”.

¹⁴³ “El Parlamento Europeo, por recomendación del Consejo, que decidirá por mayoría cualificada, aprobará la gestión de la Comisión en la ejecución del presupuesto administrativo. (Art. 78g del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea)”.

- (2) Das Europäische Parlament kann **vor der Entlastung** sowie auch **zu** anderen Zwecken **im Zusammenhang mit der Ausübung** ihrer Haushaltsbefugnisse auffordern, Auskunft **über die Vornahme** der Ausgaben oder die Arbeitsweise der Finanzkontrollsysteme **zu** erteilen. (Art. 206 AEUV)¹⁴⁴.

—*Uso del genitivo.*

El carácter sintético de la lengua alemana en general, y del lenguaje jurídico en particular, propicia el uso frecuente de las formas de genitivo, lo que redundará en la nominalización característica de los textos jurídicos:

Bei zwingender Notwendigkeit aufgrund **der Entwicklung der Lage** und mangels **einer Entscheidung des Rates** können die Mitgliedstaaten unter Berücksichtigung **der allgemeinen Ziele der gemeinsamen Aktion** die erforderlichen Sofortmassnahmen ergreifen. (Titel V, Art. J.3)¹⁴⁵

Según lo expuesto en los epígrafes 2.2. y 2.3., ambos lenguajes jurídicos —el español y el alemán— poseen similitudes morfosintácticas y terminológicas, si bien es cierto que cada uno de ellos posee sus propias particularidades.

El presente estudio, no obstante, se centra en un tipo textual determinado —la sentencia judicial—, por ello las páginas siguientes analizarán las peculiaridades del lenguaje judicial, el cual podría considerarse un sub-lenguaje especializado, dentro del lenguaje jurídico, es decir, un

¹⁴⁴ “Antes de aprobar la gestión de la Comisión, o con cualquier otra finalidad relacionada con el ejercicio de las atribuciones de ésta en materia de ejecución del presupuesto, el Parlamento Europeo podrá solicitar explicaciones a la Comisión sobre la ejecución de los gastos o el funcionamiento de los sistemas de fiscalización financiera. (Art. 319. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea)”.

¹⁴⁵ “En caso de imperiosa necesidad derivada de la evolución de la situación y a falta de una decisión del Consejo, los Estados miembros podrán adoptar con carácter de urgencia las medidas necesarias, teniendo en cuenta los objetivos generales de la acción común”.

“lenguaje de especialidad dentro de otro lenguaje de especialidad”, como es el jurídico.

2.4. El lenguaje judicial, lenguaje de especialidad del lenguaje jurídico.

Como se ha expuesto con anterioridad, el lenguaje jurídico tiene unas características peculiares que lo definen y delimitan. Sin embargo, y centrándonos en el objeto de estudio de este trabajo, cabe afirmar que dentro del lenguaje jurídico existen tantos sub-lenguajes especializados como ramas tiene el Derecho. En este sentido, M. J. Gandasegui afirma (1998: 146):

El lenguaje jurídico es un lenguaje muy específico, que a su vez tiene un marco muy amplio de desarrollo, tan amplio, como lo pueden ser los reflejos del derecho: hay un lenguaje para legislar, uno para administrar; hay un lenguaje jurídico, que a su vez tiene dos caminos de ida y vuelta, como son la práctica y la doctrina.

El lenguaje judicial está condicionado por las propias estructuras de las resoluciones judiciales, las cuales aportan a dicho lenguaje un carácter y estilo propio de los órganos que lo utilizan —está lleno de oraciones subordinadas, en las que a su vez se introducen otras oraciones secundarias, por ejemplo—; por ello, el resultado es una expresión de periodos sintácticos extensos, artificiosa, compleja y difícil de entender¹⁴⁶. Por su parte, Gandasegui alude al uso incorrecto del lenguaje por parte de la Administración de Justicia (1998: 147):

Actualmente, la forma de expresarse y comunicarse de la Administración de Justicia, como en general toda la Administración, está plagada de malos usos y empleo de formas y léxico incorrectos; es un lenguaje culto, apartado de la realidad en la que se desarrolla, saturado de tecnicismos de difícil comprensión para el administrado, que no es un profesional de derecho.

En este sentido, podemos aventurar que el traductor de sentencias judiciales se enfrenta a un lenguaje propio de un campo del saber muy especializado y en el que predomina un uso erróneo del mismo, por lo que habrá de poner especial atención a la hora de analizar el TO y traducirlo.

¹⁴⁶ Cfr. lo expuesto por J. DE PEDRO (1991).

Las características generales que J. de Pedro (1991) atribuye a este lenguaje son las siguientes:

- (1) Extensión de palabras, fundamentalmente por procedimientos de derivación y flexión de género y número: “intervención”, “responsabilidad”, “suplantación”, “complementarias”, “consideraciones”, etc.
- (2) Uso de locuciones prepositivas y adverbiales: “ciertamente”, “en resumen”, “más bien”, “en consecuencia”, etc.
- (3) Uso de locuciones expletivas: “en su virtud”, “dicho sea salvando los debidos respetos”, “a los autos de su razón”, etc.
- (4) Redundancias anafóricas: “el mismo”, “por verificada”, “actuaciones de su referencia”, “el anterior escrito”, etc.
- (5) Utilización de formas verbales con valores hipotéticos: “el que cambiare”, “sin perjuicio de los que se pueda ejercer”, etc.
- (6) Abundancia de perífrasis: “estar en posesión”, “hacer entrega”, “llevar a los autos”, “así lo acuerdo”, “se procede al embargo”, “traer a la vista”, etc.
- (7) Uso de oraciones pasiva, para crear un estilo indirecto e impersonal: “se ha de liquidar”, “el demandado ha sido emplazado”, “por tenerlo así acordado”, etc.
- (8) Abuso del gerundio: “habiéndose presentado”, “viéndose”, “teniendo conocimiento”, etc.

Otras características específicas del lenguaje judicial son¹⁴⁷:

- (1) En el plano léxico-semántico, se ha de tener en cuenta el nivel de especialización del destinatario del TM, así como las dificultades que plantea el uso de algunos términos. Es necesario, pues, evitar

¹⁴⁷ Junto a la descripción de tales características, señalamos los posibles errores de uso del lenguaje judicial.

el uso incorrecto de algunos de los vocablos que aparecen de manera recurrente en las sentencias:

TÉRMINO	USO
peticionar	Del francés <i>petitioner</i> con el significado de presentar una petición o súplica. Desplaza a expresiones como “pedir”, “solicitar”, etc.
asícomo	No aparece en el diccionario. Muy frecuente en los textos judiciales. Significado de “así como”, “de la misma manera”, etc.
debo de: fallo: debo de condenar y condeno...	En la parte dispositiva del documento, aparece usualmente la perífrasis “deber de” para señalar que la decisión se ajusta a la ley, en lugar de “deber”. Sin embargo, en la lengua común, “deber de” se utiliza para expresar suposición, creencia, etc. por lo que puede llevar a confusión.
presunto	Participio pasado pasivo irregular del verbo presumir. Como verbo intransitivo significa “vanagloriarse de sí mismo”; como verbo transitivo significa “sospechar o juzgar una cosa”, basándose en determinados indicios. Sin embargo, en el lenguaje técnico judicial, significa “cosa que por ministerio de la ley se tiene como verdad”.

TÉRMINO	USO
cuyo	Término de uso muy frecuente e incorrecto. Del latín <i>cuius</i> , con significado “del cual”, “de lo cual”, etc., significa posesión. En este tipo de textos aparece privado de su significado original: “... en nuestro lenguaje, tan plagado de incorrecciones, cuyo lenguaje resulta...” correctamente formulada sería: “en nuestro lenguaje, tan plagado de incorrecciones, lenguaje que resulta...”
se halla en ser	Barroquismo arcaico propio de los textos judiciales. Perífrasis, que al igual que “resulta ser” solo añade confusión al texto.
en función de	Su significado lingüístico es “dependiendo de”, “de acuerdo con”, y no siempre coincide con el significado en el texto judicial, ya que se utiliza como comodín de la jerga política de poca precisión.
uso y disfrute	Uso de una pareja de sinónimos para expresar un concepto.
contribución a las cargas	Realmente se refiere a “la contribución al levantamiento de las cargas”, lo cual no queda claro en su enunciado.

- (2) En el plano morfológico, y en lo relativo al uso de tiempos verbales, cabe señalar las siguientes características:

TIEMPO VERBAL	EJEMPLO	USO
Futuro de subjuntivo	El que matare..., el que causare...	Hipótesis de futuro
Pretérito imperfecto de subjuntivo	El acusado que saliera/ saliere de su casa	Significado: el acusado, que había salido de su casa...

- (3) En lo relativo al plano sintáctico, el estilo de las resoluciones judiciales resulta farragoso y lleno de oraciones subordinadas; esta redacción tan sumamente complicada se contemplaba en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en su art. 372 concebía la sentencia como una sola oración. La ley Orgánica del Poder Judicial de 1985

resuelve estos problemas regulando cómo ha de redactarse cualquier resolución judicial:

Artículo 248.

1. La fórmula de las providencias se limitará a la determinación de lo mandado y del juez o tribunal que las disponga, sin más fundamento ni adiciones que la fecha en que se acuerden, la firma o rúbrica del juez o presidente y la firma del secretario. No obstante, podrán ser sucintamente motivadas sin sujeción a requisito alguno cuando se estime conveniente.

2. Los autos serán siempre fundados y contendrán en párrafos separados y numerados los hechos y los razonamientos jurídicos y, por último, la parte dispositiva. Serán firmados por el juez, magistrado o magistrados que los dicten.

3. Las sentencias se formularán expresando, tras un encabezamiento, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho, hechos probados, en su caso, los fundamentos de derecho y, por último, el fallo. Serán firmadas por el juez, magistrado o magistrados que las dicten.

4. Al notificarse la resolución a las partes se indicará si la misma es o no firme y, en su caso, los recursos que procedan, órgano ante el que deben interponerse y plazo para ello

(4) También en el plano formal y ortográfico los escritos judiciales tienden a tener “errores”, entre los cuales cabe señalar el uso excesivo de la mayúscula cuando se hace referencia a la persona, y no a instituciones o cargos (“los Jueces”, “los Abogados”); la acentuación incorrecta tanto por exceso como por defecto (“hay que determinar **quien** es el responsable”, “fue”, “fé”); o el uso incorrecto de la coma (“la resolución del contrato por incumplimiento del comprador, implica...”).

(5) La introducción de la informática en el contexto judicial, ha hecho que se utilicen “plantillas” en las que se repiten errores. Es por tanto, y como afirma J. Bayo (1998: 33) “...especialmente importante que los textos que han de ser utilizados como modelos sean corregidos por lingüistas competentes, conocedores también del derecho.”

Como hemos visto, en todos los escritos técnicos, la claridad es uno de los aspectos fundamentales, o quizás el más importante. En el caso de las resoluciones judiciales, hay que añadir otra finalidad de igual relevancia: han de crear seguridad jurídica, pues están en juego los derechos y libertades del ciudadano.

Por otra parte, el lenguaje judicial es un lenguaje de poder, de influencia romanista y canónica, utilizado en los tribunales y por oficiales de justicia; este sistema de comunicación tiene unos rasgos definitorios, que Gandasegui clasifica de la siguiente manera (1998: 173 ss.):

- Lenguaje escrito frente a lenguaje oral.
- El lenguaje jurídico es un lenguaje del poder.
- Es un lenguaje técnico, hermético y exclusivo, condicionado por la práctica jurídica.

La máxima expresión de este tipo de lenguaje es la sentencia, el objeto de estudio del presente trabajo, la actuación judicial más importante y a la que va dirigida toda la actividad del pleito. Ya desde la más antigua regulación procesal —Fuero Real— se insistía en que las sentencias se ciñeran a lo que se pedía en la demanda y no a otra cosa, siendo cortas y no dudosas, sin que se pudieran cambiar. Para M. J. Gandasegui (1998: 172) “La sentencia ha de ser dicha con el Juez sentado y de día, y después se hacía escribir. Es por tanto, un acto procesal solemne.” En este sentido y remontándonos a la Edad Media, según el Código de las siete Partidas¹⁴⁸, las sentencias tienen que estar escritas con buenas palabras para que se puedan entender bien sin que puedan tener un resquicio de duda.

Este es el lenguaje que analizaremos y traduciremos en los capítulos siguientes. Se trata, pues, de un lenguaje técnico y propio de un área del saber utilizada por un grupo de personas muy reducido, que no ha evolucionado, mientras que las sociedades que lo utilizan sí lo han hecho. Es un lenguaje que a su vez ha de ser muy preciso, ya que como afirma M. J.

¹⁴⁸ “El *Código de las Siete Partidas*, uno de los más célebres del mundo, fue redactado durante el reinado de Alfonso X el Sabio poco tiempo después del “Fuero Real”. Para los historiadores, se trata de uno de los llamados códigos universales, una obra que abarca todas las ramas del Derecho desde un punto de vista legal, práctico y doctrinal. Comenzado a escribir en 1256, la obra no se terminó, según la mayoría de los autores, hasta 1265, cerca de diez años para crear este cuerpo de leyes que intentaba dar unidad legislativa a un reino fraccionado en multitud de fueros. El texto contiene un prólogo y siete partidas, divididas en 182 títulos, en total 2.802 leyes o reglas que regulan el sistema de fuentes (ley, uso, costumbre y fuero) y el Derecho eclesiástico, político, administrativo, procesal, civil, mercantil, matrimonial y penal”. (MARTÍNEZ DÍEZ, 1989: 25).

Gandasegui (1998: 148), el lenguaje de los juristas “busca la precisión para que no haya lugar a errores”.

2.5. La traducción especializada.

A principios de los años setenta, los estudios de traducción comenzaron a tener cierta consideración como disciplina. En aquel momento se diferenciaba entre la traducción literaria y las denominadas “lingüísticas aplicadas” (Holmes, 1972), en las que se incluía todo aquello que no era traducción literaria, es decir, la traducción técnica, que en aquel momento englobaba al resto de las áreas. Este tipo de traducción era considerada una forma inferior de traducción mecánica¹⁴⁹. Sin embargo, la incipiente emergencia de la teoría de la “LSP translation”¹⁵⁰, hizo que esta última se convirtiera en una disciplina más popular, de gran importancia en la actualidad¹⁵¹. La globalización y el advenimiento de los ordenadores y las nuevas tecnologías tuvieron un impacto importante en esta “nueva disciplina”¹⁵². En la actualidad, la “LSP translation” ha madurado en lo que conocemos como traducción especializada¹⁵³, siempre y cuando la transferencia de dicho conocimiento especializado sea realizada por un traductor que tenga el estatus reconocido de experto (Snell-Hornby, 1992: 10): “the knowledge, the competence and the recognised status of an expert”.

Del mismo modo, los estudios en la lingüística del corpus de autores como M. Baker (1995, 1996 y 1999) o S. Laviosa (1997 y 1998) se centraron igualmente en la investigación, no solo de la traducción general, sino también de la traducción especializada.

¹⁴⁹ Vid. a este respecto lo expuesto por M. SNELL-HORNBY (1996).

¹⁵⁰ LSP translation: language for specific purposes.

¹⁵¹ Vid. a este respecto lo expuesto por H. SOMERS (1996) y C. SCHÄFFNER (2004).

¹⁵² En ese momento, se desarrollaron algunas de las ramas de especialización según los autores: la traducción técnica (HANN, 1992; WRIGHT, 1993), la traducción científica (WRIGHT 1993), la traducción jurídica (GÉMAR, 1995a y 1995b; SANDRINI, 1999) y la traducción industrial (SAGER, 1994).

¹⁵³ Vid. a este respecto lo expuesto por M. THELEN (2004), L. DESBLACHE (2001), H. PITCH (1996) y R. STOLZE (1999).

Para poder aclarar el concepto de traducción especializada hemos de asumir que todo tipo de traducción está gobernada por su escopo. En este sentido, H. Vemeer afirma (Nord, 1997: 29):

Each text is produced for a given purpose and should serve this purpose. The Skopos rule thus reads as follows: translate/interpret/speak/write in a way that enables your text/translation to function in the situation in which it is used and with the people who want to use it and precisely in the way they want it to function¹⁵⁴.

De ahí la consideración de que toda traducción es siempre parte de la comunicación global dentro de una disciplina. Sin embargo, se ha de tener muy en cuenta el marco comunicativo, ya que tal y como afirman C. Berkenkotter y T. Huckin está íntimamente ligado a la disciplina en cuestión (1995: 1):

(...) intimately linked to a discipline's methodology, and they (the experts) package information in ways that conform to a discipline's norms, values and ideology.

Por lo tanto, el concepto de traducción especializada también se ha de basar en el concepto de comunicación especializada. Autores como H. Picht (1996) aportan una nueva definición señalando la importancia de la aproximación semiótica que considera, no solo todos los tipos de comunicación, sino toda actividad orientada a la comunicación dentro de una disciplina. En este sentido L. Hoffmann (1993) centra su definición en el proceso cognitivo y el conocimiento especializado (1993: 614): "exteriorisation and interiorisation of knowledge systems and cognitive processes, motivated or stimulated from outside or inside, concentrating on subject-field events or series of events". En su definición no hace ninguna referencia al lenguaje, por lo que entendemos que la comunicación es un acto cognitivo que hace uso de distintos sistemas semióticos. La traducción es parte de esta actividad cuando entran en consideración dos o más

¹⁵⁴ "Cada texto se produce para una finalidad dada y debería servir a dicha finalidad. La regla del escopo se debería leer de la siguiente manera: traducir/interpretar/hablar/escribir de una manera que permita que tu texto/traducción funcione en la situación el que se utiliza y con la que la gente que quiere utilizarla, y precisamente del modo exacto en el que quieren que funcione".

sistemas semióticos. Para el autor, los conceptos de exteriorización e interiorización se han de tomar de la siguiente manera, siguiendo a Berkenkotter y Huckin; la traducción es un tipo de exteriorización de un sistema de conocimiento especializado y un proceso cognitivo en el sentido en el que el texto funcional es producido (1995: 3): “as a form of situated cognition embedded in disciplinary activities”. El concepto de interiorización hace referencia al proceso de adquirir el conocimiento especializado.

Según lo expuesto anteriormente, para una correcta definición de la traducción especializada se han de combinar los elementos de la definición de la comunicación especializada y la traducción de sus respectivos campos académicos, es decir, la investigación en los lenguajes especializados y los estudios de traducción general para obtener una descripción verosímil del concepto de traducción especializada. Por ello, la traducción especializada ha de ser:

1. Una exteriorización de
2. Sistemas de conocimiento especializado y procesos cognitivos
3. Seleccionados y considerados de una oferta de información (interiorización)
4. Con el objetivo de diseminarlos en otro contexto lingüístico (interlingüístico)
5. Y cultural (transcultural)
6. Gobernado por su escopo.

La traducción de textos especializados recibe otras denominaciones, tales como “traducción especializada” (Cabré, 2004) o “traducción de textos (o géneros) especializados” (Campos Plaza, 2005). Autores como o A. Hurtado (2008: 59), prefieren la primera denominación, “ya que, estrictamente hablando, toda traducción (literaria, audiovisual, etc.) es especializada en el sentido que requiere unos conocimientos y habilidades especiales”.

Como hemos visto, muchos son los especialistas que han estudiado este concepto desde perspectivas diferentes como son la terminología y la documentación; entre los que podríamos destacar a J. Maillot (1951), C. Durieux (1988), R. Mayoral (1990), M. T. Cabré (1997), K. Reiss (1977), etc.; desde los estudios descriptivos, con autores como R. Hartmann (1980), C. Nord (1991), M. Baker (1992) y las teorías de la funcionalidad del texto y de la traducción, con autores como W. Wilss (1982), K. Reiss (1977), K. Reiss y H. Vermeer (1984, 1991) entre otros. R. Rouleau, por ejemplo, define este concepto como (2002: 150):

Traduire un texte, c'est rendre le message, contenu dans le texte original, compréhensible au destinataire (...) Celui qui voudra traduire un texte médical devra donc savoir dire les choses comme le médecin les dit. Il devra donc connaître non seulement les termes utilisés par le médecin pour parler de son activité professionnelle, mais aussi la façon que le professionnel a de dire les choses. (...) Traduire un texte médical, ce n'est donc pas qu'insérer des termes techniques dans une langue générale. Il y a plus. Il faut surtout savoir les termes techniques dans un discours cohérent qui reflète les usages du domaine.

Por su parte, R. Mayoral (2004: 1) analiza este concepto y expone lo siguiente (2004: 1):

El concepto de traducción especializada asentado en los estudios de traducción sólo se puede comprender como una consecuencia del apropiamiento por nuestra disciplina de conceptos anteriores como "lengua /lenguajes de especialidad / especializados /lengua general / lengua común" (conceptos procedentes de la lexicología) o "lengua para fines específicos (LSP)" (concepto procedente de la didáctica de lenguas extranjeras). El enfoque textual extendió estas categorías de los lenguajes a los textos, de lenguajes especializados a "textos especializados" ("textos jurídicos", "textos científicos", etc.). (...) El resultado de la aplicación de estos conceptos al campo de la traducción ha desembocado en conceptos como "traducción jurídica", "traducción económica", "traducción comercial", "traducción científica", "traducción técnica", con el significado de traducción de textos especializados jurídicos, científicos, técnicos, etc.

Según el autor, la especialidad de este tipo de textos se debe a su lenguaje especializado, como hemos visto en las páginas precedentes. Por otra parte, otros autores como K. Reiss y H. Vermeer (1984: 71) o A. Hurtado (2001: 59), añaden que "el texto especializado va dirigido a especialistas y deberá informar a éstos de forma clara y objetiva, presuponiendo unos

conocimientos especializados”. S. Gamero, en este sentido y refiriéndose a la traducción de textos técnicos¹⁵⁵, señala sus características y afirma que el traductor, gracias a las competencias que describe, y una vez adquiridas, puede enfrentarse a este tipo de textos (1998: 100):

CARACTERÍSTICAS DE FUNCIONAMIENTO TEXTUAL		COMPETENCIAS REQUERIDAS DEL TRADUCTOR
Importancia del campo temático	Conocimientos temáticos	CAPACIDAD PARA DOCUMENTARSE
Terminología específica	Conocimientos de terminología	
Géneros característicos	Conocimientos de los géneros característicos	

A partir de aquí, podemos deducir que el traductor no solo ha de tener conocimientos del campo temático, de la terminología específica y de los géneros, sino que además, dichas competencias traductorales se pueden suplir —en caso de que no las posea— o se pueden acrecentar con la labor de documentación del traductor.

Dentro de la traducción de textos especializados, existen varias tipologías, que han cambiado su denominación a lo largo de los años. R. Mayoral, a este respecto, propone cuál sería el tipo de clasificación adecuada para este tipo de estudio (2001: 64):

Por otra parte, observamos un rechazo, en mi opinión, no justificado, a las tipologías textuales tradicionales que se han originado en largos años de práctica legal, comercial, audiovisual, etc., y que son las que usan los especialistas de estos campos. Una nueva clasificación tiene que mejorar a las anteriores para imponerse, sobre todo si existen tipologías muy asentadas en el uso. Somos partidarios de no reemplazar estas tipologías tradicionales a no ser que se muestren impropias o inadecuadas para el análisis de la traducción. Otro sistema de clasificación que consideramos nocivo para el estudio de la traducción, es el de la clasificación por los temas de los que tratan el texto.

¹⁵⁵ La autora hace referencia a los textos técnicos, pero las citadas características son aplicables a cualquier tipo de texto especializado.

Tanto Mayoral como M. Aragonés (2009: 34), cuya opinión compartimos, la tipología de la traducción de textos especializados debería clasificarse según el propósito comunicativo, el contexto situacional, la comunidad socio-profesional a la que va dirigido y las convenciones sociales. Intentaremos aplicar dicha concepción a la traducción jurídica, epígrafe con el que concluimos el presente capítulo.

2.6. La traducción jurídica y la traducción judicial.

En la actualidad, tras la apertura de las fronteras de la Unión Europea y debido a las relaciones internacionales y a la movilidad, el trabajo de un traductor jurídico se ha multiplicado; por ello, este tipo de traducción ha adquirido una gran importancia, como se ve reflejado en las palabras de D. Kelly (2000:1): “la segunda mitad del siglo XX es la época en la que la traducción se consolida como profesión y como disciplina a nivel mundial debido al gran auge de la comunicación internacional”.

La traducción jurídica posee una serie de características propias y definitorias que la diferencian de otro tipo de traducción, como son su pertenencia a las ciencias jurídicas, el lenguaje especializado que se utiliza, la sociedad en la que se desarrolla —incluyendo las diferentes épocas históricas—, y por último, la variedad de ordenamientos jurídicos existentes correspondientes a las diferentes culturas que entran en contacto. El Derecho es una rama del saber muy específica, y todos estos elementos influyen en la correcta o incorrecta interpretación del ordenamiento jurídico, aunque autores como L. Hickey (1996:127) estiman, con respecto al Derecho y a la lengua, que son “en cierto sentido, una misma realidad. (...) Por consiguiente, la traducción de documentos legales es esencialmente diferente a la de otros textos y más parecida a la poesía (...)”.

Por otra parte, el emisor de un texto jurídico¹⁵⁶ suele ser un jurista o un especialista en Derecho. Sin embargo, el receptor puede ser tanto otro

¹⁵⁶ En el presente trabajo, al hablar de texto jurídico, nos referiremos a documentos de un alto grado de especialización, tales como leyes, sentencias, decretos, autos, demandas, etc.

especialista, como un lego. Esta diferencia en el grado de conocimiento del receptor suele crear serios problemas de comprensión, ya que este tipo de textos no siempre se adapta al nivel de conocimiento del receptor¹⁵⁷. No siempre es fácil entender qué es exactamente lo que quiere decir el texto original, de ahí la importancia de comprender jurídica y lingüísticamente el documento, motivo por el cual no podemos separar ambos campos de estudio.

En este sentido, podemos decir que un texto jurídico es complejo debido a:

- a) Los conceptos jurídicos exclusivos de una sociedad y de una cultura de partida;
- b) El lenguaje especializado;
- c) Y los conceptos jurídicos de la sociedad meta, que no siempre van a ser coincidentes con la cultura de origen.

A modo de resumen, y teniendo en cuenta dichas premisas, podemos afirmar que para realizar este tipo de traducción, el traductor necesita tener muy buen conocimiento de las lenguas de origen y llegada, incluyendo el lenguaje jurídico, una gran competencia traductora y conocimientos de Derecho de ambas sociedades o culturas. Por otra parte, el traductor jurídico asume una responsabilidad legal, como ocurre con otros tipos de traducciones especializadas.

Por su parte, M. Pasquau (1997) nos sugiere que un texto jurídico —por ejemplo, una sentencia— suele ser incomprensible para el no

¹⁵⁷ En este sentido MAYORAL, teniendo en cuenta el grado de especialización de los textos especializados en general, afirma que (1994: 26) “una conferencia impartida por un experto será percibida como demasiado especializada, aceptable o divulgadora en función de los conocimientos de los asistentes. Ahora bien, de acuerdo con la realizada del mundo de la traducción, el traductor en muy pocas ocasiones es especialista, por tanto para él, la comunicación especializada puede conllevar problemas no solo de comprensión temática, sino de conocimiento de las convenciones, de los propósitos comunicativos y de las intenciones del autor. Según este autor, el problema no radica tanto en el grado de especialización, sino en el reconocimiento de la ceremonia”. Sin embargo, autores como Callon y Latour (2006) sugieren que el grado de especialización del texto es proporcional al grado de especialización del emisor y del receptor. Al devolver el texto a su contexto situacional, surgen de la oscuridad los receptores, es decir, los destinatarios finales.

especialista. Un traductor que domina un par de lenguas, necesita además tener conocimientos de Derecho para poder entender y/o traducir un texto jurídico. Igualmente afirma que si el traductor no los adquiere, no podrá traducir con corrección dicho texto, del mismo modo que tampoco puede traducirse un texto de cualquier otra especialidad sin tener amplios conocimientos de la materia. Según este autor, la traducción jurídica entraña diversas dificultades, entre las que cabe destacar:

- a) La existencia de términos propios del lenguaje común que adquieren un significado diferente en el ámbito jurídico.
- b) La diversidad en la tipología textual, ya que existen textos contractuales, testamentos o textos administrativos. Cada uno de estos textos se ha de analizar y tratar de forma diferente.
- c) Además, no podemos olvidar que un texto jurídico no se puede traducir exclusivamente con un diccionario de términos jurídicos.
- d) Es necesario tener conocimientos de Derecho y consultar a expertos cuando encontramos términos que no conocemos y sobre todo hemos de conocer las técnicas para la traducción jurídica.
- e) Al enfrentarnos a un texto jurídico encontramos principalmente dos tipos de problemas:
 - (1) la complejidad del lenguaje jurídico, no solo por la tecnicidad de sus términos, sino también debido al estilo arcaico de su discurso.
 - (2) El Derecho forma parte de la cultura de un país. Por ello, existe una gran variedad de derechos y a veces, un jurista de un país tiene dificultades para comprender los conceptos jurídicos de otro país. Esta cuestión, propia del Derecho Comparado, obligará al traductor a llevar a cabo una actividad investigadora para buscar equivalencias jurídicas, en el caso de que las hubiera.
- f) El lenguaje jurídico es un lenguaje que por sí mismo necesita una interpretación, como se expone en el Art. 3 del Código Civil en el que podemos leer lo siguiente:

Las normas se interpretarán según su sentido literal, pero teniendo en cuenta la realidad social del tiempo en que han de aplicarse y atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad.

- g) Las interpretaciones de los textos jurídicos no son libres, sino que están sujetas a las normas y directrices del Derecho. Por ese motivo hay que conocer dichas normas para poder interpretar, y más adelante traducir, un texto de estas características. A este respecto cabe mencionar lo que ocurre cuando, en un juicio conflictivo, todo queda supeditado a la interpretación que el juez dé a la norma o ley de aplicación.

Es necesario recordar que la traducción jurídica comparte algunas características con la traducción general, pues es una actividad en la que interactúan varios campos de conocimiento, como la lingüística; los aspectos textuales; la comunicación entre emisor y receptor, las diferentes culturas y el proceso de trasvase entre ellas.

Otra de las premisas fundamentales para poder traducir un texto jurídico es conocer su función. Existen textos normativos, como los contratos, códigos civiles y leyes, etc.; textos legislativos, como son la demanda o una sentencia; y textos negociales, como son los testamentos y los contratos, ya sean privados o públicos, es decir, firmados o no ante notario. El traductor ha de ser especialmente cuidadoso, ya que como afirma M. Pasquau (1997), cuando traducimos este tipo de textos, ha de primar la fidelidad al TO por encima del estilo, ya que la más mínima matización en un término, con el fin de mejorar el estilo en la LM, podría modificar el concepto y por tanto inducir a error.

La traducción jurídica no se puede definir de forma cerrada, ya que existen gran cantidad de tipos textuales y autores que la han estudiado y ofrecido sus anotaciones, como R. Mayoral (2002), E. Alcaraz (2000), M. Álvarez (1994), H. Bauer-Benet (1983), L. Hickey (1996), P. San Ginés y E.

Ortega (1996), A. Borja (1999), J. Tomaszczyk (1999) o V. Koutsivitis (1990)¹⁵⁸ entre otros.

En este tipo de traducción existen varios factores determinantes que analizaremos a continuación. Sin embargo, comenzaremos con la pregunta sobre qué es la traducción jurídica; cuestión que responde R. Mayoral de forma concreta en el mencionado artículo (2000: 6):

Podemos intentar definir como traducción jurídica 1) la que se inscribe en una situación jurídica (legislativa, procesal, registral, negocial, etc.) o como 2) la que traduce textos jurídicos. En el primero de los casos —traducción inscrita en una situación jurídica— nos encontramos con grandes subdivisiones que a menudo guardan muy poca relación entre sí en lo que respecta a la forma de traducir: la situación procesal, la situación legislativa, la situación contractual, la situación administrativa..., y en todas estas situaciones nos podemos encontrar con documentos con eficacia jurídica o que carecen de ella. En el segundo de los casos —la traducción que trabaja sobre textos jurídicos— nos encontramos con una nueva trampa: ¿qué es un texto jurídico? Si texto jurídico es el que habla de conceptos jurídicos, la variedad de tipos es demasiado numerosa, hasta en las crónicas políticas o económicas se habla de derecho, las personas sin un contacto especial con el derecho también hablan de conceptos jurídicos en sus conversaciones informales en la calle... Pero no sólo existen innumerables tipos de texto, que se supone impondrían, al menos en parte, formas diferentes de traducir, también todos estos textos, hasta los más supuestamente jurídicos, como los procesales, incluyen o pueden incluir gran cantidad de elementos que corresponden a ámbitos no jurídicos. Cualquier actividad humana puede verse involucrada en un proceso jurídico (piénsese en sentencias, contratos, legislación, etc.) y formar parte de los contenidos de un texto a priori considerado como jurídico (en un contrato, la forma de traducir los elementos relacionados con las mercancías o servicios es radicalmente diferente al resto; en una sentencia judicial, la forma de traducir lo relativo al objeto de la demanda también lo es respecto al resto del documento). La situación se complica aún más si pensamos que lo que se viene considerando como lenguaje jurídico no consiste tan sólo en términos jurídicos sino

¹⁵⁸ A este respecto, V. KOUTSIVITIS afirma (1990: 226): "(...) se trata del hecho de que la traducción jurídica es técnica y a la vez cultural, es científica y a la vez social. Es técnica por utilizar herramientas especializadas, y cultural por referirse a instituciones humanas que cambian de un país a otro. Es científica por el método riguroso en el que se plasma. Su dimensión social se refleja en su adaptación continua y en su evolución dinámica". Por su parte, M. SPARER (1979: 85) expone: "On adapte, en fait, toutes les ressources terminologiques et surtout méthodologiques de la langue d'arrivée au but de l'activité de traduction qui consiste, selon ma conviction, à faire passer un message d'une langue l'autre, d'une culture l'autre, en le délivrant dans un premier temps des servitudes culturelles de la langue de départ et, dans un demi-he temps, en mettant au service de sa portée toutes les ressources de la culture d'arrivée".

que es un complejo conjunto de términos, frases, fórmulas, formatos, elementos de estilo, etc., que inevitablemente aparecen siempre mezclados con elementos que se consideran propios de otros tipos de texto. Todo esto nos ha llevado en alguna ocasión a considerar la posibilidad de centrar el problema en el concepto «textos con elevado contenido jurídico», aunque evidentemente esta propuesta no resuelve el problema, tan sólo lo evidencia.

La cuestión es que si utilizamos una denominación como «traducción jurídica» para proponer una forma de traducir —estrategias y soluciones de traducción— específica, el concepto de traducción jurídica debe estar bien definido, y aquí «bien definido» significa que dicha traducción jurídica debe presentar una forma de traducir propia, bien diferenciada de las demás formas de traducir de otros tipos de traducción. En caso contrario, «traducción jurídica» será un concepto irrelevante desde el interés que nos ocupa.

Lo expuesto por Mayoral pone de manifiesto el hecho de que la traducción jurídica ha de tener una forma propia y diferenciada de las demás y que no sólo entran en consideración los tipos textuales, sino el concepto de traducción especializada. En este sentido añade (1999: 110):

La comunicación de información especializada puede tener como protagonistas a combinaciones diversas (especialista a especialista, especialista a político, especialista a lego, especialista a comprador, especialista a usuario); estos tipos de situación comunicativa se realizan a través de los vehículos más adecuados (revista especializada, manual, folleto de instrucciones para usuario, informe, etc.), a la que corresponden géneros más adecuados (artículo científico, abstract, ensayo, artículo de divulgación, etc.) y formatos que les resultan más propios, y la intersección de los parámetros de interlocutores, vehículo, género y formato con el tema sobre el que gira el evento comunicativo determina la terminología (y la fraseología) a utilizar.

A continuación, analizaremos con más detalle cada una de las variables que influyen en este tipo de traducción:

- 1 *Protagonistas*: Existe gran cantidad de protagonistas de esta vía de comunicación que tienen en común su especialización. Podemos destacar a los legisladores, juristas, legos, políticos, empresas, particulares, etc.
- 2 *Situación comunicativa*: Ésta puede ser tanto de forma oral como escrita; así encontramos varios vehículos de comunicación como códigos, manuales de doctrina,

recopilaciones de precedentes, actas, documentos mercantiles, resoluciones judiciales, instancias, formularios, documentos registrales, revistas especializadas, informes financieros, balances, etc.

- 3 *Géneros*: En este punto podemos distinguir entre tipos de texto y formatos; entre los primeros podemos destacar: ley, manual, artículo, contrato, sentencia, conocimiento de embarque, letra de cambio, etc.; y entre los segundos podríamos añadir: documentos estandarizados, impresos, etc.

Consideramos pertinente en este punto añadir la definición que aporta a este respecto A. Borja. Para esta autora, (2000: 4) la traducción jurídica es “la traslación de una lengua a otra de los textos que se utilizan en las relaciones entre el poder público y el ciudadano”. En este sentido, estimamos necesario aclarar que no se trata únicamente de las relaciones existentes con respecto a los negocios jurídicos entre los ciudadanos y los poderes públicos, sino que se han de tener en cuenta también las relaciones existentes entre los ciudadanos entre sí, o entre los poderes públicos entre sí, por lo que aparecen distintos tipos de emisores y receptores, como analiza R. Mayoral.

Otro de los aspectos del texto jurídico es que dicho texto se crea para ser interpretado. La interpretación es un requisito esencial para la aplicación del Derecho, lo que afecta, no sólo al legislador, sino también al traductor. E. Alcaraz, en este sentido, incluso especifica que “el jurista no sólo trata de encontrar el sentido, sino también la intención del legislador o del autor del documento”, por lo que el jurista realiza una “traducción interna” y el traductor ha de analizar el texto de partida, interpretando el texto para trasladarlo a la lengua meta con el mismo sentido e intención del autor, a lo que llama “traducción externa”. En este mismo sentido, J. Gémar realiza un paralelismo entre la labor del traductor y del jurista:

La traduction est à l'intersection du droit et de la langue. L'opération de transfert agit comme révélateur ou comme filtre par lequel doit

passer le sens du message que le traducteur retrouvera dans la langue et le système juridique de départ, afin de le rendre de manière conforme au double impératif des systèmes -linguistique et juridique- d'arrivée.¹⁵⁹

La traducción jurídica tiene varias particularidades y factores determinantes que inciden directamente en el proceso traductológico, entre los que destacan la terminología especializada, los fenómenos de sinonimia y polisemia, el estilo, los géneros jurídicos y la estructura textual, así como el receptor y la finalidad del texto.

—*Terminología, sinonimia y polisemia.*

En lo concerniente a la terminología, al traducir textos jurídicos es necesario evitar la sinonimia o el uso de términos que puedan conducir a error y éstos han de ser muy precisos. Este aspecto es muy importante para el traductor, ya que el mal uso de los términos podría llevarle a un contrasentido o a crear confusión en el TM. El traductor ha de ser muy fiel a la terminología del TO buscando el término que tenga en la LM el mismo concepto equivalente en la LO.

La terminología jurídica, como lenguaje de especialidad, plantea varios problemas, como ya se ha visto. Uno de ellos es la polisemia, en tanto que existen términos que pertenecen tanto al lenguaje de especialidad como al común con significados diferentes en ambos campos y, en tanto que existen términos que tienen significados diferentes según el tipo de texto en el que aparecen. G. Cornu (1994: 159) pone a modo de ejemplo el término *concoures* con sus diferentes definiciones:

1. participation à un acte juridique de toutes les personnes dont le consentement est requis. Ex. Coucoures des copropriétaires à la vente d'un bien indivis.
2. participation d'une personne à un acte juridique passé par un autre en vue de l'autoriser.

¹⁵⁹ “La traducción se encuentra en la intersección del derecho y la lengua. La operación de transferencia actúa como elemento revelador o como filtro por el que ha de pasar el sentido del mensaje que el traductor encuentra en la lengua y en el sistema jurídico de partida, con el fin de reflejarlo de manera adecuada en el doble imperativo de los sistemas —lingüístico y jurídico— de llegada”.

3. situation de concurrence existant entre des personnes investies, sans ordre de préférence, de droits de même nature sur une même masse de biens. Ex. Concours des héritiers appelés dans une même succession ; concours des créancier chirographaires dans une procédure collective d'apurement de pasif d'un débiteur insolvable.

4. Procédé de recrutement de la fonction publique tendant à la désignation, par jury, à une suite d'épreuves appropriées, du ou des candidats aptes à être nommés par l'autorité compétente.

En español, basta con realizar una consulta al Diccionario de la RAE¹⁶⁰:

concurso. (Del lat. concursus).

1. m. [conurrencia](#) (ll conjunto de personas).

2. m. Reunión simultánea de sucesos, circunstancias o cosas diferentes.

3. m. Asistencia, participación, colaboración.

4. m. Oposición que por medio de ejercicios científicos, artísticos o literarios, o alegando méritos, se hace a prebendas, cátedras, etc.

5. m. Competencia entre quienes aspiran a encargarse de ejecutar una obra o prestar un servicio bajo determinadas condiciones, a fin de elegir la propuesta que ofrezca mayores ventajas.

6. m. Competición, prueba entre varios candidatos para conseguir un premio. Concurso de tiro

~ de acreedores.

1. m. Der. Juicio universal para aplicar los haberes de un deudor no comerciante al pago de sus acreedores.

~ de leyes.

1. m. Der. Situación que se produce cuando a una misma acción se pueden aplicar dos o más preceptos legales y se resuelve la aplicación de uno solo de ellos.

~ hípico.

1. m. Pruebas deportivas de varias clases a que se someten los caballos montados por jinetes.

¹⁶⁰ Disponible en www.rae.es. [Fecha de consulta: 15 de noviembre de 2010].

Como podemos observar, no todas estas definiciones que tienen el término francés y el término español, encuentran sus equivalentes en ambas lenguas. Por este motivo, y debido a la gran sinonimia que tienen ambas palabras en sus idiomas, es necesario conocer muy bien el término de estudio y sus significados, ya que éste es un problema frecuente en el lenguaje jurídico.

—*Estilo.*

Con respecto al estilo, se han de tener en cuenta las características textuales de cada tipo de texto concreto. En este punto es muy importante el receptor del texto, ya que no es lo mismo un texto dirigido a una administración o ente público, que ha de respetar una estructura pre-fijada, que un texto dirigido a un particular que pretende comprender el texto, y en el que prima traducir el sentido sin darle mayor importancia a la estructura.

Sin embargo, en el caso de textos dirigidos a entidades públicas o textos que vinculan a entidades públicas o privadas —contratos, testamentos, estatutos, etc.— se ha de respetar un lenguaje y un estilo concreto en el TM, ya que el traductor tendrá que producir un texto “nuevo”, como si hubiera sido redactado por un especialista en Derecho.

—*Géneros jurídicos y estructura textual.*

Con respecto a los géneros jurídicos y su estructura, se han llevado a cabo diferentes estudios en los que se analizan dichos géneros según distintas variables. En el capítulo siguiente analizaremos de forma detallada los distintos géneros jurídicos.

—*Receptor y finalidad del TM.*

El receptor y la finalidad están inmersos en una misma situación comunicativa y necesitamos saber exactamente quién es el receptor y para qué se traduce, ya que si el TM va dirigido a una autoridad o administración, éste ha de respetar unas determinadas estructuras internas o pautas como

son la fidelidad del sentido, mantener la estructura interna del documento original y adaptarlo al estilo jurídico de la lengua meta. En el caso de que el receptor no sea una entidad pública, o que el cliente sólo necesitara conocer el contenido del texto, hay que adecuar la traducción a los conocimientos y necesidades de dicho receptor, por lo que siempre hay que adaptar el texto origen a un receptor en el texto meta.

—*La traducción judicial.*

Para poder analizar las características propias de la traducción judicial, es necesario aclarar primero las diferencias y similitudes existentes entre la traducción jurídica —ya tratada en este estudio—, la traducción jurada¹⁶¹ y la traducción judicial.

Podemos decir que la traducción jurídica se centra en textos de naturaleza jurídica, mientras que tanto la traducción jurada como la traducción judicial, pueden abarcar textos de cualquier naturaleza. Asimismo, una traducción jurídica, no siempre conlleva un resultado legal asociado a la traducción, mientras que en el caso de la traducción jurada o judicial si existe el efecto legal. Por ello, un profesional que realice una traducción jurada o

¹⁶¹ La traducción jurada se distingue por su forma y por el carácter oficial que tiene ante las autoridades y no tanto por el tipo textual. La ha de hacer un Intérprete Jurado nombrado oficialmente por el Ministerio de Asuntos Exteriores (MAE). El Intérprete Jurado es un “Fedatario Público” que da fe en la traducción del TM con respecto al TO. Según L. M. VILLEGAS (1997: 81-82), la traducción jurada se caracteriza porque presenta un formato especial y porque ha de ser: “Una versión documental íntegra, clara y fidedigna del texto que, redactado en una lengua de partida, al que sustituye, se traduce a otro distinto, de llegada, por quien, gozando de capacidad suficiente y reconocida para ello, se denomina Intérprete Jurado, y ajustada aquella, además, a cuantos requisitos aquí se establecen sobre presentación, soporte físico, fórmula de legalización, sello, visés, firma y registro, por parte de quien la realiza o se responsabilice, al hacerlo de su perfecta ejecución por tercero.” En cuanto a la disposición del formato textual, éste ha de empezar por un encabezamiento en el que se lea “Traducción Jurada de (tipo de documento)”, seguidamente el corpus del texto, es decir, la traducción del original; y por último, una fórmula de certificación o fedataria, que según el MAE, en su Orden de fecha 8 de febrero de 1996 por la que se dictan normas sobre los exámenes para nombramiento de Intérpretes Jurado, (B.O.E. Núm. 47, de 23 de febrero de 1996). Puesto que este tipo de traducción persigue dar fe del contenido del texto, el traductor asume la responsabilidad de lo traducido. Una traducción jurada se ha de entregar en papel, ya que ha de estar firmada, sellada y visada por el traductor. Igualmente, se recomienda que vaya unida al original, previamente revisado. Hoy en día aún no existe una normativa obligatoria para la realización de traducciones juradas, pero la A.P.E.T.I., en 1992 publicó unas normas para la correcta realización de traducciones juradas que son una buena guía para cualquier Intérprete Jurado.

judicial, es responsable de la misma, es decir, que sus posibles errores son objeto de denuncia y de reparación por vía judicial; mientras que un traductor jurídico no tiene este tipo de responsabilidades ante el texto; únicamente responde ante el código deontológico.

Por otra parte, mientras que una traducción jurada o una judicial ha de ir acompañada del original para que produzca los efectos jurídicos oportunos, una traducción jurídica no necesita de su versión original para ser válida. En este sentido, podemos decir que la traducción judicial está ligada a la traducción jurídica y jurada aunque tiene unas diferencias que las define. Tomamos aquí como referencia las diferencias expuestas por E. Ortega (en Borja Albí y Monzó Nebot 2005: 4):

La traducción judicial se diferencia de la traducción jurídica y económica en los siguientes elementos:

1. Todos los documentos objeto de traducción en el ámbito judicial no son de naturaleza jurídica y/o económica. Buen ejemplo de ello lo constituyen la inclusión en un sumario de documentos personales, informes periciales (científicos, técnicos, grafológicos, etc.), informes técnicos (sanitarios, genéticos, etc.).
2. Mientras que la traducción jurídica y económica suele abordar la traducción de documentos con un registro culto de lengua, la traducción judicial puede abordar documentos con una gran variedad de registros:
3. Documentos con registro culto (documentos procesales, autos providencias, sentencias, etc.)
4. Documentos con registro vulgar (transcripción de cintas, declaraciones de testigos y/o de imputados con bajo nivel de formación, etc.).
5. Documentos en los que se utilizan jergas (jergas de colectivos marginales: drogadicción, tráfico de armas, blanqueo de dinero, tráfico de estupefacientes, etc.).
6. Documentos con un registro semiculto, accesibles a un lector con cultura media, que presentan una dimensión pedagógica y/o psicológica (informes de expertos sobre aspectos relativos a las condiciones de vida de menores y/o a su estado psicológico).
7. Los documentos judiciales, una vez traducidos, adquieren un valor legal que les convierte en un elemento más del sumario, con valor igual al del resto de documentos. A estos se puede acudir durante el desarrollo del proceso judicial para perfilar, modificar o desestimar las

premisas en las que se apoya una de las partes. En resumidas cuentas, el documento legal traducido (acompañado de una copia del original, como ocurre habitualmente en la traducción jurada) forma parte, como cualquier documento original, de ese sumario.

Por último, la traducción judicial se diferencia de la traducción jurada en los siguientes elementos:

1. Los documentos objeto de traducción judicial no requieren ser presentado en el formato característico de la traducción jurada aunque si han de ir firmados por un traductor (jurado, judicial o “jurado temporal”) que se responsabiliza de las decisiones adoptadas en el proceso de traducción y del resultado final entregado al cliente.
2. La traducción jurada, aunque no presenta una delimitación clara de documentos de su competencia, suele trabajar con documentos administrativos, académicos, sanitarios, jurídicos o económicos que están redactados en un registro culto de la lengua. Por el contrario, como hemos expuesto más arriba, la traducción judicial presenta un radio de acción más amplio que abarca cualquier tema que pueda ser objeto de consideración por parte de los tribunales.
3. En la traducción judicial el traductor puede tener la obligación de explicar, en la fase oral de juicio, las decisiones adoptadas de traducción (a instancia de parte o por decisión del juez), mientras que el traductor jurado rara vez debe dar cuenta de las decisiones adoptadas en el proceso de traducción, excepción hecha del trabajo de traducción realizado en o para la Administración de Justicia.

Por todo lo anterior, podemos decir que la traducción judicial es un tipo de traducción especializada dentro de la traducción jurídica que también está relacionada con la traducción jurada, ya que el traductor es responsable del texto producido. Del mismo modo, abarca todo tipo de textos o documentos sin estar acotados por ninguna temática específica¹⁶².

¹⁶² A pesar de no tener temáticas propias, existen una serie de documentos que suelen aparecer dentro de este tipo de traducción, como apunta E. ORTEGA (2005: 5) que son las variables temáticas más recurrentes: 1) Documentos procesales propios del ámbito judicial (autos, exhortos, comisiones rogatorias, disposiciones, sentencias, etc.); 2) Documentos legales propios del ámbito judicial (referencia a códigos, leyes reglamentos, etc.); 3) Documentos con valor legal dentro del ámbito judicial (informes periciales psicológicos y psiquiátricos; informes periciales médico-legales; informes periciales científicos —informes de laboratorio, estudios genéticos, etc.—; informes periciales técnicos —geológicos, arquitectónicos, grafológicos, balísticos, etc.—); 4) Documentos acreditativos de una condición o estado (contratos diversos, documentos cíviles de estado, residencia o situación personal, etc.); 5) Documentos acreditativos de una situación (facturas diversas, documentos personales, cartas, etc.); 6) Documentos resultados de la transcripción de una grabación previa (investigación telefónica, declaración grabada, etc.).

Sin embargo, a pesar de haber delimitado los tres conceptos, resulta difícil distinguir los documentos que son propios de cada tipología de traducción. Para acorar brevemente este aspecto, añadimos a continuación, una propuesta de tipología de documentos objeto de la traducción jurídica, jurada o judicial realizada por E. Ortega (2005: 5-6):

1. Tipo de texto (General)	Traducción Jurídica	Traducción Jurada	Traducción Judicial
Documentos personales (agenda, diario, facturas, etc.)	NO	NO / SI (depende de las condiciones del encargo)	SI
2. Tipos de texto (distintos niveles de especialización) Documentos de naturaleza jurídica y/o administrativa			
Comisión rogatoria (civil o penal), exhorto, auto, providencia, práctica de una prueba	SI	SI	SI
Documentos civiles o de derecho de familia (actas de nacimiento, defunción, contrato de matrimonio, acuerdos de separación y/o divorcio, etc.)	SI	SI	SI
Documentos académicos	NO	SI	SI
3. Tipos de textos (distintos niveles de especialización) Documentación de naturaleza híbrida			
Libros o artículos de derecho (manuales universitarios, artículos para revistas especializadas, etc.)	SI	NO	NO
Documentos contractuales y documentos notariales	SI	SI	NO/SI (depende de las condiciones del encargo)
Documentos mixtos (jurídico-informáticos, médico-legales, etc.)	SI	SI	NO/SI (depende de las condiciones del encargo)
Transcripción de cintas y traducción posterior	NO	NO/SI (depende de las condiciones del encargo)	SI
Informes lingüísticos	NO	NO/SI (depende de las condiciones del encargo)	SI
Informes periciales (técnicos, científicos, grafológicos, etc.)	NO	NO/SI (depende de las condiciones del encargo)	SI

A partir de esta clasificación, podemos observar que existen textos que pertenecen a la traducción jurídica y judicial o a la traducción jurada y judicial y sobre todo, que el encargo de traducción juega un papel importante en su diferenciación.

En este sentido, hemos de tener en cuenta los factores intervinientes en el encargo de traducción, como son:

- El texto original, atendiendo al tipo textual, registro, nivel de especialización, etc.,
- El autor del TO, en cuanto a su visibilidad o invisibilidad ante el lector,
- El receptor del TM, teniendo en cuenta su perfil, y
- El cliente que nos da el encargo.

**CAPÍTULO 3: TEXTOLOGÍA CONTRASTIVA Y ACTOS DE HABLA,
INSTRUMENTOS DE ANÁLISIS**

3.1. Textología Contrastiva.

El presente capítulo pretende ofrecer un *tertium comparationis*¹⁶³ para el estudio de las convenciones de género en las sentencias civiles en alemán y español, basándonos en los trabajos de varios autores del campo de la lingüística textual. Con ello, se pretende contribuir al estudio de la Textología Contrastiva¹⁶⁴ aplicada a la traducción. Trataremos en las páginas siguientes lo expuesto por autores como R. Hartmann (1980), E. Coseriu (1994), B. Spillner (1981), R. Arntz (1990-1992) y, por último, W. Heinemann y D. Viehweger (1991).

— R. Hartmann, iniciador de los estudios de Textología Contrastiva (1980).

Uno de los primeros autores en utilizar el concepto de “Textología Contrastiva” es R. Hartmann (1980), quien describe los rasgos de esta especialización de la Lingüística como sigue (1980: 31ss.):

Eine Kombination der pragmatischen Textlinguistik und der kontrastiven Sprachanalyse.

¹⁶³ En los análisis contrastivos resulta importante comparar ítems que son comparables. Para un análisis contrastivo, C. JAMES (1980: 169) afirma: “The first thing we do is make sure that we are comparing like with like: this means that the two or more entities to be compared, while differing in some respect, must share certain attributes. This requirement is especially strong when we are contrasting, i.e. looking for differences –since it is only against a background of sameness that differences are significant. We shall call this sameness the *constant* and the differences *variables*”. [“Lo primero que hacemos es asegurarnos de que estamos comparando dos cosas similares, es decir, que las dos o más entidades que han de ser comparadas, aunque difieran en algunos aspectos, deben compartir ciertos atributos. Dicho requerimiento resulta especialmente fuerte si contrastamos, por ejemplo, diferencias, ya que solo en la comparación de los conocimientos, las similitudes muestran diferencias significantes. A estas similitudes las llamaremos las constantes y las diferencias variables”]. Si aplicamos este concepto a la traducción, la uniformidad se conoce como *equivalencia* o *tertium comparationis*. Esta comparación se puede establecer en distintos niveles. Vid. lo expuesto a este respecto por U. CONNOR y A. MORENO (2005: 153-167). El concepto de equivalencia en el análisis contrastivo, está necesariamente ligado al de *tertium comparationis*. Resulta evidente, como afirma A. CHESTERMAN (1998: 29), que para efectuar una comparación entre dos entidades, es necesario un marco de referencia que viene dado por parte de un tercer *tertium* y que las decisiones sobre la equivalencia están íntimamente ligadas con el *tertium comparationis*. Por ello, resulta obvio que los distintos tipos de análisis requieren también distintos tipos de tercer *tertium*, siendo esencial establecer este requisito de la comparabilidad en el campo de la traducción.

¹⁶⁴ Un excelente esbozo sobre el desarrollo de esta disciplina y su utilización en el análisis textual aplicado a la traducción, vid. lo expuesto por L. HOFFMANN (1991).

Eine interne Aufteilung des Wissenschaftszweiges in Textpragmatik, Textsyntax und Textsemantik.

Arbeit mit Paralleltexten bei Kontrastierung¹⁶⁵.

Para R. Hartmann, la Textología Contrastiva es la ciencia lingüística que se ocupa de comparar textos y las condiciones de su formación. Dicha ciencia defiende que todas las partes de la Lingüística se aplican a la investigación de los textos y su estructura. Utilizando su modelo como punto de partida, pretendemos abordar, a continuación, la descripción general de esta teoría y la orientación metodológica específica de la Textología Contrastiva.

Hartmann entiende y toma en sus investigaciones los límites de la disciplina de la Textología según sus propias teorías. Esto resulta en cierto sentido aventurado, debido a que la disciplina pierde parte de su potencial aclaratorio. La Textología de Hartmann con sus disciplinas secundarias —sintaxis, semántica y pragmática textual— abarca tanto el estudio de la creación de conexiones entre oraciones —cohesión—, como la investigación en el desarrollo de los temas y de los actos que aparecen en el texto. De esta manera, el término “textología” se convierte únicamente en un concepto genérico para la actividad lingüística en los textos. Por ello, creemos necesario definir más este concepto general que aporta Hartmann, lo que nos lleva a considerar las aportaciones de otros lingüistas.

— *La Textología de E. Coseriu (1994)*.

En su modelo de los niveles de descripción lingüística, E. Coseriu diferencia entre tres formas de lingüística (1994: 9s):

Aquella que se ocupe del habla como una actividad general del hombre, al que denomina nivel universal, y en el que se investigan los rasgos generales de la actividad lingüística humana, como por ejemplo el carácter simbólico de la lengua.

¹⁶⁵ “Una combinación de la lingüística textual pragmática y del análisis contrastivo de la lengua. Una división interna del sector científico de la pragmática, la sintaxis y la semántica textual. El trabajo con los textos paralelos para contrastar”.

Aquella que se ocupa del habla como cumplimiento de las convenciones de una lengua histórica, como ocurre con el alemán, al que denomina nivel histórico. Aquí se investigan las normas gramaticales, y entre ellas, aquellas normas que determinan el uso cohesivo y que señalan claramente la relación textual.

Aquella que se ocupa del uso de la lengua en situaciones concretas, a la que denomina el nivel del texto y en la que se investigan, por ejemplo, los actos del lenguaje de un texto.

Del modelo propuesto por Coseriu, estimamos novedosa la concepción del estudio del texto desde un punto de vista diacrónico, es decir, el establecimiento de la diferencia entre el nivel de descripción del lenguaje histórico y el del texto. Con respecto al nivel histórico, se han descrito convenciones relativamente estáticas o fijas —como ocurre con las regularidades gramaticales—, que generalmente son válidas para el uso de los elementos en un lenguaje histórico. Por ello, las funciones descritas en este nivel tienen también un carácter general. Por otro lado, se trata principalmente de funciones de sistemas lingüísticos internos.

Por el contrario, y con respecto al nivel del texto, se investiga el uso de la lengua en función de las situaciones concretas. No obstante, el punto de partida de este nivel son las regularidades del nivel del lenguaje histórico. El usuario de la lengua, al elegir las regularidades generales al hablar, se encuentra influido por los factores pertenecientes a la situación en la que formulan sus textos. En este nivel de descripción se formulan las funciones, si bien se trata de funciones que están vinculadas al motivo del habla en las situaciones concretas en que se formulan, no en las funciones generales, ni en las internas del sistema lingüístico. Resulta fundamental, en el campo de la Textología Contrastiva, que la regularidad no se encuentre unida al lenguaje histórico, sino que esté ligada a elementos culturales que, por el contrario, se podrían extraer de una comunidad de hablantes. Las sentencias jurídicas, en este sentido, cumplen con esta premisa, pues, necesariamente han de ser legítimas.

De este modo, Coseriu lleva a cabo una distinción entre el nivel descriptivo del lenguaje y el del texto en relación con la descripción del contenido. Es decir, el autor diferencia entre el “significado”, entendido como

el contenido que se le atribuye a un elemento lingüístico en el nivel del lenguaje histórico, y el “sentido”, o contenido que tiene un elemento textual en su situación de uso y que se le atribuye, en consecuencia, en la descripción del nivel del lenguaje. La lingüística aplicada al texto es descrita por Coseriu como “lingüística del sentido”, esto es, aquella lingüística que describe lo que presentan los elementos lingüísticos aislados en situaciones concretas.

La Textología, en tanto que ciencia que tiene por objeto de investigación el texto completo, ha de centrarse —a nuestro entender— en la lingüística del sentido, que se basa en la descripción de los resultados concretos de los elementos lingüísticos en los textos. Con ello, sería tarea de la Textología aclarar cómo un texto concreto —o una clase determinada de texto— obtiene su sentido en una situación determinada —o un tipo de situación determinada— y por qué, en consecuencia, puede cumplir con el objetivo comunicativo pretendido por el emisor. Para ello, según Coseriu, el sentido se origina en la exposición de las palabras que aparecen en el texto, sobre la base de su significado y su denominación¹⁶⁶. Mas, si la Textología persiguiera únicamente esa meta, significaría que no se interesaría por la recuperación de las regularidades generales en el campo del lenguaje. En ese sentido, uno de los objetivos de la investigación textológica no sería, por ejemplo, si los verbos modales españoles se utilizan en general o en el campo jurídico, sino que consistiría, por el contrario, en investigar el sentido que tendría el uso de los verbos modales españoles en los textos jurídicos¹⁶⁷.

La Textología, tal y como se acaba de exponer, se ocupa de la descripción del texto en su totalidad¹⁶⁸. En este sentido, y refiriéndose a los

¹⁶⁶ La diferencia entre significado y denominación se corresponde con la diferenciación entre ciencia lingüística y enciclopédica, como se puede observar, entre otras, en la lexicografía.

¹⁶⁷ Sobre las posibilidades de descripción del sentido, vid. lo expuesto por J. ENGBERG (1996).

¹⁶⁸ Esta perspectiva es la que estableció Hartmann como ideal: no se investigarían los elementos en sí y sus propiedades estructurales, sino su contribución al sentido del texto. Por ello, la sintaxis textual de Hartmann se diferencia de la Terminología —actividad lingüística con la cohesión de los textos y con los medios gramaticales que surten efecto por encima de los límites oracionales— que es esencialmente la que aquí se describirá.

fenómenos que comprenden la sintaxis textual, Coseriu¹⁶⁹ (1994: 29) afirma que se trata de “regularidades generales” que tienen validez dentro de un lenguaje histórico: es posible seguir reglas generales para expresar el sentido deseado con respecto a una producción textual concreta. Esas regularidades podrían ser naturalmente el objeto de los estudios textológicos. No obstante, las regularidades y sus funciones inherentes tienen una validez general dentro de una lengua, y no son específicas de una situación determinada o de un sentido determinado. Se trata de otro tipo de regularidades diferentes de aquellas a las que se dedica la Textología. Del mismo modo, en la investigación de la sintaxis textual no se estudia la perspectiva de la totalidad del *Ganztext-in-Funktion* (texto completo-en-función); sino que resulta más interesante analizar el medio que puede ser utilizado para unir los textos en su totalidad.

En conclusión, resultaría adecuado hablar de dos disciplinas totalmente diferentes que tienen como objeto de estudio la lengua en el texto y que son: la Lingüística Textual¹⁷⁰ y la Textología. La lingüística textual se ocupa de las partes estructurales del texto y describe su interacción. Por el contrario, la Textología se ocupa del texto desde la perspectiva del texto-en-función, del texto íntegro en su situación de uso. Según Coseriu, su objeto es el sentido del texto y el objetivo de tal ciencia es el descubrimiento del origen del sentido, es decir, el que participa como medio lingüístico en la creación del sentido. Esta Textología puede investigar tanto los rasgos creadores de sentido individuales, como los rasgos creadores de sentido convencionalizados (convenciones de género). Mientras que Coseriu (1994) estudia el sentido individual del texto, B. Spillner (1981), cuyas aportaciones trataremos a continuación, se ocupa de las convenciones de género; perspectiva que servirá de apoyo al presente trabajo.

¹⁶⁹ E. COSERIU denomina este tipo de lingüística textual “Gramática textual o gramática transfrástica” (1994: 29).

¹⁷⁰ En este sentido, R. HARTMANN diferencia entre la Lingüística Textual que se ocupa de la sintaxis textual y algunas partes de la semántica textual y la Textología, que se ocupa de la pragmática del texto y algunas partes de la semántica textual. No obstante, VAN DYCK (1980) emplea un único concepto genérico: *Textwissenschaft*.

— *La Textología de B. Spillner (1981)*.

Para Spillner, la Textología es una disciplina lingüística que compara las características de los géneros en todos los niveles de la lengua, y también entre lenguas. El contraste de géneros ha de tener en cuenta todos los rasgos específicos de cada uno de ellos. Los *tertium comparationis* son para Spillner descripciones de los géneros, mediante las cuales se comparan las convenciones de género. El autor diferencia, al igual que el presente trabajo, la Textología Contrastiva de la Lingüística Textual Contrastiva, pues esta última se ocupa de los procedimientos y normas lingüístico-textuales en sentido estricto (p. ej. procedimientos para la obtención de la coherencia) y cuyo *tertium comparationis*, en consecuencia, es una descripción del texto y no del género. En su trabajo compara anuncios matrimoniales y decretos oficiales en alemán y francés y analiza en dichos textos una selección de palabras, el uso de los pronombres, el tipo de acto de habla y la estructura de las partes del texto y su señalización.

Sin bien la Textología Contrastiva trata la comparación de las convenciones textuales, debemos señalar que los análisis de los géneros se realizaron mediante ejemplares aislados. A nuestro entender, no se han de tratar de forma aislada en los textos, sino en comparación entre las lenguas de estudio. Es cierto que el autor describe particularidades que eran diferentes en el análisis entre los textos alemanes y los franceses; sin embargo, no menciona por qué se eligieron esas peculiaridades, y no otras. A pesar de esta crítica a la metodología de Spillner, nos quedamos con la idea fundamental de que este tipo de análisis se ha de ocupar de la comparación de dos sistemas lingüísticos con particularidades tipificados de un género, en lugar de elementos lingüísticos —como por ejemplo pronombres o modos sólo como elementos del sistema a investigar—, como se ha realizado tradicionalmente en la Lingüística Contrastiva. Consideramos que éste es un método viable e idóneo para el trabajo textual en la traducción.

—*Los estudios de R. Arntz (1990-1992).*

R. Arntz se ha ocupado en varios de sus trabajos de los diversos aspectos metodológicos de la Textología Contrastiva¹⁷¹. A diferencia de otros autores, Arntz estima que la elección de las convenciones de género que se han de comparar no está sujeta al azar. Para este autor, en la comparación terminológica bilingüe se han de utilizar los mismos criterios para cada una de las lenguas de estudio construyendo sistemas conceptuales y determinando el reparto terminológico de los espacios en blanco de dicho sistema de conceptos. De este modo, el sistema conceptual se analiza en base a los equivalentes y por lo tanto, los términos se caracterizarán en relación con la importancia que obtienen en el sistema conceptual. En este sentido, se comparan los sistemas conceptuales de las lenguas de estudio con respecto a su estructura paralela, y del mismo modo se comparan los términos de las lenguas objeto de estudio que ocupan espacios en blanco paralelos. El *tertium comparationis* en la comparación terminológica son los sistemas conceptuales estructurados según criterios similares que se comparan en cada uno de sus conceptos y denominaciones, es decir, los términos.

En la comparación de géneros inter lenguas¹⁷², los textos de los distintos lenguajes de estudio son clasificados de forma intuitiva en el mismo género, y analizados según los mismos criterios para determinar si son comparables. Se trata, en parte, de una descripción textual externa según ciertos criterios, como p. ej. “partes de la comunicación”, “medio”, “motivo de la comunicación” y “función textual”; y por otra parte de una descripción textual interna según los criterios del análisis textual acumulativo de Hoffmann. Según el género al que pertenecieran, se podrían consultar otros criterios. Arntz elige este procedimiento porque hasta el momento no existía ninguna tipología textual amplia que pueda garantizar una base segura en la comparación de los textos. Los resultados de la descripción textual normalizada son, por lo tanto, el único y posible *tertium comparationis*.

¹⁷¹ Vid. ARNTZ 1990 y 1992.

¹⁷² Hacemos referencia aquí a la comparación terminológica bilingüe que defiende el autor.

Arntz elige y compara géneros entre sí partiendo de las particularidades determinadas en sus trabajos. Del mismo modo, afirma el autor que se podrían utilizar diferentes parámetros de análisis según el interés de conocimiento, el género investigado y sus convenciones. En su estudio, el autor utiliza como ejemplo de comparación de géneros interlenguas, sus investigaciones y comparaciones de la macroestructura de ofertas de empleo y de sentencias, basándose en la formulación prototípica lingüística y en los procedimientos de comunicación. Las particularidades analizadas fueron elegidas debido a que eran esenciales para la comparación textual relativa a la traducción. En este sentido, los intereses de conocimiento se dirigen hacia la elección de las particularidades textuales a investigar (1992: 113 y ss).

En el primer ejemplo se trata la comparación dentro de un género con las mismas circunstancias, y por tanto, de un análisis contrastivo entre la estructura textual de un anuncio de oferta de empleo alemán y otro español. Los textos del género “oferta de empleo” muestran estructuras claramente subdivididas y responden a preguntas metódicas, por lo que resulta sencillo presentar y analizar un corpus representativo. Para ello, el género textual “oferta de empleo” que aquí se trata como un texto especializado en su sentido más amplio, se ha de caracterizar en relación con la práctica de la traducción. La investigación se centra en un corpus compuesto por diez ofertas de empleo alemanas y diez ofertas españolas. Al principio, se centra en las características externas de los textos objeto de estudio con el objetivo de comprobar y confirmar la comparabilidad de los textos. Para ello se observan los siguientes aspectos:

- Partes de la comunicación
- Medio/ canal
- Motivo de la comunicación
- Función textual.

Para el análisis textual interno utiliza el modelo de L. Hoffmann (1984) y K. Baumann (1987) en el que se analizan las peculiaridades de cada texto de forma específica. Para ello se tienen en cuenta los siguientes aspectos:

- a) Elementos no-lingüísticos como el formato, estructura tipográfica, etc.
- b) Macroestructura,
- c) Coherencia textual
- d) Sintaxis (tipos y modos de las oraciones, grupos de palabras, unión de oraciones y comprensión sintáctica)
- e) Léxico (tipos de palabras, estructura, origen)
- f) Categorías gramaticales (tiempo, género, modo, persona)
- g) Recursos estilísticos.

Como resultado de su investigación, afirma que resulta esencial el análisis de la macroestructura, ya que las ofertas de empleo presentan una estructura clara, tienen una función bien definida. En el estudio obtienen trece unidades textuales básicas en alemán; seguidamente realiza el mismo trabajo en español y por último compara los resultados. Básicamente este autor afirma que dichas unidades textuales aparecen tanto en el género en español como en el alemán; es decir, cada unidad textual se ve representada en, al menos un texto del corpus en español y alemán.

En el presente trabajo, se plantea como punto de partida el procedimiento de comparación presentado por Arntz para establecer los principios de un *tertium coqmparationis* en la comparación de las convenciones de género. Así, resulta importante precisar los modelos de Arntz para la combinación del *tertium comparationis* y para la estructuración y descripción del género que debe garantizar la comparabilidad de los textos objeto de estudio.

Como ya hemos expuesto, las convenciones de género son convenciones de redacción en todos los niveles de descripción del lenguaje.

Las convenciones de género afectan a las particularidades formales de los textos. Dichas peculiaridades vienen determinadas en cada sistema lingüístico y no se pueden comparar de forma directa entre distintas lenguas. Además precisan una descripción lingüística única. Si se pretende, como nosotros, comparar las convenciones de género en el nivel léxico —por ejemplo, bajo el aspecto de la frecuencia de uso de determinados verbos—, la descripción de géneros no es suficiente como *tertium comparationis*, pues la polifuncionalidad de tales unidades léxicas significa que su existencia dentro del mismo género no sea un criterio suficiente para su comparabilidad interlinguas. Del mismo modo, deben jugar un papel comparable en los textos de los géneros. Los textos jurídicos, por ejemplo, deben de producirse en el mismo contexto y acto para poder compararlos entre sí¹⁷³.

En la comparación de las unidades léxicas objeto de estudio como manifestación de las convenciones de género, nos referimos aquí a un *tertium comparationis* complejo: las convenciones de género se pueden comparar entre lenguas, si son comparables tanto las estructuras del texto que pertenecen a las unidades léxicas, como la denominación entre las unidades léxicas utilizadas convencionales y el contexto del acto entre lenguas. El método de Arntz (1992) mencionado se ocupa de las particularidades del sistema lingüístico en el procedimiento de comunicación para describir la utilización de las “regularidades lingüísticas” dentro de un género, lo cual constituye un *tertium comparationes* complejo.

Con respecto a la descripción de los géneros en la comparación de las convenciones a la que Arntz recurrió para la agrupación de los criterios para la comparabilidad de los textos, se podría decir que no aporta ninguna tipología textual completa, a la que se pueda recurrir en la observación de la comparabilidad interlinguas de los textos, debido a que en sus ejemplos, considera que, con al menos una unidad textual representada en un textos sería suficiente. Por el contrario, consideramos que si los textos pertenecen a

¹⁷³ En este sentido, por ejemplo, los verbos “solicitar” y “beantragen” se pueden comparar, no debido a que ambos se utilizan en sentencias, sino porque se utilizan para la indicación del mismo tipo de sección, que pertenece a la solicitud de las partes.

un género determinado y por tanto están presentes las regularidades y las convenciones de género, deben ser comprobadas en cada caso mediante una descripción uniforme de *todos* los textos consultados para la investigación.

Sin embargo nos gustaría precisar que este procedimiento en la clasificación de géneros es el modo más adecuado según los nuevos conocimientos en tipología textual para clasificar los textos¹⁷⁴; considerando, al contrario que Arntz, que las unidades textuales aparecen en todos los textos y no únicamente en uno. Por ello, estimamos necesario analizar lo expuesto por otros autores.

— *La propuesta de W. Heinemann y D. Viehweger (1991).*

Una tipología textual en la que los textos se consideran una única vez es poco posible, dada la multidimensionalidad de los textos. Una solución para este problema sería la descripción de los textos según un sistema de descripción en más niveles, como el que proponen W. Heinemann y D. Viehweger (1991: 148-169):

Función (tipos: expresarse, contactar, informar, controlar y establecer);

Situación: (tipos: modo de actividad interaccional, organización social, cifra de parejas, papel social, situación del entorno);

Estructuración textual: (modos típicos de estructuración y secuenciación de textos dentro de un género);

Formulación de un modelo: (formulaciones típicas de géneros y máximas de comunicación).

Así, cada texto puede pertenecer a varias clases según los criterios de clasificación. Un contrato redactado por un jurista pertenece a la clase “contrato” en el caso de que el nivel de la función haya sido considerado como un criterio inicial; y a la clase “textos de juristas” si el nivel de situación apareciera como un criterio antepuesto. Mediante esta interpretación, se opta

¹⁷⁴ Cfr. a este respecto H. ISENBERG (1983), R. GLÄSER (1990), W HEINEMANN y D. VIEHWEGER (1991).

por un concepto de clasificación dinámico, y éste coincide con la interpretación mencionada anteriormente de los géneros textuales como categorías prototípicas generativas, ya que un ejemplar textual puede tener, con frecuencia, una relación de semejanza con varias categorías-esenciales y por lo tanto, puede pertenecer a más categorías.

En el estudio de la primera parte del *tertium comparationis*, serviría como base un sistema de análisis y una posterior descripción textual. Para dicho trabajo podría ser válido, por lo general, el sistema de W. Heinemann & D. Viehweger (1991), o se podría tratar de un sistema adaptado a un ámbito de especialidad¹⁷⁵. Mediante la última opción citada, sería posible elaborar un sistema que podría incluir las peculiaridades del ámbito de especialidad y de los textos que éstas incluyen.¹⁷⁶

Sin embargo, en el ámbito jurídico, no existe aún ningún sistema específico, por lo que, en el marco del presente trabajo, se utilizará el sistema propuesto por Heinemann & Viehweger (1991) y los modelos anteriormente explicados, pues éstos aportan significado a la descripción de los géneros jurídicos como nuestro sistema de análisis, en el que se describen como criterios relevantes; el ámbito de actuación y objetivo de comunicación del texto, del cual depende. Los textos que reciban una descripción según dichos criterios, se consideraran como comparables. Mediante sucesivos estudios se ha de determinar si dichos criterios son suficientes y cómo se han de formular.¹⁷⁷

En la primera parte del *tertium comparationis* se pueden establecer los criterios generales o los más importantes en un campo para su investigación.

¹⁷⁵ Cfr. S. GÖPFERICH 1992 y 1995 para el campo de "Naturwissenschaft und Technik" (Ciencias de la Naturaleza y Técnica).

¹⁷⁶ En S. GÖPFERICH (1995) se observa una clasificación de los textos según el modo de la transmisión de la información en los tipos "jurídicos-normativos", "orientados al progreso-actualizados", "didácticos-instructivos" y "agrupación del saber". En este sentido, obtiene un monotipo (cada género sumergido en la tipología una única vez) en su tipología, ya que el autor limita su estudio textual al ámbito científico-técnico. Con ello, sale a la luz el conocido "Typologische Dilemma" de H. ISENBERG (1983) mediante el cual, existe una delimitación del ámbito de aplicación de la tipología. Veáse en el mismo sentido H. STEGER (1983).

¹⁷⁷ J. ENGBERG (1993) ofrece uno de los primeros acercamientos a los criterios necesarios para la tipificación de los textos dentro del ámbito jurídico.

Sin embargo, el tipo de unidades que se utilicen en la segunda parte del mismo, dependerá de los intereses de conocimiento y de las particularidades de los géneros objeto de estudio. Únicamente mediante una organización de estos factores —intereses de conocimiento y particularidades—, se podrían describir y comparar las convenciones de género en géneros concretos con respecto a su relación con los contextos de acción de los mismos. En este punto existe una ventaja que es la aceptación fundamental en nuestro trabajo de un *tertium comparationis* complejo —pues contiene una parte general y otra específica—.

Según los modelos precedentes, se podría concluir cuál es el objetivo del presente trabajo. En este sentido pretendemos analizar y comparar dos grupos de unidades léxicas y estructurales típicas de un género textual —sentencias civiles— que aparecen en textos en alemán y español. Los grupos seleccionados consisten en unidades léxicas que se podrían describir como los componentes de la comunicación en la estructura del texto que constituyen la formulación de un texto perteneciente a dicho género. Dichas unidades se pueden contemplar simultáneamente por aparecer en determinados textos como parte del tecnolecto jurídico y que pertenecen a un uso específico del lenguaje utilizado por un grupo de especialistas.

No se investigarán todos los elementos lingüísticos utilizados en las convenciones del género en ambos lenguajes, sino que únicamente se investigarán los elementos que por su grado de tipificación —singularidad y frecuencia— aparecen como parte de la estructura textual. Uno de los puntos fundamentales de este trabajo son la descripción de las relaciones entre las unidades léxicas utilizadas en las convenciones y el contexto de la acción en la estructura textual. Con esto debería alcanzarse, en parte, una disposición pragmática de la convención del género que nos pueda ayudar a aclarar la convencionalización y en parte, garantizar la comparabilidad de las unidades lingüísticas mediante dicha descripción. Con ello se podría desarrollar un sistema de análisis para el corpus de nuestra investigación que igualmente se plantea sobre la base del concepto de acto de habla que se verá a continuación.

3.2. Actos de habla.

Para poder aplicar la categoría de formación del *tertium comparationis*, es necesario saber, en primer lugar, en qué tipo de concepto de acto de habla nos basaremos, ya que existen diversos conceptos que describen las relaciones entre el material lingüístico y los actos de habla. A continuación presentaremos algunos de los conceptos de actos de habla pertenecientes a los autores más especializados en el análisis textual.

En lo referente a los actos de habla existen dos claras tendencias. La primera se refiere a la base a la que se atribuye el significado del acto de habla con respecto al enunciado. Existen dos relaciones posibles:

- 1) Una que se centra en las condiciones pragmáticas que han de cumplirse en el análisis de los actos de habla para llevarlos a cabo de manera satisfactoria. En este punto, las propiedades internas-formales del lenguaje utilizado, no juegan ningún papel importante para el análisis.
- 2) Otra que se centra tanto en el ámbito pragmático, como en el lenguaje utilizado en el análisis de los actos de habla. En este punto, la estructuración lingüística de un enunciado es un criterio importante para el análisis.

La segunda corriente afecta al estatus del significado del acto de habla en la comunicación lingüística. En esta perspectiva también existen dos relaciones posibles:

- 3) El significado de un acto de habla específico de un enunciado se apoya en su estructura convencional-sistemática. Tras efectuarse el enunciado, éste tiene un valor determinado de acto de habla que el receptor ha de decodificar. El emisor es quien decide, principalmente, sobre el significado de dicho acto de habla de un enunciado como codificador de la comunicación.
- 4) El significado específico del acto del habla de un enunciado se origina, en primer lugar, gracias a la incorporación del receptor. En

una comunicación específica se puede decir de forma exacta qué significado de acto de habla tiene un enunciado concreto. Como consecuencia, se obtiene que, principalmente el receptor, decide sobre el significado de un acto de habla de un enunciado.

Teniendo en cuenta estas tendencias y sus variantes, trataremos a continuación los conceptos existentes sobre el acto de habla. Para ello, estudiaremos a autores como M. Hjort-Pedersen (1992) que presenta una disertación de la comunicación jurídica, J. Searle (1969) quien analiza el concepto de acto de habla como aparecen en las relaciones 1) y 3) y a A. Burkhardt (1986) y D. Busse (1994) para las relaciones 2) y 4).

—*Los estudios de M. Hjort-Pedersen (1992) y J. Searle (1969.)*

M. Hjort-Pedersen (1992) compara testamentos en inglés y danés. Utiliza los actos de habla en el sentido empleado por J. Searle (1969) como base comparativa en la confrontación de los textos en la traducción¹⁷⁸. Su objetivo es comparar la formulación de frases entre lenguas en las que se lleven a cabo actos de habla más o menos idénticos. La autora parte de las condiciones de éxito del correspondiente acto de habla en la definición del valor de dicho acto en las oraciones objeto de estudio. Como condiciones de éxito, entiende que existe una hipótesis previa que ha de cumplirse para que un acto de habla se realice de forma exitosa. Hjort-Pedersen enumera tres tipos de condiciones y a modo de ejemplo podremos las condiciones del acto de habla que la autora estableció en los testamentos¹⁷⁹:

- (1) “*Preparatory conditions*” (condiciones preparatorias): La condición preparatoria es que el testador sea mayor de edad y tenga capacidad para otorgar un testamento.

¹⁷⁸P. KUSSMAUL (1990) en “Übersetzung von Sprechakten in verschiedenen Textsorten” es un buen ejemplo de esta teoría.

¹⁷⁹ Vid. a este respecto HJORT-PEDERSEN (1992: 50).

- (2) “*Essential conditions*” (condiciones constitutivas/esenciales): La condición constitutiva, que es que el testador verdaderamente sea quien emite el enunciado.
- (3) “*Sincerity conditions*” (condiciones de sinceridad). La condición de sinceridad es, en su trabajo, el hecho de que el emisor tenga la intención verdadera de permitir que se produzcan los correspondientes efectos jurídicos en su enunciado.

El acto de habla descrito según las condiciones de éxito de la autora, se refiere al principio de expresabilidad de las oraciones de Searle (1969). Asimismo, las normas pragmáticas de la realización exitosa de un acto de habla han de ser idénticas a las normas de la formulación lingüística de las oraciones con las que se ha de llevar a cabo dicho acto de habla. En consecuencia, un enunciado tiene validez como realización de un determinado acto de habla si se expresa según las condiciones correspondientes. Para Hjort-Pedersen (1992) el análisis de las frases en las que se realiza el acto de habla mencionado anteriormente, se describe como sigue (1992: 50):

Ich nehme an, dass die genannten Äusserungen tatsächlich den angeführten Gelingensbedingungen entsprechen. In der Praxis haben sie sich ja bewährt. Ich leite hieraus ab, dass der Erblasser durch die Äusserung der entsprechenden Konstruktionen die Intention ausdrückt, Rechtswirkungen entstehen zu lassen, (...) ¹⁸⁰

La relación entre el acto de habla y las unidades lingüísticas utilizadas en su trabajo se describen, principalmente y según dicho planteamiento, como convenciones de frecuencia puras. Una oración, por lo tanto, se analizará como un acto de habla determinado debido a que su enunciado se basa en determinadas condiciones pragmáticas y no debido a que contenga un determinado material lingüístico. Por ello, dicho concepto pertenece a la categoría (1) según las perspectivas de descripción mencionadas con anterioridad. Sin embargo, en el análisis no se aclara el tipo de relación

¹⁸⁰ “Acepto el hecho de que los mencionados enunciados en realidad se correspondan con las condiciones de éxito aludidas. En la práctica han probado su eficacia. Me baso aquí en que el testador expresa su intención mediante el enunciado de las correspondientes construcciones para que se originen las consecuencias jurídicas (...)”.

existente entre las características formales del enunciado y el acto de habla. Y, por tanto, sin aclaraciones, no se puede decir más que, que determinados elementos lingüísticos suelen aparecer en relación con los actos de habla (aspecto de frecuencia) y no el por qué (aspecto pragmático).

No obstante, existe cierto reparo en cuanto a la falta de fuerza aclaratoria en este tipo de concepto de acto de habla que se ve respaldado por la propia autora, en su teoría de actos del habla incluye una teoría de la comprensión, orientada, en primer lugar, al contenido en su análisis orientado a la traducción, es decir, en la teoría de Fillmore de “scenes-and-frames”¹⁸¹. La autora afirma (1992: 48) que dicha teoría se incluye para poder determinar cómo se realizan las funciones de los actos del habla.

Los actos de habla determinados y su incorporación a las frases son absolutamente plausibles. Sin embargo, dicho análisis únicamente garantiza la comparación de los enunciados investigados por la autora como una totalidad. De este modo, solo puede comparar oraciones de tipo formal y no los componentes de las mismas. Por este motivo, para la construcción de un *tertium comparationis*, que ha de ser utilizado en la comparación de unidades

¹⁸¹ C. WADDINGTON (1999: 219) aclara la teoría de *scenes and frames* aplicada a la traducción. M. SNELL-HORNBY (1988) propone una teoría de *scenes and frames* (escenas y marcos) del lingüista norteamericano Charles Fillmore como base para comprender mejor la fase creativa de la creación de un TL en traducción. Por *scenes*, Fillmore se refiere a escenas de la vida real (por ejemplo, “el restaurante”, “el supermercado”, etc.) o cualquier otro segmento de actividad humana, producto de la experiencia o la imaginación. Por *frame*, FILLMORE entiende “cualquier sistema de elección lingüística”, que puede tomar la forma, por ejemplo, de colecciones de palabras asociadas con determinadas “escenas”. SNELL-HORNBY destaca la importancia de esta teoría para la traducción: permite el análisis de los procesos de comprensión: de cómo el lector relaciona el texto con una situación, un trasfondo sociocultural y su propia experiencia. Visto en términos de *scenes and frames*, el proceso de traducción tendría los pasos siguientes (SNELL-HORNBY 1988:81): “The translator starts from a presented frame (the text and its linguistic components); this was produced by an author who drew from his own repertoire of partly prototypical scenes. Based on the frame of text, the translator-reader builds up his own scene depending on his own level of experience and his internalized knowledge of the material concerned. As a non-native speaker, the translator might well activate scenes that diverge from the author’s intentions or deviate from those activated by a native speaker of the source language (a frequent cause of translation error)”. [“El traductor parte de un marco presentado (el texto y sus componentes lingüísticos); éste fue producido por un autor que lo esbozó desde su propio repertorio de escenas parcialmente prototípicas. Basándose en el marco del texto, el traductor-lector construye su propia escena dependiendo de su propio nivel de experiencia y su conocimiento interno del material al que se refiere. Como un hablante no nativo, el traductor podría activar escenas que divergieran de la intención del autor o que se desviarán de aquellas que se activan en el hablante nativo de la lengua origen (un caso frecuente de errores de traducción)”].

léxicas aisladas, el concepto de acto de habla de Pedersen resulta poco adecuado como base. Pues la comparabilidad en el enunciado, únicamente garantiza el enunciado mediante una aclaración pragmática y su interrelación consecuente con el acto del habla y la superficie lingüística (partes léxicas) y no la de los elementos aislados que se utilizan en la realización del acto del habla.

El método expuesto arriba para la determinación del significado del acto de habla en oraciones concretas es el resultado de una de las posibles interpretaciones de la exposición de Searle (1969), y en concreto de su “principio de expresabilidad”, en el cual aparece su opinión acerca de que la lingüística no se ha de ocupar de la definición de los significados internos de la lengua para describir el significado de un acto de habla. Sin embargo, el mismo autor opina que sí se ha de comprobar que las personas que utilizan ciertas palabras de forma convencional en determinadas situaciones, utilicen al mismo tiempo el lenguaje según unas normas semánticas específicas (Searle, 1969: 37):

The form this hypothesis will take is that the semantic structure of a language may be regarded as a conventional realization of a series of sets of underlying constitutive rules and that speech acts are acts characteristically performed by uttering expressions in accordance with these sets of constitutive rules¹⁸².

En este sentido afirma que la lingüística puede contentarse con la descripción de la situación, y no debe ocuparse de la descripción de los elementos internos de la lengua.

La ventaja de este procedimiento es que la cantidad de factores a unir de tipo lingüístico y pragmático son apreciables, mientras que los enunciados generales son posibles según las relaciones entre actos de habla y los elementos del sistema lingüístico. La desventaja de un trabajo especializado dirigido a la descripción del género consiste en que se trabaja en un nivel de

¹⁸² “La forma que esta hipótesis tomará es la de que la estructura semántica de un lenguaje ha de ser considerada como la realización convencional de series de escenarios de normas constitutivas subyacentes y que los actos del habla son actos característicamente realizados mediante la pronunciación de expresiones de acuerdo con dichos escenarios de normas constitutivas”.

abstracción muy alto debido a que se computan pocos tipos de actos de habla y modelos de oraciones. Y dichas categorías abstractas no son especialmente adecuadas para un trabajo de análisis textual y contrastivo relativo a la traducción, tal y como aquí se ha de realizar. Dicho planteamiento pertenece a los conceptos de acto de habla de la categoría 3 según vimos anteriormente.

En este punto, nos gustaría aclarar de forma más profunda esa categoría 3 a partir de la explicación propuesta por Searle, en la que pone de manifiesto por qué un análisis según la categoría 4 es más adecuado para nuestros objetivos. Para ello, Searle enuncia tres preguntas cuya respuesta es esencial para su descripción del acto de habla (1969: 38 ss.):

- 1) ¿son las lenguas convencionales?
- 2) ¿está sujeta la realización de un acto de habla a unas normas?
- 3) ¿la utilización de las convenciones lingüísticas está dirigida por normas?

La respuesta de Searle a todas estas preguntas es “sí” o “normalmente sí”. Las lenguas son convencionales en cuanto a la incorporación de significados a la forma; si no, no sería posible la comunicación. La realización de un acto de habla está sujeta a normas, y por lo tanto, dichas reglas se rigen por ciertas condiciones. En este sentido, es necesario, en todo caso, conocer las estructuras de las condiciones para poder interpretar el correspondiente enunciado.

Por último, para diferenciar entre los conceptos de habla de la categoría 3 y 4 plantearemos una cuestión que para Searle no resulta obvia, y nos referimos a lo que él llama “convenciones lingüísticas”. Se podría tratar de las convenciones lingüísticas en el ámbito del enunciado, tal y como ocurre en Hjort-Pedersen (1992) o convenciones lingüísticas en el ámbito de la semántica léxica, es decir, convenciones lingüísticas que afectan a la conexión de palabras y su significado, que también aquí trataremos. Otra diferencia fundamental entre ambas categorías se basa en la interpretación del papel del emisor en dicho proceso de comunicación; es decir, si es un

mero decodificador, o si puede tomar algún tipo de decisión. Searle toma la primera interpretación como base para su trabajo, y a continuación profundizaremos en la perspectiva de Burkhardt, que es un ejemplo de esta última interpretación.

— *Los estudios de A. Burkhardt (1986) y D. Busse (1992).*

Para A. Burkhardt (1986) el acto de habla tiene significado en el momento en que un receptor interpreta un enunciado como ejemplo de dicho acto de habla. El significado del acto de habla no existe por tanto, por la formulación del texto en sí; más bien el texto formulado es únicamente una representación —a través del emisor— que se puede deducir de su intención comunicativa. Si la intención es reconocible por la presentación del emisor, y si de esa manera existiera un acto de habla verdaderamente, el receptor no podría determinarlo al recibir el enunciado.

Burkhardt entiende que dicha interpretación tiene dos consecuencias: en primer lugar dichos actos de habla podrían ser reconocibles únicamente para una denominación de la lengua —por lo general en la forma de un verbo performativo— y en segundo lugar, la localización del sistema de condiciones que eran válidas como base para la incorporación del significado del acto de habla, se traslada de la descripción de la situación —al igual que ocurre para Searle— a la descripción de las particularidades semánticas de los verbos en los actos de habla.

Para una mejor comprensión, aclararemos que la primera consecuencia consiste en la interpretación del status del significado del acto de habla; es decir, debe existir una denominación de un acto de habla en el lenguaje para que pueda ser reconocido el significado correspondiente por parte del receptor. Para ello Burkhardt afirma (1986: 317): “Äusserungen können keine “Kräfte” in sich tragen, es sei denn die jeweilige Sprache stelle Mittel bereit, diese Kräfte zu bezeichnen und so zu klassifizieren”¹⁸³. En este

¹⁸³“Los enunciados no podrían llevar ninguna “eficacia” en sí a menos que el correspondiente lenguaje facilitara los medios para describir dichas fuerzas y clasificarlas”.

mismo sentido, la discusión sobre la hipótesis de Sapir-Whorf¹⁸⁴ ha mostrado perfectamente, que cada lengua puede describir potencialmente las circunstancias posibles, incluso si no tienen una denominación independiente.

Por otra parte, D. Busse (1992) apoyándose en el método de Burkhardt, centra sus análisis en los actos de habla de las leyes, es decir, en los actos de habla normativos, y llega a la conclusión de que la lengua alemana tiene denominaciones tanto para los actos individuales con los que se ejecutan las leyes en relación con el receptor al que se dirige la norma (prohibiciones) como para los actos de introducción (promulgación de la ley). Sin embargo observa que no existe ninguna denominación breve para el acto de comunicación normativo de mayor importancia, es decir, la ejecución de las leyes. Sin embargo, justamente Busse no observa la consecuencia de que un usuario de la lengua alemana no estaría en condiciones de reconocer una ley como un acto de habla normativo, aunque sí logró describir dicho acto y su contexto mediante la descripción de la correspondiente situación. De ahí surgen dos aspectos que veremos más adelante; el primero, es la particularidad de la especialidad de los textos jurídicos y, el segundo, es el motivo por el cual las sentencias no son comprensibles para los legos.

La segunda consecuencia de la diferencia en la interpretación de Burkhardt en relación con la de Searle, se centra en:

- a) El desplazamiento de las particularidades del acto del habla,

¹⁸⁴ La hipótesis de SAPIR-WHORF establece que todos los pensamientos teóricos están basados en el lenguaje y que están condicionados por él. Ésta recoge dos postulados de ambos autores que anotamos a continuación: Sapir se ocupa de la relación entre dos lenguas (1929: 214) y afirma que: "(...) Not two languages are ever sufficiently similar to be considered as representing the same reality: the worlds in which different societies live are distinct worlds, not merely the same world with different labels". ["(...) dos lenguajes no siempre son suficientemente similares para ser considerados como representantes de la misma realidad: las palabras con las que las diferentes sociedades viven, son palabras diferentes, no hacen referencia al mismo mundo con diferentes etiquetas"]. Sin embargo, WHORF, discípulo de Sapir, se centra en examinar el problema entre las relaciones entre lenguaje y pensamiento (1971: 241): "El sistema lingüístico de fondo de experiencia (en otras palabras, la gramática) de cada lengua, no es simplemente un instrumento que reproduce las ideas, sino que es más bien en sí mismo el verdadero formador de las ideas, el programa y guía de la actividad mental del individuo que es utilizado para el análisis de sus impresiones y para la síntesis de todo el almacenamiento mental con el que trabaja".

- b) de la descripción de la situación,
- c) a la descripción de la semántica del verbo.

Dicha consecuencia es el resultado de la interpretación mencionada arriba, ya que la incorporación de los significados de los actos de habla se ha de equiparar a la subsumición según el significado del verbo.

Asimismo, las condiciones suficientes y necesarias que deberían darse en la situación para llevar a cabo de forma exitosa el acto en sí, hacen referencia a las “condiciones de éxito” que menciona Searle. Según su principio de expresividad, en base a dichas condiciones, desarrolla las normas para la utilización de dichas particularidades lingüísticas que se utilizan de forma convencional en la realización de dichos actos. Burkhardt, al realizar una clasificación de los enunciados lingüísticos orientada al receptor, no parte de la pregunta de “bajo qué condiciones da buen resultado un acto”, sino de qué condiciones deben ser llevadas a cabo para que pueda estar incluido el enunciado en cuestión en un verbo de un acto de habla determinado, es decir, como existencia de un determinado tipo de acto de habla que es clasificable. Sin embargo, el autor no interpreta dichas condiciones como condiciones situacionales, sino como particularidades semánticas de los verbos performativos sobre todo. Si un enunciado es una promesa (o mejor dicho: tiene validez como promesa), no depende, por tanto, de si el emisor ha cumplido las correspondientes condiciones situacionales, sino de si el enunciado debido a su contenido semántico puede ser subsumido según la condición de su correspondiente denominación de acto de habla.¹⁸⁵

En ambas consecuencias de la interpretación de Burkhardt sobre la incorporación del significado del acto de habla, tiene validez por una parte, el hecho de que él extrae del texto, por así decirlo, el significado del acto de habla, y además afirma que el significado del acto del habla no se realiza en el texto, sino que en primer lugar lo hace a través de la clasificación que se origina en el receptor. Por otra parte también menciona que dicha

¹⁸⁵ Para más información sobre las condiciones mencionadas vid. J. SEARLE (1969: 57-61).

incorporación depende de las particularidades lingüísticas y por tanto, se realiza a partir de las particularidades semánticas y de los verbos descriptivos del acto de habla (y por tanto utilizables de forma performativa). Por una parte resalta la integración del acto de habla en el sistema lingüístico y afirma que, en realidad, y posiblemente a excepción de los nombrados verbos, no existan ningunos indicadores ilocutivos; y por otra parte se vuelven a intercalar los actos de habla en el sistema semántico de la lengua en la que las condiciones situacionales que han de ser cumplidas para que pueda tener éxito el acto, son declaradas como parte del significado de la palabra de los verbos performativos.

Se trata aquí de la inclusión del acto de habla en el sistema semántico contrario a la perspectiva de Searle, donde las condiciones de “suerte” y las particularidades lingüísticas pertenecen a diferentes sistemas, aunque afirma que entre los sistemas convencionales existen relaciones mediante su principio de expresabilidad. Burkhardt, por el contrario, opina que las condiciones de suerte son de tipo convencional y que se subdividen en el significado de las palabras de los verbos correspondientes.¹⁸⁶

En nuestra opinión, se ha de preguntar si las condiciones de suerte (ya sean pragmáticas o semánticas) realmente son las particularidades más adecuadas, si lo que pretendemos es investigar la relación entre tipos de actos de habla y un enunciado concreto. Pues las condiciones, normalmente, no se expresan y por lo tanto, una descripción del proceso de interpretación debe dejar muy pronto la superficie lingüística. En cuanto al análisis concreto, Burkhardt señala que él, dependiendo de las proposiciones de los enunciados, pone mayor atención sobre todo en la incorporación del significado del acto de habla a los enunciados en los actos de habla indirectos. El método de Burkhardt es, por muchos motivos, un buen modelo

¹⁸⁶ Aquí encontramos de nuevo la interpretación de que la lengua sería el único acceso posible al mundo. Sin embargo, cabría reflexionar si un receptor sin conocimientos, por ejemplo en un acto jurídico en la lectura de un texto, donde dicho acto se realiza, pudiera adquirir/lograr el saber mediante la combinación de sus conocimientos existentes para la estructura de las condiciones de un acto – entonces no estarían necesariamente unidas las condiciones de suerte a un determinado verbo, sin embargo, la lengua sigue siendo hasta la fecha la condición previa para concebir/considerar el mundo.

para el análisis que se va a llevar a cabo en el presente trabajo. No obstante, en el presente trabajo, para poder llevar a cabo nuestro objetivo dirigido al análisis basado en la relación entre los actos de habla y las convenciones de género sobre la superficie lingüística, debemos llevar a cabo otro método más que utilizaremos como modelo de análisis concreto.

3.2.1. *Fundamentos de la descripción de los actos de habla.*

Resulta esencial la diferencia entre actos de habla como actos concretos realizados con unidades textuales y los tipos de actos de habla que S. Weber (1985: 10) define como “tipos de actos lingüístico-comunicativos” que se han formado en la comunicación social para la obtención de determinados resultados comunicativos y que —aunque tengan gran variedad de formas— encuentran usos recurrentes. Con respecto a los contextos de los actos, podemos decir que los tipos de actos de habla son descripciones de los componentes de un acto y las relaciones entre dichos componentes. Con respecto al texto, los tipos de actos de habla son modelos del contenido que se pueden realizar en los textos mediante unidades léxicas y sus sintagmas que están integradas en las correspondientes propiedades de contenido y formales. Las relaciones entre los tipos de actos de habla y los elementos textuales se estudiarán más adelante. Entre los actos de habla y los tipos de actos de habla existe una relación tipo-token¹⁸⁷ según Bussmann (1990: 812) mediante la cual se han de interpretar los actos de habla concretos como la realización de un modelo designado como el tipo de acto de habla.

La unidad de descripción “tipo de acto de habla” es una intersección basada en la pragmática y definida por el contenido entre los niveles de descripción textual pragmáticos que se investigan en los objetivos de comunicación y los niveles de descripción lingüística que se describen sobre las unidades léxicas en su función de conectores entre las oraciones. El tipo

¹⁸⁷ La ratio tipo/token muestra la relación entre el número de tokens (es decir, el número total de palabras de un texto) y el de tipos (es decir, el número de palabras diferentes de dicho texto). También se denomina densidad léxica (CARTER, 1987).

de acto de habla no pertenece al sistema lingüístico. Como unidad debe describir la utilización lingüística. Mediante la incorporación de unidades léxicas a los componentes de un tipo de acto de habla, no se expresará sobre sus propiedades sistémico-lingüísticas generales, sino únicamente sobre sus propiedades en cuanto a la frecuencia de uso lingüístico basándose en sus particularidades de contenido y formales y dentro de un ámbito de utilización limitado¹⁸⁸.

Por ello, hemos de volver ahora a los actos de habla, es decir, a los actos que se realizan de forma concreta en los textos. Como expusimos anteriormente con Burkhardt, es relevante prever una descripción metódica en la que nos basaremos, en la que en un acto de habla se incluye del mismo modo al receptor y al emisor. Evidentemente, nos encontramos en la imposibilidad de determinar la “verdadero” intención del emisor, por lo que el presente trabajo alude sobre todo a qué intención se expresa en las unidades textuales y en las oraciones. Si el emisor realmente ha tenido dicha intención o si únicamente la ha fingido, es totalmente irrelevante para nuestros objetivos. La incorporación de los elementos lingüísticos a las intenciones comunicativas sirve para elaborar un *tertium comparationis* independiente y de una única lengua en la comparación de géneros. Aunque no debemos olvidar que no se trata aquí ni de un estudio psicológico, ni de un estudio teórico de los actos.

En nuestros objetivos, las unidades textuales se encuentran en el punto central que, en el proceso de incorporación, funcionan como una manifestación de la intención comunicativa. Por lo tanto, a continuación, reduciremos dicha manifestación denominándola “acto de habla”. De esta manera, nuestra investigación se centra en la parte del emisor del acto de habla completo. En este sentido, el término “acto de habla” se ha de entender

¹⁸⁸ HARNISCH & MICHEL exponen lo siguiente (1986: 392): “Die Untersuchungen der funktional-kommunikativen Sprachbeschreibung sind darauf gerichtet, sprachliche Regularitäten bzw. Strategiebildungen der Textproduktion und –rezeption im Hinblick auf Erfordernisse der Kommunikationsbefähigung zu erfassen”. [Las investigaciones de la descripción del lenguaje comunicativo-funcionales se dirigen a las regularidades lingüísticas, es decir, a incluir/considerar las construcciones estratégicas de la producción y recepción textual con respecto a las necesidades de comunicación]. Traducción de la autora.

en el presente trabajo como “acto de habla que se manifiesta en una unidad textual”.

3.2.2. *Proceso de análisis.*

Según S. Webber, los actos de habla se han de considerar no de forma aislada, sino como medio para la consecución de los objetivos dentro del ámbito de una realidad —o lo que es lo mismo, dentro de un contexto de acto—. Tanto el empleo de un tipo de acto de habla, como los medios lingüísticos concretos con los que se realiza, se han de definir en actividades¹⁸⁹ específicas. Resulta obvio que esta condición tenga consecuencias para el análisis. Aporta un cambio en la perspectiva, en comparación con la teoría del acto de habla de Searle (1969). Dentro de su teoría del acto de habla se determinaban las condiciones para el éxito de un acto de habla. El núcleo se encuentra en el acto de habla individual. Sin embargo, dentro de la perspectiva aquí utilizada, se investigan qué tipos de actos de habla pueden o deben ser realizados para la consecución de los objetivos a los que se aspira dentro de una actividad/acción. El eje se centra en general en la actividad y las realizaciones de los tipos de actos de habla que no se verán como individuales, sino como unidades dependientes. Con ello, dentro de esta teoría, las relaciones entre tipos de actos de habla y las actividades —y con ellos contextos de actos— vienen dadas, lo que posibilita una descripción teórico-deductiva de los aspectos pragmáticos de los tipos de actos de habla.

Partiendo de un análisis del contexto del acto en los textos de los géneros investigados, se establecen de forma concreta unas hipótesis sobre los posibles tipos de actos de habla. Después se analizan los conocimientos de la ciencia jurídica sobre los tipos de actos de habla adoptados y se determinan, de forma provisional, y basándonos en dicho análisis, las particularidades y los componentes de dicho tipo de acto de habla.

¹⁸⁹ Cfr. G. MICHEL (1985: 32s.).

Este tipo de análisis para la perspectiva del presente trabajo es únicamente el primer paso para determinar los tipos de actos de habla en un género. En el segundo paso, empírico e inductivo, se investigarán las realizaciones textuales de las particularidades provisionalmente determinadas mediante un análisis de los textos de los géneros analizados. Mediante el segundo paso, se corrobora y se desestiman las hipótesis sobre los tipos de actos de habla. El análisis empírico consiste, en parte, en la clasificación de las unidades textuales de distintos grados¹⁹⁰, y en parte, en una investigación de la formulación lingüística de las unidades textuales para justificar la suposición de una función de realización de las unidades textuales en relación con los tipos de actos de habla investigados.¹⁹¹

En este punto se considera la cuestión de la plausibilidad de los actos de habla determinados y de los tipos de actos de habla en el campo visual. Con respecto a los criterios a los que se puede recurrir en el análisis para fundamentar la decisión al respecto, como por ejemplo cómo dividir un texto o qué tipo de habla debemos considerar en una determinada parte textual, el único criterio posible es el de la plausibilidad intersubjetiva. Esto nos lleva a presentar todas las premisas de la decisión de lo analizado y así fundamentar el resultado del análisis. Cuantas más investigaciones —relativamente independientes unas de otras— del mismo resultado señalemos, tanto más plausible será el análisis. En nuestro análisis tomaremos igualmente como punto de partida de las reflexiones, las descripciones de especialistas jurídicos como fundamento de la comunicación de las sentencias. De esta manera, se considerarán las particularidades de este tipo de comunicación y se creará una base para el análisis que en cierto modo, sea relativamente objetivo ya que no nos basaremos en la intuición de lo analizado¹⁹². Por otra parte, la hipótesis fundamentada, que es el resultado del análisis, será corroborada mediante

¹⁹⁰ Tomamos dicha denominación de partes textuales de E. GÜLICH & W. RAIBLE (1975).

¹⁹¹ Este procedimiento en dos pasos se corresponde con el propuesto por BURKHARDT en cuanto a lo esencial de su contenido, en el que el receptor trata de subsumir en base a sus conocimientos, enunciados concretos de un tipo.

¹⁹² Para procedimientos similares vid. D. BUSSE (1992) y V. BHATIA (1983).

análisis lingüísticos basados en los conocimientos de la descripción de contenido y formal. La forma del acto de habla —es decir, de las unidades textuales— juega, en consecuencia, un papel esencial en la comprobación de la plausibilidad de la decisión analítica¹⁹³. En las páginas siguientes se tratará de forma más profunda este aspecto.

3.2.3. *Relación entre actos de habla y elementos textuales.*

En un acto lingüístico, la intención del emisor se pone de manifiesto mediante los elementos lingüísticos. En el presente estudio, dicha manifestación está presente en las unidades textuales. Por ese motivo se investigarán principalmente estas unidades textuales que comprendan, al menos, oraciones completas. Sin embargo, también existen otro tipo de manifestaciones textuales en las que se pone de manifiesto la intención del emisor, como son las construcciones adverbiales y participiales en el caso del alemán. Una unidad textual se ha de interpretar como una manifestación de una intención determinada, es decir, como la realización de un determinado tipo de acto de habla, si dentro de la misma se representa alguno de los componentes del tipo de acto de habla correspondiente, es decir, si los elementos de las unidades textuales se pueden interpretar según los criterios de contenido y formales correspondientes.

Para tener un instrumento con el que justificar lo anterior, resulta relevante aquí el concepto de “señal del acto de habla”. Mediante la utilización de los elementos lingüísticos con propiedades especiales en las unidades textuales, el emisor señala, de forma muy clara, que él quiere haber entendido la unidad textual como la realización de un determinado tipo de acto de habla; que la oración en la que aparece la unidad textual, a causa del significado y valencia de su verbo, su modalidad o cualquier otra propiedad de contenido y formal, son interpretables en la oración —como ocurre con la existencia de adverbios con particularidades semánticas especiales— como

¹⁹³ El problema de la plausibilidad ha sido tratado del mismo modo por H. OLDENBURG (1992) en su trabajo dedicado a la comparación contrastiva de textos en artículos científicos.

la realización del modelo de contenido correspondiente. Del mismo modo, una unidad textual puede identificarse en un título o en una introducción, como la realización de un tipo de acto de habla¹⁹⁴.

La formulación que marca la intención se entenderá como una señalización de la correspondiente unidad textual como realización de un tipo de acto de habla determinado (Señalización de tipos de actos de habla). Dependiendo de la señal del acto de habla, es decir, basándonos en un rasgo de contenido y formal, se puede justificar la interpretación de una unidad textual como la realización de un tipo de acto de habla.

A modo de ejemplo, en las sentencias, podemos decir que el tipo de acto de habla “enjuiciar” y tiene como característica general el declarar una valoración. Dicha declaración de valoración contiene, entre otros componentes, el de “el que juzga o enjuicia” y “el resultado del dictamen, la valoración o el juicio”. Dicho sintagma se interpreta como una señal del acto de habla porque su existencia/aparición determina la unidad textual claramente como la realización del tipo de acto de habla (enjuiciar). La función de señalización se basa en el contenido y la forma del sintagma. A través del sintagma se pone de manifiesto que el enunciado realizado en la unidad textual es válido/tiene validez para el juzgado de forma explícita. Mediante un sintagma con particularidades de contenido y formales se tematiza/habla sobre un componente del tipo de acto de habla (enjuiciar) y por tanto del resto de los componentes como “el que juzga”.

Este ejemplo deja claro que las relaciones entre los componentes de los tipos de actos de habla no se corresponden necesariamente con las relaciones sintácticas o de volumen en las unidades textuales con las que se van a realizar. Por tanto sería posible que existiera una correspondencia entre los componentes del tipo de acto de habla y el caso semántico del verbo en una oración, si el verbo se utilizara como una señal del acto de

¹⁹⁴ Las señales de acto de habla comprenden las señales de conexión mencionadas por OLDENBURG (1992). Frente a su planteamiento, aquí no se determinan señales de conexión únicamente cuantitativas, sino que debido a sus particularidades de contenido y formal, se determinarán como tales. Para profundizar en la concepción de señales de conexión, vid. lo expuesto por H. OLDENBURG (1992: 170-173).

habla. Con esto queda claro que los tipos de actos de habla en el presente trabajo no son unidades lingüístico-sistemáticas, sino que con ellas únicamente se puede intentar describir la función de elementos lingüísticos concretos en relación con un contexto del acto.

Formulado de forma general, podemos decir que la señalización de un tipo de acto de habla determinado sucede mediante la utilización de dicho elemento lingüístico que tematiza, de forma clara, un componente de dicho tipo de acto de habla. Una señalización de ese tipo puede suceder mediante todos los elementos lingüísticos que pueden ser interpretados/entendidos en un contexto de habla dado y en un contexto cercado según los criterios de contenido y formales, como la tematización de uno o más rasgos generales o especiales del tipo de acto de habla correspondiente. La señalización sucede dado que el elemento correspondiente influye al significado de la unidad textual en la que aparece el elemento, de forma que se ha de interpretar en el contexto del acto en conjunto como la realización del acto correspondiente.

En esta formulación general se han de destacar dos aspectos importantes:

- (1) Un rasgo lingüístico debe ser, de forma clara, una tematización de una determinada característica de un acto de habla para ser una señal de acto de habla.
- (2) En el “dictamen/juicio” deben tomarse por base la claridad del elemento lingüístico según los criterios de contenido y formales. Únicamente de ese modo se puede probar la bilateralidad de la descripción de los actos de habla —descripción funcional y de contenido-formal, que son relativamente dependientes la una de la otra—, que resulta esencial para la plausibilidad del análisis de los actos de habla.

Se ha de diferenciar entre los elementos lingüísticos y tematizar los componentes de un tipo de acto de habla porque se han de interpretar, sobre todo, debido a otros elementos de la unidad textual, como representaciones

de un componente en el texto, y elementos que se tematizan de forma clara según los componentes de criterio de contenido y formal¹⁹⁵.

Con la perspectiva aquí descrita se intentará, por consiguiente, construir un instrumento de descripción con las unidades léxicas en su función de conexión que se pueden comprender en forma de campos de utilización lingüística que se construyen sobre la base de los tipos de actos de habla. Un ejemplo para dicho campo es el grupo de sintagmas que puede ser tematizado dentro del componente “el que juzga” en el contexto del acto del motivo de la decisión. El sintagma “juzgado” pertenece a dicho campo.

En estos campos se reúnen elementos lingüísticos que son utilizables¹⁹⁶ para la tematización de los componentes de los tipos de actos de habla correspondientes. Se trata con ello de intentar fijar determinadas funciones dentro de un contexto de habla delimitado por una parte, y de fijar las unidades lingüísticas utilizadas en ellas por la otra parte.

El resultado de todos los análisis es una descripción pragmática y de contenido formal de un tipo de acto de habla que puede hacer de instrumento en otros análisis textuales. La descripción engloba el objetivo y situación de comunicación, y entre otros, los medios lingüísticos convencionalizados que se utilizan con frecuencia en la realización del tipo de acto de habla. Los medios lingüísticos convencionalizados se corresponden con los componentes medios de la comunicación de un modelo de acto y ahí/entonces se puede instituir un tipo de acto de habla delimitado igualmente en la formulación de los textos, consistente en consecuencia en un modelo de acto que puede hacer de núcleo del género textual junto a otros modelos de actos.

¹⁹⁵ El presente trabajo se ocupa principalmente del último grupo, aunque tendrá en cuenta la tematización, siempre que ésta esté convencionalizada.

¹⁹⁶ Según S. WEBER (1989: 14) “Sprachhandlungstypen fungieren als Integrationszentren für ein bestimmtes (zu ihrer Realisierung erforderliches oder geeignetes) Sprachmaterial”.

**CAPÍTULO 4: ANÁLISIS CONTRASTIVO ALEMÁN-ESPAÑOL DE LA TERMINOLOGÍA
PROPIA DE LAS SENTENCIAS DE DERECHO CIVIL**

4.1. Consideraciones previas.

La causa civil y el derecho correspondiente se han de interpretar como un medio para la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos de una sociedad. Los diferentes intereses de los ciudadanos dan lugar a conflictos ocasionales que han de ser resueltos. De ahí surge la necesidad de poder contribuir a encontrar una solución definitiva del conflicto por parte de las instituciones no afectadas¹⁹⁷. Ejemplos de dichas instituciones son los tribunales arbitrales, que pueden ser llamados por las partes y los tribunales civiles que están a disposición de la sociedad y son decisivos en una disputa. Las decisiones de dichas instituciones se presentan mediante sentencias y, antes de introducirnos en la definición del concepto “sentencia”, hemos de entender, en primer lugar, qué son los tribunales. Estas instituciones son órganos jurisdiccionales cuya función es la de resolver controversias que surgen entre particulares, o entre particulares y autoridades, aplicando las normas jurídicas vigentes, así como los principios de equidad, justicia, imparcialidad, objetividad, certeza, eficacia; en base a los hechos y pruebas que las partes en conflicto hayan exhibido para demostrar su dicho.

El concepto de tribunal ha sido definido por varios juristas como G. Chiovenda (1989), E. Pallarés (1991), R. de Pina (1990) o el Diccionario Jurídico Espasa entre otros. Para G. Chiovenda, el tribunal es (1989: 72s.):

(...) en la organización de todo Estado, la función jurisdiccional tiene repartidos sus órganos en un número mayor o menor de juzgados y tribunales (oficinas judiciales), cada uno de los cuales comprende una suma determinada de atribuciones, y a cada uno de los cuales está adscrito un número mayor o menor de personas (funcionarios judiciales). Esta es la organización judicial..., el tribunal es un órgano complejo de jurisdicción..., él ejerce los poderes Jurisdiccionales en los límites de las atribuciones que le están asignadas...

Del mismo modo, E. Pallares define dicho concepto según sus atribuciones (1991: 779):

¹⁹⁷ Según A. HERNÁNDEZ GIL (1986: 50) “(...) la sentencia es mucho más que un diálogo entre el juez y los abogados que solo ellos entienden. Es también un mensaje que el Estado hace llegar a la sociedad, a través de jueces y magistrados independientes, y que particularmente va dirigido a los que, por su voluntado o por ministerio de la ley, ocupan la posición de justiciables”.

(...) tiene varias acepciones: a) lugar donde se administra la justicia; b) la institución pública integrada por los jueces, magistrados, funcionarios, auxiliares y empleados, que como integrantes de un órgano del Estado, tienen la función de administrar justicia.

R. de Pina resume las acepciones anteriores (1990: 59s.) afirmando que “los tribunales son órganos estatales específicos y permanentes, con autonomía propia emanada de la Constitución, cuya función pública consiste en realizar la actividad jurisdiccional, para administrar justicia, que es el fin supremo del Estado.” Quizás la definición más completa es la que podemos encontrar en el Diccionario Jurídico Espasa de la Fundación Tomás Moro (1998) en cuya entrada leemos/encontramos:

En sentido amplio, tribunal designa a todo órgano jurisdiccional, esto es, a todos los órganos públicos especial y técnicamente cualificados para desempeñar la función jurisdiccional del Estado. Los tribunales, como todos los órganos públicos más que realidades jurídicas personificadas son construcciones conceptuales jurídicas ideadas para explicar la fusión de dos elementos: Oficio (el conjunto de cometidos concretos que corresponde realizar al órgano, dentro del ámbito general de su función) y Funcionario (persona que constituye el sustrato humano para el oficio). En un sentido restringido tribunal suele designar a los órganos jurisdiccionales colegiados, es decir, compuestos por varios juzgadores, siempre en número impar. Así en la categoría de órganos jurisdiccionales, están, verbigracia; el tribunal supremo o las audiencias.

Por tanto, podemos afirmar que el tribunal es un órgano del Estado, que se encarga de la función jurisdiccional y cuya función primordial es la de resolver las controversias o litigios entre los ciudadanos.

Es competencia del tribunal fallar decisiones; y dicho fallo se completa en la sentencia; por tanto, resulta igualmente necesario, antes de continuar con su valor comunicativo, el definir este término. Entre los autores que lo han descrito destacan C. Barragán Salvatierra (1999), C. Rodríguez-Aguilera (1974), P. Aragoneses (1957), y el el Diccionario Jurídico Espasa de la Fundación Tomás Moro (1998). Para C. Barragán, centrándose en el origen del término y su etimología, la sentencia (1999: 457):

(...) encuentra su raíz etimológica en *sententia*, palabra latina que significa dictamen o parecer de *sentien*, *sentientis*, participio activo, *sentire*, sentir, y es utilizada en el derecho para denotar al mismo tiempo un acto jurídico procesal y el documento en el cual se

consigna; ante ello generalmente se manifiesta que la sentencia es una decisión judicial sobre una controversia o disputa, también se afirma que viene del vocablo latino *sentiendo*, porque el juez del proceso declara lo que siente. Se llama sentencia porque deriva del término latino *sentiendo*, porque el tribunal declara lo que siente según lo que resuelve en el proceso. En la acepción de la ley, sentencia es la decisión final del proceso que se realiza al concluir la instancia.

Por otra parte, C. Rodríguez-Aguilera, centrándose en el acto que se realiza, señala que la sentencia es (1974: 13s.):

Un acto personal del juez (o del magistrado ponente), pero no es un acto personalista. No es un acto libérrimo, sino condicionado por la función que se desempeña, y por la finalidad del propio acto, que, en esencia, es decidir definitivamente a las cuestiones del pleito. En este sentido, la sentencia es una respuesta y un mandato. Pero su formulación ha de ir precedida de una compleja operación mental, en la que interviene la voluntad, pero esta voluntad no es pura y libre del juez, sino que aparece subordinada al proceso que resuelve y al Derecho objetivo.

En este mismo sentido, y aunando la opinión de otros autores, P. Aragonés la define como (1957: 197s.):

Aquella forma de terminación del proceso que contiene la decisión del Juez sobre la controversia y ya la definamos con Rocco como el “acto por el cual el Estado, por medio del órgano de la jurisdicción destinado para ello (Juez), aplicando la norma al caso concreto, indica aquella norma jurídica que el Derecho concede a un determinado interés; o con Gómez Orbaneja, como la “declaración de voluntad del Estado, que afirma como existente o inexistente el efecto jurídico pedido por el actor, es lo cierto que en la misma se contienen una serie de juicios lógicos al realizar por el Juez, difícilmente conducibles a un esquema general”. Por eso, con evidente acierto pudo decir Calamandrei que *tal operación, tal como se desarrolla en la realidad en la mente de cada juez, no se produce nunca a través de una sucesión de fases netas*.

Por último, estimamos que la definición más completa es la ofrecida por el Diccionario Jurídico Espasa de la Fundación Tomás Moro (1998: 907):

Resolución Judicial que se reserva para la decisión de los asuntos de superior relevancia, singularmente para decidir sobre el fondo del asunto. En cualquier caso, resolución que pone término al proceso, tanto si entra sobre el fondo como si, por falta de algún presupuesto del proceso, tiene que finalizarlo sin juzgar el objeto principal (en este caso se habla de sentencia “absolutoria de la instancia”). Las sentencias se formulan con la expresión del tribunal que las dicta y exponiendo en párrafos separados y numerados los antecedentes de hecho y los fundamentos de Derecho y, por último, el fallo.

Es decir, una sentencia es el resultado de una serie de reflexiones realizadas por el Juez frente a un conflicto o litigio y según la defensa que las partes adujeron en el proceso. La sentencia es un documento y una actividad humana de gran importancia en la sociedad. En el presente trabajo, limitaremos el objeto de nuestro estudio a las sentencias dictadas dentro del ámbito civil.

El ámbito de este tipo de decisión y, con ello, de la comunicación de las sentencias, constituyen la causa civil y las oraciones y normativas jurídicas y procesalistas que la determinan.

1. En el caso de Alemania, las sentencias de Derecho Civil están delimitadas por la Ley de Procedimiento Civil (ZPO), la Ley orgánica de la Justicia (GVG) y parte de la Constitución.
2. En el caso de España, según el artículo 1.1. CC, “la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho” son considerados como las fuentes del Derecho en el ordenamiento jurídico español. Asimismo, de forma indirecta, se considera a la jurisprudencia como fuente indirecta, ya que como afirma el art. 1.6. C.C. “complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”. Del mismo modo, en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) y en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) se articulan algunas de las normas de redacción de las sentencias.

Una sentencia ha de cumplir una serie de requisitos tanto formales como internos que, en el ámbito jurídico son conocidos como los principios de la sentencia. Estos principios son (1) congruencia, (2) motivación y (3) exhaustividad.

- (1) Para C. Gómez Lara la congruencia es (1996: 295) “una correspondencia o relación entre lo aducido por las partes y lo considerado y resuelto por el tribunal.” Asimismo, J. Ovalle afirma que el principio de congruencia se traduce en (1994: 205) “el deber

del juzgador de pronunciar su fallo de acuerdo exclusivamente con las pretensiones negaciones o excepciones que, en su caso, hayan planteado las partes durante el juicio.” Del mismo modo, la congruencia queda fijada en un artículo del Código de Procedimientos Civiles en su art. 81: “Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y contestaciones y con las demás pretensiones deducidas oportunamente del pleito, (...)” y por su parte, la Corte Suprema amplia esta definición diferenciando entre la congruencia interna y externa: “El principio de congruencia de las sentencias estriba en que éstas deben dictarse en concordancia con la demanda y con la contestación formuladas por las partes, y que no contengan resoluciones ni afirmaciones que se contradigan entre sí. El primer aspecto constituye la congruencia externa y el segundo la interna.

- (2) La motivación es la obligación, impuesta al juzgador, de tomar en cuenta en la realización de la sentencia, todos aquellos elementos que conforman el expediente, medios de prueba, alegatos, etc., y que serán analizados y valorados por el juez.
- (3) La exhaustividad, según Gómez Lara (:296): “no es sino la consecuencia de los dos principios anteriormente analizados. Una sentencia será exhaustiva en cuanto haya tratado todas y cada una de las cuestiones planteadas por las partes, sin dejar de considerar ninguna”. Es decir, el tribunal debe agotar al sentenciar todos los puntos aducidos por las partes y referirse a todas y cada una de las pruebas rendidas. La sentencia no será exhaustiva cuando deje de referirse a algún punto, a alguna argumentación, a alguna prueba; en otras palabras, al dictarse una sentencia, debe tenerse mucho cuidado en examinar, agotando todos los puntos relativos a las afirmaciones y argumentaciones de las partes y a las pruebas rendidas.

Una vez descritos los principios de las sentencias y su marco conceptual, nos centraremos en la comunicación de dichos documentos¹⁹⁸. En este sentido, podemos afirmar que, en Derecho, entran en consideración máximas y teorías elaboradas, que en parte son consuetudinarias, y en parte basadas en la ley. A partir de ahí, y en cuanto a la comunicación, debemos considerar, la pregunta de ¿cómo se han de describir las tareas de comunicación llevadas a cabo en una sentencia dentro de su contexto de acción? Para ello, basándonos en las definiciones de ciencia del Derecho de Schwab (1989: 7): “Der Zivilprozess dient der Verwickelung der privaten Rechtsordnung”¹⁹⁹ o la de Heintzmann (1985: 1): “der Zivilprozess sichert den Rechtsfrieden”²⁰⁰ podemos deducir la relevancia de los objetivos de este tipo de comunicación. Para que la causa civil pueda cumplir de forma óptima dichos objetivos, es necesario un texto —oral o escrito— que documente las decisiones y fundamentos. Dicho texto es la sentencia civil. Su objetivo principal es por tanto el cumplimiento, es decir, documentar el cumplimiento del objetivo de la causa civil.

Asimismo, podemos añadir que, en la comunicación de las sentencias existen diferentes partes: el emisor y el receptor de las sentencias. El emisor de la sentencia ha de ser una institución que será aceptada como una institución decisiva autoritaria. El rasgo de la autoridad de las sentencias no depende de las características personales de los jueces, sino de su posición como miembro del tribunal y por tanto, como mediador para el cumplimiento de la función jurisprudencial. Una sentencia que es formulada por un juez en

¹⁹⁸ En la comunicación de las sentencias, considerando el Derecho y el Lenguaje, hemos de aclarar, tal y como afirma A. HERNÁNDEZ GIL (1986: 10) que “El derecho somete al lenguaje a una prueba muy dura tanto en el plano de la ley como en el de la actuación práctica. El sentido de las normas puede no ser el que resulte de determinadas palabras. Las declaraciones contenidas en un testamento o en un contrato, si han de corresponderse con la intención o la voluntad —y así lo establece el Código Civil guiado por el principio espiritualista—, acaso no sean su fiel reflejo. Cuando se superpone el espíritu y el fin de la ley a su letra y la voluntad real a la declaración, se está sacrificando su literalidad. Esto no quiere decir que el significado literal sea por ese solo hecho sospechoso y haya de recusarse, aunque sí que no es por sí mismo decisorio. Por otra parte, la literalidad y la gramaticalidad no son absolutamente coincidentes. La segunda tiene una capacidad de comprensión de la que carece la primera”.

¹⁹⁹ “El proceso civil sirve para la realización del ordenamiento jurídico privado”.

²⁰⁰ “El proceso civil asegura la paz jurídica”.

el ejercicio de su actividad como miembro de un tribunal, es autoritaria de forma automática, incluso si dicho juez no estuviera autorizado directamente a dictar la sentencia en cuestión²⁰¹.

Del mismo modo, y con respecto al receptor, existen varios papeles que asume el receptor de la comunicación de la sentencia que se pueden deducir del objetivo mencionado con anterioridad. Un grupo de receptores son las partes —demandante y demandado—, cuyo punto litigioso se ha de resolver. Otros receptores son los jueces en su papel como jueces ejecutores —frente a la voluntad de la parte perdedora— o en el papel de juez de apelación. Finalmente, otro de los receptores podría ser el interés general, representado también por el juez²⁰².

En este sentido, podemos afirmar que en la comunicación de la sentencia existen varios receptores del mismo texto. Se trata aquí de sentencias que L. Hoffman (1984) denomina “texto dirigido a una multitud”. En la comunicación de dichos textos podrían aparecer problemas de entendimiento, si los receptores no fueran homogéneos, al igual que ocurre en las sentencias con la “suposición de entendimiento”. Esto es lo que Hoffmann denomina “el dilema de la inteligibilidad” (1984: 75): “Wer allen etwas sagen will, kann nur wenigen Spezifisches sagen. Wer Spezifisches sagt, schliesst viele aus”²⁰³. Precisamente esta segunda parte de la oración ha sido discutida durante las últimas décadas tanto en el Derecho como en la Lingüística²⁰⁴. Debido a que el objetivo principal de nuestro trabajo es describir y no modificar las convenciones lingüísticas del lenguaje existente

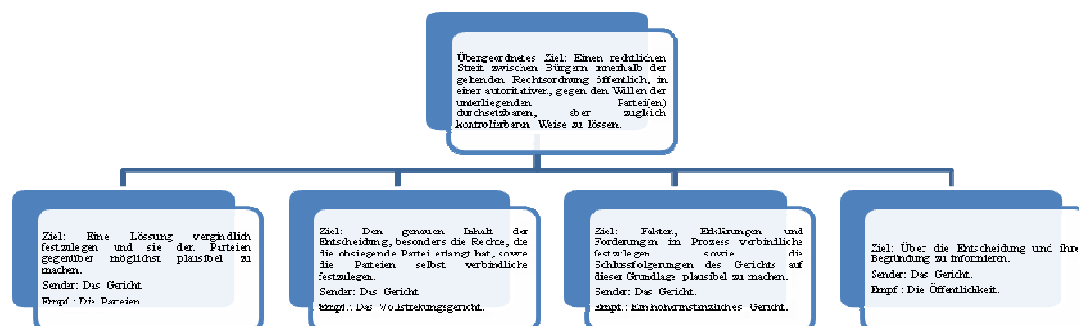
²⁰¹ En dicho ejercicio de su actividad, no cabe la duda. Tal y como afirma A. HERNÁNDEZ GIL (1986: 12) el juez “tiene ante sí el problema que se muestra como una interrogación con la doble preocupación del acierto y la responsabilidad. Es preciso decidirse y decidir.”

²⁰² Vid. § 169, 1. Satz GVG: “Die Verhandlung vor dem erkennenden Gericht einschliesslich der Verkündung der Urteile und Beschlüsse ist öffentlich”.

²⁰³ “Quien quiere comunicarle algo a todos, puede ser poco específico, y quien dice algo específico, excluye a muchos de la comunicación”.

²⁰⁴ En este sentido, A. HERNÁNDEZ GIL (1986: 47) afirma “La imparcialidad no está solo en dictar sentencia con libertad de criterio sin ceder a influencias o condicionamientos; también tiene que ponerse de manifiesto en cómo se argumenta y escribe”.

de las sentencias²⁰⁵, no vamos a seguir profundizando en este aspecto. Sin embargo, la dirección múltiple significa, en este caso, que el texto ha de ser formulado con diferentes objetivos según el receptor. Todos estos objetivos se deducen del objetivo principal de la comunicación en sentencias y de las características de los receptores. La unidad consistente en un grupo de receptores y sus correspondientes objetivos de comunicación la entendemos aquí como variantes del contexto de acción que se llevan a cabo en los actos jurídicos. La figura 1 muestra las diferentes variantes del contexto de acción en las que el texto ha de cumplir una función, según J. Engberg (1992c: 168):



Kommunikationsziele und Sender-Empfänger-Kombinationen bei Landgerichtsurteilen²⁰⁶

²⁰⁵ De ahí la afirmación de A. HERNÁNDEZ GIL (1986: 49): "Con frecuencia se imputa al lenguaje jurídico un convencionalismo y hasta un hermetismo que lo convierten en un coto cerrado para los no iniciados. Es cierto que cada ciencia particular y las técnicas a través de las cuales encuentran aplicación tienen sus peculiaridades semánticas. La técnica de aplicación del derecho es una de las más antiguas y acaso la que más proyección tiene en el uso del lenguaje, dado que las normas son enunciados lingüísticos; los problemas de interpretación constituyen en gran medida dilucidaciones del significado a partir de los textos; las alegaciones forenses, ya orales o escritas, tienen en la lengua su vehículo de expresión; y sobre la misma base se elabora la sentencia... las peculiaridades no se dan solo en el plano de la terminología. El saber jurídico se ha ido decantando en principios, brocados (o veredictos), máximas, conceptos y modos de argumentar".

²⁰⁶ "Objetivos de comunicación y combinaciones de Receptor-Emisor en las Sentencias del Landgericht".

A continuación presentaremos el corpus textual elegido, los términos analizados y el análisis de las convenciones de género entre las sentencias alemanas y españolas de Derecho Civil realizado.

4.2. Corpus textual.

El objeto de estudio del presente trabajo, lo constituyen 30 sentencias emitidas por el *Landgericht* alemán —órgano que se encarga del Derecho Civil— y 30 sentencias españolas de Derecho Civil. Como se ha expuesto a lo largo de los capítulos precedentes, es necesario disponer de una gran variedad de textos para poder determinar la frecuencia de los rasgos tipificados, factores importantes tanto en el análisis terminológico, como en el análisis de género contrastivo. Del mismo modo, hemos tratado de utilizar gran variedad de temas civiles tales como:

ALEMÁN	ESPAÑOL
Rückabwicklung	Desahucio / Resolución de un contrato
Kündigung eines Vertrages	Fraude
Gewaltdrohung	Permuta
Aktienübernahme	Concurso de acreedores
Dividendenausschüttung	Recursos de casación – derechos fundamentales
Flugschein – Gültigkeit, etc.	Pensión compensatoria, etc.

El interés principal al hacer la selección del corpus, se centró en la delimitación del objeto de estudio, eligiendo el Derecho Civil debido a que es el ámbito jurídico con mayor frecuencia de aplicación. El corpus seleccionado se presenta en los anexos I (sentencias alemanas) y II (sentencias españolas).

En el presente análisis se tratarán dos aspectos: a) las convenciones de género de las sentencias de Derecho Civil y b) la terminología específica de este tipo textual. Para ello, tal y como se ha expuesto en el capítulo anterior, al comparar las convenciones de género aplicaremos dos aspectos:

- (1) La frecuencia de uso de determinados términos, o regularidades lingüísticas, y su polifuncionalidad de las unidades léxicas dentro del *tertium comparationis*, dentro de nuestro corpus bilingüe, siguiendo el modelo de Artz.
- (2) La descripción de la función, situación, estructuración textual y formulación del modelo, siguiendo a Heinemann y Viehweger, incluida en la descripción de las convenciones de género.

No se investigarán todos los elementos lingüísticos utilizados en las convenciones del género en ambos lenguajes, sino que únicamente se investigarán los elementos que por su grado de tipicidad (singularidad y frecuencia) aparecen como parte de la estructura textual. Con ello se desarrollará un sistema de análisis para el corpus de nuestra investigación que igualmente se planteará sobre la base del concepto de acto de habla.

4.3. Selección de términos.

Se ha procedido a la selección de términos tomando como referencia la frecuencia de uso y su pertenencia al lenguaje común y de especialidad. En las fichas de vaciado que se presentarán a continuación, encontramos:

- (1) Términos pertenecientes al lenguaje común cuyo significado se ve modificado por el contexto de la sentencia.
- (2) Términos pertenecientes al lenguaje común y de uso muy frecuente por parte de los magistrados, como *sehen* ("sieht das Gericht"), cuyo significado varía según el sujeto.
- (3) Términos jurídicos pertenecientes exclusivamente al subgénero sentencias.
- (4) Términos pertenecientes al género jurídico que sin embargo, aparecen con gran frecuencia en el subgénero sentencia.

4.4. Fichas de vaciado.

A continuación se presentan los términos seleccionados, extraídos de las sentencias alemanas que conforman el corpus de estudio:

ALEMÁN	ESPAÑOL
abweisen	desestimar
amtlich offiziell	oficial
amtliches schreiben	oficio
Amtsgericht	juzgado de instrucción o de primera instancia
Amtsgericht in Strafsachen	juzgado de vigilancia
Anlage	documento
Anwendung	aplicación
Anspruch	derecho
Ausgleichung	compensación
Ausserachtlassung	inobservancia
beantragen	solicitar
Befehl	mandamiento
begründen	1. justificar 2. fundamentar
Behörde	organismo
Beklagte	demandada
bekunden	testimoniar
Berichterstatter	Magistrado ponente
Beschluss	resolución judicial
bestätigen	Confirmar
Bestimmung	Ordenanza
beurteilen	1. juzgar 2. enjuiciar
Bevollmächtigter	apoderado
Beweis	1. prueba 2. testimonio
Beweisaufnahme	procedimiento probatorio

CONCLUSIONES

Beweislast	carga de la prueba
Dritter	terceros
Einzelrichter	juez unipersonal
Einhaltung	observancia
einlassen (sich)	contestar
einstweilige Anordnung	medida provisional
entgegen stehen	oponerse
entscheiden	fallar / dictar (una sentencia)
Entscheidungsgründe	fundamentos de derecho
erachten	estimar
erheben	hacer constar
erläutern	aclarar / explicar
Ermächtigung	legitimación
Ermittlung	instrucción
erörtern	discutir
Feststellungsinteresse	interés declaratorio
für etwas halten	considerar
Gegenposition	posición contraria
geltend machen	1. hacer valer 2. estar vigente
gemäss	según
Gerichtsbarkeit	jurisdicción
gerichtsfest	válido para el tribunal
glauben	estimar
glaubhaft	fehaciente
glaubwürdig	fidedigno
Glaubwürdigkeit	credibilidad
Hauptverhandlung	juicio oral
hegen	estimar/considerar
höchstrichterlich	del tribunal supremo
in Betracht kommen	entrar en consideración
in Höhe von	por un importe de
Interessenskonflikt	conflicto de intereses
intransparent	intransparente
juristische Person	persona jurídica

Kraftloserklärung	invalidación
Klage	demanda
Klageforderung	demanda
Kläger	demandante
Klageschrift	escrito de la demanda
Kompetenzen	jurisdicción
Konflikt	conflicto
Landgericht	1. audiencia provincial 2. juzgado de primera instancia
Mangel	vicio
Mitteilung	nota
Mitteilungspflicht	deber de notificación
natürliche Personen	1. persona física 2. persona natural
Nichtigkeit	nulidad
Notar	notario
Parteivernehmung	interrogatorio de las partes
Protokoll	1. acta judicial 2. auto
Prozess	Procedimiento
Prozessbevollmächtigter	procurador (de los tribunales)
Recht	derecho
Rechtsanwalt	letrado
Rechtsgrund	fundamentos de derecho
Rechtshängigkeit	litispendencia
Rechtsprechung	jurisprudencia
Rechtsstreit	1. causa 2. litigio
Regelrecht	conforme a las normas
richten	dictar sentencia
Richter	magistrado
Sach- und Streitstand	estado de los hechos y del litigio
Sachverhalt	antecedentes
Schadenersatz	indemnización por daños y perjuicios
Schadenersatzanspruch	derecho a indemnización

CONCLUSIONES

Schriftsätze	alegaciones
Schuldschein	obligación
Schuldverhältniss	relación jurídica de crédito a deuda
sehen (sieht das gericht)	observar
Seitens	por parte de
Sitzungsprotokoll	acta de sesión
Strafe	pena
Strafverfahren	procedimiento
Streitgegenstand	objeto de litigio
Streitgegenständlich	perteneciente al litigio
Streitwert	cuantía de la demanda
Tatbestand	antecedentes de hecho
Teil	parte
Transparenzgebot	principio de transparencia
Überzeugung	juicio
übereinstimmen	acordar
Umstand	circunstancia
unwirksam	sin efecto
Urkunde	instrumento
Urkundsbeamtin	secretaria judicial
Ursächlichkeit	causalidad
Urteil	sentencia
Veranstaltung	acto
Verfahren	procedimiento
Verhandlung	1. vista 2. juicio
verkünden	1. publicar 2. dictar 3. pronunciar
Verletzung	1. infracción 2. violación
Vermittlung	interposición
Vermutung	presunción
vernehmen	1. interrogar 2. tomar declaración
Vernehmung	interrogatorio

Vernehmungsprotokoll	declaración del procesado
verpflichten Sein	estar obligado
Vertragsklausel	cláusula contractual
vertreten	representar
verurteilen	condenar
Verwaltungsgericht	juzgado de lo contencioso administrativo
verweisen	1. anotar 2. hacer constar
Vollendung	perfección
Vollmacht	poder
Vollstreckbar	ejecutable / ejecutoria
Vollstreckbarkeit	ejecutoriedad
weitere	otrosí
Widerspruch	recurso
Zeugen	testigos
Zivilkammer	sala de lo civil
Zulässig	admitir
Zurückweisen	recusar
Zustellung	notificación
Zweifel	duda

4.5. Fichas terminológicas y estudio aplicado a la traducción.

—*abweisen*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: <i>abweisen</i>	
DEFINICIÓN:	
[A] nicht zu sich lassen, nicht vorlassen; von sich weisen, zurückweisen	
<ul style="list-style-type: none"> a. ablehnen b. zurückschlagen, abwehren 	
Fuente: www.duden.de	
[B] Der Begriff "zurückweisen" oder "zurückgewiesen" wird gebraucht, wenn einem Antrag aus materiellen Gründen nicht stattgegeben werden soll. Der Begriff "abweisen" oder "abgewiesen" wird gebraucht, wenn einer Klage von einem Gericht nicht stattgegeben werden soll.	
Fuente: www.lexexakt.de	
CONTEXTO 1: Die Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen.	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA: Palabra perteneciente al lenguaje común y especializado.	
[ES] ENTRADA: <i>desestimar</i>	
DEFINICIÓN: denegar o rechazar las peticiones de la parte por el juez o un tribunal, no hacer lugar a lo solicitado.	
Fuente: www.lexjuridica.es	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN:	
El término <i>abweisen</i> , en alemán, es frecuentemente utilizado en el lenguaje general, con el significado de "rechazar". No obstante, en un contexto jurídico, y máxime en una sentencia, sería oportuno emplear el verbo "desestimar", en tanto que dicho verbo es el que se utiliza en las sentencias españolas en este mismo sentido.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>desestimar</i>	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1:	
La demandada solicita <u>desestimar</u> la demanda.	

—*amtlich offiziell*

DE – ES
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>
GÉNERO: <i>Sentencias</i>
REFERENCIA: <i>2/21 O 96/02</i>
[DE] ENTRADA: <i>amtlich offiziell</i>
DEFINICIÓN: [A] bedeutet, dass das Gericht ohne Rücksicht auf den Vortrag der Parteien oder auf deren Beweisangebote die entscheidungserheblichen Tatsachen v. Amts wegen zu ermitteln, zum Gegenstand des Verahfrens zu machen und ihre Richtigkeit festzustellen hat. Fuente: www.rechtslexikon.de
CONTEXTO 1: Erst der Vertrag von Maastrich liest die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen zu einem <u>amtlich offiziellen</u> Bestandteil des (...)
FUENTE: <i>Sentencia nº 2/21 O 96/02</i>
NOTA:
[ES] ENTRADA: <i>oficial</i>
DEFINICIÓN: Que es de oficio, o sea, que tiene autenticidad y emana de la autoridad derivada del Estado, y no particular o privado. Fuente: www.rae.es
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: La expresión alemana se corresponde con la definición jurídica del término "oficial", por lo que la traducción literal es apropiada.
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>oficial</i>
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: En primer lugar, el Tratado de Maastricht lleva la colaboración judicial en causas penales a un componente esencial <u>oficial</u> del (...)

—amtliches Schreiben

DE – ES
CAMPO DE UTILIZACIÓN: Ámbito jurídico
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>
GÉNERO: <i>Sentencias</i>
REFERENCIA: 2/21 O 96/02
[DE] ENTRADA: amtliches Schreiben
DEFINICIÓN: [A] Schreiben: schriftliche Mitteilung meist sachlichen Inhalts, offiziellen Charakters. Fuente: www.duden.de
CONTEXTO 1: Dieser Erwerb wird gemäss dem in der Anlage beigefügten <u>Schreiben</u> der Deutschen Börse AG, Frankfurt am Main, ausgeführt.
FUENTE: <i>Sentencia nº 2/21 O 96/02</i>
NOTA: No existe una definición exacta del concepto “amtliches Schreiben”; existen definiciones de cada uno de los términos por separado.
[ES] ENTRADA: oficio, mandamiento
DEFINICIÓN: En español, el término “oficio” se define de la siguiente manera: “Comunicación escrita, referente a los asuntos de las administraciones públicas”. Fuente: www.rae.es Del mismo modo, en el Diccionario Jurídico de Ribó aparece la acepción “Mandamiento”, que es un acto de comunicación procesal de un órgano jurisdiccional a un funcionario. Se utiliza para ordenar el libramiento de certificaciones o testimonios y la práctica de cualquier diligencia judicial cuya ejecución corresponda a Registradores de la Propiedad, Mercantiles, de Buques, de ventas a plazos de bienes muebles, Notarios, Corredores de comercio o Agentes de Juzgado o Tribunal. Si los tribunales han de dirigirse a autoridades y funcionarios de otro orden, utilizarán la comunicación denominada oficio o atento oficio . Si la autoridad a la que han de dirigirse es de mayor categoría (Ministro) la comunicación será la <i>exposición</i> . Todos estos supuestos derivan del principio de auxilio a la justicia que en estos casos realizará el Poder ejecutivo o Administraciones Públicas.
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: Siguiendo la definición del Diccionario Jurídico Ribó, según a quien se dirija el tribunal, optaremos en la traducción por utilizar el término “oficio” o “mandamiento”.
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: oficio
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: Dicha adquisición es ejecutada según el <u>oficio</u> adjunto de la Deutschen Börse AG, Fráncfort del Meno.

—*Amtsgericht*

DE – ES
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>
GÉNERO: <i>Sentencias</i>
REFERENCIA: <i>2/21 O 96/02</i>
[DE] ENTRADA: <i>Amtsgericht</i>
<p>DEFINICIÓN:</p> <p>[A] ist das ordentliche Gericht, das im Gerichtsaufbau die Unterstufe bildet. Das Amtsgericht entscheidet grundsätzlich durch Einzelrichter oder Rechtspfleger, in gewissen Fällen durch den urkundsbeamten.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Für den Umfang eines Amtes eingesetztes Gericht. - Räumlicher Bezirk dieses Gerichts. <p>Fuente: <i>Deutsches Rechts Wörterbuch (DWR)</i></p>
<p>CONTEXTO 1:</p> <p>Der Kläger ist Insolvenzverwalter der G-M. in Liquidation, über deren Vermögen durch Beschluss des <u>Amtsgerichts</u> Frankfurt am Main vom 17.05.2002) das Insolvenzverfahren eröffnet wurde.</p>
FUENTE: <i>Sentencia nº 2/21 O 96/02</i>
NOTA:
[ES] ENTRADA: <i>Juzgado de Primera Instancia o de Instrucción</i>
<p>DEFINICIÓN:</p> <ul style="list-style-type: none"> - JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA: son los órganos jurisdiccionales unipersonales con sede en la capital del partido judicial y con jurisdicción en todo su ámbito territorial. - JUZGADO DE INSTRUCCIÓN: son tribunales unipersonales que tienen competencias para: (1) la instrucción de causas por delito cuyo enjuiciamiento corresponda a las Audiencias Provinciales y a los Juzgados de lo Penal, (2) el conocimiento y fallo de los juicios de faltas, salvo los de competencia de los Juzgados de Paz, (3) de los procedimientos de habes corpus, (4) los recursos establecidos contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de Paz del partido (...) <p>Fuente: <i>Diccionario de Derecho de Ribó</i></p>
<p>ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN:</p> <p>Según la definición española, y en función de las competencias de los juzgados, utilizaremos un término u otro.</p>
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>Juzgado de Primera Instancia / Juzgado de Instrucción</i>
<p>PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1:</p> <p>El demandado es declarado administrador insolvente de G-M en la liquidación de su patrimonio según la resolución del <u>Juzgado de Primera Instancia</u> de Fráncfort del Meno de fecha 17.05.12002 que se abrió en el procedimiento de insolvencia.</p>

—Anlage

DE – ES
CAMPO DE UTILIZACIÓN: Ámbito jurídico
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>
GÉNERO: <i>Sentencias</i>
REFERENCIA: 2-04 O 388/06
[DE] ENTRADA: Anlage
<p>DEFINICIÓN:</p> <p>[A] urkundliche Beilage</p> <p>Fuente: Deutsches Rechts Wörterbuch (DRW).</p> <p>[B] Sache, Einrichtung, meist technischer Art. Bestimmte A. bedürfen nach der GewO oder dem BImSchG der Überwachung bzw. der Genehmigung (z.B. Kernkraftwerke).</p> <p>Fuente: www.rechtslexikon24.net</p>
<p>CONTEXTO 1:</p> <p>Die Beklagte bestätigte den Abschluss des Vertrages mit Schreiben vom 12. April 2005 [Anlage K40].</p>
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>
NOTA:
[ES] ENTRADA: documento, anexo
<p>DEFINICIÓN:</p> <p>Los términos „documento“ y „anexo“ pueden definirse del siguiente modo:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Documento: (documento judicial o público). Los títulos inscribibles en el Registro de la Propiedad han de constar en documento público. En consecuencia, los títulos presentados revestirán una de las formas contenidas en las tres siguientes clases de documentos públicos. Primero, el documento notarial, en el que se incluyen las escrituras públicas, actas y testimonios. Segundo, el documento judicial, que son las sentencias, autos, providencias y mandamientos. Por último es también documento público el documento administrativo, dentro de cuyo grupo caben los decretos, órdenes, resoluciones y decisiones de cualquier autoridad de cualquiera de las Administraciones Públicas. - Anexo: Documento agregado a un contrato o acuerdo, también conocido como cláusula adicional <p>Fuente: <i>Diccionario Jurídico Ribó</i></p>
<p>ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN:</p> <p>El término <i>Anlage</i> puede tener dos traducciones dentro del ámbito jurídico en español:</p> <ol style="list-style-type: none"> (1) Anexo (2) Documento <p>En el análisis de las sentencias españolas, el término utilizado en el contexto propuesto como ejemplo es “documento”.</p>
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: Documento
<p>PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1:</p> <p>La demandada confirmó la conclusión del contrato mediante el escrito de fecha 12 de abril de 2005. [Documento K40]</p>

—Anwendung

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: Ámbito jurídico	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: 2-04 O 388/06	
[DE] ENTRADA: Anwendung	
DEFINICIÓN:	
[A] Applicatio. Vgl. Nutzenanwendung	
Fuente: <i>Deutsches Rechts Wörterbuch</i>	
CONTEXTO 1:	
(...) anderer Geschäfte hätte zur Anwendung kommen können	
FUENTE: <i>Sentencia n° 2-04 O 388/06</i>	
CONTEXTO 2:	
Tatsächlich ergab sich bei Anwendung der vereinbarten Zahlungspflichten ...	
FUENTE: <i>Sentencia n° 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: Aplicación	
DEFINICIÓN: Cuando la actividad social se canaliza a través de las previsiones normativas que la regulan, existe <i>aplicación del Derecho</i> de manera espontánea y que no plantea, de momento, problemas interpretativos. Si la aplicación del Derecho ha de hacerse a través de un órgano público encargado de hacer cumplirlo, estaremos en la aplicación litigiosa, que puede dar lugar a una interpretación del derecho o a una integración de las normas jurídicas. Por ello, puede afirmarse que la interpretación es una operación básica en la aplicación del Derecho. Se dice que hay interpretación gramatical cuando el intérprete se atiene al significado verbal de las palabras y su natural conexión según las reglas gramaticales. La interpretación lógica añade al anterior criterio gramatical las reglas de la lógica jurídica. La interpretación histórica se funda en que la mayoría de las reglas jurídicas son reproducción, modificación o desarrollo de reglas ya vigentes, con las que deben enlazarse racionalmente. Por último, la interpretación sistemática es el criterio que permite obtener la debida coherencia entre el significado de una regla con las demás que regulan la institución.	
Fuente: <i>Diccionario Jurídico Ribó</i>	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: El término <i>Anwendung</i> se corresponde en español con las voces “aplicación” o “uso”, y se puede utilizar en varios campos de especialidad, tales como el jurídico y el médico. En este caso, el término que utilizaremos para la traducción es “aplicación”, ya que es el equivalente jurídico español de significado unívoco.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: Aplicación	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1:	
(...) de otros negocios, podría haber sido de aplicación.	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 2:	
De hecho, en la <u>aplicación</u> de las obligaciones de pago acordadas, se obtiene como resultado (...)	

—Anspruch

DE – ES
CAMPO DE UTILIZACIÓN: Ámbito jurídico
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>
GÉNERO: <i>Sentencias</i>
REFERENCIA: 2-04 O 388/06
[DE] ENTRADA: Anspruch
<p>DEFINICIÓN:</p> <p>[A] Das Recht einer Person, von einer anderen ein Tun (eine Zahlung, eine Lieferung, eine Arbeit oder die Herausgabe einer Sache) oder ein Unterlassen (zum Beispiel einer Ruhestörung) zu verlangen (§ 194 Abs. 1 BGB). Die meisten Ansprüche ergeben sich aus dem Schuldrecht, wo man sie als Forderungen bezeichnet. Aber auch im öffentlichen Recht, namentlich im Sozial- und Steuerrecht, gibt es viele Ansprüche des Bürgers gegen den Staat und umgekehrt (zum Beispiel den Anspruch auf eine Leistung aus der Sozialversicherung oder den Anspruch des Staates auf Steuern). Fast allen Ansprüchen ist gemeinsam, daß sie nicht ewig bestehen, sondern der Verjährung unterliegen, und daß man sie bei Gericht einklagen kann.</p> <p>(...) ist gemäß § 194 I BGB das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu fordern. Ein A. kann auf einem Schuldverhältnis im engeren Sinne (i. e. S.) (z. B. A. Auf Übereignung der Kaufsache) oder auf einem absoluten Recht (z. B. Herausgabeanspruch des Eigentümers nach § 985 BGB) beruhen. A. sind zwangsweise auf dem Klagewege durchsetzbar und unterliegen der Verjährung.</p> <p>Fuente: www.rechtslexikon24.net</p> <p>[B] ist jedes Recht, u. einem andern ein Handeln, Dulden oder Unterlassen zu fordern.</p> <p>Fuente: <i>Deutsches Rechts Wörterbuch (DRW)</i></p>
<p>CONTEXTO 1:</p> <p>Der Klägerin steht ein Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Zahlungen gemäß § 812 BGB zu.</p>
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>
NOTA:
[ES] ENTRADA: Derecho
<p>DEFINICIÓN: es el instrumento del que dispone el Estado para realizar la justicia en la sociedad. En este sentido, se habla de <i>derecho objetivo</i> o conjunto de normas que proyectan su voluntad ordenadora y configuradora de la vida social. El Derecho no inventa relaciones, sino que cualifica con la nota de la necesidad las relaciones sociales, o la parte de éstas, que estima merecen una especial protección. Por ello, se puede decir que el Derecho, como conjunto normativo, ha de representar el mínimo de ética que coactivamente impone el Estado a la convivencia social. Como que, en buena medida, el Derecho otorga facultades a los sujetos al mismo, la palabra derecho es la utilizada para designar también dicha facultad o prerrogativa. En este sentido se habla de <i>derecho subjetivo</i>.</p> <p>Fuente: Diccionario jurídico Ribó</p>
<p>ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN:</p> <p>El término <i>Anspruch</i> también tiene en español la acepción de “pretensión”: Objeto de una acción procesal, consistente en pedir al juez un determinado pronunciamiento”. Sin embargo, el equivalente aplicable en este contexto es “derecho”.</p> <p>Fuente: www.rae.es</p>
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: Derecho
<p>PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1:</p> <p>A la demandante le corresponde el <u>derecho</u> al reintegro de los pagos realizados según el parágrafo § 812 del Código civil alemán (BGB).</p>

—Ausgleichung

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: Ámbito jurídico	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: 2-04 O 388/06	
[DE] ENTRADA: Ausgleichung	
DEFINICIÓN:	
[A] exaequation	
Fuente: <i>Deutsches Rechtes Wörterbuch (DRW)</i>	
[B] Vergleich, der angestellt wird, um Abweichungen und Übereinstimmungen zu erkennen	
Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1:	
In Anwendung und unter Ausgleichung der beiderseitigen vertraglichen Zahlungspflichten...	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: Compensación	
DEFINICIÓN: Es la forma de extinguir la obligación cuando las dos partes de la misma son, a su vez, partes en otra obligación, de suerte que lo debido en la primera se neutraliza con lo debido en la segunda. Así, el acreedor en la primera obligación es deudor en la segunda, de quien era deudor en la primera. El que tiene derecho a cobrar 100 de quien, por otra obligación, puede exigirle 100, plantea la necesidad de recurrir a un mecanismo de pago abreviado, nombre con el que también es conocida la compensación. En esta opera, pues, pesando juntas las obligaciones distintas y, en la cantidad concurrente, extinguir sus respectivas deudas. Además de ser doblemente acreedores y deudores, lo han de ser con carácter principal; también es preciso que las deudas sean de dinero o, siendo fungibles, sean de la misma especie, así como que ambas deudas estén vencidas, sean líquidas y exigibles.	
Fuente: Diccionario Jurídico Ribó	
Según el DRAE, el término “compensación” se refiere a lo siguiente:	
3. f. Der. Modo de extinguir obligaciones vencidas, dinerarias o de cosas fungibles, entre personas que son recíprocamente acreedoras y deudoras. Consiste en dar por pagada la deuda de cada uno por la cantidad concurrente.	
4. f. Der. Sistema de ejecución de planes urbanísticos en virtud del cual los propietarios de terrenos de un mismo polígono asumen la gestión de dicha ejecución, repartiéndose los beneficios y las cargas de esta.	
Fuente: www.rae.es	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: Se trata de un término unívoco, cuya traducción literal no presenta ningún problema, dado que, también en la LO, dicho término pertenece al tecnicismo jurídico.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: Compensación	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1:	
En <u>aplicación</u> y mediante compensación de las obligaciones de pago acordadas por las partes...	

—Ausserachtlassung

DE – ES
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>
GÉNERO: <i>Sentencias</i>
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>
[DE] ENTRADA: Ausserachtlassung
DEFINICIÓN: [A] das Ausserachtlassen. Fuente: www.duden.de
CONTEXTO 1: Für diese Gefahr eines Irrtums oder einer <u>Ausserachtlassung</u> des für das Geschäft maßgeblichen Inhalts ...
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>
CONTEXTO 2: (...) oder einer <u>Ausserachtlassung</u> der Bedeutung der Klauseln
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>
NOTA:
[ES] ENTRADA: inobservancia
DEFINICIÓN: Falta de observancia. No cumplimiento exacto y puntual de lo que se manda ejecutar, como una ley, un estatuto o una regla. Fuente: www.rae.es
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: Se trata de un término unívoco, cuya traducción literal no presenta ningún problema, dado que, también en la LO, dicho término pertenece al tecnolecto jurídico.
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: Inobservancia
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: Con respecto al peligro de error o de una <u>inobservancia</u> del contenido que resulta determinante para el negocio...
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 2: (...) o una <u>inobservancia</u> del significado de la cláusula...

—beantragen

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: beantragen	
DEFINICIÓN: [A] die [Beschließung und] Durchführung von etwas verlangen Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: Die Klägerin beantragt, die Beklagte zu verurteilen (...)	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: solicitar	
DEFINICIÓN: pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado. Fuente: www.rae.es	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: Término de pertenencia al léxico común y especializado. El término alemán “beantragen” vierte al español varios sinónimos, tales como “pedir”, “requerir”, “demandar”, etc. No obstante, en las sentencias españolas es habitual emplear la voz “solicitar”. Se trata, pues, de un término que pertenece al lenguaje general, pero que ha quedado lexicalizado, en el ámbito jurídico, dentro de contextos específicos, como es el caso de las sentencias.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: solicitar	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: La demandante <u>solicita</u> se condene a la demandada a (...)	

—Befehl

DE – ES
CAMPO DE UTILIZACIÓN: Ámbito jurídico
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>
GÉNERO: <i>Sentencias</i>
REFERENCIA: 2-06 O 272/06
[DE] ENTRADA: Befehl
DEFINICIÓN: <p>[A] Anweisung an Rechenanlagen zur Ausführung einer bestimmten Operation. Schriftlich gegebener Auftrag, der genau befolgt werden muss.</p> <p>Fuente: www.duden.de</p> <p>[B] Auftrag, Geheiss</p> <p>Fuente: <i>Deutsches Rechts Wörterbuch (DRW)</i></p>
CONTEXTO 1: <p>Die strafrechtliche Verantwortung der auf <u>Staatsbefehl</u> handelnden Angeklagten war weniger einfach zu bewerten.</p>
FUENTE: <i>Sentencia n° 2-06 O 272/06</i>
NOTA:
[ES] ENTRADA: Mandamiento
DEFINICIÓN: Despacho del juez, por escrito, mandando ejecutar algo. <p>Fuente: www.rae.es</p> <p>Según el <i>Diccionario Jurídico Ribó</i>, un mandamiento es un acto de comunicación procesal de un órgano jurisdiccional a un funcionario. Se utiliza para ordenar el libramiento de certificaciones o testimonios y la práctica de cualquier diligencia judicial cuya ejecución corresponda a Registradores de la Propiedad, Mercantiles, de Buques, de ventas a plazos de bienes muebles, Notarios, Corredores de comercio o Agentes de Juzgado o Tribunal. Si los tribunales han de dirigirse a autoridades y funcionarios de otro orden, utilizarán la comunicación denominada oficio o atento oficio. Si la autoridad a la que han de dirigirse es de mayor categoría (Ministro) la comunicación será la <i>exposición</i>. Todos estos supuestos derivan del principio de auxilio a la justicia que en estos casos realizará el Poder ejecutivo o Administraciones Públicas.</p>
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: <p>Aunque anteriormente aparece el término mandamiento en la entrada “amtliches Schreiben”, y también se podía traducir en una de sus acepciones por oficio, en este caso, “Behfel” se traduce siempre por “mandamiento”.</p>
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: mandamiento
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: <p>La responsabilidad penal de los acusados que actuaron por <u>mandamiento</u> del Estado era más difícil de evaluar.</p>

—*begründen*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: Ámbito jurídico	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: 2-04 O 388/06	
[DE] ENTRADA: <i>begründen</i>	
DEFINICIÓN:	
[A] den Grund zu etwas legen, eine Grundlage für etwas schaffen	
Fuente: www.duden.de	
[B] einen Rechtsgrund nachweisen	
Fuente: <i>Deutsches Rechts Wörterbuch (DRW)</i>	
CONTEXTO 1:	
(...) auf dem den Schadensersatz <u>begründenden</u> Ereignis beruhen.	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
CONTEXTO 2:	
(...) führt nicht zu einem gleichen Schadensersatz <u>begründenden</u> Ereignis	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA: Suele aparecer en su forma de participio activo en la mayoría de las sentencias alemanas.	
[ES] ENTRADA: <i>Fundamentado / justificado</i>	
DEFINICIÓN: dicho término vierte dos conceptos: fundamentar y justificar:	
<ul style="list-style-type: none"> - Fundamentar: Establecer, asegurar y hacer firme algo. - Justificar: <ul style="list-style-type: none"> a. 1. tr. Probar algo con razones convincentes, testigos o documentos. b. 2. tr. Rectificar o hacer justo algo. 3. tr. Probar la inocencia de alguien en lo que se le imputa o se presume de él. U. t. c. pml. 	
Fuente: www.rae.es	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN:	
Término de pertenencia al léxico común y de especialidad. En la traducción al español, se optará por una de los siguientes términos: “justificado” o “fundamentado”.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>fundamentado, justificado</i>	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: ... se basa en los resultados <u>fundamentados</u> en la indemnización por daños y perjuicios.	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 2: ... no lleva al mismo resultado <u>justificado</u> de indemnización por daños y perjuicios.	

—Behörde

DE – ES
CAMPO DE UTILIZACIÓN: Ámbito jurídico
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>
GÉNERO: <i>Sentencias</i>
REFERENCIA: 2-06 O 605-06
[DE] ENTRADA: Behörde
<p>DEFINICIÓN:</p> <p>[A] ist die organisatorisch, nicht jedoch auch rechtlich, selbständige Stelle, die Aufgabe öffentlicher Verwaltung wahrnimmt. Ist ein Organ einer Körperschaft des öffentlichen Recht, nicht jedoch diese selbst und stellt eine persönliche und sachliche Gesamtheit dar.</p> <p>Fuente: <i>juristisches Wörterbuch</i></p>
<p>CONTEXTO 1:</p> <p>Die Beklagten verfügen nicht über die für das Veranstellen von Sportwetten notwendige Erlaubnis einer inländischen Behörde.</p>
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-06 O 605-06</i>
NOTA:
[ES] ENTRADA: Organismo
<p>DEFINICIÓN: Los organismos son “Entes Institucionales”, conocidos también como organismos autónomos, son entidades de derecho público creados por ley, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independientes de los del Estado, a los que se encomienda algún servicio público, el cumplimiento de actividades económicas al servicio de fines diversos y la administración de determinados bienes del Estado. Son los protagonistas de la Administración institucional de carácter instrumental o Administración institucional completamente dominada por la administración territorial de la que dependen. Hay organismos autónomos de carácter administrativo, y los hay de carácter comercial, industrial y financiero.</p> <p>Fuente: Diccionario Jurídico Ribó</p> <ol style="list-style-type: none"> (1) Conjunto de leyes, usos y costumbres por los que se rige un cuerpo o institución nacional. (2) Conjunto de oficinas, dependencias o empleos que forman un cuerpo o institución. <p>Fuente: www.rae.es</p>
<p>ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN:</p> <p>Dicho término se puede traducir simplemente por “organismo”; no es necesario acompañarlo del adjetivo “autónomo”. Del mismo modo, pertenece al lenguaje especializado de varios campos, tales como la Medicina, el Derecho, etc.</p>
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: organismo
<p>PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1:</p> <p>Los demandados no disponen del permiso necesario de un <u>organismo</u> nacional para la organización de apuestas deportivas.</p>

—*Beklagte*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: Ámbito jurídico	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: 2-04 O 388/06	
[DE] ENTRADA: Beklagte	
DEFINICIÓN:	
[A] <i>jur: der, die vor Gericht Verklagte; in RAnw vereinzelt 'Herr B-r'</i>	
[B] Dieses Sprichwort bezieht sich darauf, dass in allen Rechten dem Beklagten in einer Streitsache zu seiner Rechtfertigung oder Vertheidigung vor dem endlichen Ausspruche des Richters das letzte Wort gewährt wird.	
Fuente: <i>Deutsches Rechts Wörterbuch (DRW)</i>	
CONTEXTO 1:	
- Beklagte -	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
CONTEXTO 2:	
Die Klägerin begehrt von der <u>Beklagten</u> die Rückabwicklung (...)	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: demandada	
DEFINICIÓN: En todo proceso hay como mínimo, una persona que reclama y otra frente a la que se reclama, es decir, el Tribunal que conoce el proceso asiste al enfrentamiento de una reclamación de alguien contra alguien. Los enfrentados son las partes procesales que serán siempre dos, aunque en cada una de ellas pueden haber varias personas; la posición de las partes será siempre igual en cuanto al trato que recibirán del tribunal. La parte que reclama se denomina <i>demandante</i> o <i>actor</i> y la reclamada, <i>demandada</i> ; pero se alude a ambas con el nombre común de litigante. La persona que no es parte en el proceso y cualquiera que sea su relación con la que es litigante se denomina, <i>tercero procesal</i> , denominación aplicable al tribunal. Entre el litigante y el tercero, cabe una situación intermedia, la del mero interesado. Éste, sin ser parte en el proceso, es afectado por el desarrollo del mismo y se le permite intervenir cerca del tribunal para formular simples peticiones o para oponerse a ellas.	
Fuente: <i>Diccionario Jurídico Ribó</i>	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN:	
En este caso se trata de un concepto que en español se denomina demandada, en femenino, porque se habla de las partes procesales. Sin embargo, se observa en las sentencias españolas que aparece tanto en masculino como en femenino haciendo referencia a la persona en sí.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: demandado/a	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1:	
- Demandado/a -	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 2:	
La demandante solicita por parte del <u>demandado</u> la liquidación retroactiva...	

—*bekunden*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: Ámbito jurídico	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: 2-04 O 388/06	
[de] entrada: bekunden	
DEFINICIÓN: [A]	
1 etwas bezeugen	
2 etwas anerkennen	
3 beglaubigen	
1 bekannt machen	
2 vor Gericht fordern, vorladen	
Fuente: <i>Deutsches Rechts Wörterbuch (DRW)</i>	
CONTEXTO 1:	
(…) wie es die Zeugen A und S. <u>bekundeten</u>	
FUENTE: <i>Sentencia n° 2-04 O 388/06</i>	
CONTEXTO 2:	
Dies ist nach den <u>Bekundungen</u> der Zeugen auch insoweit geschehen, dass die Parteien darüber diskutierten...	
FUENTE: <i>Sentencia n° 2-04 O 388/06</i>	
NOTA: Puede aparecer tanto en su forma verbal como en su forma nominal.	
[ES] ENTRADA: testimoniar	
DEFINICIÓN: Testimoniar: Deposition testifical: es la práctica de la prueba de testigos que se celebra en audiencia pública a presencia de las partes y sus defensores. Los testigos propuestos y admitidos por el tribunal están obligados a <i>testimoniar</i> , pudiendo el órgano judicial hacerles comparecer conducidos por la fuerza pública. En contrapartida, el testigo tiene derecho a obtener una compensación económica correspondiente al esfuerzo voluntariamente realizado. Previa prestación de juramento ante el juez, se le formulan al testigo las <i>preguntas generales de la ley</i> , referentes a las circunstancias personales de aquél. Por último, se formulan las preguntas útiles. El dato ya probado por otro medio de prueba no puede ser objeto de pregunta útil.	
Fuente: <i>Diccionario Jurídico Ribó</i>	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN:	
A pesar de que el término “bekunden” vierte al español varias palabras, tales como testificar, mostrar o manifestar; en el contexto jurídico corresponde al término testimoniar como se puede observar arriba.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: testimoniar	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1:	
(…) tal y como <u>testimoniaron</u> los testigos A y S.	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 2:	
Así ha sucedido según el <u>testimonio</u> de los testigos en tanto que las partes discutieron sobre (...)	

—Berichterstatter

DE – ES
CAMPO DE UTILIZACIÓN: Ámbito jurídico
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>
GÉNERO: <i>Sentencias</i>
REFERENCIA: <i>E-4/01</i>
[DE] ENTRADA: Berichterstatter
DEFINICIÓN: [A] in einem Kollegialgericht ist dasjenige Mitglied, das die Entscheidung durch ein schriftliches oder mündliches Gutachten vorzubereiten und nach Beratung und Abstimmung schriftliche abzufassen hat. Fuente: <i>Rechtswörterbuch Creifelds</i>
CONTEXTO 1: In Rahmen seines Berichtes leistete der <u>Berichtserstatter</u> Vorschau des ukrainischen Immobilienmarktes, ...
FUENTE: <i>Sentencia nº E-4/01</i>
CONTEXTO 2: (...) für einen finanziellen Verlust infolge diese Monopols Anspruch auf Entschädigung durch den Staat hat, erliess der Gerichtshof, zusammengesetzt aus Thor ... Präsident, Carl Baudenbacher (<u>Berichtserstatter</u>), am 30. Mai 2002 ein Urteil mit folgendem Tenor.
FUENTE: <i>Sentencia nº E-4/01</i>
NOTA:
[ES] ENTRADA: Magistrado ponente
DEFINICIÓN: Miembro del órgano jurisdiccional colegido encargado de realizar las gestiones directas relacionadas con el pleito Fuente: diccionario básico de Derecho Es el miembro del órgano jurisdiccional colegiado encargado de realizar las gestiones directas relacionadas con el pleito. En el truno previsto a tal fin entran todos los magistrados de la Sala, incluido el presidente. La designación del Magistrado ponente se hace, para cada pleito, en la primera resolución que se dicte en el proceso. Entre las funciones encomendadas al "Ponente", se encuentran: la redacción de las resoluciones del Tribunal cuando su voto sea conforme con lo acordado; pronunciará en audiencia pública la sentencia; examinará las pruebas propuestas e informará sobre su pertinencia; presidirá la práctica de aquellas; examinará si se han observado slos trámites legales. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: Término unívoco
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: magistrado ponente
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: En el marco de su informe, el <u>Magistrado Ponente</u> Vorschau del marco inmobiliario ucraniano, prestó...
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 2: ... por una pérdida financiera debida a dicho monopolio, tiene derecho a una compensación por parte del Estado, como se ve en la sentencia que dictó el Tribunal de Justicia, compuesto por Thor... Presidente, Carl Baudenbacher (<u>Magistrado Ponente</u>), con fecha 30 de mayo de 2002.

—*Beschluss*

DE – ES
CAMPO DE UTILIZACIÓN: Ámbito jurídico
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>
GÉNERO: <i>Sentencias</i>
REFERENCIA: 3-09 O 98/03
[DE] ENTRADA: Beschluss
DEFINICIÓN: [A] gemeinsam festgelegte Entscheidung; Ergebnis einer Beratung. Fuente: www.duden.de [B] Beschluss der gerichteten Gerichtsferien Fuente: <i>Deutsches Rechts Wörterbuch (DWR)</i>
CONTEXTO 1: Die Kläger vertreten die Auffassung, dass die <u>Beschlüsse</u> der Hauptversammlung insgesamt nichtig seien, weil deren Protokollierung durch den beurkundenden Notar fehlerhaft sei.
FUENTE: <i>Sentencia n° 3-09 O 98/03</i>
NOTA:
[ES] ENTRADA: Resolución judicial
DEFINICIÓN: Son los actos procesales del órgano jurisdiccional en la causa correspondiente. Consisten en declaraciones de voluntad que resuelven problemas o cuestiones planteadas, como los autos y sentencias, de aquí su denominación genérica de <i>resoluciones decisorias</i> . Se habla de <i>resoluciones instructorias</i> cuando la declaración de voluntad judicial tiene por finalidad facilitar el desarrollo del proceso, como los actos de ordenación procesal que pueden ser actos de impulso o de paso de una fase procesal a otra o actos de dirección como los señalamientos. Las resoluciones judiciales de nuevo trámite, como son todas las no resolutorias, también se conocen con el nombre de proveídos. En todos esos casos, estamos ante actos de desarrollo procesal que, además de los procedentes del juez, pueden haberlos del secretario o de las partes. Fuente: <i>Diccionario Jurídico Ribó</i> El concepto aplicable a este término es, según el DRAE es el siguiente: “5. f. Decreto, providencia, auto o fallo de autoridad gubernativa o judicial.”
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: En el lenguaje general, el término <i>Beschluss</i> significa “decisión”. En cuanto a la traducción, hemos de tener en cuenta dos cuestiones. En alemán, el término <i>Beschluss</i> se refiere a una resolución judicial en sí, mientras que en español existen varios tipos de resoluciones, por lo que, aunque el término general se podría considerar “resolución”, en español hemos de añadir el adjetivo judicial para precisar a qué tipo de resolución nos referimos.
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: resolución
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: Los demandantes defienden la opinión de que las <u>resoluciones</u> de la Asamblea General serían en conjunto nulas debido a que el protocolo del notario fedatario sería erróneo.

—*bestätigen*

DE – ES
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>
GÉNERO: <i>Sentencias</i>
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>
[DE] ENTRADA: <i>bestätigen</i>
DEFINICIÓN: [A] 1. A) für richtig, zutreffend erklären . B) als richtig erweisen . C) sich als zutreffend, richtig erweisen . 2. (Kaufmannssprache) mitteilen, dass man eine Sendung o. Ä. empfangen hat . 3. in einer Stellung, einem Amt anerkennen; eine Amtseinsetzung beurkunden Fuente: www.duden.de
CONTEXTO 1: Die Beklagte <u>bestätigte</u> den Abschluss des Vertrages mit Schreiben von 12. April 2005.
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>
NOTA:
[ES] ENTRADA: <i>confirmar</i>
DEFINICIÓN: término perteneciente al lenguaje común y de uso en el lenguaje especializado. Según el DRAE, se define de la siguiente manera: <ul style="list-style-type: none"> - Revalidar lo ya aprobado - En los contratos o actos jurídicos con vicio subsanable de nulidad, remediar este defecto expresa o tácitamente.
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: En el contexto de las sentencias se aplica el significado del término común y no el jurídico. El jurídico es de aplicación solo en los contratos.
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>confirmar</i>
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: La demandada <u>confirmó</u> la conclusión del contrato mediante el escrito de fecha 12 de abril de 2005.

—Bestimmung

DE – ES
CAMPO DE UTILIZACIÓN: Ámbito jurídico
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>
GÉNERO: <i>Sentencias</i>
REFERENCIA: 3-05 O 106/04
[DE] ENTRADA: Bestimmung
DEFINICIÓN: [A] Schätzung, Festsetzung. Fuente: Deutsches Rechts Wörterbuch (DWR) [B] Anordnung, vorschrift, Verfügung. Fuente: www.duden.de
CONTEXTO 1: Es kann hier jedoch dahingestellt bleiben, ob dies allein zur Anfechtbarkeit hier genügt, da hier in der Einladung der <u>Bestimmung</u> des § 124 Abs. 2 S. 2 2lt. 2 AktG jedenfalls nicht genügt wird und jedenfalls dieser Mangel dazu führt, dass die Anfechtung durchgreift.
FUENTE: <i>Sentencia nº 3-05 O 106/04</i>
NOTA:
[ES] ENTRADA: ordenanza
DEFINICIÓN: término perteneciente al lenguaje común y de uso en el lenguaje especializado. Según el DRAE, se define de la siguiente manera: - Conjunto de preceptos referentes a una materia. Mandato, disposición o arbitrio y voluntad de alguien.
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: El término <i>Bestimmung</i> en alemán tiene diversas acepciones, como fijación, disposición, determinación, etc. sin embargo, en el contexto de las sentencias, se refiere a una “ordenanza”, como hemos visto en su definición.
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: ordenanza
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: Sin embargo, se puede aquí mantener, si fuera suficiente únicamente para la impugnabilidad, pues aquí, en todo caso no sería suficiente la indicación con respecto a la <u>ordenanza</u> número § 124 Abs. 2 S. 2 2lt. 2 AktG, y en todo ello, en el caso de que dicho vicio condujera a una impugnación.

—*beurteilen*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: Ámbito jurídico	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: 2-04 O 388/06	
[DE] ENTRADA: beurteilen	
DEFINICIÓN:	
[A] über jemanden, etwas ein Urteil abgeben. Fuente: www.duden.de	
[B] jemanden verurteilen, über jemanden ein Urteil sprechen. Fuente: <i>Deutsches Rechts Wörterbuch (DRW)</i>	
CONTEXTO 1:	
(...) nur so kann er die Angemessenheit der mit dem Geschäft verbundenen Verlustrisiken beurteilen.	
FUENTE: <i>Sentencia n° 2-04 O 388/06</i>	
CONTEXTO 2:	
(...) indem sie der Klägerin ihre Gewinnmarge mitteilt und diese so am besten selbst beurteilen kann, (...)	
FUENTE: <i>Sentencia n° 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: juzgar / enjuiciar	
DEFINICIÓN: en español encontramos dos términos que se definen de la siguiente manera según el diccionario de DRLeyes:	
<ul style="list-style-type: none"> - Juzgar: Administrar justicia. Decidir un asunto judicial. Sentenciar. Ejercer funciones de juez o magistrado. Afirmar o exponer relaciones entre ideas. Enjuiciar, examinar, considerar, dictaminar en un asunto o negocio. Antiguamente, condenar a perder alguna cosa; y, más especialmente confiscarla. - Enjuiciar: juzgar. Someter a juicio. 	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN:	
Como hemos podido observar en las definiciones, se consideran sinónimos; por lo que podremos utilizar ambos términos indistintamente.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: juzgar / enjuiciar	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1:	
(...) solo así puede enjuiciar la justa proporción vinculada a los riesgos de pérdidas del negocio.	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 2:	
(...) en el que la demandante informa sobre su margen de beneficios, que es la mejor manera de juzgar (...)	

—Bevollmächtigter

DE – ES
CAMPO DE UTILIZACIÓN: Ámbito jurídico
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>
GÉNERO: <i>Sentencias</i>
REFERENCIA: <i>B III 7/60</i>
[DE] ENTRADA: Bevollmächtigter
DEFINICIÓN: [A] jemanden, der bevollmächtigt ist. Fuente: www.duden.de
CONTEXTO 1: Im Urteil des Bundesfinanzhofs III 7/60 ist entschieden worden, das die Einspruchsentscheidung rechtswirksam nur dem Bevollmächtigten (...)
FUENTE: <i>Sentencia nº B III 7/60</i>
NOTA:
[ES] ENTRADA: Apoderado
DEFINICIÓN: término perteneciente al lenguaje especializado. Según el diccionario jurídico de Ribó se define de la siguiente manera: Es la facultad otorgada al representante para que actúen el área jurídica del representado. Este, como otorgante de los también denominados poderes, es el poderdante, el representante como destinatario del poder concedido es el apoderado. El apoderamiento o acto de concesión del poder de representación, se instrumenta generalmente en un documento notarial. El representante queda investido de la facultad suficiente para que sus declaraciones de voluntad tengan el mismo efecto que las emitidas por el representado. El poder de representación es el complemento adecuado del contrato de mandato; pero mientras en éste hay una gestión encargada, en el poder hay simple facultad de representación. Según el DRAE, se define de la siguiente manera: Persona que tiene poder o facultad de otra para representarla, administrar una hacienda o ejecutar cualquier otra cosa.
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: Este término es unívoco, por lo que procede la traducción literal del término.
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: Apoderado
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: En la sentencia del Tribunal Federal Fiscal III 7/60 se decidió que la decisión de protesta solo sería jurídicamente válida al <u>apoderado</u> ...

—Beweis

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: Beweis	
DEFINICIÓN:	
<p>[A] Rechtsweisung, Urteil, Spruch. zureichende Begründung einer Behauptung; Beweismittel; Augenschein, Sachbefund; Zeugenaussage</p> <p>= insbesondere: beweisende Urkunde</p> <p>= eidlicher Beweis</p> <p>Fuente: <i>Deutsches Rechts Wörterbuch (DRW)</i></p> <p>[B] Wenn in einem Prozeß eine Tatsache zwischen den ->Parteien streitig ist (zum Beispiel die Frage, wer bei einem Verkehrsunfall die Vorfahrt verletzt hat), so muß das Gericht, das ja nie selbst dabeigewesen ist, diese Frage irgendwie aufzuklären versuchen. Das kann es nur, indem es Beweis erhebt. Beweismittel sind: der richterliche Augenschein, die Vernehmung von Parteien oder Zeugen, die Anhörung von Sachverständigen, die Vorlage von Urkunden. Stehen die Beweismittel dem Gericht nicht sofort zur Verfügung, so erläßt es zunächst einen Beweisbeschluß, in dem es die Fragen, über die es Beweis erheben will (die Beweisthemen), und die dazu zur Verfügung stehenden Beweismittel angibt. Dann beraumt es einen Termin zur Beweisaufnahme an. In der Würdigung der von ihm erhobenen Beweise ist es frei, es muß aber im Urteil angeben, warum es zum Beispiel einem Zeugen geglaubt hat und einem anderen nicht. In manchen Prozeßarten, zum Beispiel im Zivilprozeß oder im Prozeß vor den Arbeitsgerichten, ist das Gericht im wesentlichen auf die Beweismittel beschränkt, die ihm von den Parteien benannt werden. Es kann zum Beispiel nicht von sich aus Zeugen vernehmen. In allen anderen Prozessen darf das Gericht dagegen alle Beweise erheben, die es für notwendig hält.</p> <p>(...) ist im Zivilprozeß das Verfahren, dem Gericht die Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Tatsachenbehauptung zu verschaffen. Nach Ziel und Verfahren unterscheidet man Strengbeweis, Glaubhaftmachung und Freibeweis. Zur Einleitung des Verfahrens ist grundsätzlich ein entsprechender Antrag der Parteien erforderlich. Grundsätzlich muß das Gericht von der Wahrheit voll überzeugt sein. Dafür ist allerdings keine absolute Gewißheit erforderlich, sondern es reicht ein hoher Grad an Wahrscheinlichkeit, so daß Zweifel vernünftigerweise nicht mehr bestehen.</p> <p>Fuente: www.rechtslexikon24.net</p>	
CONTEXTO 1: Das Gericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen T., A, F. und S.	
FUENTE: <i>Sentencia n° 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: prueba o testimonio	
DEFINICIÓN: según el Diccionario Jurídico de Ribó se definen de la siguiente manera:	
<ul style="list-style-type: none"> - Prueba: ES el acto procesal mediante el cual se pretende conseguir el convencimiento psicológico del juzgador sobre la existencia o veracidad de los datos contenidos en las alegaciones y que habrá de tener en cuenta en la sentencia. Con la palabra prueba se designa indistintamente la actividad probatoria (la necesidad o no de ella) los medios de prueba (testifical, pericial, etc.) o el resultado de la prueba. En todo caso, y como actividad de comprobación o de verificación, la prueba no es solo una actividad de las partes, sino también del juzgador, destinatario único de aquella, ya que la misma lleva el designio de formar su convicción. - Testimonio: denominada también prueba testifical o prueba de testigos, es la prueba consistente en la declaración de un tercero, denominado testigo, sobre datos que no eran procesales en el momento de la observación por el testigo y que pueden influir en la convicción del juzgador para sentenciar el litigio. El testigo es siempre una persona natural y es propuesta por uno de los litigantes para que dé testimonio. No hay limitación en el número de testigos a proponer, pero los gastos y costas de los que excedan de seis por cada pregunta útil serán a cargo del litigante que los proponga. Cuando ha una especial relación entre el testigo y el objeto de la prueba, se habla de testigo calificado. Y si el testigo y el dato que aporta están relacionados intencionalmente se habla de testigo instrumental. 	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN:	
Como se puede observar, "prueba" es el término más general, mientras que "testimonio" hace referencia a la prueba testifical que viene dada por los testigos; el término "prueba" también designa un informe pericial o cualquier otra cuestión que no provenga de un testigo. En este sentido, hemos de elegir bien el término al traducir el TO.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: testimonio	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1:	
El tribunal hace constar los <u>testimonios</u> del interrogatorio de los testigos T., A, F. y S.	

—*Beweisaufnahme*

DE – ES
CAMPO DE UTILIZACIÓN: Ámbito jurídico
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>
GÉNERO: <i>Sentencias</i>
REFERENCIA: 2-04 O 388/06
[DE] ENTRADA: Beweisaufnahme
DEFINICIÓN: [A] Erhebung des <u>Beweises</u> durch das <u>Gericht</u> . Das durch die B. gefundene Ergebnis unterliegt der freien <u>Beweiswürdigung</u> des <u>Gerichts</u> . Fuente: www.rechtslexikon24.net
CONTEXTO 1: Nach dem Vortrag der Parteien und dem Ergebnis der <u>Beweisaufnahme</u> ist das Gericht davon überzeugt, dass (...)
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>
NOTA:
[ES] ENTRADA: procedimiento probatorio
DEFINICIÓN: Como regla general, los actos de prueba se realizan en la circunscripción, sede y local del tribunal competente, asimismo, las pruebas deben practicarse dentro de los límites temporales previstos por la ley o término probatorio, conocido también como probatoria. El litigante interesado deberá, en la etapa inicial del proceso, formular petición genérica de prueba, admitida ésta por el tribunal, se produce el denominado recibimiento a prueba que sigue concebida en términos genéricos. A continuación, los litigantes formulan proposición de prueba, en la que se especifican los medios probatorios de que intentan valerse y solicitan practicar. El tribunal, si acepta dicha proposición, formula la admisión específica de la prueba. Cuando ésta se realiza, tiene lugar la práctica de la prueba. Se denomina probanza al conjunto de pruebas que acreditan un hecho. Fuente: <i>Diccionario Jurídico Ribó</i>
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: El término <i>Beweisaufnahme</i> hace referencia a la admisión por parte del tribunal de la prueba; mientras que “procedimiento probatorio” hace alusión, en general, a todo el procedimiento judicial, incluyendo los procedimientos previos a la admisión de la prueba. En la traducción de los textos, la mayoría de las ocasiones se traducirá por “procedimiento probatorio”; sin embargo, en alguna ocasión se podrá traducir como “admisión a trámite de la prueba”, según el contexto.
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: procedimiento probatorio
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: Tras la exposición de las partes y del resultado del <u>procedimiento probatorio</u> de pruebas, el tribunal está convencido de que...

—*Beweislast*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: Ámbito jurídico	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: 2-04 O 388/06	
[DE] ENTRADA: Beweislast	
DEFINICIÓN: [A] Verpflichtung, für die Wahrheit bestimmter Behauptungen einen Beweis zu führen Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: Die <u>Beweislast</u> für eine solche Aufklärung zur Vermittlung einer transparenten Bedeutung der Zahlungspflichten lag bei der Beklagten als Verwenderin der AGB.	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
CONTEXTO 2: (...), so dass die insoweit bei einem Vorteilsausgleich in ihrer <u>Beweislast</u> stehende Kausalität nicht festgestellt werden kann.	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: Carga de la prueba	
DEFINICIÓN: Carga de la prueba: toda vez que lo alegado debe ser probado, las partes litigantes son las protagonistas de las pruebas; pero lo realmente importante es saber a qué litigante le corresponde la carga de probar o lo llamado <i>onus probandi</i> , es decir, qué litigante soportará un resultado desfavorable para su pretensión por haber omitido la prueba de una alegación. Como regla general, dicho riesgo o perjuicio ha de correrlo el litigante al cual favorecería el convencimiento del tribunal si llegara a probarse el dato cuestionado de forma satisfactoria. En definitiva, cada litigante soporta la carga de la prueba de los datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que son favorables a las alegaciones formuladas por dicho litigante. Fuente: <i>Diccionario Jurídico Ribó</i>	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: Se trata de una unidad de significado especializada, propia del tecnicismo jurídico, por lo que procede la traducción literal del término. En ocasiones, podrá equivaler a "obligación de pago".	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: carga de la prueba	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: El mérito probatorio en dicha resolución para que medie de un significado transparente de las <u>obligaciones de pago</u> existe, para la demandada, como usuaria de las AGB.	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 2: (...), de manera que, en este sentido, y en el caso de una compensación de beneficios, no se puede verificar/constatar en la <u>carga de su prueba</u> la existencia de una causalidad.	

—Dritter

DE – ES
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>
GÉNERO: <i>Sentencias</i>
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>
[DE] ENTRADA: <i>Dritter</i>
DEFINICIÓN: [A] Der dritter der Reihenfolge nach: <ol style="list-style-type: none"> (1) Von Einzelpersonen (2) Von Verwandtschaftsgraden (3) Termine und Fristen Fuente: <i>Deutsches Rechts Wörterbuch (DRW)</i>
CONTEXTO 1: (...) bei denen ein <u>Dritter</u> den Gewinn des Wertpapierdienstleistungsunternehmens erhöht, (...)
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>
NOTA:
[ES] ENTRADA: <i>Terceros</i>
DEFINICIÓN: En un sentido amplio, es toda persona que no figura como demandante o como demandada en un proceso, y por tanto, es completamente ajena o indiferente a lo que se ventila en el pleito. En un sentido más restringido, tercero es el sujeto que, no siendo en principio parte en un litigio, puede ser afectado por el mismo o por su resultado y, a tal fin, podrá intervenir en el pleito o en su resultado. Las diversas situaciones en que puede encontrarse el tercero respecto al pleito en el que no es parte sirven de base para que la ley establezca los diversos mecanismos de intervención del tercero. Estos abarcarán desde la intervención como un aparte más en el litigio, hasta la reclamación del tercero contra la sentencia que le afecta, pasando por la posible adhesión a una de las partes procesales. Fuente: <i>Diccionario Jurídico Ribó</i>
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: Se trata en alemán de un adjetivo ordinal que ha sido sustantivado. En español ocurre lo mismo, sin embargo, se suele utilizar el término en plural: “terceros”
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>terceros</i>
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: (...) en el que un <u>tercero</u> aumenta el beneficio de la empresa de servicios de valor (...)

—*Einzelrichter*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: Einzelrichter	
DEFINICIÓN: [A] diejenigen Richter, welche einzeln, jeder selbständig für sich, die gesamte Richtertätigkeit ausüben. Fuente: <i>Brockhaus' Kleines Konversations-Lexikon</i> 1911. Disponible en www.zeno.org	
CONTEXTO 1: als <u>Einzelrichter</u>	
FUENTE: <i>Sentencia n° 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: Juez unipersonal	
DEFINICIÓN: El personal jurisdiccional es conocido también como personal jurisdicente, y son las personas que ejercen funciones judiciales en los órganos jurisdiccionales. Se trata de funcionarios públicos investidos de la potestad decisoria en el órgano jurisdiccional que encarnan. Salvo en el caso de los magistrados suplentes y de los Jueces de Paz, todo el personal jurisdiccional pertenece a la carrera judicial, en la que se integran los jueces y los magistrados, habiendo desaparecido la diferencia entre magistratura y judicatura. Los jueces son el personal que ejercen sus funciones en un órgano jurisdiccional unipersonal; los magistrados son el personal que ejercen sus funciones en un órgano jurisdiccional colegiado. En todo caso, han de ser licenciados en Derecho que han accedido a la carrera judicial. Fuente: <i>Diccionario Jurídico Ribó</i>	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: En este caso, y teniendo en cuenta lo expuesto en el concepto anterior, aquí sí se ha de traducir como JUEZ UNIPERSONAL, término equivalente y unívoco en español, y no lo podemos traducir como “magistrado”.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: Juez unipersonal	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: - en calidad de <u>Juez unipersonal</u>	

—Einhaltung

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-18 O 172/07</i>	
[DE] ENTRADA: <i>Einhaltung</i>	
DEFINICIÓN: [A] etwas, was als verbindlich gilt, eine Verpflichtung befolgen, erfüllen, sich daran halten, danach richten. Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: (...), dass die Vergabe von Referenznummern zur <u>Einhaltung</u> der Vorgaben des § 34a WpHG nicht ausreiche.	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-18 O 172/07</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: <i>Observancia</i>	
DEFINICIÓN: El término observancia en español se define, según el DRAE, como: <ol style="list-style-type: none"> 1. Cumplimiento exacto y puntual de lo que se manda ejecutar, como una ley, un estatuto o una regla. 2. En el antiguo derecho aragonés, práctica, uso o costumbre recogida y autorizada y con fuerza de ley. 	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: Término unívoco, propio del lenguaje jurídico y judicial, que, como unidad de significado especializada que es, sólo admite la traducción literal como válida.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>observancia</i>	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: (...) que la adjudicación de los números de referencia no sea suficiente para la <u>observancia</u> de la norma § 34a WpHG.	

—*Einstweilige Anordnung / Verfügung*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-06 O 477/07</i>	
[DE] ENTRADA: <i>Einstweilige Anordnung/ Verfügung</i>	
DEFINICIÓN: <p>[A] ist eine vorläufige entscheidung des Gerichts im Verlaufe eines Rechtsstreits, in dem es die endgültige Entscheidung zu treffen hat.</p> <p>[B] eine einstweilige Verfügung (Rechtssprache; <i>in einem abgekürzten Verfahren ergehende vorläufige, allerdings sofort vollstreckbare gerichtliche Anordnung</i>)</p> <p>Fuente: <i>Rechtswörterbuch Creifelds</i></p>	
CONTEXTO 1: <p>In dem <u>einstweilige Verfügungsverfahren</u></p>	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-06 O 477/07</i>	
CONTEXTO 2: <p>am 17.10.2007 im Wege der <u>einstweiligen Verfügung</u> wegen Dringlichkeit ohne mündliche Verhandlung beschlossen:</p>	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-06 O 477/07</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: <i>Carga de la prueba</i>	
DEFINICIÓN: <i>La simple admisión de la demanda de separación, nulidad o divorcio, produce, por ministerio de la ley, los efectos contenidos en el Art. 102 del CC.</i> <p>Fuente: <i>Diccionario Jurídico básico</i></p>	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: <p>Término unívoco, que sólo admite la traducción literal, dado que se trata de una unidad de significado especializada, propia del lenguaje jurídico y judicial.</p>	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>medida/resolución provisional</i>	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: <p>En el procedimiento de <u>resolución provisional</u>...</p>	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 2: <p>se decidió (...) con fecha 17 de octubre de 2007 con respecto a la <u>medida provisional</u> a causa de la urgencia sin procedimiento oral...</p>	

—*entgegenstehen*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>3-05 O 15/08</i>	
[DE] ENTRADA: <i>entgegenstehen</i>	
DEFINICIÓN: [A] Im Widerspruch, Gegensatz zu etwas stehen. Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: (...), ob es sich bei der Vermutungsregeln des § 39a Abs. 3 WpÜG um eine unwiderlegliche oder widerlegliche Vermutung handelt und die Kammer trotz des geäußerten <u>entgegenstehenden</u> Willens des Gesetzgebers aus verfassungsrechtlichen Gründen ...	
FUENTE: <i>Sentencia nº 3-05 O 15/08</i>	
NOTA: En sentencias aparece en sus formas personales y no personales del verbo.	
[ES] ENTRADA: <i>oponerse</i>	
DEFINICIÓN: 3. Poner algo contra otra cosa para entorpecer o impedir su efecto. 4. Proponer una razón o discurso contra lo que alguien dice o siente. Fuente: DRAE	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: Término perteneciente a la lengua común, que sin embargo forma parte del lenguaje jurídico y judicial. La traducción no presenta, pues, excesivas dificultades.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>oponerse</i>	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: (...), si se trata de una presunción refutable o irrefutable según la legislación en cuanto a presunción en su art. § 39a Abs. 3 WpÜG y la Sala, a pesar de haber pronunciado su voluntad <u>opuesta</u> al legislador por motivos constitucionales...	

—entscheiden

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: Ámbito jurídico	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: 2-18 O 172/07	
[DE] ENTRADA: entscheiden	
DEFINICIÓN:	
[A] - (einen Zweifelsfall) [endgültig] klären und darüber ein Urteil fällen.	
Beispiel: das Gericht wird den Streit entscheiden	
5. in einem Zweifelsfall anordnend bestimmen	
Beispiel: über den Einsatz von Truppen entscheiden	
Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1:	
(…), das Bundesverwaltungsgericht habe mit Urteil vom 24. April 2002 (Az. 6 C 2/2 002) entschieden, dass die angefochtene Verfügung des BA We rechtmäßig sei.	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-18 O 172/07</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: Fallar o dictar sentencia	
DEFINICIÓN: del concepto fallar en español, deriva el término fallo: En sentido amplio, significa lo mismo que sentencia. En sentido estricto, es la parte decisoria de la sentencia; es decir, la parte final de la misma en la que el juzgador decide el pleito condenando o absolviendo. Además de poder dictarse de viva voz en los casos previstos por la ley, la sentencia suele revestir la forma escrita. Se inicia con el encabezamiento y, seguidamente, en párrafos separados y numerados, se exponen los antecedentes de hecho o elementos fácticos que han sido alegados y tienen relevancia en el litigio; a continuación, y si es el caso, los hechos probados. Finalmente y antes del fallo, los fundamentos de derecho. Los antiguos resultando se corresponden a los actuales antecedentes de hecho y hechos probados; los actuales fundamentos de derecho se corresponden con los antiguos considerandos. La sentencia lleva la firma del juez o de los magistrados. El documento público y solemne en que se consigna una sentencia afirme se denomina ejecutoria.	
Fuente: <i>Diccionario Jurídico Ribó</i>	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN:	
Si bien el término <i>entscheiden</i> puede verter al español gran diversidad de resultados, el que pertenece al campo jurídico o judicial, es el del fallar o dictar sentencia; concepto relacionado con el fallo, que es la parte más importante de una sentencia. Término unívoco.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: fallar o dictar (una sentencia)	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1:	
(…) el Tribunal de lo Contencioso Administrativo Alemán dictó en su sentencia de fecha 24 de abril de 2002 (Az. 6 C 2/2 002) que la disposición tan discutidas del BAWe sería legítima.	

—*Entscheidungsgründe*

DE – ES
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>
GÉNERO: <i>Sentencias</i>
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>
[DE] ENTRADA: <i>Entscheidungsgründe</i>
<p>DEFINICIÓN:</p> <p>[A] Bei einem zivilrechtlichen Urteil heißt es „Entscheidungsgründe“, bei einem Beschluss dagegen schlicht „Gründe“. Auch bei einem strafrechtlichen Urteil heißt es schlicht „Gründe“. Prägen Sie sich diese terminologischen Unterschiede gut ein. Auch wenn sie inhaltlich keinen Unterschied machen, so verschaffen sie ihrem Korrektor doch auf diese Weise subtil den Eindruck, dass sie sich auch gegenüber den feinsinnigen Gebräuchen in der Justiz aufmerksam verhalten.</p> <p>Fuente: <i>Deutsches Rechts Wörterbuch (DRW)</i></p>
CONTEXTO 1: <i>Entscheidungsgründe</i>
FUENTE: <i>Sentencia n° 2-04 O 388/06</i>
<p>NOTA:</p> <p>Término aplicable únicamente a las sentencias.</p>
[ES] ENTRADA: <i>Fundamentos de Derecho</i>
<p>DEFINICIÓN:</p> <p>Los Fundamentos de Derecho exponen las normas legales o consuetudinarias, los principios generales del Derecho y la jurisprudencia que sirven de base a la pretensión formulada. Es frecuente que en la exposición de los hechos e valoresn jurídicamente, incluso con fundamentos de derecho, de suerte que al llegar a éstos se repitan y concentren los ya expuestos entremezcladamente con los hechos.</p> <p>Fuente: <i>Diccionario Jurídico Ribó</i></p>
<p>ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN:</p> <p>El término alemán significa “motivo de la decisión”. Es un epígrafe en el que se justifican los fundamentos de Derecho, epígrafe llamado en español: “Fundamentos de Derecho”. Dicho término no se traducirá, por tanto, de forma literal, sino que se optará por la nomenclatura española. Se trata, en todo caso, de una expresión exclusiva del lenguaje jurídico.</p>
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>Fundamentos de Derecho</i>
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: <i>Fundamentos de Derecho</i>

—erachten

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: erachten	
DEFINICIÓN: [A] Halten für Fuente: <i>Deutsches Rechts Wörterbuch (DRW)</i>	
CONTEXTO 1: Das Gericht erachtet es auch für möglich, dass die maximalen Gewinnchancen und Verlustrisiken darin erörtert wurden.	
FUENTE: <i>Sentencia n° 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: estimar	
DEFINICIÓN: En este contexto, el término estimar se define como: 6. juzgar, creer. Fuente: www.rae.es	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: Término perteneciente al lenguaje común y especializado.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: estimar	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: El tribunal <u>estima</u> por tanto que se debatieran las oportunidades de beneficio y los riesgos de pérdidas máximas.	

—*erheben*

DE – ES
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>
GÉNERO: <i>Sentencias</i>
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>
[DE] ENTRADA: <i>erheben</i>
DEFINICIÓN: [A] <i>feststellen, ermitteln</i> Fuente: <i>Deutsches Rechts Wörterbuch (DRW)</i>
CONTEXTO 1: Das Gericht hat Beweis <u>erhoben</u> durch Vernehmung der Zeugen T., A, F. und S..
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>
NOTA:
[ES] ENTRADA: <i>hacer constar</i>
DEFINICIÓN: 7. dicho de una cosa: Quedar registrada por escrito, o notificada oralmente a una o varias personas. Fuente: DRAE
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: El término <i>erheben</i> tiene diversos significados en español. Sin embargo, el único aplicable al contexto jurídico, y en concreto a las sentencias, es “hacer constar”. En español es un término que pertenece al lenguaje común y especializado.
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>hacer constar</i>
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: El tribunal <u>hace constar</u> los testimonios del interrogatorio de los testigos T., A, F. y S.

—*erläutern*

DE – ES
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>
GÉNERO: <i>Sentencias</i>
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>
[DE] ENTRADA: <i>erläutern</i>
DEFINICIÓN: [A] (einen komplizierten Sachverhalt) näher erklären, durch Beispiele o. Ä. verdeutlichen Fuente: www.duden.de
CONTEXTO 1: (...) hat die Beklagte nicht vorgetragen, dass der Klägerin die einfachere Berechnungsweise <u>erläutert</u> worden sei.
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>
NOTA:
[ES] ENTRADA: <i>aclarar / explicar</i>
DEFINICIÓN: según el DRAE obtenemos las siguientes definiciones: <ol style="list-style-type: none"> 8. disipar, quitar lo que ofusca la claridad o transparencia de algo. 9. Hacer claro, perceptible, manifiesto o inteligible algo, ponerlo claro, explicarlo.
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: Término de pertenencia al lenguaje común, de empleo frecuente en el lenguaje jurídico.
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>aclarar / explicar</i>
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: (...) la demandada no expuso que a la demandante no le fuera <u>aclarado</u> el sistema del cálculo...

—Ermächtigung

DE – ES
CAMPO DE UTILIZACIÓN: Ámbito jurídico
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>
GÉNERO: <i>Sentencias</i>
REFERENCIA: 3-05 O 106/04
[DE] ENTRADA: Ermächtigung
DEFINICIÓN: [A] Handlung und Auswirkung einer Rechtsmässigkeitserklärung. Fähigkeit aktiver oder passiver Bestandteil eines Prozesses zu sein. Fuente: <i>Wirtschaftslexikon</i>
CONTEXTO 1: (...) da der Vorstand hier jedenfalls von der <u>Ermächtigung</u> des § 119 Abs. 2 AktG Gebrauch gemacht hat, (...)
FUENTE: <i>Sentencia nº 3-05 O 106/04</i>
NOTA:
[ES] ENTRADA: legitimación
DEFINICIÓN: Denominada también legitimación en causa (<i>legitimatío ad causam</i>) es la capacidad individualizada y concreta par el proceso determinado en que una persona pretende ser parte. Será legitimación activa la exigida para ser demandante y la legitimación pasiva la precisa para ser demandado. En ambos casos, las normas que regulan la legitimación procesal tratan de conseguir que la reclamación sea propuesta por, y frente a quien, la ley considera que pueden ser parte en la causa. Dicha legitimación se define por la titularidad, activa o pasiva de las partes en la relación jurídica que sirve de base a la relcmaación procesal, así por ejemplo, el propietario es el único que tiene legitimación activa para reivindicar la cosa del poseedor. Fuente: <i>Diccionario Jurídico Ribó</i>
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: Se trata de un término de significación especializada, por lo que procece realizar una traducción literal.
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: legitimación
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: (...)ya que en este caso la Junta Directiva había hecho uso de la <u>legitimación</u> del § 119 Abs. 2 AktG.

—Ermittlung

DE – ES
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>
GÉNERO: <i>Sentencias</i>
REFERENCIA: <i>2-06 O 224/06</i>
[DE] ENTRADA: Ermittlung
DEFINICIÓN: [A] Strafrechtliche Ermittlungen können von der Staatsanwaltschaft oder von der Polizei engeleitet werden, von anderen zur Strafverfolgung befugten Behörden innerhalb ihres begrenzten Wirkungsbereichs. Fuente: <i>Rechtswörterbuch Creifelds</i>
CONTEXTO 1: Zur <u>Ermittlung</u> der von dem Kläger vorgetragene Zeichenketten, die (...)
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-06 O 224/06</i>
NOTA:
[ES] ENTRADA: instrucción
DEFINICIÓN: 10. Curso que sigue un proceso o expediente que se está formando o instruyendo. 11. Reglamento en que predominan las disposiciones técnicas o explicativas para el cumplimiento de un servicio administrativo. Fuente: www.rae.es
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: En el lenguaje general, el término <i>Ermittlung</i> significa “investigación, pesquisa”. No obstante, en un contexto jurídico y judicial, hace referencia al proceso de investigación que tiene lugar antes de la celebración del juicio. Por ello, la traducción literal del término no es apropiada.
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: instrucción
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: Para la <u>instrucción</u> de la cadena de caracteres expuestos por parte del demandante, que...

—erörtern

DE – ES
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>
GÉNERO: <i>Sentencias</i>
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>
[DE] ENTRADA: <i>erörtern</i>
DEFINICIÓN: [A] Verhandeln, vorbringen, entscheiden. Fuente: <i>Deutsches Rechts Wörterbuch (DRW)</i>
CONTEXTO 1: (...) Damit wurde indessen, sofern dieser Punkt bei der Präsentation überhaupt erörtert wurde, (...)
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>
NOTA:
[ES] ENTRADA: <i>discutir</i>
DEFINICIÓN: Contender y alegar razones contra el parecer de alguien. Fuente: <i>DRAE</i>
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: término unívoco perteneciente tanto al lenguaje común como especializado.
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>discutir</i>
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: (...) con ello, mientras tanto y siempre y cuando dicho punto, principalmente, se <u>discutiera</u> en la presentación, (...)

—*Feststellungsinteresse*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: Ámbito jurídico	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: 2-04 O 388/06	
[DE] ENTRADA: Feststellungsinteresse	
DEFINICIÓN: [A] Jedes rechtliche, wirtschaftliche oder ideelle Interesse , welches die Prozessökonomie von einem Kläger im Rahmen einer Feststellungsklage (§ 43 VwGO) verlangt mit dem Ziel, Popularklagen auszuschließen. Fuente: <i>Zivilprozessordnung (ZPO)</i>	
CONTEXTO 1: Für den Feststellungsantrag besteht das erforderliche Feststellungsinteresse, denn es ist hinreichend wahrscheinlich, dass ...	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: Pretensión declarativa	
DEFINICIÓN: Pretensión de cognición: Es la pretensión procesal solicitando la emisión de una declaración de voluntad que recoja el contenido de la pretensión formulada. Esta modalidad admite tres variantes: (1) pretensión declarativa, por la cual el actor solicita del tribunal una declaración relativa a una situación jurídica ya existente; (2) pretensión constitutiva, mediante la cual el actor solicita del tribunal la creación, modificación o extinción de una situación jurídica; (3) pretensión de condena o pretensión de presatación, en virtud de la cual el actor solicita del órgano jurisdiccional la imposición al demandado de una situación jurídica determinada. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: Aunque la búsqueda del término alemán <i>Feststellungsinteresse</i> vierte al español el concepto de “interés declaratorio”, al comprobar la existencia de dicho concepto en español, encontramos que dicho término, como tal, no existe en el lenguaje jurídico. Si bien es cierto que el término aparece en algunos textos paralelos de la Unión Europea, observamos que no se corresponde con el concepto jurídico. Sin embargo, en español existe la expresión “pretensión declarativa” que sí se corresponde, aunque no al 100%, con el concepto alemán.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: pretensión declarativa	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: Para las <u>pretensiones declarativas</u> existe el interés declaratorio necesario, pues resultaría muy probable que...	

—für etwas halten

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: für etwas halten	
DEFINICIÓN: [A] der Meinung, Auffassung sein, dass sich jemand in bestimmter Weise verhält, etwas in einer bestimmten Weise beschaffen ist; jemanden, etwas als jemanden, etwas betrachten, auffassen Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: aufgrund ... hält das Gericht es für überwiegend wahrscheinlich, dass die Klägerin das Geschäft nicht, jedenfalls nicht so abgeschlossen hätte,...	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: considerar / estimar	
DEFINICIÓN: según el DRAE, estos dos términos vienen con el siguiente significado: 12. Estimar: juzgar, creer 13. Considerar: juzgar, estimar	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: La expresión "jdn. für etwas halten" significa, en la lengua general, "tomar a alguien por algo", "considerar a alguien como". Sin embargo, en el contexto judicial, procede emplear expresiones como "considerar, estimar".	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>considerar, estimar</i>	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: debido a... el Tribunal <i>considera / estima</i> principalmente probable que la demandante no hubiera cerrado el negocio, al menos no así...	

—*Gegenposition*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: <i>Gegenposition</i>	
DEFINICIÓN: [A] Position, die einer anderen entgegengesetzt ist Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: Folglich war der Wert einer solchen Gegenposition, sei er aus verschiedenen Finanztermingeschäften und...	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: posición contraria	
DEFINICIÓN: según el DRAE, estos dos términos vierten las siguientes definiciones complementarias: <ul style="list-style-type: none"> 14. Posición: estado que en el juicio determinan para el demandante como para el demandado, las acciones y las excepciones o defensas utilizadas respectivamente. 15. Contrario: dicho de una persona o de una cosa: que se muestra completamente diferente a otra; en el otro extremo. 	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: Dada la univocidad del término, ya sea en el lenguaje general, como en el lenguaje jurídico, procede realizar una traducción literal.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>posición contraria</i>	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: En consecuencia, el valor de la <u>posición contraria</u> que tendría en las operaciones financieras a plazo fijo y ...	

—geltend machen

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: geltend machen	
DEFINICIÓN: [A] etwas geltend machen (auf berechnigte Ansprüche o. Ä. hinweisen und sie durchsetzen wollen: seine Wünsche, Forderungen geltend machen) Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: Die Beklagten macht hilfsweise gegenüber einem Schadensersatzanspruch der Klägerin ... in Höhe von insgesamt 304.748,53 € geltend.	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
CONTEXTO 2: Ein Vorteilsausgleich ist nur möglich, wenn - unter anderem - die geltend gemachten Vermögensvorteile ... beruhen.	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: Hacer valer	
DEFINICIÓN: perífrasis verbal que obtiene su significado del segundo término, valorar: reconocer, estimar o apreciar el valor o mérito de alguien o algo. Fuente: DRAE	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: En el análisis y estudio de los diccionarios y glosarios judiciales, aparecen los términos “estar vigente, estar en vigor, hacer valer, alegar razones”, etc. Tras analizar los dichos conceptos, determinamos que el término pertinente en este tipo de sentencias es “HACER VALER UN DERECHO”, que es la expresión que aparece en las sentencias españolas en estos casos.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: hacer valer, vigente	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: La demandada, <u>hace valer</u> su derecho de indemnización frente a la demandante ... por un importe de 304.748,53€.	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 2: La compensación de beneficios solo es posible en el caso de que – entre otras cosas – se refiera a los beneficios patrimoniales <u>vigentes</u> relativos a ...	

—*gemäss*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: <i>gemäss</i>	
DEFINICIÓN: [A] nach, entsprechend, zufolge	
Beispiele	
<ul style="list-style-type: none"> • gemäß Artikel 1 des Grundgesetzes • seinem Wunsch gemäß • gemäß internationalem Recht 	
Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: und gemäß § 31 I Nr. 2, II Nr. 2 WpHG a.F. auch müssen.	
FUENTE: <i>Sentencia n° 2-04 O 388/06</i>	
NOTA: Preposición que introduce en cualquier género jurídico una normativa o ley.	
[ES] ENTRADA: <i>según</i>	
DEFINICIÓN: conforme o con arreglo a.	
Fuente: DRAE	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN:	
Preposición perteneciente al léxico común que aparece siempre ante una ley o normativa. En español jurídico, es posible emplear la expresión “en virtud de + grupo nominal”.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>según, conforme a, en virtud de</i>	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: y también deberían <u>según</u> § 31 I Nr. 2, II Nr. 2 WpHG a.F.	

—*Gerichtsbarkeit*

DE – ES	
<small>GENERO: Sentencias</small>	
REFERENCIA: 3-05 O 15/08	
[DE] ENTRADA: Gerichtsbarkeit	
DEFINICIÓN: [A] Unterworfenheit unter ein Gericht Fuente: Deutsches Rechts Wörterbuch	
CONTEXTO 1: Dies ist in den §§ 144 Abs. 2, 142 Abs. 2 ZPO ausdrücklich gesetzlich geregelt und gilt als ein Grundsatz des Prozessrechts auch im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit.	
FUENTE: <i>Sentencia n° 3-05 O 15/08</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: jurisdicción	
DEFINICIÓN: Con esta palabra, que deriva de la expresión latina <i>iuris dictio</i> (decir el derecho), se designa la administración de justicia; es decir, la función estatal realizada por los órganos competentes (tribunales) para aplicar el derecho atendiendo a las reclamaciones que ante ellos se formulan. Desde un punto de vista subjetivo, jurisdicción es el conjunto de órganos estatales que intervienen en un proceso; y, desde el punto de vista objetivo, es el conjunto de materias procesales en las que intervienen los órganos referidos. De este último concepto deriva el fundamental requisito de todo proceso: que el tribunal que conoce el asunto o litigio tenga jurisdicción para ello. Fuente: <i>Diccionario Jurídico Ribó</i>	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: Término exclusivo del tecnolecto jurídico, por lo que procede la traducción literal, dada la univocidad del término unívoco.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: jurisdicción	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: Esto se encuentra expresamente y legitimamente regulado en §§ 144 Abs. 2, 142 Abs. 2 ZPO y tiene validez como principio básico del Derecho Procesal en las causas de la <u>jurisdicción</u> voluntaria.	

—*gerichtsfest*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: <i>Gerichtsfest</i>	
DEFINICIÓN: [A] gerichtlich verwendbar, vor Gericht (1a) standhaltend Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: <i>Es ist damit ihre Aufgabe solche Geschäfte gerichtsfest abzuschließen, ...</i>	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: <i>Válido para el tribunal</i>	
DEFINICIÓN: En esta expresión prima el concepto de “válido” que se define de la siguiente manera: firme, subsistente y que vale o debe valer legalmente. Fuente: DRAE	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: El término <i>gerichtsfest</i> no presenta traducción en diccionarios bilingües. Por tanto ofreceremos una propuesta de traducción para este tipo textual. Según su definición, se refiere a algo que es válido para el Tribunal, es decir, que es legal y judicial. No es posible trasladar en la traducción la estructura morfológica, por lo que procede, en la LM, sustituir el adjetivo por una expresión formada por adjetivo + preposición + sustantivo.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>válido para el tribunal</i>	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: <i>Con ello, es obligación de dicho negocio que sea firmado de forma válida para un tribunal.</i>	

—*glauben*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: glauben (glaubt das Gericht...)	
DEFINICIÓN: [A] Für wahr, richtig, glaubwürdig halten; gefühlsmäßig von der Richtigkeit einer Sache oder einer Aussage überzeugt sein. Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: Insoweit glaubt das Gericht eher, dass der Zeuge F. sich an die Präsentation überhaupt nicht mehr erinnerte oder seine wahren Erinnerungen dem Gericht nicht vollständig offenbaren wollte.	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA: Término perteneciente a la lengua común y especializada.	
[ES] ENTRADA: estimar	
DEFINICIÓN: Juzgar, creer. Fuente: DRAE	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: En este contexto el verbo <i>glauben</i> no puede ser traducido por “creer”, que sería la acepción correspondiente al lenguaje general. Por ello, en un contexto jurídico y judicial, procede la traducción del término original por “estimar”.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: estimar	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: En este sentido, estima el tribunal, que el testigo F ya no recuerda su presentación o que no quería manifestar abiertamente ante el tribunal sus verdaderos recuerdos.	

—*glaubhaft*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: <i>Glaubhaft</i>	
DEFINICIÓN: [A] <i>glaubwürdig</i> . Fuente: <i>Deutsches Rechts Wörterbuch (DRW)</i> [B] <i>so [geartet, dargestellt], dass man es für wahr halten, glauben kann; einleuchtend, überzeugend.</i> Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: <i>Weiterhin haben die Zeugen A und S. insoweit glaubhaft und glaubwürdig bekundet, dass...</i>	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
CONTEXTO 2: <i>Insoweit wird auf die oben bereits ausgeführten Gründen zur Glaubwürdigkeit und Glaubhaftigkeit dieser Bekundungen verwiesen.</i>	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA: Como se puede observar el término <i>glaubhaft</i> (adj.) suele aparecer, por un proceso de derivación y sustantivación, r junto al término <i>Glaubwürdigkeit</i> . Son términos sinónimos del lenguaje jurídico.	
[ES] ENTRADA: <i>fehaciente</i>	
DEFINICIÓN: El término <i>fehaciente</i> presenta la siguiente definición: 16. 1. adj. Que hace fe, fidedigno. Fuente: www.rae.es	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: Término del lenguaje general que, sin embargo, se emplea con el mismo significado en el lenguaje jurídico. Por ello, procede la traducción literal del adjetivo y cualquiera de las composiciones de las cuales forma parte. Como ocurre en alemán, el adjetivo “fehaciente” suele aparecer junto al adjetivo “fidedigno”, constituyendo así una expresión que se corresponde con un único concepto: “de forma fehaciente y fidedigna”.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>fehaciente</i>	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: Además, en este sentido, los testigos A y S han testificado de forma <u>fehaciente</u> y fidedigna que...	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 2: En este sentido, nos remitiremos a los fundamentos ya esgrimidos arriba sobre la forma <u>fehaciente</u> y fidedigna de dicho testimonio.	

—*glaubwürdig*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: <i>glaubwürdig</i>	
DEFINICIÓN: [A] als wahr, richtig, zuverlässig erscheinend und so das Glauben daran rechtfertigend. Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: Diese Überzeugung beruht auf den insoweit ohne weiteres glaubhaften und <u>glaubwürdigen</u> Bekundungen des Zeugen A, der bekundete, dass...	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA: Véase ficha anterior	
[ES] ENTRADA: <i>fidedigno</i>	
DEFINICIÓN: El término fidedigno presenta la siguiente definición: 17. 1. adj. Digno de fe y crédito. Fuente: www.rae.es	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: Como en el caso anterior, se trata de un adjetivo propio del lenguaje general que entra a formar parte del léxico jurídico, acompañado, en la mayoría de las ocasiones de otros adjetivos con los cuales conforma una única unidad semántica: “fehaciente y fidedigno”.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>fidedigno</i>	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: Dicha convicción se basa en el testimonio del testigo A, en cierto sentido sin ser fehaciente ni <u>fidedigno</u> , en el que testificó que...	

—*Glaubwürdigkeit*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: <i>Glaubwürdigkeit</i>	
DEFINICIÓN: [A] <i>das Glaubwürdigsein</i> Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: <i>Die Bekundungen dieser Zeugin begegnen zwar insgesamt gewissen Zweifeln an ihrer Glaubwürdigkeit, weil sie zunächst bekundete, sie könne sich nicht daran erinnern, ob über die Möglichkeit eines Aussteigens aus dem Geschäfts von einer der beiden Vertragsparteien gesprochen worden sei.</i>	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: <i>credibilidad</i>	
DEFINICIÓN: <i>calidad de creíble</i> Fuente: DRAE	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: Derivado del adjetivo “glaubwürdig”, mediante el sufijo –keit se transforma en un sustantivo que, como en el caso anterior, puede ser empleado en el lenguaje general y también en el ámbito jurídico. La traducción literal del término resulta, pues, adecuada.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>credibilidad</i>	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: La manifestación realizada por dicho testigo podría presentar en conjunto ciertas dudas en cuanto a su <u>credibilidad</u> debido a su primera testificación, sobre la que no recuerda si existía la posibilidad de que las partes contratantes hubieran hablado sobre una posible bajada del negocio.	

—Hauptverhandlung

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: Hauptverhandlung	
DEFINICIÓN: [A] ist das Kernstück des Strafprozesses. Das Strafurteil beruht auf dem Inbegriff der in ihr geschöpften Überzeugung des Gerichts. Fuente: Rechtswörterbuch Creifelds	
CONTEXTO 1: Der Kläger ließ sich in der <u>Hauptverhandlung</u> aus freien Stücken vollumfänglich zur Sache ein (vgl. S. 35, 41 ff., 56 des Strafurteils gegen den Kläger).	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: Juicio oral	
DEFINICIÓN:	
<p>18. Constituye la segunda parte del proceso criminal que queda abierta en cuanto se ha concluido el sumario y no se ha dictado auto de sobreseimineto que lo impida. El esquema básico del juicio oral también llamado juicio plenario en contraste con el juicio sumario que le precedió, se integra con la calificación del delito, la celebración del juicio oral propiamente dicho o vista de la causa criminal y la sentencia. Mientras el sumario es la ttpa del proceso penal que se desarrolla y materializa esencialmente por escrito, el juicio oral se manifiesta predominantemente de forma oral. No obstante, lo esencial de la vista es recogido en acta y queda por escrito. Por otra parte, mientras en el sumario predomina el método inquisitivo propio de la labor investigadora que corresponde al juez instructor, en el juicio oral predomina el método contradictorio propio de la controversia que debe tener lugar entre la acusación y la defensa ante el tribunal colegiado constituido por la Audiencia Provincial.</p> <p>Fuente: <i>Diccionario Jurídico Ribó</i></p> <p>19. Periodo decisivo del proceso penal en que, después de terminado el sumario, se practican directamente las pruebas y alegaciones ante el tribunal sentenciador.</p> <p>Fuente: www.rae.es</p>	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN:	
término unívoco. Aunque el término significa "juicio oral", es frecuente , en español, el empleo de la expresión "vista oral".	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: juicio/ vista oral	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: El demandante se manifestó en la <u>vista oral</u> totalmente en favor a la causa.	

—*hegen*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: <i>hegen</i>	
DEFINICIÓN: [A] übertragen. feierlich eröffnen, bannen, ein Gericht halten Fuente: Deutsches Rechts Wörterbuch (DRW)	
CONTEXTO 1: Das Gericht hegt insoweit den Zweifel, dass die Zeugin letzteres nur bekundete, um der Klägerin zu helfen.	
FUENTE: <i>Sentencia n° 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: <i>estimar / considerar</i>	
DEFINICIÓN: según el DRAE, estos dos términos tienen el siguiente significado: 20. Estimar: juzgar, creer 21. Considerar: juzgar, estimar	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: como podemos observar, en alemán existen varios verbos para expresar lo que considera o estima un tribunal, mientras que en español tenemos estos dos términos que utilizaremos para la traducción.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>estimar / considerar</i>	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: El tribunal considera la duda de que la testigo testificara la última vez para ayudar a la demandada.	

—Hochstrichterlich

	DE – ES
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: Höchststrichterlich	
DEFINICIÓN: [A] vom (jeweils) höchsten Gericht ausgesprochen Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: Ein Fall wie der vorliegende war noch nicht Gegenstand der Rechtsprechung, weshalb es für diese Fallkonstellation an einer auch nur annähernd einschlägigen höchstrichterlichen Entscheidung fehlt.	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: del Tribunal Supremo	
DEFINICIÓN: a través de su Sala Segunda o Sala de lo Penal ejerce como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes en materia penal. Su competencia, de un lado, se proyecta como tribunal de casación; en este sentido, conocerá de los recursos de casación, revisión y otros extraordinarios en materia penal que prevea la ley. Por otra parte, es competente para conocer de la instrucción y enjuiciamiento de las causas seguidas contra los aforados. En este sentido y entre otras causas, conocerá de las formuladas contra el Presidente del Gobierno y cualquiera de sus miembros, contra los Presidentes del Congreso y del Senado y cualquiera de los Senadores y Diputados y contra los Presidentes del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, así como contra cualquiera de los Magistrados de dichos tribunales, contra el Presidente del Consejo General del Poder Judicial y cualquiera de sus vocales. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: Término unívoco.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: del Tribunal Supremo	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: Un caso como el presente nunca ha sido objeto de la jurisprudencia, por lo tanto, para la constatación de dicho caso es necesario remitirse a una decisión del Tribunal Supremo.	

—*in Betracht kommen*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: <i>in Betracht kommen</i>	
DEFINICIÓN: [A] jemanden, etwas in Betracht ziehen (jemanden, etwas berücksichtigen, in Erwägung ziehen: es widerstrebt ihm, diese Möglichkeit auch nur in Betracht zu ziehen) Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: <i>Kommen unterschiedliche Gestaltungsmöglichkeiten in Betracht, ohne das erkennbar ist, welche...</i>	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: <i>entrar en consideración</i>	
DEFINICIÓN: <i>estimar, juzgar</i> Fuente: www.rae.es	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: <i>término unívoco. Tanto la expresión alemana como la española están compuestas por perífrasis verbales de verbo, preposición y sustantivo, y toman el significado del sustantivo.</i>	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>entrar en consideración</i>	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: <i>Si entran en consideración diferentes posibilidades de organización sin que sea perceptible cual...</i>	

—in Höhe von

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: in Höhe von	
DEFINICIÓN: [A] in Zahlen ausdrückbare Größe, messbare Stärke o. Ä. von etwas	
Beispiele	
<ul style="list-style-type: none"> • die Höhe des Einkommens • die Höhe des Preises festsetzen • eine Grundrente in Höhe von 1000 Euro 	
Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: importe	
DEFINICIÓN: cuantía de un precio, crédito, deuda o saldo.	
Fuente: www.rae.es	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: Expresión muy similar en alemán y español. Término unívoco.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: por un importe de	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: La sentencia es ... con una fianza por un importe del 110%.	

—*Interessenskonflikt*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: Interessenskonflikt	
DEFINICIÓN: [A] aus einem Interessengegensatz resultierender Konflikt Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: Die Pflicht, sich um die Vermeidung von Interessenkonflikten zu bemühen (§ 31 I Nr. 2 WpHG a.F.)	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: conflicto de intereses	
DEFINICIÓN: Se presenta cuando el servidor público deba actuar en asunto en el que tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente o sus parientes dentro de cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho. En este caso existe la obligación legal para el servidor de declararse impedido. FUENTE: www.derecho.com	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: término unívoco.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: conflicto de intereses	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: La obligación de esforzarse para evitar el conflicto de intereses (§ 31 I Nr. 2 WpHG a.F.)	

—*intransparent*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: <i>intransparent</i>	
DEFINICIÓN: [A] nicht transparent Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: Der Umstand, dass sie zu dem von der Beklagten mit einer intransparenten Darstellung der Zahlungspflichten angebotenen Geschäft ...	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: <i>intransparente</i>	
DEFINICIÓN: no transparente Fuente: www.rae.es	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: Término únicamente utilizado en el contexto jurídico. Que no es transparente.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>intransparente</i>	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: La situación de que ofreciera un negocio a la demandada con una presentación sobre las obligaciones de pago intransparente ...	

—*juristische Person*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>3-05 O 15/08</i>	
[DE] ENTRADA: <i>juristische Person</i>	
DEFINICIÓN: [A] Anstalt, Körperschaft als Träger von Rechten und Pflichten. Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: ... dass diese nicht Beteiligte des Verfahrens nach §§ 39a, 39b WpÜG ist, mithin eine nicht beteiligte (juristische) Person zum Objekt einer gerichtlichen Beweiserhebung gemacht würde.	
FUENTE: <i>Sentencia nº 3-05 O 15/08</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: Persona jurídica	
DEFINICIÓN: la condición de sujeto de derecho o de relaciones jurídicas está no solo atribuida a la persona humana (persona física o persona natural), sino también a las organizaciones o agrupaciones de personas físicas a las que la ley reconoce personalidad independiente de los sujetos que las integran. Son las denominadas personas jurídicas, personas morales o personas ficticias. Estas han de estar dotadas de una organización más o menos estable y duradera porque personifican el designio de alcanzar un fin común a todas las personas que la integran o porque personifican una determinada masa patrimonial adscrita a una finalidad prevista. Las personas jurídicas tienen, como las personas físicas, su origen y su extinción, su nacionalidad y vecindad, su capacidad y responsabilidad y su propio patrimonio. La organización y funcionamiento depende de la legislación aplicable a la gran variedad de personas jurídicas que admite el derecho.	
Fuente: <i>Diccionario jurídico Ribó</i>	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: término unívoco. Este concepto pertenece exclusivamente al ámbito jurídico y es de uso en varias ramas del Derecho.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>persona jurídica</i>	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: ... que no sea parte interesada en el procedimiento según §§ 39a, 39b WpÜG, por lo tanto no se haría una persona jurídica no implicada en el objeto de un registro de pruebas judicial.	

—Kraftloserklärung

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: Kraftloserklärung	
DEFINICIÓN: [A] von Urkunden aufgebotsverfahren. Fuente: Rechtswörterbuch Creifelds	
CONTEXTO 1: Wer gutgläubig ein Wertpapier erwirbt, wird vom Gesetz in seinem Vertrauen auf das im Papier verkörperte Recht geschützt. Geht daher ein Wertpapier verloren, muss es gerichtlich für kraftlos erklärt werden, bevor der Eigentümer sein Recht wieder geltend machen kann.	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: invalidación	
DEFINICIÓN: acción y efecto de invalidar: hacer inválido, nulo o de ningún efecto un acto jurídico. Fuente: www.rae.es	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: término unívoco	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: invalidación	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: Aquel que adquiera de buena fe un valor, será protegido por la ley en su confianza tal y como se promulga en el Derecho de valores. En el caso de que se perdiera un valor, ha de ser declarado judicialmente invalidado antes de que el propietario pueda hacer válido su derecho de nuevo.	

—Klage

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: <i>Klage</i>	
<p>DEFINICIÓN: [A] ursprünglich die Wehklage, das Jammern in allgemeinsten Hinsicht, davon abgeleitet (vgl. G. Köbler, Klage, klagen, Kläger/ZRG.² 92 (1975) 1 - 20) das förmliche Begehren an einen Richter oder ein Gericht, ein beanspruchtes Recht dem Kläger zuzusprechen, den Genuß eines Rechts zu schützen oder sonst, zB. durch Verhängung einer Strafe über einen Missetäter, in das Rechtsleben einzugreifen, wobei sich die institutionelle Ausgestaltung der Klageerhebung mit der Entwicklung des Prozeßrechts wandelt (mündl. -- tw. mit Gerüfte --, schriftliche Klage; private, öffentliche Klage; Differenzierung in verschiedene Klagearten nach dem Gegenstand der Klage, usw.); auch das in Gang gesetzte Gerichtsverfahren und das beanspruchte Recht können mit K. gemeint sein</p> <p>Fuente: Deutsches Rechts Wörterbuch</p>	
CONTEXTO 1: <i>Insoweit war die Klage hinsichtlich einer früher beginnenden Verzinsung abzuweisen.</i>	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: <i>demanda</i>	
<p>DEFINICIÓN: Es la declaración de voluntad de una persona formalmente expresada en un escrito dirigido a un órgano jurisdiccional, solicitando que se inicie un proceso, comience su tramitación y culmine en una decisión que recoja la petición de derecho formulada en dicho escrito. Constituye el más significado acto de incoación del proceso. Se harán constar los elementos que determinan la competencia del órgano jurisdiccional al que se dirige la demanda y la capacidad y legitimación del actor y del demandado. Aunque la ley no boliga a una fórmula predeterminada, la demanda debe reunir unos requisitos mínimos que se concentrarán en Iso hechos alegados, la base legal de la petición y la expresión clara de ésta. Los datos identificadores del proceso, del órgano jurisdiccional, de la reclamación y de las partes litigantes se hace en el llamado encabezamiento de la demanda o parte introductoria de ésta.</p> <p>Fuente: Diccionario Jurídico Ribó</p>	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: <i>término unívoco</i>	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>demanda</i>	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: <i>En ese sentido, se desestimó la demanda debido al pago de intereses realizado al principio.</i>	

—Klageforderung

DE – ES
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>
GÉNERO: <i>Sentencias</i>
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>
[DE] ENTRADA: <i>Klageforderung</i>
DEFINICIÓN: [A] Stehen Klageforderung und Gegenforderung nicht in rechtlichem Zusammenhang, kann das Gericht die Verhandlung über die Gegenforderung abtrennen und, wenn nur die Klageforderung zur Entscheidung reif ist, ein sog. <i>Vorbehaltsurteil</i> erlassen (§ 302 ZPO); vorbehalten bleibt die Entscheidung über die Aufrechnung im Nachverfahren. Die Rechtskraft einer Entscheidung des Gerichts, dass die zur Aufrechnung gestellte Forderung <i>nicht bestanden hat</i> oder infolge der Aufrechnung <i>erloschen</i> ist, betrifft auch den zur Aufrechnung gestellten Anspruch (§ 322 II ZPO.) Fuente: <i>Wirtschaftslexikon Gabler</i>
CONTEXTO 1: ... ab der Zustellung des die Klageforderung erhöhenden Schriftsatzes vom 02.05.2007 in Höhe des gesetzlichen Verzugszinssatzes.
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>
NOTA: Compuesto alemán al que le daremos una propuesta de traducción
[ES] ENTRADA: <i>Demanda</i>
DEFINICIÓN: Es la declaración de voluntad de una persona formalmente expresada en un escrito dirigido a un órgano jurisdiccional, solicitando que se inicie un proceso, comience su tramitación y culmine en una decisión que recoja la petición de derecho formulada en dicho escrito. Constituye el más significado acto de incoación del proceso. Se harán constar los elementos que determinan la competencia del órgano jurisdiccional al que se dirige la demanda y la capacidad y legitimación del actor y del demandado. Aunque la ley no boliga a una fórmula predeterminada, la demanda debe reunir unos requisitos mínimos que se concentrarán en Iso hechos alegados, la base legal de la petición y la expresión clara de ésta. Los datos identificadores del proceso, del órgano jurisdiccional, de la reclamación y de las partes litigantes se hace en el llamado encabezamiento de la demanda o parte introductoria de ésta. Fuente: <i>Diccionario Jurídico Ribó</i>
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: <i>Klageforderung</i> está compuesto por dos palabras die <i>Forderung</i> der <i>Klage</i> y se refiere en lenguaje jurídico a la <i>demanda</i> en sí.
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>demanda</i>
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: ... a partir de la notificación del escrito de fecha 2 de mayo de 2007, en el que se aumentan los intereses de mora de la demanda por el importe previsto en la ley.

—Kläger

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: Kläger	
DEFINICIÓN: [A] I wer vor Gericht klagt (II) oder klagen soll bzw. darf [B] eine Person, welche klagt. Die Kläger gehen umher, Pred. 12, 5. Im Hochdeutschen gebraucht man es nur in der engeren gerichtlichen Bedeutung des Zeitwortes, eine Person, welche bey dem Richter, oder vor Gericht klaget, im Gegensatz des Beklagten. Wo kein Kläger ist, da ist auch kein Richter. Kläger seyn. Als Kläger erscheinen. Im Schwabenspiegel <i>Clager</i> . Fuente: Deutsches Rechts Wörterbuch (DRW) Disponible en http://drw-www.adw.uni-heidelberg.de/drw/	
CONTEXTO 1: - Kläger -	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
CONTEXTO 2: Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 240.000€ ...zu zahlen.	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: Demandante	
DEFINICIÓN: en todo proceso hay, como mínimo, una persona que reclama y otra frente a la que se reclama; es decir, el Tribunal que conoce del proceso asiste al enfrentamiento de una reclamación e alguien contra alguien. Los enfrentados son las partes procesales que serán siempre dos, aunque en cada una de ellas pueden haber varias personas; la posición de las partes será siempre igual en cuanto al trato que reciban del tribunal. La parte que reclama se denomina demandante o actor; la reclamada, demandada; pero se alude a ambas con el nombre de litigantes. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: término unívoco	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: demandante	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: - DEMANDANTE -	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 2: Se condena al demandado a pagar al demandante 240.000€.	

—Klageschrift

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: Klageschrift	
DEFINICIÓN: [A] Beschwerdeschrift außerhalb des gerichtlichen Verfahrens Schreiben des Klägers (!) an das Gericht, durch das die Klage (!) eingeleitet wird und in dem die Parteien, das Gericht, der Klagantrag sowie die den Antrag begründenden Tatsachen genannt sein sollen Fuente: Deutsches Rechts Wörterbuch	
CONTEXTO 1: Zinsen schuldet die Beklagte aus dem Gesichtspunkt des Verzuges ab Zustellung der Klageschrift bzw. ...	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: escrito de la demanda	
DEFINICIÓN: La demanda que inicia el correspondiente proceso puede ser un escrito reducido a citar el acto por razón del cual se formula a pretensión solicitando que se tenga por interpuesto el correspondiente recurso contenciosos-administrativo. En todo caso, al escrito de iniciación ya indicado, se acompañará la documentación siguiente: acreditando la representación del compareciente; copia o traslado del acto o disposición, o indicación del expediente administrativo que sea objeto de impugnación; recibo del pago en caja pública cuando se trate de reclamación sobre rentas y créditos públicos definitivamente liquidados, en los casos previstos en la ley. El demandante o recurrente fijará en el escrito de iniciación, la cuantía del recurso. El tribunal receptor del recurso, previa reclamación y examen del expediente administrativo oportuno, declarará la admisión o inadmisión del recurso. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: término unívoco.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: escrito de la demanda	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: La demandada debe intereses desde el punto de vista de la demora a partir de la notificación del escrito de la demanda, es decir...	

—Kompetenzen

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: Kompetenzen	
DEFINICIÓN: [A] Gesamtheit der Zuständigkeitsbereiche iner Person oder iner Organisation auf einem bestimmten sachlichen oder räumlichen Gebiet. Regierungsmacht und Recht zur Anwendung von Gesetzen. Fuente: wirtschaftslexikon	
CONTEXTO 1: ... insbesondere fehlt eine Kompetenz des Gerichts, die Angemessenheit eigenständig wie im Spruchverfahren festzusetzen.	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: jurisdicción	
DEFINICIÓN: Con esta palabra, que deriva de la expresión latina <i>iuris dictio</i> (decir el derecho), se designa la administración de justicia; es decir, la función estatal realizada por los órganos competentes (tribunales) para aplicar el derecho atendiendo a las reclamaciones que ante ellos se formulen. Desde un punto de vista subjetivo, jurisdicción es el conjunto de órganos estatales que intervienen en un proceso; y, desde el punto de vista objetivo, es el conjunto de materias procesales en las que intervienen los órganos referidos. De este último concepto deriva el fundamental requisito de todo proceso: que el tribunal que conoce el asunto o litigio tenga jurisdicción para ello. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: además de la definición anterior, también se refiere, según el DRAE a: <ul style="list-style-type: none"> 22. conjunto de atribuciones que corresponden a una persona o a un organismo en una materia concreta y en un territorio determinado. 23. Poder para gobernar y aplicar leyes. 	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: jurisdicción	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: ... especialmente el tribunal no tiene jurisdicción para fijar la justa proporción, tal y como ocurren en los procedimientos arbitrales.	

—Konflikt

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: Konflikt	
DEFINICIÓN: [A] durch das Aufeinanderprallen widerstreitender Auffassungen, Interessen o. Ä. entstandene schwierige Situation, die zum Zerwürfnis führen kann Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: ... nur so hätte sie den Konflikt ihrer Interessen mit denjenigen der Klägerin weitestgehend vermeiden können.	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: conflicto	
DEFINICIÓN: Son los que surgen por la aplicación o la interpretación de las normas por parte de los órganos o sujetos, por ejemplo, consitutcionales. En este sentido, y puesto que es el Tribunal Constitucional el órgano compentente para decidir estos asuntos, se dice que tiene la consideración de tribunal de conflictos. En esencia, es el órgano legitimado para resolver los conflictos entre los órganos constitucionales de Estado y las Comunidades Autónomas o de éstas entre sí. Cuando dos órganos se declaran compententes sobre una misma materia, se produce conflicto pasivo; y será conflicto negativo cuando ninguno de los dos se declara compentente. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó - observese la definición siguiente del DRAE: m. Problema, cuestión, materia de discusión.	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: el término jurídico "conflicto" suele ir acompañado, en español, de otro término que lo califica; así encontraremos conflicto negativo, conflicto positivo, conflicto constitucional, conflicto de jurisdicción, conflicto de calificación, de competencias jurisdiccionales, jurisdiccionales, de derechos, de atribuciones, etc.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: conflicto	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: ... solo así se podría haber evitado el conflicto existente en cuanto a sus intereses frente a los de la demandante.	

—Landgericht

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: Landgericht	
DEFINICIÓN: [A] I urspr., das für eine Grafschaft zuständige Hochgericht ... eines Grafen' (HRG.1 II 1495), das Gericht, in dem Landesrecht gesprochen wird, dessen Entwicklung entsprechend der unterschiedliche Aufbau der territorialen Gerichts- und Verwaltungsorganisation divergiert; als Gegenbegriff zu Stadtgericht das außerhalb der Stadt zuständige Gericht; im Pl. Landesgerichte auch Sammelbez. für die innerhalb eines Landes (II 1) tätigen Gerichte [B] II Gerichtsbezirk eines Landesgerichts (I), der in Niederösterreich nur der Blutgerichtssprengel, in Westösterreich aber wie auch in Bayern die unterste Verwaltungseinheit ist.	
Fuente: Deutsches Rechts Wörterbuch (DRW) Disponible en http://drw-www.adw.uni-heidelberg.de/drw/	
CONTEXTO 1: Landgericht Frankfurt am Main	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
CONTEXTO 2: In dem Rechtsstreit der ... gegen ... hat die 4. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main durch ...folgendes Urteil gefällt.	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: Audiencia Provincial / Juzgado de Primera Instancia	
DEFINICIÓN:	
<p>24. Audiencia Provincial: En el orden penal, este tribunal colegiado que tendrá su sede en la capital de la provincia, conocerá entre otros de los siguientes asuntos: (1) causas por delito, a excepción de las que la ley atribuye al conocimiento de los Juzgados de lo Penal o de otros tribunales, (2) recursos contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de instrucción y de lo Penal de la provincia (3) recursos contra resoluciones de los Juzgados de Vigilancia penitenciaria (recursos contra resoluciones de los Juzgados de Menores con sede en la provincia).</p> <p>25. Juzgado de Primera Instancia: Son los órganos jurisdiccionales unipersonales con sede en la capital del partido judicial y con jurisdicción en todo su ámbito territorial. En este sentido, se entiende por partido judicial la unidad territorial integrada por uno o más municipios limítrofes que pertenezcan a una misma provincia. En cada partido habrá uno o más Juzgados de Primera Instancia. En el orden civil, conocerán en primera instancia de los juicios no reservados a otros órganos jurisdiccionales; de los actos de jurisdicción voluntaria; de los recursos contra las resoluciones de los Juzgados de Paz del partido, y de las cuestiones de competencia en materia civil entre los referidos Juzgados de Paz.</p>	
Fuente: Diccionario Jurídico Ribó	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: Según el diccionario Becher DE-ES se plantea la posibilidad de que el término Landgericht corresponda tanto a Audiencia Provincial, como a Juzgado de Primera instancia.	
<ul style="list-style-type: none"> - Juzgado de Primera Instancia: Gericht in erster Instanz (oder des ersten Rechtszugs) - Juzgado de Primera Instancia: (Sp) erstinstanzliches Zivilgericht n - Juzgado de Primera Instancia: (RG) Amtsgericht n, Landgericht n - Juzgado de Primera Instancia e Instrucción: Amtsgericht n - Landgericht: (d) tribunal regional (o de distrito), Audiencia Provincial, Juzgado de Primera instancia (Sp). - Landgericht in Strafsachen: Audiencia Provincial - Amtsgericht: tribunal (o corte) municipal, Juzgado de Primera Instancia (e instrucción), Juzgado municipal (o local) 	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: Audiencia Provincial O Juzgado De Primera Instancia	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: AUDIENCIA PROVINCIAL DE FRANCFURT DEL MENO	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 2: En la causa de ... contra ... la Sala de lo Civil del Juzgado de Primera Instancia de Fráncfort del Meno ha dictado la siguiente sentencia mediante...	

—Mangel

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>3-05 O 106/04</i>	
[DE] ENTRADA: Mangel	
<p>DEFINICIÓN: [A] I allgemein: das Fehlen von etwas, dessen Vorhandensein wünschenswert oder erforderlich ist II das Fehlen, Nichtvorhandensein von etwas, das rechtlich oder moralisch gefordert werden kann 1 von Eigenschaften a bei Sachen und Rechten insbesondere als Grund für die Sachmängelhaftung des Herstellers oder Veräußerers, die Ersatzpflicht des Verantwortlichen oder die strafrechtliche Verantwortung dessen, der sich den Fehler (zB. bei fehlerhaften Maßen) zunutze macht; bei Institutionen und deren Ordnungen oder Handlungen als Grund für einen regelnden Eingriff; Fehler, Schaden, Nachteil, Mißstand b bei Personen beeinträchtigt ein Mangel unter Umständen die rechtliche Handlungsfähigkeit oder die Fähigkeit ein Amt zu übernehmen. 2 das Fehlen, die Abwesenheit von Personen als Hinderungsgrund für den Ablauf von Handlungen 3 einer Sache in Mangel stehen "etwas Geschuldetes verabsäumen, nicht haben" III metonymisch zu II 1: die aus dem Vorhandensein eines ²Mangels (II 1 a) folgende Beschwerde oder Klage Fuente: Deutsches Recht Wörterbuch (DRW)</p>	
CONTEXTO 1: Die Einladung ist schon mit dem Mangel behaftet, dass erst bei genauestem Studium des Wortlauts erkennbar ist, dass die...	
FUENTE: <i>Sentencia nº 3-05 O 106/04</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: Vicio	
<p>DEFINICIÓN: El vicio, en el contexto jurídico se refiere a:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Vicio en consentimiento: defecto de libertad o conocimiento en su emisión, y que lo hace nulo. - Vicio oculto: defecto no manifestado que tiene una cosa y que disminuye su valor, originando responsabilidad en la compraventa. - Vicio redhibitorio: vicio oculto que puede dar lugar a una rescisión de la venta, por hacerla impropia para su destino. <p>Fuente: Código civil español.</p>	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: término unívoco	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: Vicio	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: la invitación ya tiene un defecto que, en primer lugar, se reconoce en el estudio del texto exacto del discurso que...	

—Mitteilung

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: Mitteilung	
DEFINICIÓN: [A] Mitteilung in Zivilsachen: die vorstehenden Ausführungen über Mitteilungen in Strafsachen gelten für die Übermittlung personenbezogener Daten durch Gerichte der ordentlichen Gerichtsbarkeit und Staatsanwaltschaften an andere öffentliche Stellen in Zivilsachen weitgehend sprechend zur Berichtigung oder Ergänzung des Grundbuchs. Fuente: Rechtswörterbuch Creifelds	
CONTEXTO 1: Darüber hinaus ist das Wertpapierdienstleistungsunternehmen gemäß § 31 II Nr. 2 WpHG zur Mitteilung des Marktwertes des Finanztermingeschäftes verpflichtet, ...	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA: Sinónimo parcial de Note o Kurzbegründung Mitteilung	
[ES] ENTRADA: Nota	
DEFINICIÓN: Notas son los documentos extendidos por el secretario del órgano jurisdiccional con objeto de recoger en los autos una anotación. En este sentido se habla de nota de referencia, nota de resumen de los autos y nota de examen del trámite a que se refieran. También se utiliza la palabra nota para referirse al apuntamiento muy resumido que el secretario forma acerca de los recursos de casación. En este caso, parece que se trata, técnicamente de una nota de resumen. Las notas pueden utilizarse con fines de documentación y constancia en los autos cuando se trata de apuntamientos breves; asimismo las notas pueden servir para hacer constar actos de mediación y de conservación y custodia, como propios de la función del secretario judicial. Los apuntamientos son los resúmenes de los autos hechos por el secretario. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: término unívoco.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>nota</i>	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: Aparte de esto, la empresa de servicios de valores está obligada según § 31 II Nr. 2 WpHG a notificar el valor de mercado de la operación financiera a plazo fijo.	

—Mitteilungspflicht

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: Mitteilungspflicht	
<p>DEFINICIÓN: [A] Das Einkommensteuergesetz sieht eine kalenderjahrbezogene Verpflichtung zur Mitteilung von personen- und leistungsbezogenen Daten vor. Diese Mitteilungsverpflichtung besteht, wenn natürliche Personen bzw. Personenvereinigungen (z.B. OG, KG, GesbR und Miteigentumsgemeinschaften) bestimmte Leistungen außerhalb eines steuerlichen Dienstverhältnisses erbringen und dabei bestimmte unten beschriebene Entgeltsgrenzen überschritten werden. Mitteilungspflicht besteht bei Leistungserbringung durch eine Personenvereinigung (Personengemeinschaft) ohne eigene Rechtspersönlichkeit nur hinsichtlich der Personenvereinigung als solcher, nicht aber hinsichtlich ihrer Gesellschafter (Mitglieder).</p> <p>Fuente: Wirtschaftskammer Deutschland.</p>	
<p>CONTEXTO 1: Der Mitteilungspflicht für den Marktwert des Swap-Geschäftes und der für die Beklagten damit verbundenen Marge steht weder entgegen, dass Banken...</p>	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: deber de notificación	
<p>DEFINICIÓN: en la comunicación del acto administrativo el interesado afectado en sus derechos e intereses por la resolución contenida en aquel. El plazo para cumplir el deber de notificar empieza en la fecha en que se dicta el acto y dura diez días. La notificación tendrá el contenido previsto legalmente para facilitar su impugnación. La notificación personal, a tales efectos es tan válida como la notificación por correo. Si los interesados son desconocidos, se ignora el lugar de la notificación o intentada esta no puede practicarse, podrá utilizarse la notificación por anuncios en el tablón de edictos del Ayuntamiento de su último domicilio y diario oficial correspondiente.</p> <p>Fuente: Diccionario Jurídico Ribó</p>	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: Término unívoco.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: deber de notificación	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: la obligación de comunicación del valor del negocio de divisas y del margen asociado a la demandada se opone al hecho de que los bancos...	

—*natürliche Personen*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: <i>Natürliche Personen</i>	
DEFINICIÓN: [A] Mensch als Träger von Rechten und Pflichten Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: Die Beklagte musste auch erkennen, dass für die Klägerin letzten Endes nur natürliche Personen handeln konnten...	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: persona natural / persona física	
DEFINICIÓN: la condición de sujeto de derecho o de relaciones jurídicas está no solo atribuida a la persona humana (persona física o persona natural), sino también a las organizaciones o agrupaciones de personas físicas a las que la ley reconoce personalidad independiente de los sujetos que las integran. Son las denominadas personas jurídicas, personas morales o personas ficticias. Estas han de estar dotadas de una organización más o menos estable y duradera porque personifican el designio de alcanzar un fin común a todas las personas que la integran o porque personifican una determinada masa patrimonial adscrita a una finalidad prevista. Las personas jurídicas tienen, como las personas físicas, su origen y su extinción, su nacionalidad y vecindad, su capacidad y responsabilidad y su propio patrimonio. La organización y funcionamiento depende de la legislación aplicable a la gran variedad de personas jurídicas que admite el derecho. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: término unívoco	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: persona física / persona natural	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: Del mismo modo, la demandada debería reconocer que para la demandantes solo podía tratarse al final de personas físicas...	

—Nichtigkeit

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>3-09 O 98/03</i>	
[DE] ENTRADA: Nichtigkeit	
DEFINICIÓN: [A] verfassungswidrigkeit von Gesetzen Fuente: Rechtswörterbuch Creifelds	
CONTEXTO 1: Der Kläger Dr. B. stützt seine Nichtigkeits- und Anfechtungsklage auf die Behauptung,...	
FUENTE: <i>Sentencia nº 3-09 O 98/03</i>	
NOTA: Sinónimo Rechtsunwirksamkeit	
[ES] ENTRADA: Nulidad	
DEFINICIÓN: es la situación más completa de ineficacia jurídica de un contrato. Denominada también nulidad de pleno derecho, nulidad radical o nulidad absoluta, se refiere al contrato que, por infringir una norma de carácter imperativo, no producirá efecto jurídico alguno. Es el contrato nulo o más exactamente nulo ab initio (nulo desde el principio) o nulo in radice (nulo de raíz). En definitiva, se trata de un contrato inexistente, en el sentido de que la declaración judicial declarará que las partes no consiguieron crear un contrato. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: término unívoco.	
<ul style="list-style-type: none"> - Se produce cuando el acto se ha realizado contra lo dispuesto en la ley por: <ul style="list-style-type: none"> o Falta de algún elemento esencial a su formación o Violación, al tiempo de celebrarlo, de una norma prohibitiva o imperativa fundada en motivos de orden público. 	
Fuente: Diccionario básico jurídico	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: nulidad	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: El demandante, el Dr. B. se basa en su demanda de nulidad e impugnación en la afirmación de ...	

—Notar

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>3-09 O 98/03</i>	
[DE] ENTRADA: Notar	
DEFINICIÓN: [A] Öffentlicher Schreiber. Jurist, der Beglaubigungen und Beurkundungen von Rechtsgeschäften vornimmt. Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: ... weil weder der Leiter der Versammlung Dr. B. noch der amtierende Notar Dr. v. S. die Stimmauszählung,...	
FUENTE: <i>Sentencia nº 3-09 O 98/03</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: Notario	
DEFINICIÓN: El funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las disposiciones legales de los contratos y demás negocios, actos o hechos extrajudiciales. Aunque funcionario público, no se halla jerarquizado y su actuación está fijada por la solicitud de los particulares los cuales, a su vez le retribuyen. Como profesionales, asesoran y aconsejan a sus clientes sobre los medios jurídicos más adecuados para alcanzar los fines que se proponen. Como funcionarios públicos, ejercen la fe pública amparando la exactitud de los hechos narrados por el notario que quedan, en virtud de la fe pública, revestidos de la presunción de que aquello responde exactamente a las realidades de lo narrado; asimismo y en relación al Derecho, la fe pública ampara las declaraciones de voluntad de las partes, que quedan revestidas de la veracidad de su producción o manifestación. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: término unívoco. Existe una variación con respecto al notario alemán y español, ya que el notario español es un funcionario público y el notario alemán no tiene por qué serlo. Un notario alemán puede ser un abogado autorizado por el Estado a dar fe, sin haber tenido que realizar el examen de la oposición. Estos notarios tienen menos competencias que los funcionarios.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: notario	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: debido a que tanto el director de la Junta el Dr. B. como el Notario público el Dr. V. S. ... el pago estimado...	

—*Parteivernehmung*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: Parteivernehmung	
DEFINICIÓN: [A] Vernehmung einer Partei (2) in einem Rechtsstreit Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: Eine Parteivernehmung hätte insoweit keine weiteren Erkenntnisse dem Gericht bieten können.	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: interrogatorio de las partes	
DEFINICIÓN: es uno de los medios de prueba de carácter personal consistiendo en la declaración hecha ante el tribunal por uno de los litigantes a petición de un contrario en el proceso. Por ello, este medio de prueba se denomina también confesión. Esta confesión en juicio, no obstante, es una prueba generalmente tasada; por tanto, la confesión, más que una declaración de los litigantes es el resultado obtenido mediante esta prueba cuando el declarante o confesante reconoce hechos que le perjudican en el litigio. Conviene diferenciar la confesión en juicio del reconocimiento que, por medio de sus alegaciones puede hacer un litigante respecto a hechos que favorecen al contrario. En estos casos, se habla de confesión llana. Todo litigante está obligado a declarar en juicio a solicitud de la parte adversa; esta obligación que no implica sanción al no cumplirse es la denominada carga de la confesión. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: término unívoco.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: interrogatorio de las partes	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: Un interrogatorio de las partes no habría podido ofrecer en ningún sentido la comprensión extensa al tribunal.	

—Protokoll

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: Protokoll	
DEFINICIÓN: [A] Aufzeichnung rechtlich relevanter Handlungen oder Vorgänge, insb. im Prozeß (I) , idR. durch eigens dazu bestellte Amtspersonen, woraus die Beweiskraft der Protokolleresultiert; tw. auch als Grundlage eines später zu errichtenden Dokuments. Fuente: Deutsches Rechts Wörterbuch (DRW) Disponible en http://drw-www.adw.uni-heidelberg.de/drw/	
[B] aus dem mittlern Lat. <i>Protocollum</i> , ein Buch oder Heft, worein die öffentlichen, und besonders gerichtlichen Verhandlungen verzeichnet werden. Das Protocoll führen , diese Verhandlungen niederschreiben. Fuente: Oekonomische Encyklopädie von J. G. Krünitz	
CONTEXTO 1: Laut Protokoll verkundet am 10.03.2008	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
CONTEXTO 2: ... in das Ptotokoll versehentlich unterblieben und wird hiermit als Tatbestand des urteils dokumentiert.	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: Actas	
DEFINICIÓN: son los documentos extendidos por el secretario del órgano jurisdiccional con objeto de dejar constancia en ellos de la realización de un acto procesal o de un hecho con trascendencia procesal. Así podrá utilizarse el acta para fines de documentación y constancia de los actos procesales que tengan preista esta forma de plasmación. Tal es el caso del acuerado a que pueden llegar las partes comparecidas en el juicio de menor cuantía cuando, a presencia del juez, y exhortadas a ello por éste, deciden no proseguir con el juicio. Igual sucede con la documentación que ha de darse al acto de conciliación y con independencia de la avenencia alcanzada por la partes. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: En el análisis y estudio de los diccionarios y glosarios judiciales, aparece el término Protocolo; sin embargo, en las sentencias españolas analizadas los términos que aparecen con mayor grado de frecuencia son: <ul style="list-style-type: none"> - Protocolo: 1. m. Serie ordenada de escrituras matrices y otros documentos que un notario o escribano autoriza y custodia con ciertas formalidades. - Rollo: (Porque antiguamente se escribía en tiras de pergamino, que se arrollaban). m. Pieza de autos escrita ante los tribunales superiores. - Acta judicial: 5. f. pl. autos (II de un procedimiento judicial). - Auto: 2. m. <i>Der.</i> Forma de resolución judicial, fundada, que decide cuestiones secundarias, previas, incidentales o de ejecución, para las que no se requiere sentencia. 3. m. desus. Escritura o documento. 5. m. pl. <i>Der.</i> Conjunto de actuaciones o piezas de un procedimiento judicial. Según lo expuesto (disponible en www.rae.es) existen diferencias evidentes entre estos términos. Hemos de decidir según el contexto entre cada uno de ellos. Sin embargo, podemos afirmar que hay que poner cierto cuidado al utilizar el término Auto, ya que está designado para dos actos jurídicos muy diferentes.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>acta judicial</i>	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: Según el acta judicial de fecha 10 de Marzo de 2008.	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 2: ... no tuvo lugar, por error, en autos y que en la presente documentará los Antecedentes de Hecho de la sentencia.	

—Prozess

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: Prozess	
DEFINICIÓN: [A] (Rechtstreit) ist ein gerichtliches Verfahren, in dem Parteien oder Beteiligte über in Rechtsverhältnis in Streit stehen. Fuente: Rechtslexikon für die Wirtschaft	
CONTEXTO 1: Weiterhin spricht das Fehlen eines Vortrags seitens der Beklagte zum Marktwert und der Gewinnmarge aus dem Swap-Geschäft im Prozess für eine so hohe Marge und...	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: procedimiento o proceso	
DEFINICIÓN: es la resolución de un conflicto de intereses que , por constituir una de las funciones básicas del Estado, está regulada de forma coactiva. En este sentido, el proceso se denomina también litigio o causa. En el mismo se producen una serie de actos encaminados a la aplicación coactiva de una norma jurídica; para ello se examinan los hechos alegados comprobando su posible encuadre en el supuesto de hecho de la norma, cuya consecuencia jurídica es la querida por uno de los litigantes. Los actos diversos que componen el proceso están encadenados secuencialmente entre sí, de modo que los anteriores justifican los posteriores y éstos derivan de aquellos. Dicho encadenamiento recibe el nombre de procedimiento. El elemento unitario del procedimiento se denomina trámite. Todo proceso se atiene a dos principios básicos. Primero el denominado de armonía procesal, que vela para que el proceso no deriven resultados procesales contradictorios. Segundo el principio de economía procesal, que trata de obtener el máximo resultado procesal con el esfuerzo mínimo de actuación de los órganos públicos competentes. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: término unívoco	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: procedimiento	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: En adelante, la falta de discurso por parte de la demandada con respecto al valor de mercado y del margen de beneficios del negocio de divisas en el procedimiento se corresponde con un margen tan amplio y ...	

—*Prozessbevollmächtiger*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: <i>Prozessbevollmächtiger</i>	
DEFINICIÓN: [A] eine Person, die für die Partei im Zivilprozess auftritt. Prozessbevollmächtigter kann grundsätzlich, soweit kein Anwaltszwang besteht, jeder sein, der Prozessfähigkeit besitzt (§ 79 ZPO). Vgl. auch Prozessagent, Rechtsanwalt. Hat die Partei einen Prozessbevollmächtigten bestellt, können Prozesshandlungen, bes. Zustellungen (§ 166 ZPO), wirksam nur diesem gegenüber vorgenommen werden. Vgl. auch Prozessvollmacht, Stellvertretung. Fuente: Gabler Wirtschaftslexikon. Disponible en wirtschaftslexikon.gabler.de	
[B] ist der Vertreter einer Partei oder eines Beteiligten in einem Rechtsstreit. Die Vertretungsmacht des Prozessbevollmächtigter beruht auf der ihm erteilten Prozessvollmacht. Fuente: Rechtslexikon für die Wirtschaft	
CONTEXTO 1: <i>In dem Rechtsstreit ... Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. ...</i>	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: <i>procurador de los tribunales</i>	
DEFINICIÓN: denominados también más simplemente Procuradores, cuyo estamento profesional constituye la Procuraduría, son los licenciados en Derecho que, debidamente integrados en el colegio profesional correspondiente, asumen la función de representar a la parte litigante ante los órganos jurisdiccionales o representación ad litem y organismos de todas clases. El desempeño de dicha función se fundamenta en el poder conferido en forma; colabora y presta auxilio al abogado en la recepción y entrega de escritos ante los órganos jurisdiccionales. Como regla general, la comparecencia en juicio será por medio de Procurador legalmente habilitado para funcionar en el Juzgado o Tribunal que conozca de los autos, y con poder declarado bastante por un letrado, es decir, el derecho de representación ante un tribunal o ius postulandi solo puede otorgarse a un Procurador. Cuando la ley excepciona esta representación se dice que hay dispensa de postulación. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: En el análisis y estudio de los diccionarios y glosarios judiciales, aparece el término procurador o procurador judicial; sin embargo, en las sentencias españolas analizadas los términos que aparecen con mayor grado de frecuencia son:	
<ul style="list-style-type: none"> - Procurador/a: profesional del derecho que, en virtud de apoderamiento, ejerce ante juzgados y tribunales la representación procesal de cada parte. - Procurador de los tribunales 	
Término unívoco	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>procurador de los tribunales</i>	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: <i>EN LA CAUSA ... EL PROCURADOR (DE LOS TRIBUNALES); LETRADO DR. ...</i>	

—Recht

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: Recht	
<p>a. DEFINICIÓN: [A] Gesamtheit der staatlich festgelegten bzw. anerkannten Normen des menschlichen, besonders gesellschaftlichen Verhaltens; Gesamtheit der Gesetze und gesetzähnlichen Normen; Rechtsordnung</p> <p>b. (veraltet) Rechtswissenschaft, Jura</p>	
Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: Die Beklagte sollte erstmals... das Recht haben, ...	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: Derecho	
<p>DEFINICIÓN: es el instrumento del que dispone el Estado para realizar la justicia en la sociedad. En este sentido, se habla de derecho objetivo o conjunto de normas que proyectan su voluntad ordenadora y configuradora de la vida social. El Derecho no inventa relaciones, sino que cualifica con la nota de la necesidad las relaciones sociales o la parte de éstas que estima merecen una especial protección. Por ello, se puede decir que el Derecho como conjunto normativo ha de representar el mínimo de ética que coactivamente impone el Estado a la convivencia social. Como que, en buena medida, el Derecho otorga facultades a los sujetos al mismo, la palabra derecho es la utilizada para designar dicha facultad o prerrogativa. En este sentido se habla de derecho subjetivo.</p> <p>Fuente: Diccionario Jurídico Ribó</p>	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: término unívoco.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: Derecho	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: La demandada debería tener derecho por primera vez...	

—*Rechtsanwalt*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: Rechtsanwalt	
DEFINICIÓN: [A] <i>Anwalt in einer Rechtssache:</i> inzwischen könne er (<i>der prinz</i>) ihm den Beschluss des Staatsraths vorzeigen, worin ihm die Absckickung des Rechtsanwaltes ... Fuente: Fuente: Fuente: Deutsches Rechts Wörterbuch (DRW) Disponible en http://drw-www.adw.uni-heidelberg.de/drw/	
[B] Unabhängiger Vertreter und Berater in allen Rechtsangelegenheiten. Fuente: Gabler Wirtschaftslexikon. Disponible en wirtschaftslexikon.gabler.de	
CONTEXTO 1: Rechtsanwalt	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: letrado	
DEFINICIÓN: Son los juristas dedicados profesionalmente a la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o al asesoramiento y consejo jurídico. Como profesionales se integran en la Abogacía, profesión libre e independiente e institución consagrada, en orden a la Justicia, al consejo a la concordia y a la defensa de derechos e intereses públicos y privados, mediante la aplicación de la ciencia y técnica jurídicas. La denominación y función de abogado corresponde en exclusiva al licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la abogacía. La relación del abogado con su cliente es, en general, la de un contrato de arrendamiento de servicios. La obligatoriedad de su intervención en todo proceso está legalmente prevista, de forma que no se proveerá por el órgano jurisdiccional a ninguna solicitud que no lleve la firma de letrado, nombre con el que se designa también al abogado cuando la ley excepciona esta asistencia, se dice que hay dispensa de postulación. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: En el análisis y estudio de los diccionarios y glosarios judiciales, aparece el término abogado; sin embargo, en las sentencias españolas analizadas el término empleado en este contexto es, "letrado":	
<ul style="list-style-type: none"> - Abogado licenciado o doctor en Derecho - Jurista de una institución pública encargado de estudiar y preparar sus dictámenes o resoluciones - Asesor jurídico permanente de una sociedad o empresa. 	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: letrado	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: LETRADO	

—*Rechtsgrund*

	DE – ES
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: <i>Rechtsgrund</i>	
DEFINICIÓN: [A] in der Rechtsordnung gegründete Ursache oder Legitimation eines Rechtsanspruchs, einer Rechtshandlung. Fuente: Deutsches Rechts Wörterbuch (DRW)	
CONTEXTO 1: Aufgrund der Unwirksamkeit des Swap-Geschäftes ist fehlte es an einem Rechtsgrund für die drei mal erfolgten Zahlungen in Höhe von jeweils 80.000,- €.	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: <i>Fundamentos de Derecho</i>	
DEFINICIÓN: los Fundamentos de Derecho expondrán las normas legales o consuetudinarias, los principios generales del Derecho y la jurisprudencia que sirva de base a la pretensión formulada. En ocasiones, lse cita doctrina de los autores. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: <i>término unívoco</i>	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>Fundamentos de Derecho</i>	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: Debido a la ineficacia del negocio de divisas falta según los Fundamentos de Derecho el pago en tres veces del importe de 80.000€ aproximadamente.	

—*Rechtshängigkeit*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-02 O 243/07</i>	
[DE] ENTRADA: <i>Rechtshängigkeit</i>	
DEFINICIÓN: [A] von einer zur Entscheidung anstehenden Rechtssache, noch nicht abgeschlossen. Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: . . . die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 200.- € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit (20.8.07) zu zahlen.	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-02 O 243/07</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: <i>litispendencia</i>	
DEFINICIÓN: con esta palabra se designan todos los efectos de carácter procesal que desencadena la presentación de la demanda y aún antes de que ésta sea admitida. Dentro de dichos efectos, destacan los siguientes: el perpetuo iurisdictionis, por el que el tribunal competente en el momento de la presentación de la demanda lo sigue siendo aunque cambien circunstancias esenciales; por ejemplo que el demandado cambiara de domicilio al saberse reclamado. El perpetuo legitimacionis, por el que la legitimación activa o pasiva de las partes en el momento de presentarse la demanda no cambiará aunque muden circunstancias que modifican dichas legitimaciones. Una vez iniciado un proceso, no puede iniciarse otro con el mismo contenido; el demandado de este segundo proceso podría oponer la exception de litispendencia. Por último, hay que tener presente la importancia de la litispendencia en relación con la acumulación de autos. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: término unívoco	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>litispendencia</i>	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: se condena a la demandada a pagar al demandante la cantidad de 200€ más los intereses del 5% según el tipo básico de interés desde la litispendencia (20/07/08).	

—*Rechtsprechung*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>3-05 O 106/04</i>	
[DE] ENTRADA: <i>Rechtsprechung</i>	
DEFINICIÓN: [A] <i>Praxis der richterlicher entscheidungen von Rechtsfällen; Jurisdiktion</i> Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: <i>Es kann dahingestellt bleiben, ob der Vorstand unter Berücksichtigung der einschlägigen obergerichtlichen Rechtsprechung (...)</i>	
FUENTE: <i>Sentencia nº 3-05 O 106/04</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: <i>jurisprudencia</i>	
DEFINICIÓN: <i>en un sentido general, significa ciencia del Derecho; y en sentido concreto, doctrina jurídica que resulta de las decisiones judiciales. Mientras el primer significado es propio de los países que tienen un ordenamiento jurídico encuadrable en la llamada familia del Derecho angloamericano o del Common Law, el segundo es propio de los ordenamientos jurídicos de la familia de derechos codificados de base romanizada. En estos últimos, jurisprudencia equivale a la orientación normativa que se desprende de las sentencias de los jueces, especialmente de las sentencias del Tribunal Supremo. Cuando este alto tribunal, en reiteradas sentencias establece unas soluciones iguales para casos equivalentes, se dice que existe doctrina legal sobre la materia en cuestión.</i> Fuente: <i>Diccionario Jurídico Ribó</i>	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: <i>término unívoco.</i>	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>jurisprudencia</i>	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: <i>Puede quedarse en suspenso si la Junta Directiva considerara a la jurisprudencia del tribunal supremo correspondiente.</i>	

—*Rechtsstreit*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: Rechtsstreit	
DEFINICIÓN: [A] rechtliche Auseinandersetzung [B] actio civilis, & criminalis, negotium, & causa. [C] Gerichtliches Verfahren zur Gewährleistung staatlichen Rechtsschutzes; v.a. das Verfahren zwischen zwei oder mehreren Parteien mit entgegenstehenden Interessen. Arten: Zivilprozess; Strafprozess; verwaltungs-, sozial-, arbeits- und finanzgerichtliches Verfahren. [D] <i>actio civilis et criminalis, negotium, et causa</i> . Stieler 2209; in diesem rechtstrit. Haltaus 1530 (<i>bair. ger.-ordn. von 1520</i>); dass er ... zur entscheidung seines im besten fortgang begriffenen rechtsstreits keiner hilfe von seiten eines dritten bedürfte. H. v. Kleist <i>werke</i> 4, 59;	
Fuente: Fuente: Deutsches Rechts Wörterbuch (DRW) Disponible en http://drw-www.adw.uni-heidelberg.de/drw/	
CONTEXTO 1: In dem Rechtsstreit	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: Causa o litigio	
DEFINICIÓN: es la resolución de un conflicto de intereses que, por constituir una de las funciones básicas del Estado, está regulada de forma coactiva. En este sentido, el proceso se denomina también litigio o causa. En el mismo se producen una serie de actos encaminados a la aplicación coactiva de una norma jurídica; para ello se examinan los hechos alegados comprobando su posible encuadre en el supuesto de hecho de la norma, cuya consecuencia jurídica es la querida por uno de los litigantes. Los actos diversos que componen el proceso están encadenados secuencialmente entre sí, de modo que los anteriores justifican los posteriores y éstos derivan de aquellos. Dicho encadenamiento recibe el nombre de procedimiento. El elemento unitario del procedimiento se denomina trámite. Todo proceso se atiene a dos principios básicos. Primero el denominado de armonía procesal, que vela para que el proceso no deriven resultados procesales contradictorios. Segundo el principio de economía procesal, que trata de obtener el máximo resultado procesal con el esfuerzo mínimo de actuación de los órganos públicos competentes.	
Fuente: Diccionario Jurídico Ribó	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN:	
En español, se suelen utilizar ambos términos causa/litigio con similitud. Sin embargo tienen algunos matices diferenciadores:	
<ul style="list-style-type: none"> - Causa: Proceso criminal que se instruye de oficio o a instancia de parte (sinónimo: litigio II pleito judicial) - Litigio: controversia, pleito o disputa en un juicio 	
Por lo tanto, en el contexto aquí analizado, optamos por el término "litigio", que aparece con mayor frecuencia en las sentencias estudiadas.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: litigio	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: EN EL LITIGIO	

—regelrecht

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: <i>regelrecht</i>	
DEFINICIÓN: [A] einer Regel, Ordnung, Vorschrift entsprechend; ordnungsgemäß, vorschriftsmäßig; wie es sich gehört. Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: Es gibt zahlreiche verschiedene Swap-Geschäfte, die so standardisiert sind, dass hierfür regelrechte Swap-Märkte bestehen.	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: conforme a las reglas	
DEFINICIÓN: con arreglo a, a tenor de, en proporción o correspondencia a, de la misma suerte o manera que. Fuente: DRAE	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: término unívoco perteneciente al lenguaje común y especializado.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: conforme a las reglas	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: Existe gran variedad de negocios de divisas que están estandarizados y que aquí se consideraran como mercado de divisas conforme a las reglas.	

—*richten*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: <i>richten</i>	
DEFINICIÓN: [A] ein gerichtliches Urteil über jemanden, etwas fällen Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: ... wenn es ein Rechtsgeschäft unmissverständlich verwirft, sich also gegen ein bestimmtes Rechtsgeschäft richtet (Mayer/Maly/Armbrüster in MüKo Band I, 4. Aufl. § 134 Rdn. 32).	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA: término perteneciente al lenguaje común y especializado	
[ES] ENTRADA: <i>dictar</i>	
DEFINICIÓN: dar, expedir, pronunciar leyes, fallos , preceptos, etc. Fuente: DRAE	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: término perteneciente al lenguaje común que se utiliza en el lenguaje jurídico para poner de manifiesto la acción del juez al dictar la sentencia.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>dictar sentencia</i>	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: ... si se recusa un negocio jurídico sin malentendido, se dicta sentencia contra un determinado negocio jurídico (Mayer/Maly/Armbrüster in MüKo Band I, 4. Aufl. § 134 Rdn. 32).	

—Richter

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: Richter	
DEFINICIÓN: [A] Eine Person, welche richtet, in den meisten Bedeutungen des Zeitwortes; B Person, die, in bestimmten Formen als Berufsrichter oder ehrenamtlicher Richter in ihr Amt berufen, unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen, die rechtssprechende Gewalt ausübt. Fuente: Deutsches Rechts Wörterbuch (DRW) Disponible en http://drw-www.adw.uni-heidelberg.de/drw/	
CONTEXTO 1: ... durch Richter am Landgericht H ...	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA: en alemán aparece varios términos como sinónimos: <ul style="list-style-type: none"> - Justizbeamter: bei einer Justizbehörde tätiger Beamter. - Beisitzer: Mitglied eines Gerichts, eines Vorstands oder ine Kollegialen Behörde. 	
[ES] ENTRADA: Juez o Magistrado	
DEFINICIÓN: El personal judicial, conocido también como personal jurisdicente, son las personas que ejercen funciones judiciales en los órganos jurisdiccionales. Se trata de funcionarios públicos investidos de la potestad decisoria en el órgano jurisdiccional que encarnan. Salvo en el caso de los magistrados suplentes y de los Jueces de Paz, todo el personal jurisdiccional pertenece a la carrera judicial en al que se integran los jueces y los magistrados, habiendo desaparecido la diferenci entre magistratura y judicatura. Los jueces son el personal que ejercen sus funciones en un órgano jurisdiccional unipersonal; los magistrados son el personal que ejercen sus funciones en un órgano jurisdiccional colegiado. En todo caso, han de ser licenciado en Derecho que han accedido a la carrera judicial. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: En el análisis y estudio de los diccionarios y glosarios judiciales, aparece el término juez; sin embargo, en las sentencias españolas analizadas los términos que aparecen con mayor grado de frecuencia son: <ul style="list-style-type: none"> - Juez: persona que tiene autoridad y potestad para juzgar y sentenciar. - Magistrado (mayor frecuencia): <ul style="list-style-type: none"> o alto dignatario del Estado en el orden civil, hoy especialmente en la administración de justicia. o Dignidad o empleo de juez, ministro superior o Miembro de una sala de Audiencia territorial o Provincial, o del Tribunal Supremo de Justicia. <p>Ambos términos son sinónimos parciales, ya que existe una diferencia importante: En la Ley Orgánica del Poder Judicial se diferencia entre jueces y magistrados, cuando se ingresa se es Juez y luego se asciende a Magistrado. El juez siempre es unipersonal y el magistrado puede ser unipersonal (Juzgados de lo Penal) o pluripersonal (Audiencia, Tribunal Supremo...).</p> <p>En lo que respecta a nuestro estudio, ya que se trata de sentencias civiles dictadas por la Audiencia o el Tribunal Supremo, optaremos por el término Magistrado.</p>	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: Magistrado	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: siendo el Magistrado H del Juzgado de Primera Instancia...	

—*Sach- und Streitstand*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: Sach- und Streitstand	
DEFINICIÓN: [A] Mit Einführung in den Sach- und Streitstand bezeichnet man eine Darstellung des Rechtsstreits durch das Gericht (d.h. den Vorsitzenden oder den Berichterstatter), die die Parteien erkennen lassen soll, wie das Gericht den Rechtsstreit in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht beurteilt. Fuente: www.lexexakt.de/glossar	
CONTEXTO 1: Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird...	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: Estado de los hechos y el litigio	
DEFINICIÓN: unión de término que aparece en una expresión para determinar el resultado de la cuestión.	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: Ambos términos suelen aparecer juntos	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: estado de los hechos y litigio	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: A causa de la gran variedad de detalles del estado de los hechos y del litigio, ...	

—Sachverhalt

DE – ES
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>
GÉNERO: <i>Sentencias</i>
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>
[DE] ENTRADA: Sachverhalt
DEFINICIÓN: [A] Gesamtheit von (in einem bestimmten Zusammenhang, unter einem bestimmten Gesichtspunkt) bedeutsamen Umständen, Tatsachen Fuente: www.duden.de
CONTEXTO 1: Aufgrund des unstreitigen Sachverhalts und des Ausbleiben eines Vortrags der Beklagten zur Gewinnmarge und dem Marktwert des Swap-Geschäfts hält das Gericht es für überwiegend wahrscheinlich, dass die Klägerin das Geschäft nicht, jedenfalls nicht so abgeschlossen hätte.
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>
NOTA:
[ES] ENTRADA: antecedentes
DEFINICIÓN: los antiguos resultandos se corresponden a los actuales antecedentes de hecho y hechos probados. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó <i>Der.</i> Circunstancia consistente en haber sido alguien anteriormente condenado u objeto de persecución penal. Puede ser tenida en cuenta como agravante. Fuente: DRAE
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: término unívoco
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: Antecedentes
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: Debido a los indiscutibles antecedentes y a la no existencia de un discurso/interpretación por parte del demandado con respecto al margen de beneficios y al valor del mercado del negocio de divisas, el tribunal estima principalmente probable que la demandante no habría cerrado el negocio de esa manera.

—Schadenersatz

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: Ámbito jurídico	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: 2-06 O 224/06	
[DE] ENTRADA: Schadenersatz	
DEFINICIÓN: [A] Ausgleich des einer Person entstandenen Schadens, häufig mittels Geldzahlung. Fuente: Deutsches Rechts Wörterbuch (DRW) [B] für einen Schaden (3) zu leistender Ausgleich durch jemanden, der dazu verpflichtet ist. Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: Die Ansprüche aus berechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag, Schadenersatz und Auskunft ...	
[ES] ENTRADA: Indemnización por daños y perjuicios	
<p>DEFINICIÓN: La indemnización por daños y perjuicios consiste en la acción que tiene el acreedor o el perjudicado para exigir del deudor o causante del daño una cantidad de dinero equivalente a la utilidad o beneficio que a aquél le hubiese reportado el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación o a la reparación del mal causado. En este sentido se pronuncia el artículo 1101 del Código Civil: <i>“Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.”</i></p> <p>Las indemnizaciones por daños y perjuicios se clasifican en dos clases, en función de su procedencia. Contractuales son las que debe pagar un deudor en caso de incumplir una obligación contractual, con el fin de resarcir al acreedor por su incumplimiento. Extracontractuales son aquellas que no proceden de un contrato. Su causa se debe a una acción dolosa o culpable que provoca un daño a otras personas.</p> <p>Por otra parte, la indemnización por daños y perjuicios, con independencia de su origen o procedencia, tiene por objeto indemnizar al acreedor de las consecuencias perjudiciales causadas por el incumplimiento de la obligación o por la realización del acto ilícito. Siendo esta indemnización preferentemente de carácter pecuniario (salvo en determinados supuestos de obligaciones extracontractuales que pueden dar lugar a una reparación específica), se debe proceder a valorar económicamente distintos aspectos o componentes que si bien, son fácilmente teorizables, plantean en la práctica notorias dificultades de concreción. En este sentido, el artículo 1106 del Código Civil establece que: <i>“La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes.”</i></p> <p>Fuente: <i>Iuris civilis</i></p>	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: Términos y conceptos equivalentes en alemán y español.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: indemnización por daños y perjuicios	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: Los derechos a la gestión autorizada sin encargo, a la indemnización por daños y perjuicios y a la información ...	

—Schadenersatzanspruch

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: Schadenersatzanspruch	
DEFINICIÓN: [A] Ausgleich des einer Person entstandenen Schadens, häufig mittels Geldzahlung Fuente: Deutsches Rechts Wörterbuch (DRW)	
[B]Anspruch auf Schadenersatz Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: Die Beklagte macht hilfsweise gegenüber einem Schadenersatzanspruch der Klägerin ... geltend.	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: Derecho a indemnización	
DEFINICIÓN: también llamada Reparación: Es el segundo componente de la responsabilidad civil por delito. La reparación se hará valorándose la entidad del daño por regualción el tribunal, atendiendo al precio de la cosa, siempre que fuera posible, y el de afección del agraviado. La obligación de reparar el daño se trasmite a los herederos del responsable; y la acción para repetir la reparación se transmite a los herederos del persujicado. El tercer y último componente de la responsabilidad civil por delito es la indemnización de perjuicios. Esta indemnización se proyectará sobre los perjuicios materiales y los perjuicios morales; comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado, por razón el delito, a su familia o a un tercero. La obligación de indemnizar los perjuicios y la acción para repetir la indemnización son transmisibles a los herederos del responsable y del perjudicado respectivamente. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: término unívoco	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: derecho a indemnización	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: La demandada hace valer su derecho a indemnización frente a la demandante ...	

—Schriftsatz

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: Schriftsatz	
DEFINICIÓN: [A] Schreiben an das Gericht. Im Prozeß mit Anwaltszwang wird die mündliche Verhandlung durch S. vorbereitet, in anderen Prozessen kann das Gericht die Vorbereitung durch S. anordnen. Von diesem vorbereitenden S. ist der bestimmende S. zu unterscheiden, der Prozeßhandlungen enthält, für die Schriftform vorgeschrieben ist (z.B. Klageschrift). S. sind rechtzeitig einzureichen; ggfs. ist dem Gegner eine Erwidierungsfrist einzuräumen. Fuente: www.rechtslexikon24.net	
CONTEXTO 1: ..., hinsichtlich der Schriftsätze jedoch nur soweit, ...	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: alegaciones	
DEFINICIÓN: cuando el actor formula en su demanda una pretensión procesal de cognición, es preciso que suministre al tribunal los datos suficientes que le permitan decidir con pleno conocimiento del objeto del proceso. Estos datos y su formulación dirigida al tribunal se denominan alegaciones. Las alegaciones de introducción son las formuladas en la demanda, cuando ésta no se limita a solicitar la iniciación del proceso. Producidos ya en ésta los trámites en los que se han formulado las alegaciones de introducción por todas las partes procesales intervinientes, aparecen las llamadas alegaciones de fijación, mediante las que se afinan y depuran las de introducción. Por último, cuando mediante las pruebas pertinentes han podido criticarse y valorarse las alegaciones anteriores, se formulan las llamadas alegaciones conclusivas. En todo caso, las alegaciones han de contener datos de hecho y datos de derecho. Una vez formulada una alegación, ésta queda incorporada al proceso y ninguna de las partes puede ya ignorarla; a este efecto se denomina principio de adquisición procesal. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: Las alegaciones son el dicho del interesado o de su abogado: Argumentar oralmente o por escrito, hechos y derechos en defensa de su causa. Término unívoco	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: alegaciones	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: ... sin embargo, con respecto a las alegaciones solo hasta el momento ...	

—Schuldschein

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-21 O 96/02</i>	
[DE] ENTRADA: Schuldschein	
DEFINICIÓN: [A] Schriftliche Bestätigung einer Schuld: Geldbetrag, den jemanden einem anderen schuldig ist. Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: Der Beklagte zu 1) unterzeichnete folgende vorformulierte Vereinbarung: „Hiermit verpflichte ich, ... mich unwiderruflich, 5 Schuldscheine der G.. mit Rückzahlungswahlrecht der Gläubigerin gemäß den beiliegenden Darlehensbedingungen...	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-21 O 96/02</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: Obligación.	
DEFINICIÓN: el derecho general de obligaciones es la parte del Derecho Civil que trata del origen, estructura, efectos y extinción de las relaciones jurídicas existentes entre acreedor y deudor. Dichas relaciones dan lugar a que el acreedor (accipiens) pueda exigir del deudor (solvens) una determinada prestación respondiendo de su cumplimiento con todo su patrimonio. El vínculo jurídico que liga a la parte acreedora con la parte deudora representa el prototipo de los derechos relativos o derechos personales, puesto que su cumplimiento depende de la conducta del obligado. Esta relación jurídica se denomina, desde la posición del acreedor, derecho de crédito o derecho creditual; desde la posición del deudor se denomina obligación o derecho obligacional. Toda vez que las relaciones jurídicas de crédito a deuda son relaciones jurídicas obligatorias que pueden originarse en los contratos, en la ley, en los delitos y en los hechos ilícitos, se considera que su tratamiento adecuado es éste en la parte general del Derecho Civil. En todo caso, el Derecho de obligaciones en la parte básica del Derecho contractual. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: El término Schuldschein se refiere a un documento notarial o privado en que se reconoce una deuda o se promete su pago u otra prestación o entrega. Según el DRAE, este término en español es “obligación”. Sin embargo, hemos de tener en cuenta que dicho concepto también se puede definir, según el DRAE, como: <ul style="list-style-type: none"> - Título comúnmente amortizable, al portador y con interés fijo, que representa una suma prestada o exigible por otro concepto a la persona o entidad que lo emitió. Este concepto en alemán, se llama “Obligation” y se define, según Duden, como: <ul style="list-style-type: none"> - Verpflichtung, persönliche Verbindlichkeit. Von einem Unternehmen oder einer Gemeinde ausgegebenes festverzinsliches Wertpapier. 	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: obligación	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: El demandado de 1) firmó el siguiente acuerdo redactado como sigue: “ Mediante la presente, me comprometo a ... de forma irrevocable a asumir las 5 obligaciones de G. con derecho a reembolso de los acreedores según las condiciones del préstamo adjuntas...”	

—*Schuldverhältniss*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: Schuldverhältniss	
DEFINICIÓN: [A] Rechtsverhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: Im Rahmen des mit der Aufnahme der Vertragsverhandlungen begründeten vorvertraglichen Schuldverhältnisses und den somit nach § 241 II BGB zu beachtenden Pflichten.	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: relación jurídica de crédito a deuda	
DEFINICIÓN: El vínculo jurídico que liga a la parte acreedora con la parte deudora representa el prototipo de los derechos relativos o derechos personales, puesto que su cumplimiento depende de la conducta del obligado. Esta relación jurídica se denomina, desde la posición del acreedor, derecho de crédito o derecho creditual; desde la posición del deudor se denomina obligación o derecho obligacional. Toda vez que las relaciones jurídicas de crédito a deuda son relaciones jurídicas obligatorias que pueden originarse en los contratos, en la ley, en los delitos y en los hechos ilícitos, se considera que su tratamiento adecuado es en la parte general del Derecho Civil. En todo caso, el Derecho de obligaciones en la parte básica del Derecho contractual. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: término unívoco	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: relación jurídica de crédito a deuda	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: con respecto a la relación de deuda contractual basada en la recepción de las negociaciones contractuales y según los deberes a observar según el § 241 II BGB...	

—sehen (sieht das Gericht)

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: sehen (sieht das Gericht)	
DEFINICIÓN: [A] Aufmerksamkeit, Interesse, Erwartung auf jemanden, auf etwas richten oder gerichtet halten Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: . . . , sieht das Gericht eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass die Mitarbeiter der Beklagten sich bei der Präsentation...	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA: termino de uso común y especializado	
[ES] ENTRADA: observar	
DEFINICIÓN: examinar atentamente. Fuente: DRAE	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: término común de pertenencia al ámbito jurídico. Aplicable el significado común tanto en alemán como en español.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: OBSERVAR	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: ... observa el tribunal una gran probabilidad con respecto a que el trabajador del demandante en la presentación...	

—seitens

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: seitens	
DEFINICIÓN: [A] aufseiten, vonseiten Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: weshalb das Gericht eher geringe Zweifel an der Berechtigung dieses Vorwurfs seitens Herrn K. hegt.	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA: Término muy frecuente en las sentencias tanto alemanas como españolas.	
[ES] ENTRADA: por parte de	
DEFINICIÓN: loc. Prepos. para indicar procedencia u origen Fuente: DRAE	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: expresión unívoca	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: POR PARTE DE	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: ...por lo que el tribunal estima en primer lugar una insignificante duda con respecto a la legitimidad de dicho reproche por parte del Sr. K.	

—Sitzungsprotokoll

DE – ES
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>
GÉNERO: <i>Sentencias</i>
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>
[DE] ENTRADA: Sitzungsprotokoll
DEFINICIÓN: [A] Protokoll einer Sitzung Fuente: www.duden.de
CONTEXTO 1: ... wird auf die Sitzungsprotokolle sowie auf den weiteren Inhalt der ... genommen.
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>
NOTA:
[ES] ENTRADA: acta de sesión
DEFINICIÓN: son los documentos extendidos por el secretario del órgano jurisdiccional con objeto de dejar constancia en ellos de la realización de un acto procesal o de un hecho con trascendencia procesal. Así podrá utilizarse el acta para fines de documentación y constancia de los actos procesales que tengan preista esta forma de plasmación. Tal es el caso del acuerado a que pueden llegar las partes comparecidas en el juicio de menor cuantía cuando, a presencia del juez, y exhortadas a ello por éste, deciden no proseguir con el juicio. Igual sucede con la documentación que ha de darse al acto de conciliación y con independencia de la avenencia alcanzada por la partes. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: Según el DRAE: 1. f. Relación escrita de lo sucedido, tratado o acordado en una junta. 2. f. Certificación, testimonio, asiento o constancia oficial de un hecho. <i>Acta de nacimiento, de recepción.</i> 3. f. Certificación en que consta el resultado de la elección de una persona para ciertos cargos públicos o privados. 4. f. pl. Hechos de la vida de un mártir, referidos en historia coetánea y debidamente autorizada. 5. f. pl. autos (ll de un procedimiento judicial).
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: acta de sesión
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: ... se remitirán al acta de sesión al igual que al contenido añadido en ...

—*Strafe*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 521/05</i>	
[DE] ENTRADA: <i>Strafe</i>	
DEFINICIÓN: [A] etwas, womit jemanden bestraft wird, was jemandem zur Vergeltung, zur Sühne für ein begangenes Unrecht, eine unüberlegte Tat (in Form des Zwangs, etwas Unangenehmes zu tun oder zu erdulden) auferlegt wird. Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: Angesichts der nur geringen Strafen für D. und E. und der Tatsache, dass immer noch nicht über den Entschädigungsanspruch entschieden sei, hätten die deutschen Behörden	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 521/05</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: <i>pena</i>	
DEFINICIÓN: denominada también pena civil o privada, se corresponden con la equiparación de la ilicitud civil al denominado delito civil. Es una manera de compensar al moralmente perjudicado, sin que sea necesario reconocerle un derecho de resarcimiento. Se trata de una indemnización impuesta más como castigo al autor de la ofensa, que como satisfacción a la víctima. De ahí la denominación con que también se la conoce: pecunia doloris. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: Este término pertenece a la lengua común y especializada. Es unívoco. Por influencia del sistema jurídico del Common Law, que posee una elaborada doctrina sobre daños y perjuicios, se habla de daños punitivos para referirse a los destinados a la víctima o perjudicados y que tiene una finalidad educativa. De ahí el nombre que también se les da: daños ejemplares. En todo caso se estima que el resarcimiento económico de estos daños no debería ser objeto de cobertura aseguradora.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>pena</i>	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: En vista de la mínima pena aplicada a D. y E. y del hecho de que aún no se habría decidido sobre el derecho a indemnización, las administraciones alemanas ...	

—Strafverfahren (Beschleunigte)

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: Strafverfahren (Beschleunigte)	
DEFINICIÓN: [A] Im Strafprozess kann, wenn die Sache auf Grund des einfachen Sachverhalts oder der klaren Beweislage zur sofortigen Verhandlung geeignet ist, ohne anklageschrift und Eröffnungsverfahren mit abgekürzter Verhandlung vor dem Einzelrichter oder dem Schöffengericht anberaumt und durchgeführt werden. Fuente: Rechtswörterbuch Creifelds	
CONTEXTO 1: Strafverfahren gegen Dr. A	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: Procedimiento abreviado	
DEFINICIÓN: Es el procedimiento aplicado al enjuiciamiento de los delitos castigados por pena privativa de libertad no superior a la de prisión mayor, o bien, con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas cualquiera que sea su cuantía y duración. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: término unívoco	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: procedimiento abreviado	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: Procedimiento abreviado contra el Dr. A.	

—*Streitgegenstand*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: Streitgegenstand	
DEFINICIÓN: [A] (Rechtssprache) <u>Gegenstand (2b)</u> eines Rechtsstreits im Zivilprozess Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: Angesichts des geringen Streitwert des ursprünglich in der Klageschrift mit zum Streitgegenstand erhobenen FX-Zins-Swap ...	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: Objeto de litigio	
DEFINICIÓN: Cuando la resolución de los conflictos de intereses se refiere a situaciones reguladas por normas de Derecho privado, estamos ante el proceso civil. Esta tiene por objeto la aplicación coactiva de las normas jurídicas. El objeto del litigio incluyen las circunstancias fácticas que fundamentan la demanda. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: término unívoco	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: objeto de litigio	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: a la vista del insignificante del valor de la demanda del negocio de divisas en el escrito de la demanda original con el objeto de litigio impuesto...	

—*streitgegenständiglich*

	DE – ES
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: <i>streitgegenständiglich</i>	
DEFINICIÓN: [A] ver ficha anterior	
Fuente:	
CONTEXTO 1: <i>dass der Klägerin aus dem streitgegenständlichen Swappgeschäft in Zukunft weitere Verluste drohen.</i>	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: <i>perteneciente al litigio</i>	
DEFINICIÓN: <i>relativo al litigio</i>	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: <i>expresión compuesta por tres término en función adjetival. Término unívoco.</i>	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: PERTENECIENTE AL LITIGIO	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: <i>... que la demandante del negocio de divisas perteneciente al litigio obtendrá futuras pérdiadas.</i>	

—*Streitwert*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-06 O 224/06</i>	
[DE] ENTRADA: Streitwert	
DEFINICIÓN: [A] in einer Geldsumme ausgedrückter Wert des Streitgegenstandes (2) Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf § 3 ZPO.	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-06 O 224/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: cuantía de la demanda	
DEFINICIÓN: se determina por el valor de la pretensión objeto del recurso. Si hay varios demandantes se suman las respectivas cuantías. Cuando el demandante solicite, además de la anulación, el reconocimiento de una situación individualizada, la cuantía se determinará por el valor íntegro del objeto de la reclamación o bien, por la diferencia del valor entre el objeto de la reclamación y del acto que motivó el recurso, si envía administrativa se reconoció parcialmente lo pretendido. En todo caso se reputarán de cuantía indeterminada los recursos dirigidos a impugnar directamente las disposiciones generales y los que se refieren a los funcionarios públicos, cuando no versen sobre sus derechos económicos o sobre sanciones valorables económicamente. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: término unívoco	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: cuantía de la demanda	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: la determinación de la cuantía de la demanda se basa en § 3 ZPO.	

—Tatbestand

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: Tatbestand	
DEFINICIÓN: [A] (gesetzlich festgelegte) Merkmale für eine bestimmte Handlung oder für einen bestimmten Sachverhalt Gebrauch Rechtssprache Beispiel mit dieser Äußerung ist der Tatbestand der Beleidigung erfüllt	
Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: TATBESTAND	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: Antecedentes de hecho	
DEFINICIÓN: Los antiguos resultando se corresponden a los actuales antecedentes de hecho y hechos probados. Son los elementos fácticos que han sido alegados y tienen relevancia en el litigio. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: El significado de este término es exclusivamente jurídico. Se traduce por estado de las cosas o situación de los hechos. Sin embargo, en el contexto de las sentencias, se refiere al apartado equivalente español "antecedentes de hecho".	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: Antecedentes de Hecho	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: ANTECEDENTES DE HECHO	

—Teil

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: Teil	
DEFINICIÓN: [A] Der Klagende, schuldige Teil. Einer der beiden Gegner in einem Rechtsstreit; einer von zwei Vertragspartnern. Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: ... dass kaum zu beweisen sei, was der andere Teil auf den Hinweis hin getan hätte...	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA: Hemos utilizado el significado exclusivamente jurídico del término ya que pertenece tanto al lenguaje común, como al especializado.	
[ES] ENTRADA: parte	
DEFINICIÓN: En todo proceso hay como mínimo, una persona que reclama y otra frente a la que se reclama, es decir, el Tribunal que conoce el proceso asiste al enfrentamiento de una reclamación de alguien contra alguien. Los enfrentados son las partes procesales que serán siempre dos, aunque en cada una de ellas pueden haber varias personas; la posición de las partes será siempre igual en cuanto al trato que recibirán del tribunal. La parte que reclama se denomina <i>demandante</i> o <i>actor</i> y la reclamada, <i>demandada</i> ; pero se alude a ambas con el nombre común de litigante. La persona que no es parte en el proceso y cualquiera que sea su relación con la que es litigante se denomina, <i>tercero procesal</i> , denominación aplicable al tribunal. Entre el litigante y el tercero, cabe una situación intermedia, la del mero interesado. Éste, sin ser parte en el proceso, es afectado por el desarrollo del mismo y se le permite intervenir cerca del tribunal para formular simples peticiones o para oponerse a ellas. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó Aplicando este uso al español, el término "parte" se define como:	
<ul style="list-style-type: none"> - Cada una de las personas que contratan entre sí o que tienen participación o interés en un mismo negocio. - Persona que litiga, se muestra parte o se persona en un pleito. 	
Fuente: www.rae.es	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: aquí se trata de las partes procesales.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: parte	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: ... que sería difícil de demostrar que la otra parte lo hubiera hecho según la indicación...	

—Transparenzgebot

DE – ES
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>
GÉNERO: <i>Sentencias</i>
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>
[DE] ENTRADA: <i>Transparenzgebot</i>
DEFINICIÓN: [A] Gesetzliche Bestimmung, wonach sich die Unwirksamkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) sich daraus ergeben kann, dass diese nicht klar und verständlich gefasst sind. Das Transparenzgebot ist in § 307 Absatz 1 Satz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) enthalten. Es ist Teil der Regelungen zur Inhaltskontrolle von AGB. Das Transparenzgebot darf allerdings nicht überspannt werden. Die Beurteilung, ob eine Regelung dem Transparenzgebot genügt, ist aus der Sicht eines sorgfältigen Betrachters vorzunehmen. Ein Verstoß gegen das Transparenzgebot führt nur dann zur Unwirksamkeit einer Klausel, wenn er die Gefahr einer Benachteiligung des Vertragspartners begründet. Dies ist jedoch in aller Regel der Fall. Fuente: www.rechtslexikon-online.de
CONTEXTO 1: Die Vertragsklausel zur Berechnung der Zahlungspflichten der Parteien verstieß gegen das Transparenzgebot.
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>
NOTA:
[ES] ENTRADA: <i>principio de transparencia</i>
DEFINICIÓN: El principio de transparencia viene a dar respuesta a la necesidad de que la Administración actúe de cara al público, sin ocultar su acción bajo la opacidad y el secreto. Es hoy día una exigencia irrenunciable de todo Estado que se precie de ser democrático. En nuestro ordenamiento jurídico, esta necesidad luce claramente en el artículo 3.5 LRJAPPAC, que establece que, en “sus relaciones con los ciudadanos las Administraciones públicas actúan de conformidad con los principios de transparencia y participación”. Fuente: Manual de Derecho Administrativo Español Tomo II.
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: <i>término unívoco.</i>
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>principio de transparencia</i>
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: Las cláusulas del contrato relativas al cálculo de las obligaciones de pago de las partes distan mucho del principio de transparencia.

—Überzeugung

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: <i>Überzeugung</i>	
DEFINICIÓN: [A] feste, unerschütterliche [durch Nachprüfen eines Sachverhalts, durch Erfahrung gewonnene] Meinung; fester Glaube Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: Demgegenüber reicht die Art und Weise der Bekundungen des Zeugen A ebenfalls nicht für eine Überzeugung des Gerichts aus.	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: <i>Juicio</i>	
DEFINICIÓN: <i>opinión, parecer o dictamen</i> Fuente: DRAE	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: <i>término perteneciente al ámbito común y de uso en el campo jurídico</i>	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>Juicio</i>	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: <i>Por el contrario no es suficiente la forma en que se manifestó el testigo A a juicio del tribunal.</i>	

—übereinstimmen

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: übereinstimmen	
DEFINICIÓN: [A] die gleiche Meinung mit jemandem haben; in seiner Art, seinem Wesen o. Ä. einer Sache gleichen, mit ihr im Einklang stehen. Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: Eine ergänzende Vertragsauslegung lässt sich damit nicht auf einen übereinstimmend feststellbaren hypothetischen Parteiwillen stützen...	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA: Término que aparece con frecuencia en sentencias perteneciente al lenguaje común.	
[ES] ENTRADA: acordar	
DEFINICIÓN: concordar, conformar, convenir Fuente: DRAE	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: término de pertenencia al lenguaje común y especializado	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: acordar	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: Una interpretación del contrato complementaria, no se puede basar en una hipotética voluntad de las partes acordada y constatable...	

—Umstand

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: Umstand	
DEFINICIÓN: [A] zu einem Sachverhalt, einer Situation, zu bestimmten Verhältnissen, zu einem Geschehen beitragende oder dafür mehr oder weniger wichtige Einzelheit, einzelne Tatsache. Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: Angesichts des Umstandes, dass die Klägerin nicht zu den Unternehmen gehört,...	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: circunstancia	
DEFINICIÓN: el uso jurídico de este término según el DRAE es el siguiente: - agravante. 1. f. Der. Motivo legal para aumentar la responsabilidad penal del condenado. ~ atenuante. 1. f. Der. Motivo legal para disminuirla. ~ eximente. 1. f. Der. Motivo legal para librar de responsabilidad criminal al acusado; p. ej., legítima defensa. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: término perteneciente al lenguaje común y especializado.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>circunstancia</i>	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: a la vista de la circunstancia de que la demandantes no perteneciera a la empresa...	

—*unwirksam*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: <i>unwirksam</i>	
DEFINICIÓN: [A] <i>nicht wirksam</i> Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: ... <i>bei der Fassung der Klauseln zur Berechnung der Zahlungspflichten insgesamt unwirksam;</i> ...	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: <i>sin efecto</i>	
DEFINICIÓN: el efecto es aquello que sigue por virtud a una causa. Fuente: DRAE	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: término unívoco	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>sin efecto</i>	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: ... en la redacción de las cláusulas para el cálculo de las obligaciones de pago en conjunto se declaran sin efecto; ...	

—Urkunde

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: Urkunde	
DEFINICIÓN: [A] Dokument, das angefertigt wird, wodurch die Durchführung einer rechtswirksamen Leistung bestätigt wird. Fuente: wirtschaftslexikon	
CONTEXTO 1: Bei der Beurkundung von rechtsgeschäftlichen Erklärungen tritt die Abgeschlossenheit der Urkunde ein, wenn...	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: Instrumento público	
DEFINICIÓN: es todo documento autorizado por el notario competente, que se formaliza a requerimiento de parte interesada y con las solemnidades legales, que contiene un hecho, acto o negocio jurídico con el fin de promover o probar su existencia y del cual se expeirán copias o reproducciones del documento debidamente protocolizado, haciéndose extensiva asimismo a estas últimas la denominación epigrafiada. El instrumento público comprende las escrituras públicas, las actas, y engeneral todo documento autorizado por notario, ya sea original, copia o testimonio. Pero no incluye los documentos que el notario autoriza de oficio o los testimonios, traducciones o legitimaciones en otros. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: término unívoco.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: INSTRUMENTO	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: En el documento de declaraciones del acto jurídico entra el aislamiento del instrumento, si...	

—Urkundebeamtin

DE – ES
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>
GÉNERO: <i>Sentencias</i>
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>
[DE] ENTRADA: Urkundebeamtin
DEFINICIÓN: [A] Bei jedem Gericht und jeder Staatsanwaltschaft sind Geschäftsstellen eingerichtet, die mit Urkundsbeamten (z.B. Rechtspfleger) besetzt sind. Fuente: www.rechtslexikon-online.de
CONTEXTO 1: als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>
NOTA:
[ES] ENTRADA: secretario judicial
DEFINICIÓN: constituye el cargo de mayor rango, después de los jueces y magistrados, dentro del personal al servicio de la administración de justicia. En cierta forma, los secretarios judiciales se encuentran equidistantes entre el personal jurisdiccional y el personal auxiliar de la administración de justicia, si bien se integran en este último grupo. Son funcionarios que se ocupan específicamente de documentar las diversas actuaciones que tienen lugar antes los órganos jurisdiccionales. Ejercen la fe pública judicial, razón por la cual se denominan también actuarios, y asisten a los jueces y magistrados en el ejercicio de sus funciones. Cuando ejercen en la Audiencia, han sido denominados relatores. Ostentan la jefatura directa del personal adscrito a la Secretaría judicial de la que son titulares. Les corresponde la guarda y depósito de la documentación, su archivo y la conservación de los bienes y objetos afectados a los expedientes judiciales. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: Según los diccionarios pons, langenscheidt, etc. se refiere a un Oficial fedatario de la administración de justicia. Al comprobar las funciones de un Urkundsbeamtin se corresponden casi en su totalidad con las que desempeña en España el Secretario Judicial.
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: Secretario Judicial
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: SECRETARIO JUDICIAL

—*Ursächlichkeit*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: <i>Ursächlichkeit</i>	
DEFINICIÓN: [A] <i>Kausalität</i> Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: <i>Die Ursächlichkeit einer von einem Berater begangenen Pflichtverletzung für einen dadurch angeblich entstandenen Schaden gehört zur...</i>	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: <i>causalidad</i>	
DEFINICIÓN: <i>es la relación de causa a efecto que ha de existir entre un acto ilícito civil y el daño producido. Esta relación de causalidad es imprescindible para hacer responsable de los daños al autor del acto ilícito.</i> Fuente: <i>Diccionario Jurídico Ribó</i>	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: <i>término unívoco</i>	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>causalidad</i>	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: <i>La causalidad de uno de los incumplimientos del deber de un asesor con respecto a un daño existente pertenece a ...</i>	

—Urteil

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: Urteil	
DEFINICIÓN: [A] Ein Urteil ist eine gerichtliche Entscheidung. Durch ein Urteil wird grundsätzlich über eine Klage entschieden. Für die gerichtliche Entscheidung in Form des Urteils sind besondere Formen vorgeschrieben. Ein Urteil muss schriftlich abgefasst sein. Es besteht aus dem Urteilskopf (Rubrum), der Urteilsformel (Tenor oder Spruch) sowie dem Tatbestand und den Entscheidungsgründen.	
Fuente: www.rechtswörterbuch.de	
CONTEXTO 1: Urteil	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
CONTEXTO 2: In dem Rechtsstreit ... hat die 4. Zivilkammer des Landgerichts ... durch Richter ... folgendes Urteil gefällt.	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: Sentencia	
DEFINICIÓN: es el acto procesal que emite el órgano jurisdiccional para decidir definitivamente un pleito o recurso, además de poder utilizarse en los casos expresamente previstos por la ley. Se dice que hay sentencia firme cuando no cabe recurso alguno contra ella, sea porque no lo tiene previsto legalmente, sea porque teniéndolo transcurrió el término para interponerlo. También se denomina sentencia irrecurrible. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: término unívoco	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: sentencia	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: SENTENCIA	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 2: En la causa ... la Sala de lo civil número 4 ... siendo el Magistrado Ponente ... ha dictado la siguiente sentencia.	

—*Veranstaltung*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: <i>Veranstaltung</i>	
DEFINICIÓN: [A] das Veranstellen Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: <i>Deshalb wurde hierüber auch in einer Veranstaltung der Beklagten gegenüber mehreren Kunden referiert, wie es die Zeugen A und S. bekundeten...</i>	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: <i>acto</i>	
DEFINICIÓN: <i>acción</i> Fuente: <i>Diccionario Jurídico Ribó</i>	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: <i>término unívoco perteneciente al lenguaje común y especializado.</i>	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>acto</i>	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: <i>Por lo tanto se referirá aquí igualmente, a un acto de la demandada frente a varios clientes, tal y como testificaron los testigos A y S...</i>	

—Verfahren

DE – ES
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>
GÉNERO: <i>Sentencias</i>
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>
[DE] ENTRADA: Verfahren
DEFINICIÓN: [A] Folge von Rechtshandlungen, die der Erledigung einer Rechtssache dienen
Gebrauch
Rechtssprache
Beispiele
<ul style="list-style-type: none"> • ein gerichtliches Verfahren • das Verfahren wurde ausgesetzt • gegen ihn ist ein Verfahren anhängig, läuft ein Verfahren • ein Verfahren einstellen, niederschlagen, abtrennen • ein Verfahren gegen jemanden einleiten, eröffnen • in ein schwebendes Verfahren eingreifen
Fuente: www.duden.de
CONTEXTO 1: ...im Wege des schriftlichen Verfahrens...
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>
NOTA:
[ES] ENTRADA: procedimiento
DEFINICIÓN: es la resolución de un conflicto de intereses que , por constituir una de las funciones básicas del Estado, está regulada de forma coactiva. En este sentido, el proceso se denomina también litigio o causa. En el mismo se producen una serie de actos encaminados a la aplicación coactiva de una norma jurídica; para ello se examinan los hechos alegados comprobando su posible encuadre en el supuesto de hecho de la norma, cuya consecuencia jurídica es la querida por uno de los litigantes. Los actos diversos que componen el proceso están encadenados secuencialmente entre sí, de modo que los anteriores justifican los posteriores y éstos derivan de aquellos. Dicho encadenamiento recibe el nombre de procedimiento. El elemento unitario del procedimiento se denomina trámite. Todo proceso se atiene a dos principios básicos. Primero el denominado de armonía procesal, que vela para que el proceso no deriven resultados procesales contradictorios. Segundo el principio de economía procesal, que trata de obtener el máximo resultado procesal con el esfuerzo mínimo de actuación de los órganos públicos competentes.
Fuente: Diccionario Jurídico Ribó
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: término unívoco
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: PROCEDIMIENTO
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: ... en vías al procedimiento escrito ...

—*Verhandlung*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: <i>Verhandlung</i>	
DEFINICIÓN: [A] <i>Behandlung [und Entscheidung] eines Rechtsfalles vor Gericht</i>	
Beispiele	
<ul style="list-style-type: none"> • eine öffentliche Verhandlung • die Verhandlung fand unter Ausschluss der Öffentlichkeit statt • die Verhandlung musste unterbrochen werden • die Verhandlung wurde vertagt 	
Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: ... mit einem der mündlichen Verhandlung ...	
FUENTE: <i>Sentencia n° 2-04 O 388/06</i>	
CONTEXTO 2: ..., der der letzten mündlichen Verhandlung entspricht, ...	
FUENTE: <i>Sentencia n° 2-04 O 388/06</i>	
NOTA: Este término suele ir acompañado del término “mündlich” obteniendo como resultado el concepto de “mündliche Verhandlung” que se traduce por VISTA ORAL	
[ES] ENTRADA: <i>Vicio</i>	
<p>DEFINICIÓN: Constituye la segunda parte del proceso criminal que queda abierta en cuanto se ha concluido el sumario y no se ha dictado auto de sobreseimineto que lo impida. El esquema básico del juicio oral también llamado juicio plenario en contraste con el juicio sumario que le precedió, se integra con la calificación del delito, la celebración del juicio oral propiamente dicho o vista de la causa criminal y la sentencia. Mientras el sumario es la ttapa del proceso penal que se desarrolla y materializa esencialmente por escrito, el juicio oral se manifiesta predominantemente de forma oral. No obstante, lo esencial de la vista es recogido en acta y queda por escrito. Por otra parte, mientras en el sumario predomina el método inquisitivo propio de la labor investigadora que corresponde al juez instructor, en el juicio oral predomina el método contradictorio propio de la controversia que debe tener lugar entre la acusación y la defensa ante el tribunal colegiado constituido por la Audiencia Provincial</p> <p>Fuente: Diccionario Jurídico Ribó</p>	
<p>ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: En el análisis y estudio de los diccionarios y glosarios judiciales, aparecen los términos litigio, juicio y vista; sin embargo definen conceptos diferentes:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Juicio: 6. m. Der. Conocimiento de una causa en la cual el juez ha de pronunciar la sentencia. - Litigio: 1. m. Pleito, altercación en juicio. - Vista: 16. f. Der. Actuación en que se relaciona ante el tribunal, con citación de las partes, un juicio o incidente, para dictar el fallo, oyendo a los defensores o interesados que a ella concurren. <p>Tras analizar los tres conceptos, determinamos que el término pertinente en este tipo de sentencias es el término “vista”, aunque también suele aparecer el término “juicio” dependiendo del contexto en que se encuentre.</p>	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>VISTA / JUICIO</i>	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: ... con una de la vista oral ...	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 2: ..., correspondiente a la última vista oral ...	

—verkünden

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: verkünden	
DEFINICIÓN: [A] (ein Ergebnis, einen Beschluss o. Ä.) öffentlich [und feierlich] bekannt machen Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: laut Protokoll verkündet am ...	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: publicar, dictar, pronunciar, promulgar	
DEFINICIÓN:	
<ul style="list-style-type: none"> - Publicar: 5. tr. Der. Publicar la sentencia o auto. - Dictar: 2. tr. Dar, expedir, pronunciar leyes, fallos, preceptos, etc. - Pronunciar: 5. tr. Der. Publicar la sentencia o auto. - Promulgar: 3. tr. Der. Publicar formalmente una ley u otra disposición de la autoridad, a fin de que sea cumplida y hecha cumplir como obligatoria. Fuente: DRAE	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: En el análisis y estudio de los diccionarios y glosarios judiciales, aparecen los términos promulgar, anunciar, pronunciar; sin embargo, en las sentencias españolas analizadas observamos que también aparece el término dictar y que, en la mayoría de las definiciones, se toman como sinónimos.	
Tras analizar las definiciones, optamos por utilizar para la traducción: publicar, dictar o pronunciar.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: PUBLICAR – DICTAR – PRONUNCIAR	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: Según el referido auto pronunciado de fecha...	

—*Verletzung*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: <i>Verletzung</i>	
DEFINICIÓN: [A] <i>das Verletzen</i> Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: <i>Dies gilt insbesondere auch für die Verletzung von Aufklärungspflichten bei Finanztermingeschäften...</i>	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: <i>infracción</i>	
DEFINICIÓN: <ul style="list-style-type: none"> - <i>Infracción:</i> Transgresión, quebrantamiento de una ley, pacto o tratado, o de una norma moral, lógica o doctrinal. - <i>Violación:</i> Acción y efecto de violar. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: El primer término es de uso exclusivo jurídico y el segundo pertenece tanto al lenguaje común como al de especialidad. Según el contexto, podremos utilizar uno u otro.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>infracción / violación</i>	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: Esto es válido especialmente con respecto a la violación de los deberes de información en las operaciones financieras a plazo fijo...	

—Vermittlung

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: <i>Vermittlung</i>	
DEFINICIÓN: [A] <i>Vermittlung von adoptionen oder in Staatentstreitigkeiten.</i> Fuente: <i>Deutsches Rechtswörterbuch</i>	
CONTEXTO 1: <i>Die Beweislast für eine solche Aufklärung zur Vermittlung einer transparenten Bedeutung der Zahlungspflichten lag bei der Beklagten als Verwenderin der AGB.</i>	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: <i>Interposición</i>	
DEFINICIÓN: <i>Formalizar por medio de un pedimiento alguno de los recursos legales, como el de nulidad, de apelación, etc.</i> Fuente: <i>DRAE</i>	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: <i>término unívoco perteneciente al léxico común y especializado.</i>	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>interposición</i>	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: <i>El mérito probatorio de tal aclaración al interponer un significado transparente de las obligaciones de pago se encuentra en la demandada como usuaria de las AGB.</i>	

—*Vermütung*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: <i>Vermütung</i>	
DEFINICIÓN: [A] Ges. V. Bewirken, dass ein bestimmter Sachverhalt, eine bestimmte Rechtslage oder ein bestimmter Ursachenzusammenhang so lange als bestehend gilt, als nicht die Unrichtigkeit der V. Bewiesen wird. Fuente: www.rechtslexikon.de	
CONTEXTO 1: <i>Hiervon ist aufgrund der Vermutung eines aufklärungsrichtigen Verhaltens auszugehen.</i>	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: <i>presunción</i>	
DEFINICIÓN: Denominada también prueba de presunciones o prueba de indicios o conjeturas, es un medio probatorio que difiere de todos los demás de carácter personal o real; se singulariza por utilizarse en él un determinado acontecimiento para convencer al tribunal de la verdad o falsedad de un acto procesal. Se trata de hacer llegar el razonamiento judicial a una determinada deducción a través de un acontecimiento. Este, denominado hecho base o hecho indiciario, tendrá de conexión lógicamente con el dato cuya existencia quiere probarse: es el llamado enlace preciso y directo. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó Hecho que la ley tiene por cierto sin necesidad de que sea probado. Fuente: www.rae.es	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: <i>término unívoco</i>	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>presunción</i>	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: <i>De aquí que nos basemos en la presunción de un comportamiento de información correcta.</i>	

—*vernehmen*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: <i>vernehmen</i>	
DEFINICIÓN: [A] <i>gerichtlich, polizeilich befragen; verhören</i> Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: <i>Für die Beurteilung der Wahrscheinlichkeit eines Nichtvornahme des Geschäfts bei gehöriger Aufklärung und zum Gegenbeweis gegen die Vermutung eines aufklärungsrichtigen Verhaltens war nicht der Geschäftsführer der Klägerin als Partei zu vernehmen.</i>	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: <i>interrogar</i>	
DEFINICIÓN: <i>preguntar, inquirir. Hacer una serie de preguntas para aclarar un hecho o circunstancias.</i> Fuente: DRAE	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: <i>término unívoco perteneciente al lenguaje común y especializado.</i>	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>interrogar / tomar declaración</i>	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: <i>Para el dictamen de probabilidad de la no ejecución del negocio debido a la aclaración, y para la contraprueba contra la presunción de un comportamiento de información correcta, no era necesario tomar declaración al administrador del negocio de la demandante.</i>	

—*Vernehmung*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: <i>Vernehmung</i>	
<p>DEFINICIÓN: [A] (meist mündliche) Befragung (nicht bloße Anhörung), vor allem von Zeugen, Sachverständigen, Beschuldigten (im Strafverfahren) und Parteien (im Zivilprozeß) zur Aufklärung des Sachverhalts. Bestimmte Personen (z.B. Angehörige) können ein Aussageverweigerungsrecht haben. Verbotene V.Mittel sind Mißhandlung, Ermüdung, körperliche Eingriffe, Verabreichung von Mitteln, Quälerei, Täuschung, Hypnose, Zwang, Drohung und Versprechen von gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteilen. Fuente: www.rechtslexikon24.net [B] eine polizeiliche, gerichtliche, richterliche Verhör. Fuente: www.duden.de</p>	
CONTEXTO 1: ... ist die Vernehmung von Herrn K. nicht das geeignete Beweismittel.	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: <i>Interrogatorio</i>	
<p>DEFINICIÓN: ES el documento que contiene las preguntas destinadas al confesante. Es escrito que contiene el pliego de posiciones se denomina interrogatorio. Toda vez que el litigante proponente de la prueba confesoria no puede formular preguntas, en el sentido gramatical de la palabra, deberá plantear proposiciones afirmativas sobre hechos determinados y acerca de los cuales el confesante manifestará la adhesión a su veracidad o falsedad, estas proposiciones se denominan posiciones. De ahí que el procedimiento de la prueba de confesión en juicio se denomine también prueba de posiciones. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó</p>	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: término unívoco	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>interrogatorio</i>	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: ... El interrogatorio del Sr. K no es una prueba apta.	

—*Vernehmungsprotokoll*

DE – ES
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>
GÉNERO: <i>Sentencias</i>
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>
[DE] ENTRADA: VERNEHMUNGSPROTOKOLL
DEFINICIÓN: [A] über eine [polizeiliche] Vernehmung angefertigtes Protokoll Fuente: www.duden.de
CONTEXTO 1: Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Vernehmungsprotokoll verwiesen.
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>
NOTA:
[ES] ENTRADA: declaración del procesado
DEFINICIÓN: es la diligencia sumarial que ordena el juez instructor de oficio o a instancia del fiscal o del querellante particular, consistente en las manifestaciones de conocimiento por parte de los procesado y que se consideren convenientes para la averiguación de los hechos delictivos. Como regla general, cuando los procesados sean sometidos al interrogatorio sumarial, ni el acusado ni el acusador privado o querellante ni el actor civil pueden estar presentes. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: este documento en español se denomina declaración del procesado.
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: declaración del procesado
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: Debido a las conclusiones resultantes del registro de pruebas se harán constar en la declaración del procesado ...

—*verpflichten (sein)*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: <i>verpflichten (sein)</i>	
DEFINICIÓN: [A] - durch eine bindende Zusage auf etwas festlegen; versprechen lassen, etwas zu tun etwas ganz fest zusagen; versprechen, etwas zu tun; <ul style="list-style-type: none"> - für eine bestimmte, besonders eine künstlerische Tätigkeit einstellen, unter Vertrag nehmen; engagieren, - sich für eine bestimmte, besonders eine künstlerische Tätigkeit vertraglich binden, - jemandem als Pflicht auferlegen; ein bestimmtes Verhalten, eine bestimmte Handlungsweise erforderlich machen, von jemandem verlangen Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: Es wird festgestellt, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, der Klägerin allen Schaden zu ersetzen...	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: <i>estar obligado</i>	
DEFINICIÓN: de realización forzosa por imposición legal. Fuente: DRAE	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: término unívoco perteneciente al léxico común y especializado.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>estar obligado</i>	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: Se ha de constatar que la demandada está obligada como deudora solidaria a reponer todos los daños a la demandante.	

—Vertragsklausel

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: Vertragsklausel	
DEFINICIÓN: [A] [als Einschränkung] eingefügte oder hinzugesetzte Bestimmung, Bedingung, besonders in einem Vertrag. Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: Die Vertragsklausel zur Berechnung der Zahlungspflichten der Parteien verstieß gegen das Transparenzgebot.	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: cláusula	
DEFINICIÓN: Es el acto jurídico por el que dos o mas personas conciertan o convienen en asumir determinadas obligaciones y/o derechos comprometiéndose a su cumplimiento. También sirve para designar a cada uno de los compromisos de que se compone el acuerdo global. En ese mismo sentido se utilizan las expresiones de estipulación, pacto o condición. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN:	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: cláusula contractual	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: La cláusula contractual para el cálculo de las obligaciones de pago de las partes infringe el deber de transparencia.	

—*vertreten*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: vertreten	
<ul style="list-style-type: none"> a. DEFINICIÓN: [A] vorübergehend jemandes Stelle einnehmen und seine Aufgaben übernehmen b. (als jemandes Vertreter, Beauftragter o. Ä.) jemandes Interessen, Rechte wahrnehmen c. als Repräsentant o. Ä., in jemandes Auftrag tätig sein, eine bestimmte Tätigkeit ausüben d. als Handelsvertreter für eine Firma tätig sein 	
Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: Die Klägerin erklärte sich, vertreten durch ihren Geschäftsführer, noch ... einverstanden.	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: representar	
<p>DEFINICIÓN: verbo provineinte del concepto de representación:</p> <p>Es la institución jurídica que posibilita la actuación de una persona llamada representado por medio de otra llamada representante, que manifiesta una voluntad en nombre de la primera con eficacia jurídica. Cuando esta posibilidad ha sido conferida por el representado al representante de manera autónoma y utilizando la fórmula contractual oportuna, se habla de representación voluntaria. Y por el contrario, cuando es la ley la que prevé que determinadas personas actuarán en interés y por cuenta de otras se habla de representación legal.</p> <p>Fuente: Diccionario Jurídico Ribó</p>	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN:	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: representar	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: La demandante, representada por administrador de la empresa, se declaró de acuerdo con...	

—*verurteilen*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: <i>verurteilen</i>	
DEFINICIÓN: [A] durch Gerichtsbeschluss mit einer bestimmten Strafe belegen Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: Die Klägerin beantragt, 1. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 240.000,- € ... zu zahlen,...	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: <i>condenar</i>	
DEFINICIÓN: Entiéndase como definición la ofrecida por el DRAE: Dicho de un juez: Pronunciar sentencia, imponiendo al reo la pena correspondiente o dictando en juicio civil, o en otras jurisdicciones, fallo que no se limite a absolver de la demanda.	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: término unívoco perteneciente al lenguaje común y especializado.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>condenar</i>	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: La demandante solicita se condene a la demandada a pagar a la demandante la cantidad de 240.000€ ...	

—*Verwaltungsgericht*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-18 O 172/07</i>	
[DE] ENTRADA: <i>Verwaltungsgericht</i>	
DEFINICIÓN: [A] ist die erste gerichtliche Instanz der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Die Verwaltungsgerichte werden durch Landgesetz errichtet. Fuente:	
CONTEXTO 1: Die sich hiergegen gerichtete Klage vor dem Verwaltungsgericht Frankfurt/Main sei mit dessen Urteil vom 12. November 2001 ebenfalls abgewiesen	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-18 O 172/07</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: <i>Vicio</i>	
DEFINICIÓN: Son los órganos jurisdiccionales que conocerán en primera y única instancia de los recursos contencios-administrativos, no atribuidos a otros órganos de este orden jurisdiccional. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: <i>término unívoco</i>	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO</i>	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: La demanda que dio como resultado la sentencia de fecha 12 de noviembre de 2001 emitida por el Juzgado de lo contencioso de Fráncfort del Meno sería desestimada.	

—*verweisen*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: <i>verweisen</i>	
DEFINICIÓN: [A] auf etwas hinweisen, aufmerksam machen Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: <i>Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Vernehmungsprotokoll verwiesen.</i>	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: <i>anotar</i>	
DEFINICIÓN: <i>hacer anotación en registro público</i> Fuente: DRAE	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: <i>El término verweisen tiene varios significados en español. El apropiado para una sentencia es “anotar en acta” o “hacer constar en acta”</i>	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>anotar /hacer constar</i>	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: <i>Debido a las conclusiones resultantes del registro de pruebas se harán constar en el acta del interrogatorio ...</i>	

—Vollendung

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>TÉRMINO RELEVANTE</i>	
[DE] ENTRADA: <i>Vollendung</i>	
DEFINICIÓN: [A] versuch ist die Bestätigung des Entschlusses zur Begehung einer Straftat durch Handlungen, die zur Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes unmittelbar ansetzen, aber nicht zur Vollendung führen. Fuente: juristisches Wörterbuch	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: <i>perfección</i>	
DEFINICIÓN: perfeccionamiento: es el momento que marca el tránsito de los tratos al contrato, es decir, el instante a partir del cual las partes, hasta entonces negociadoras de un contrato, ya no pueden desligarse del mismo sin previo acuerdo de ambas. La perfección del contrato, es el resultado, pues, de coincidir los requisitos esenciales para su celebración válida y, por tanto, para otorgarle eficacia jurídica. Esta coincidencia se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó En los actos jurídicos, fase y momento en que, al concurrir todos los requisitos, nacen los derechos y obligaciones. Fuente: www.rae.es	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: <i>término unívoco</i>	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>perfección</i>	

—Vollmacht

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>3-09 O 98/03</i>	
[DE] ENTRADA: Vollmacht	
DEFINICIÓN: [A] jemandem von einem anderen erteilte Ermächtigung, in seinem Namen zu handeln, etwas an seiner Stelle zu tun. Fuente: www.duden.de [B] Prokura: einem Angestellten erteilte handelsrechtliche Vollmacht, alle Arten von Rechtsgeschäften für seinen Betrieb vorzunehmen. Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: ... hinsichtlich der Klägerin Dr. K. somit ein Widerspruch nicht erhoben sei und für den Kläger Dr. K. mangels Vollmacht ein Widerspruch nicht wirksam sei.	
FUENTE: <i>Sentencia nº 3-09 O 98/03</i>	
NOTA: en alemán, los términos Prokura y Vollmacht suelen ser sinónimos.	
[ES] ENTRADA: Poder de representnación	
DEFINICIÓN: ES la facultad otorgada al representante para que actúe en el área jurídica del representado. Este, como otrogante de los también denominados poderes, es el poderdante; el representante como destinatario del poder concedido es el apoderado. El apoderamiento o acto de concesión del poder de representnación, se instrumenta generalmente en un documento notarial. El representatne queda investido de la facultad suficiente para que sus declaraciones de voluntad tengan el mismo efecto que las emitidas por el representado. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: término unívoco	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: poder	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: ... con respecto a la demandante Dr. K, por tanto no se interpondría un recurso y no estaría vigente para el demandante el Dr. K por no tener un poder. ...	

—*vollstreckbar*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: <i>vollstreckbar</i>	
DEFINICIÓN: [A] <i>Vollstreckung zulassend</i>	
Beispiel das Urteil ist noch nicht vollstreckbar	
Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: <i>Das Urteil ist ...vorläufig vollstreckbar.</i>	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: <i>ejecutoria</i>	
DEFINICIÓN: A continuación se presenta la definición del concepto español según el DRAE:	
3. f. Der. Sentencia que alcanzó la firmeza de cosa juzgada.	
4. f. Der. Despacho que es trasunto o comprobante de ella.	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: término unívoco	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>ejecutoria</i>	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: <i>La sentencia es ejecutoria de forma provisional por...</i>	

— *Vollstreckbarkeit*

DE – ES
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>
GÉNERO: <i>Sentencias</i>
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>
[DE] ENTRADA: <i>Vollstreckbarkeit</i>
DEFINICIÓN: [A] Das Vollstreckbarsein Fuente: www.duden.de
CONTEXTO 1: Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91 Abs. 1, 100, 101 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 709 Satz 1 ZPO.
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>
NOTA:
[ES] ENTRADA: <i>ejecutoriedad</i>
DEFINICIÓN: La ejecutoriedad, según el Diccionario de Autoridades de 1732, es la suscpetibilidad de materialización forzosa en caso de resistencia.
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: término unívoco
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>ejecutoriedad</i>
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: La condena de costas se basa en §§ 91 Abs. 1, 100, 101 ZPO. La decisión sobre la ejecutoriedad provisional se basa en § 709 Satz 1 ZPO.

—*weitere*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: <i>weitere</i>	
DEFINICIÓN: [A] im weiteren, anschließenden Verlauf; weiterhin; [als Fortsetzung] anschließend Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: ... ohne weiteres die rechnerische Bedeutung der Formeln zu Berechnung der Zahlungspflichten der beiden Parteien in...	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: <i>otrosí</i>	
DEFINICIÓN: súplico. Conocido también con el término sustantivo de súplica, sonctituye la parte conclusiva de la demanda donde se resumen las peticiones procesales articuladas en el cuerpo de la demanda. La expresión completa de la fórmula consagrada por el uso es Suplico al Juzgado. Materializada por lo general en un solo párrafo, se fijará con claridad y precisión lo que se pida y la persona contra quien se proponga la demanda. En la técnica forense, la redacción del súplico es consideradala fase más delicada de la demanda, en definitiva la congruencia de la sentencia se mide por su ajustamiento al súplico. No es raro que en este se soliciten también actuaciones puramente procesales, las cuales suelen articularse en las rúbricas cuya denominación es otrosí. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: En español, el término otrosí es de uso exclusivo en las sentencias y significa: Cada una de las peticiones o pretensiones que se ponen después de la principal. Sin embargo en alemán, el término weiter es de uso común.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>otrosí</i>	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: ... sin otrosí el significado aritmético de la fórmula para el cálculo de las obligaciones de pago de ambas partes en ...	

—Widerspruch

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-18 O 172/07</i>	
[DE] ENTRADA: Widerspruch	
DEFINICIÓN: [A] das Widersprechen Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: Der Widerspruch der P. GmbH gegen den Bescheid vom 21. März 2000 sei mit Bescheid vom 23. August 2000 zurückgewiesen worden.	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-18 O 172/07</i>	
NOTA: Término de pertenencia al léxico común y de especialidad.	
[ES] ENTRADA: Recurso	
DEFINICIÓN: En un juicio o en otro procedimiento, acción que concede la ley al interesado para reclamar contra las resoluciones, ora ante la autoridad que las dictó, ora ante alguna otra Fuente: Diccionario Jurídico Ribó	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: En Derecho español, existen varios tipos de recursos:	
~ de alzada.	
1. m. Der. alzada (El recurso de apelación en lo gubernativo).	
~ de amparo.	
1. m. Der. El estatuido por algunas Constituciones modernas, europeas y americanas, para ser tramitado ante un alto tribunal de justicia, cuando los derechos asegurados por la Ley fundamental no fueren respetados por otros tribunales o autoridades.	
2. m. Der. recurso contra resoluciones sindicales por causa de lesión económica a afiliado sindical. Entiende de este recurso un tribunal del mismo nombre.	
~ de apelación.	
1. m. Der. El que se entabla a fin de que una resolución sea revocada, total o parcialmente, por tribunal o autoridad superior al que la dictó.	
~ de casación.	
1. m. Der. El que se interpone ante el Tribunal Supremo contra fallos definitivos o laudos, en los cuales se suponen infringidas leyes o doctrina legal, o quebrantada alguna garantía esencial del procedimiento.	
~ de fuerza.	
1. m. Der. El que se interpone ante tribunal secular reclamando la protección real contra agravios que se reputan inferidos por un tribunal eclesiástico.	
~ de injusticia notoria.	
1. m. Der. El que, según el antiguo procedimiento, se interponía contra sentencias de los tribunales superiores ante el Supremo de Justicia.	
~ de mil y quinientas.	
1. m. Der. El que se interponía para la revisión de ciertos procesos graves, con depósito de 1500 doblas, ante una sala del Consejo Supremo así denominada.	
~ de nulidad.	
1. m. Der. El que con carácter extraordinario se interponía contra sentencias de los tribunales superiores ante el Supremo de Justicia con objeto de obtener aquella declaración.	
~ de queja.	
1. m. Der. El que interponen los tribunales contra la invasión de atribuciones por autoridades administrativas, y en general, el que los interesados promueven ante un tribunal o autoridad superior contra la resistencia de un inferior a admitir una	

apelación u otro recurso.

~ de reforma, o ~ de reposición.

1. m. Der. El que se interpone para pedir a los jueces que reformen sus resoluciones, cuando estas no son sentencias.

~ de responsabilidad.

1. m. Der. El que se interpone para exigir a los jueces y tribunales la civil o criminal en que hayan incurrido por actos u omisiones no subsanables mediante otros recursos ordinarios.

~ de revisión.

1. m. Der. El que se interpone para obtener la revocación de sentencia firme en casos extraordinarios determinados por las leyes.

~ de segunda suplicación.

1. m. Der. recurso de mil y quinientas.

~ de súplica.

1. m. Der. El que se interpone contra las resoluciones incidentales de los tribunales superiores, pidiendo ante ellos mismos su modificación o revocación.

[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: recurso

PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: El Recurso de P. GmbH contra la contestación de fecha 21 de marzo de 2000, sería recusado con la contestación de fecha 23 de agosto de 2000.

—Zeugen

DE – ES
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>
GÉNERO: <i>Sentencias</i>
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>
[DE] ENTRADA: Zeugen
DEFINICIÓN: [A] Personen, die über einen Vorgang, der zwischen den Parteien eines Prozesses streitig ist, auf Grund eigener Wahrnehmungen (also nicht nur vom «Hörensagen») etwas aussagen können, ohne selbst an dem Prozeß beteiligt zu sein (sind sie das, kommt nur eine Parteivernehmung in Betracht). Sie werden vom Gericht entweder auf Antrag der Parteien oder von Amts wegen geladen und müssen erscheinen, sonst kann ihre zwangsweise Vorführung angeordnet oder ein ->Ordnungsgeld bzw. eine Ordnungshaft gegen sie verhängt werden. Dies gilt selbst dann, wenn sie in Wahrheit nichts oder nichts Wesentliches aussagen können: sie müssen dann eben dies dem Gericht mitteilen. Bei ihrer Vernehmung sind sie, soweit sie kein Zeugnisverweigerungs recht haben, zu einer wahrheitsgemäßen Aussage verpflichtet. Verstöße sind strafbar (Eid). Nach ihrer Aussage können sie vereidigt werden. Sie haben einen Anspruch auf eine Entschädigung für ihre Aufwendungen und einen etwaigen Verdienstaufschlag. Der Wert von Zeugenaussagen ist zweifelhaft. Selbst wenn Zeugen meinen, die Wahrheit zu sagen, kann sich der Vorgang in ihrer Erinnerung anders darstellen, als er sich in Wahrheit zugetragen hat. Außerdem stehen Zeugen sehr oft unter starker seelischer Belastung, wenn sie vor Gericht aussagen müssen. Fuente: www.rechtslexikon24.net
CONTEXTO 1: . . . wie es die Zeugen A und S. bekundeten [GA 330, 338] und...
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>
NOTA:
[ES] ENTRADA: testigo
DEFINICIÓN: relativo al testimonio. Denominado también prueba testical o prueba de testigos, es la prueba consistente en la declaración de un tercero denominado testigo sobre datos que no eran procesales en el momento de la observación por el testigo y que pueden influir en la convicción del juzgador para sentenciar el litigio. El testigo siempre es una persona natural y es propuesta por uno de los litigantes para que dé testimonio. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: término unívoco
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: testigos
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: ... tal y como los testigos A y S testificaron [GA 330, 338]

—Zivilkammer

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: Zivilkammer	
DEFINICIÓN: [A] i.d.R. anstellte der Zivilkammer beim Landgericht geschaffene Kammer zur Entscheidung von Handelssachen. Fuente: Gabler Wirtschaftslexikon. Disponible en wirtschaftslexikon.gabler.de	
CONTEXTO 1: In dem Rechtsstreit ... hat die 4. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main ...	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: Sala de lo Civil	
DEFINICIÓN: la Sala de lo Civil pertenece al Tribunal Supremo que es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, exceptuando lo previsto en materia de garantías constitucionales. Tiene su sede en Madrid y su jurisdicción abarca toda España. Compuesto de cinco Salas, la primera de ellas es la Sala de lo Civil. Su competencia se extiende a los recursos de casación, revisión y los demás extraordinarios previstos legalmente; a las demandas de responsabilidad civil por hechos realizados en el ejercicio de su cargo, dirigidas contra los cargos políticos más representativos (Presidente del Gobierno, Diputados y Senadores, Ministros, Presidente y Consejeros de una Comunidad Autónoma, etc.) o contra los miembros de los órganos jurisdiccionales superiores, y a las peticiones de ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros, salvo que algún tratado internacional disponga otra cosa. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: término unívoco	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: Sala de lo Civil	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: En la causa/litigio ... la Sala cuarta de lo Civil de la Audiencia Provincial de Fráncfort del Meno ...	

—zulässig

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: zulässig	
DEFINICIÓN: [A] (meist von amtlicher Seite, von einer amtlichen Stelle) zugelassen, erlaubt Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: Die Klage ist zulässig.	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: admitir	
DEFINICIÓN: permitir o surtir Fuente: Diccionario Jurídico Ribó	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: Aunque el término zulässig se refiera a “admisible”, “autorizado” o “permitido”, en el contexto de las sentencias significa que la demanda se admite a trámite.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: admitir	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: Se admite la demanda	

—zurückweisen

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-18 O 172/07</i>	
[DE] ENTRADA: zurückweisen	
DEFINICIÓN: [A] sich (gegen etwas) verwehren, (einer Sache) widersprechen; für falsch, für unwahr erklären Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: Der Widerspruch der P. GmbH gegen den Bescheid vom 21. März 2000 sei mit Bescheid vom 23. August 2000 zurückgewiesen worden.	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-18 O 172/07</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: recusar	
DEFINICIÓN: relativo a recusación: Es el expediente judicial mediante el que una parte litigante puede denunciar la concurrencia en el juez o magistrado que conoce de su causa o pleito de alguna de las causas de abstención y cuando el órgano judicial no ha cumplido el deber de abstención que le incumbía, solicitando el apartamiento del juez o magistrado del conocimiento del asunto. Solo pueden recusar en los asuntos civiles, las partes y el Ministerio fiscal, formalizándose mediante un escrito firmado por el recusante, que deberá ratificarse a presencia judicial. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: término unívoco	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: recusar	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: El Recurso de P. GmbH contra la contestación de fecha 21 de marzo de 2000, sería recusado con la contestación de fecha 23 de agosto de 2000.	

—Zustellung

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: Zustellung	
DEFINICIÓN: [A] das Zustellen (2), Zugestelltwerden von etwas Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: Zinsen schuldet die Beklagte aus dem Gesichtspunkt des Verzuges ab Zustellung der Klageschrift bzw. ab der Zustellung des die Klageforderung erhöhenden Schriftsatzes vom 02.05.2007 in Höhe des gesetzlichen Verzugszinssatzes.	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: notificación	
DEFINICIÓN: son los actos de comunicación procesal de un órgano jurisdiccional a un particular para poner en conocimiento de este último cualquier resolución del primero. Junto a esta significación amplia, hay otra más restringida que ve las notificaciones como actos de comunicación de una resolución judicial separándolas de las comunicaciones relativas a contenidos en Iso que entran variantes determinadas; tal es el caso de la citación, emplazamiento y requerimiento, que en el sentido amplio, son modalidades de notificaciones. Fuente: Diccionario Jurídico Ribó	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: término unívoco	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: notificación	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: La demandada debe intereses desde el punto de vista de demora a partir de la notificación del escrito de la demanda, es decir, a partir de la notificación de las alegaciones aumentadas en la contestación a la demanda de fecha 2 de mayo de 2007 por un importe de los intereses de demora legales.	

—*Zweifel*

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: <i>Ámbito jurídico</i>	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: <i>2-04 O 388/06</i>	
[DE] ENTRADA: Zweifel	
DEFINICIÓN: [A] Bedenken, schwankende Ungewissheit, ob jemandem, jemandes Äußerung zu glauben ist, ob ein Vorgehen, eine Handlung richtig und gut ist, ob etwas gelingen kann. Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1: Vielmehr bleiben ernst zunehmende Zweifel an der Wahrheit dieser Bekundungen.	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-04 O 388/06</i>	
NOTA: Término del léxico común que aparece con frecuencia en las sentencias.	
[ES] ENTRADA: duda	
DEFINICIÓN: suspensión o indeterminación del ánimo entre dos juicios o dos decisiones, o bien acerca de un hecho o una noticia. Fuente: DRAE	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN: término unívoco perteneciente al léxico común y especializado	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: <i>duda</i>	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1: <i>mas bien, quedan en origen dudas crecientes sobre la veracidad de dicha manifestación.</i>	

4.6. Análisis de las convenciones de género.

A continuación enumeraremos las partes constitutivas de las sentencias y las unidades textuales que aparecen en cada una de ellas, analizando de forma detallada cada unidad textual. Se relacionarán las partes de la acción con las variantes del contexto de acción para determinar qué factores del contexto de acción influyen en la realización de cada tipo de acto de habla individual. Se analizarán las convenciones de género del *tertium comparationis* bilingüe y se estudiarán solamente los factores que son parte de una variante del contexto de acción que aparecen en el tipo de acto de habla objeto de análisis, influyendo en la realización de dicho tipo de acto de habla. Para ello, consideraremos los siguientes aspectos:

- (1) Presentar el texto como unidad de análisis
- (2) Presentar las similitudes
- (3) Presentar las diferencias
- (4) Resultados

La siguiente tabla muestra las unidades textuales y la estructura de la sentencia en la LO y la LM:

ALEMÁN	ESPAÑOL
Rubrum (Text als Festlegung einführen)	Encabezamiento
Tenor (Streitfrage entscheiden)	Antecedentes
Tatbestand (Streitfrage darstellen)	Motivación fáctica y jurídica
Entscheidungsgründen (Entsch.gründe)	Decisión o Fallo (Pronunciamiento)

Encabezamiento

—*Rubrum* (*Encabezamiento alemán*).

En el *Rubrum* o encabezamiento se introduce la sentencia como algo fijo o determinado, y este es el acto de habla que se realiza. El objetivo de esta parte, tanto en alemán como en español, es introducir los ámbitos de delimitación del texto dentro de la decisión en la que se establece el punto litigioso según los requisitos del derecho procesal. Este es el contexto del acto de habla.

Sobre esta base fundamentaremos la característica “contexto del acto tematizado”, como rasgo general del acto de habla que viene determinado por la normativa de Derecho Procesal del sistema jurídico correspondiente a cada país y que expondremos a continuación.

Según el ZPO, una sentencia alemana ha de tener unos datos determinados:

- a. El nombre de las partes, su representante legal y el procurador (§313 I Nr.1 ZPO)
- b. El nombre del Tribunal y el nombre del Juez/Magistrado(s) que hayan intervenido en la decisión (§313 I Nr.3 ZPO)
- c. El día en el que se terminó la vista oral (§313 I Nr.1 ZPO)
- d. Que la secretaria judicial ha anotado en la sentencia la fecha de expedición y notificación y se firma (§315 III ZPO)
- e. Ha de aparecer el siguiente texto en alemán: *Das Urteil ergeht in Namen des Volkes* (§311 I ZPO)

Con el conjunto de todos estos datos se obtiene el tipo de acto de habla “encabezamiento” y en ellos se ven tematizadas cada una de las distintas partes del contexto del acto. En a) se introducen los receptores del texto, en b) se determina el papel del emisor debido a que es una institución que tiene la competencia de determinar “algo”. En c) se determina la fecha,

aspecto importante a tener en cuenta con respecto a los plazos; en d) se determina la fecha de validez, y por último, en e) se pone de manifiesto que el trabajo que realiza el Magistrado o Juez lo hace no para sí, sino en nombre del pueblo. Así, podremos demostrar dicha “determinación” de forma empírica mediante el análisis de los componentes textuales. Veamos las partes del *Rubrum* en la siguiente sentencia:

LANDGERICHT FRANKFURT AM MAIN	
Geschäftsnr.: 2-04 O 388/06	
Laut Protokoll	
verkündet am 10.03.2008	
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle	
Urteil	
IM NAMEN DES VOLKES	
In dem Rechtsstreit	
der F. K. GmbH	- Kläger -
Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. K	
gegen	
D AG,	- Beklagte -
Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. C. und Dr. R. S	
hat die 4. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main durch Richter am Landgericht H - als Einzelrichter - im Wege des schriftlichen Verfahrens mit einem der mündlichen Verhandlung entsprechenden Zeitpunkt vom 7. Januar 2008 am 31. Januar 2008 folgendes Urteil gefällt:	

Como se puede apreciar en el texto, el encabezamiento alemán está compuesto por tres partes totalmente independientes: un título (*Urteil*) con un atributo tipográfico (*verkündet*), una fórmula (*Im Namen des Volkes*), y una oración completa (*In dem Rechtstreit...*) en la que se presenta el objeto gramatical (tenor).

Todas estas fórmulas aparecen en todas las sentencias analizadas debido a la legislación vigente. Tal y como mencionamos, es su función

subrayar que el emisor de la sentencia no habla en nombre propio, sino en nombre del pueblo.

Con respecto al título, *Urteil*, aclara abiertamente al género al que pertenece. Esta palabra no depende del derecho procesal y con ella se entienden quiénes son los emisores y receptores determinados.

Con respecto al atributo “*verkündet...*” participio perfecto del verbo *verkünden*, más la preposición ligada al verbo *am* se introduce la fecha en que se pronuncia la sentencia.

Con respecto a la oración completa, se presenta la solución adoptada por parte del emisor, el tenor de la sentencia.

Del mismo modo se ven representados en el enunciado el agente, paciente y el contenido.

En tres de las 30 sentencias analizadas aparece “*In Sachen*” en lugar de “*In dem Rechtsstreit...*”, debido a que dentro del Landgericht existen diversas cámaras o salas y pueden encontrarse algunas pequeñas diferencias en la redacción. En este sentido, la convención que se utiliza con mayor frecuencia es la segunda.

—*Encabezamiento español*

En la descripción de las sentencias españolas hemos de tener en cuenta la legislación vigente, al igual que ocurre con las alemanas. En la Ley de Enjuiciamiento Civil modificada en el BOE de 8 de enero de 2000, encontramos todo lo relativo a la forma y contenido y el modo de dictarlas, publicarlas y archivarlas.

- a) En el art. 208.2 se puede leer: “Los autos y las sentencias serán siempre motivadas y contendrán, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho en los que se basa la subsiguiente parte dispositiva o fallo.

- b) Art. 208.3. “Todas las resoluciones incluirán la mención del lugar y fecha en que se adopten y la indicación del tribunal que las dicte, con expresión del Juez o Magistrados que lo integren y su firma e indicación del nombre del ponente, cuando el tribunal sea colegiado. En el caso de providencias dictadas por Salas de Justicia, bastará con la firma del ponente.
- c) Art. 208.4. Al notificarse la resolución a las partes se indicará si la misma es firme o si cabe algún recurso contra ella, con expresión, en este último caso, del recurso que proceda, del órgano ante el que debe interponerse y del plazo para recurrir.
- d) Art. 209 Reglas especiales sobre forma y contenido de las sentencias: Las sentencias se formularán conforme a lo dispuesto en el artículo anterior y con sujeción, además, a las siguientes reglas: 1.a En el encabezamiento deberán expresarse los nombres de las partes y, cuando sea necesario, la legitimación y representación en virtud de las cuales actúen, así como los nombres de los abogados y procuradores y el objeto del juicio.

En resumen, el encabezamiento ha de contener los nombres de las partes, y cuando sea necesario, la legitimación representación en virtud de las cuales actúen, así como los nombres de los abogados y procuradores y el objeto del juicio. La fecha y el lugar en que se adopte. El Tribunal que la dicte, con expresión del Juez o Magistrado que lo integren y el Ponente, en caso de Tribunal colegiado. Veamos un ejemplo en el encabezamiento de la siguiente sentencia:

Marginal: 2353862 N° Resolución: 573/2011 N° Recurso: 513/2011
 Tipo: Sentencia Jurisdicción: Civil Fecha: 16/12/2011
 Tribunal: Audiencia Provincial de Asturias Sala: Sección:
 Procedimiento: Recurso apelación LEC 2000
 Ponente: RAMON IBAÑEZ DE ALDECOA LORENTE
 A favor de: Demandado

Resumen DESAHUCIO.- Los pagos realizados, no pueden enervar el desahucio, pues no consta que antes de la celebración de la vista la arrendataria hubiese pagado o puesto a disposición de la arrendadora todas las cantidades adeudadas hasta esa fecha.-

Se desestima el recurso de apelación interpuesto contra sentencia estimatoria del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Gijón, sobre desahucio por falta de pago de rentas.

La Sala declara que la prueba de los pagos surtió el efecto contemplado en el artículo 449.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en su redacción anterior a la entrada en vigor de la Ley 37/2011, de medidas de agilización procesal), es decir, permitió la admisión a trámite del recurso, pero en modo alguno puede surtir el efecto enervatorio del desahucio que pretende la apelante, en primer lugar, porque ésta no compareció en la primera instancia, y no solicitó que se tuviese por enervada la acción, ni se acreditó en la vista de ningún modo que se hubiese efectuado el pago, por lo que no cabe presumir que la arrendadora fuese conocedora de que le habían sido ingresadas esas cantidades antes de la vista, ni consta que antes de la celebración de la vista la arrendataria hubiese pagado o puesto a disposición de la arrendadora todas las cantidades adeudadas hasta esa fecha, tal y como exige el artículo 22.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 7

GIJON

SENTENCIA: 00573/2011

AUDIENCIA PROVINCIAL DE

GIJON

Sección 007

-

Domicilio : PRENDES PANDO 1-3ª PLANTA

Telf : 985176944-45

Fax : 985176940

Modelo : SEN000

N.I.G.: 33024 42 1 2011 0001937

ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000513 /2011

Juzgado procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 3 de GIJON

Procedimiento de origen : JUICIO VERBAL 0000266 /2011

RECURRENTE : Alicia

Procurador/a : VICTORIA MEANA DE LA ROZA

Letrado/a : GLORIA MARIA MORO RODRIGUEZ

RECURRIDO/A : Estela , Nicolasa

CONCLUSIONES

Procurador/a : CONSOLACION GONZALEZ PRADA,
Letrado/a : MANUEL ANGEL MACHARGO FERNANDEZ,
SENTENCIA NÚM. 573/2011
ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:
D. RAMÓN IBÁÑEZ DE ALDECOA LORENTE
D. JULIÁN PAVESIO FERNÁNDEZ
D^a MARTA MARÍA GUTIÉRREZ GARCÍA

En Gijón, a dieciséis de diciembre de dos mil once.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección 007, de la Audiencia Provincial de GIJON, los Autos de JUICIO VERBAL 0000266 /2011, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 3 de GIJON, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000513 /2011, en los que aparece como parte apelante, Alicia, representada por la Procuradora de los tribunales, Sra. D^a VICTORIA MEANA DE LA ROZA, asistida por la Letrada D^a. GLORIA MARIA MORO RODRIGUEZ, y como parte apelada, Estela, representada por la Procuradora de los tribunales, Sra. D^a CONSOLACION GONZALEZ PRADA y asistida por el Letrado D. MANUEL ANGEL MACHARGO FERNANDEZ, Y Nicolasa, declarada en la Primera Instancia en situación procesal de rebeldía y no comparecida en esta alzada, sobre Resolución de Contrato de Arrendamiento por Impago de Rentas, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. D. RAMÓN IBÁÑEZ DE ALDECOA LORENTE.

Además de los rasgos previstos por la legislación vigente, las sentencias españolas suelen incluir un resumen, antes del encabezamiento, en el que aparecen los mismos datos que se apuntarán con posterioridad. Este aspecto no está definido por la legislación y es una práctica común.

Como podemos observar en el ejemplo, y en el resto de sentencias analizadas, en primer lugar, aparece la fecha y el lugar del pronunciamiento junto a otros datos informativos. A continuación, aparece el resumen citado anteriormente, en el que se describe el tipo de procedimiento, las instancias por las que se ha pasado y la legislación utilizada para dictar la resolución.

Seguidamente, tal y como dice la legislación, se designa el Tribunal el domicilio y los datos de las partes, así como de sus Letrados, representantes y Procuradores y por último el/los nombre/s de/l los Magistrado/s. a continuación se introduce la ciudad en la que se dicta y la fecha del pronunciamiento.

En el encabezamiento de la sentencia española, antes del resumen, se incluyen igualmente los datos relativos al caso, es decir, si procede de otro juzgado, si se tramitó anteriormente ante otro tribunal, y, en ese caso, la legislación que se aplicó en dicho momento.

En cuanto a los aspectos morfosintácticos, es de destacar el uso tan frecuente del participio y de las formas no personales del verbo. Al presentarse los hechos, se suele hacer en una única oración, separando sus partes por comas. Asimismo, se emplea la mayúscula para designar los nombres de las partes, magistrados y datos significativos de la sentencia.

Fallo

La unidad textual de primer grado *Tenor* o fallo está compuesta por unidades textuales de menor grado en las que se presenta el resultado del asunto de una forma en la que igualmente se impone a la parte perdedora el resultado. A este respecto, Berg & Zimmermann (1990: 1) afirman que se trata de “vollstreckbaren Ausspruch des Gerichts, den die erkennende Instanz nicht mehr abändern kann”²⁰⁷. En esta unidad textual es donde se decide la cuestión planteada ante el tribunal. Por este motivo el tipo de acto de habla de esta unidad textual se denominará “decisión del punto litigioso”. En este apartado resulta relevante el término en alemán “entscheiden” y en español “dictar/fallar” una sentencia. Por ello, analizaremos a continuación, con ayuda de las fichas terminológicas presentadas anteriormente, su relevancia.

²⁰⁷ “Sentencia ejecutoria del Tribunal que no puede ser modificada por parte de la Instancia que entra a conocer de los hechos”.

DE – ES	
CAMPO DE UTILIZACIÓN: Ámbito jurídico	
MACROGÉNERO: <i>Textos judiciales</i>	
GÉNERO: <i>Sentencias</i>	
REFERENCIA: 2-18 O 172/07	
[DE] ENTRADA: entscheiden	
DEFINICIÓN:	
[A] - (einen Zweifelsfall) [endgültig] klären und darüber ein Urteil fällen.	
Beispiel: das Gericht wird den Streit entscheiden	
26. in einem Zweifelsfall anordnend bestimmen	
Beispiel: über den Einsatz von Truppen entscheiden	
Fuente: www.duden.de	
CONTEXTO 1:	
(…), das Bundesverwaltungsgericht habe mit Urteil vom 24. April 2002 (Az. 6 C 2/2 002) entschieden, dass die angefochtene Verfügung des BA We rechtmäßig sei.	
FUENTE: <i>Sentencia nº 2-18 O 172/07</i>	
NOTA:	
[ES] ENTRADA: Fallar o dictar sentencia	
DEFINICIÓN: del concepto fallar en español, deriva el término fallo: En sentido amplio, significa lo mismo que sentencia. En sentido estricto, es la parte decisoria de la sentencia; es decir, la parte final de la misma en la que el juzgador decide el pleito condenando o absolviendo. Además de poder dictarse de viva voz en los casos previstos por la ley, la sentencia suele revestir la forma escrita. Se inicia con el encabezamiento y, seguidamente, en párrafos separados y numerados, se exponen los antecedentes de hecho o elementos fácticos que han sido alegados y tienen relevancia en el litigio; a continuación, y si es el caso, los hechos probados. Finalmente y antes del fallo, los fundamentos de derecho. Los antiguos resultando se corresponden a los actuales antecedentes de hecho y hechos probados; los actuales fundamentos de derecho se corresponden con los antiguos considerandos. La sentencia lleva la firma del juez o de los magistrados. El documento público y solemne en que se consigna una sentenci a firme se denomina ejecutoria.	
Fuente: Diccionario Jurídico Ribó	
ANÁLISIS APLICADO A LA TRADUCCIÓN:	
aunque el término alemán <i>entscheiden</i> puede verter al español gran diversidad de resultados, el que pertenece al campo jurídico o judicial, es el del fallar o dictar sentencia; concepto relacionado con el fallo, que es la parte más importante de una sentencia. Término unívoco.	
[ES] PROPUESTA DE TRADUCCIÓN ENTRADA: fallar o dictar (una sentencia)	
PROPUESTA DE TRADUCCIÓN AL ESPAÑOL CONTEXTO 1:	
(…) el Tribunal de lo Contencioso Administrativo Alemán dictó en su sentencia de fecha 24 de abril de 2002 (Az. 6 C 2/2 002) que la disposición tan discutidas del BAWe sería legítima.	

Según la definición presentada²⁰⁸, resulta relevante para nuestro objeto de estudio el dato por el que se plantea que el acto de habla “entscheiden” se realiza mediante otro acto (... , indem...). Esto se debe al hecho de que dentro de la ciencia del Derecho se diferencia entre varios tipos de sentencias en las que se detallan distintos tipos de actos de habla relacionados con el fallo. Se diferencia entre las sentencias que únicamente confirman una relación jurídica, como son las sentencias condenatorias²⁰⁹ y las sentencias declarativas, y las sentencias en las que se plantea la ejecución de la relación jurídica, como ocurre con las sentencias constitutivas²¹⁰. Un ejemplo claro sobre estos tipos de sentencias son las que resultan de un divorcio²¹¹. Estos tipos de sentencias se diferencian principalmente en las consecuencias que tienen para las partes y, debido a que dichas consecuencias han de ser comunicadas a los receptores, para que actúen en consecuencia, sería plausible aceptar el hecho de que éstos encontrarán sus consecuencias en las unidades textuales que conforman el *Tenor*. Por eso nos referimos a las características descriptivas de los tipos de sentencias como características generales de los tipos de acto de habla que proponemos en el análisis del *Tenor*.

En este sentido, la realización del tipo de acto de habla que se utiliza para la “decisión del punto litigioso” se basa en el contexto del acto de la

²⁰⁸ “Aclarar de forma definitiva un caso de duda en el que se dicta una sentencia con respecto al asunto en cuestión”.

²⁰⁹ “Una sentencia condenatoria o de condena es aquella mediante la que se impone la realización de una prestación que puede consistir en hacer, no hacer, o dar”.

²¹⁰ En el sistema judicial español existen los siguientes tipos de sentencias: 1) Sentencia definitiva: todas aquellas que finalizan el proceso, es decir, las que concluyen un juicio en una instancia. 2) Sentencia interlocutorias: destinadas o encargadas de resolver incidentes o cuestiones secundarias. 3) Sentencias firmes: aquellas que yano admiten tipo alguno de recurso, sea ordinario o extraordinario o, en caso de que sea posible alguno de ellos, transcurre el plazo fijado sin que el mismo se haya interpuesto. 4) Sentencias ejecutorias: todas las ejecutadas, es decir, aquellas que han producido todo su efecto llevándose a cabo la oportuna ejecución de los requerimientos expresados en el fallo. Este tipo de sentencias, como es lógico, lleva implícito la condición de firme, razón por la que se ha podido llevar cumplimiento.

²¹¹ En este sentido vid. HOLL, I. *Textología Contrastiva, derecho comparado y traducción jurídica: Las sentencias de divorcio alemanas y españolas* Berlín: Frank & Timme GmbH. 2011.

comunicación de las sentencias con respecto a la realización de la “decisión del punto litigioso” como acto de habla instrumental.

—*TENOR (Fallo alemán)*

Centrándonos en las sentencias alemanas, el tipo de acto de habla que se realiza en la unidad textual *Tenor*, normalmente se refiere a tres ámbitos de decisión, que se ven fundamentados por la legislación alemana en la Ley de Procedimiento Civil (ZPO):

Die Hauptsache: § 300 I ZPO: “Ist der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif, so hat das Gericht sie durch Endurteil zu erlassen”.

Die Kosten: § 103 I ZPO: “Der Anspruch auf Erstattung der Prozesskosten kann nur auf Grund eines zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titels geltend gemacht werden”

Die Vollstreckbarkeit: § 704 I ZPO: “die Zwangsvollstreckung aus Endurteilen (stattfindet), die rechtskräftig oder für vorläufig vollstreckbar erklärt sind”.²¹²

Cada uno de estos apartados tiene sus propios sub-tipos de actos de habla. A continuación se presenta un ejemplo de la manifestación de dichos sub-tipos de actos de habla:

Hauptsache: die Klage wird abgewiesen.

Kostenverteilung: die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Vollstreckbarkeit: Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe des jeweils zu vollstreckenden Betrages zzgl. 10% vorläufig vollstreckbar.

²¹² - El fondo del litigio: § 300 I ZPO: “Si el litigio está preparado para el fallo, el Tribunal ha de fallar una sentencia”.

- Costas: § 103 I ZPO: “El derecho a la restitución de las costas procesales solo se puede ejercer en base a un título adecuado de una ejecución judicial”.

- Ejecutoriedad: § 704 I ZPO: “La ejecución judicial en un fallo ha de ser declarada jurídicamente o provisionalmente ejecutoria”.

A continuación se presentarán cada uno de esos ámbitos y sub-actos de habla analizados en nuestro corpus textual.

—*Hauptsache*

EJEMPLOS

I. Die Beklagte **wird verurteilt**,

an die Klägerin

240.000,- € zuzüglich

Jahreszinsen von fünf Prozentpunkten über dem von der Deutschen Bundesbank

veröffentlichten Basiszins seit dem 24.01.2007 aus 160.000,- € und seit dem 03.05.2007 aus

weiteren 80.000,- € zu zahlen.

II. Es **wird festgestellt**,

dass der Beklagten gegen die Klägerin keinerlei weiteren Rechte aus oder im

Zusammenhang mit dem CMS-Spread-Sammler-Swap Geschäft (Nr. x, Laufzeit

01.06.2005 bis 01.06.2010) zustehen.

III. Die weitergehende Klage **wird abgewiesen**.

IV. Den Beklagten **bleibt** die Ausführung ihrer Rechte im Nachverfahren

vorbehalten.

V. Der in der ordentlichen Hauptversammlung der Beklagten am 21.06.2004 gefasste Beschluss zu Tagesordnungspunkt 6. über die Zustimmung zur Veräußerung der D.-N.-Gruppe, wobei der Beschluss wie folgt zur Beschlussfassung angekündigt war:

„Vorstand und Aufsichtsrat schlagen vor, der Veräußerung der D.-N.-

Gruppe und in diesem Zusammenhang dem Kaufvertrag vom 19. April

2004 (UR-Nr. 17/2004 des Notars P. B. A. in Z./Schweiz) zuzustimmen.“

und gleichlautend so beschlossen wurde, **wird** für nichtig **erklärt**.

En el análisis del fondo del asunto (*Hauptsache*), el tipo de acto de habla “decisión del punto litigioso” aparece en todas las sentencias alemanas estudiadas. En la mayoría de ellas, aparece con más de una oración. En dichas sentencias, la unidad textual está compuesta por dos o tres oraciones y cada una de ellas representa un acto de habla diferente. Casi siempre se

redactan en voz pasiva, excepto en el ejemplo IV (bleibt vorbehalten), en la que utiliza el tiempo *bleiben* para construir una “pasiva de estado” (*Zustandspassiv*). Los sub-actos de habla que aparecen dentro de “decisión del punto litigioso” son:

27. *Leistungspflicht bestätigen* con el verbo *wird verurteilt*
28. *Feststellen* con el verbo *wird festgestellt, abweisen y erklären*

En el caso del sub-acto de habla – “confirmación de prestación obligatoria” se utiliza el verbo *verurteilen* principalmente (ver ficha terminológica). Según la valencia del verbo, éste tiene tres casos semánticos: agente, paciente y contenido.

- a) El agente no se realiza mediante el verbo *verurteilen* por lo que se ha de deducir del contexto del acto. Claramente se trata del Tribunal, pero no aparece mencionado. En alemán, existe la convención de que los verbos que expresan algo dictado por el tribunal, se utilizan en pasiva sin el complemento agente. Con ello, el componente (corroborador) que podría ponerse de forma explícita, se mantiene tematizado de forma implícita en el texto.
- b) Con respecto al paciente, éste se realiza mediante grupos nominales que son las partes, como ocurre con *Beklagte*, *Klägerin*, etc. y aparecen como sujetos pacientes. Estos grupos nominales tematizan al componente (obligado).
- c) Del mismo modo, el contenido se realiza mediante los casos semánticos con oraciones pasivas muy frecuentemente, construcciones de infinitivo y tiempos perfectos. Esto representa la obligación a la que se ha de someter mediante la realización del acto de habla.

Con respecto al sub-acto de habla “manifestar/constatar” existen varias posibilidades de realización. En primer lugar, con el verbo

*feststellen*²¹³. El agente de dicho verbo no se realiza, razón por la cual el componente (corroborador) se tematiza de forma implícita. El componente (relación jurídica) se tematiza con la oración de relativo que empieza con “dass” que, realmente, tiene la función de sujeto. El componente (receptor de la investigación/comprobación) puede ser tematizado de forma implícita o con otra oración de relativo tal como se ocurre en el ejemplo expuesto. En segundo lugar se puede realizar con el verbo *abweisen* (die Klage wird abgewiesen), *erklären* (die Zwangsvollstreckung ... wird für unzulässig erklärt), o *aufrechterhalten*. Los tres verbos aparecen con menor frecuencia que el anterior, sin embargo, es necesaria su mención debido a que aparecen en segundo lugar en muchas de las sentencias. A continuación se muestra una tabla de frecuencias:

Nº Sentencias	Realizaciones	Cantidad
30	Verurteilen	9/30
	Feststellen	10/30
	Erklären	5/30
	Abweisen	9/30
	Aufrechterhalten	3/30

²¹³ Véase ficha terminológica

—Kosten

EJEMPLOS

- I. Die Beklagten **haben** die Kosten des Rechtsstreits **zu tragen**.
- II. Die Kläger **haben** die Kosten des Rechtsstreits als Gesamtschuldner **zu tragen**; der Kläger zu 3) jedoch lediglich hinsichtlich 50% der Kosten. Der Kläger zu 3) **hat** im Übrigen seine eigenen Kosten selbst **zu tragen**. Die Kosten der Nebenintervention **hat** der Streithelfer **zu tragen**.
- III. Die Kosten des Rechtsstreits **trägt** die Klägerin.
- IV. Die Gerichtskosten **trägt** die Antragstellerin zu 75 % und die Antragsgegnerin zu 1. zu 25 %. Die Kosten der Antragsgegnerin zu 2. **trägt** die Antragstellerin vorab. Die Kosten der Antragstellerin **trägt** diese zu 75 % und die Antragsgegnerin zu 1. zu 25 %. Die Kosten der Antragsgegnerin zu 1. **trägt** diese zu 50 % und die Antragstellerin zu 50 %.

En la realización de este sub-acto de habla se condena en costas. Dicha unidad textual suele estar formada en general por una oración totalmente independiente (ej. I y III) aunque en alguna ocasión suele estar formada por más de una oración (ej. II). En 28/30 casos las oraciones de las unidades textuales tienen por sujeto un grupo nominal que es una de las partes del litigio (*Kläger /Beklagter*) y normalmente el objeto de la oración es otro grupo nominal (*Kosten*). En los dos casos restantes el sujeto es un grupo nominal (*Kosten*) y la parte a la que corresponde la condena se introduce con un genitivo.

En 28/30 casos se utiliza la construcción de infinitivo “*haben ... zu tragen*”²¹⁴ y en 2/30 se utiliza presente de indicativo. La mayoría de las sentencias tematiza este acto de habla como un deber, de ahí la

²¹⁴ En alemán, la construcción *haben + zu + infinitivo* tienen el valor de *müssen*, verbo modal de obligación.

construcción de infinitivo y que el sujeto sea una de las partes. Con esto se realiza igualmente la autoridad del acto de habla en sí.

A continuación se presenta la frecuencia de uso en las sentencias analizadas:

Nº Sentencias	Realizaciones	Cantidad
30	Hat ... zu tragen	14/30
	Trägt	2/30
	Haben ... zu tragen	18/30

—*Vollstreckbarkeit*

EJEMPLOS

I. Das Urteil **ist** gegen Sicherheitsleistung in Höhe des jeweils zu vollstreckenden Betrages zzgl. 10% vorläufig **vollstreckbar**.

II. Das Urteil **ist** vorläufig **vollstreckbar**.

III. Die Beklagten **können** die **Vollstreckung** durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

La unidad textual en la que aparece dicho acto de habla aparece en 17/30 sentencias. Las sentencias que no tienen dicha unidad textual se refieren a una confirmación de una disposición provisional y en ese tipo de sentencias no es necesario que aparezca el principio de ejecutoriedad²¹⁵.

²¹⁵ Véase § 108, 708-712 ZPO.

La realización del principio de ejecutoriedad puede formar parte de un acto de habla simple o puede contener varias partes. En todas las sentencias en las que aparece tiene la forma de una oración sintácticamente independiente. La estructura sintáctica que presenta este acto de habla suele tener como sujeto un grupo nominal (*das/Dieses Urteil*), como verbo “*sein*” en su forma activa en presente y en el predicado suele aparecer la fórmula *vorläufig vollstreckbar*, tal y como aparece en la legislación vigente. Del mismo modo, en tres de las sentencias se tematiza dicho acto de habla con el sustantivo *Vollstreckung*. Suele suceder que en ese caso, ya no aparece una única oración, sino que suelen aparecer, al menos dos o tres. Cuando se redacta de esta manera es debido a que existe más de un sub-tipo de acto de habla que suelen ser las condiciones de la ejecutoriedad, y que se tematiza en cada una de las oraciones.

Se muestra, a continuación, la tabla de frecuencia de uso:

Nº Sentencias	Realizaciones	Cantidad
30	Ist ... vollstreckbar	14/30
	Können ... Vollstreckung	3/30

—Fallo Español

Antes de presentar los ejemplos y características del fallo en español, pondremos de manifiesto que existen algunas diferencias entre el tenor alemán y el fallo español. La principal diferencia en cuanto al fallo, es la posición que ocupa dentro de la propia sentencia. En alemán aparece en segundo lugar, tras el encabezamiento; en español aparece al final de la sentencia, como decisión final tras los fundamentos de derecho²¹⁶. Del

²¹⁶ Esto es debido a que es la conclusión final; la conclusión resolutive y según argumenta A. Hernández Gil (1986: 21): “Las distintas partes de la sentencia conducen a la conclusión. La conclusión y el fallo no se identifican necesariamente. La conclusión es el resultado del desarrollo argumental efectuado mediante el tratamiento de los hechos y el derecho. Puede tener una expresión, que siempre contribuirá a la claridad, o puede quedar parcialmente expuesta a propósito de las diferentes cuestiones tratadas o simplemente sobreentendida... El fallo es la parte dispositiva de la sentencia.”

mismo modo, existen otras pequeñas diferencias en cuanto a su estructura de contenido:

ALEMÁN		ESPAÑOL	
29.	Hauptsache	32.	Pronunciamientos (estimación o
30.	Kosten		desestimación.
31.	Vollstreckbarkeit	33.	Costes y plazos
		34.	Notificación
		35.	Firma y rúbrica

Como podemos observar, en cuanto a las dos primeras unidades textuales, el fallo alemán y el fallo español son equivalentes, pero no al 100%. Además, en la sentencia española se añaden los plazos, la notificación y la firma y rúbrica, tal y como se expresa en la legislación. En el fallo se tematiza el tipo de acto de habla “pronunciamiento o decisión del punto litigioso” y se redacta según la Ley de Enjuiciamiento en su Art. 219.4:

Art. 219 El fallo, que se acomodará a lo previsto en los artículos 216 y siguientes, contendrá, numerados, los pronunciamientos correspondientes a las pretensiones de las partes, aunque la estimación o desestimación de todas o algunas de dichas pretensiones pudiera deducirse de los fundamentos jurídicos, así como el pronunciamiento sobre las costas. También determinará, en su caso, la cantidad objeto de la condena, sin que pueda reservarse su determinación para la ejecución de la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 219 de esta Ley.

FALLO

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Ceferino contra la Sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado- del juzgado de Primera Instancia nº 4 de los de Cádiz en los autos de que este rollo trae causa, debemos revocar y revocamos parcialmente la misma, en el sentido de limitar la pensión compensatoria señalada en la sentencia de instancia a dos años desde la fecha de la presente resolución, estableciendo, asimismo, la obligación de D. Ceferino de abonar con carácter exclusivo la deuda existente con la entidad Cajasol, manteniendo el resto de la Resolución recurrida, todo ello sin hacer expresa imposición al apelante de las costas de esta alzada , acordando asimismo, la devolución del depósito constituido. Notifíquese la presente a las partes en el domicilio indicado a efectos de notificaciones en esta Ciudad , conforme al artículo 248, nº 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y con certificación de la presente, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia para la ejecución de lo resuelto.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá testimonio al rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Del mismo modo, en el análisis del corpus español, al contrario de lo que ocurre en el corpus alemán, existen algunas diferencias en cuanto a la ejecutoriedad de la sentencia. En alemán podría aparecer o no en el *Tenor*, mientras que en la sentencia española ha de aparecer siempre según la legislación, aunque analizaremos más profundamente este aspecto más adelante.

—*Pronunciamiento*

EJEMPLOS

- I. Por lo expuesto, éste Tribunal DECIDE: **Desestimar** el recurso de apelación interpuesto por la representación de D^a Alicia, contra la sentencia dictada el 25 de abril de 2.011, por el juzgado de Primera Instancia nº 3 de Gijón, en los autos de Juicio Verbal de Desahucio nº 266/2011, y, en consecuencia, confirmar la citada resolución, ...
- II. Primero .- QUE **DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS** NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS POR INFRACCION PROCESAL Y DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de "PROMOCION Y CONSTRUCCION AZULEJOS Y PAVIMENTOS, S.L. (PYCAPA,S.L.)" contra la Sentencia dictada por la sección 1^a de la Audiencia Provincial de Zamora, en fecha 13 de mayo de 2008, que SE CONFIRMA.
- III. **Desestimar** el recurso de casación formulado por el procurador Don Pedro M^a Santín Díez, en la representación que acredita del Banco Guipuzcoano, SA, contra la Sentencia dictada por la sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 9 de Enero de

2009,...

- IV. **Con desestimación** del recurso de apelación interpuesto por la representación de Doña Salvadora, contra la Sentencia dictada en fecha 22 de diciembre de 2009 , por el juzgado de Primera Instancia nº 1 de Betanzos, confirmamos la precitada resolución, ...
- V. **Desestimar** los recursos formulados por la Procuradora Doña Carmen María Moreno Reyes, en la representación que acredita de Doña Celia, contra la Sentencia dictada por la sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba de 14 de Noviembre de 2008, con expresa imposición de las costas causadas a la recurrente.

En la realización del pronunciamiento existen igualmente varios sub-tipos de actos de habla. El principal es el de “estimar-desestimar”. En este sub-tipo de acto de habla hemos observado que pueden ocurrir tres aspectos principalmente obtenidos de las 30 sentencias analizadas:

1. Que todo el fallo se dicte en una oración, por lo que hemos tenido que acotar dicho sub-tipo de acto de habla. 5/30
2. Que el fallo se estructure en enumeraciones y se separen los sub-tipos de actos de habla. 12/30
3. Que el fallo se estructure en oraciones separadas pero sin enumerar. 13/30

Centrándonos en el sub-tipo de acto de habla se observan las siguientes características:

36. En 4/30 sentencias aparece una introducción en la que se expone que es el Tribunal quien decide. (ej. I).
37. En 4/30 sentencias se estructura el sub-tipo de acto de habla comenzando con la preposición “con” más el grupo nominal Estimación / desestimación: CON + ESTIMACIÓN/DESESTIMACIÓN (ej. IV)
38. En 26/30 sentencias se estructura el sub-tipo de acto de habla comenzando con el verbo en infinitivo.
39. Por tanto, únicamente en 4/30 sentencias aparece un grupo nominal como sujeto.

Por otra parte, hemos de mencionar que en la mayoría de los fallos analizados aparecen principalmente formas no personales del verbo y abundante sustantivación²¹⁷.

EJEMPLOS

- I. Por lo expuesto, éste Tribunal DECIDE: Desestimar el recurso de apelación **interpuesto** por la representación de D^a Alicia, contra la sentencia **dictada** el 25 de abril de 2.011, por el juzgado de Primera Instancia nº 3 de Gijón, en los autos de Juicio Verbal de Desahucio nº 266/2011, y, en consecuencia, **confirmar** la citada resolución, ...
- II. Primero .- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO **HABER LUGAR** A LOS RECURSOS POR INFRACCION PROCESAL Y DE CASACIÓN **interpuesto** por la representación procesal de "PROMOCION Y CONSTRUCCION AZULEJOS Y PAVIMENTOS, S.L. (PYCAPA,S.L.)" contra la Sentencia **dictada** por la sección 1^a de la Audiencia Provincial de Zamora, en fecha 13 de mayo de 2008, que SE CONFIRMA.
- III. Desestimar el recurso de casación **formulado** por el procurador Don Pedro M^a Santín Díez, en la representación que acredita del Banco Guipuzcoano, SA, contra la Sentencia **dictada** por la sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 9 de Enero de 2009,...
- IV. Con **desestimación** del recurso de apelación **interpuesto** por la representación de Doña Salvadora, contra la Sentencia **dictada** en fecha 22 de diciembre de 2009 , por el juzgado de Primera Instancia nº 1 de Betanzos, confirmamos la precitada resolución, ...
- V. Desestimar los recursos formulados por la Procuradora Doña Carmen María Moreno Reyes, en la representación que acredita de Doña Celia, contra la Sentencia **dictada** por la sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba de 14 de Noviembre de 2008, con expresa **imposición** de las costas **causadas** a la recurrente.

²¹⁷ Véase capítulo sobre las características del lenguaje judicial.

—*Costas*

EJEMPLOS	
I.	No se hace imposición de las costas de esta alzada.
II.	... con expresa imposición de las costas a la parte recurrente.
III.	... con imposición a la parte recurrente de las costas ocasionadas en esta alzada.
IV.	Se condena al pago de las costas de ambos recursos a la parte recurrente.

En la realización del pronunciamiento, tal y como ocurre en alemán, encontramos el sub-tipo de acto de habla “costas”, en el que se observan las siguientes características:

40. En 6/30 sentencias se estructura dicho sub-tipo en oraciones independientes. En el análisis de dichas oraciones hemos observado que siempre aparece la voz pasiva (ej. I y IV) con SE, otorgándole mayor importancia al pronunciamiento en sí y al paciente, que al agente.

41. En 24/30 sentencias se sustantiva el verbo “imponer” en costas cumpliéndose así las características de este género textual. (ej. II y III).

En la realización de este sub-tipo, se condena en costas. Dicha unidad textual suele estar formada, en general por una oración subordinada como se puede ver en los ejemplos, por lo que muestra diferencias en cuanto al alemán ya que en éste, aparece en oraciones independientes. Del mismo modo no existe sujeto en la realización de este subtipo, sino que el paciente aparece como objeto indirecto de la acción.

—*Notificación y plazos*

Este sub-tipo no aparece en el fallo alemán, por lo que lo analizaremos de forma independiente. En la unidad textual “promulgación” – y en el tipo de acto de habla “notificación” puede aparecer en ocasiones el sub-tipo “plazo”. Estos sub-tipos no son de obligatoriedad en la sentencia, por lo que la frecuencia de aparición es menor.

EJEMPLOS

- I. Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas preparar recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el **plazo** de los cinco días siguientes al de su **notificación** conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.
- II. Contra esta Sentencia cabe recurso de casación y, en su caso, extraordinario por infracción procesal ante la Sala 1ª del Tribunal Supremo, por razón de interés vacacional, siempre que concurren los presupuestos legales para su admisión, a interponer ante este Tribunal en el **plazo** de veinte días a contar desde la **notificación** de esta sentencia.

La realización de estos sub-tipos suele venir condicionada por la posibilidad de que exista otro tipo de acto de habla que es la interposición de un recurso contra la resolución. Este acto de habla es el condicionante para que se realicen los otros dos. En el análisis de las 30 sentencias hemos encontrado una frecuencia de 3/30 y siempre nominalizada.

—Firma

En la realización de la unidad textual “pronunciamiento” en el acto de habla de la decisión en las sentencias españolas, la firma, es un deber de obligatoriedad según la legislación y está fuertemente convencionalizada.

EJEMPLOS

- I. Así por esta nuestra sentencia, definitivamente **juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.**
- II. Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, **lo pronunciamos, mandamos y firmamos** Francisco Marín Castan. Jose Antonio Seijas Quintana, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Roman García Varela, Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y Rubricado.-
- III. Así por ésta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, **lo pronunciamos, mandamos y firmamos.**
- IV. Así, por esta nuestra Sentencia de la que se llevará certificación al rollo de Sala **lo pronunciamos, mandamos y firmamos.**

Como podemos observar en los ejemplos, en todas y cada una de las sentencias analizadas aparece en la firma la frase: “lo pronunciamos, mandamos y firmamos”. Cabe destacar que este sub-tipo de acto de habla si tiene un sujeto que es un grupo nominal o elíptico refiriéndose al tribunal y siempre en primera persona del plural. Este apartado tiene relevancia ya que es el tribunal quien firma la sentencia como símbolo de su certificación y poder. Une los tres verbos: pronunciar, mandar y firmar, que han de aparecer siempre.

—*Publicación*

La realización de la unidad textual “pronunciamiento” en español añade, aunque no siempre, un sub-tipo de acto de habla, al que llamaremos “publicación”. Aparece siempre al final del fallo y en párrafo aparte. Siempre se introduce con la palabra PUBLICACIÓN en mayúscula.

EJEMPLOS

- I. PUBLICACIÓN.- **Leída y publicada** que fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman, estando celebrando audiencia Pública el mismo día de su fecha, de todo lo cual doy fe.
- II. PUBLICACIÓN.- **Leída y publicada** fue la anterior Sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio Seijas Quintana, ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo , en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.
- III. PUBLICACIÓN.- **Dada y pronunciada** fue la anterior Resolución por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo Secretario doy fe.

Este de acto de habla viene normalmente introducido por dos verbos en participio: “leída y publicada”. Al igual que sucede con el sub-tipo “estimar-desestimar” la mayoría de los verbos aparecen en su forma no personal del verbo. Este sub-tipo aparece en 11/30 de las sentencias estudiadas.

Antecedentes de hecho

En esta unidad textual tendrá una gran relevancia el tipo de acto de habla “exposición del punto litigioso”. Esta unidad textual sirve así para documentar la decisión tomada en el fallo, en la que se describirán las razones por las que las partes litigan y el fondo esencial del litigio. Tanto en la Ley de Enjuiciamiento Civil alemana como española, es válida la máxima de enjuiciamiento de que las partes decidirán sobre qué materia ha de juzgar el tribunal. Los hechos que son indiscutibles para las partes han de ser tomadas como ciertos por parte del Tribunal. Esto significa que la decisión del tribunal solo se ha de basar en lo discutido y no en el resto. La base de la decisión comprende por tanto dos tipos de decisión:

- 1) Temas/aspectos en los que existe conformidad entre las partes;
- 2) Temas/aspectos sobre los que existe conflicto (litigio)

Para documentar que el Magistrado ha observado las máximas mencionadas antes en su decisión, resulta muy importante la distinción entre los tipos de información que aparecen en la sentencia. Por eso, se expresa el litigio a través de la realización de un tipo de acto de habla específico – “la exposición”. Una característica general de este tipo de acto de habla es que en su realización se esbozará la información dada en la unidad textual correspondiente como la descripción de una declaración realizada por una persona determinada. En los antecedentes de hecho dicha persona es siempre distinta del emisor de la sentencia.

Desde un punto de vista objetivo, la característica mencionada sobre la máxima del proceso, es válida para toda la información en los antecedentes de hecho. Todas las informaciones relacionadas con el litigio son comunicadas por personas distintas al emisor de la sentencia. No obstante, en el estado de la cuestión esta característica no tiene especial relevancia, pues lo dicho ha de ser tomado como cierto. Por lo tanto, dicha información será tomada como una forma de realización del tipo de acto de habla “exponer”, cuya característica general es “describir los antecedentes de

hecho”. Por el contrario, en el litigio, es muy importante saber quién ha hecho qué declaración, pues el objetivo del Tribunal consiste en dictar una sentencia sobre un punto litigioso que repercute en las opiniones encontradas de las partes con respecto a unas circunstancias. Por este motivo, el tipo de acto de habla que se realiza aquí es “exponer”, ya que las partes han de exponer sus opiniones.

Con respecto a la información que se ha de incluir en los antecedentes, igualmente encontramos los acontecimientos del proceso, que resultan importantes para la decisión. Entre ellos se encuentran los autos de prueba y la declaración de los testigos. Aquí es el juez quien decide el significado que le dará a cada una de estas partes. Sin embargo, nuestra línea de investigación se centra en el tipo de acto de habla “exposición”²¹⁸. La elección de este tipo de acto de habla se basa en que con él los dos grupos principales de tipos de actos de habla que aparecen en los antecedentes, éste es el más homogéneo y el más adecuado para la descripción de la convención. Su característica principal es la “descripción de la declaración de una persona”, y por tanto, sus componentes más relevantes son:

²¹⁸ Los antecedentes de hecho se pueden dividir en unidades textuales de segundo grado según el tipo de descripción (ya sea descriptiva o narrativa) y según el objeto que se vaya a describir. Sin embargo hemos de manifestar que todas las unidades textuales que describiremos a continuación no tienen que aparecer obligatoriamente en todas las sentencias:

1. MININARRATIO: se presenta brevemente el litigio y las partes.
2. PRESENTACIÓN DE LAS PARTES: se exponen/presentan las partes y la función que tienen en el litigio.
3. NARRATIO: en esta unidad textual se expondrá cronológicamente el fondo indiscutible del litigio.
4. INTERPRETACIÓN/DISCURSO: esta unidad textual se ocupa de los elementos de ataque y los medios de defensa de las partes.
5. SOLITITUD: esta unidad textual expone las demandas de las partes
6. HISTORIA PROCESAL: aquí se pueden detallar los autos de prueba, pasos del proceso especiales de las partes, etc.
7. DECLARACIONES: en esta unidad textual se expondrán las declaraciones de los testigos y peritos.
8. REMISIÓN: en el caso de las sentencias alemanas aparece una unidad textual en la que se remite a alguna parte determinada de la sentencia. Esta unidad textual se utiliza sobre todo, para incluir las declaraciones de los testigos y los dictámenes de los peritos en los antecedentes. Con esta inclusión obtienen fuerza probatoria sin ser expuestas. Se incluye para apoyar el contenido de alguna declaración.

42. El autor

43. La declaración.

44. *TATBESTAND* (Antecedentes de hecho alemanes)

En el caso de las sentencias alemanas analizadas, hemos encontrado que además del término *Tatbestand*, aparece otro término como título de dicha unidad textual: *Gründe*. Sin embargo, la frecuencia de uso es bastante menor, siendo la de *Tatbestand* de 23/30 sentencias y la de *Gründe* de 7/30.

Tatbestand

Die Klägerin begehrt von der Beklagten die Rückabwicklung eines Zins-Swap-Geschäftes.

Nachdem die Klägerin zuvor aus mehreren Geschäften mit der Beklagten Erfahrungen über Swapgeschäfte gesammelt hatte, besuchten am 7. April 2005 die Mitarbeiter der Beklagten, die Herren A, F. und S., die Klägerin für eine Präsentation gegenüber deren Geschäftsführer und deren Mitarbeiterin, Frau T.. Mit ihrer Präsentation offerierte die Beklagte den Abschluss eines CMS-Spread-Sammler-Swaps mit dem die Beklagte sich verpflichten sollte auf ein zu bestimmendes Nominalvolumen einen festen auf das Jahr berechneten Zinssatz halbjährlich an die Klägerin zu zahlen (konkret: 3 % p.a.), während die Klägerin sich verpflichten sollte, auf dieses Nominalvolumen einen festen auf das Jahr berechneten Zinssatz (konkret: 2 % p.a.) zuzüglich eines weiteren Zinssatzes in Abhängigkeit zur Häufigkeit des Unterschreitens des Abstands zwischen dem auf dem Interbankenmarkt gehandelten 10 Jahres-Swap-Mittelsatz (EUR CMS 10) und dem 2-Jahres-Swap-Mittelsatz (EUR CMS 2) unter bestimmte definierte Schwellenwerte halbjährlich zu zahlen. Die Formel für die Zahlungspflicht der Klägerin wurde wie folgt dargestellt:

$$2 \quad \% + 5 \% * 2N/D$$

wobei

N = die Anzahl der Bankarbeitstage in der betreffenden Halbjahresperiode an denen die Differenz (Spread) zwischen den beiden Swapsätzen (EUR CMS10 minus EUR CMS2) unterhalb der Schwellen von

0,90 % für die Halbjahresperioden 1 und 2

0,85 % für die Halbjahresperioden 3 und 4

0,80 % für die Halbjahresperioden 5 und 6

0,75 % für die Halbjahresperioden 7 und 8

0,70 % für die Halbjahresperioden 9 und 10 notiert

und

D = die Gesamtzahl der Bankarbeitstage in der jeweiligen Halbjahresperiode sein sollte.

Die Zahlungspflicht der Klägerin sollte gleichwohl auf einen aufs Jahr gerechneten Zinssatz von 7 % beschränkt bleiben. Das offerierte Swapgeschäft sollte eine Laufzeit von 5 Jahren haben. Die Beklagte sollte erstmals zum Ablauf der zweiten Halbjahresperiode das Recht haben, das Geschäft halbjährlich zu kündigen.

Bei den erwähnten Swapsätzen CMS10 und CMS2 handelt es sich um Mittelsätze von auf dem Interbankenmärkten gehandelten Standardswaps, die eine Laufzeit von 10 Jahren (CMS10) bzw. 2 Jahren (CMS2) haben und eine Seite des Swapgeschäfts einen festen jährlichen Zinssatz zu zahlen hat, während die andere Seite verpflichtet ist, einen Zinssatz in Höhe des 6-Monats-Euribor (Euro-Interbank-Offered-Rate) zu zahlen.

Die Klägerin erklärte sich, vertreten durch ihren Geschäftsführer, noch am selben Tage mit dem Abschluss des Geschäftes zu einem Nominalvolumen von 4 Mio. Euro einverstanden. Die Beklagte bestätigte den Abschluss des Vertrages mit Schreiben vom 12. April 2005 [Anlage K40].

In Anwendung und unter Ausgleichung der beiderseitigen vertraglichen Zahlungspflichten zahlte die Klägerin am 1. Dezember 2005 und 1. Juli 2005 jeweils 80.000,- € [12]. Weiterhin zahlte sie auf Anfordern der Beklagten am 22. Januar 2007 an diese 80.000,- € unter dem Vorbehalt der Rückforderung [GA 165].

Die Klägerin behauptet,

die Beklagte habe das Swap-Geschäft mit identischer Vertragsgestaltung gegenüber weiteren Kunden angeboten [256].

Bei der Präsentation am 7. April 2005 sei ihr nicht dargestellt worden, welches Höchstmaß der Verlust aus dem offerierten Geschäft erreichen könnte (worst-case-Szenario).

Der Geschäftsführer der Klägerin habe bei dieser Präsentation sinngemäß ausgeführt: „Wenn es wider Erwarten nicht gut laufen würde, könne man ja aussteigen“ und meinte damit, dass man in einem solchen Falle einvernehmlich eine „Kündigung“ des Vertrages gegen Zahlung eines geringen Betrages seitens der Klägerin in einer Größenordnung von bis zu 80.000,- € erzielen könne [GA 10, 316].

Die Klägerin beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen,

an die Klägerin

240.000,- € zuzüglich

Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank seit 1.12.2005 bis 30.06.2006 aus 80.000,- € und seit dem 01.07.2006 bis zum 21.01.2007 aus 160.000,- € und ab dem 22.01.2007 aus 240.000,- € zu zahlen,

2. festzustellen,

dass der Beklagten gegen die Klägerin keinerlei weiteren Rechte aus oder im Zusammenhang mit dem CMS-Spread-Sammler-Swap Geschäft (Nr. 1130720 L, Laufzeit 01.06.2005 bis 01.06.2010) zustehen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte behauptet,

sie habe hinsichtlich des Swap-Geschäftes mit der Klägerin Gegengeschäfte mit anderen Marktteilnehmern geschlossen (Hedgegeschäfte). Sie habe damit ihre Risiken aus dem Geschäft mit der Klägerin auf jegliche nachfolgende Marktentwicklung abgesichert [GA 50 f.].

Gegenüber dem Geschäftsführer der Klägerin sei bei der Präsentation mehrfach mündlich erklärt worden, dass der maximale Gewinn für die Klägerin bei 1 % p.a. und nicht bei 3 % p.a. liege [GA 226].

Die Beklagten macht hilfsweise gegenüber einem Schadensersatzanspruch der Klägerin eine Anrechnung von Vorteilen aus anderen Geschäften in Höhe von insgesamt 304.748,53 € geltend.

Das Gericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen T., A, F. und S.. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Vernehmungsprotokoll verwiesen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Sitzungsprotokolle sowie auf den weiteren Inhalt der Schriftsätze der Parteien Bezug genommen, hinsichtlich der Schriftsätze jedoch nur soweit, wie diese bis zum Zeitpunkt, der der letzten mündlichen Verhandlung entspricht, eingereicht wurden.

A continuación, realizaremos un análisis de la macroestructura para observar qué actos de habla aparecen y delimitar las unidades textuales que estudiaremos. En todas ellas, el acto de habla referencial es el de “exposición”, y lo analizaremos a través de las unidades textuales de segundo grado y los sub-tipos de actos de habla en las que se realiza:

1. MININARRATIO: presentación, en una oración del litigio.

Die Klägerin **begehrt** von der Beklagten die Rückabwicklung eines Zins-Swap-Geschäftes.

En esta unidad textual de segundo grado tenemos una oración activa en la que hay un verbo en presente y que está compuesta por un sujeto y un objeto que son las partes del litigio, en el que se expone el caso de manera muy breve.

2. PRESENTACIÓN DE LAS PARTES: presentación de las partes y la función que cada una tiene en el litigio en un párrafo.

Nachdem die Klägerin zuvor aus mehreren Geschäften mit der Beklagten Erfahrungen über Swapgeschäfte **gesammelt hatte, besuchten** am 7. April 2005 die Mitarbeiter der Beklagten, die Herren A, F. und S., die Klägerin für eine Präsentation gegenüber deren Geschäftsführer und deren Mitarbeiterin, Frau T.. Mit ihrer Präsentation **offerierte** die Beklagte den Abschluss eines CMS-Spread-Sammler-Swaps mit dem die Beklagte **sich verpflichten sollte** auf ein zu bestimmendes Nominalvolumen einen festen auf das Jahr berechneten Zinssatz halbjährlich an die Klägerin **zu zahlen** (konkret: 3 % p.a.), während die Klägerin **sich verpflichten sollte**, auf dieses Nominalvolumen einen festen auf das Jahr berechneten Zinssatz (konkret: 2

% p.a.) zuzüglich eines weiteren Zinssatzes in Abhängigkeit zur Häufigkeit des Unterschreitens des Abstands zwischen dem auf dem Interbankenmarkt gehandelten 10 Jahres-Swap-Mittelsatz (EUR CMS 10) und dem 2-Jahres-Swap-Mittelsatz (EUR CMS 2) unter bestimmte definierte Schwellenwerte halbjährlich **zu zahlen**. Die Formel für die Zahlungspflicht der Klägerin **wurde** wie folgt **dargestellt**:

$$2 \quad \% + 5 \% * 2N/D$$

wobei

N = die Anzahl der Bankarbeitstage in der betreffenden Halbjahresperiode an denen die Differenz (Spread) zwischen den beiden Swapsätzen (EUR CMS10 minus EUR CMS2) unterhalb der Schwellen von

0,90 % für die Halbjahresperioden 1 und 2

0,85 % für die Halbjahresperioden 3 und 4

0,80 % für die Halbjahresperioden 5 und 6

0,75 % für die Halbjahresperioden 7 und 8

0,70 % für die Halbjahresperioden 9 und 10 notiert

und

D = die Gesamtzahl der Bankarbeitstage in der jeweiligen Halbjahresperiode **sein sollte**.

Die Zahlungspflicht der Klägerin **sollte** gleichwohl auf einen aufs Jahr gerechneten Zinssatz von 7 % **beschränkt bleiben**. Das offerierte Swageschäft **sollte** eine Laufzeit von 5 Jahren **haben**. Die Beklagte **sollte** erstmals zum Ablauf der zweiten Halbjahresperiode **das Recht haben**, das Geschäft halbjährlich **zu kündigen**.

Al ser una presentación de las partes y del litigio, resulta evidente el tipo de acto de habla “exposición” de forma narrativa para la descripción de los hechos. En esta unidad textual de segundo grado hemos de destacar diversos aspectos semánticos:

45. Uso de distintos tiempos del pasado para la descripción de los hechos.

46. Oraciones subordinadas de periodo largo con su sujeto y objeto correspondiente.

47. Uso abundante de conectores para enlazar los hechos en las oraciones subordinadas.

En todas estas características gramaticales se tematiza claramente el tipo de acto de habla. Es una descripción formal y neutra de los hechos planteados por las partes; un resumen que realiza el Magistrado sobre las declaraciones que realizaron las partes exponiéndolo de manera que plantea el caso para su posterior fundamentación y siempre siendo las partes los

sujetos de las declaraciones. Todo el planteamiento de los hechos está estructurado en una oración principal cuyo sujeto son las partes y el verbo “besuchen” que se va enlazando con proposiciones subordinadas temporales, causales, finales, relativas, etc. A continuación una oración breve en la que con “dos puntos” se exponen las cantidades y se comienza la descripción de cómo deberían haber sido los hechos y que se describen cronológicamente en el siguiente sub-tipo.

3. NARRATIO: presentación cronológica en distintos párrafos del fondo del litigio.

Bei den erwähnten Swapsätzen CMS10 und CMS2 **handelt es sich** um Mittelsätze von auf dem Interbankenmärkten gehandelten Standardswaps, die eine Laufzeit von 10 Jahren (CMS10) bzw. 2 Jahren (CMS2) **haben** und eine Seite des Swapgeschäfts einen festen jährlichen Zinssatz **zu zahlen hat**, während die andere Seite **verpflichtet ist**, einen Zinssatz in Höhe des 6-Monats-Euribor (Euro-Interbank-Offered-Rate) **zu zahlen**.

Die Klägerin **erklärte sich**, vertreten durch ihren Geschäftsführer, noch am selben Tage mit dem Abschluss des Geschäftes zu einem Nominalvolumen von 4 Mio. Euro **einverstanden**.

Die Beklagte **bestätigte** den Abschluss des Vertrages mit Schreiben vom 12. April 2005 [Anlage K40].

In Anwendung und unter Ausgleichung der beiderseitigen vertraglichen Zahlungspflichten **zahlte** die Klägerin am 1. Dezember 2005 und 1. Juli 2005 jeweils 80.000,- € [12]. Weiterhin **zahlte** sie auf Anfordern der Beklagten am 22. Januar 2007 an diese 80.000,- € unter dem Vorbehalt der Rückforderung [GA 165].

En esta unidad textual queda igualmente patente la realización del tipo de acto de habla “exposición” aunque varían algunos aspectos morfosintácticos. Esta unidad textual se divide en tres párrafos independientes estructurados en varias oraciones cada uno. En el primer párrafo utiliza el presente de indicativo para comenzar con la exposición, a modo de introducción. El párrafo está formado por una única oración unida a diferentes proposiciones subordinadas de relativo y temporales (de ahí que se cumpla el sub-tipo de acto de habla cronología). Es notorio el uso de oraciones de infinitivo en este primer párrafo, que no se repetirá en el resto. Con ello se trata de realizar otro sub-tipo de acto de habla relacionado con

las obligaciones de las partes. En este sentido, esta unidad textual del acto de habla “exposición” se tematiza aquí en dos sub-tipos relacionados con la cronología y las obligaciones de las partes. Del mismo modo, y para tematizar dichos sub-tipos aparecen las partes en forma de las oraciones y proposiciones (eine Seite / die andere Seite).

En el segundo y tercer párrafo, se narran las acciones de las partes en pasado (präteritum)²¹⁹ exponiéndolas de forma ordenada y en oraciones separadas. En esta parte no existen subordinadas y los sujetos de cada oración son cada una de las partes. Con ello se pone de manifiesto la declaración – punto por punto – de cada parte litigante y el orden en que sucedió.

4. DISCURSO: aquí se exponen las consideraciones de las partes en párrafos separados y en cursiva:

*Die Klägerin **behauptet**,
die Beklagte **habe** das Swap-Geschäft mit identischer Vertragsgestaltung gegenüber weiteren Kunden **angeboten** [256].
Bei der Präsentation am 7. April 2005 **sei** ihr nicht **dargestellt worden**, welches Höchstmaß der Verlust aus dem offerierten Geschäft **erreichen könnte** (worst-case-Szenario).
Der Geschäftsführer der Klägerin **habe** bei dieser Präsentation sinngemäß **ausgeführt**: „Wenn es wider Erwarten nicht gut laufen würde, könne man ja aussteigen“ und **meinte** damit, dass man in einem solchen Falle einvernehmlich eine „Kündigung“ des Vertrages gegen Zahlung eines geringen Betrages seitens der Klägerin in einer Größenordnung von bis zu 80.000,- € **erzielen könne** [GA 10, 316].
...
*Die Beklagte **behauptet**,
sie **habe** hinsichtlich des Swap-Geschäftes mit der Klägerin Gegengeschäfte mit anderen Marktteilnehmern **geschlossen** (Hedgegeschäfte). Sie **habe** damit ihre Risiken aus dem Geschäft mit der Klägerin auf jegliche nachfolgende Marktentwicklung **abgesichert** [GA 50 f.].
Gegenüber dem Geschäftsführer der Klägerin **sei** bei der Präsentation mehrfach mündlich **erklärt worden**, dass der maximale Gewinn für die Klägerin bei 1 % p.a. und nicht bei 3 % p.a. liege [GA 226].**

²¹⁹ Tiempo gramatical utilizado en alemán para la narración escrita.

Esta unidad textual de segundo grado es, quizás, el de mayor importancia para el análisis que efectuamos en este trabajo, pues las partes exponen “literalmente” sus consideraciones, por lo que el tipo de acto de habla es más patente en el autor y la declaración.

En esta unidad textual de segundo grado, el tipo de construcción que aparece es el siguiente: en primer lugar, una oración introductoria principal de la que dependen sintácticamente otra u otras oraciones subordinadas y que son igualmente expositivas.

En esta unidad textual de segundo grado encontramos las siguientes características:

- *Die ... behauptet...* estructura principal fuertemente convencionalizada. Aparece en 19/30 sentencias tanto en el caso de la demandante como en el caso de la demandada.
- Uso del Konjunktiv I y II tanto para expresar subjuntivo como para dar el matiz de condicionalidad. En este sentido, se utilizan las fórmulas de subjetividad ya que es lo expresado por las partes.
- Se estructura en dos o tres párrafos, comenzando siempre por el mencionado anteriormente y siempre repite el mismo tipo de estructura: oración principal + oración subordinada.

El verbo de mayor uso para realizar dicho tipo de acto de habla es *behaupten* que aparece con mayor frecuencia. Además de este, aparecen también:

TÉRMINO	FRECUENCIA
Vortragen	9
Der Ansicht sein	6
Meinen	7
Bestreiten	4
Ausführen	10
Verlangen	12
Die Auffassung sein/vertreten	13

Todos estos verbos tematizan el tipo de acto de habla, por lo que la convencionalización en esta unidad textual es más fuerte que en las anteriores.

En este sentido Berg & Zimmermann (1990) indican que en la descripción/exposición de la unidad textual “discurso” en las sentencias alemanas se utilizan con frecuencia verbos declarativos con un significado especial. Sirven como introducción a la exposición o de la interpretación jurídica o de la interpretación de los hechos. Por eso, los verbos citados anteriormente aparecen con cierta frecuencia en estas unidades textuales.

Del mismo modo, el uso del *Konjunktiv I y II* en las oraciones subordinadas de estas unidades textuales conforma una regularidad en todas las sentencias estudiadas.

5. SOLITITUD: esta unidad textual expone las demandas de las partes tras sus consideraciones.

Die Klägerin **beantragt,**

1. die Beklagte **zu verurteilen,**

an die Klägerin

240.000,- € zuzüglich

Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der Europäischen

Zentralbank seit 1.12.2005 bis 30.06.2006 aus 80.000,- € und seit dem 01.07.2006 bis

zum 21.01.2007 aus 160.000,- € und ab dem 22.01.2007 aus 240.000,- € **zu zahlen,**

2. **festzustellen,**

dass der Beklagten gegen die Klägerin keinerlei weiteren Rechte aus oder im

Zusammenhang mit dem CMS-Spread-Sammler-Swap Geschäft (Nr. 1130720 L, Laufzeit

01.06.2005 bis 01.06.2010) **zustehen.**

Die Beklagte **beantragt,**

die Klage **abzuweisen.**

En esta unidad textual hemos de destacar el hecho de que se encuentren separadas y no juntas como hemos puesto en el ejemplo. En

primer lugar aparece el discurso de una de las partes y después su solicitud y en segundo lugar aparece el discurso de la segunda parte y luego su solicitud.

Esta parte de la unidad textual realiza el acto de habla principal y a su vez tiene otros sub-tipos de acto de habla que es “solicitar” que se tematiza en el uso de construcciones de infinitivo.

La estructura sintáctica es muy similar a la anterior aunque con alguna modificación:

- Aparece una oración principal fuertemente convencionalizada y que se repite en todas las sentencias analizadas: *Die ... beantragt.*
- En segundo lugar aparecen oraciones subordinadas, todas de infinitivo y separadas y enumeradas según el número de solicitudes que presente la parte.
- La oración principal está en presente de indicativo y el resto de verbos en infinitivo.
- La otra parte se expresa con la misma oración de finalidad y se encuentra fuertemente convencionalizada ya que en la mayoría de las sentencias estudiadas aparece la misma oración: *Die ... beantragt, die Klage abzuweisen.*

6. HISTORIA PROCESAL: aquí el tribunal detalla los aspectos a considerar. Dos últimos párrafos

Die Beklagten **macht** hilfsweise gegenüber einem Schadensersatzanspruch der Klägerin eine Anrechnung von Vorteilen aus anderen Geschäften in Höhe von insgesamt 304.748,53 € **geltend**.
Das Gericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen T., A, F. und S.. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Vernehmungsprotokoll **verwiesen**.

7. DECLARACIONES: no aparece.

8. REMISIÓN: no aparece.

48. Antecedentes de hecho españoles

EJEMPLOS
<p>ANTECEDENTES DE HECHO</p> <p>PRIMERO.- El juzgado de Primera Instancia núm. Tres de Gijón dictó en los referidos autos sentencia de fecha 25 de abril de 2.011, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimando la demanda interpuesta por la representación de DOÑA Estela contra DOÑA Alicia, debo declarar y declaro resuelto el contrato de arrendamiento que liga a las partes, relativo a la vivienda sita en CALLE000 NÚMERO NUM000, NUM001 NUM002 , plaza de garaje número NUM003 y trastero número NUM004, por falta de pago de la renta a cuyo pago venía obligada y, en consecuencia, debo declarar y declaro haber lugar al desahucio de la demandada, apercibiéndole que, si no desaloja dentro del término legal, será lanzada de ella y a su costa, en la fecha que ya viene señalada.</p> <p>Asimismo, condeno a la referida demandada y, solidariamente, con ella a DOÑA Nicolasa, a abonar a la parte actora la cantidad de DOS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA EUROS (2.250 EUROS), más los intereses legales, más las rentas que se devenguen hasta el momento que se ponga la vivienda a disposición de la parte actora, a razón estas últimas de 400 euros mensuales.</p> <p>Todo ello, con expresa imposición de costas a la parte demandada."</p> <p>SEGUNDO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, por la representación de D^a Alicia se interpuso recurso de apelación y admitido a trámite se remitieron a esta audiencia Provincial, y cumplidos los oportunos trámites, se señaló para la deliberación y votación del presente recurso el día 23 de noviembre de 2.011.</p> <p>TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.</p>
<p>ANTECEDENTES DE HECHO</p> <p>PRIMERO .- 1.- El procurador D. Oscar Centeno Matilla, en nombre y representación de D. Lorenzo, D^a Marisol , D^a Rebeca, D. Jose Daniel y de D^a Julieta, interpuso demanda de juicio ordinario contra "SOLARES VILLAR , S.L.", "FEGGAR TRADING, S.L." , D. Horacio, "PROMOCION Y CONSTRUCCION AZULEJOS Y PAVIMENTOS, S.L. (PYCAPA,S.L.)" , BANCO GUIPUZCOANO, S.A. y Sabino y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara Sentencia que contenga los siguientes pronunciamientos: 1º) Se declare que las escrituras públicas de permuta y de consumación de permuta de los inmuebles descritos en el hecho segundo de la demanda, que por economía se dan aquí por reproducidos , otorgadas por Don Bernardino y Doña Delia y la entidad Solares Villar SA el 12 de marzo de 1990 y entre Doña Delia, Don Lorenzo, Doña Julieta, Doña Rebeca, Doña Marisol y Don Jose Daniel, y la entidad Solares Villar SA el 20 de octubre de 2002 , y que se acompañan como Doc n° 1 y n° 2 a este escrito y a cuyo contenido nos remitimos, fueron y son válidos y justos títulos para adquirir la propiedad de referidos inmuebles. 2º Se declare que Don Lorenzo es propietario en pleno dominio de la Finca registral NUM000, inscrita en el Registro de la Propiedad de Zamora al tomo NUM001, libro NUM002, folio NUM003, en virtud de los Justos Títulos referidos en el 1º petitum. 3º) Se declare que Doña Marisol es propietaria en pleno dominio de la Finca registral NUM004, inscrita en el Registro de la Propiedad de Zamora al tomo NUM001 , libro NUM002 , folio NUM005, en virtud de los Justos Títulos referidos en el 1º petitum. 4º) Se declare que Doña Rebeca es propietaria en pleno dominio de la Finca registral NUM006, inscrita en el Registro de la Propiedad de Zamora al tomo NUM001, libro NUM002, folio</p>

CONCLUSIONES

NUM007, en virtud de los Justos Títulos referidos en el 1º petítum. 5º) Se declare que Don Jose Daniel es propietario en pleno dominio de la Finca registral NUM008, inscrita en el Registro de la Propiedad de Zamora al tomo NUM001, libro NUM002 , folio NUM009, en virtud de los Justos Títulos referidos en el 1º petítum. 6º) Se declare que Doña Julieta es propietaria en pleno dominio de la Finca registral NUM010, inscrita en el Registro de la Propiedad de Zamora al tomo NUM001, libro NUM002, folio NUM011 , en virtud de los Justos Títulos referidos en el 1º petítum.7º) Se declare que Don Jose Daniel es propietario de la Finca registral NUM012 , inscrita en el Registro de la Propiedad de Zamora al tomo NUM001, libro NUM002, folio NUM013 ; salvo 47,165 m2 de dicha finca que corresponden a Julieta, en virtud de los Justos Títulos referidos en el 1º petítum. 8º) Se declare la nulidad de las compraventas otorgadas en escrituras públicas de fechas 12 de febrero y 5 de septiembre de 1998 por "Solares Villar SL" a favor de "Feggar Trading SL" ante el notario Don Antonio Hernández Rodríguez Calvo sobre las fincas registrales nº NUM000, NUM004 , NUM014, NUM010, NUM006 , NUM012 antes referidas, así como todas las demás las posteriores inscripciones y anotaciones practicadas sobre las mismas que se han dejado expresadas en los hechos séptimo y noveno de esta demanda , que por economía aquí se dan por reproducidas. 9º) Se ordene librar mandamiento al Registro de la Propiedad a fin de que se cancelen las inscripciones registrales contradictorias con base en los títulos antedichos, de forma que quede libre y expedita la vía registral, para que los títulos de los actores puedan acceder al Registro de la Propiedad; y asimismo se ordene el levantamiento y cancelación de todas las hipotecas, embargos y demás cargas que graven los inmuebles litigiosos y que hayan sido inscritos o anotados con posterioridad al 20-10-1992. 10º) Se condene a los demandados que se opongan a la presente demanda al pago de las costas procesales causadas en el procedimiento.

2.- El Procurador D. José Domínguez Toranzo, en nombre y representación de BANCO GUIPUZCOANO, S.A. se allanó a la demanda .

3.- La Procuradora Dª Eva Ariza Vara, en nombre y representación de PYCASA., S.L. y de D. Horacio , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de Derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día Sentenciadesestimando todas las peticiones de la demanda y subsidiariamente y para el caso de estimarse la petición octava, que se declare expresamente la subsistencia de las hipotecas realizadas a favor de terceros de buena fe , entre ellas las que constan a favor de mi mandante D. Horacio y posteriores tenedores de las letras de cambio que en las mismas constan.

4.- Los codemandados "SOLARES VILLAR, S.L.", "FEGGAR TRADING, S.L." y Sabino fueron declarados en rebeldía por haber transcurrido el plazo sin haber comparecido en autos.

5.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. La Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Zamora, dictó Sentencia con fecha 11 de junio de 2007, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por Don Oscar Centeno Matilla, en nombre y representación de Don Lorenzo , Doña Marisol, Doña Rebeca, Don Jose Daniel y Doña Julieta, contra Solares Villar, S.L., Feggar Trading, S.L. , y Don Sabino, declarados en rebeldía y contra Banco Guipuzcoano representado por Don José Domínguez Toranzo y Don Horacio y Pycapa, S.L. representados por Doña Eva Ariza Vara, debo declarar y declaro que las escrituras públicas de permuta y de consumación de permuta de los inmuebles descritos en el hecho segundo de la demanda otorgadas por Don Bernardino y Doña Delia y la entidad Solares Villar, S.A. el 12 de Marzo de 1990 y entre Doña Delia, Don Lorenzo, Doña Julieta, Doña Rebeca, Doña Marisol y Don Jose Daniel y la entidad Solares Villar SA el 20 de Octubre de 1992 , fueron y son válidos y justos títulos para adquirir la propiedad de los referidos inmuebles; debo declarar y declaro en segundo lugar que Don Lorenzo es propietario en pleno dominio de la Finca registra! NUM000, inscrita en el Registro de la Propiedad de Zamora al Tomo NUM001, libro NUM002, folio NUM003 ; que Doña Marisol es propietaria en pleno dominio de la finca registra! NUM004 inscrita en el Registro de la Propiedad de Zamora

al Tomo NUM001 , libro NUM002, folio NUM005 ; que Doña Rebeca es propietaria en pleno dominio de la Finca registral NUM006, inscrita en el Registro de la Propiedad de Zamora al Tomo NUM001, libro NUM002, folio NUM007 ; que Don Jose Daniel es propietario en pleno dominio de la finca registral NUM008, inscrita en el Registro de la Propiedad de Zamora al Tomo NUM001, libro NUM002, folio NUM009 ; que Doña Julieta es propietaria en pleno dominio de la Finca registral NUM010 , inscrita en el Registro de la Propiedad de Zamora al Tomo NUM001, libro NUM002, folio NUM011 ; que Don Jose Daniel es propietario de la finca registral NUM012 , inscrita en el Registro de la Propiedad de Zamora al Tomo NUM001, libro NUM002, folio NUM013, salvo 47,165 m2 de dicha finca que corresponden a Julieta ; debo declarar y declaro la nulidad de las compraventas otorgadas en Escrituras Públicas de fechas 12 de Febrero y 5 de Septiembre de 1998 por Solares Villar S.L. a favor de Feggar Trading, S.L. ante el Notario Don Antonio Hernández Rodríguez Calvo sobre las fincas registrales n° NUM000, NUM004, NUM014, NUM010 , NUM006, NUM012 antes referidas así como todas las demás posteriores inscripciones y anotaciones practicadas sobre las mismas expresadas en los hechos 7° y 9° de la demanda que se dan por reproducidas a excepción de las relativas a las hipotecas constituidas a favor de Don Horacio y posteriores tenedores de las letras de cambio que en las mismas constan.; debo ordenar y ordeno librar mandamiento al Registro de la Propiedad a fin de que se cancelen las inscripciones registrales contradictorias con base en los títulos antedichos, de forma que quede libre y expedita la vía registral, para que los títulos de los actores puedan acceder al Registro de la Propiedad, y asimismo se ordene el levantamiento y cancelación de todas las hipotecas , embargos y demás cargas que graven los inmuebles litigiosos y que hayan sido inscritos o anotados con posterioridad al 20 de Octubre de 1992 , excepción de las hipotecas antedichas a favor de Don Horacio y tenedores posteriores de las letras de cambio que en las mismas constan, todo lo anterior sin hacer especial pronunciamiento en materia de costas procesales causadas.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior Sentencia por la representación procesal de D. Lorenzo y otros, la sección 1ª de la audiencia Provincial de Zamora, dictó Sentencia con fecha 13 de mayo de 2008, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS:Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de los demandantes D. Lorenzo, Dª Marisol, Dª Rebeca, D. Jose Daniel Y Dª Julieta e inadmitiendo la impugnación formulada por la representación procesal de PYCAPA, S.L. procede la revocación de la Sentencia dictada por la Magistrada Juez del juzgado de 1 Instancia n° 4 de Zamora en fecha 11 de Junio de 2007 , en el Procedimiento Ordinario seguido en dicho Juzgado con el n° 3 4/2006y estimar íntegramente la demanda y ratificándose la Sentencia de instancia en los pronunciamientos relativos: 1) a la declaración de que las escrituras públicas de permuta y de consumación de permuta suscritos constituyen válidos y justos títulos para la adquisición de la propiedad. 2) a la declaración de propiedad a favor de los actores y 3) a la nulidad de las compraventas instrumentadas en escrituras públicas de fechas 12 de febrero y 5 de Septiembre de 1998 y por las que Solares Villar S.L. vendió las fincas registrales n° NUM000, NUM004 , NUM014, NUM010, NUM006 y NUM012 y de las inscripciones registrales a que las mismas dieron lugar. Declaramos la nulidad de todas las inscripciones y anotaciones practicadas en dichas fincas con posterioridad al 20 de octubre de 2002, incluyendo las inscripciones en las fincas registrales NUM000 y NUM004 de la hipoteca a favor de D. Horacio y posteriores tenedores de las letras de cambio que en la misma se reseñan y ordenamos librar mandamiento al Registro de la Propiedad para que se cancelen las inscripciones registrales contradictorias con base a los títulos antedichos, de forma que quede libre y expedita la vía registral para que los títulos de los actores puedan acceder al Registro de la Propiedad y se ordene el levantamiento y cancelación de todas las hipotecas , embargos y demás cargas que graven los inmuebles litigiosos y que hayan sido inscritos o anotados con posterioridad al 20 de octubre de 1992. Se imponen las costas de la 1ª instancia a los demandados con la excepción del Banco Guipuzcoano y no se hace expresa imposición en relación a las causadas en esta instancia.

TERCERO .- 1 .- La Procuradora D^a Eva Victoria Ariza Vara, en nombre y representación de "PROMOCION Y CONSTRUCCION AZULEJOS Y PAVIMENTOS, S.L. (PYCAPA,S.L.)", interpuso recursos por infracción procesal y de casación contra la anterior Sentencia , con apoyo en los siguientes MOTIVOS DEL RECURSO POR INFRACCION PROCESAL admitido: PRIMERO .- En cuanto al recurso de apelación instado por esta parte: infracción del artículo 448 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .SEGUNDO .- En cuanto al recurso de apelación instado por la contraparte, infracción del artículo 440 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con los artículos 317, 318 y 319 de la misma ley . MOTIVOS ADMITIDOS DEL RECURSO DE CASACION: PRIMERO .- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se alega infracción de los artículos 19 y 66 de la Ley Hipotecaria. QUINTO .- Se alega infracción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, en relación con el 104 de la misma ley.SEXTO .- Infracción de los artículos 34 y 38 de la Ley Hipotecaria e incorrecta aplicación del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento civil. SEPTIMO .- Infracción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria e incorrecta aplicación del artículo 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento civil. OCTAVO .- Incorrecta aplicación de las S.S.T.S. de 10 de diciembre de 1992, 21 de abril de 1994 y concordantes hasta la de 11 de septiembre de 2007.

2.- Por Auto de fecha 26 de abril de 2011 , se acordó admitir el recurso extraordinario por infracción procesal, admitir los motivos primero, quinto, sexto, séptimo y octavo del recurso de casación y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3.- Evacuado el traslado conferido, la Procuradora D^a Fabiola Jezzabel Simón Bullido, en nombre y representación de D. Lorenzo , D^a Marisol, D^a Rebeca, D. Jose Daniel y de D^a Julieta presentó escrito de impugnación al mismo.

4. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 7 de diciembre del 2011, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el magistrado Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz,

En el art. 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española se describe cómo se han de redactar los antecedentes de hecho:

- En los antecedentes de hecho se consignarán, con la claridad y la concisión²²⁰ posibles y en párrafos separados y numerados, las pretensiones de las partes o interesados, los hechos en que las funden, que hubieren sido alegados oportunamente y tengan relación con las cuestiones que hayan de resolverse, las pruebas que se hubiesen propuesto y practicado y los hechos probados, en su caso.

²²⁰ La concisión aplicada a las sentencias significa, según A. Hernández Gil (1986: 15) “elegir lo imprescindible, apartar lo innecesario, trazar los límites del campo temático objeto de la controversia y, dentro de él, proceder con orden en el tratamiento de todas las cuestiones, agotando las posibilidades de expresión de las palabras adecuadas e indispensables, sin quebranto de la claridad”.

Como podemos observar, según la legislación, aparecerá aproximadamente la misma información del *Tatbestand* alemán. Asimismo, centrándonos en los actos de habla que aparecen en esta unidad textual, y tal y como afirma A. Hernández Gil (1986: 18):

En los hechos importa, sobre todo, su descripción. La sentencia realiza una labor de decantación depuradora de los mismos. (...) A tal fin ha de tenerse en cuenta el reconocimiento que, en su caso, hagan las partes de los hechos y el resultado de la apreciación de la prueba. Si bien los hechos y el derecho son distintos, como aquellos operan con vistas a éste, es necesario subrayar y matizarlos especialmente significativos.

En los antecedentes de hecho de la sentencia española, el tipo de acto de habla principal es, al igual que en la sentencia alemana la "exposición". Del mismo modo, este tipo de habla se realiza siguiendo una estructura en la que se desarrollan también otros sub-tipos de actos de habla unidades textuales de segundo grado simultáneamente. En esta ocasión sigue siendo relevante el autor y la declaración.

Los antecedentes de hecho españoles aparecen estructurados en párrafos enumerados en todas las sentencias estudiadas y cada uno de ellos introduce uno o varios de los sub-tipos de actos de habla objeto de estudio:

1. MININARRATIO y PRESENTACIÓN DE LAS PARTES: en este caso se presentan las partes y el litigio en la primera cláusula.

PRIMERO.- 1.- El procurador D. Oscar Centeno Matilla, en nombre y representación de D. Lorenzo, D^a Marisol, D^a Rebeca, D. Jose Daniel y de D^a Julieta, **interpuso** demanda de juicio ordinario contra "SOLARES VILLAR, S.L.", "FEGGAR TRADING, S.L.", D. Horacio, "PROMOCION Y CONSTRUCCION AZULEJOS Y PAVIMENTOS, S.L. (PYCAPA, S.L.)", BANCO GUIPUZCOANO, S.A. y Sabino y **alegando** los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, **terminó suplicando** se dictara Sentencia que **contenga** los siguientes pronunciamientos: 1º) **Se declare** que las escrituras públicas de permuta y de consumación de permuta de los inmuebles descritos en el hecho segundo de la demanda, que por economía se dan aquí por reproducidos, otorgadas por Don Bernardino y Doña Delia y la entidad Solares Villar SA el 12 de marzo de 1990 y entre Doña Delia, Don Lorenzo, Doña Julieta, Doña Rebeca, Doña Marisol y Don Jose Daniel, y la entidad Solares Villar SA el 20 de octubre de 2002, y que se acompañan como Doc n° 1 y n° 2 a este escrito y a cuyo contenido nos remitimos, **fueron y son válidos** y justos títulos para adquirir la propiedad de referidos inmuebles. 2º) **Se declare** que Don Lorenzo **es** propietario en pleno dominio de la Finca registral NUM000, inscrita en el Registro de la Propiedad de Zamora al tomo NUM001, libro NUM002, folio NUM003, en virtud de los Justos Títulos referidos en el 1º petitum. 3º) **Se declare** que Doña Marisol **es** propietaria en pleno

dominio de la Finca registral NUM004, inscrita en el Registro de la Propiedad de Zamora al tomo NUM001 , libro NUM002 , folio NUM005, en virtud de los Justos Títulos referidos en el 1º petitem. 4º) **Se declare** que Doña Rebeca **es** propietaria en pleno dominio de la Finca registral NUM006, inscrita en el Registro de la Propiedad de Zamora al tomo NUM001, libro NUM002, folio NUM007, en virtud de los Justos Títulos referidos en el 1º petitem. 5º) **Se declare** que Don Jose Daniel **es** propietario en pleno dominio de la Finca registral NUM008, inscrita en el Registro de la Propiedad de Zamora al tomo NUM001, libro NUM002 , folio NUM009, en virtud de los Justos Títulos referidos en el 1º petitem. 6º) **Se declare** que Doña Julieta **es** propietaria en pleno dominio de la Finca registral NUM010, inscrita en el Registro de la Propiedad de Zamora al tomo NUM001, libro NUM002, folio NUM011 , en virtud de los Justos Títulos referidos en el 1º petitem.7º) **Se declare** que Don Jose Daniel **es** propietario de la Finca registral NUM012 , inscrita en el Registro de la Propiedad de Zamora al tomo NUM001, libro NUM002, folio NUM013 ; salvo 47,165 m2 de dicha finca que corresponden a Julieta, en virtud de los Justos Títulos referidos en el 1º petitem. 8º) **Se declare** la nulidad de las compraventas otorgadas en escrituras públicas de fechas 12 de febrero y 5 de septiembre de 1998 por "Solares Villar SL" a favor de "Feggar Trading SL" ante el notario Don Antonio Hernández Rodríguez Calvo sobre las fincas registrales nº NUM000, NUM004 , NUM014, NUM010, NUM006 , NUM012 antes referidas, así como todas las demás las posteriores inscripciones y anotaciones practicadas sobre las mismas que se han dejado expresadas en los hechos séptimo y noveno de esta demanda , que por economía aquí se dan por reproducidas. 9º) **Se ordene** librar mandamiento al Registro de la Propiedad a fin de que se cancelen las inscripciones registrales contradictorias con base en los títulos antedichos, de forma que **quede** libre y expedita la vía registral, para que los títulos de los actores **puedan** acceder al Registro de la Propiedad; y asimismo **se ordene** el levantamiento y cancelación de todas las hipotecas, embargos y demás cargas que **graven** los inmuebles litigiosos y que **hayan sido inscritos o anotados** con posterioridad al 20-10-1992. 10º) **Se condene** a los demandados que se opongan a la presente demanda al pago de las costas procesales causadas en el procedimiento.

2.- El Procurador D. José Domínguez Toranzo, en nombre y representación de BANCO GUIPUZCOANO, S.A. **se allanó** a la demanda .

3.- La Procuradora Dª Eva Ariza Vara, en nombre y representación de PYCASA., S.L. y de D. Horacio , **contestó** a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de Derecho que **consideró** de aplicación, **terminó** suplicando al Juzgado **dictase** en su día Sentencia desestimando todas las peticiones de la demanda y subsidiariamente y para el caso de estimarse la petición octava, que **se declare** expresamente la subsistencia de las hipotecas realizadas a favor de terceros de buena fe , entre ellas las que **constan** a favor de mi mandante D. Horacio y posteriores tenedores de las letras de cambio que en las mismas **constan**.

4.- Los codemandados "SOLARES VILLAR, S.L.", "FEGGAR TRADING, S.L." y Sabino **fueron declarados** en rebeldía por haber transcurrido el plazo sin haber comparecido en autos.

5.- Practicadas las pruebas, las partes **formularon** oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. La Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Zamora, dictó Sentencia con fecha 11 de junio de 2007, cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por Don Oscar Centeno Matilla, en nombre y representación de Don Lorenzo , Doña Marisol, Doña Rebeca, Don Jose Daniel y Doña Julieta, contra Solares Villar, S.L., Feggar Trading, S.L. , y Don Sabino, declarados en rebeldía y contra Banco Guipuzcoano representado por Don José Domínguez Toranzo y Don Horacio y Pycapa, S.L. representados por Doña Eva Ariza Vara, debo declarar y declaro que las escrituras públicas de permuta y de consumación de permuta de los inmuebles descritos en el hecho segundo de la demanda otorgadas por Don Bernardino y Doña Delia y la entidad Solares Villar, S.A. el 12 de Marzo de 1990 y*

entre Doña Delia, Don Lorenzo, Doña Julieta, Doña Rebeca, Doña Marisol y Don Jose Daniel y la entidad Solares Villar SA el 20 de Octubre de 1992 , fueron y son válidos y justos títulos para adquirir la propiedad de los referidos inmuebles; debo declarar y declaro en segundo lugar que Don Lorenzo es propietario en pleno dominio de la Finca registra! NUM000, inscrita en el Registro de la Propiedad de Zamora al Tomo NUM001, libro NUM002, folio NUM003 ; que Doña Marisol es propietaria en pleno dominio de la finca registra! NUM004 inscrita en el Registro de la Propiedad de Zamora al Tomo NUM001 , libro NUM002, folio NUM005 ; que Doña Rebeca es propietaria en pleno dominio de la Finca registra! NUM006, inscrita en el Registro de la Propiedad de Zamora al Tomo NUM001, libro NUM002, folio NUM007 ; que Don Jose Daniel es propietario en pleno dominio de la finca registra! NUM008, inscrita en el Registro de la Propiedad de Zamora al Tomo NUM001, libro NUM002, folio NUM009 ; que Doña Julieta es propietaria en pleno dominio de la Finca registral NUM010 , inscrita en el Registro de la Propiedad de Zamora al Tomo NUM001, libro NUM002, folio NUM011 ; que Don Jose Daniel es propietario de la finca registral NUM012 , inscrita en el Registro de la Propiedad de Zamora al Tomo NUM001, libro NUM002, folio NUM013, salvo 47,165 m2 de dicha finca que corresponden a Julieta ; debo declarar y declaro la nulidad de las compraventas otorgadas en Escrituras Públicas de fechas 12 de Febrero y 5 de Septiembre de 1998 por Solares Villar S.L. a favor de Feggar Trading, S.L. ante el Notario Don Antonio Hernández Rodríguez Calvo sobre las fincas registrales n° NUM000, NUM004, NUM014, NUM010 , NUM006, NUM012 antes referidas así como todas las demás posteriores inscripciones y anotaciones practicadas sobre las mismas expresadas en los hechos 7° y 9° de la demanda que se dan por reproducidas a excepción de las relativas a las hipotecas constituidas a favor de Don Horacio y posteriores tenedores de las letras de cambio que en las mismas constan.; **debo ordenar y ordeno** librar mandamiento al Registro de la Propiedad a fin de que se cancelen las inscripciones registrales contradictorias con base en los títulos antedichos, de forma que **quede** libre y expedita la vía registra!, para que los títulos de los actores puedan acceder al Registro de la Propiedad, y asimismo **se ordene** el levantamiento y cancelación de todas las hipotecas , embargos y demás cargas que graven los inmuebles litigiosos y que **hayan sido inscritos o anotados** con posterioridad al 20 de Octubre de 1992 , excepción de las hipotecas antedichas a favor de Don Horacio y tenedores posteriores de las letras de cambio que en las mismas **constan**, todo lo anterior sin hacer especial pronunciamiento en materia de costas procesales causadas.

En este caso se presentan las partes y se exponen los hechos en una cláusula. En cuanto a su macroestructura, está dividida en 5 apartados separados y enumerados:

- En el primero, se presentan las partes y el cargo que ostentan cada una, exponiendo a su vez, un breve resumen de los hechos. El tipo de acto de habla “exposición” se realiza de forma narrativa y destacan varios aspectos de tipo morfosintáctico:

CONCLUSIONES

- Uso del pasado y presente de forma simultánea. Con ello se pretende declarar que fue y sigue siendo así; con ello se expone que aún existe el problema y que hay que resolverlo.
- Uso de la voz pasiva al hacer las alegaciones y peticiones de las partes. Esta parte está muy convencionalizada ya que se enumeran las oraciones y su estructura sintáctica se repite a lo largo del párrafo (se declare que...). dichas oraciones son de periodo largo y están en presente.
- Uso de gran cantidad de oraciones subordinadas de periodo largo.
- Uso abundante de conectores para enlazar los hechos en las oraciones subordinadas.

En todas estas características podemos observar la tematización del tipo de acto de habla. Es una descripción formal y neutra de los hechos planteados por las partes; un resumen que realiza el Magistrado sobre las declaraciones que realizaron las partes exponiéndolo de manera que plantea el caso para su posterior fundamentación.

2. NARRATIO: aquí se expondrá cronológicamente el fondo indiscutible del litigio.

SEGUNDO.- **Interpuesto** recurso de apelación contra la anterior Sentencia por la representación procesal de D. Lorenzo y otros, la sección 1ª de la audiencia Provincial de Zamora, **dictó** Sentencia con fecha 13 de mayo de 2008, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de los demandantes D. Lorenzo, Dª Marisol, Dª Rebeca, D. Jose Daniel Y Dª Julieta e inadmitiendo la impugnación formulada por la representación procesal de PYCAPA, S.L. procede la revocación de la Sentencia dictada por la Magistrada Juez del juzgado de 1 Instancia nº 4 de Zamora en fecha 11 de Junio de 2007, en el Procedimiento Ordinario seguido en dicho Juzgado con el nº 3 4/2006y estimar íntegramente la demanda y ratificándose la Sentencia de instancia en los pronunciamientos relativos: 1) a la declaración de que las escrituras públicas de permuta y de consumación de permuta suscritos constituyen válidos y justos títulos para la adquisición de la propiedad. 2) a las declaración de propiedad a favor de los actores y 3) a la nulidad de las compraventas instrumentadas en escrituras públicas de fechas 12 de febrero y 5 de Septiembre de 1998 y por las que Solares Villar S.L. vendió las fincas registrales nº NUM000, NUM004, NUM014, NUM010, NUM006 y NUM012 y de las inscripciones registrales a que las mismas dieron lugar. Declaramos la nulidad de todas las inscripciones y anotaciones practicadas en dichas fincas con posterioridad al 20 de octubre de 2002,

incluyendo las inscripciones en las fincas registrales NUM000 y NUM004 de la hipoteca a favor de D. Horacio y posteriores tenedores de las letras de cambio que en la misma se reseñan y ordenamos librar mandamiento al Registro de la Propiedad para que se cancelen las inscripciones registrales contradictorias con base a los títulos antedichos, de forma que quede libre y expedita la vía registral para que los títulos de los actores puedan acceder al Registro de la Propiedad y se ordene el levantamiento y cancelación de todas las hipotecas , embargos y demás cargas que graven los inmuebles litigiosos y que hayan sido inscritos o anotados con posterioridad al 20 de octubre de 1992. Se imponen las costas de la 1ª instancia a los demandados con la excepción del Banco Guipuzcoano y no se hace expresa imposición en relación a las causadas en esta instancia.

En esta segunda unidad textual de segundo grado se exponen cronológicamente los hechos junto al fallo de la sentencia anterior que ha propiciado ésta. Del mismo modo aparecen las características del apartado anterior junto a las del fallo que se reproduce aquí literalmente.

3. DISCURSO: aquí se ocupa de los elementos de ataque y los medios de defensa de las partes.

TERCERO.- 1.- La Procuradora D^a Eva Victoria Ariza Vara, en nombre y representación de "PROMOCION Y CONSTRUCCION AZULEJOS Y PAVIMENTOS, S.L. (PYCAPA,S.L.)", **interpuso** recursos por infracción procesal y de casación contra la anterior Sentencia , con apoyo en los siguientes MOTIVOS DEL RECURSO POR INFRACCION PROCESAL admitido: PRIMERO.- En cuanto al recurso de apelación instado por esta parte: infracción del artículo 448 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .SEGUNDO.- En cuanto al recurso de apelación instado por la contraparte, infracción del artículo 440 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con los artículos 317, 318 y 319 de la misma ley . MOTIVOS ADMITIDOS DEL RECURSO DE CASACION: PRIMERO.- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil **se alega** infracción de los artículos 19 y 66 de la Ley Hipotecaria. QUINTO.- **Se alega** infracción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, en relación con el 104 de la misma ley. SEXTO.- Infracción de los artículos 34 y 38 de la Ley Hipotecaria e incorrecta aplicación del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento civil. SEPTIMO.- Infracción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria e incorrecta aplicación del artículo 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento civil. OCTAVO.- Incorrecta aplicación de las S.S.T.S. de 10 de diciembre de 1992, 21 de abril de 1994 y concordantes hasta la de 11 de septiembre de 2007.

2.- Por Auto de fecha 26 de abril de 2011 , **se acordó** admitir el recurso extraordinario por infracción procesal, admitir los motivos primero, quinto, sexto, séptimo y octavo del recurso de casación y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3.- **Evacuado** el traslado conferido, la Procuradora D^a Fabiola Jezabel Simón Bullido, en nombre y representación de D. Lorenzo , D^a Marisol, D^a Rebeca, D. Jose Daniel y de D^a Julieta **presentó** escrito de impugnación al mismo.

Realizando de la misma manera el tipo de acto de habla expositivo, aquí las partes detallan los elementos de ataque y defensa que han realizado mediante sus representantes. No hay cambios significativos morfosintácticos con respecto a las unidades textuales anteriores. Se repiten las convenciones.

4. RESOLUCIÓN: esta unidad textual exponen las resoluciones tomadas por el magistrado y que se desarrollarán en los fundamentos de derecho.

4. - No **habiéndose solicitado** por todas las partes la celebración de vista pública, **se señaló** para votación y fallo el día 7 de diciembre del 2011, en que **tuvo** lugar.
Ha sido ponente el magistrado Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz,

En la última unidad textual, el tipo de acto de habla expositivo aparece desarrollando las mismas características que tiene en las unidades anteriores. Sin embargo, aquí aparece el subtipo

5. HISTORIA PROCESAL: no aparece.

6. DECLARACIONES: no aparece.

7. REMISIÓN: no aparece.

Fundamentos de derecho.

La última unidad textual de primer grado que vamos a analizar en nuestro trabajo se llama en alemán *Entscheidungsgründe* y en español “Fundamentos de derecho”.

En esta unidad textual, el Tribunal da sus argumentos con respecto a (y a veces contra) el fallo. Una posibilidad de describir esta unidad textual lingüísticamente sería una descripción de la argumentación en los textos jurídicos, es decir, qué serie de argumentaciones construye, cómo transcurren los argumentos, en qué se basan dichos argumentos, etc. Esta forma de proceder no es del todo adecuada para nuestros objetivos ya que

en el presente trabajo tratamos de limitarnos a las indicaciones lingüísticas superficiales de los tipos de actos de habla, es decir, en la descripción de los elementos lingüísticos con una función señalada. De las cadenas y fundamentos de argumentación en pocas ocasiones se pueden obtener elementos lingüísticos convencionalizados.

Por el contrario, en el presente trabajo, pretendemos ocuparnos de las unidades léxicas sobre las que se construyen dichas cadenas y fundamentos de argumentación. Se trata de un análisis a nivel oracional, por lo que también nos interesan qué unidades léxicas podrían ser valoradas como señales inequívocas de determinadas intenciones del emisor. Dichas intenciones si están relacionadas con la argumentación jurídica, en las que se pueden realizar los siguientes tipos y sub-tipos de actos de habla:

ALEMÁN			ESPAÑOL		
FESTSTELLEN			MANIFESTAR/VERIFICAR		
Rechtsregeln	Fakten	Lösungen	Normas jurídicas	Hechos	Soluciones
BEURTEILEN			JUZGAR		
Rechtsregeln	Fakten		Normas jurídicas	Hechos	

Debido a que el Juez ha de alegar y justificar su fallo según la tabla, resulta igualmente lógico que falle de ese modo sus dictámenes y conclusiones. Consecuentemente, es de esperar la aplicación de otro subtipo de acto de habla dentro de “beurteilen” o juzgar” que es el dictamen.

Nos limitaremos en nuestro trabajo al análisis del tipo de acto de habla Beurteilen-juzgar. La intención de este tipo de acto de habla se puede describir en este género como “declaración de valoración”. En este sentido nos apoyaremos en lo expuesto por Fiss (1983: 123) quien, basándose en Weber, propone los siguientes componentes y su descripción:

- a) Sujeto de valoración: es decir, datos de la persona o grupo de personas que ponen de manifiesto dicha valoración.
- b) Objeto de valoración: es decir, datos del objeto o procesos a los que se atribuye la valoración.

- c) Carácter de valoración: es decir, relación entre el sujeto y el objeto de valoración.
- d) Fundamentos de valoración: es decir, datos de la opinión.

La descripción de Fiss es muy general ya que trata de elaborar una descripción del tipo de acto de habla que sea válida en general. En el presente trabajo trataremos de describir del mismo modo las características especiales del género investigado. Por lo tanto, la descripción general de los componentes del tipo de acto de habla “Beurteilen-juzgar” debe adaptarse a continuación, al objeto de análisis del presente trabajo, al menos en las sentencias de Derecho Civil presentes aquí. En este sentido, readaptaremos los aspectos de Fiss a nuestro trabajo:

- a) Ya que nuestro análisis se refiere también a las características sintácticas sería posible una confusión entre el “sujeto de valoración” y el “sujeto de la oración”. Para ello, cambiaremos el término “sujeto de valoración” por “Beurteilender-el que juzga”. Aquí entra en cuestión el Tribunal.
- b) Con respecto al objeto de valoración, nos referimos en las sentencias de Derecho Civil a las acciones de las partes o a los hechos del caso, como por ejemplo, la posición de una persona como beneficiario de un seguro de vida; es decir, aquí nos referimos al punto litigioso y a las actuaciones del Tribunal. Este aspecto varía sobremanera según el caso, por lo que no será tratado en el presente análisis.
- c) Con respecto a la relación de valoración entre el sujeto y el objeto, entendemos el resultado del enjuiciamiento. Por tanto, han de investigarse de forma empírica qué tipo de resultados pueden aparecer en estos componentes y las características específicas de los mismos. Sin embargo, ponemos de manifiesto que, de la ejecución a los objetivos de comunicación, obtendremos como resultado la legitimidad o no de un acto.

- d) Con respecto al cuarto componente, que es relevante en el presente trabajo, Fiss habla de los “fundamentos de la valoración” que, en la realización jurídica del acto de habla “juzgar” puede obtener dos significados: la fundamentación por ley, que da la perspectiva sobre la que se efectúa la valoración y los hechos en los que se apoya la causa. En este sentido, en la realización lingüística, hemos de tener en cuenta ambas perspectivas.

Por último, es necesario establecer qué oraciones de los “Entscheidungsgründe – Fundamentos de derecho” pueden ser valoradas potencialmente para la realización del tipo de acto de habla “Beurteilen – Juzgar”. Tal determinación es necesaria por tanto, en el estudio de esta unidad textual de primer grado porque, en primer lugar se observará que la complejidad estructural en las oraciones de esta unidad textual es mayor que en las anteriores y en segundo lugar, porque el tipo de acto de habla que se investigará ahora no solo se realiza en las oraciones principales, como ocurría anteriormente, sino que también se desarrollará en las oraciones subordinadas.

Para realizar un análisis efectivo, las oraciones han de contener los siguientes elementos:

- Elementos lingüísticos que se puedan interpretar, según criterios de contenido y formales, como tematización de los componentes del tipo de acto de habla.
- Las oraciones han de ser atribuibles al Tribunal y no a otra de las partes.
- Han de ser oraciones independientes sintáctica y semánticamente para que se puede realizar la intención comunicativa de declaración de valoración.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE (fundamentos de derecho alemanes)**Entscheidungsgründe**

Die Klage ist begründet aus § 823 I, II BGB i.V.m. §§ 186 StGB, 824 BGB wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sowie der Ehre des Klägers.

Der Beklagte hat dadurch, daß er einen sog. Link auf die Webpage - Anlage JS 2 - in seiner Homepage aufgenommen hat, die auf der Anlage JS 2 befindlichen ehrverletzenden sowie beleidigenden Tatsachenbehauptungen als auch Meinungsäußerungen zu seinen eigenen gemacht.

Nach Auffassung des erkennenden Gerichts wie auch wohl des Beklagten, denn er hat die Unterlassungserklärung abgegeben, überschreitet der Text der Anlage JS 2 an mehreren Stellen die von Art. 5 GG geschützte Meinungsfreiheit, in dem die durch Güterabwägung zu ermittelnde Grenze zum Ehr- und Persönlichkeitsrechtsschutz nicht eingehalten ist. Angesichts der von dem Beklagten abgegebenen Unterlassungserklärung erübrigt sich eine detaillierte Darlegung der Beleidigungen im einzelnen. Hinsichtlich des klagweise weiterverfolgten Schadensersatzanspruchs ist auszuführen, daß entgegen der Auffassung der Beklagten die Aufnahme des Links weder von der "Haftungsfreizeichnungsklausel" - so sie denn am 17.02.1998 überhaupt aufgenommen gewesen ist - noch von dem ohnehin erst im nachhinein erstellten sog. "Markt der Meinungen" gerechtfertigt wird.

Wie in der Entscheidung des BGH vom 30.01.1996, NJW 96, 1131 ff. ausgeführt, kann das Verbreiten einer von einem Dritten über einen anderen aufgestellten herabsetzenden Tatsachenbehauptung dann eine Persönlichkeitsrechtsverletzung darstellen, wenn derjenige, der die Behauptung wiedergibt, sich nicht ausreichend von ihr distanziert. Eine solche ausreichende Distanzierung hat der Beklagte jedenfalls nicht dadurch vorgenommen, daß er auf die eigene Verantwortung des jeweiligen Autors verweist. Dies ist keine Distanzierung, sondern vielmehr eine nicht verantwortete Weitergabe und damit eine eigene Verbreitung.

Auch von einem nach Meinung des Beklagten dank seiner Recherchen über den Kläger aufgestellten Zusammenschau von über den Kläger erfolgten Publikationen im Sinne der zitierten BGH-Entscheidung vorliegenden Markt der Meinungen, der etwa die Aufnahme des Links legitimieren könnte, kann nicht die Rede sein. Es geht dem Beklagten nicht darum, wie aber in der zitierten Entscheidung des BGH der Fall, ein Kaleidoskop von Behauptungen in einer die Öffentlichkeit berührenden Angelegenheit möglichst umfassend in alle möglichen Richtungen vertiefend wiederzugeben, um der Wahrheitsfindung nachzuhelfen. Der Beklagte hat vielmehr hier eine Zusammenschau ehrverletzender Artikel über den Kläger erstellt. Die auf der Webpage - Anlage JS 2 - enthaltenen ehrverletzenden Behauptungen sind darüber hinaus so schwerwiegend und nachhaltig, daß der Beklagte vom Grunde her nicht allein zur Abdeckung des materiellen, sondern auch des immateriellen Schadens verpflichtet ist.

Soweit der materielle Schaden bereits bezifferbar ist, ist der Kläger dem in Gestalt des

Zahlungsantrages nachgekommen. Der Beklagte ist aufgrund seiner nach vorstehenden Darlegungen bestehenden Schadensersatzpflicht gemäß §§ 823 I, II, 824, 249 ff. BGB verpflichtet, die außergerichtlichen anwaltlichen Abmahnkosten zu bezahlen. Diese sind jedoch nur in Höhe des zuerkannten Betrages zuzusprechen. Zugrundelegen ist entgegen der Auffassung des Klägers für den außergerichtlich geltend gemachten Unterlassungsanspruch kein Gegenstandswert von DM 100.000,00, sondern vielmehr von DM 40.000,00. Die Höhe dieses Wertes reicht aus, um allen entstandenen und etwaig noch entstehenden Schaden materieller und/oder immaterieller Art abzudecken.

En el caso de los *Entscheidungsgründe* alemanes, su redacción se realiza a través de las siguientes unidades textuales de segundo grado:

1. Einleitungssatz
2. Zulässigkeit
3. Begründetheit: Ergebnis und vorangestellte Anspruchsnorm (bejaht oder verneint)
4. Subsumtion der Anspruchsnorm
5. Falls Abweisung/Teilabweisung: Etwaige andere Anspruchsnormen (wie 3. und 4.)
6. Begründung von:
 - a) Zinsentscheidung
 - b) Kostenentscheidung
 - c) Ausspruch über vorläufige Vollstreckbarkeit

(1) Einleitungssatz

En este apartado se incluirán los fundamentos de derecho en una oración a modo de resumen en el que se incluye el resultado:

- EJEMPLOS
- I. *Die Klage ist zulässig und begründet.*
 - II. *Die zulässige Klage ist nur teilweise begründet, da dem Kläger bezogen auf die Bohrmaschine nur ein Herausgabeanspruch aus § 985 BGB, jedoch kein darüber hinausgehender Schadensersatzanspruch zusteht.*

(2) Zulässigkeit

La competencia pertinente se describe en §§ 23, 71 GVG y en §§ 12 ff. ZPO.

EJEMPLOS
I. Die Klage ist zulässig und begründet.
II. Die zulässige Klage ist unbegründet.

(3) und (4) Begründetheit

Comienza normalmente con el resultado y a continuación se fundamenta con las normas.

EJEMPLOS
I. Der vom Kläger geltend gemachte Klageanspruch ist aus § 7 I StVG vollumfänglich begründet.
II. Denn der Beklagte hat als Halter seines Fahrzeuges den Kläger dadurch, dass er unter Verstoß gegen § 8 II StVO in die B 31 eingebogen ist, beim Betrieb eines Kfz geschädigt.

(6) Begründung der Nebenentscheidungen

Del mismo modo se han de fundamentar las costas, ejecutoriedad, etc., que se han mencionado con anterioridad en los *Tatbestand*.

EJEMPLOS
I. Der Zinsanspruch ergibt sich aus § 291 i. V. m. § 288 I (bzw. II) BGB.
II. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO.
III. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 ZPO.

Con respecto al análisis formal, estudiaremos las siguientes construcciones de esta unidad textual alemana:

- a) Formas verbales como realización del tipo de acto de habla “Beurteilen – Juzgar”.
- b) Construcciones adverbiales emitidas o relacionadas con el Tribunal.
- c) Construcciones con verbos modales.

Formas verbales

Como señal del tipo de acto de habla “Beurteilen – juzgar” tomaremos los verbos o construcciones verbales cuyo significado expresen una opinión/interpretación del emisor del texto y no una constatación de los hechos. Es decir, que, al menos uno de los componentes de significado contenga una de esas características. Para ello, se tendrán en cuenta todos los rasgos mediante los cuales se realice el tipo de acto de habla es decir, si el verbo está en su forma activa o pasiva, qué nexos aparecen en la construcción de la oración, qué unidades lingüísticas aparecen, tales como infinitivos, participios, adjetivos, grupos nominales, etc. En alemán, como se aprecia en la lista siguiente, no hay gran cantidad de verbos cuya valencia y significado realice el tipo de acto de habla, pues se suelen utilizar los mismos:

überzeugt ²²¹ sein		3/30
EJEMPLOS	<p>I. Nach dem Vortrag der Parteien und dem Ergebnis der Beweisaufnahme ist das Gericht davon überzeugt, dass die Klauseln zur Bestimmung der Zahlungspflichten der Parteien in dem Swap-Geschäft nicht nur für das Geschäft mit der Klägerin sondern auch für eine unbestimmte Vielzahl anderer Geschäfte hätte zur Anwendung kommen können.</p> <p>II. Die Kammer ist aber über die Angaben von E. hinaus davon überzeugt, dass er die Absichten nicht nur „ankündigte“, sondern androhte und dabei mit sehr drastischen Worten beschrieb, dass der Spezialist dem Kläger Schmerzen zufügen würde, wie er sie noch nie erlebt habe. E. stand, ebenso wie alle Beamten im Polizeipräsidium, unter enormem Druck und wollte den Jungen unter allen Umständen so schnell wie möglich finden.</p>	
ANÁLISIS	<p>En todos los ejemplos aparece el verbo en presente en voz pasiva y el sujeto de las oraciones es, o <i>das Gericht</i>, o <i>die Kammer</i>. El objeto del juicio se expresa en la oración subordinada, que tiene como correlato en la oración principal el adverbio <i>davon</i>. En estos ejemplos se tematizan los componentes a) mediante el “sujeto”, b) mediante la oración subordinada, y c) con el verbo.</p>	

²²¹ Überzeugen: der Äusserer gibt an, dass er die Wahrheit, Richtigkeit o.ä. von etwas anerkennt. (Duden)

dem Gericht erscheinen ²²²	
EJEMPLOS	<p>I. Zudem erscheint es fraglich, ob bei einem massenhaften Verkauf es tatsächlich zu Kurssteigerungen in dem Umfang gekommen wäre, der die (verkaufenden) Aktionäre in dem Umfang an dem Erlös des Verkaufs der Pharmasparte beteiligt hätte, wie die beschlossene Sonderauschüttung abzüglich ggf. zu zahlender privater Ertragsteuern.</p> <p>II. Demgegenüber reicht die Art und Weise der Bekundungen des Zeugen A ebenfalls nicht für eine Überzeugung des Gerichts aus. Seine Sprechweise war weniger lebendig, und brachte kaum zum Ausdruck, von einer konkreten Erinnerung getragen zu sein. Seine Darstellung, wie das Worst-Case-Szenario vom Geschäftsführer der Klägerin (Herr K.) und Herrn F. gemeinsam errechnet worden sei, erscheint im Übrigen auch wenig plausibel, denn solche Berechnung stellt wenn überhaupt jeder für sich an.</p>
ANÁLISIS	<p>En todos los casos aparece el verbo en presente en voz pasiva y el sujeto de las oraciones es un grupo nominal, pronombres, o incluso una oración subordinada. El objeto del juicio se expresa en la oración subordinada, y suelen ser de periodo largo. En estos ejemplos se tematiza el componente c) con el verbo. El componente a) aparece elíptico, se refiere al Tribunal. Aparecen nexos condicionales con frecuencia.</p>

²²² Erscheinen: der Äusserer gibt an, dass etwas sich ihm in einer bestimmten Weise dartellt. (Duden)

halten für ²²³ 6/30	
EJEMPLOS	<p>I. Er hielt es für dringend erforderlich, den Kläger so schnell wie möglich zur Preisgabe des Verstecks zu bewegen. D. und E. wussten aber auch, dass die Beweislage nicht sicher und noch ungeklärt war, ob noch Mittäter existierten.</p> <p>II. Nach alledem hielt das Gericht den Zeugen S. für glaubwürdig.</p>
ANÁLISIS	<p>En todos los ejemplos aparece el verbo en presente en voz activa y el sujeto de las oraciones es, o <i>das Gericht</i>, o un pronombre. Suelen ser oraciones independientes por sí mismas y simples. El objeto del juicio se expresa en el objeto. En estos ejemplos se tematizan los componentes a) mediante el “sujeto”, b) mediante el objeto, y c) con el verbo y el predicado.</p>

keinen Zweifel ²²⁴ 7/30	
haben /bestehen	
EJEMPLOS	<p>I. Das Gericht hat/hegt insoweit den Zweifel, dass die Zeugin letzteres nur bekundete, um der Klägerin zu helfen.</p> <p>II. Zweifel an der Glaubwürdigkeit des Zeugen Dr. v. S. bestehen nicht.</p>
ANÁLISIS	<p>En todos los ejemplos aparece el verbo en presente en voz activa y el sujeto de las oraciones es, o <i>das Gericht</i>, o es impersonal. El objeto del juicio se expresa en el objeto o atributo. Aparecen con frecuencia oraciones subordinadas con nexos relativos. En estos ejemplos se tematizan los componentes a) mediante el “sujeto”, b) mediante el objeto o atributo, y c) con la estructura funcional <i>Zweifel haben/bestehen</i>.</p>

²²³ Halten für: der Äusserer gibt an, dass er der meinung ist, dass sich etwas in einer bestimmten Weise verhält. (Duden)

²²⁴ Zweifel: Der Äusserer gibt an, dass er keine Bedenken bezüglich der Richtigkeit oder Wahrheit von etwas hat. (Duden)

CONCLUSIONES

ansehen ²²⁵ als		10/30
EJEMPLOS	<p>I. Dieser Marktwert spiegelt die Preiskonditionen wider, unter denen der Börsenfachmarkt die Chancen und Risiken eines Geschäfts noch als vertretbar ansieht, bei denen sich also die aus den Zahlungspflichten für eine Seite ergebenden Verlustrisiken auf der Grundlage der zusammengefassten spekulativen Zukunftserwartungen des Marktes in einem angemessenen, mithin als realistisch anzusehenden Verhältnis zu den Gewinnchancen aus dem Geschäft stehen.</p> <p>II. Dementsprechend werden Sportwetten sowohl in der strafrechtlichen als auch in der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung (vgl. BGH GRUR 02,636 - Sportwetten; BGH GRUR 04,693,695 – Schöner Wetten) einhellig als Glücksspiele im Sinne des § 284 StGB angesehen.</p>	
ANÁLISIS	<p>En todos los ejemplos aparece el verbo en presente en voz activa y el sujeto de las oraciones es, por lo general una oración subordinada de periodo largo. En estos ejemplos se tematizan los componentes a) mediante el “sujeto”, b) mediante el objeto. En alguno de los ejemplos se tematiza igualmente d) aportando los artículos correspondientes (II).</p>	

keinen Anlass		2/30
sehen		
EJEMPLOS	<p>I. Auch an der Richtigkeit der Aussage des Zeugen insoweit zu zweifeln, sieht das Gericht keine Veranlassung.</p>	
ANÁLISIS	<p>Esta construcción aparece únicamente dos veces y el verbo está en presente en voz activa. El sujeto de las oraciones es <i>das Gericht</i>. El objeto del juicio se expresa en el atributo <i>keine Veranlassung</i>. En estos ejemplos se tematizan los componentes a) mediante el “sujeto”, b) mediante el atributo, y c) con objeto.</p>	

²²⁵ Ansehen als: der Äusserer gibt an, dass er etwas als etwas auffasst. (Duden)

Den Eindruck gewinnen 4/30	
EJEMPLOS	I. Das Gericht hat deshalb den Eindruck gewonnen , dass der Zeuge A die Darstellung zum Berechnen des Worst-Case-Szenarios durch Herrn K. nur gewählt hat, um zugleich zu zeigen, wie gut Herr K. die mathematischen Zusammenhänge des Geschäfts beherrscht habe.
ANÁLISIS	En todos los ejemplos aparece el verbo en pretérito perfecto en voz activa y el sujeto de las oraciones es, o <i>das Gericht</i> , o <i>die Kammer</i> . El objeto del juicio se expresa en la oración subordinada. En estos ejemplos se tematizan los componentes a) mediante el “sujeto”, b) mediante la oración subordinada, y c) con el verbo.

Construcciones adverbiales

Como se ha procedido con la firma personal del verbo, estableceremos las realizaciones del acto de habla con el mismo modelo de análisis. Para ello, dichas construcciones adverbiales han de tematizar alguno de los componentes de tipo de acto de habla. A continuación se exponen las construcciones adverbiales que realizan el tipo de acto de habla en las correspondientes unidades textuales de las sentencias estudiadas.

Zur Überzeugung des Gerichts / der Kammer 2/30	
EJEMPLOS	I. Die von der Beklagten benannten Zeugen haben nicht zur Überzeugung des Gerichts bestätigt, dass der Kläger in der sog. „Putzgruppe“ den Ruf hatte, ein passionierter Schläger zu sein. II. Zur Überzeugung der Kammer trug sich der weitere Verlauf wie folgt zu:
ANÁLISIS	Dicha construcción aparece con poca frecuencia en las sentencias analizadas. Consiste en la preposición zu + el grupo nominal der Überzeugung y el traibuto en genitivo des Gerichts o der Kammer . En estos ejemplos se tematizan los componentes a) mediante el atributo en genitivo, b) con el verbo, y c) mediante la raíz del compuesto adverbial <i>Überzeugung</i> .

Nach Überzeugung/ der Überzeugung des Gerichts / der Kammer 2/30	
EJEMPLOS	<p>I. Die Klägerin war jedoch nach Überzeugung der Kammer nicht gehindert, als Gläubigerin des Hauptschuldners die eingehenden Zahlungen gemäss § 367 Abs. 1BGB zunächst auf die Zins- und Kostenschuld des Hauptgläubigers zu verrechnen.</p> <p>II. Nach Überzeugung der Kammer ergibt sich auch in der jetzt betriebenen Nachtragsliquidation für die Klägerin keine Befriedigungsmöglichkeit.</p>
ANÁLISIS	<p>Del mismo modo, dicha construcción aparece con poca frecuencia en las sentencias analizadas. Consiste en la preposición nach + el grupo nominal der Überzeugung y el atributo en genitivo des Gerichts o der Kammer. En estos ejemplos se tematizan los componentes a) mediante el atributo en genitivo, b) con el verbo y los nexos que introducen el resto de oraciones subordinadas, y c) mediante la raíz del compuesto adverbial <i>Überzeugung</i>.</p>

Prep. Erkennende Gericht 3/30	
EJEMPLOS	<p>I. Dieser Argumentation schließt sich das erkennende Gericht für den vorliegenden Fall nicht an.</p> <p>II. Nach Auffassung des erkennenden Gerichts wie auch wohl des Beklagten, denn er hat die Unterlassungserklärung abgegeben, überschreitet der Text der Anlage JS 2 an mehreren Stellen die von Art. 5 GG geschützte Meinungsfreiheit, in dem die durch Güterabwägung zu ermittelnde Grenze zum Ehr- und Persönlichkeitsrechtsschutz nicht eingehalten ist.</p>
ANÁLISIS	<p>Dicha construcción consiste en una preposición nach/für + el grupo nominal das erkennende Gericht. Es un sintagma preposicional que funciona como uno adverbial. En estos ejemplos se tematizan los componentes a) mediante el grupo nominal y b) con el verbo y los nexos que lo acompañan.</p>

Construcciones con verbos modales

Por último analizaremos las convenciones de género en las que se realiza el tipo de acto de habla en esta unidad textual mediante los verbos modales. Resulta evidente que hacer un análisis detallado de cada uno de

los verbos modales no es útil ya que nos interesan los elementos en los que realice el tipo de acto de habla. Un verbo modal tiene un significado de necesidad deóntico, lo que quiere decir, que con este tipo de estructura se da una fuente deóntica en la que se expresan unas circunstancias con una construcción de infinitivo. La fuente puede ser una persona o una institución y siempre implica que ésta es responsable de lo que emite, es decir, que su autoridad se basa en la necesidad. La fuente se puede expresar de forma explícita en el contexto, aunque con frecuencia, se encuentra de forma implícita.

Además, hemos de entender que la interpretación que se le dará a los verbos modales en esta unidad textual será la de la perspectiva de la ley y según los estándares argumentativos de la sentencia del Tribunal. Con los verbos modales se tematizan los siguientes componentes:

- a) Resultado del juicio (siempre de forma explícita)
- b) Perspectiva del juicio (normalmente implícita).

—*müssen*.

Uno de los verbos modales que mejor expresan la necesidad es *müssen* como se ve en la afirmación de Öhlschläger (1989: 152): “Eine Proposition in Form eines Satzes, der eine Form von *müssen* mit angeschlossener Infinitivkonstruktion enthält, ist dann und genau dann wahr, wenn eine Quelle Q nur die eine Möglichkeit zulässt, dass der mit der Infinitivkonstruktion bezeichnete Sachverhalt eintritt”²²⁶. En el corpus objeto de estudio aparece en 19 de las 30 sentencias.

²²⁶ Una proposición en forma de oración que contiene una forma del verbo *müssen* con una construcción de infinitivo, es verdadera si y solo si una fuente Q permite la posibilidad de que las circunstancias señaladas sucedan con una construcción de infinitivo.

EJEMPLO	ANÁLISIS
Alle Einzelheiten, welche vorzutragen Sache der Beklagten ist, nämlich ..., müssten durch Befragung der Zeugen zunächst ermittelt werden.	En las unidades textuales analizadas aparece en varios de los ejemplos el sujeto del verbo modal como un grupo nominal.
Um dem Software-Anbieter zu ermöglichen, eine Kontrolle dahingehend auszuüben, wie seine Software genutzt wird, muss jeweils gesondert vereinbart werden, auf welchen konkreten Anlagen die Software zum Einsatz kommt.	En este ejemplo la oración subordinada funciona como sujeto. Este tipo de construcción no aparece con mucha frecuencia.
Dies allein genügt zwar noch nicht in Hinblick auf die Annahme einer Sittenwidrigkeit, es muss vielmehr eine verwerfliche Gesinnung des Bevorteilten hinzutreten.	En este ejemplo aparece como sujeto un grupo nominal más una construcción de infinitivo. Esta estructura aparece en 17 de las 30 sentencias estudiadas.

Hemos de observar aquí el uso de la voz pasiva o activa ya que, según las sentencias analizadas, la voz pasiva es la que suele utilizarse con las circunstancias/estado de las cosas de los actos del tribunal y suele aparecer en construcciones de infinitivo que están ligadas al verbo *müssen*. Sin embargo, no podemos olvidar que la voz activa también aparece, aunque en menor medida.

—*sein + zu + Infinitiv*.

Según criterios lingüísticos, la construcción *sein + zu + Infinitiv* es muy similar a *können* y *müssen*, a pesar de que en esta construcción existan dos significados: “necesidad” y “posibilidad”. El significado real que tiene en cada situación se ha de obtener del contexto en que se encuentre.

Su forma es pasiva y corresponde a una pasiva parafraseada con un verbo modal. Aunque no se trata estrictamente de un verbo modal, se puede valorar en paralelo a la forma deóntica de los verbos modales como señal del tipo de acto de habla “beurteilen”, debido a su descripción. Su construcción es siempre pasiva, por lo que no se puede realizar una división según el género del infinitivo de la construcción de infinitivo.

Del mismo modo, nos gustaría recalcar que la mencionada característica de su doble sentido, podría ser un motivo para la utilización de construcciones con *sein + zu + Infinitiv* en las sentencias. Con esta ambigüedad, el emisor no tiene por qué expresar necesariamente si una solución es la única posible permitida o verdadera. Ambos significados se podrían interpretar de dicha construcción.

EJEMPLO	ANÁLISIS
Die Beklagten waren entsprechend ihres Anerkenntnisses zu verurteilen .	Las construcciones con significado de necesidad y que tienen un grupo nominal como sujeto aparecen en 26/30 sentencias. Igualmente existen ejemplos en los que no hay sujeto o que el sujeto es una oración subordinada como se puede observar. Sin embargo, esto sucede en pocas de las unidades textuales analizadas.
Ihrem Vortrag ist einzig zu entnehmen , dass sie angeboten hat, den Betrag für das Nominalvolumen den Wünschen der Klägerin anzupassen.	
Darüber hinaus ist dem Vortrag der Beklagten jedoch nur zu entnehmen , dass die Parteien intensiv über den Vertrag und seine Bedingungen verhandelten und die Bereitschaft bestanden hätte, Vertragsklauseln anzupassen, wenn ein solcher Wunsch aufgekommen ware.	

La construcción *sein + zu + Infinitiv* con significado de “necesidad” es una forma pasiva del verbo *müssen* en su significado deóntico. Sin embargo, el verbo *müssen* se utiliza en la realización del tipo de acto de habla “beurteilen” con respecto a las acciones de las partes y *sein + zu + Infinitiv* aparece en la realización del mismo tipo de acto de habla en acciones del tribunal. Se trata de una preferencia clara aunque no exclusiva.

—*haben + zu + Infinitiv*.

Otra forma similar a *müssen* es *haben + zu + Infinitiv* aunque, a diferencia de la construcción anterior, ésta tiene forma y significado activo. Tampoco se trata de un verbo modal estrictamente hablando.

En el análisis realizado, todas las muestras tienen un grupo nominal como sujeto y la raíz de la construcción de infinitivo es un infinitivo activo. Aquí la convencionalización es muy fuerte.

EJEMPLOS

Die Klauseln zur Darstellung der Zahlungspflichten der Parteien, wonach die Beklagte ... bezogen auf das Nominalvolumen halbjährlich **zu zahlen hatten**, ...

Zwar kann ein Jurist in der Zeit, die er für die Beurteilung des vorliegenden Rechtsstreits **aufzubringen hat**, ohne weiteres die rechnerische Bedeutung der Formeln zu Berechnung der Zahlungspflichten der beiden Parteien...

Die bei diesen Geschäften oder aus der Kaufmannseigenschaft gewonnen Kenntnisse **haben** der Klägerin nicht geholfen, die Klauseln besser **zu verstehen**

La construcción *haben + zu + Infinitiv* aparece en la mayoría de las sentencias estudiadas. Una diferencia con *müssen* y con la construcción anterior, además de su construcción activa, podría ser que se encuentra más limitada ya que está más relacionada con el tipo de acto de habla “beurteilen” para los actos de las partes; mientras que *müssen* sirve igual para los actos del tribunal.

—*sollen*.

Por último, analizaremos el uso de *sollen* en la unidad textual de los *Entscheidungsgründe*. Al igual que los anteriores, tiene un significado de necesidad. Según Ohlschläger se debe a (1989: 174): “Eine Proposition in Form eines Satzes, der eine Form von *sollen* mit angeschlossener Infinitivkonstruktion enthält, ist dann und genau dann wahr, wenn eine Quelle Q es vorzieht, dass der mit der Infinitivkonstruktion bezeichnete Sachverhalt eintritt.”²²⁷

²²⁷ “Una proposición en forma de oración que contiene una forma del verbo *sollen* con una construcción de infinitivo, es verdadera si y solo si una fuente Q anticipa que las circunstancias señaladas sucedan con una construcción de infinitivo”.

Según esto, se podría interpretar el uso de *sollen* como señal del acto de habla “*beurteilen*” de forma paralela al de *müssen*. Sin embargo, aparece la necesaria fuente Q como fuente de dicha modalida.

El verbo *sollen* aparece en 17 de las 30 sentencias analizadas.

EJEMPLOS

Mit der Pflicht zur Mitteilung der Gewinnmarge bei seitens des Kreditinstituts gedeckten Finanztermingeschäften **soll** keine allgemeine Pflicht der Banken **begründet werden**,...

Die Kammer folgt auch nicht der Auffassung, wonach § 95a UrhG dann **eingreifen soll**, wenn die analoge Kopie nur ein Zwischenschritt zur Herstellung einer digitalen Kopie ist.

Für die Frage, ob diese Formeln die Gefahr einer unangemessenen Benachteiligung begründen, kommt es indessen auf die Verhandlungssituation des Nicht-Juristen an, der vor Abschluss des Geschäfts dessen Bedingungen vollständig **erfassen können soll**.

La muestra de las unidades textuales analizadas revela que cuando se utiliza el verbo *sollen* no es el emisor quien fundamenta la oración, sino que se refiere a una fuente; normalmente una normativa o una intención. El resultado de que este verbo modal aparezca con significado de necesidad y no junto al emisor del texto, se ve apoyado por nuestro análisis de la unidad textual *Entscheidungsgründe* como una unidad textual no performativa.

Fundamentos de Derecho españoles

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en apelación D^a Alicia, la Sentencia que, en primera instancia, estima totalmente la demanda interpuesta por D^a Estela en ejercicio de acciones acumuladas de desahucio de vivienda por falta de pago de la renta y cantidades asimiladas, y reclamación de rentas, declara resuelto el contrato de arrendamiento de la vivienda sita en c/ CALLE000 nº NUM000, NUM001 NUM002, y haber lugar al desahucio de la demandada, D^a Alicia , apercibiéndole de que, si no desaloja la vivienda arrendada dentro del término legal, será lanzada de ella y a su costa, en la fecha señalada, y condena solidariamente a las demandadas, D^a Alicia (arrendataria) y D^a Nicolasa (avalista), a abonar a la demandante la cantidad de 2.250 €, mas los intereses legales, mas las rentas que se devenguen hasta el momento en que se ponga la vivienda a disposición de la parte actora , a razón de 400 € mensuales, con expresa imposición de costas a la parte demandada.

CONCLUSIONES

Contra dicha Sentencia se alza en apelación la demandada D^a Alicia, quien, pese a que ni ella ni la otra demandada compareció en la primera instancia, solicita que se revoque la sentencia apelada, por entender que todas las cantidades reclamadas, incluidas la renta y gastos de Comunidad del mes de mayo de 2.011, fueron ingresadas en la cuenta bancaria de la actora con carácter previo a la celebración de la vista del juicio, según decía acreditar con los justificantes de pago de rentas que aportó con el escrito de preparación del recurso de apelación, siendo -dice- la demandante conocedora de tales circunstancias, por lo que entiende que debió haberse dictado resolución declarando enervada la acción de desahucio.

SEGUNDO. - Consta en autos que la vista del juicio dio comienzo el día 25 de abril de 2.011, a la hora que se había señalado, es decir, las 10,45 horas, sin que comparecieran a ella ninguna de las demandadas, pese a que fueron correctamente citadas. Con el escrito de preparación del recurso de apelación, presentado el 26 de mayo de 2.01, D^a Alicia aportó justificantes bancarios que acreditaban el pago de un total de 2.700 €, correspondientes a todas las rentas y gastos de comunidad adeudados, incluidos los del mes de mayo de 2.011. La prueba de esos pagos, surtió el efecto contemplado en el artículo 449.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en su redacción anterior a la entrada en vigor de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal), es decir, permitió la admisión a trámite del recurso, pero en modo alguno puede surtir el efecto enervatorio del desahucio que pretende la apelante, en primer lugar, porque ésta no compareció en la primera instancia, y no solicitó que se tuviese por enervada la acción, ni se acreditó en la vista de ningún modo que se hubiese efectuado el pago, y en segundo lugar porque consta en los justificantes bancarios presentados con el escrito de preparación del recurso que, al menos dos de los pagos que se hicieron por transferencia (los correspondientes a las rentas de noviembre y diciembre, por importe de 800 €, y gastos de Comunidad, por importe de 250 €) se hicieron entre las 12,39,50 y las 12,41,55 horas, y el resto de las transferencias, consta que se hicieron el mismo día, sin que conste la hora, por lo que no cabe presumir que la arrendadora fuese conocedora de que le habían sido ingresadas esas cantidades antes de la vista, ni consta que antes de la celebración de la vista la arrendataria hubiese pagado o puesto a disposición de la arrendadora todas las cantidades adeudadas hasta esa fecha, tal y como exige el artículo 22.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

TERCERO.- Procede, pues, desestimar el recurso interpuesto y confirmar la Sentencia apelada, así como imponer las costas procesales causadas en esta instancia a la parte apelante, no solo porque se desestima totalmente su recurso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 398-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 394-1 del mismo Texto Legal, sino también por la evidente mala fe demostrada en la presentación de tan temerario e injustificado recurso, con los efectos previstos en el artículo 394.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el art. 209.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil español se delimita cómo se ha de redactar esta unidad textual:

En los fundamentos de derecho se expresarán, en párrafos separados y numerados, los puntos de hecho y de derecho fijados por las partes y los que ofrezcan las cuestiones controvertidas, dando

las razones y fundamentos legales del fallo que haya de dictarse, con expresión concreta de las normas jurídicas aplicables al caso.

Del mismo modo, en la redacción de los Fundamentos de Derecho, es destacable la afirmación de Onecha Santamaría con respecto a su orden lógico y formulación (1994: 8)²²⁸:

La primera, consistente en respetar el orden sucesivo, que es menester guardar en la resolución de fondo, de manera que sean cubiertas las diferentes etapas con arreglo al orden que su desarrollo lógico reclama de suyo. La segunda, referente al procedimiento de régimen interior que es preciso seguir para aunar las voluntades de los miembros que integran el Tribunal. La complejidad de uno y otro cometido (continúa el mismo autor) obliga a respetar el curso de las distintas etapas que hay que guardar en cada uno y conjugar las actuaciones, de manera que se consiga el cumplimiento de los fines dentro de la compatibilidad que debe reinar en todas las intervenciones. La génesis de la sentencia debe caracterizarse por su unidad, porque una íntima trabazón debe existir en las premisas en que se plantea la adecuación de los hechos probados a los términos de la contienda que constituye el objeto del pleito o causa. A su vez, la aplicación de los preceptos jurídicos debe estar ajustada a los hechos probados, de modo que, según la interpretación, haya correspondencia de éstos con el supuesto de hecho que contempla la norma. Una concatenación lógica preside la secuencia de estas operaciones parciales que preceden al pronunciamiento; y esta unidad debe ser producto de un solo pensamiento que ordena consecutivamente las diferentes partes que integran la formación del fallo, conforme a la relación que las vincula... Cuando la sentencia es dictada por un Organismo unipersonal, a la unidad de origen acompaña la unidad de desarrollo. Sin embargo, otra cosa acontece cuando son llamadas una pluralidad de personas a pronunciarse en una resolución. La mayor probabilidad de acierto, en este caso, como punto de la concurrencia de pareceres, ofrece, sin embargo, la dificultad de armonizar la diversidad de puntos de vista en una actividad de compleja creación, como es la formación de la sentencia, en que hay implicada una diversidad de cuestiones.

Asimismo, y con respecto a los actos de habla que encontraremos en la fundamentación jurídica, según afirma A. Hernández Gil (1986: 18s.):

Un tratamiento riguroso y, por tanto, preciso de la fundamentación jurídica requiere realizar tres operaciones a saber: determinación de las normas aplicables, fijación de su sentido y establecimiento de la conexión hechos/derechos.

²²⁸ ONECHA SANTAMARÍA sobre la «Formación de la sentencia en los Organos Colegiados». 1973. En *Revista del Poder Judicial*, 36.

La primera es una operación identificadora de las normas. En tanto los hechos son dados en concreto y ellos ha de estarse, aunque quepa destacar los dignos de atención preferente, el derecho en razón de su carácter general y del sentido global del ordenamiento requiere una labor de selección en la que es más libre la posición del juez por la vigencia del principio *iura novit curia*. La determinación de la norma o normas aplicables exige poderar un conjunto frecuentemente superior o más extenso del que se extraen las consideraciones pertinentes.

Para ello es necesario realizar una segunda operación que tiene por objeto fijar el sentido de las normas. Esta es la labor hermenéutica, que se compone de dos fases: una referida al bloque normativo en cuestión y otra concerniente a los elementos del mismo considerados como relevantes.

La toma de contacto de los hechos con el derecho ... da lugar a las fases de interpretación, calificación y establecimiento de las consecuencias jurídicas.

Por lo tanto, en cuanto a su estructura podemos observar el siguiente cuadro que se repite en las sentencias objeto de análisis:

- | |
|--|
| <ol style="list-style-type: none">1. Admisibilidad o procedencia de la demanda: determinación de las normas aplicables. Exposición y resumen de los antecedentes de hecho.2. Fundamentación: resultados y normas que conceden un derecho (contestación afirmativa o negativa) – justificación y fundamentación legal. Estimación / Desestimación. Interpretación y establecimiento de las consecuencias jurídicas.3. Fundamentación de Costas4. Resumen final |
|--|

En primer lugar, se observa en todas las sentencias estudiadas que, tal y como prescribe la ley, los fundamentos de derecho se expresan en párrafos separados y enumerados. Existe, en este aspecto, cierta discrepancia entre los juristas, ya que tal y como afirma A. Hernández Gil (1986: 37) “Uno de los puntos más discutibles en orden a la estructura y el estilo de las sentencias es el relativo a si la fundamentación jurídica debe ir o

no distribuida en párrafos que comiencen con la palabra “considerando”.²²⁹ Hoy día este uso se está modificando²³⁰ y solo aparece en 8/30 de las sentencias analizadas.

EJEMPLOS

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los hechos probados

1º De las relaciones entre D^a Rosario y D. Anselmo nació un niño, Roman, el 19 octubre 2006. No se inscribió la filiación paterna. La madre manifestó su voluntad de dejar al niño bajo la tutela de la Comunidad de Madrid para su posterior adopción. La Comisión de tutela del menor de dicha Comunidad declaró el desamparo y asumió la tutela.

2º D. Anselmo fue condenado en fecha 6 junio 2006, por el Juzgado de violencia contra la mujer nº 4 de Madrid, como autor de un delito de maltrato con atenuante de drogadicción, cometido en la persona de la madre D^a Rosario, al conocer el embarazo.

3º Después del nacimiento del niño, D. Anselmo interpuso una demanda de reclamación de paternidad, que fue resuelta de forma positiva por Sentencia de 4 octubre 2007. A pesar de todo ello, no llegó a tener contacto con del menor.

4º La Comisión de tutela del menor de la Comunidad de Madrid dio al niño en acogimiento familiar preadoptivo e inició los trámites de la adopción. El Sr. Anselmo solicitó la suspensión del procedimiento y que se tramitara el incidente regulado en el Art. 781 LEC, a los efectos de poder prestar su asentimiento para la adopción, según lo establecido en el Art. 177.2, 2 CC. A ello se opuso la Comisión de tutela del menor, **considerando** que el padre se hallaba incurso en causa de privación de la patria potestad, por lo que , de acuerdo con el Art. 177 CC, no podía prestar tal consentimiento.

5º La Sentencia del juzgado de 1ª instancia nº 80 de Madrid, de 31 julio 2008, desestimó la demanda incidental. La necesidad de prestar el asentimiento para la adopción depende de si el padre estaba incurso en causa de privación de la patria potestad , "[...]porque el protagonismo que en dicho negocio familiar debe atribuirse a los padres del adoptando viene anudado a la pérdida o vigencia de la patria potestad y, en definitiva, al cumplimiento o desatención de los deberes paterno-filiales en que consiste" ; b) no se exige que los incumplimientos hayan sido dolosos, "porque no se trata de sancionar al progenitor que pueda considerarse indigno, sino de amparar los Derechos e intereses del hijo, ante una situación de riesgo o abandono [...]" ; c) "[...] el momento en que hay que apreciar si el padre está incurso o no en causa de privación de la patria potestad es el del desamparo y en aquel momento, que no es otro que el del nacimiento del menor, lo estaba" . Resumiendo los hechos ocurridos, acabó **considerando** que el niño hubiera estado desprotegido desde el nacimiento hasta la declaración de la filiación , porque el padre no había cumplido sus obligaciones de protección y por ello, estaba incurso en causa de privación de la potestad y no debía concurrir prestando el asentimiento para la adopción.

(...)

—Admisibilidad o procedencia de la demanda.

Esta unidad textual de segunda categoría normalmente aparece en las sentencias analizadas en la primera de las enumeraciones en las que se exponen los hechos, esta vez descritos por parte del Tribunal y no por parte

²²⁹ Según el DRAE este gerundio se define como: “Cada una de las razones esenciales que proceden y sirven de apoyo a un fallo o dictamen y que empiezan con dicha palabra.”

²³⁰ En este sentido C. RODRÍGUEZ AGUILERA en su estudio dedicado a la Sentencia (1974: 51) califica este uso de “inútil y hasta grotesco”.

de los litigantes como ocurría en la unidad textual de los Antecedentes de hecho.

EJEMPLOS

- I. PRIMERO : La actora interesa en su recurso la estimación de su demanda , como hemos dicho. En ella solicita que se declare la facultad de retirar los elementos muebles correspondientes a las máquinas de retorno e impulsión del aire acondicionado -que colocó, vigente el arrendamiento, en el local propiedad de la otra parte-; y que se condene a la demandada a retirar el material a su costa y entregarlo a la hoy apelante. Subsidiariamente, pide en la demanda que se condene a CONSTRUCCIONES SARVISÉ, S.A. a abonar a la actora la cantidad de 8.989,35 euros en concepto de precio cierto y actual de los elementos que, siendo propiedad de TRANSFORMACIONES DE MATERIAS NATURALES, S.L., son retenidos por la demandada .
- II. PRIMERO. Las litigantes debatieron en las instancias sobre si la demandada, MSR Edco Shipping, debía responder, como porteadora, frente a la demandante, Cementval, SL , destinataria de la carga - un producto 13/03/12 destinado a la fabricación de cemento portland - que fue transportada por mar, desde el puerto chino de Rizhao al español de Valencia, conforme al régimen del conocimiento de embarque, por haberla entregado en el punto de destino con un retraso de dos meses respecto del día en el que normalmente debería haberlo hecho, a causa de la forzosa retención del buque - Edco Star - en Port Said, por decisión de la autoridad portuaria. Dos datos más completan el supuesto litigioso. Uno , implícitamente afirmado en las Sentencias de las dos instancias, consiste en que no se ha probado en el proceso que la porteadora se hubiera comprometido a poner a disposición de la compradora en determinado plazo la carga - ni siquiera que hubiera conocido que la destinataria lo había convenido con quien se la vendió -. Otro, silenciado en las dos Sentencias, pero con indudable trascendencia sobre el régimen jurídico del transporte, deriva de que el conocimiento de embarque, extendido en abril de dos mil seis, incluyera una cláusula " paramount ". La Sentencia de primer grado estimó en parte la demanda de Cementval, SL - en la que ésta había reclamado la indemnización a que entendía tenía derecho -. La de segundo grado , por el contrario, la desestimó por unas razones que poco tienen que ver con los aspectos sustantivos del conflicto, resumidamente relatados y a los que nos hemos de referir, necesariamente, pues sobre ellas se proyectan tanto el único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, como los tres del recurso de casación interpuestos por la demandante. En síntesis, la Sentencia de apelación - tras afirmar que " el planteamiento efectuado por el demandante tenía visos de prosperabilidad, al menos parcial " - contiene las siguientes declaraciones determinantes - y por las que dicho planteamiento "no puede ser acogido " -: 1ª) Una alegación complementaria formulada por Cementval , SL en la audiencia previa - en el sentido de que MSR Edco Shipping respondió a sus reclamaciones con la indicación de diversas fechas continuas de la esperada llegada del buque Edco Star al puerto de destino, las cuales resultaron falsas y trajeron como consecuencia un incremento del daño por ella sufrido - no podía ser admitida, al ser la demanda el escrito en el que el fundamento histórico de la pretensión

debería haber sido introducido en el proceso. 2ª) Con carácter general , en el transporte marítimo en régimen de conocimiento de embarque, el porteador responde por el retraso en la entrega de la carga, aunque no se hubiera obligado a efectuarla en determinada fecha, siempre que hubiera sido superado con creces el plazo que, según las circunstancias concurrentes, se considere normal. 3ª) Ello supuesto , el retraso con el que el buque Edco Star llegó al puerto de Valencia fue, " desde luego, muy importante ". 4ª) La decisión del juzgado de lo Mercantil de reducir a la mitad la indemnización reclamada en la demanda - por el hecho de haberse probado que los daños alegados por Cementval, SL habían sido causados no sólo por el retraso del buque Edco Star , sino también por el de otro de la misma porteadora que transportaba el mismo tipo de carga y sobre el que la demanda no contenía alegación alguna -, carece de justificación sustantiva y procesal. 4ª) Como consecuencia de ello, se hacía necesaria una determinación de daños los causados a la destinataria de la carga exclusivamente por el retraso del buque Edco Star y esa operación no podía reservarse para la fase de ejecución de Sentencia por impedirlo los artículos 209, apartado 4, y 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . 5ª) Por último y sólo a mayor abundamiento, Cementval, SA había llegado a un acuerdo con la vendedora del producto transportado , Graça Capital, SA, por virtud del cual habría de obtener una reparación del daño. Es decir y en resumen, el Tribunal de apelación desestimó la pretensión de condena deducida en la demanda por dos razones de índole procesal - además de por la sustantiva últimamente mencionada -: La primera, consistente en la improcedencia de incluir en el fundamento fáctico de la Sentencia otros hechos que no fueran el retraso del Edco Star y los daños producidos con su tardía llegada al puerto de Valencia. La segunda consistente en la necesidad de separar los daños causados con ese retraso de los que lo fueron por el otro buque y en el impedimento que significan los artículos 209 , apartado 4, y 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para reservar la liquidación para la ejecución de Sentencia. Esa es la ratio de la decisión recurrida y a ella hay que entender referidos los motivos de los recursos de la demandante que seguidamente examinamos.

I. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL DE CEMENTVAL , SL.

En este apartado, el tribunal resume los hechos en un orden cronológico, tal y como apuntaba Santamaría para después fundamentar las decisiones tomadas.

—Fundamentación: resultados y normas que conceden un derecho — justificación y fundamentación legal. Estimación / Desestimación.

Esta unidad textual de segundo grado suele estar expresada en una o varias de las enumeraciones, dependiendo del recurso. En algunas de las

sentencias analizadas ya aparece en este segundo párrafo la solución del litigio junto con la condena y solo se añade una enumeración más para la estimación o desestimación final.

EJEMPLOS

- I. **SEGUNDO** : En cuanto a la primera pretensión , la arrendataria no hizo uso en tiempo oportuno de la facultad de retirar las mejoras reconocida al usufructuario en el artículo 487 del Código civil (al que se remite su artículo 1573, conforme a la aplicación supletoria recogida en el artículo 4.3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994), es decir, antes de devolver la posesión del local a la arrendadora. Por tanto, aun suponiendo hipotéticamente que era posible retirar los elementos más importantes que configuran la instalación de aire acondicionado sin detrimento de la cosa arrendada, el citado artículo 487 no autoriza a retirar mejoras, como la instalación de que hablamos, después de la pérdida de la posesión merced a la resolución de mutuo acuerdo del contrato de arrendamiento , ni mucho menos hasta el punto de imponer a la adversa la carga de retirar el material a su costa y de entregarlo a la hoy apelante. El contrato de arrendamiento permitía al arrendatario realizar cuantas obras, reformas e instalaciones considerara convenientes o necesarias (cláusula sexta), pero en su estipulación décima declara, cuando se refiere a la devolución del local tras la extinción del contrato por cualquier causa, que el arrendatario cumplirá con devolver el local en las condiciones y estado que se encuentre " en dicho momento ". Precisamente, cuando se acordó resolver voluntariamente el contrato , la instalación de aire acondicionado seguía en el local; y el pacto suscrito por los litigantes para la Resolución del contrato de arrendamiento no hace ninguna salvedad sobre ese extremo. Además , la retirada de las máquinas y demás elementos del aire acondicionado no sería inocua ni gratuita, sino que implicaría, como informa el perito de la demandada, y partiendo de que la preinstalación solo sirve para ese concreto modelo de aire acondicionado: la desconexión eléctrica , la aspiración previa, por bombeo, de todas las tuberías del líquido refrigerante y su traslado a un gestor de residuos autorizado, el desmontaje parcial del falso techo, el desmontaje de las máquinas , su traslado, reconstruir el techo fijo y el desmontable, todo ello por personal especializado , con el suministro del material necesario y repaso de pinturas, todo lo cual podría suponer un coste de 2.735 euros más I.V.A.; y no vemos razones jurídicas para imponer esa actividad y gasto a la demandada, ni tampoco para que -ya sin ninguna garantía- sea la demandada la autorizada a entrar nuevamente al local y a efectuar toda la actividad aludida para la retirada del aire acondicionado. La actora tampoco tiene Derecho a recibir una indemnización por el valor actualizado de la instalación de aire acondicionado , de acuerdo con todo lo expuesto y porque el repetido artículo 487 sienta expresamente el principio de no indemnizabilidad a favor del usufructuario (arrendatario en nuestro caso) , como consecuencia de las mejoras realizadas, cuando utiliza la expresión "pero no tendrá por ello derecho a indemnización". Por todo ello, procede desestimar el recurso.

- II. **SEGUNDO**. En el primero de los motivos de su recurso extraordinario por infracción procesal,

Cementval, SL denuncia la infracción de los apartados 2 y 3 del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil - con apoyo en los apartados segundo y tercero del artículo 469 de la misma Ley -. Afirma la recurrente que el Tribunal de apelación no había respetado las reglas sobre la carga de la prueba contenidas en el artículo 217, tanto al atribuirle la de probar el carácter doloso o culposo de la tardanza en la arribada del buque Edco Star al puerto de Valencia, cuanto al exigirle que hubiera alegado en la demanda el incumplimiento por la demandada del deber de fiel información, en relación con tan prolongado retraso. En esta última parte de la argumentación del motivo se refiere la recurrente a la negativa del Tribunal de apelación a considerar introducido válidamente en el proceso el comportamiento de la porteadora al transmitirle noticias inexactas sobre la previsible fecha de entrega de la carga. No haremos referencia alguna a la cuestión, que en el motivo también plantea la demandante, sobre las condiciones que debe tener el retraso en la entrega para constituir causa de responsabilidad de la porteadora, ya que no es propia de este recurso procesal.

TERCERO. El problema de la carga de la prueba sólo surge en caso de ausencia de elementos de juicio susceptibles de fundar la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes. Sólo en ese caso y por la prohibición del "non liquet", se hace necesario aplicar unas reglas que permitan identificar a la parte sobre la que han de recaer las consecuencias de la falta de prueba del supuesto de hecho de la norma cuya aplicación se pretende. Por ello, las reglas que se trata sólo se infringen cuando, por no haberse considerado probados los hechos necesitados de demostración, se atribuyen las consecuencias del defecto a quién, según ellas, no le correspondía sufrir la imputación de la ausencia o deficiencia probatoria - sobre ello, Sentencias 376/2010, de 14 de junio, 333/2011, de 9 de mayo, entre otras muchas -. Poniendo en relación la expuesta doctrina con las características del caso enjuiciado, hay que concluir negando que la carga de la prueba resulte alterada cuando el Tribunal desestima la demanda por razones distintas de la falta o la insuficiente demostración de un dato necesitado de ella, que es lo que ha acontecido aquí, ya que la Audiencia Provincial - tras afirmar que, en abstracto, el retraso puede ser fuente de responsabilidad, así como que el de la arribada del buque Edco Star al puerto de Valencia había sido considerable y, al fin, que la pretensión deducida por la demandante debería, en principio, prosperar - se negó a condenar a la porteadora porque, siendo necesaria - por las razones antes expuestas - una determinación de los daños derivados de esa específica demora - distinta de la referida a otro buque no mencionado en la demanda -, la liquidación no podía remitirse a la fase procesal ejecución de Sentencia, por impedirlo los artículos que quedaron mencionados. Por otro lado, la carga de la prueba no se ha de confundir con la antecedente de alegar los hechos que vayan a integrar la causa petendi, regida por el principio de aportación de parte, según el que corresponde a los litigantes introducir en el proceso aquellos en los que - probados o tratados según las reglas del onus probandi - deberá basarse la Sentencia. En conclusión, el Tribunal de apelación no ha infringido esas reglas, dado que - en respuesta a la primera argumentación en que se basa el motivo - no desestimó la

demanda porque la demandante no hubiera demostrado el carácter doloso o culposo del incumplimiento de la porteadora, sino por haber decidido aplicar los artículos 209, apartado 4, y 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil - tras declarar demostrado un considerable retraso y no mencionar causa alguna de exoneración de la porteadora -. Y - en respuesta a la segunda argumentación - porque inadmitir alegaciones complementarias de un demandante puede ser , en hipótesis, contrario a lo que dispone el artículo 426 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero no a las reglas de la carga de la prueba.

El motivo se desestima.

RECURSO DE CASACIÓN DE CEMENTVAL, SL.

QUINTO. En el motivo primero de su recurso de casación, denuncia Cementval, SL la infracción del artículo 1101 del Código Civil, en relación con el artículo 3, apartado 1, del mismo texto. Alega la recurrente que el Tribunal de apelación había distinguido entre un retraso explícito - en el sentido de producido habiendo pacto de entrega en determinado tiempo - y otro implícito - en el de producido en ausencia de pacto y por superación anormal del razonablemente exigible al porteador - sin justificación alguna , dado que ambos constituían incumplimiento y obligaban a indemnizar los daños causados al acreedor. En el motivo segundo la norma que la sociedad demandante señala como infringida es la del artículo 1544 del Código Civil, en relación con la del primer párrafo del artículo 1104 del mismo texto. Alega que el contrato de transporte obligaba a la porteadora a una prestación de resultado y que, por tanto, la demandada debía haberle ofrecido un medio alternativo de transporte que supliera al inutilizado durante dos meses por la retención en Port Said del buque Edco Star. Añade que la más importante causa de los daños sufridos por ella fue el retraso del Edco Star y que la aportación del atribuible al otro buque había sido considerablemente menor. En el tercer motivo denuncia la infracción de los artículos 6 y 8 de la Ley de 22 de diciembre de 1949 , de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque. Alega que el Tribunal de apelación había infringido las reglas de la carga de la prueba de las causas de exoneración de la porteadora.

SEXTO. Los tres motivos se han de desestimar, dado que las razones por las que el Tribunal de apelación estimó el recurso de la demandada y desestimó la demanda nada tienen que ver con las cuestiones en ellos planteadas. Se expuso al principio cual fue la " ratio decidendi " de la Sentencia apelada. Y se indicó que, el fundamento de Derecho quinto de dicha resolución expresaba cuales eran los obstáculos que impedían estimar - ni siquiera en parte - la demanda. Las cuestiones planteadas en estos motivos por la recurrente, aunque se refirieran a este tipo de transporte, no guardan relación con los argumentos de la Sentencia recurrida, de modo que su fallo subsistiría con plena fuerza aunque estimáramos aquellos.

Lo ya expuesto hacer innecesaria más insistencia, según entendemos.

—Fundamentación de Costas

En más de la mitad de las sentencias analizadas aparecen estas fundamentaciones dentro del apartado anterior. Sin embargo, hemos observado que en algunas de las sentencias analizadas, se colocan en una enumeración aparte, por lo que consideramos justificado ponerle un apartado propio.

EJEMPLOS

- I. TERCERO : Debemos imponer a la parte apelante las costas de esta segunda instancia , puesto que el recurso es desestimado y no apreciamos en el caso serias dudas de hecho ni de Derecho (artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que se remite su artículo 398.1). Asimismo, debemos disponer la pérdida del depósito constituido para recurrir, en cumplimiento de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- II. SÉPTIMO. Las costas de los recursos que desestimamos quedan a cargo de la recurrente, en aplicación de los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Resumen final

En la mitad de sentencias analizadas aparece una última enumeración en la que el Tribunal procede a estimar o desestimar con los argumentos finales. Es como un resumen final de la resolución. Este apartado aparece cuando la fundamentación de las costas no está separada de la fundamentación general. También puede aparecer en esta enumeración la condena en costas.

EJEMPLOS

- I. TERCERO.- Procede, pues , desestimar el recurso interpuesto y confirmar la Sentencia apelada, así como imponer las costas procesales causadas en esta instancia a la parte apelante , no solo porque se desestima totalmente su recurso , en virtud de lo dispuesto en el artículo 398-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con el artículo 394-1 del mismo Texto Legal, sino también por la evidente mala fe demostrada en la presentación de tan temerario e injustificado recurso, con los efectos previstos en el artículo 394.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .
- II. SEXTO. - Desestimación del recurso. La desestimación del recurso de casación comporta la procedencia de confirmar la Sentencia impugnada de acuerdo con el artículo 487 LEC y de imponer las costas a la parte que interpuso el recurso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 394 L.E.C. , en relación con el 398 LEC .
Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

La última oración “Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español” aparece en 14 de las 30 sentencias analizadas por lo que podemos afirmar que resulta convencionalizada en las sentencias españolas.

Una vez analizada la macroestructura de los Fundamentos de Derecho nos centraremos en las características de tipo formal donde se realizan los actos de habla de esta unidad textual.

Formas verbales

Al igual que hicimos en el análisis alemán, tomaremos los verbos o construcciones verbales cuyo significado exprese una opinión/interpretación del emisor del texto y no una constatación de los hechos como señal del tipo de acto de habla “juzgar”. Es decir, que, al menos uno de los componentes de significado contenga una de esas características. Para ello, se tendrán en cuenta todos los rasgos mediante los cuales se realice el tipo de acto de habla es decir, si el verbo está en su forma activa o pasiva, qué nexos aparecen en la construcción de la oración, qué unidades lingüísticas aparecen, tales como infinitivos, participios, adjetivos, grupos nominales, etc. En español, como se puede apreciar en los siguientes ejemplos, no aparece gran cantidad de verbos cuya valencia y significado realiza el tipo de acto de habla, pues se suelen utilizar los mismos:

Declarar 30/30	
EJEMPLOS	<p>I. La Sala declara que se ha de desestimar el recurso de casación, dado que las razones por las que el Tribunal de apelación estimó el recurso de la demandada y desestimó la demanda, nada tienen que ver con las cuestiones en ellos planteadas.</p> <p>II. PRIMERO.- Recurre en apelación D^a Alicia, la Sentencia que, en primera instancia, estima totalmente la demanda interpuesta por D^a Estela en ejercicio de acciones acumuladas de desahucio de vivienda por falta de pago de la renta y cantidades asimiladas, y reclamación de rentas, declara resuelto el contrato de arrendamiento de la vivienda sita en c/ CALLE000 n° NUM000, NUM001 NUM002, y haber lugar al desahucio de la demandada, D^a Alicia ...</p>
ANÁLISIS	<p>En todos los ejemplos aparece el verbo en presente en voz activa y el sujeto de las oraciones es, sala o el tribunal tanto de forma explícita como con el sujeto elíptico. Con este verbo el Tribunal manifiesta su juicio. Suele ir acompañado de grupos nominales y con cierta frecuencia de oraciones subordinadas de periodo largo. En estos ejemplos se tematizan los componentes a) mediante el "sujeto", que no siempre está implícito b) con el tiempo verbal.</p>

CONCLUSIONES

Condenar	
27/30	
EJEMPLOS	<p>I. PRIMERO.- Recurre en apelación D^a Alicia, la Sentencia que, en primera instancia, estima totalmente la demanda interpuesta por D^a Estela en ejercicio de acciones acumuladas de desahucio de vivienda por falta de pago de la renta y ..., apercibiéndole de que, si no desaloja la vivienda arrendada dentro del término legal, será lanzada de ella y a su costa, en la fecha señalada, y condena solidariamente a las demandadas, D^a Alicia (arrendataria) y D^a Nicolasa (avalista), a abonar a la demandante la cantidad de 2.250€, mas los intereses legales, mas las rentas que se devenguen hasta el momento en que se ponga la vivienda a disposición de la parte actora , a razón de 400€ mensuales, con expresa imposición de costas a la parte demandada.</p> <p>II. SEXTO.- Las consecuencias económicas de las que deberá responder subsidiariamente la demandada son aquellas a las que ha sido condenado Eladio en la Sentencia del juzgado, ratificada por la Audiencia Provincial, a partir de una estimación ponderada y objetiva de los daños y perjuicios que ha ocasionado con su ilícito proceder a la actora, cuyo contenido se determina, por otra parte, en atención a los mismos criterios que se tuvieron en cuenta en la Sentencia penal para indemnizar a las demás entidades asimismo perjudicadas que intervinieron en el proceso.</p>
ANÁLISIS	<p>En todos los ejemplos aparece el verbo en presente en voz activa aunque en 5/30 ejemplos también se reproduce en voz pasiva. El sujeto de las oraciones es la sala o el tribunal. Sin embargo, no aparece de forma explícita. Del mismo modo, encontramos gran variedad de oraciones subordinadas al verbo de periodo largo y con grupos nominales y formas no personales del verbo; características propias de este lenguaje judicial. Con este verbo el Tribunal manifiesta su juicio y suele ir acompañado de la preposición "a" para introducir el objeto de la condena. En estos ejemplos se tematizan los componentes a) mediante el "sujeto", b) con el verbo.</p>

Proceder + infinitivo	
EJEMPLOS	<p>I. TERCERO.- Procede, pues, desestimar el recurso interpuesto y confirmar la Sentencia apelada, así como imponer las costas procesales causadas en esta instancia a la parte apelante , no solo porque se desestima totalmente su recurso , en virtud de lo dispuesto en el artículo 398-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con el artículo 394-1 del mismo Texto Legal, sino también por la evidente mala fe demostrada en la presentación de tan temerario e injustificado recurso, con los efectos previstos en el artículo 394.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .</p> <p>II. En base a todo lo expuesto, procede estimar la demanda interpuesta en lo relativo a considerar producida una intromisión ilegítima en el Derecho a la intimidad de la demandante, no pudiendo tener la misma acogida la vulneración denunciada del Derecho al honor , pues las expresiones utilizadas carecen por sí mismas de la entidad suficiente para ello , teniendo en cuenta el actual contexto social, que impide que los comentarios vertidos puedan considerarse atentatorios a la buena reputación de la demandante, personaje público de frecuente aparición en la denominada "prensa rosa".</p>
ANÁLISIS	<p>En todos los ejemplos aparece el verbo en presente en voz activay el sujeto de las oraciones es el infinitivo que le acompaña, que normalmente es estimar o desestimar. Del mismo modo, otro infinitivo que aparece con frecuencia es "confirmar". En estos ejemplos se tematizan los componentes a) mediante el "sujeto", b) con el tiempo verbal. Asimismo suele aparecer d) fundamentando así su juicio con la legislación vigente.</p>

CONCLUSIONES

Entender	30/30
EJEMPLOS	<p>I. En el presente caso, este tribunal entiende que las circunstancias en que se produce la intromisión (en una revista de gran tirada) y la gravedad de la lesión (que ha tocado uno de los rincones más íntimos de la persona, su vida sexual) deben conducir a una indemnización superior a la determinada por la Juzgadora de instancia y que parece ajustado cifrar en 60.000 euros.</p> <p>II. El recurso se sostiene fundamentalmente por infracción del artículo 1591 del Código Civil por cuanto entiende, de un lado, que se atribuye al recurrente responsabilidad por vicios ruinógenos en supuestos en los que no existe tal vicio y, de otro , que se le imputa responsabilidad derivada del trabajo de otro de los intervinientes en el proceso constructivo</p>
ANÁLISIS	<p>Este verbo aparece en 6/30 de las sentencias estudiadas. Suele aparecer en presente y voz activa y el sujeto, ya sea explícito o no es el Tribunal. En todos los ejemplos expresa el objeto de su intención con una oración subordinada, normalmente de relativo. En estos ejemplos se tematizan los componentes a) mediante el “sujeto”, b) con la oración subordinada y d) a veces fundamenta su juicio con la legislación.</p>

Estimar/desestimar 30/30	
EJEMPLOS	<p>I. Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la demandante y reconvenida contra sentencia del Juzgado de 1ª instancia e instrucción número 2 de Huesca, desestimatoria de demanda, y estimatoria de reconvenición, sobre reclamación de cantidad.</p> <p>II. PRIMERO.- Recurre en apelación Dª Alicia, la Sentencia que, en primera instancia, estima totalmente la demanda interpuesta por Dª Estela en ejercicio de acciones acumuladas de desahucio de vivienda por falta de pago de la renta y ...</p>
ANÁLISIS	<p>Este verbo aparece en todas las sentencias estudiadas, tanto en su forma no personal del verbo (con mayor frecuencia y repetición) como en su forma personal. En este caso suele aparecer en presente y voz pasiva, aunque en alguna ocasión aparece en voz activa y con sujeto "la sentencia". En el caso de la voz pasiva, se entiende que el "actor" es el Tribunal, porque como ya aclaramos, es en esta unidad textual, el Tribunal, quien hace sus manifestaciones. También unido a oraciones subordinadas normalmente introducidas por un gerundio. En estos ejemplos se tematizan los componentes a) mediante el "sujeto", b) con las oraciones subordinadas y el tiempo verbal.</p>

Cabe + infinitivo	30/30
EJEMPLOS	<p>I. ... consta que se hicieron el mismo día, sin que conste la hora, por lo que no cabe presumir que la arrendadora fuese concedora de que le habían sido ingresadas esas cantidades antes de la vista, ni consta que antes de la celebración de la vista la arrendataria hubiese pagado o puesto a disposición de la arrendadora todas las cantidades adeudadas hasta esa fecha, tal y como exige el artículo 22.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .</p> <p>II. Así pues, no cabe imputar de forma indubitada la responsabilidad del evento dañoso a la automovilista demandada ni, correlativamente, puede descartarse la ausencia de negligencia en la conductora del vehículo del actor, a quien incumbía acreditar los hechos en que se sustenta su pretensión , de conformidad con el art. 217.2 de la LEC, lo que acarrea inexorablemente la improsperabilidad de la acción ejercitada, tal y como acertadamente resolvió el Juzgado de instancia.</p>
ANÁLISIS	<p>En todos los ejemplos aparece el verbo en presente en voz activa más otro verbo en infinitivo. La composición verbal puede estar en afirmativa o en negativa. Algunos de los verbos más frecuentes son: imputar, presumir, sostener, insistir, deducir, sostener, etc. Siempre va acompañado de una oración subordinada de periodo largo en la que se explica el objeto de su juicio. En estos ejemplos se tematizan los componentes a) mediante el "sujeto", b) con el tiempo verbal.</p>

Como hemos podido observar, el sujeto actor —por norma general, el Tribunal— no aparece de forma explícita en esta unidad textual. Lo que si aparece con gran frecuencia es la fundamentación u objeto de juicio, normalmente expresado mediante una oración subordinada. Hay gran abundancia de oraciones subordinadas de periodo largo cuyos nexos son o conjunciones o formas no personales del verbo.

—*Formas no personales del verbo: gerundio.*

Tal y como se ha visto en el capítulo relativo a las características del lenguaje jurídico y judicial, uno de los rasgos relativos a este lenguaje es el uso de las formas no personales del verbo, y sobre todo, del gerundio. Esta característica es propia de los textos españoles y no de los alemanes y por tanto, se analizará en esta unidad textual de nuestro trabajo. El acto de habla

que se realiza sigue siendo “juzgar”, pero también se realizan otros sub-tipos que indican el uso de esta forma no personal, que denota acción o estado durativo y tiene generalmente un carácter adverbial. Suele expresar modo, condición, tiempo, motivo, concesión y otras circunstancias. También algunas veces se usa en construcciones absolutas.

EJEMPLOS

- I. TERCERO.- Desde las anteriores premisas de orden normativo y jurisprudencial, la revisión en la alzada del material probatorio **obran**te en autos permite alcanzar una conclusión **coincidente** con la sostenida por la Juez de instancia en el Tercer Fundamento Jurídico de su Resolución, pues las pretensiones actoras devienen improsperables a tenor de la orfandad probatoria en que se asientan los hechos constitutivos de la demanda, ya que **manteniendo** los conductores implicados versiones opuestas en cuanto a la forma en que se produjo la colisión,...
- II. ... no **existiendo** en autos una sola prueba mínimamente **solvente**, ya sea objetiva (atestado o diligencias preventivas policiales) o personal (testigo presencial) que avale la tesis defendida por el ahora **recurrente**, habida cuenta que el testigo supuestamente imparcial propuesto por la parte actora incurrió en...
- III. En esta línea viene **considerando** la jurisprudencia que se da esa nota de gravedad cuando se frustra la finalidad del negocio o el interés del acreedor , al entregarse una "aliud pro alio", esto es, una cosa distinta a la convenida, **existiendo** una diversidad sustancial , o no apta para su destino propio, dándose entonces una diferencia funcional, que produce la insatisfacción total del acreedor por inhabilidad del objeto; ... sin que sea necesario el dolo o una resistencia tenaz y persistente, ya que basta la constatación de un inequívoco y objetivo incumplimiento (SS. 16 junio 1992 [RJ 1992141], 20 junio 1993 [RJ 1993378] y 3 mayo 1994 [RJ 1994560]), **puediendo** revelarse la voluntad de incumplir por una prolongada inactividad o pasividad del deudor.

Con el uso del gerundio, el actor expresa el sub-tipo de acto de habla “acción”. Aquí se tematiza el sujeto o el que juzga de forma activa y en cierto sentido, la valoración del punto litigioso como algo patente en las alegaciones del Tribunal.

Esta característica, tan evidente en este género textual, no resulta apreciada por parte de los juristas, pues afirman que produce ambigüedad, y por tanto inconvenientes. En este sentido, Díez Picazo en su meritoria *Estudios de jurisprudencia civil* (1973: 9) afirma lo siguiente:

La sentencia como obra literaria es una realidad que decepciona notablemente. Yo dudo mucho que un lego en derecho sea capaz de leer más allá de unos pocos, muy pocos, renglones. Par aun profesional avezado, la lectura es sumamente difícil siempre y la inteligencia de aquello que lee, muy confusa. A veces incluso, confesémoslo sin rubor, imposible. Son varias las causas de esta confusión y de esta dificultad. La primera de ellas de orden gramatical yy procedel del pie forzado de los gerundios – resultandos y considerandos – que la Ley de enjuiciamineto civil impone a la técnica de redacción de sentencias.

Según este autor, el uso del gerundio es desdeñoso y produce dificultades y, con respecto a lo que aquí nos atañe, se pone de manifiesto en las estructuras oracionales que acompañan a dicho gerundio, ya que, como hemos podido observar, después del gerundio suelen aparecer series de oraciones relacionadas, complementarias, subordinadas y derivadas. Todas estas oraciones son unidades con las que ha de componerse el periodo que produce el uso del gerundio. Tal y como afirma A. Hernández Gil (1986: 40):

El mantenimiento del considerando con su función sintáctica de subordinación y continuidad tiene sus problemas. La construcción gramatical es más difícil; requiere de cuidados que si no se tienen, se incurre en el amontonamiento de sintagmas y oraciones, con grave quebranto a veces de la claridad y pérdida del sentido. Si no son breves o si no se utilizan fórmulas enunciativas, la construcción correcta es tan árdua que más parece una prueba del saber gramatical que del jurídico.

Al igual que esta característica, encontramos el resto de las propias del este tipo de lenguaje.

—*Uso de la oración pasiva.*

A diferencia del uso de los verbos modales en alemán como característica de realización del tipo de acto de habla en esta unidad textual, en español, encontramos el uso de la voz pasiva, y sobre todo, el uso de la pasiva refleja. Esta forma gramatical es una construcción oracional de significado pasivo, cuyo verbo, en tercera persona, aparece n forma activa precedido de “se” y generalmente sin complemento agente. Se usa para

darle un estilo impersonal²³¹ e indirecto y aparece en todas las sentencias analizadas en todos los tiempos verbales.

EJEMPLOS

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en apelación D^a Alicia, la Sentencia que, en primera instancia, estima totalmente la demanda interpuesta por D^a Estela en ejercicio de acciones acumuladas de desahucio de vivienda por falta de pago de la renta y cantidades asimiladas, y reclamación de rentas, declara resuelto el contrato de arrendamiento de la vivienda sita en c/ CALLE000 nº NUM000, NUM001 NUM002, y haber lugar al desahucio de la demandada, D^a Alicia , apercibiéndole de que, si no desaloja la vivienda arrendada dentro del término legal, será lanzada de ella y a su costa, en la fecha señalada, y condena solidariamente a las demandadas, D^a Alicia (arrendataria) y D^a Nicolasa (avalista), a abonar a la demandante la cantidad de 2.250 €, mas los intereses legales, mas las rentas que **se devenguen** hasta el momento en que **se ponga** la vivienda a disposición de la parte actora , a razón de 400 € mensuales, con expresa imposición de costas a la parte demandada.

Contra dicha Sentencia **se alza** en apelación la demandada D^a Alicia, quien, pese a que ni ella ni la otra demandada compareció en la primera instancia, solicita que **se revoque** la sentencia apelada, por entender que todas las cantidades reclamadas, incluidas la renta y gastos de Comunidad del mes de mayo de 2.011, **fueron ingresadas** en la cuenta bancaria de la actora con carácter previo a la celebración de la vista del juicio, según decía acreditar con los justificantes de pago de rentas que aportó con el escrito de preparación del recurso de apelación, siendo -dice- la demandante conocedora de tales circunstancias, por lo que entiende que **debió haberse dictado** resolución declarando enervada la acción de desahucio.

SEGUNDO. - Consta en autos que la vista del juicio dio comienzo el día 25 de abril de 2.011, a la hora que **se había señalado**, es decir, las 10,45 horas , sin que comparecieran a ella ninguna de las demandadas, pese a que fueron correctamente citadas. Con el escrito de preparación del recurso de apelación, presentado el 26 de mayo de 2.01, D^a Alicia aportó justificantes bancarios que acreditaban el pago de un total de 2.700€, correspondientes a todas las rentas y gastos de comunidad adeudados, incluidos los del mes de mayo de 2.011. La prueba de esos pagos , surtió el efecto contemplado en el artículo 449.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en su redacción anterior a la entrada en vigor de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal), es decir, permitió la admisión a trámite del recurso, pero en modo alguno puede surtir el efecto enervatorio del desahucio que pretende la apelante, en primer lugar, porque ésta no compareció en la primera instancia , y no solicitó que se tuviese por enervada la acción, ni **se acreditó** en la vista de ningún modo que **se hubiese efectuado** el pago , y en segundo lugar porque consta en los justificantes bancarios presentados con el escrito de preparación del recurso que, al menos dos de los pagos que **se hicieron** por transferencia (los

²³¹ Este aspecto se ve justificado según A. HERNÁNDEZ GIL (1986: 43) en que “La imparcialidad ha de manifestarse no solo en el criterio con que se resuelve y en el contenido material de la sentencia, sino en su contextura y en su exteriorización lingüística. Por eso mismo, sin que sea una contradicción, le va bien el tono impersonal”.

CONCLUSIONES

correspondientes a las rentas de noviembre y diciembre, por importe de 800€, y gastos de Comunidad , por importe de 250€ se hicieron entre las 12,39,50 y las 12,41,55 horas, y el resto de las transferencias, consta que se hicieron el mismo día , sin que conste la hora, por lo que no cabe presumir que la arrendadora fuese conocedora de que le **habían sido ingresadas** esas cantidades antes de la vista, ni consta que antes de la celebración de la vista la arrendataria **hubiese pagado o puesto** a disposición de la arrendadora todas las cantidades adeudadas hasta esa fecha, tal y como exige el artículo 22.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

TERCERO.- Procede, pues , desestimar el recurso interpuesto y confirmar la Sentencia apelada, así como imponer las costas procesales causadas en esta instancia a la parte apelante , no solo porque **se desestima** totalmente su recurso , en virtud de lo dispuesto en el artículo 398-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con el artículo 394-1 del mismo Texto Legal, sino también por la evidente mala fe demostrada en la presentación de tan temerario e injustificado recurso, con los efectos previstos en el artículo 394.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Aquí no se tematiza de forma explícita el sujeto juzgante, sino el resultado de su juicio. Aparecen igualmente gran cantidad de grupos nominales, adjetivos, participios, infinitivos, nexos, etc. Además de las características aquí destacadas por su tematización del tipo de acto de habla, hemos podido comprobar que se cumplen todas y cada una de las características mencionadas en el capítulo del lenguaje judicial.

CONCLUSIONES

Conclusiones relativas a la terminología.

Con respecto a las unidades terminológicas analizadas en este trabajo, y a tenor de los resultados obtenidos, es posible establecer las siguientes conclusiones:

1. Existen unidades léxicas exclusivas del lenguaje judicial. Esta exclusividad afecta tanto a la LO como a la LM, lo que condiciona, en cierto modo, la traducción del término, que, por lo general, se hace de forma literal. Se trata, en definitiva, de unidades de significado especializadas. A este grupo pertenecen términos como los siguientes:

Alemán	Español
amtlich offiziell	oficial
amtliches Schreiben	oficio, mandamiento
Amtsgericht	Juzgado de Primera Instancia, Juzgado de Instrucción
Ausserachtlassung	inobservancia
Berichterstatter	Magistrado ponente
Hauptverhandlung	vista oral
höchstrichterlich	relativo o perteneciente al Tribunal Supremo
in Betracht kommen	entrar en consideración
Landgericht	Audiencia Provincial, Juzgado de Primera Instancia

2. Por el contrario, hay unidades léxicas que, formando parte de la lengua general, también son utilizadas por el lenguaje judicial. Estas unidades están muy convencionalizadas, y el significado que adquieren en las sentencias pertenece al ámbito de especialidad en el cual se enmarcan los textos, a pesar de tratarse de términos procedentes de la lengua general. Por ello, el significado, en función del contexto en el cual se empleen, podrá ser distinto. Por lo general no procede, pues, efectuar una traducción literal. A este grupo pertenecen los términos siguientes:

Alemán	Lengua general	Lenguaje judicial
abweisen	rechazar	desestimar
Anlage	instalación	anexo, documento
Anwendung	aplicación	aplicación
Anspruch	exigencia	derecho
beantragen	solicitar	solicitar
Befehl	orden	mandamiento
begründen	justificar	fundamentar
beklagen	lamentar	demandar
Beschluss	decisión	resolución judicial
glauben	creer	estimar, considerar
Klage	queja	demanda
Mangel	defecto, deficiencia	vicio

3. El significado de cada uno de estos términos está condicionado y tematizado por su acto de habla.
4. Para comprender el significado de las unidades léxicas presentes en el TO es necesario poseer conocimientos relativos al Derecho, y, dentro de él, sobre sentencias judiciales.

Conclusiones relativas al género textual “Sentencia de Derecho Civil”.

En la comparación de las cuatro unidades textuales del *tertium comparationis* hemos de señalar los siguientes resultados:

1. El género textual estudiado con sus diferentes unidades textuales está fuertemente convencionalizado.
2. Los actos de habla se realizan en las convenciones de género de los textos estudiados.
3. En el par de lenguas alemán-español se han repetido los actos de habla pertenecientes al género “sentencias de Derecho Civil” aunque no siempre se han desarrollado de la misma manera.
4. Existen cuatro unidades textuales de primer grado que no aparecen en el mismo orden en el texto alemán y español.

ALEMÁN	ESPAÑOL
Encabezamiento (<i>Rubrum</i>)	Encabezamiento
Fallo (<i>Tenor</i>)	Antecedentes de hecho
Antecedentes (<i>Tatbestand</i>)	Fundamentos de Derecho
Fundamentos (<i>Entscheidungsgründe</i>)	Fallo

5. En la traducción de las unidades textuales que sean comparables, el traductor ha de utilizar las convenciones de la LM.
6. En la traducción de las unidades textuales no comparables, al no existir coincidencia en lo subtipos de actos de habla, el traductor ha de respetar las convenciones de género de la LM, realizando una propia versión de traducción.
7. En resumen, el receptor del texto, ya sea un lego, un jurista u otra institución, esperará encontrarse un texto fuertemente convencionalizado en la lengua meta. Tiene unas expectativas tanto de contenido como formales. El traductor, a la hora de

afrontar un texto perteneciente a este género, ha de tener presentes estas convenciones para aplicarlas a su texto. Por lo tanto, no realizará una traducción “literal” basándose en las convenciones del TO, sino que adaptará la información que aparece en el TO a las convenciones de género del TM con ciertas restricciones ya que algunas diferencias, tales como la existencia de un resumen en el encabezamiento, no podrá crearlo en el TM pues no existe en el TO.

Con respecto a las unidades textuales de la sentencia se obtienen las siguientes conclusiones:

- En ambas lenguas comienzan con el encabezamiento. Esta unidad textual está muy convencionalizada debido a la legislación en ambos casos.
- Existen las relaciones necesarias para poder comparar las dos unidades textuales en cuanto a su forma y contenido e igualmente se tematiza el emisor de forma comparable.
- La realización del tipo de acto de habla “introducción del texto como determinación” está fuertemente convencionalizado tanto en las sentencias alemanas como en las españolas debido a la legislación. El tipo de acto de habla se realiza en todos los casos estudiados a través de las mismas construcciones y unidades lingüísticas, y cada componente se repite mediante los elementos que coinciden dentro del ámbito de habla y de la función sintáctica.
- El análisis interno y de contenido formal obtenemos como resultado que las unidades léxicas en la función de las

CONCLUSIONES

construcciones oracionales están relacionadas con su contexto de acción, es decir, con el ámbito de derecho procesal de la comunicación de las sentencias en la forma del tipo de acto de habla y sus componentes. En ambos casos, alemán-español, cumplen la normativa procesal, es decir, la convención de dicho tipo de acto de habla en el encabezamiento.

- Por una parte, las relaciones necesarias para poder comparar las características formales y de contenido, que tematizan los componentes en el texto, existen, y en consecuencia, se pueden comparar. Esto es válido tanto para los verbos, que desarrollan sus posibilidades de tematización en el texto debido a su significado y valencia, como para las construcciones oracionales y atributos con los que se tematizan los componentes.
- Las formas de realización alemán-español del tipo de acto de habla “introducción del texto como determinación”, se asemejan también en las formas verbales que utilizan, ya que tanto en alemán como en español aparecen los verbos principales en participio o el uso de la pasiva:

ALEMÁN	ESPAÑOL
<i>Verkündet</i>	Visto
<i>hat ... durch Richter am Landgericht H - als Einzelrichter - ... folgendes Urteil gefällt:</i>	Se desestima el recurso de apelación interpuesto contra sentencia estimatoria del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Gijón,...

CONCLUSIONES

- Del mismo modo, se encuentran tematizados otros componentes, como por ejemplo el emisor y el nombre de los magistrados:

ALEMÁN	ESPAÑOL
<i>die 4. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main</i>	...esta Sección 007, de la Audiencia Provincial de GIJON
<i>durch Richter am Landgericht H - als Einzelrichter -</i>	... siendo Magistrado Ponente el Ilmo. D. RAMÓN IBÁÑEZ DE ALDECOA LORENTE

- Al utilizarse algunas formas verbales y no verbales similares, hemos de utilizar las convenciones de cada lengua en su traducción, ya sea de alemán a español o al contrario y no podemos verter el contenido de la sentencia alemana al español utilizando la convención alemana ya que en español existe una convención propia que se ha de utilizar según la legislación.
- Sin embargo, a pesar de las similitudes, se pueden observar ciertas diferencias, como ocurre, en cuanto a la estructuración textual, con el resumen en español, que no aparece en alemán, o con el breve resumen de partes que aparece igualmente en español.
- Con respecto a la morfología y unidades léxicas existen algunas diferencias en cuanto al uso de los tiempos indicativos en español “la sala declara” y el uso de los tiempos perfectos en alemán “*hat gefällt*”.
- Con respecto a los datos, también existen diferencias entre el texto alemán y el español, ya que en este último se indican el juzgado procedente y la legislación aplicada en dicho caso, información que en la sentencia alemana aparecerá en otro apartado.

- En este sentido, aplicando estas diferencias a la traducción, no existe ninguna convencionalización que podamos utilizar, teniendo que hacer el traductor su propia propuesta de traducción.
- Con respecto a la unidad textual de la decisión o el fallo, podemos destacar que la principal diferencia se encuentra en su situación en la macroestructura del texto, es decir, en alemán aparece en segundo lugar y en español, al final, como consecuencia de la fundamentación jurídica. No entramos aquí a considerar cuál es el orden más lógico. En esta unidad textual encontramos el mismo tipo de acto de habla en ambas lenguas: “decisión del punto litigioso”. En ambos casos existe una fuerte convencionalización relacionada con la legislación.
- En ambos casos existen varios sub-tipos de actos de habla, unos son coincidentes y otros no; aparecen en ambos géneros el fondo del asunto y las costas; sin embargo, en alemán aparece la *Vollstreckbarkeit* y en español la notificación y la firma y rúbrica.
- Con respecto a los aspectos comunes, podremos utilizar las convenciones de género de la LM ya que los tipos de actos de habla son coincidentes al 100%; sin embargo, con respecto a los subtipos de actos de habla que no son comparables, y por tanto no encontraremos una convención en la LM, tendremos que realizar nuestra propia propuesta de traducción, teniendo en consideración, como se desarrollan dichos actos de habla en la LM.
- En la unidad textual “fallo” hemos encontrado una gran variedad de realizaciones de los tipos de actos de habla instrumentales que a su vez, presentan diferentes realizaciones de sub-actos de habla con respecto a la “decisión sobre el punto litigioso”.

Sus realizaciones se diferencian según el tipo de “punto litigioso” sobre el que se ha de decidir. No obstante, del análisis se deduce que existe poca variación en cuanto a la expresión dentro de cada tipo de acto de habla individual y de cada punto litigioso específico. Del mismo modo se observa que aparecen con gran frecuencia oraciones formularias.

- En el sub-tipo de acto de habla *Hauptsache*, encontramos una gran cantidad de oraciones formularias que presentan, como característica general, un verbo en presente y en voz pasiva. En los sub-tipos *Kosten* y *Vollstreckbarkeit* se tematizan los actos de habla instrumentales “presentación de la relación jurídica” y “presentación de los derechos y deberes”. En ambos casos encontramos fórmulas fijas que aparecían en la mayoría de las realizaciones.

Conclusiones finales y futuras líneas de investigación.

Como conclusión final podemos afirmar que en el género textual “sentencias de Derecho Civil” existe una fuerte convencionalización, por lo que, al analizar los textos y traducirlos, hemos de respetar dichas convenciones en cada lengua. Del mismo modo podemos afirmar que hemos observado una terminología jurídica específica y una terminología propia de los textos judiciales, cuyo significado y uso es posible únicamente en estos textos.

Dichas conclusiones son de aplicación, no solo para los profesionales de la traducción, sino para los estudiantes de grado y postgrado que deseen especializarse en dicho género, ya que orientan al alumno con respecto al análisis del corpus textual, a la investigación terminológica contrastiva y, por último, con respecto a la toma de decisiones en una traducción de este género textual.

A la vista de los resultados apuntamos las siguientes líneas de investigación futuras:

CONCLUSIONES

- ampliación a otros tipos de sentencias
- ampliación a otros tipos de textos y géneros jurídicos
- especialización del lenguaje jurídico

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía sobre Derecho y estudios de tipo jurídico.

- ALARCÓN, C., "En torno a la lógica deóntica del último Kelsen". En *Anuario de Filosofía del Derecho VI*. Madrid, 1989. pp. 313-337.
- ARAGONESES, P., *Sentencias Congruentes*. Madrid: Aguilar. 1957.
- ATIENZA, M., *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Tecnos. 1997.
- AUSÍN DÍEZ, T., *Entre la lógica y el derecho. Paradojas y conflictos normativos*. Madrid: Plaza y Valdés. 2005.
- BARRAGÁN, C., *Derecho Procesal Penal*. México: Mcgraw-Hill. 1999.
- BOBBIO, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milano, 1965.
- _____, *Dalla struttura alla funzione*. Milano, 1977.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, común y foral*. Tomo Primero, Volumen Primero. Madrid: Reus S.A., 1988.
- _____, *Derecho Civil Español, común y foral*. Tomo segundo, volumen primero. Reus S.A.: Madrid, 1992.
- _____, *Derecho Civil Español, común y foral*. Tomo primero: Introducción y parte general. Madrid: Reus S.A., 2005.
- CHIOVENDA, G., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*". México: Cárdenas 1989.
- CONTE, A., *Filosofía del linguaggio normativo*. Torino, 1989.
- COSTA MARTÍNEZ, J., *Teoría del hecho jurídico individual y social*. Zaragoza: Guara. 1984.
- DE CASTRO, B., *Manual de Teoría del Derecho..* Madrid: Universitas. 2008.
- DE PINA, R., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*". México: Porrúa 1990.
- DONATI, B., *Fondazione delle scienza del diritto: Parte prima di una introduzione alla scienza del diritto*. Padova: Cedam. 1929.
- ESPÍN CANOVAS, D., *Manual de Derecho Civil Español*. Madrid: Revista Derecho Privado. 1929.
- GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, 1852.
- GÓMEZ LARA, C., *Teoría General del Proceso*. México: Harla. 1996.
- HEINTZMANN, W., *Zivilprozessrecht I*. Heidelberg: R. v. Decker & C. F. Müller. 1985.

- HERNÁNDEZ GIL, A., *La sentencia judicial y el estilo judicial*. Madrid: Sucesores de Rivadeneyra. 1986.
- LACRUZ, J.L., *Elementos de Derecho Civil*. 5º Edición. Madrid: Dykinson SL, 2008.
- LASTRA LASTRA, J. M., "Derecho a la lengua y el lenguaje jurídico". En: MÁRQUEZ ROMERO, R. y GARCÍA CASTILLO, E. (eds.), *El derecho a la lengua de los pueblos indígenas. XI jornadas Lascasianas*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp. 1-16.
- MARTÍNEZ DÍEZ, G., *Las siete Partidas*. Valladolid: Lex Nova S.A.U. 1989
- MINISTERIO PARA LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, *Manual de estilo del lenguaje administrativo*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. 1990.
- MORENO RETAMINO, J. L., "Los prolegómenos del Código Civil". En: Euphoros, 2002, pp. 113-124.
- NINO, C. S. , *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica*. Mexico D. F.: Fontamara. 1993.
- OVALLE FAVELA, J., *Teoría General del proceso*. México: Harla. 1994.
- PALLARÉS, E., *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. México: Porruá. 1991.
- PECZENIK, A. *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Frankfurt: Suhrkamp, 1978.
- RUIZ SANZ, M., *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*. Madrid: Dykinson, 2003.
- RODRÍGUEZ AGUILERA, C., *La Sentencia*. Barcelona: Casa Editorial Bosch. 1974.
- ROSS, A., *Diritto e giustizia*. Torino, 1965.
- SCARPELLI, U. "La filosofia. La filosofia dell'etica." En *Diritto e analisi del linguaggio*. Obra colectiva a cargo de Scarpelli. Milano, 1976, pp. 451-486.
- SCHWAB, K. H., "Einführung". En *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, Rechtspflegergesetz und Kostenrecht*. München: Beck. 1989. pp. 7-17.
- TARELLO, G. *Diritto, enunciati ed usi. Studi di teoria e metateoría del diritto*. Bologna: Giuffré. 1974.
- _____, *L'interpretazione della Legge*. Milano: Giuffré. 1980.

- _____, *Il realismo giuridico americano*. Milano: Giuffrè, 1962.
- VELLUZZI, V. "Interpretación sistemática" ¿un concepto realmente útil?: consideraciones sobre el sistema jurídico como factor de interpretación. En: *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho* 2, 1998 (1), pp. 65-82.
- WIEAKER, F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. Göttingen, 1969.
- WRÓBLEWSKI. "The Legal Reasoning in Legal Interpretation". En: *Logique et analyse*, 1969 (trad. it., *Il ragionamento giuridico nell'interpretazione giuridica*, in P. COMANDUCÓ Código Civill-R. GUASTINI, a cura di, *L'analisi del ragionamento giuridico*, cit., pp. 268-270.
- _____, "Legal Sylogism and Rationality of Judicial Decision". En: *Rechtstheorie*, 1974, pp. 34-46;

Bibliografía sobre Lenguaje jurídico y Traducción jurídica

- ADAMZIK, K., *Textlinguistik: Eine einführende Darstellung*. Tübingen: Niemeyer. 2004.
- ADELSTEIN, A., *Unidad léxica y valor especializado. Estado de la cuestión y observaciones sobre su representación*. Barcelona: Instituto Universitario de Lingüística Aplicada. Colección: Serie Tesis 5. 2004.
- _____, "Estatuto lingüístico del término y modelos semióticos de representación". En M^o Teresa Fuentes Morón y Joaquín García Palacios (eds.): *Texto, terminología y traducción*. Salamanca: Ediciones Almar. 2002. pp. 99-144.
- ALCARAZ VARÓ E., *El Inglés Profesional y Académico*. Madrid: Alianza. 2000.
- ALCARAZ VARÓ E. & HUGES B., *El español jurídico*. Madrid: Ariel. 2009.
- ÁLVAREZ, M., *Tipos de escrito III : epistolar, administrativo y jurídico*. Madrid: Arcos, 1997.
- ARAGONÉS LUMERAS, M., *Estudio descriptivo multilingüe del resumen de Patente: Aspectos contextuales y retóricos*. Berna: Peter Lang AG. 2009.
- ARIAS CAYETANO, J. *El lenguaje jurídico moderno en castellano: una introducción cualquiera*. [Disponible en <http://noticias.juridicas.com> Fecha de consulta: 19 de Octubre de 2010]. 2008.
- ARNTZ, R., «Überlegungen zur Methodik einer Kontrastiven Textologie». En Arntz, Reiner /Thome, Gisela (Eds.) *Übersetzungswissenschaft*.

- Ergebnisse und Perspektiven. Festschrift für Wolfram Wills zum 65. Geburtstag.* Tübingen: Narr. pp. 393-404.1990.
- _____, „Interlinguale Vergleiche von Terminologien und Fachtexten“. En Baumann /Kalverkämper (eds.) pp. 108-122. 1992.
- BACHMAN, L., *Fundamental Considerations in Language Testing.* Oxford: Oxford University Press. 1990.
- BAKER, M., *In Other Words: A Coursebook on Translation.* Londres: Routledge. 1992.1996 y 1999
- BAUMANN, K. D., *Integrative Fachtextlinguistik.*Tübingen: Narr. 1992.
- BAYO DELGADO, J., “La formación básica del ciudadano y el mundo del derecho. Crítica lingüística del lenguaje judicial”. En *Revista de Llengua i Dret.* Barcelona: Scola d’Administració Pública de Catalunya. 1998.
- BHATIA, V. K., *Analysing genre. Language use in professional settings.* Londres: Longman. 1993.
- BIBER, D., *Variations across speech and writing.* Cambridge: Cambridge University Press. 1988.
- BELTRÁN GANDULLO, M., “Problemas traductológicos del lenguaje especializado: El lenguaje jurídico alemán-español”. En *Traducción e Interpretación.* Alcalá de Henares: Servicios de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares. 2002.
- BENVENISTE, E., *Problemas de lingüística general.* Madrid: Siglo XXI editores. 1971.
- BERKENKOTTER, C. Y HUCKIN, T., *Genre knowledge in disciplinary communication: cognition/culture/power.* NJ: L. Erlbaum Associates. 1995.
- BERNÁRDEZ, E., *Introducción a la Lingüística del texto.* Madrid: Espasas Calpe. 1982.
- BORJA ALBI, A. “La enseñanza de la traducción jurídica”. En Hurtado Albir A., eds. *La enseñanza de la traducción.* Castelló de la Plana: Universitat Jaime I. 1996. pp. 201-205.
- _____, “La traducción jurídica, didáctica y aspectos textuales”. En Centro Virtual Cervantes: *Aproximaciones a la traducción.* 2000 [Disponible en <http://cvc.cervantes.es> Fecha de consulta 17 de noviembre de 2010]

- BRAVO UTRERA, S., "Un proyecto de investigación: de la traducción general a la traducción especializada: modelos didácticos". En: *Estudios de filología moderna y traducción en los inicios del Nuevo milenio*. Las Palmas de Gran Canaria: UPLGC. 2002. pp. 133-154.
- BRINKER, K., „Zur Gegenstandsbestimmung und Aufgabenstellung der Textlinguistik“. En J. Petöfi (ed.), *Text vs. Sentence. Basic Questions of tExtlingusitics*. Hamburg. 1979.
- _____, K., *Linguistische Textanalyse*. Berlin: E. Schmidt. 1988.
- BROWN, G. & YULE, G., *Análisis del discurso*. Madrid: Visor. 1993.
- BÜHLER, K., *Sprachtheorie*. Jena: Fischer. 1934.
- BUNGARTEN, T., "Wissenschaft, Sprache und Gesellschaft". En: *Bungarten, T (eds.) Wissenschaftssprache*. München: Fink. 1981. Pp. 14-53
- BURKHARDT, A., *Soziale Akte, Sprechakte und Textillokutionen*. Tübingen: Niemeyer 1986.
- BUSSE, D., *Recht als Text. Linguistische Untersuchungen zur Arbeit mit Sprache in einer gesellschaftlichen Institution*. Tübingen: Niemeyer. 1992
- BUSSMAN, H., *Lexikon der Sprachwissenschaft. 2. Aufl.* Stuttgart: Kröner. 1990.
- CABRÉ, M.T., *La terminología. Teoría, metodología, aplicaciones*. Barcelona: Editorial Antártica/Empuries. 1992.
- _____, M. T., *La terminología, teoría, métodos, aplicaciones*. Barcelona: Antártica. 1993.
- _____, M.T., "Análisis textual y terminología, factores de activación de la competencia cognitiva en la traducción". En Alcina Caudet, A. y S. Gamero Pérez (eds.) *La traducción científico-técnica y la terminología en la sociedad de la información*. Castellón: Publicacions de la Universitat Jaime I. 2002. pp. 87-105
- CALVO RAMOS, L. *Introducción al estudio del lenguaje administrativo*. Madrid: Gredos. 1980.
- CAMPOS PLAZA, N., ET ALII (EDS.). *El español, lengua de cultura, lengua de traducción. Aspectos teóricos, metodológicos y profesionales*. Granada: Ed. Atrio. 2005.
- CARBONERO CANO, P., *Lengua española*. 3ª ed. Sevilla : Alfar. 1995.
- CHESTERMAN, A., *Contrastive Functional Analysis*. Amsterdam : Benjamins. 1998.

- CIAPUSCIO, G., "La noción de género en la Lingüística Sistémico Funcional y en la Lingüística Textual". En: *Revista Signos versión on-line ISSN 0718-0934*. Valparaíso. 2005. v. 38 n.57 pp. 31-48.
- _____, *Textos especializados y terminologías*. Barcelona: Publicaciones del Institut Universitari de Lingüística Aplicada (IULA) Universitat Pompeu Fabra. Sèrie de Monografies, n. 3. 2003.
- CONNOR, U. Y MORENO, A., "Tertium comparationis: a Vital Component in Contrastive Rhetoric Research: Beyond Texts". *Directions in applied linguistics: essays in honor of Robert B. Kaplan*.(eds.) P. Bruthiaus, D. Atkinson, W.G. Egginton, W. Grabe y V. Ramanathan. V. Clevedon, England: Multilingual Matters, 2005. Pp. 153-167.
- COSERIU, E., "System, Norm und Rede". In *Sprache – Strukturen und Funktionen*. Herausgegeben von Uwe Petersen. Tübingen: Narr. Pp. 53-72. 1971.
- _____, *Textlinguistik: Eine Einführung*. Tübingen / Basel: Francke. 1994.
- CORNU, G., *Linguistique juridique*. Domat Droit privé, Montchrestien, 1990.
- _____, *Vocabulaire juridique*. París: Presses Universitaires. 1994.
- CRYSTAL, D. Y DAVI, D., *Investigating English Style*. Londres: Longman. 1969.
- _____, *D. A Dictionary of Linguistics and Phonetics*. Oxford:Blackwell. 1991.
- DE BEAUGRANDE, R. & DRESSLER, W., *Einführung in die Textlinguistik*. Tübingen: Niemeyer. 1981.
- DE PEDRO, J., *Lenguas, lenguaje y derecho*. Madrid: Civitas. 1991.
- DELISLE, J., *L'analyse du discours comme méthode de traduction: Initiation à la traduction française de textes pragmatiques anglais. Théorie et pratique*. Ottawa: University of Ottawa Press. 1980.
- DESLACHE, L., *Aspects of Specialised Translation*. París: La Maison du Dictionnaire. 2001.
- DURIEUX, C., *Apprendre à traduire. Prérequis et tests*. París: La maison du dictionnaire. 1995.
- ENGBERG, J., *Konventionen von Fachtextsorten*. Tübingen: Narr. 1997.
- FALZOI, M. C., « Lenguaje jurídico y traducción: hacia una propuesta didáctica ». En Bravo Utrera, S. eds. *Traducción, lenguas, literaturas. Sociedad del conocimiento. Enfoques desde y hacia la cultura*. Las Palmas de Gran Canaria : Servicio de publicaciones ULPGC. 2004. pp.57-73

- FILLMORE, C., "Scenes and frames semantics". En Zampolli (ed). *Linguistic Structures Processing*. Amsterdam: N. Holland. 1977.
- FLUCK, H., *Didaktik der Fachsprachen: Aufgaben und Arbeitsfelder, Konzepte und Perspektiven im Sprachbereich Deutsch*. Tübingen: Narr. 1992.
- FRANKE, W., *Linguistische Texttypologie*. En Brinker, Klaus. 1991. Pp. 157-182.
- FUENTES RODRIGUEZ, C., *Lingüística pragmática y Análisis del discurso*. Madrid: Arco Libros. 2000.
- GAMBIER, Y., *Translating for the Media*. Turku: University of Turkey. 1998.
- GAMERO PÉREZ, S., *La traducción de textos técnicos*. Madrid: Ariel Lenguas modernas. 2001.
- _____, "La traducción de textos técnicos y diversidad tipológica". En *Sendebarr*, 10. 2000. P. 127-158.
- _____, *La traducción de textos técnicos (alemán-español). Géneros y subgéneros*. Tesis doctoral. Universitat Autònoma de Barcelona. 1998.
- GANDASEGUI, M. J., *Historia del lenguaje judicial*. Consejo General del Poder Judicial. 1998.
- GARCÍA, E., «Tipología textual y secuencial para la traducción». *Estudios Filológicos Alemanes* 10. Sevilla. 2006. pp.11-32
- GARCÍA IZQUIERDO, I., "El género: plataforma de confluencia de nociones fundamentales en didáctica de la traducción". *Discursos. Série Estudos de Tradução*, 2. Lisboa: Universidade Alberta. 2002.
- _____, *Divulgación médica y traducción: El género Información para pacientes*. Berna: Peter Lang AG. 2008.
- GARCÍA YEBRA, V., *Teoría y práctica de la traducción*. Madrid: Gredos. 1984.
- GEMAR, J.C., *Traduire ou l'art d'interpréter*. Québec : Presses de l'Université du Québec. 1995a.
- _____, *Langage du droit et traduction*. Québec : Presses de l'Université du Québec. 1995b.
- GLÄSER, R., "Methodische Konzepte für das Tertium comparationis in der Fachsprachenforschung- dargestellt an anglistischen und nordistischen Arbeiten", En: *Baumann /Kalverkämper (eds.)*. 1992.

- GÖPFERICH, S., "Eine pragmatische Typologie von Fachtextsorten der Naturwissenschaften und der Technik". En *Baumann / Kalverkämper (eds.)* Tübingen : Narr. 1992.
- _____, *Textsorten in Naturwissenschaften und Technik. Pragmatische Typologie – Kontrastierung - Translation*. Tübingen : Narr. 1995.
- GÜLICH, E. Y RAIBLE, W., "Textsorten-Probleme". En: *Linguistische Probleme der Textanalyse*". En Gülich, E. /Heger, K. / Raible, W. (eds.). Hamburgo: Buske. 1979. Pp. 73-126..
- HABERMAS, J., *The Critical Theory*. Londres: Hutchinson.1978.
- HALLIDAY, M. A. K., «Lexis as a linguistic level». En *Bazell. C.E., Catford, J.C., Halliday, M.A.K., Robins R.H., (eds.)* En memoria de J.R. Firth. Londres: Longman. 1966. pp. 148-162.
- _____, M. A. K., *An Introduction to functional Grammar*. Londres: Arnold. 1985a.
- HANN, M., *The Key to Technical Translation*. Amsterdam : Benjamins. 1992
- HARNISCH, H. Y MICHEL, G., "Textanalyse aus functional-kommunikativer Sicht". En: *Zeitschrift für Germanistik*, 7. 1986. Pp. 389-401.
- HARRAS, G., *Kommunikative Handlungskonzepte, oder: Eine Möglichkeit, Handlungsabfolgen als Zusammenhänge zu erklären, exemplarisch an Theatertexten*. Reihe Germanistische Linguistik 16: Tubinga. 1978.
- HARTMANN, R., *Contrastive Textology. Comparative discourse analysis in Applied Linguistics*. Heidelberg: Groos. 1980.
- HARWEG, R., „Zur Textologie des Vornamens: Perspektiven einer Grossraum-Textologie“.En: *Linguistics versión on-line ISSN 0024-3949*. Amsterdam: rodopi, 1970. n. 61. pp. 12-28.
- _____, *Pronomina und Textkonstitution*. München: Fink. 1968.
- HATIM, B. Y MASON, I., *Discourse and the Translator*. Londres-Nueva York: Longman. 1990.
- _____, *Teoría de la Traducción: Una aproximación al discurso*. Madrid: Ariel Lenguas modernas. 1995. (Traducción de Salvador Peña).
- _____, *The Translator as Communicator*. Londres: Routledge. 1997.

- HEINEMANN, W., "Textsorten. Zur Diskussion um Basisklassen des Kommunizierens. Rückschau und Ausblick". En: *Textsorten* En K. Adamzik (ed.). Tübingen: Stauffenburg Verlag Brigitte Narr GmbH. 2000.
- HEINEMANN, W. Y VIEHWEGER, D., *Textlinguistik: eine Einführung*. Tübingen: Niemeyer. 1991.
- HICKEY, L. "¿Qué es la traducción jurídica?". En: *La interpretación en las relaciones jurídicas internacionales*. Castellón de la Plana: Publicacions de la Universitat Jaume I, D.L. 2005. pp. 127-139.
- _____, "Aproximación didáctica a la traducción jurídica". En Hurgado Albir, A. (ed.). *La enseñanza de la traducción*. Castellón: Publicacions de la Universitat Jaume I. 127-140.
- HJORT-PEDERSEN, M., *Testamenter, oversaettelse og vellykkethed. Pragmatiske og kommunikative faktorer (ph.d. afhandling)*. Handelshojkolen i Kobenhavn. 1992.
- HOFFMANN, L., *Vom Fachwort zum Fachtext*. Beiträge zur angewandten Linguistik. (FFF 5) Tübingen: Narr. 1988.
- _____, *Kommunikationsmittel Fachsprache. Eine Einführung*. Tübingen: Narr. 1985.
- _____, „Mehrfachadressierung und Verständlichkeit“. En *Zeitschrift für Literaturwissenschaft und Linguistik* 55. pp71-85. 1984.
- _____, *Kommunikation vor Gericht*. Tübingen: Narr. 1983.
- HOLMES, J., *The Name and Nature of Translation Studies*. Amsterdam: Translation Studies Section, Department of General Studies. 1972.
- HOUSE, J., *A Model for Translation Quality Assessment: a model revisited*. Tübingen: TBL Verlag gunter Narr. 1997. Disponible en: http://books.google.com/books?id=D16aYuTCBJ0C&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false
- _____, *A Model for Translation Quality Assessment*. Tübingen: TBL Verlag gunter Narr. 1977.
- _____, *A Model for Translation Quality Assessment*. Tübingen: TBL Verlag gunter Narr. 1981.
- HUERTAS Ortiz, C., *Conflictos normativos*. Mexico: Instituto de investigaciones jurídicas, 2003.

- HURTADO ALBIR, A., *Traducción y Traductología. Introducción a la traductología*. Madrid: Cátedra. 2001.
- ISENBERG, H., "Probleme der Texttypologie". En: *Linguistische Studien* En E. Bernárdez (ed.). Lingüística de texto. Madrid: Arco libros. 1983. pp. 303-342.
- JIMENEZ CRESPO, M. A., *El proceso de localización web: estudio contrastivo de un corpus comparable del género sitio web corporativo. Tesis doctoral*. Granada: Editorial de la Universidad de Granada. 2008.
- JAKOBSON, R., "Closing Statement, Linguistic and Poetics". *Style in Language*. New York. 1960. P.350-377
- JAMES, C., *Contrastive Analysis*. Londres : Longman. 1980.
- KASSÜHLKE, R., "Die Sprache der Bibelübersetzung zwischen Tradition und Mission". *Conferencia en la Katholische Akademie Freiburg*, 12 de junio de 1983.
- KOCOUREK, R., *La langue française de la technique et de la science*. Wiesbaden : Brandestetter. 1991.
- KOLLER, W., „Zur Methodik einer wissenschaftlichen Übersetzungskritik“.En: *Einführung in die Übersetzungswissenschaft*. Quelle & Meyer: Heidelberg. 1982.pp. 210-216.
- KÖNIGS, F. „Übersetzung in Theorie und Praxis: Ansatzpunkte für die Konzeption einer Didaktik der Übersetzung“.En: *Linguistische Berichte* 74. Heidelberg: Groos. 1981. pp. 82-103.
- KOUTSIVITIS, V., « La traduction juridique : liberté et contraintes. La liberté en traduction ». Actes du Colloque International E.S.I.T. 7-9/6/91. París: Didier Érudition. 1991. pp.139-157.
- KUSSMAUL, P., *Training the Translator*. Amsterdam-Filadelfia: John Benajamins. 1995.
- _____, „Die Übersetzung von Sprechakten in Textsorten – Sprechakte als Übersetzungsproblem. En *Der Deutschunterricht* 1. 1990. Pp. 17-22.
- LAVIOSA, S., "The English Comparable Corpus: a Resource and a Methodology". En: *L. Bowker, M. Cronin, D. Kenny y J. Pearson (eds.) Unity in Diversity: Current Trends in Translation Studies*. Manchester: St. Jerome Publishing. 1998. pp. 101-112.

- _____, "How comparable can "comparable corpora be?" En: *Target*. 1997. Pp. 289-319
- LAKOFF, G., *Women, Fire and Dangerous Things. What Categories reveal about the mind*. Chicago/London: The University of Chicago Press. 1987.
- LEHMANN, D., „Aspekte der Übersetzungsäquivalenz“.En:*Kühlwein und Thome und Wilss. Lentz, W. + Potter, W. : Modern business letters. Lehrbuch des englischen Handelsbrief- verkehrs für Wirtschaftsschulen*: Freiberg. 1981. pp. 288-299.
- LEHRBERGER, J., „Automatic Translation amd the Concept of Sublanguage“. En *Kittredge, R.; Lehrbergr, J. (eds.). Studies of Sublanguage in Restricted Semantic Domains*. Berlin: Walter de Gruyter. 1982. Pp. 81-106
- LENK, H., „Aspekte einer Theorie der Sprechhandlungen“.En: *Handlungstheorien interdiszipliar, vol. 1. Handlungslogik, formale und sprachwissenschaftliche Handlungstheorien*: Munich. 1977. pp. 381-401.
- LEWIS, K. D., *Convention. A Philosophical Study*. Cambridge, MA: Harvard University Press. 1969.
- LOMBARDINI, H. E., „Lexico de especialidad, marcas diatécnicas y unidades fraseológicas“. En *Limes. Lexicografía y lexicología de las Lenguas de especialidad. Hugo E. Lombardini & María Carreras i Goicoechea (eds.)*. Milán: Polimetrica. 2008. Pp. 47-71
- LOUREDA LAMAS, O Y RUPRECHT-KARSL., "Nuevas perspectivas para el análisis del texto: Introducción a una lingüística del texto integral". En: *Revista de Investigación Lingüística ISSN 1139-1146*. Universidad de Murcia. 2010. n.13 pp. 127-154.
- LUX, F., *Tex, Situation, Textsorte*. Tübingen: Narr. 1981.
- LOPEZ RODRIGUEZ, C. I., *Tipologías textuales y conexión en la traducción biomédica inglés*. Tesis Doctoral. Universidad de Granada. 2001. Disponible en web: http://www.ugr.es/~dpto_ti/prof/lrci-tesis.zip
- MARTIN, J. R., « Process and text : two aspects of human semiosis. En J. D. Benson y W. S. Graves (eds.). *Systemic perspectives on discourse*, vol.1. Norwood, NJ : Ablex. 1985. Pp. 6-20.
- MAILLOT, J. *La traducción científica y técnica*. Madrid: Gredos. 1997.

- MAYORAL ASENSIO, R., “¿Cómo se hace la traducción jurídica?” 2000. [Disponible en <http://www.gitrad.uji.es/bibliografia/bidvirtual> Fecha de consulta: 12 noviembre 2010].
- _____, “La traducción especializada como operación de documentación”. En *Sendebar 8/9*, 1997. pp. 137-153.
- _____, “Lenguajes de especialidad y traducción especializada” 2004. [Disponible en http://www.ugr.es/~rasensio/docs/LSP_y_traduccion.pdf Fecha de consulta: 10 de agosto de 2010].
- MICHEL, G. ET. AL., *Grundfragen der Kommunikationsbefähigung*. Leipzig: VEB Bibliographisches Institut. 1985.
- MILLER, C. R., «Genre as Social Action». En *Quarterly Journal of Speech* 70. 1984. pp. 151-167.
- NEWMARK, P., *Approaches of Translation*. Oxford: Pergamon Press. 1981.
- NIDA, E. A. Y TABER, CH. R., *The theory and practice of translation*. Leiden. 1969.
- NORD, C., *Text Analysis in Translation*. Amsterdam-Atlanta: Rodopi. 1991.
- _____, “A Functional typology of translations”. En A. Trosborg (ed.) *Text Typology and Translation*. Amsterdam-Atlanta: John Benjamins. 1997^a. pp. 43-66.
- OLDENBURG, H., *Angewandte Fachtextlinguistik. „Conclusions“ und „Zusammenfassungen“*. Tübingen: Narr. 1992.
- ORTEGA ARJONILLA, E. y P. SAN GINÉS AGUILAR (eds). *Traducción jurídica, jurada y judicial (inglés-español). Aspectos teóricos, metodológicos y profesionales*. Granada: Comares, 1996.
- _____, “El proceso de traducción de documentos jurídicos”. En San Ginés, P. *Introducción a la traducción jurídica y jurada (francés-español)*. Granada: Comares. 1997. p. 133-157.
- ORTEGA ARJONILLA, E.; Doblaz Navarro, M. y Paneque Arana, S., “Tipología de textos jurídicos desde la perspectiva del traductor profesional”. En: San Ginés Aguilar, P.; Ortega Arjonilla, e. (eds). *Introducción a la traducción jurídica y jurada (inglés-español)*. Granada: Comares, 1996. Pp. 85-99.
- PALTRIDGE, B., *Genre, Fames and Writting in Research Settings*. Amsterdam-Filadelfia: John Benjamins, 1997.
- PASQUAU LIAÑO, M., “Las peculiaridades del lenguaje jurídico desde la perspectiva del jurista”. En: San Ginés, P. y Ortega Arjonilla (Eds.)

- Introducción a la traducción jurídica y jurada (Francés-Español)*. Granada: Comares, 1996. pp. 9-22.
- PELKA, R. MÖHN, D., "Fachsprachen. Eine Einführung". En *Arbeitshefte*. 1984.
- PÉREZ HERNÁNDEZ, M. C., *Explotación de los corpórea textuales informatizados para la creación de bases de datos terminológicas basadas en el conocimiento*. Madrid: CSIE/Elides. Vol. 18. 2002. [Disponible en <http://elies.rediris.es/elies18>]
- PICHT, H., *Curso para investigadores en terminología*. Buenos Aires: CAYCIT. 1995.
- PICHT, H. Y DRASKAU, J., *Terminology: an introduction*. Guilford: The University of Surrey. 1985.
- PYM, A., *Translation and Text Transfer. An Essay on the Principles of Intercultural Communication*. Frankfurt/Main: Peter Lang. 1992.
- QUEMADA, B., „Technique et langage“. En: B. Gille (ed). *Historie des techniques*. París: Gallimard. 1978.
- QUIJADA DÍEZ, C., "Comparación alemán-español de artículos biomédicos con fines traductológicos" En Eva-Martha Eckkrammer. *La comparación en los lenguajes de especialidad*. Berlín: Grank & Time. 2009.
- QUILIS, A., Y HERNÁNDEZ, C., *Curso de lengua española*. 1ª Edición. Valladolid. 1978.
- RABADÁN, R., *Equivalencia y traducción: problemática de la equivalencia transléctica inglés-español*. Universidad de León. 1991
- REHBEIN, J. „Komplexes Handeln“.En: *Elemente zur Handlungstheorie der Sprache*. Reichmann: Stuttgart. 1977.pp. 210-216.
- REISS, K., *Möglichkeiten und Grenzen der Übersetzungskritik*. Múnich: Hueber. 1971
- _____, *Texttyp und Übersetzungsmethode. Der operative Text*. Kronberg: Scriptor Verlag. 1976.
- REISS, K Y VERMEER H. J., *Grundlegung einer Allgemeinen Translationstheorie*. Tübingen: Niemeyer. 1984. (Traducción al español de S. García Reina y C. Martín de León. 1996. Fundamentos para una teoría funcional de la traducción. Madrid: Akal).
- REY, A., *Essays on Terminology*. Amsterdam/Philadelphia: John Benjamins. 1995.

- RONDEAU, G., *Introduction à la terminologie*. Chicoutimi :Gaetan Morin. 1983.
- ROULEAU, M., „La terminologie médicale et ses problèmes“, En *Panacea*, Vol. IV, nº 12, Junio 2003. Disponible en: <http://www.medtrad.org/pana.htm>
[Fecha de consulta: 13 marzo 2012]
- SAGER, J. C. *Language Engineering and Translation Consequences of Automation*. Amsterdam: Benjamins. 1994.
- SAGER, J. C., DUNGWORTH, D. & McDONALD, P. *English Special Language. Principles and practice in science and technology*. Wiesbaden: Brandstetter. 1980.
- SÁNCHEZ TRIGO, E Y DÍAZ FOUQUES, O. (EDS) *Traducción y comunicación*. Vigo: Universidad de Vigo. 2001.
- SANDRINI, P. *Übersetzen von Rechtstexten*. Tübingen: Narr. 1999.
- SAPIR, E., “*The Status of Linguistics as a Science*” En *Language* 5. 1929. Pp. 207-214.
- SAUSSURE, FERDINAND DE. *Curso de Lingüística General*. Buenos Aires: Editorial Losada. 1961.
- SCHÄFFNER, C., « Developing Competence in LSP-Translation ». In Fleischmann, E. / Schmitt, P. / Wotjak, G. (eds.) *Translationskompetenz*. Tübingen : Stauffenburg. 2004. Pp. 679-89.
- SCHMIDT, SIEGFRIED J. Y WOLFGANG U. DRESSLER., *Textlinguistik*. Munich: Fink. 1973.
- SEARLE, J., *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*.Cambridge: Cambridge University Press. 1969.
- SINCLAIR, J., *Corpus, concordance, collocation*. New York: Oxford University Press. 1991.
- SNELL-HORNBY. M., *Translation studies: An integrated approach*. Amsterdam and Philadelphia: Benjamins Pub.Co. 1988.
- _____, *Tanslation in Mitteleuropa*. Beiträge aus dem Mitteleuropäischen Symposium am Institut für Übersetzer- und Dolmetscherausbildung der Universität Wien, 11-13 Noviembre 1991. Folia Translatologica 1. Praga: Charles Univ. Press. 1992.
- _____, “Der Text als Gestalt: Ganzheit in der Übersetzung. En: *Kadric, Mira/Kaindl, Klaus (ed.): Mary Snell-Hornby: Translation und Text. Ausgewählte Vortrage*. Viena: WuV-Universitätsverlag. 1996. Pp. 51-63

- SOMERS, H., *Terminology, LSP and Translation: Studies in Language Engineering. In Honour of Juan C. Sager*. Amsterdam : Benjamins. 1996
- SOURIOUX, J.L. Y LERAT, P., *Le langage du droit*. Vendôme : Presses Universitaires de France. 1975.
- _____, *Méthodes du droit. L'analyse de texte. Méthode générale et application au droit*. Paris : Dalloz. 1992.
- SPARER, M., «Pour une dimension culturelle de la traduction juridique». En *Meta*, nº 47, 1979, pp. 265-278.
- SPILLNER, B., «Texsorten im Sprachvergleich. Ansätze zu einer Kontrastiven Textologie». En Kühlwein, Wolfgang /Gisela Thome / Wolfram Will (eds.) *Kontrastive Linguistik und Übersetzungswissenschaft*, München: Fink. pp. 239-250. 1981.
- STERN, G., *Meaning and change of meaning*. Göteborg: Bloomington. 1931.
- _____, *Zur Theorie der Sprachveränderung*. Kronberg: Scriptor Verlag. 1974.
- STOLZE, R., *Die Fachübersetzung. Eine Einführung*. Tübingen: Narr. 1999.
- STUBBS, M., *Text and Corpus Analysis: Computer-assisted studies of language and culture*. Londrons: Blackwell Publishers. 1996.
- SWALES, J. M., *Genre Analysis. English in Academic and Research Settings*. Cambridge: Cambridge University Press. 1990.
- THELEN, M., "Competence in Recognition and Production in the TRanslation of Subject Field Specific Langugage (SSL). En: Fleischmann, E. / Schmitt, P. / Wotjak, G. (eds). *Translationskompetenz*. Tübingen: Stauffenburg. 2004. Pp. 563-79
- TOMASZCZYK, J., "L1-L2 technical translation and dictionaries" En *Translation and Lexicography*. Innsbruck: John Benjamins. 1999.
- TROSBORG, A., "Text Typology: Register, Genre and Text Type" En A. Trosborg (ed.). *Text Typology and Translation*. Amsterdam-Filadelfia: John Benjamins. 1997. pp.3-23.
- ULLMANN, S. *Sprache und Stil: Aufsätze zur Semantik und Stilistik*. Tübingen: M. Niemeyer Verlag, 1972.
- VAN DIJK, T., *Textwissenschaft. Eine interdisziplinäre Einführung*. Tübingen: DTV. 1980.

- VARELA SALINAS, M. J., „Presentación“ Panorama actual del estudio y la enseñanza de discursos especializados. *En: Varela Salinas, Maria José (ed.)* Berna: Peter Lang AG. 2010. Pp. 7-10
- VILLEGAS, L. M., *Orientaciones metodológicas para la realización de traducciones juradas. Disponible en la Web del Traductor Jurídico. 1996 – 81-82. <http://www.gitrad.uji.es>* . [fecha de consulta: 10 abril 2012]
- WADDINGTON, C., *Estudio comparativo de diferentes métodos de evaluación de traducción general (Inglés-Español)*. Madrid: Publicaciones de la Unviersidad Pontificia Comillas. 1999.
- WEBER, S., *Kommunikationsverfahren in Wissenschaft und Technik. Zur fachsprachlichen Aus- und Weiterbildung von Ausländern*. Leipzig: VEB Verlag Enzyklopädie. 1985.
- WERLICH, E., *Typologie der Texte.*(2º ed.) Heidelberg: Quelle und Meyer. 1979.
- WILSS, W., *The science of translation: problems and methods*. Tübingen: Narr. 1982.
- WIMMER, R., « Das Verhältnis von Fachsprache und Gemeinsprache in Lehrtexten ». *En Mentrup, Wolfgang (ed.) Fachsprachen und Gemeinssprache*. Düsseldorf : Pädagogischer Verlag SchwammMentrup. 1979. pp. 246-275.
- WHORF, BL., *Lenguaje, pensamiento y realidad*. Barcelona : Seix Barral. 1971.
- WRIGHT, S. E., *Scientific and Technical Translation*. Amsterdam : Benjamins. 1993.
- WÜSTER, E., „Clasificacions de conceptes i temes: diferencies en la seva essencia i en la seva aplicació”, en Cabré, M.T. (dir) *Terminología. Selecció de textos d'E. Wüster.*(1971) Barcelona: Servei de Llengua Catalana, Universitat de Barcelona. 1996. pp. 113-151.

Diccionarios

- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: DRAE www.rae.es
- www.pons.eu
- www.rechtslexikon24.de
- www.rechtslexikon-online.de
- Deutsches Rechts Wörterbuch (DRW) www.uni-heidelberg.de
- www.rechtswörterbuch.de

Diccionario Jurídico on-line *Lexjurídica*. [Disponible en www.lexjuridica.com
Fecha de consulta 14 de septiembre de 2010]

Diccionario de Filosofía, Volumen 1. José Ferrater Mora, Joseph-María Terricabras, Ed. Ariel Referencia 1994. (p. 181 – 183). [Disponible en:
http://books.google.es/books?id=m8DUBNd9R94C&pg=PA181&lpg=PA181&dq=diccionario+jur%C3%ADdico+antinomia&source=bl&ots=VS2e-alqwT&sig=ujwV9L_1liop2JwTMIpkyGcgj4Q&hl=es&ei=z8VCTJWXEs2vOLjCkYkN&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=2&ved=0CBsQ6AEwAQ#v=onepage&q&f=false Fecha de consulta 10 de noviembre de 2010].

Diccionario jurídico y financiero. Barcelona: Deusto. 2005. [Disponible en
http://books.google.es/books?id=pumk8sOOLAAC&printsec=frontcover&dq=diccionario+juridico+y+financiero+deusto&source=bl&ots=Jy_oNZe6qJ&sig=mFLXVJRD1VX0KhFJzhPWIQtkbNA&hl=es&ei=A581TbX1lo7KjAfas4SPBA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=3&ved=0CB4Q6AEwAg#v=onepage&q&f=false Fecha de consulta 23 de junio de 2010]

Enciclopedia Grosser Brockhaus

Diccionario Jurídico Espasa. S.N.E., Madrid: Espasa Calpe. 1998.

Legislación

Código Civil Español – C.C.

Ley de Enjuiciamiento Civil – LEC.

Ley Orgánica del Poder Judicial – LOPJ.

Zivilprozessordnung – ZPO.

Gerichtsverfassungsgesetz – GVG.

Otras fuentes bibliográficas

www.boe.es

www.lexjuridica.com

<http://noticias.juridicas.com>

www.zeno.org

www.derecho.com

www.encyclopedia-jurídica.com

www.gerencie.com

www.derecho.laguia2000.com

<http://publications.europa.eu>

www.lexexakt.de

dejure.org

www.derecho.com

Iuris Civilis



UNIVERSIDAD DE CORDOBA

FACULTAD DE FILOSOFÍA Y LETRAS

Departamento de Traducción e Interpretación, Lenguas Romances, Estudios
Semíticos y Documentación

LA TRADUCCIÓN DE SENTENCIAS: ANÁLISIS
TERMINOLÓGICO Y TEXTUAL (ALEMÁN-ESPAÑOL)

ANEXOS I-III

Doctorando:

Ingrid Cobos López

Vº Bº de los Directores:

Dra. M.ª del Carmen Balbuena Torezano

Dra. Manuela Álvarez Jurado

ANEXO I: GÉNEROS JURÍDICOS



Categoría supragenérica	Función	Tono	Género
textos normativos	instructiva	hiperformal	Constitución estatutos de autonomía leyes orgánicas y ordinarias decretos reglamentos
Jurisprudencia	instructiva + argumentativa	hiperformal	sentencias del tribunal supremo y del tribunal constitucional recogidas en repertorios y en el boe
textos judiciales	instructiva + expositiva (narrativa) + argumentativa	muy formal	Denuncia demanda, querrela peticiones, providencias, autos sentencias solicitud de aclaración de sentencias oficios, exposiciones exhortos, suplicatorios cartas-orden, mandamientos, notificaciones, requerimientos
textos de aplicación del derecho (público y privado)	instructiva	formal	Contratos testamentos cartas legales escrituras documentos notariales, etc.
obras de referencia	expositiva (conceptual y descriptiva)	formal	diccionarios bilingües diccionarios monolingües diccionarios enciclopédicos enciclopedias diccionarios de máximas latinas diccionarios especializados formularios directorios y repertorios profesionales
textos doctrinales	argumentativa + expositiva (conceptual y descriptiva)	Formal	manuales libros de texto ensayos tesis artículos

Textos normativos

—Artículos 20-23 de la Constitución española de 1978

Artículo 20.

1. Se reconocen y protegen los derechos:

A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

A la libertad de cátedra.

A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La Ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

3. La Ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

5. Solo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.

Artículo 21.

1. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa.

2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que solo podrá prohibirlas cuando existan

razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes.

Artículo 22.

1. Se reconoce el derecho de asociación.
2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.
3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad.
4. Las asociaciones solo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.
5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar.

Artículo 23.

1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.
2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las Leyes.

(Fuente: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/constitucion.t1.html#a15 [Fecha de consulta: 23 de enero de 2012])

—*Estatutos de Autonomía para Andalucía*

LEY 2/2007, DE 19 DE MARZO (JEFATURA DEL ESTADO), DE REFORMA DEL
ESTATUTO DE AUTONOMÍA PARA ANDALUCÍA

(«BOE» núm. 68m de 20 de marzo de 2007)

JUAN CARLOS I

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente ley orgánica.

PREÁMBULO

Andalucía, a lo largo de su historia, ha forjado una robusta y sólida identidad que le confiere un carácter singular como pueblo, asentado desde épocas milenarias en un ámbito geográfico diferenciado, espacio de encuentro y de diálogo entre civilizaciones diversas. Nuestro valioso patrimonio social y cultural es parte esencial de España, en la que andaluces y andaluzas nos reconocemos, compartiendo un mismo proyecto basado en los valores de justicia, libertad y seguridad, consagrados en la Constitución de 1978, baluarte de los derechos y libertades de todos los pueblos de España.

Andalucía ha compilado un rico acervo cultural por la confluencia de una multiplicidad de pueblos y de civilizaciones, dando sobrado ejemplo de mestizaje humano a través de los siglos.

La interculturalidad de prácticas, hábitos y modos de vida se ha expresado a lo largo del tiempo sobre una unidad de fondo que acrisola una pluralidad histórica, y se manifiesta en un patrimonio cultural tangible e intangible, dinámico y cambiante, popular y culto, único entre las culturas del mundo.

Esta síntesis perfila una personalidad andaluza construida sobre valores universales, nunca excluyentes. Y es que Andalucía, asentada en el sur de la península ibérica, es un territorio de gran diversidad paisajística, con importantes cadenas montañosas y con gran parte de su territorio articulado en torno y a lo largo del río Guadalquivir, que abierta al Mediterráneo y al Atlántico por una dilatada fachada marítima, constituye un nexo de unión entre Europa y el continente africano. Un espacio de frontera que ha facilitado contactos y diálogos entre norte y sur, entre los arcos mediterráneo y atlántico, y donde se ha configurado como hecho diferencial un sistema urbano medido en clave humana.

Estos rasgos, entre otros, no son sólo sedimentos de la tradición, sino que constituyen una vía de expansión de la cultura andaluza en España y el mundo y una aportación contemporánea a las culturas globales. El pueblo andaluz es heredero, por tanto, de un vasto cimiento de civilización que Andalucía puede y debe aportar a la sociedad contemporánea, sobre la base de los principios irrenunciables de igualdad, democracia y convivencia pacífica y justa.

El ingente esfuerzo y sacrificio de innumerables generaciones de andaluces y andaluzas a lo largo de los tiempos se ha visto recompensado en la reciente etapa democrática, que es cuando Andalucía expresa con más firmeza su identidad como pueblo a través de la lucha por la autonomía plena. En los últimos 25 años, Andalucía ha vivido el proceso de cambio más intenso de nuestra historia y se ha acercado al ideal de Andalucía libre y solidaria por la que luchara incansablemente Blas Infante, a quien el Parlamento de Andalucía, en un acto de justicia histórica, reconoce como Padre de la Patria Andaluza en abril de 1983.

Ese ideal autonomista hunde sus raíces en nuestra historia contemporánea. El primer texto que plasma la voluntad política de que Andalucía se constituya como entidad política con capacidad de autogobierno es la Constitución Federal Andaluza, redactada en Antequera en 1883. En la Asamblea de Ronda de 1918 fueron aprobados la bandera y el escudo andaluces.

Durante la II República el movimiento autonomista cobra un nuevo impulso. En 1933 las Juntas Liberalistas de Andalucía aprueban el himno andaluz, se forma en Sevilla la Pro-Junta Regional Andaluza y se proyecta un Estatuto. Tres años más tarde, la Guerra Civil rompe el camino de la autonomía al imposibilitar la tramitación parlamentaria de un Estatuto ya en ciernes.

Esta vocación de las Juntas Liberalistas lideradas por Blas Infante por la consecución del autogobierno, por alcanzar una Andalucía libre y solidaria en el marco de la unidad de los pueblos de España, por reivindicar el derecho a la autonomía y la posibilidad de decidir su futuro, emergió años más tarde con más fuerza y respaldo popular.

Las manifestaciones multitudinarias del 4 de diciembre de 1977 y el referéndum de 28 de febrero de 1980 expresaron la voluntad del pueblo andaluz de situarse en la vanguardia de las aspiraciones de autogobierno de máximo nivel en el conjunto de los pueblos de España. Desde Andalucía se dio un ejemplo extraordinario de unidad a la hora de expresar una voluntad inequívoca por la autonomía plena frente a los que no aceptaban que fuéramos una nacionalidad en el mismo plano que las que se acogían al artículo 151 de la Constitución.

Andalucía ha sido la única Comunidad que ha tenido una fuente de legitimidad específica en su vía de acceso a la autonomía, expresada en las urnas mediante referéndum, lo que le otorga una identidad propia y una posición incontestable en la configuración territorial del Estado.

El Manifiesto andalucista de Córdoba describió a Andalucía como realidad nacional en 1919, cuyo espíritu los andaluces encauzaron plenamente a través del proceso de autogobierno recogido en nuestra Carta Magna. En 1978 los andaluces dieron un amplio respaldo al consenso constitucional. Hoy, la Constitución, en su artículo 2, reconoce a Andalucía como una nacionalidad en el marco de la unidad indisoluble de la nación española.

Todo este caudal de esfuerzos, del que el Estatuto de Autonomía ratificado por los andaluces y andaluzas el 20 de octubre de 1981 ha sido herramienta fundamental, nos permite hoy abordar la construcción de un nuevo proyecto que ponga en valor y aproveche todas las potencialidades actuales de Andalucía.

Hoy, los argumentos que construyen la convivencia de los andaluces y andaluzas y los anhelos de éstos nacen de un nuevo proyecto histórico que debe permitirnos

afrontar con garantías los retos de un tiempo nuevo, definido por los profundos cambios geopolíticos, económicos, culturales y tecnológicos ocurridos en el mundo y por la posición de España en el contexto internacional. Si durante el último cuarto de siglo se han producido transformaciones intensas en el mundo, estos cambios han sido particularmente acentuados en Andalucía, donde en ese periodo hemos pasado del subdesarrollo económico y cultural a un panorama similar al de las sociedades más avanzadas, como ejemplifica la inversión de nuestros flujos migratorios.

Después de casi tres décadas de ejemplar funcionamiento, resulta evidente que el Estado de las Autonomías implantado por la Constitución de 1978 ha producido en estos años un rápido y eficaz proceso de descentralización. Ahora bien, transcurrida esta fructífera etapa de experiencia autonómica se hacen necesarias reformas que modernicen el modelo territorial.

Reformas para profundizar el autogobierno, extrayendo todas las posibilidades descentralizadoras que ofrece la Constitución para aproximar la Administración a la ciudadanía. Reformas que al mismo tiempo desarrollen y perfeccionen los mecanismos de cohesión territorial, solidaridad y cooperación institucional. Se trata, pues, de un proceso de modernización del Estado de las Autonomías que sólo es posible desde una visión global y plural de España que Andalucía siempre ha tenido.

Hoy, como ayer, partimos de un principio básico, el que planteó Andalucía hace 25 años y que mantiene plenamente su vigencia: Igualdad no significa uniformidad. En España existen singularidades y hechos diferenciales. Andalucía los respeta y reconoce sin duda alguna. Pero, con la misma rotundidad, no puede consentir que esas diferencias sirvan como excusas para alcanzar determinados privilegios. Andalucía respeta y respetará la diversidad pero no permitirá la desigualdad ya que la propia Constitución Española se encarga de señalar en su artículo 139.1 que todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado.

El grado de desarrollo económico, social y cultural de Andalucía ha sido posible gracias al Estatuto de Autonomía. Un texto que ha favorecido la convivencia armónica, el desarrollo político, social y económico de esta tierra y la recuperación de la autoestima de un pueblo que hoy tiene voz propia en el Estado de las Autonomías, tal y como establece la Constitución Española de 1978.

Se trata, en definitiva, de conseguir un Estatuto para el siglo XXI, un instrumento jurídico que impulse el bienestar, la igualdad y la justicia social, dentro del marco de cohesión y solidaridad que establece la Constitución.

Por ello, y como expresión de su voluntad colectiva representada políticamente a través del Parlamento, el pueblo andaluz ratifica el presente Estatuto de Autonomía de Andalucía, como renovación del compromiso manifestado el 28-F de 1980.

TÍTULO PRELIMINAR

Fuente: <http://www.boe.es/aeboe/consultas/enlaces/documentos/estatutoAndalucia.pdf>

[Fecha de consulta: 23 de enero de 2012]

—*Leyes orgánicas y ordinarias*

Título I de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

JUAN CARLOS I
REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley Orgánica.

TÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1. Objeto.

La presente Ley Orgánica tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar.

Artículo 2. Ámbito de aplicación.

1. La presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado.

Se regirá por la presente Ley Orgánica todo tratamiento de datos de carácter personal:

- a) Cuando el tratamiento sea efectuado en territorio español en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento.
- b) Cuando al responsable del tratamiento no establecido en territorio español, le sea de aplicación la legislación española en aplicación de normas de Derecho Internacional público.
- c) Cuando el responsable del tratamiento no esté establecido en territorio de la Unión Europea y utilice en el tratamiento de datos medios situados en territorio español, salvo que tales medios se utilicen únicamente con fines de tránsito.

2. El régimen de protección de los datos de carácter personal que se establece en la presente Ley Orgánica no será de aplicación:

- a) A los ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas.
- b) A los ficheros sometidos a la normativa sobre protección de materias clasificadas.
- c) A los ficheros establecidos para la investigación del terrorismo y de formas graves de delincuencia organizada.

No obstante, en estos supuestos el responsable del fichero comunicará previamente la existencia del mismo, sus características generales y su finalidad a la Agencia de Protección de Datos.

3. Se regirán por sus disposiciones específicas, y por lo especialmente previsto, en su caso, por esta Ley Orgánica los siguientes tratamientos de datos personales:

- a) Los ficheros regulados por la legislación de régimen electoral.

- b) Los que sirvan a fines exclusivamente estadísticos, y estén amparados por la legislación estatal o autonómica sobre la función estadística pública.
- c) Los que tengan por objeto el almacenamiento de los datos contenidos en los informes personales de calificación a que se refiere la legislación del régimen del personal de las Fuerzas Armadas.
- d) Los derivados del Registro Civil y del Registro Central de penados y rebeldes.
- e) Los procedentes de imágenes y sonidos obtenidos mediante la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de conformidad con la legislación sobre la materia.

Artículo 3. Definiciones.

A los efectos de la presente Ley Orgánica se entenderá por:

- a) Datos de carácter personal: cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables.
- b) Fichero: todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso.
- c) Tratamiento de datos: operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias.
- d) Responsable del fichero o tratamiento: persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento.
- e) Afectado o interesado: persona física titular de los datos que sean objeto del tratamiento a que se refiere el apartado c) del presente artículo.
- f) Procedimiento de disociación: todo tratamiento de datos personales de modo que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona identificada o identificable.
- g) Encargado del tratamiento: la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, sólo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento.
- h) Consentimiento del interesado: toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen.
- i) Cesión o comunicación de datos: toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado.
- j) Fuentes accesibles al público: aquellos ficheros cuya consulta puede ser realizada, por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa o sin más exigencia que, en su caso, el abono de una contraprestación.

Tienen la consideración de fuentes de acceso público, exclusivamente, el censo promocional, los repertorios telefónicos en los términos previstos por su normativa específica y las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo.

Asimismo, tienen el carácter de fuentes de acceso público los diarios y boletines oficiales y los medios de comunicación.

(Fuente: Boe núm. 298, de 14-12-1999, pp. 43088-43099 [Fecha de consulta: 23 de enero de 2012])

**CAPÍTULO I.
DISPOSICIONES GENERALES.**

Artículo 8.

1. La competencia en materia de personal al servicio de la Administración Civil del Estado se ejercerá por:

- a. El Consejo de Ministros.
- b. El Presidente del Gobierno.
- c. El Ministro de Economía y Hacienda.
- d. Los Ministros, Subsecretarios y Directores Generales; y
- e. La Comisión Superior de Personal.

2. Las resoluciones relativas a personal dictadas por cualquiera de los órganos a que se refiere el párrafo anterior, en la esfera de su respectiva competencia, ponen fin a la vía administrativa.

**CAPÍTULO II.
COMISIÓN SUPERIOR DE PERSONAL.**

Artículo 9.

Artículo 10.

1. Para el estudio de las cuestiones que sean de la competencia de la Comisión Superior de Personal, el Presidente podrá designar Ponencias de trabajo, que actuarán bajo su presidencia y estarán constituidas por los Vocales que se determinen en cada caso y por el Secretario General de Comisión.

2. A los efectos de información y coordinación, la Comisión podrá convocar a los Oficiales Mayores o Jefes de Secciones de Personal de los Departamentos ministeriales.

Artículo 11.

Todos los Organismos y Dependencias de la Administración están obligados a facilitar a la Comisión Superior de Personal cuantos antecedentes e informes sean precisos para el mejor desempeño de sus funciones.

—Reglamentos: Reglamento internacional de la Real Federación Española de Natación.

GRUPOS DE FIGURAS FINA 2009 – 2013

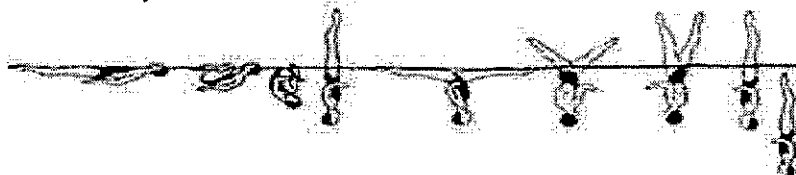
GRUPOS DE FIGURAS FINA CATEGORÍA ABSOLUTA, JUNIOR Y GRUPO DE EDAD 16, 17 y 18 años (JUVENIL)

GRUPO OBLIGATORIO:

1. 313. KIP ESPAGAT CERRANDO 180°

2.5

Desde la **Posición Estirada de Espalda**, se ejecuta un *Mortal de Espalda Encogida* parcial hasta que las tibias están perpendiculares a la superficie. El tronco se despliega a la vez que las piernas se extienden para asumir la **Posición Vertical** a medio camino entre la línea vertical que atraviesa las caderas y la línea vertical entre la cabeza y las tibias. Se bajan las piernas simétricamente hasta la **Posición Espagat**. Durante una rotación de 180°, las piernas se cierran simétricamente hasta la **Posición Vertical**. Se ejecuta un descenso vertical.

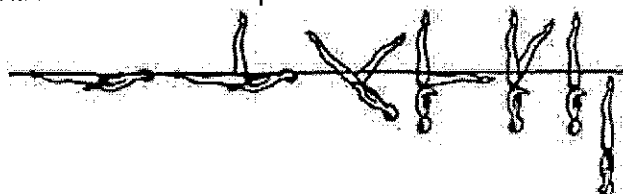


								Total
VND=	4.0	10,0	23.0	19.0	18.0	14.0		88
VP=	0.45	1.14	2.61	2.16	2.05	1.59		

2. 112f. IBIS GIRO CONTÍNUO(720°)

2.8

Se *Adopta la Posición Pierna de Ballet*. Manteniendo esta posición, el cuerpo gira hacia atrás alrededor del eje lateral que atraviesa las caderas, hasta adoptar la **Posición Grúa**. La pierna horizontal se eleva hasta la **Posición Vertical**. Se realiza un *Tirabuzón Descendente* con una rotación rápida de 720°, que se completa a la vez que los talones llegan a la superficie del agua y que continúa hasta la total inmersión de los pies.



							Total
VND=	10.5	11.0	26.0	18.5	27.0		93
VP=	1.13	1.18	2.80	1.99	2.90		

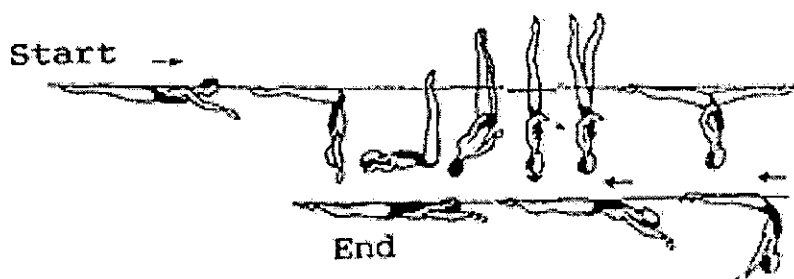
GRUPOS OPCIONALES:



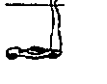
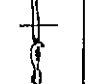


Grupo 1:

3. 336. GAVIATA ABIERTA 180°

2.8

Desde la **Posición Estirada de Frente** se ejecuta un Mortal de Frente en Carpa hasta la **Posición Pierna de Ballet Doble Submarina**. Se ejecuta una *Rotación de Catalina* ascendiendo en pierna de ballet doble hasta la **Posición Vertical**. Continuando en la misma dirección, las piernas se abren simétricamente mientras se realiza una rotación de 180° hasta la **Posición de Espagat**. Se ejecuta una *Salida de Paseo de Frente*.



								Total
NVT=		12.0	12.0	23.0	21.0	24.0	11.0	103
PV=		1.17	1.17	2.23	2.04	2.33	1.07	

(Fuente: http://www.rfen.es/publicacion/13SC_Informacion/107SS_Reglamentos.asp)

[Fecha de consulta: 23 de enero de 2012])



—Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Roj: STS 3059/2012
Id Cendoj: 28079110012012100294
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1067/2011
Nº de Resolución: 304/2012
Procedimiento: Casación
Ponente: ENCARNACION ROCA TRIAS
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Mayo de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicadosal margen, el recurso de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24ª, por DªJuliana , representado por la procuradora de los Tribunales D.ª Sonia López Caballero, contra la Sentenciadictada, el día 23 de febrero de 2011, por la referida Audiencia y sección, en el rollo de apelación nº 1248/2010 ,que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, elJuzgado de Primera Instancia número 3 de Navalcarnero en los autos sobre divorcio nº 979/2009. Ante estaSala comparecen la Procuradora Doña Sonia López Caballero, en nombre y representación de Doña Julianacomo parte recurrente. La parte recurrida no se ha personado ante esta Sala. Es parte interviniente el MinisterioFiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Al Juzgado de Primera Instancia número 3 de Navalcarnero fue turnada la demanda dedivorcio promovida por Dª Juliana , contra D. Adolfo . El suplico de la demanda es del tenor siguiente: "...se dicte sentenciaen la que se declare el divorcio de acuerdo a lo prevenido en el artículo 86 del Código Civil, acordando además los siguientes efectos complementarios:

1. La disolución de la sociedad de gananciales, cuya liquidación se llevará a cabo en ejecución desentencia.
2. Que la custodia de la hija menor de edad sea concedida a la esposa y madre, así como la patriapotestad ordinaria manteniendo ambos progenitores la patria potestad.
3. Que se conceda a la hija común la pensión alimenticia de CUATROCIENTOS EUROS (400,00#)mensuales, en doce mensualidades iguales, pagadas por adelantado el día 5 de cada mes, hasta que la menorlance la independencia económica y laboral. EL cónyuge no custodio deberá abonar, además, la mitadde los gastos escolares de la hija común (entendiéndose comprendidos en los mismos todos aquellos que tienen que ver con las matriculaciones, cuotas mensuales, material escolar, libros, actividades extraescolares,o de análoga naturaleza, incluyéndose, en su caso, los estudios universitarios), así como la

mitad del seguro médico suscrito a favor de la hija. Además, el padre sufragará la mitad de todos los gastos extraordinarios que se produzcan en la vida de la hija común a causa de accidente, enfermedad o análoga circunstancia, siempre que se acredite suficientemente, sean consultados previamente a él (siempre que sea posible) o sean autorizados por el Juzgado, en caso de discrepancia entre los padres.

4. Las citadas cantidades serán ingresadas en la cuenta corriente que mi representada tiene abierta en La Caixa y de la que es titular: NUM000. Los pagos se realizarán dentro de los cinco primeros días de cada mes y por adelantado.

5. La cantidad de 400 euros establecida en concepto de alimentos debe ser actualizada a partir del 1º de enero del año siguiente a la fecha de la sentencia, teniendo en cuenta el Índice de Precios al Consumo publicado por el Instituto Nacional de Estadística o el organismo que, en su caso, le sustituya. La actualización se llevará a efecto de forma automática, sin necesidad de requerimiento alguno.

6. Que se establezca a favor del padre un régimen de visitas consistente en:

Fines de semana alternos, desde las 18:00 horas del viernes hasta las 20:00 horas del domingo, y un día entre semana que, en defecto de acuerdo será los miércoles, de 18:00 a 20:00 horas. Vacaciones de Semana Santa, Verano y Navidad, por mitad entre ambos progenitores, eligiendo, en defecto de acuerdo, el padre los años impares y la madre los años pares. El régimen vacacional, se desarrollará según las reglas siguientes:

- Durante las vacaciones escolares de Semana Santa, el padre podrá estar en compañía de su hija durante uno de estos dos períodos:

1º) Desde el último día lectivo hasta el miércoles de Semana Santa a las 19:00 horas, o

2º) Desde el miércoles de Semana Santa a las 16:00 horas hasta el domingo a las 19:00 horas.

- Durante las vacaciones escolares de verano el padre podrá disfrutar de la compañía de su hija durante dos quincenas naturales no continuadas de los meses de Julio y Agosto.

- Durante las vacaciones escolares de Navidad, el padre podrá estar en compañía de su hija durante uno de estos dos períodos:

1º) Desde el último día lectivo hasta el 30 de diciembre a las 19:00 horas

2º) Desde el 30 de diciembre a las 19:00 horas hasta la incorporación de la menor a sus actividades lectivas.

La entrega y recogida de la menor se efectuará a través del punto de encuentro más próximo al domicilio de dicha menor, mientras esté en vigor la prohibición de aproximación y de comunicación impuesta al demandado. Durante las vacaciones quedará en suspenso el régimen de visitas.

7. Que se condene en costas al demandado, si se opusiera a lo pedido en esta demanda. Admitida a trámite la demanda fue emplazado el demandado, alegando la representación de D. Adolfo, los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: "... se dicte Sentencia desestimatoria de la demanda y de sus peticiones, absolviendo de ella a mi representado, con expresa

imposición de costas a la parte actora". En dicho escrito formuló demanda reconvenzional alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: "...por formulada DEMANDA RECONVENZIONAL y tras el recibimiento a prueba que desde ahora se solicita, se sirva estimar y acordar al amparo del Art. 92 del Código Civil las medidas siguientes como definitivas:

1º.- Que la hija de la pareja Tarsila sometida a la patria potestad, quede bajo la guarda y custodia del padre don Adolfo, sin perjuicio que ambos padres puedan continuar ejerciendo la patria potestad conjuntamente.

2º.- En tanto y en cuanto no se liquide la sociedad de gananciales, se señala la atribución del uso y disfrute del inmueble domicilio conyugal sito en Navalcarnero, AVENIDA 000 nº NUM001 a D. Adolfo.

3º.- Señalar como pensión de alimentos para la hija menor, Tarsila, que deberá abonar doña Juliana, la cantidad de 400 € mensuales, dentro de los cinco primeros días de cada mes y en doce mensualidades al año, en la cuenta bancaria que el Sr. Adolfo designe en su momento. Igualmente, dicha cantidad será revisada anualmente, en la misma proporción que aumente el IPC elaborado por el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que lo sustituya.

4º.- La esposa satisfará la cantidad mensual de 600 euros mensuales a D. Adolfo, en concepto de pago de hipoteca que pesa sobre el domicilio familiar, mientras no se liquide la misma.

5º.- Establecimiento de un régimen de visitas a favor de la madre no custodio, doña Juliana:

a) Doña Juliana, podrá tener en su compañía a la hija menor de ambos, Tarsila, los fines de semana alternos desde las 10 horas del sábado hasta las 20 horas del domingo, debiendo recoger y reintegrar a la menor en el domicilio del padre. Cuando se encuentre vigente el período escolar, regirá el mismo régimen de visitas los fines de semana con la diferencia que la madre podrá llevar a la menor directamente al centro escolar donde curse sus estudios el lunes para la mañana.

b) Las vacaciones de Navidad y Semana Santa se dividirán por mitad entre ambos padres, alternando cada progenitor, cada año, la primera y la segunda mitad correspondiente a dichas vacaciones; correspondiendo a la madre la primera mitad de los años impares y al padre la primera mitad de los años pares. Se entiende por primera mitad de las vacaciones de Navidad, desde el comienzo de las vacaciones escolares hasta el 31 de Diciembre, correspondiendo la segunda mitad desde esta fecha hasta el comienzo de las clases y, de igual forma para la Semana Santa, teniendo en cuenta el inicio y finalización de las vacaciones.

c) Igualmente y con el mismo criterio de las anteriores, en lo que respecta a las vacaciones de verano, la madre podrá disfrutar de un mes al año, correspondiéndole el mes de agosto los años pares. Ambos progenitores se comprometen a comunicar al otro el lugar, dirección y teléfono donde pasen con el menor los períodos vacacionales que les corresponda.

6º.- Se condene en costas al reconvenido".

El Ministerio Fiscal, presentó escrito alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: "se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados".

Contestada la demanda y la reconvenición y previos los trámites procesales correspondientes y practicadas las pruebas propuestas por las partes, previamente admitidas y declaradas pertinentes, el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Navacarnero dictó sentencia con fecha 23 de marzo de 2010 , y con la siguiente partedispositiva: "FALLO; Que, estimando parcialmente la demanda y la demanda reconvenicional, debo declarar y declaro la DISOLUCIÓN POR DIVORCIO del matrimonio formado por Don Adolfo y Doña Juliana , celebrado en la localidad de Madrid el diecisiete de Agosto de dos mil cinco, con todos los efectos legales inherentes y aprobando las siguientes medidas:

1ª) La guarda y custodia de la menor Tarsila se atribuye a Doña Juliana , permaneciendo la patria potestad compartida por ambos progenitores.

2ª) Atribución a Don Adolfo del uso y disfrute de la vivienda conyugal, así como del mobiliario y ajuar de dicha vivienda

3ª) Régimen de visitas a favor del progenitor no custodio: El padre podrá disfrutar de la compañía de su hija menor de edad, sábados y domingos, en fines de semana alternos, en el punto de encuentro más próximo al domicilio de la menor, en el horario que fije dicho punto de encuentro. Dicho régimen de visitas podrá ir ampliándose progresivamente, hasta su completa normalización en función de los informes emitidos por el Punto de Encuentro, y de acuerdo con dichos informes.

4ª) Pensión de alimentos a favor de la hija menor de edad: Don Adolfo , en concepto de alimentos a favor de su hija Tarsila , deberá abonar la cantidad de 300 # mensuales, en doce mensualidades, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta corriente de la que es titular la demandante, de la entidad La Caixa, número NUM000 , actualizándose dicha cantidad anualmente, cada uno de enero, conforme al índice de Precios al Consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya.

5ª) Gastos extraordinarios: Los gastos extraordinarios que pudieran originarse para la atención del hijo menor, se sufragarán por ambos progenitores por partes iguales, previo consentimiento de cada progenitor, excepto en el caso de los gastos extraordinarios referentes a la salud del menor que no estén cubiertos por la Seguridad Social o por seguro médico, ya que en este caso los gastos serán satisfechos por mitad por cada progenitor previa acreditación de su importe, y por lo tanto, no supeditada a la prestación de consentimiento, no teniendo la consideración de gastos extraordinarios los enumerados en el artículo 142 del Código Civil .

6ª) Contribución a las cargas del matrimonio: ambos cónyuges al 50% hasta la liquidación del régimen económico matrimonial.

7ª) De conformidad con lo prevenido en el artículo 95 del Código Civil , una vez firme la presente resolución, se producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial, debiendo instarse la liquidación de dicho régimen a través del cauce procedimental adecuado, sin que proceda efectuarla en ejecución de Sentencia. Todo ello sin hacer especial condena en las costas causadas en la tramitación de la presente causa, debiendo en consecuencia cada parte abonar las causadas a su instancia y las comunes, si las hubiere, por mitad".

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpusieron recurso de apelación D. Adolfo y Dª Juliana, presentando escrito la representación de D. Adolfo desistiendo del recurso por el mismo formulado. Sustanciada la apelación, la Sección 24ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó Sentencia, con fecha 23 de febrero de 2011 , con el siguiente fallo: " Que

desestimando el recurso de apelación interpuesto por DOÑA Juliana , representada por la Procuradora DOÑA SONIA LÓPEZ CABALLERO, contra la sentencia de fecha 23 de marzo de 2010; del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Navacarnero, dictada en el proceso sobre divorcio número 979/2009 , seguido con DON Adolfo ; debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la expresada resolución íntegramente, y sin que proceda hacer pronunciamiento de condena en costas en esta alzada a ninguno de los litigantes".

TERCERO. Anunciado recurso de casación por D^a Juliana , representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. Juliana , formalizó recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial , confundamento en los siguientes motivos:

Único: Al amparo del art. 477.2.3º de la LEC , por infracción del art. 96 del Código Civil .

Por resolución de fecha 27 de abril de 2011, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

CUARTO. Recibidos los autos y formado el presente rollo se personó la Procuradora Doña Sonia López Caballero, en nombre y representación de Doña Juliana como parte recurrente. La parte recurrida no se ha personado ante esta Sala. Es parte interviniente el Ministerio Fiscal. Admitido el recurso por auto de 22 de noviembre de 2011, y evacuado el traslado conferido al respecto, el Ministerio Fiscal, presentó escrito solicitando la estimación del recurso de casación.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el diecinueve de abril de dos mil doce, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. D^a. Encarnación Roca Trias,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los hechos probados.

1º D^a Juliana y D. Adolfo contrajeron matrimonio en 2005. Tienen una hija nacida en el mismo año. Su matrimonio está sujeto a la sociedad de gananciales.

2º Después de un episodio de violencia, ocurrido en 2009, que comportó una denuncia al marido, con una orden de alejamiento y la adopción de unas medidas de protección de la niña, los cónyuges vivieron separados.

3º En el año 2009, D^a Juliana presentó una demanda pidiendo el divorcio, la disolución de la sociedad de gananciales, la atribución de la guarda y custodia de la hija, unos alimentos de 400€ mensuales y el derecho de visitas del padre. El padre se opuso a la demanda y formuló reconvencción.

4º La sentencia del juzgado de 1ª Instancia de Navacarnero nº 3, de Violencia, de 23 marzo 2010, acordó el divorcio y una serie de medidas relativas a la guarda y custodia de la hija, pero no atribuyó el uso de la vivienda: "habida cuenta de que la ahora demandante no solicitó la atribución del uso y disfrute del domicilio conyugal ni como medida civil en la solicitud de orden de protección (y posterior comparecencia), ni lo solicita en su demanda, se estima conveniente mantener la situación de hecho existente, atribuyendo, en consecuencia, al demandado D. Adolfo el uso y disfrute del domicilio conyugal [...]".

5º Apeló la sentencia Dª Juliana . La SAP de Madrid, sección 24, de 23 febrero 2011 , confirmó la sentencia apelada. Dijo que "procede desestimar el segundo motivo del recurso relativo a la petición del uso del domicilio familiar, pues no se suplicó en la demanda al órgano judicial de la primera instancia; luego no puede ser petición ex novo en esta alzada y no puede ser motivo del recurso ya que el órgano "a quo" fue congruente con las peticiones de las partes según obliga el Art. 218 LEC ; y según es doctrina jurisprudencial emanada de nuestro Tribunal Supremo[...]" .

6º Dª Juliana presenta recurso de casación por interés casacional. El informe del Ministerio Fiscal apoya la estimación del recurso.

SEGUNDO. El muy esquemático recurso de casación dice que la atribución de la vivienda conyugal infringe lo dispuesto en el Art. 96 CC , pues se realiza al cónyuge en cuya compañía no queda la hija común, menor de edad. En apoyo de su argumentación cita las SSTs de 14 enero 2010 , 18 enero y 8 octubre 2010 . La sentencia recurrida también contradice los pronunciamientos de las Audiencias provinciales, en las sentencias que cita.

El motivo se estima.

El presente recurso de casación plantea dos problemas, uno de los cuales debe resolverse previamente, para poder entrar en el directamente objeto del recurso, que es la atribución de la vivienda. Se trata de una cuestión indirectamente planteada, pero que presenta un indudable interés y que consiste en determinar si en un procedimiento matrimonial, en el que las partes no han pedido la atribución de la vivienda familiar, se aplica, como afirma la sentencia recurrida, el principio de congruencia y que ello impediría que el tribunal se pronunciase. La solución que se dé a esta cuestión, determinará que esta Sala pueda o no entrar a resolver el problema directamente planteado sobre la atribución de la vivienda familiar.

TERCERO. El Art. 91 CC establece que "en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, [...], el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges [...] determinará conforme a lo establecido en los artículos la vivienda familiar [...](énfasis añadido)" . En aplicación de esta norma, el Art. 774. 4 LEC repite que el juez determinará en su propia sentencia, en defecto de acuerdo de los cónyuges, las medidas relativas a las siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, vivienda familiar. Lo anterior determina que el principio de rogarón se aplica de forma relativa en estos procedimientos y ello solo cuando existan menores de edad, cuyo interés es el más digno de protección. La facultad prevista en el Art. 91 CC la tiene el juez cuando no se haya pedido ni adoptado ninguna medida, de modo que el Art. 752.2 y 3 LEC establece que la conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal, ni éste podrá decidir la cuestión litigiosa basándose en la conformidad de las partes o en el silencio o respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria. Esto se aplicará también en la segunda instancia. En consecuencia, no puede alegarse la incongruencia cuando las partes no hayan formulado una petición que afecta al interés del menor, que deberá ser decidida por el juez, en virtud de la naturaleza de ius cogens que tiene una parte de las normas sobre procedimientos matrimoniales, tal como puso de relieve en su día la STC 120/1984 .

CUARTO. Resuelto lo anterior, esta Sala debe pronunciarse sobre la atribución del uso de la vivienda familiar a la hija menor de Dª Juliana y a su madre, que ostenta la guarda y custodia. Esta Sala ha formulado en la STS 221/2011, de 1 de abril , la siguiente doctrina que debe aplicarse a este caso concreto " la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el Art. 96 CC ", doctrina que se ha reiterado en las SSTs 236/2011, de 14 abril ; 451/2011, de 21 junio y 642/2011, de 30

septiembre .En ellas se argumenta que "El principio protegido en esta disposición es el interés del menor, querequiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (Art. 142 CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así, expresamente, el Art. 233-20.1 CCCat y Art. 81.2 CDF Aragón). La atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios". Este mismo argumento debe aplicarse en este recurso por lo que procede aplicar la doctrina antes reproducida.

QUINTO. La estimación del único motivo del recurso de casación formulado por la representación procesal de Dª Juliana , contra la SAP de Madrid, sección 24, de 23 febrero 2011 , determina la de su recurso. Se casa y anula la sentencia recurrida, que confirmó la de 1ª instancia pronunciada por el juzgado nº3 de Navacarnero, en fecha 23 marzo 2010 y esta Sala debe dictar sentencia, y atribuir el uso del domicilio familiar a la hija Tarsila y a su madre, como progenitor custodio, completando lo decidido en la sentencia dictada por el juzgado nº 3 de Navacarnero.

No se imponen a ninguna de las partes litigantes las costas de la casación, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 398.2 LEC. No se imponen las costas del recurso de apelación.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1º Se estima el recurso de casación formulado por la representación procesal de Dª Juliana , contra la SAP de Madrid, sección 24, de 23 febrero 2011 , en autos 979/2009.

2º Se casa y anula la sentencia recurrida.

3º En su lugar, se dicta sentencia y se atribuye el uso del domicilio familiar a Tarsila y a su madre, Dª Juliana , como progenitor custodio. Se mantiene en todo lo demás la sentencia dictada por el juzgado nº 3 de Navacarnero, de fecha 23 marzo 2010 .

4º No se imponen las costas del recurso de casación.

5º No se imponen las costas del recurso de apelación.

Librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos. Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.-Antonio Salas Carceller.- Encarnacion Roca Trias.- Ignacio Sancho Gargallo.- Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. Dª. Encarnacion Roca Trias, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

(Fuente:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=6383267&links=&optimize=20120525&publicinterface=true> [Fecha de consulta: 23 de enero de 2012]



DIPUTACION
GENERAL
DE ARAGON

Departamento de Medio Ambiente

Servicio Provincial de Medio Ambiente
Sanciones Caza y Pesca
Pl. San Pedro Nolasco, 7
50001 ZARAGOZA

Fecha: 6/03/2007
A. T. Jurídica
N/R: Sanciones Caza y Pesca
YJJ/Ext.1576
Teléfono: 976 71 48 56

D. FEDERICO FACI MIGUEL



EXPEDIENTE FFS/2007/002

En este Servicio Provincial de Medio Ambiente de Zaragoza se ha recibido una denuncia contra Ud. por molestar e inquietar a una colonia de "*margaritiferas auricularias*" para poder fotografiarlas.

En dicha denuncia se exponen unos hechos, que podrían constituir una o más infracciones a la Ley 4/1989 de 27 de marzo, y que ha dado lugar a la apertura del presente Expediente de Actuaciones Previas; tal como previene el artículo 6 de nuestro Decreto 28/2001, al objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen la iniciación de un procedimiento sancionador.

➤ A continuación les doy traslado de los hechos denunciados, sic:

"El denunciado ha fotografiado, manipulado para tomar las imágenes, y publicado en su página web datos sobre la especie en extinción "*margaritifera auricularia*". Además, las exhibe para su comercialización. No figura en los archivos de INAGA ninguna autorización a nombre del denunciado para estas actividades.
Adjunto hojas impresas de la página web del denunciado."

Con el fin de precisar su responsabilidad con exactitud, le solicito:

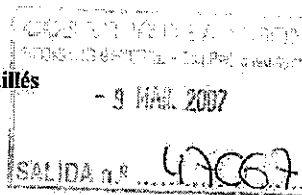
➤ Que nos remita su testimonio escrito sobre los hechos denunciados, en especial:

1. Cómo realizó las fotografías publicadas en su página "blog.sekano.org."
2. Qué medios usó para ello.
3. Y, ¿alteró o molestó a las especies fotografiadas?

Tiene Ud. el plazo improrrogable de 15 días hábiles para contestar lo que considere oportuno para su defensa.

EL DIRECTOR DEL SERVICIO PROVINCIAL
DE MEDIO AMBIENTE DE ZARAGOZA

Juan-Manuel Lorente Ortillés



Fuente:

[http://www.google.es/imgres?q=denuncia&hl=es&sa=X&rlz=1C1AVSA_enES454ES454&biw=1600&bih=785&tbn=isch&prmd=imvns&tbnid=9drUjnF6zmmfRM:&imgrefurl=http://c
asasrealesdesnudas.blogspot.com/2010/08/y-dale-con-la-crisispero-que-
crisis.html&docid=t8okU1di_gw79M&imgurl=http://2.bp.blogspot.com/_3Y_-
noT0ItE/TF5W_i23nyl/AAAAAAAAATg/pDRBut-
5Xow/s1600/denuncia800a.jpg&w=800&h=1188&ei=HanCT7_MDI67hAett8ziCQ&zoom=
1&iact=hc&vpx=644&vpy=145&dur=152&hovh=274&hovw=184&tx=129&ty=157&sig=11
5485282363970426818&page=1&tbnh=133&tbnw=92&start=0&ndsp=43&ved=1t:429,r:3,
s:0,i:142](http://www.google.es/imgres?q=denuncia&hl=es&sa=X&rlz=1C1AVSA_enES454ES454&biw=1600&bih=785&tbn=isch&prmd=imvns&tbnid=9drUjnF6zmmfRM:&imgrefurl=http://c
asasrealesdesnudas.blogspot.com/2010/08/y-dale-con-la-crisispero-que-
crisis.html&docid=t8okU1di_gw79M&imgurl=http://2.bp.blogspot.com/_3Y_-
noT0ItE/TF5W_i23nyl/AAAAAAAAATg/pDRBut-
5Xow/s1600/denuncia800a.jpg&w=800&h=1188&ei=HanCT7_MDI67hAett8ziCQ&zoom=
1&iact=hc&vpx=644&vpy=145&dur=152&hovh=274&hovw=184&tx=129&ty=157&sig=11
5485282363970426818&page=1&tbnh=133&tbnw=92&start=0&ndsp=43&ved=1t:429,r:3,
s:0,i:142). [Fecha de consulta: 23 de enero de 2012]

—Demanda

Demanda de divorcio

AL JUZGADO

D./D*, Procurador/a de los Tribunales , en nombre y representación de **D./D***., mayor de edad, separado/a, de profesión, con domicilio en la calle n.: de provincia de, provisto/a de D.N.I. núm., según acredito mediante copia fehaciente de la escritura de poder a mi favor otorgado, que acompaño como documento núm.1, para su unión a los autos por copia testimoniada con devolución de aquella, con la defensa del Letrado/a del Ilustre Colegio de Abogados de, **D./D***., con núm. de colegiado/a, ante el Juzgado comparezco y, como mejor proceda en Derecho, **DIGO**:

Que mediante el presente escrito y en la representación que ostento, formulo **DEMANDA DE DIVORCIO** contra **D./D***, mayor de edad, separado/a de mi mandante, de profesión, con domicilio en la calle n.: de provincia de, en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO.- Que mi patrocinado/a contrajo matrimonio civil (canónico) con **D./D***., en, provincia de, el de de, según se acredita con la certificación del Registro Civil que se acompaña como documento núm. 2.

SEGUNDO.- Que de dicho matrimonio nacieron y viven dos hijos;y de edades y respectivamente, según acredito con las certificaciones de nacimiento expedidas por el Registro Civil de que se acompañan como documentos núm. 3 y núm. 4.

TERCERO.- Que mi representado/a interpuso demanda de separación conyugal de fecha de de, que correspondió al Juzgado de Primera Instancia n.: ... de los de

esta ciudad, dictando sentencia de fecha de de, que adquirió firmeza, en la que se decretó la separación y las medidas reguladoras de la misma, aportándose como documento núm. 5 testimonio literal de la referida resolución, y como documento núm. 6 el Convenio Regulador de la separación aprobado por la misma.

CUARTO.- Que desde la interposición de la demanda de separación conyugal los esposos dejaron de vivir juntos, viviendo en domicilios distintos de manera ininterrumpida, no reanudándose dicha convivencia en ningún momento. Por lo que el cese efectivo de la convivencia se prolonga desde haceaños.

QUINTO.- Que no habiendo podido llegar a un acuerdo con el/la demandado/a, interesa a esta parte se decrete el divorcio, y salvo criterio distinto del juzgador, se mantengan las medidas acordadas en Convenio Regulador y aprobadas por la sentencia de separación, siendo de cumplimiento en lo sucesivo como Convenio Regulador del divorcio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Competencia.

El artículo 769.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que será competente el Juzgado de Primera Instancia del último domicilio del matrimonio.

SEGUNDO.- Procedimiento.

Las demandas de divorcio se sustanciarán por los trámites del juicio verbal en virtud de lo dispuesto en el artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

CUARTO.- Fondo del asunto.

El **artículo 85 del Código Civil** establece que el matrimonio se disuelve cualquiera que sea su forma, y tiempo de celebración, entre otros supuestos, por el divorcio.

Es causa legal de divorcio el cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiere formulado reconvencción, una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación en virtud de lo establecido en el **artículo 86.2 del Código Civil**, periodo de tiempo que ha sido superado ya que la demanda de separación conyugal se interpuso con fecha de de, adquiriendo firmeza la sentencia que decretaba la separación de fecha de de, por no haber sido objeto de recurso alguno.

Por lo expuesto,

SUPLICO AL JUZGADO: Que tenga por presentado este escrito con sus copias y documentos, se sirva admitirlos, me tenga por parte en la representación indicada, mandando se entiendan conmigo las ulteriores diligencias, y teniendo por interpuesta **DEMANDA DE DIVORCIO** del matrimonio contraído por mi mandante con **D./D***, la admita a trámite, se declare competente para conocer de ella y se sustancie por los trámites del juicio verbal, y con intervención del Ministerio Fiscal, previos los trámites legales oportunos, convoque la vista del juicio, recibiendo el pleito a prueba, y en su día dicte Sentencia por la que:

- a) declare la disolución del matrimonio decretando el divorcio del matrimonio contraído por mi mandante **D./D***. y **D./D***
- b) se mantenga Convenio Regulador aprobado por la sentencia de separación matrimonial de fecha ...de de ..., dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.: ... de esta

ciudad, con los demás pronunciamientos que resulten preceptivos,

c) y una vez sea firme la sentencia, se libre mandamiento dirigido al Registro Civil de, para la inscripción de la misma.

Lugar a dd de mm de aa

(Fuente: I:\Ingrid Cobos\Documents\TRADUCCIONES\2008\DEMANDA DE DIVORCIO.mht [Fecha de consulta: 23 de enero de 2012])



**JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N° 47
MADRID**

42650

Teléfono: 914821168/75 Fax: 914932177
DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABRREVIADO 5914 /2008
PLAZA DE CASTILLA, 1. CUARTA PLANTA
Número de Identificación Único: 28078 2 0446905 /2008

Procurador/A:
Abogado:
Representado:

A U T O

En MADRID a ocho de marzo de dos mil diez .

ANTECEDENTES

ÚNICO.- El presente procedimiento se incoó por los hechos que resultan de las anteriores actuaciones, habiéndose practicado las diligencias de investigación que constan en autos, siendo la última diligencia testimonio recibido de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que es unido a la presente Causa.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

ÚNICO.- Las actuaciones practicadas acreditan que el hecho denunciado no reviste caracteres de infracción criminal por lo que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 637.2 y en la regla primera, inciso primero del artículo 779.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede acordar el **SOBRESSEIMIENTO LIBRE Y EL ARCHIVO** de las mismas.

PARTE DISPOSITIVA

SE DECRETA EL SOBRESSEIMIENTO LIBRE Y EL ARCHIVO DE LAS PRESENTES DILIGENCIAS.

Notifique esta resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas advirtiéndole que contra la misma puede interponerse **RECURSO DE REFORMA** y subsidiario de **APELACION** dentro de los **TRES DIAS** siguientes a su notificación o **RECURSO DE APELACIÓN** dentro de los **CINCO DIAS** siguientes a su notificación.



Madrid

Fuente:

http://www.google.es/imgres?q=querella&um=1&hl=es&sa=N&rlz=1C1AVSA_enES454ES454&biw=1600&bih=785&tbn=isch&tbnid=KsbjL5S6d_YrpM:&imgrefurl=http://elpais.com/elpais/2010/03/12/actualidad/1268385455_850215.html&docid=zhWb-_h5annG7M&imgurl=http://www.elpais.com/elpaismedia/ultimahora/media/201003/12/espana/20100312elpepunac_4_Pes_PDF.jpg&w=1696&h=2200&ei=VKrCT8m9HcbRhAfozJzhCQ&zoom=1&iact=hc&vpx=414&vpy=126&dur=60&hovh=256&hovw=197&tx=98&ty=133&sig=115485282363970426818&page=1&tbnh=149&tbnw=115&start=0&ndsp=40&ved=1t:429,r:2,s:0,i:74 [Fecha de consulta: 23 de enero de 2012]

—*Peticiones*

PETICIÓN AL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN NÚM..... EN FUNCIONES DE CONTROL DEL CENTRO DE INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS DE.....

D/Doña, con domicilio eny tef.....y fax....., en nombre de la asociación....., comparece ante el Juzgado de Control del CIE y, como mejor proceda en Derecho,

DIGO

Que por medio del presente escrito solicitamos al Juzgado que requiera al Director del CIE para que, con la suficiente antelación, informe a los internos de las circunstancias en que se ejecutará su expulsión, en el sentido expresado en el Suplico. Todo ello sobre la base de las siguientes

ALEGACIONES

PRIMERA. Que hace tiempo que venimos detectando una deficiencia de carácter general sumamente gravemente en el funcionamiento del CIE, que supone un grave menoscabo de los derechos de los ciudadanos extranjeros y que exponemos brevemente:

Las personas internadas en el CIE no son informadas de los trámites que se están desarrollando para su expulsión. Incluso desconocen hasta el último momento algo tan fundamental como la fecha y la ciudad, en ocasiones incluso el país, al que van a ser expulsadas. La fecha sólo la conocen en el momento mismo en que se ejecuta su traslado del CIE. El destino, sólo en el mismo aeropuerto. A veces, en el país de destino existen varios aeropuertos internacionales (por ej. Brasil) ejecutándose la expulsión indistintamente a cualquiera de ellos, sin tener en cuenta la lejanía de la localidad de origen.

En otras ocasiones, la expulsión no se realiza mediante vuelo directo, sino que se utiliza un país en tránsito, Marruecos por ejemplo. La policía informa al interno que ya desde Marruecos le trasladarán a su país pero no le entregan el billete de vuelo, lo cual genera un miedo fundado en muchas personas y su negativa a volar por miedo a quedarse en el país en tránsito o ser después expulsados a países fronterizos.

A las personas sin nacionalidad acreditada no se les informa, en su caso, sobre la nacionalidad que finalmente se les atribuye y, por tanto, el país al que van a ser expulsados, que les puede resultar ajeno y desconocer, incluso, el idioma.

Las expulsiones se ejecutan, además, sin que se provea a la persona expulsada de recurso monetario alguno con el que pueda hacer una simple llamada telefónica o comprar algo de comida.

SEGUNDA. Esta carencia de información en primer lugar genera miedo, desconfianza y angustia, sensaciones que en ocasiones derivan en problemas psicológicos. En segundo lugar imposibilita las gestiones básicas para contactar con la familia o amigos en el país de destino, dificultando por otra parte la intervención de asociaciones de apoyo tendente a paliar el impacto de la expulsión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El art 62 bis a) de la LO 4/2000 de Derechos y Libertades de los Ciudadanos Extranjeros en España destaca entre los derechos de los extranjeros internados en los Centros de Internamiento, el derecho a ser informado de su situación, entre cuyo contenido lógicamente ha de encontrarse el derecho a ser informado con la antelación suficiente del lugar concreto, fecha y demás circunstancias de la expulsión. Este derecho se recoge asimismo en el art. 27.a) de la Orden de 22 de febrero de 1999 sobre Normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros.

La expulsión sin la información referida lesionaría asimismo el derecho fundamental a un trato digno (art. 10 de la Constitución española), como así reconoce la resolución judicial citada en el F.J. 3º.

SEGUNDO. Las personas internadas en el CIE se encuentran en lo que se ha dado en denominar "relación de especial sujeción" respecto del Director del CIE y de la policía que les custodia, lo que significa que éstos tienen el deber de garantizar los derechos de los ciudadanos extranjeros internados.

TERCERO. Que ya han recaído resoluciones judiciales reconociendo dicho derecho. En este sentido, el Auto, de 27 de febrero de 2012, de los Juzgados de Instrucción núm. 6, 19 y 20 (en funciones de control jurisdiccional del CIE de Madrid), establece que "En el CIE se deberán adoptar los medios necesarios para garantizar el derecho de los internos a conocer, con una antelación de 12 horas, el momento en que se va a producir la expulsión, el número de vuelo, la hora de llegada y la ciudad de destino, y al mismo tiempo se les deberá facilitar en ese lapso de tiempo los medios necesarios para poder realizar llamadas telefónicas con la finalidad de avisar a sus parientes o conocidos de España o de su país de llegada, a fin de posibilitar la organización del regreso. Ese derecho se debe garantizar a todos los internos **ya lo pidan o no**, ya hagan uso del derecho a llamar a sus parientes o no", preceptuando además que dicha resolución deberá ser traducida y notificada a los internos mediante inserto en el tablón de anuncios en todos los idiomas usados por los internos del CIE.

En virtud de lo expuesto,

SUPPLICAMOS al Juzgado que tenga por presentado este escrito y, en su función de garantizar los derechos de las personas extranjeras internadas en los CIE, dicte resolución requiriendo al Director del Centro para que informe a las personas que van a ser expulsadas de la fecha, destino y demás circunstancias relevantes de la expulsión. Aun reconociendo el avance que supone la resolución judicial citada (F.J. 3º), entendemos que para que el mencionado derecho no se convierta en "papel mojado", dicha información debería producirse con una antelación, mínima, de cuarenta y ocho horas, habida cuenta de los diversos husos horarios y de las dificultades de las personas privadas de libertad en estos centros para comunicar con el exterior y realizar cualquier tipo de gestión.

En, a dede

—*Providencias*

MIÉRCOLES, 30 DE MAYO DE 2007

PROVIDENCIA JUZGADO INSTRUCCIÓN NÚMERO 5 VALENCIA

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN NUMERO 5 DE VALENCIA

N G: 46250-43-1-;2007-0003695

Procedimiento: Diligencias Previas nº 301/2007 – A

PROVIDENCIA Ilustrísimo Señora SR. CARMEN CIFUENTES POLO

En VALENCIA a, veinte de abril de dos mil siete

Dada cuenta; por presentado el anterior escrito, únase.

Se tiene por interpuesto, en tiempo y forma, por la Procuradora D^a ALICIA GARRIDO GAMEZ en la representación que ostenta de ASOCIACIÓN PRO-DERECOS FUNDAMENTALES INTEGRIDAD recurso de reforma contra auto dictado en fecha 28-03-07 en las presentes diligencias. Hágase entrega de copias del escrito presentado al Ministerio Fiscal para que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alegue por escrito lo que estime conveniente en el plazo de los DOS días siguientes a su entrega y antes de finalizar dicho plazo traiganse los autos a la vista para la resolución del mencionado recurso.

Lo acuerda manda y firma S.S.II^{ma}. DOy fe.

DILIGENCIA- Seguidamente se cumple lo acordado; doy fe.

Fuente:

<http://setieneporinterpuestorecursoreforma.blogspot.com.es/2007/05/providencia-juzgado-instruccin-nmero-5.html> [Fecha de consulta: 23 de enero de 2012].



Juzgado de Instrucción Nº2
C/ Amigos del Arte, Plazoleta
Domingo Díaz Martín, s/n
Güímar

Procedimiento: DILIGENCIAS PREVIAS
Nº procedimiento: 0000104/2006

NIG: 3802031220050004712

Resolución: 000940/2007

AUTO

En Güímar, a 7 de noviembre de 2007

HECHOS

ÚNICO.- Presentada denuncia el día 23 de diciembre de 2005 por don Juan Jesús González Alfonso contra UNELCO Endesa SA, se han practicado cuantas diligencias han sido consideradas pertinentes, útiles y necesarias para el esclarecimiento de los hechos.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Radical atipicidad del hecho

En primer lugar, el art. 350 del Código Penal no menciona en ningún momento a las torres de alta tensión entre los posibles objetos del tipo. En segundo lugar, el detenido examen por el instructor de la documental obrante en autos le lleva a la plena convicción de que no se han omitido ninguna de las obligaciones cuya infracción tipifica el citado artículo. En tercer lugar, todo ello acredita que nos hallamos ante hechos que no son constitutivos de delito ni falta, de manera que procede acordar el sobreseimiento libre de las actuaciones y consiguiente archivo de las mismas, por mandato del art. 637.2 LECrim, en relación con el 779 de la misma ley.

SEGUNDO.- Costas

Las costas se imponen al denunciante, por considerar que ha obrado con temeridad y mala fe, al presentar denuncia por hechos manifiestamente atípicos, y así resultar de los arts. 239 y 240 LECrim.

PARTE DISPOSITIVA

DECRETO EL SOBRESEIMIENTO LIBRE Y ARCHIVO DE LAS
ACTUACIONES, CONDENANDO AL DENUNCIANTE AL ABONO DE LAS
COSTAS CAUSADAS.



Fuente:

http://www.google.es/imgres?q=auto+judicial&um=1&hl=es&sa=N&rlz=1C1AVSA_enES454ES454&biw=1600&bih=785&tbnid=PychaFgHIAfTTM:&imgrefurl=http://noincineraciontenerife.com/noticias/1943.htm&docid=SJz-EHNGpWFhqM&imgurl=http://noincineraciontenerife.com/album/images_noticias/torres%252520podridas%252520nelco/41.jpg&w=600&h=863&ei=g6zCT9_8CMjOhAf45PiaCg&zoom=1 [Fecha de consulta: 23 de enero de 2012].

—Sentencias

Marginal: 2353862 N° Resolución: 573/2011 N° Recurso: 513/2011
Tipo: Sentencia Jurisdicción: Civil Fecha: 16/12/2011
Tribunal: Audiencia Provincial de Asturias Sala: Sección:
Procedimiento: Recurso apelación LEC 2000
Ponente: RAMON IBAÑEZ DE ALDECOA LORENTE
A favor de: Demandado

Resumen DESAHUCIO.- Los pagos realizados, no pueden enervar el desahucio, pues no consta que antes de la celebración de la vista la arrendataria hubiese pagado o puesto a disposición de la arrendadora todas las cantidades adeudadas hasta esa fecha.-

Se desestima el recurso de apelación interpuesto contra sentencia estimatoria del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Gijón, sobre desahucio por falta de pago de rentas.

La Sala declara que la prueba de los pagos surtió el efecto contemplado en el artículo 449.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en su redacción anterior a la entrada en vigor de la Ley 37/2011, de medidas de agilización procesal), es decir, permitió la admisión a trámite del recurso, pero en modo alguno puede surtir el efecto enervatorio del desahucio que pretende la apelante, en primer lugar, porque ésta no compareció en la primera instancia, y no solicitó que se tuviese por enervada la acción, ni se acreditó en la vista de ningún modo que se hubiese efectuado el pago, por lo que no cabe presumir que la arrendadora fuese conocedora de que le habían sido ingresadas esas cantidades antes de la vista, ni consta que antes de la celebración de la vista la arrendataria hubiese pagado o puesto a disposición de la arrendadora todas las cantidades adeudadas hasta esa fecha, tal y como exige el artículo 22.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 7

GIJON

SENTENCIA: 00573/2011

AUDIENCIA PROVINCIAL DE

GIJON

Sección 007

-

Domicilio : PRENDES PANDO 1-3ª PLANTA

Telf : 985176944-45

Fax : 985176940

Modelo : SEN000

N.I.G.: 33024 42 1 2011 0001937

ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000513 /2011

Juzgado procedencia : JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 3 de GIJON

Procedimiento de origen : JUICIO VERBAL 0000266 /2011

RECURRENTE : Alicia

Procurador/a : VICTORIA MEANA DE LA ROZA
Letrado/a : GLORIA MARIA MORO RODRIGUEZ
RECURRIDO/A : Estela , Nicolasa
Procurador/a : CONSOLACION GONZALEZ PRADA,
Letrado/a : MANUEL ANGEL MACHARGO FERNANDEZ,
SENTENCIA NÚM. 573/2011

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. RAMÓN IBÁÑEZ DE ALDECOA LORENTE

D. JULIÁN PAVESIO FERNÁNDEZ

D^a MARTA MARÍA GUTIÉRREZ GARCÍA

En Gijón, a dieciséis de diciembre de dos mil once.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección 007, de la Audiencia Provincial de GIJON, los Autos de JUICIO VERBAL 0000266 /2011, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 3 de GIJON, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000513 /2011, en los que aparece como parte apelante, Alicia , representada por la Procuradora de los tribunales, Sra. D^a VICTORIA MEANA DE LA ROZA, asistida por la Letrada D^a. GLORIA MARIA MORO RODRIGUEZ, y como parte apelada, Estela , representada por la Procuradora de los tribunales, Sra. D^a CONSOLACION GONZALEZ PRADA y asistida por el Letrado D. MANUEL ANGEL MACHARGO FERNANDEZ, Y Nicolasa , declarada en la Primera Instancia en situación procesal de rebeldía y no comparecida en esta alzada, sobre Resolución de Contrato de Arrendamiento por Impago de Rentas, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. D. RAMÓN IBÁÑEZ DE ALDECOA LORENTE.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El juzgado de Primera Instancia núm. Tres de Gijón dictó en los referidos autos sentencia de fecha 25 de abril de 2.011, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimando la demanda interpuesta por la representación de DOÑA Estela contra DOÑA Alicia, debo declarar y declaro resuelto el contrato de arrendamiento que liga a las partes, relativo a la vivienda sita en CALLE000 NÚMERO NUM000, NUM001 NUM002 , plaza de garaje número NUM003 y trastero número NUM004, por falta de pago de la renta a cuyo pago venía obligada y, en consecuencia, debo declarar y declaro haber lugar al desahucio de la demandada, apercibiéndole que, si no desaloja dentro del término legal, será lanzada de ella y a su costa, en la fecha que ya viene señalada.

Asimismo, condeno a la referida demandada y , solidariamente, con ella a DOÑA Nicolasa, a abonar a la parte actora la cantidad de DOS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA EUROS (2.250 EUROS), más los intereses legales, más las rentas que se devenguen hasta el momento que se ponga la vivienda a disposición de la parte actora, a razón estas últimas de 400 euros mensuales.

Todo ello, con expresa imposición de costas a la parte demandada."

SEGUNDO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes , por la representación de D^a Alicia se interpuso recurso de apelación y admitido a trámite se remitieron a esta audiencia Provincial, y cumplidos los oportunos trámites, se señaló para la deliberación y votación del presente recurso el día 23 de noviembre de 2.011.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en apelación D^a Alicia, la Sentencia que, en primera instancia, estima totalmente la demanda interpuesta por D^a Estela en ejercicio de acciones acumuladas de desahucio de vivienda por falta de pago de la renta y cantidades asimiladas, y reclamación de rentas, declara resuelto el contrato de arrendamiento de la vivienda sita en c/ CALLE000 n^o NUM000, NUM001 NUM002, y haber lugar al desahucio de la demandada, D^a Alicia , apercibiéndole de que, si no desaloja la vivienda arrendada dentro del término legal, será lanzada de ella y a su costa, en la fecha señalada, y condena solidariamente a las demandadas, D^a Alicia (arrendataria) y D^a Nicolasa (avalista), a abonar a la demandante la cantidad de 2.250 €, mas los intereses legales, mas las rentas que se devenguen hasta el momento en que se ponga la vivienda a disposición de la parte actora , a razón de 400 € mensuales, con expresa imposición de costas a la parte demandada.

Contra dicha Sentencia se alza en apelación la demandada D^a Alicia, quien, pese a que ni ella ni la otra demandada compareció en la primera instancia, solicita que se revoque la sentencia apelada, por entender que todas las cantidades reclamadas, incluidas la renta y gastos de Comunidad del mes de mayo de 2.011 , fueron ingresadas en la cuenta bancaria de la actora con carácter previo a la celebración de la vista del juicio, según decía acreditar con los justificantes de pago de rentas que aportó con el escrito de preparación del recurso de apelación, siendo -dice- la demandante conocedora de tales circunstancias, por lo que entiende que debió haberse dictado resolución declarando enervada la acción de desahucio.

SEGUNDO. - Consta en autos que la vista del juicio dio comienzo el día 25 de abril de 2.011, a la hora que se había señalado, es decir, las 10,45 horas , sin que comparecieran a ella ninguna de las demandadas, pese a que fueron correctamente citadas. Con el escrito de preparación del recurso de apelación, presentado el 26 de mayo de 2.01, D^a Alicia aportó justificantes bancarios que acreditaban el pago de un total de 2.700€, correspondientes a todas las rentas y gastos de comunidad adeudados, incluidos los del mes de mayo de 2.011. La prueba de esos pagos , surtió el efecto contemplado en el artículo 449.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en su redacción anterior a la entrada en vigor de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal), es decir, permitió la admisión a trámite del recurso, pero en modo alguno puede surtir el efecto enervatorio del desahucio que pretende la apelante, en primer lugar, porque ésta no compareció en la primera instancia , y no solicitó que se tuviese por enervada la acción, ni se acreditó en la vista de ningún modo que se hubiese efectuado el pago , y en segundo lugar porque consta en los justificantes bancarios presentados con el escrito de preparación del recurso que, al menos dos de los pagos que se hicieron por transferencia (los correspondientes a las rentas de noviembre y diciembre, por importe de 800 €, y gastos de Comunidad , por importe de 250 €) se hicieron entre las 12,39,50 y las 12,41,55 horas, y el resto de las transferencias, consta que se hicieron el mismo día , sin que conste la hora, por lo que no cabe presumir que la arrendadora fuese conocedora de que le habían sido ingresadas esas cantidades antes de la vista, ni consta que antes de la celebración de la vista la arrendataria hubiese pagado o puesto a disposición de la arrendadora todas las cantidades adeudadas hasta esa fecha, tal y como exige el artículo 22.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

TERCERO.- Procede, pues , desestimar el recurso interpuesto y confirmar la Sentencia apelada, así como imponer las costas procesales causadas en esta instancia a la parte apelante , no solo porque se desestima totalmente su recurso , en virtud de lo dispuesto en el artículo 398-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con el artículo 394-1 del mismo Texto Legal, sino también por la evidente mala fe demostrada en la presentación de tan temerario e injustificado recurso, con los efectos previstos en el artículo 394.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

FALLO

Por lo expuesto, éste Tribunal DECIDE:

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de D^a Alicia, contra la sentencia dictada el 25 de abril de 2.011, por el juzgado de Primera Instancia nº 3 de Gijón, en los autos de Juicio Verbal de Desahucio nº 266/2011, y, en consecuencia, confirmar la citada resolución, con expresa imposición de las costas procesales causadas en esta instancia a la parte apelante, por haber obrado con temeridad.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Fuente: <http://vlex.es> [Fecha de consulta: 23 de enero de 2012]

—*Solicitud de aclaración de sentencias*

A LA SALA

Don (), Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de Don (), como queda acreditado en autos, como mejor proceda en derecho, **DIGO**:

- I. Que con fecha de () de () de () se ha notificado a esta parte sentencia dictada en () por el Tribunal en fecha de () de () de () .
- II. Que estimamos que en la misma, en su parte dispositiva, contiene una equivocación importante consistente en () .
- III. Que haciendo uso de la facultad contemplada en el art.161 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal solicitamos, dentro del plazo establecido al efecto, rectificación de la equivocación referida.

En su virtud,

SUPLICO A LA SALA, Que tenga por presentado este escrito, lo admita, y proceda a la rectificación de la equivocación referida.

Por ser justicia que respetuosamente pido en () a () de () de () .

Fuente: <http://www.todalaley.com/mostrarFormulario158.htm> [Fecha de consulta: 23 de enero de 2012].

—Oficios

OFICIO DE REMISIÓN AL JUZGADO DE GUARDIA:

D/D^a.....médico
o enfermero/a colegiado encon el
nº.....

con ejercicio profesional en (centro de
trabajo).....

situado en
(calle,avenida,...).....

de
(localidad).....

PARTICIPA A V.I.: que en el día de hoy, a las.....horas, he
prestado

atención sanitaria en (centro
sanitario).....

al/la menor.....

con D.N.I./N.I.E./nº
Pasaporte.....

de.....años de edad, con domicilio en
(calle,avenida...).....

.....nº.....código postal

.....en

(municipio).....

de (provincia).....con
teléfono.....

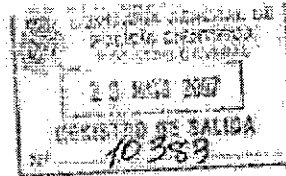
y le REMITE el parte de lesiones

1

por presuntos malos tratos que se acompaña.

Fecha y firma

—Exposiciones



El funcionario facultativo núm. 47, director de la prueba pericial realizada en el Laboratorio Químico-Toxicológico de la Comisaría General de Policía Científica sobre diversas muestras del Sumario 2004 que dio lugar a la emisión del Informe Pericial de fecha 15/05/2007, comunica:

Que durante la revisión de las distintas pruebas realizadas, ha detectado un error que afecta a la información contenida en el apartado "ANEXO REPRODUCCION ANALISIS M-3" -páginas 166, 167, 168, 169 y 170 del cuerpo del citado Informe-; a la información cromatográfica contenida en el "ANEXO-3"; y a las consideraciones y conclusiones que de este error se hayan podido inferir.

Que el error deriva de que en el Informe Pericial 173-Q1-04 emitido por este laboratorio Químico-Toxicológico en 2004, se analizó, referenciada como M-3, una porción de la muestra M-3 de la presente pericia que dio como resultado la presencia de los componentes explosivos nitrato amónico y nitroglicerol, mientras que pasó desapercibida la presencia de una cantidad de DNT -comparativamente inferior a la detectada en la presente pericia- que, sin embargo, ha sido confirmada en la última revisión efectuada de los datos cromatográficos correspondientes.

Que, por tanto, la muestra referenciada como M-3 en el Informe Pericial 173-Q1-04, del cual este funcionario es uno de los peritos firmantes, y de cuya analítica se habla en el apartado "ANEXO REPRODUCCION ANALISIS M-3" y en el "ANEXO-3", contenía en el año 2004 trazas de DNT.

De lo indicado se dará cuenta en el Juicio Oral.

En Madrid, a 23 de mayo de 2007



A handwritten signature in black ink, appearing to be "J. L. ...".

Fda.: Facultativo nº 47

Fuente:

http://www.google.es/imgres?q=exposici%C3%B3n+pericial&start=318&um=1&hl=es&sa=N&biw=1600&bih=785&tbn=isch&tbnid=jcsALQoOUsvUIM:&imgrefurl=http://www.desiertoslejanos.com/blog/%3Fp%3D260&docid=kLhh1yfvluVBZM&imgurl=http://www.libertaddigital.com/fotos/noticias/nperito2_260507.jpg&w=412&h=600&ei=ciDDT4f6MceBhQe16PGICq&zoom=1&iact=hc&vpx=1373&vpy=266&dur=354&hovh=271&hovw=186&tx=134&ty=130&sig=115485282363970426818&page=9&tbnh=140&tbnw=94&ndsp=40&ved=1t:429,r:7,s:318,i:105 [Fecha de consulta: 23 de enero de 2012]

Fuente:

http://www.google.es/imgres?q=exhorto&um=1&hl=es&sa=N&rlz=1C1AVSA_enES454ES454&biw=1600&bih=785&tbn=isch&tbnid=ttkq9NPq8Qy_yM:&imgrefurl=http://aulajudicial.blogspot.com/2011/07/el-exhorto.html&docid=FjmhMgOr1mNjwM&imgurl=http://1.bp.blogspot.com/-Z7emu2GzjMk/Th65KivxVil/AAAAAAAAASs/YuFugFD4lcE/s400/exhorto.JPG&w=283&h=400&ei=tyDDT7kDgrWEB-D3kJgK&zoom=1&iact=hc&vpx=585&vpy=281&dur=293&hovh=267&hovw=189&tx=102&ty=120&sig=115485282363970426818&page=1&tbnh=141&tbnw=104&start=0&ndsp=36&ved=1t:429,r:13,s:0,i:97 [Fecha de consulta: 23 de enero de 2012]

SUPPLICATORIO

UNDECIMO.- El artículo 71 de la Constitución establece las prerrogativas o las exigencias de que gozan los Senadores y Diputados en materia penal. Son normas, sobradamente conocidas, que señalan unos requisitos previos impuestos por la calidad institucional de que aquellos gozan.

El problema se plantea a la hora de indicar el momento exacto en el que una general investigación ha de paralizarse cuando de la misma se deduce la presunta responsabilidad del aforado. La conclusión es evidente y viene ya referida: la investigación ha de paralizarse en cuanto surja, más o menos elocuentemente, ese dato incriminatorio. El mismo artículo 309 de la Ley Procesal penal habla de la práctica de las **primeras diligencias**. Los artículos 750 al 756 de la centenaria ley citada constituyen una adecuada regulación procesal al respecto, todavía aplicable.

La **inmunidad**, decía la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de enero de 1990, es una **prerrogativa de naturaleza formal** que protege la libertad personal de los representantes populares **"contra detenciones y procesos judiciales que puedan desembocar en privación de libertad"** (sic), evitando que, por manipulaciones políticas, se impida al parlamentario asistir a las reuniones de las Cámaras y se altere indebidamente su composición y funcionamiento. Al servicio de este objetivo, reseña tal resolución, se establece la autorización del órgano parlamentario para proceder contra sus miembros como instrumento propio y característico de la inmunidad, cuyo campo de actuación se limita al proceso penal (ver también la Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de noviembre de 1992). No es sin embargo un privilegio personal (ver la Sentencia número 90 de 1985), pues su existencia pugnaría con los valores de "justicia" e "igualdad" que el artículo 1 de la Constitución reconoce como "superiores" de nuestro ordenamiento jurídico. Otra cosa distinta es la **inviolabilidad**, que es un privilegio de naturaleza sustantiva que garantiza la **irresponsabilidad jurídica** de los parlamentarios por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones, entendiendo por tales aquéllas que realicen en actos parlamentarios y en el seno de cualquiera de las actuaciones de las Cortes Generales o, por excepción, en actos parlamentarios exteriores a la vida de las Cámaras, siendo finalidad específica del privilegio asegurar, a través de la libertad de expresión de los parlamentarios, la libre formación de la voluntad del órgano legislativo al que pertenezcan.

Más el problema subsiste y está ahí. Es un problema de límites legales que deberán establecer el ámbito de la investigación general, lógicamente permisible, y el campo de investigación prohibido si afecta a un aforado respecto del cual no se ha solicitado el oportuno suplicatorio. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de junio de 1996 (con remisión a la Sentencia 135 de 1989) afirma, en relación a otros supuestos, que es el instructor quien debe efectuar una **provisional ponderación** de la sospecha contra persona determinada, y sólo si la estima verosímil o fundada, deberá considerar a ésta como imputada, siendo necesario reconocer al juez de instrucción un razonable margen de apreciación en el reconocimiento de la condición de imputado a quien se atribuya la comisión de un hecho punible en cualquier actuación, concluyendo tal resolución con la afirmación, clara y precisa, de que ha de advertirse que el órgano instructor "no deberá retrasar el otorgamiento de tal condición ni prevalerse de un consciente retraso para interrogarle en condición de testigo". Queda patentizado que dicha doctrina, **aunque no lo fue para el supuesto de los suplicatorios**, marca las funciones del Instructor para determinar lo que se puede y lo que no se puede investigar antes de reconocer la condición de imputado en quien quizás no fuera ni siquiera mero inculpado. En otras palabras, la fórmula del artículo 118 de la Ley procesal penal no puede ser interpretada literalmente, debiendo complementarse dicha atribución de parte **con la imprescindible valoración** circunstanciada del Juez Instructor (Sentencias del Tribunal Constitucional números 37 de 1989 y la ya citada 135 de 1989). Curiosamente el Auto de 3 de febrero de 1993, de esta misma Sala, estimaba más conforme con el Ordenamiento jurídico que el Suplicatorio se pidiera, en su caso, después de proceder a una investigación. Además, de acuerdo

con la Ley de 9 de febrero de 1912, el Instructor únicamente pediría el suplicatorio **una vez que aparecieran indicios contra el Senador o el Diputado, lo que indica la legitimidad de una inicial y previa actuación judicial** (el artículo 750 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal habla de "méritos para procesar").

DUODECIMO.- En el Auto de 19 de julio último dictado por esta Sala, se decía "que las diligencias que se habían practicado cuando todavía no se había solicitado el correspondiente suplicatorio, no venían afectadas por nulidad alguna **en tanto que no se estaba investigando directamente a la persona del aforado** aún a pesar de que algunas diligencias de entrada y registro pudieran aportar datos que después resultarían importantes para la imputación".

En el caso del aforado, concluía, se trata de definir el momento en que el suplicatorio ha de solicitarse. Una cosa son los datos o indicios infundados, las vagas alusiones o suposiciones, y otra es la existencia de **verosímiles sospechas de responsabilidad criminal que obligan a adoptar medidas distintas para garantizar la pureza del procedimiento**. Lo que no se puede, en uno y otro caso, (y seguimos reseñando lo que se afirmaba en el Auto de 19 de julio), es la investigación directa que va encaminada a obtener pruebas de inculpación contra un aforado sin haber solicitado la venia parlamentaria. Lo que sí se puede hacer es la investigación genérica que no va dirigida expresamente contra nadie en concreto, lo que no impide, como se ha apuntado antes, que de tal investigación surjan indicios serios contra un aforado, **aún buscados de propósito, que obligará entonces a suspender cualquier otra investigación, o en su caso la comparecencia para declarar**, hasta tanto se obtenga lo que, lejos de ser un **privilegio personal**, no es más que un respeto, y subsiguiente protección, por la función pública que los miembros las Cámaras ejercitan.

Estamos, una vez más, en lo que el equilibrio racional y lógico del Juez ha de resolver. Este habrá pues de sopesar las circunstancias, incluso los indicios serios, para lo mismo que determina la existencia de un inculpado, indicar también cuando la investigación general debe detenerse si entre los sospechosos florece de manera seria y fundada la persona de un aforado.

El Sr. Sala i Grisó ostenta la condición de Senador desde el inicio de las diligencias hasta la actualidad, siendo así que en tales diligencias se solicitó el suplicatorio correspondiente y se concedió **el 28 de diciembre de 1993**, lo que no fue obstáculo para que con fecha 14 de septiembre de 1992 (folios 1.196 y ss.) se solicitaran al Banco Atlántico, entre otros datos, extractos bancarios y documentales de cuentas en las que era titular el Excmo. Sr. D. José María Sala i Grisó. De otra parte, y al demorarse la contestación de la entidad bancaria, en el registro llevado a cabo en el Banco Atlántico de Barcelona del **19 de octubre de 1992** (folios 2.529 a 2.556) **también, entre otros datos, se solicitaron** expresamente los "extractos de cuentas y justificantes documentales de las operaciones realizadas" por dicho señor, lo que el propio dictamen pericial reconoce (folio 7.758). **Distinto es sin embargo, que los documentos recogidos no afectaran todos directamente a dicho acusado, al menos de manera trascendental, sin perjuicio de la investigación general**. Quiere decir pues que aunque la ausencia del suplicatorio **pudiera afectar** a lo llevado a cabo por el Juzgado antes de cumplir con esa exigencia procedimental, poca o ninguna influencia determinante ha de producir ello en la causa, por las razones antes dichas, **sin que, finalmente y en cualquier caso, los efectos derivados de tal posible irregularidad lesionen o menoscaben las demás pruebas realizadas sin relación con el referido registro**. En cuanto al acusado Sr. Navarro cabe decir que ostentó la condición de Diputado hasta el 3 de abril de 1993, encontrándose igualmente afectado, en la misma medida que el anterior, por el registro del Banco Atlántico. Pero en uno y otro caso subsiste el problema de límites más arriba explicado. La investigación general, en la forma correcta que proceda, ha de concluir respecto de un aforado sólo cuando contra él aparezca algún dato inculpativo. **Eso es distinto de las posibilidades del Instructor para practicar diligencias en orden a un complejo supuesto delictivo con numerosas personas en él involucradas**.

Ya se dijo en el Auto de 19 de julio último, tan citado en esta resolución, lo que correspondía respecto de la necesidad de no retrasar arbitrariamente la puesta en conocimiento de la imputación (fundamento jurídico decimoprimer al que expresamente, en toda su redacción, nos remitimos). La Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de febrero de 1994 afirmaba que

ningún imputado puede ser sometido a declaraciones simplemente testificales si de las diligencias practicadas puede inferirse que existe sospecha contra él, pues como ya hemos dicho, la imputación no ha de demorarse **más de lo estrictamente necesario**, lo que no impide, ni mucho menos, que la posterior declaración, ya como imputado, produjera entonces los pertinentes efectos, dentro de la legalidad. Se quiere indicar con esto, y así se viene subrayando de algún modo a lo largo de esta resolución, que los defectos o irregularidades que en los registros pudieran haberse ocasionado, o en el resto de las pruebas, han originado efectos, a veces importantes (por ejemplo atinentes a la prescripción), más nunca afectantes a la existencia del delito o a la responsabilidad penal del o de los acusados, **bien porque tal irregularidad fuera inoperante, bien por la concurrencia de otros medios de prueba.**

Fuente: <http://www.iceta.org/suplicat.html> [Fecha de consulta: 23 de enero de 2012].

—Cartas-orden

**JUNTA DE EXTREMADURA
CONSEJERIA DE SANIDAD Y CONSUMO**

AUTORIZACION DE TRASLADO DE CADAVER

IDENTIFICACION DEL FALLECIDO

PRIMER APELLIDO: _____

SEGUNDO APELLIDO: _____

NOMBRE: _____

FECHA Y HORA DE FALLECIMIENTO: _____

LUGAR DE FALLECIMIENTO: _____

DATOS DEL TRASLADO

LUGAR DE SALIDA: _____

DESTINO (CEMENTERIO): _____

VEHICULO AUTORIZADO, MATRICULA: _____

TIPO DE FERETRO A UTILIZAR: _____

En virtud de la presente autorización, que deberá acompañar al cadáver en todo momento, las Autoridades y sus Agentes, darán las mayores facilidades durante el itinerario hasta su punto de destino.

_____, a _____ de _____ de 200__

EL COORDINADOR DEL EQUIPO DE ATENCIÓN PRIMARIA DE LA ZONA DE SALUD DE _____,

Fdo.: _____

Fuente:

http://www.google.es/imgres?q=%22carta+orden%22+judicial&um=1&hl=es&sa=N&riz=1C1AVSA_enES454ES454&biw=1600&bih=785&tbn=isch&tbnid=QXklJZIE-8oH0M:&imgrefurl=http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/ex-d161-2002.html&docid=tNOpz_DgkvZ-CM&imgurl=http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/ex-d161-2002.i3.gif&w=665&h=840&ei=PyPDT4zQFYeYhQf0JSMCg&zoom=1&iact=hc&vpx=1063&vpy=378&dur=414&hovh=252&hovw=200&tx=116&ty=144&sig=115485282363970426818&page=2&tbnh=149&tbnw=119&start=34&ndsp=39&ved=1t:429,r:28,s:34,i:203

[Fecha de consulta: 23 de enero de 2012]

—Mandamientos

MANDAMIENTO DE LANZAMIENTO

El Sr. Oficial de Justicia del Tribunal se constituirá en el domicilio sito en : de la ciudad de Trelew, a fin de proceder al lanzamiento público de los demandados, Sres. y demás ocupantes, conjuntamente con las personas y cosas que de ellos dependan y por ellos puestas por haberse así ordenado en estos autos caratulados: "..... c/ s/ " (Exptenro: ...Año:), que tramitan en el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Ejecución, de esta ciudad, a cargo de la Dra. Gladys C. CUNIOLO, Secretaría a cargo de la Dra. Natalia M. DENEGRÍ. -----Queda autorizado el Sr. Oficial de Justicia del Tribunal para allanar domicilios, y hacer uso de la fuerza pública en caso de resultar necesario y solicitar los servicios de un cerrajero en caso de resultar necesario-----

En el mismo acto deberá poner en posesión del mencionado inmueble a debiendo realizarse un inventario de los bienes correspondientes a las partes.-----Para el caso de que el inmueble se hallare deshabitado y con muebles en su interior pertenecientes a los mencionados demandados deberá designarse a la actora como depositaria judicial de los bienes muebles que eventualmente comprenda el lanzamiento supra ordenado, haciéndosele saber en el mismo acto de las penalidades previstas en los arts. 263 y concordantes del Código Penal). -----

DADO, SELLADO Y FIRMADO EN LA SALA DE MI PUBLICO DESPACHO EN LA CIUDAD DE TRELEW, A LOS DIAS DEL MES DE DE 2004.-

Fuente: <http://modelosescritosjudiciales.blogspot.com.es/2009/03/mandamiento-de-lanzamiento.html> [Fecha de consulta: 23 de enero de 2012]



41° JUZGADO PENAL
Corte Superior de Lima

URGENTE

CEDULA DE NOTIFICACIÓN JUDICIAL

A: QUERELLANTE: PEDRO ENRIQUE MARTINEZ VALERA.-----

DOMICILIO: REAL; CALLE ALFA, Mz-C, LOTE-40, CONJUNTO RESIDENCIAL PAPA JUAN XXIII-DISTRITO DE SAN BORJA.-----

POR DISPOSICIÓN DEL SEÑOR JUEZ PENAL DEL CUADRAGESIMO PRIMER JUZGADO DE LIMA, CUMPLIO CON NOTIFICARLE A FIN DE QUE CONCURRA AL LOCAL DEL JUZGADO EL DÍA 26-11-2010, A HORA 12.00 (MERIDIANO) A FIN DE QUE SE REALICE LA DOLIGENCIA DE LECTURA DE SENTENCIA; EN LA QUERELLA QUE SE LE SIGUE CONTRA MIGUEL ANGEL RIVERA CORDOVA Y JORGE AUGUSTO NIQUE VERA POR DELITO CONTRA EL HONOR-DIFAMACIÓN EN AGRAVIO DE PEDRO ENRIQUE MARTINEZ VALERA.-----

EXP. No-40913-08 (399-08)

SEC. ANDRADE.-

Lima, 25 de Octubre del 2,010.

Jr. MIROQUESADA No-549, 6to. Piso-LIMA.

TELEFONO No-4101414 anexo 12186.

PODER JUDICIAL
GERENCIA GENERAL
SERVICIO DE NOTIFICACIONES

FREDDY VARELLA ATENCIO
Notificador Judicial
D.N.I. 33.11030
23/11/10



PODER JUDICIAL

ELEMER ANDRADE CORREA
SECRETARIO
Cuadragesimo Primer Juzgado Penal de Lima
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA



Fuente:

http://www.google.es/imgres?q=notificaci%C3%B3n+judicial&hl=es&rlz=1C1AVSA_enES454ES454&biw=1600&bih=785&tbn=isch&tbnid=nTtkLJ03q_XO1M:&imgrefurl=http://gcm-apertura.blogspot.com/&docid=1sFqWtNd0hO21M&imgurl=http://3.bp.blogspot.com/_SIKNFXD5Qyo/TO7XUyQvTTI/AAAAAAAAACMo/ycABPxGEIHA/s1600/CEDULA-NOTIFICACION-JUDICIAL-41-JP-CSL.jpg&w=1132&h=1600&ei=JSXDT4rmKIWnhAext-GECg&zoom=1&iact=hc&vpx=1302&vpy=124&dur=163&hovh=267&hovw=189&tx=104&ty=157&sig=115485282363970426818&page=1&tbnh=157&tbnw=111&start=0&ndsp=38&ved=1t:429,r:9,s:0,i:86 [Fecha de consulta: 23 de enero de 2012]

—Requerimientos



Notificada 15.3.2010

EXP. - 3534

**JUZGADO DE INSTRUCCION N° 43
MADRID**

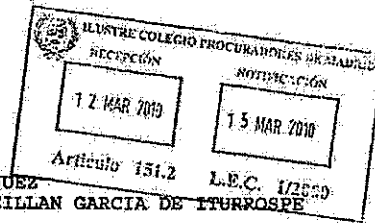
90166

PLAZA DE CASTILLA N.º. 1 5 PLANTA
Teléfono: 91-493 22 34 -15 Fax: 91-493 22 36

DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 5569 /2009

Número de Identificación Policia: 28978 3 0318943 /2009

Procurador/a:
Abogado:
Representado: 90166



**PROVIDENCIA
DEL/DE LA MAGISTRADO-JUEZ
D./DÑA. M. DEL CORO CILLAN GARCIA DE ITURROSPE**

En MADRID , a nueve de marzo de dos mil diez .

Dada cuenta al no haber recibido contestación de la Dirección General de la Policía a las providencia de 9/2/10 y las del 25/2/10 se vuelven a reiterar en todo su contenido para que en el plazo mínimo de 5 días contesten a todos sus extremos con apercibimiento de desobediencia a la autoridad.

Y asimismo como solicita en su escrito la Procuradora ICIAI DE LA PEÑA ARGACHA en representación de ASOCIACION DE AYUDA A LAS VICTIMAS 11 M, se informe por la DIRECCION General de la Policía a este juzgado del n° de carnet profesional de los funcionarios adscritos a la Unidad Central de Desactivación de Explosivos y NRBQ que se encargaron personalmente de trasladar a las dependencias de la Unidad Central las piezas de convicción recogidas el 11/3/04 en cada uno de los escenarios de los atentados del 11M (Atocha, Téllez, el Pzo y Santa Eugenia) por los TEDax del grupo de Madrid allí desplazados.

Fuente:

http://www.google.es/imgres?q=requiremient+judicial&um=1&hl=es&sa=N&rlz=1C1AVS A enES454ES454&biw=1600&bih=785&tbn=isch&tbnid=rctJRhIRjBFwzM:&imgrefurl=http://www.burbuja.info/inmobiliaria/politica/257238-victimas-del-11-m-piden-ayuda-economica-continuar-proceso-contra-exjefe-de-tedax.html&docid=M_qTtM2XNkNamM&imgurl=http://estaticos01.cache.el-mundo.net/elmundo/imagenes/2011/03/05/espana/1299271063_extras_ladillos_5_g_0.jp g&w=952&h=904&ei=kSXDT4qmMY-WhQfAvuThCQ&zoom=1&iact=hc&vpx=292&vpy=140&dur=25&hovh=219&hovw=230&tx =126&ty=104&sig=115485282363970426818&page=1&tbnh=141&tbnw=148&start=0&n dsp=32&ved=1t:429,r:1,s:0,i:72 [Fecha de consulta: 23 de enero de 2012]

Textos de aplicación del derecho (público y privado)

—Contratos



MINISTERIO
DE TRABAJO
E INMIGRACIÓN

SERVICIO PÚBLICO
DE EMPLEO ESTATAL

CONTRATO DE TRABAJO DE DURACIÓN DETERMINADA

<input type="checkbox"/> TIEMPO COMPLETO: <input type="checkbox"/> Obra o servicio Determinado <input type="checkbox"/> Eventual por circunstancias de la producción <input type="checkbox"/> Interinidad		CÓDIGO DE CONTRATO 4 0 1 4 0 2 4 1 0	<input type="checkbox"/> TIEMPO PARCIAL: <input type="checkbox"/> Obra o servicio Determinado <input type="checkbox"/> Eventual por circunstancias de la producción <input type="checkbox"/> Interinidad <input type="checkbox"/> Situación jubilación parcial	CÓDIGO DE CONTRATO 5 0 1 5 0 2 5 1 0 5 4 0
DATOS DE LA EMPRESA				
CIF/NIF/NIE				
D.ª/ÑA.		NIF/NIE		EN CONCEPTO (1)
NOMBRE O RAZÓN SOCIAL DE LA EMPRESA			DOMICILIO SOCIAL	
PAIS		MUNICIPIO		C. POSTAL
DATOS DE LA CUENTA DE COTIZACIÓN				
SEGUR.	CEN. TRAJ.	NÚMERO	EPS. COAR	ACTIVIDAD ECONOMICA
DATOS DEL CENTRO DE TRABAJO				
PAIS		MUNICIPIO		
DATOS DEL/DE LA TRABAJADOR/A				
D.ª/ÑA.		NIF/NIE (2)		FECHA DE NACIMIENTO
N.º AFILIACIÓN S.S.	NIVEL FORMATIVO		NACIONALIDAD	
MUNICIPIO DEL DOMICILIO			PAIS DOMICILIO	

con la asistencia legal, en su caso, de D.ª/Dña. _____ en calidad de (3) _____

DECLARAN:

Que reúnen los requisitos exigidos para la celebración del presente contrato y, en consecuencia, acuerdan formalizarlo con arreglo a las siguientes:

CLÁUSULAS

PRIMERA: El/la trabajador/a prestará sus servicios como (4) _____, incluido en el grupo profesional / categoría / nivel (5) _____ de acuerdo con el sistema de clasificación vigente en la empresa, en el centro de trabajo ubicado en (calle, n.º localidad) _____

SEGUNDA: La jornada de trabajo será (6):

A tiempo completo: la jornada de trabajo será de _____ horas semanales, prestadas de _____ con los descansos que establece la ley.

A tiempo parcial: la jornada de trabajo ordinaria será de _____ horas al día, a la semana; al mes, al día, siendo esta jornada inferior a (7):

La de un/a trabajador/a a tiempo completo comparable;

La jornada a tiempo completo prevista en el Convenio Colectivo de aplicación;

La jornada máxima legal.

La distribución del tiempo de trabajo será _____

TERCERA: La duración del presente contrato se extenderá desde _____ hasta _____ Se establece un período de prueba de (8) _____

Cuando el convenio colectivo permita una duración mayor a la establecida legalmente, señálelo con una X:

MEX 15/17/14/05

<http://www.sepe.es>

Buenos Aires 26 Mayo 1949
RAMÓN Gómez de la Serna
Testamento Olografo

En visperas de mi viaje a España con Luisa Soforich que es ante notaria su heredera universal y por si falleieramos los dos en naufragio u otra calamidad dejo la propiedad de todos mis bienes incluida la propiedad de todos los libros que publiqué, al hijo de Luisa Soforich, Dr. Eduardo Ghidella Soforich, nombrando a la vez albacea testamentario a mi tío el Dr. Bernardo Soforich.

En Buenos Aires el día 26 de Mayo de 1949.

RAMÓN Gómez de la Serna

Buenos Aires 26 Mayo 1949
RAMÓN Gómez de la Serna

Fuente: Cuadernos Hispanoamericanos (nº 410, agosto 1984) [Fecha de consulta: 23 de enero de 2012].

SANTOS & ROJAS
ABOGADOS

www.abogadossantosrojas.com

MENEAME COMMUNICATIONS, S.L.
Att.: Dpto Legal.
C/ Font, 3
07510 Sineu (Palma de Mallorca)

Madrid, 31 de julio de 2007

Muy Sr/Sra mío:

Mediante la presente carta pongo en conocimiento de ustedes, como titulares de la web www.meneame.net, que diversos usuarios están difundiendo en su Web manifestaciones difamatorias e injuriosas sobre mi cliente **IBERCONSULTA** que atentan gravemente su honor, fama y reputación como empresa altamente competente y especializada en la realización de encuestas y sondeos de opinión, concretamente en la dirección <http://www.meneame.net/store/como-hacen-las-encuestas-razon>.

Por ello, le rogamos encarecidamente para que en el plazo perentorio de cinco días a contar desde la recepción de la presente comunicación procedan a la retirada y/o cancelación de dichas manifestaciones en contra de la imagen y buen nombre de mi cliente, pues de lo contrario procederemos a ejercitar las acciones penales y civiles que mejor convengan a nuestro derecho contra quienes han realizado dichas manifestaciones, y contra ustedes de no atender nuestra petición una vez que han tomado conocimiento mediante esta comunicación de la vulneración de los derechos de mi cliente.

En espera de ser atendida nuestra petición reciban un cordial saludo.

José Luis Rojas Pozo
Abogado

SANTOS & ROJAS
SANTOS & ROJAS ABOGADOS, S.L.
C/ F. Font, 3
Pob. de Sineu (Palma de Mallorca)
Tel. 971 22 11 42 - Fax 971 22 11 45
www.abogadossantosrojas.com

SANTOS & ROJAS ABOGADOS
ASESORIA JURÍDICA • CONSULTORÍA Y AUDITORÍA CONTABLES • FORMACIÓN ONLINE
P. cc las Delicias 23, P.º 1.º, 28014 Madrid, España
www.abogadossantosrojas.com

—Escrituras

ESCRITURA DE COMPRAVENTA. PRECIO QUE SE ENTREGA EN EL ACTO DE LA FIRMADE LA ESCRITURANUMERO (Protocolo).

En, a ... de ... de...

Ante mí, Notario del Ilustre Colegio de ...

COMPARECEN

-De una parte y para vender, Donmayor de edad, funcionario, soltero, vecino de condomicilio en con D.N.I. número.

-Y de otra y para comprar, los cónyuges Don ... y Doña ambos mayores de edad, casadosbajo el régimen económicomatrimonial de gananciales según manifiestan, vecinos de ..., condomicilio en calle ..., y DD.NN.II. números respectivamente, ... y en lo sucesivo compradores.

INTERVIENEN

-Don ... en su propio nombre y derecho.

Y Don... y Doñaen su propio nombre y derecho y además en beneficio de su sociedad legalde gananciales.

Tienen a mi juicio la capacidad legal suficiente para otorgar la presente escritura de COMPRAVENTA, y al efecto:

EXPONEN

1. Don ... es titular de; pleno dominio de la siguiente finca:(Descripción).

-Cargas y gravámenes: Libre de ellos y al corriente en el pago de impuestosy gastos decomunidad.

-Inscripción: ...

-Referencia catastral....

-Normas sobre propiedad horizontal y cuota:

Habiendo convenido el otorgamiento de este contrato, al efecto:.

ESTIPULAN

PRIMERO. Don ... vende y transmite a los cónyuges Don ... y Doña que compran aceptan, yreciben en el presente acto y para su sociedad legal de gananciales, la vivienda antes descrita,con cuanto le sea accesorio y de diente, en especial la cuota de participación en los elementoscomunes del edificio.

SEGUNDO. El precio de la compraventa es de ... euros que el vendedor recibe en este mismoacto, en moneda de curso legal, y otorgando por tanto a los compradores plena carta de pago.

TERCERO. Todos los gastos e impuestos que se deriven del otorga de esta escritura serán satisfechos por los cónyuges Don ... y Doña ...

OTORGAMIENTO Y AUTORIZACION

Hago las reservas y advertencias legales y fiscales.

En particular y a efectos fiscales advierto de las obligaciones y responsabilidades tributariasque incumben a las partes en su aspecto material, formal y a sancionador,

y de las consecuencias de toda índole que se derivarían de la inexactitud de sus declaraciones.

Por su elección les leo el contenido de esta escritura, advertidos de sus derechos a hacerlo por sí del cual no usan, lo encuentran conforme y firman conmigo Notario, que doy fe de haberles identificado por sus respectivos documentos de identidad que me exhiben y devuelvo así como el total contenido de éste instrumento público el cual queda extendido en ... folios de serienúmeros ... el presente y los ... posteriores correlativos.

Fuente: <http://www.admicove.com/contratos/compraventa-en-escritura-publica.pdf>

[Fecha de consulta: 23 de enero de 2012]



CONSULADO GENERAL DE ESPAÑA
EN
MEXICO, D.F.

Copia de la Escritura
de

PODER GENERAL

otorgada por DOÑA ANGELA MENA MUÑOZ, DOÑA MARIA CANDELARIA
PÉREZ MACHADO Y DOÑA MARIA CARIDAD RIVERO HAUTE
A FAVOR DE DON HILDEBRAND SMITH CARRASCO

Ante

DON RAMÓN GANDARIAS ALONSO DE CELIS,
CONSUL GENERAL DE ESPAÑA EN MEXICO,
EN FUNCIONES NOTARIALES



México, D.F. a 23 DE AGOSTO 1997

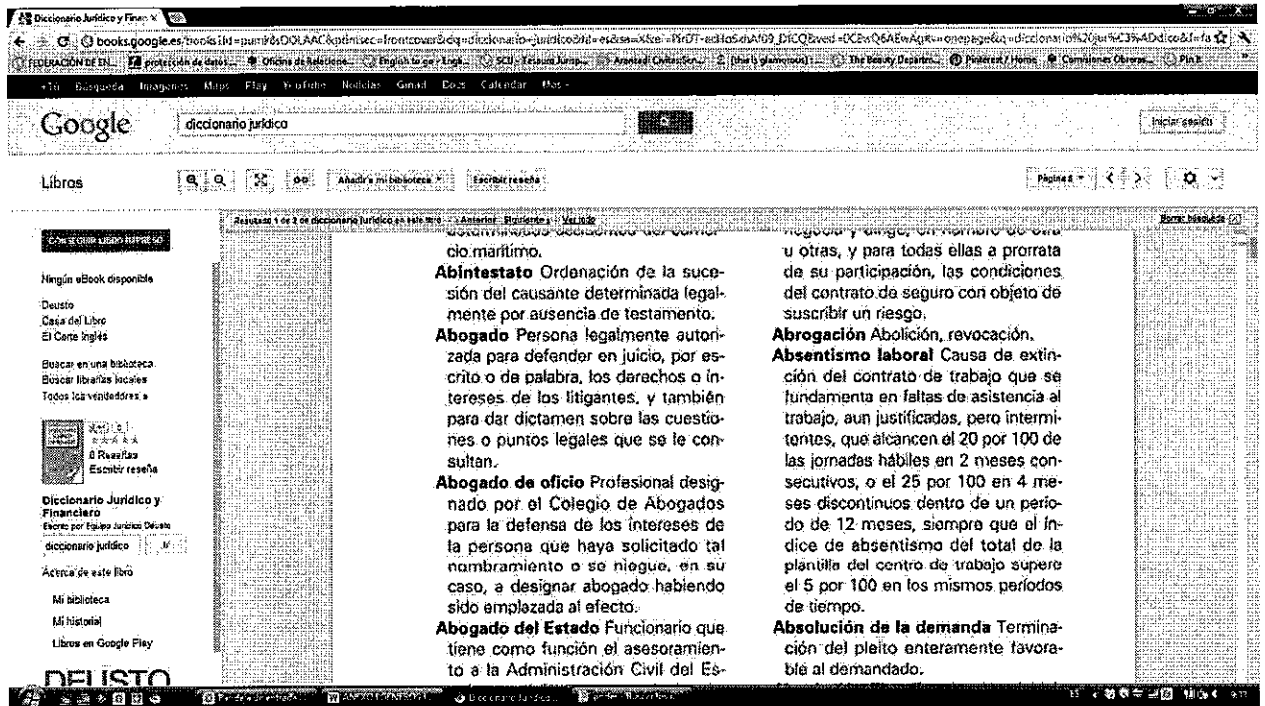
Obras de referencia

—Diccionarios bilingües

The screenshot shows a Google Books search for "diccionario bilingüe jurídico". The search results page displays a book titled "Diccionario Jurídico Español-Inglés, Inglés-Español" by Antonio Ramírez de la Cruz. The book is published by Editorial Trotón in 2000. The search results show a list of terms and their translations, such as "a corto plazo" (on a short term basis), "a crédito" (on credit), "a cuenta de" (to the account of), "a descubierto" (unsecured), "a destajo" (payable by the piece), "a día determinado fijo" (on a fixed date), "a días fecha" (days from date of issue), "a favor de" (in favor of), "a la fuerza" (by force), "a la orden de" (to the order of), "a la vista" (at sight), "a partes iguales" (share and share alike), "a plazo" (see a crédito), "a puerta cerrada" (behind closed doors), "a riesgo del comprador" (caveat emptor), and "a riesgo del vendedor" (caveat venditor). The search results also show the book's title in Spanish and English, and the author's name.

Fuente: *Diccionario jurídico español-inglés, inglés-español*. [Fecha de consulta: 23 de enero de 2012].

—Diccionarios monolingües



Fuente: Diccionario Jurídico y Financiero Deusto [Fecha de consulta: 23 de enero de 2012]

—Diccionarios enciclopédicos

The screenshot shows a Google search for "diccionario enciclopédico". The search results page displays the "Diccionario Enciclopédico del Laboratorio Clínico" by James L. Bennegón, published by Editorial Médica Panamericana. The book's cover is visible, showing the title and author's name. The search results also include a snippet of the book's content, which lists various medical terms and their definitions, such as "da.", "A.", "α.", "α-.", "a-.", "an-", "AA.", "AAN.", "AAS.", "ab-", "abacteriano, na", and "abanico de salida".

Google
diccionario enciclopédico

Libros

Buscar en una biblioteca
Buscar librerías locales
Todos los vendedores »

Diccionario Enciclopédico del Laboratorio Clínico
Escrito por James L. Bennegón
diccionario enciclopédico

Acerca de este libro
Mi biblioteca
Mi historial
Libros en Google Play

EDITORIAL MÉDICA panamericana

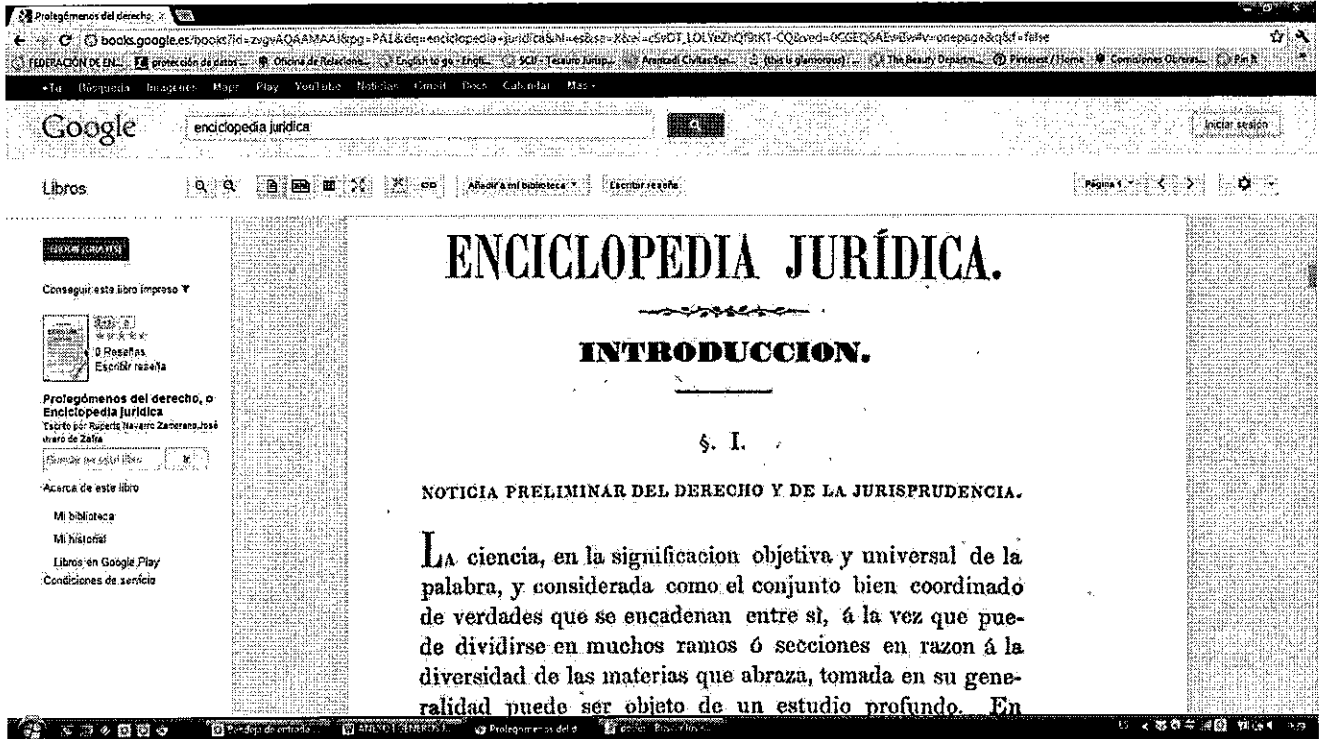
Resultado 1 de 4 de diccionario enciclopédico en este libro: Anterior · Símbolos · Ver libro

da.
A. Símbolo de angström.
α. Letra griega alfa minúscula; símbolo de: rotación óptica; aceleración angular; cadena pesada de la IgA; coeficiente de solubilidad.
α-. Símbolo que designa un anómero de un carbohidrato, p.ej.: α-D-glucosa; un constituyente de la fracción globulínica del plasma u otras proteínas que migra electroforéticamente con esta fracción, p. ej., α-fetoproteína; un grupo sustitutivo de un esteroide que se proyecta por debajo del plano del anillo, p.ej., 3α-hidroxi-5α-androstano-17-ona (androsterona).
a-, an- [gr. a-, carente de, sin, no]. Prefijo que denota negación o carencia, p.ej., apnea. V.t. *an-*.
AA. Siglas de aminoácido, ácido araquidónico, absorción atómica.
AAN. Abrev. de anticuerpo antinuclear.
AAS. Abrev. de ácido acetilsalicílico.
ab- [lat. *ab-*, alejado, separado]. Prefijo que denota separación o alejamiento.
abacteriano, na (abacterial). Libre de bacterias.
abanico de salida (fan-out). m. Número de otros

abductor, ra (abductor) [lat. *abductor*]. Dicese del músculo que, como el deltoides, separa un miembro del eje medio del cuerpo; ú.t.c.s.
aberración (aberration) [lat. *aberratio*, de *ab-* + *errare*, desviar(se) o vagar]. f. 1. Desviación de la condición o curso habitual. 2. En un sistema óptico, cualquier alteración de la imagen perfecta.
cromática (chromatic a.). Defecto en un sistema óptico en el cual los distintos colores son enfocados en puntos diferentes. Puede ser corregida en forma parcial mediante el empleo de lentes múltiples que se compensan mutuamente. Los lentes objetivos de microscopio corregidos de esta manera se denominan lentes acromáticos.
cromosómica (chromosomal a.). Irregularidad en el número o la composición de los cromosomas que puede alterar el curso del desarrollo embrionario, habitualmente a través de pérdida, duplicación, intercambio o reordenamiento del material genético. Las alteraciones que tienen lugar en un solo cromosoma se denominan intracromosómicas u homocromosómicas. Las que involucran dos o más, se conocen como intercromosómicas o heterocromosómicas.
esférica (spherical a.). Distorsión de una imagen

Fuente: Diccionario Enciclopédico del Laboratorio Clínico. [Fecha de consulta: 23 de enero de 2012].

—Enciclopedias



Fuente: *Prolegómenos del derecho, o Enciclopedia jurídica*. [Fecha de consulta: 23 de enero de 2012]

—Diccionarios de máximas latinas

The image is a screenshot of a Google Books search result page. The browser's address bar shows the URL: books.google.es/books?id=GwIHVWAMD7K&pg=PA11&dq=diccionario+de+máximas+latinas&hl=es&lr=&as_srl=6ivDT7PICm0NAfaDvjtCQ&ved=0CEYQSAEwAgPr=onepage&sig=fa1se. The search bar contains the text "diccionario de máximas latinas". The page title is "Frases y expresiones latinas". The main content area displays a list of Latin phrases and their meanings, such as "A cápite usque ad calcem, de la cabeza al talón; del principio al fin. Séneca, Clem. 2.2." and "A contráritis, [argumento] que parte de la oposición de dos hechos." The left sidebar shows navigation options like "Ningún eBook disponible" and "Unidad de Dorsio". The bottom of the page features the Deusto logo and a taskbar with various application icons.

Fuente: Frases y expresiones latinas de uso actual. [Fecha de consulta: 23 de enero de 2012]

—Diccionarios especializados

The screenshot shows a Google Books search for "diccionario especializado". The search results page displays several entries from the "Diccionario de Ciencias Naturales y Términos Afines" by Francisco del Río Brea. The entries are:

- gamotropismo. n.m.** (De *gamo-* y *tropismo*.) Zool. Tropismo positivo que guía a los peces hacia individuos del otro sexo, o hacia las aguas favorables para la reproducción.
- gamuza. n.f.** (Del lat. *camox*, *camocis*.) Zool. Mamífero rumiante artiodáctilo de cabeza pequeña, tronco gracioso, patas largas y ligeras, cuernos lisos que bruscamente adquieren forma ganchuda en los dos sexos, cola corta y pelaje pardo amarillento; tiene cierto parecido con la cabra, y en la Cordillera Cantábrica se le llama rebeco. Especie *Rupicapra rupicapra*; fam. bóvidos.
- ganoideos. n.m.pl.** (Del gr. *gámos*, fulgor brillante, y *eidós*, forma.) Zool. Peces con el cuerpo recubierto de escamas o placas óseas de forma rombica y brillante, esqueleto óseo-cartilaginoso, mandíbula complicada y hendiduras branquiales separadas.
- gárgola. n.f.** (Del lat. *valvolus*, vaina.) Bot. Vaina de legumbre que contiene uno o dos granos.
- garra. n.f.** (Del célt. *garra*, pierna.) Zool. Mano o pie del animal, cuando están armados de uñas corvas, fuertes y agudas; como el león y el águila.
- garrapata. n.f.** (Quizá metátesis de *gaparrata*, del vasc. *caparra*, garrapata.) Zool. Arácnido parásito externo de los vertebrados de sangre caliente, de 4 a 6 mm. de largo, forma ovalada, patas terminadas en uñas mediante las cuales se agarra para chupar la sangre, que mantiene líquida gracias a un anticoagulante que segrega; la ingestión es tal que su cuerpo adquiere un volumen desmesurado y casi esférico.
- garriga. n.f.** (Del cat. *garric*, coscoja.) Bot. Tipo de vegetación predominantemente

Fuente: Diccionario de Ciencias Naturales y Términos afines. [Fecha de consulta: 23 de enero de 2012]

—Formularios

DATOS Y DOCUMENTOS INDISPENSABLES PARA LA ELABORACION DE UN TESTAMENTO PUBLICO ABICATO

NOMBRE COMPLETO DEL TESTADOR (A): _____

NACIONALIDAD: _____

ESTADO CIVIL: _____

OCCUPACION: _____

R.F.C.: _____

DOMICILIO: _____

LUGAR Y FECHA DE NACIMIENTO: _____

NOMBRE COMPLETO DEL PADRE DEL TESTADOR(A): _____

_____ VIVE SI _____ NO _____

NOMBRE COMPLETO DEL MADRE DEL TESTADOR(A): _____

_____ VIVE SI _____ NO _____

NOMBRE DEL CONYUGUE: _____

NUMERO DE HIJOS: _____

NOMBRE COMPLETO DE HIJOS HABIDOS EN MATRIMONIO, INCLUYENDO FENADOS: _____

REALIZO UN TESTAMENTO ANTERIORMENTE PROPORCIONAR LOS DATOS SIGUIENTES:

FECHA DE OTORGAMIENTO DEL TESTAMENTO ANTERIOR: _____

NUMERO DE ESCRITURA: _____

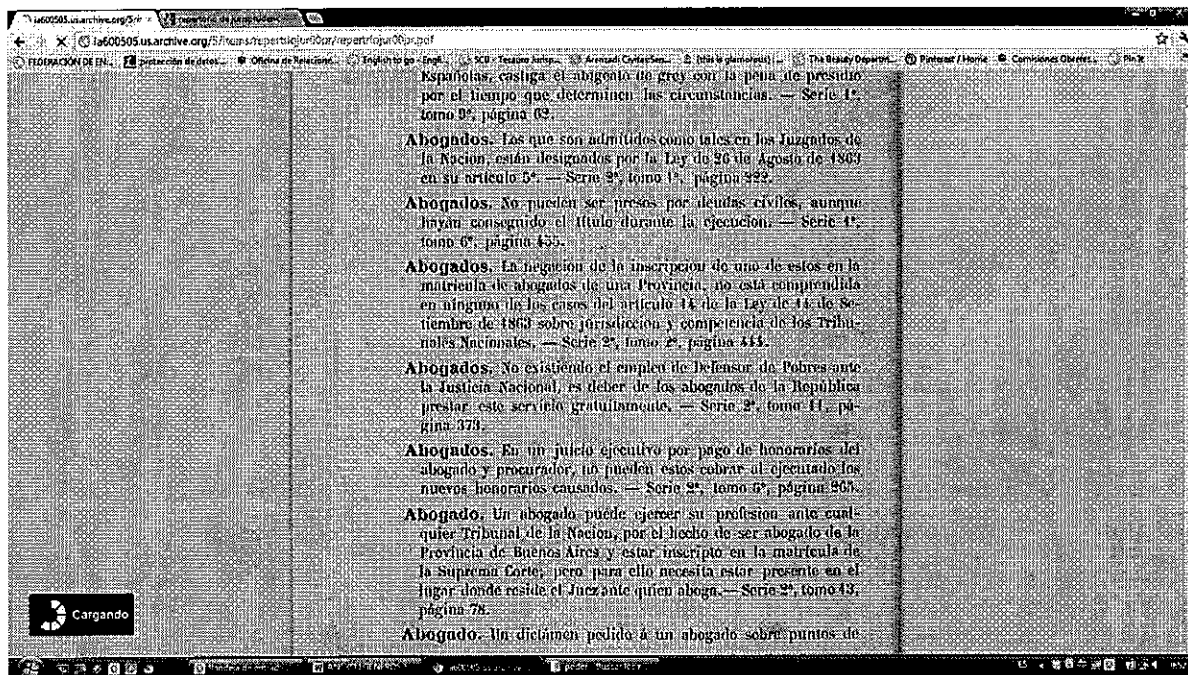
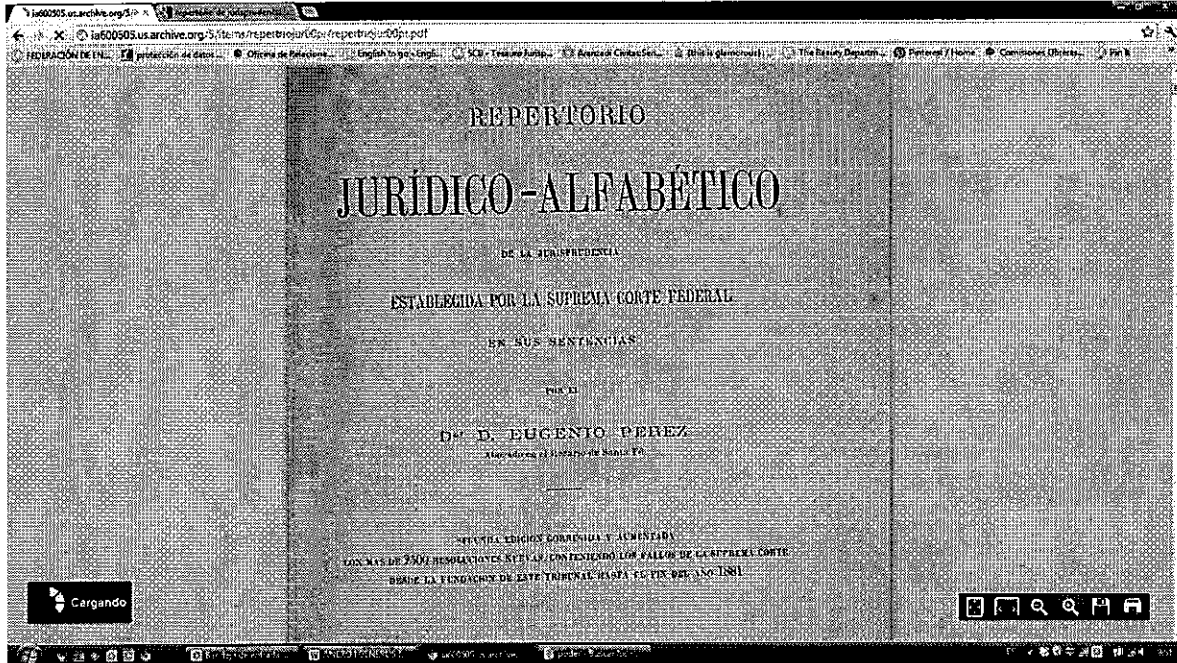
ANTE EL LIC. _____

NOTARIO PUBLICO NUMERO: _____

Fuente:

http://www.google.es/imgres?q=testamento&hl=es&sa=X&rlz=1C1AVSA_enES454ES454&biw=1600&bih=785&tbm=isch&prmd=imvns&tbnid=ZjShhmj5-ZlX0M:&imgrefurl=http://notarian159.blogspot.com/2009/01/procedimiento-de-trasmision-hereditaria.html&docid=xSi9_J7Qpl1DiM&imgurl=http://2.bp.blogspot.com/_iU8W6di5Dfs/SYo3jBWlr-I/AAAAAAAAAEc/6WNRbkrlpLs/s400/testamento3.jpg&w=271&h=400&ei=UybDT9_SD82yhAf_3uCZCg&zoom=1&iact=hc&vpx=1160&vpy=416&dur=1826&hovh=273&hovw=185&tx=66&ty=135&sig=115485282363970426818&page=1&tbnh=130&tbnw=88&start=0&ndsp=45&ved=1t:429,r:31,s:0,i:148 [Fecha de consulta: 23 de enero de 2012]

—Directorios y repertorios profesionales



Fuente: <http://ia600505.us.archive.org/5/items/repertriojur00pr/repertriojur00pr.pdf> [Fecha de consulta: 23 de enero de 2012]

Textos doctrinales

—Manuales

Manual de Derecho Civil

books.google.es/books?id=6C53YvZMh8C&printsec=frontcover&dq=manual+de+derecho+civil&hl=es&as=X&ei=57D76_pCYm3hAfnbWJG&ved=0CDDQ6AEwAA&v=onepage&q&f=false

FEDERACIÓN DE... | publicación de... | Oficina de... | English to... | SCI - Tablas... | Arribas... | Libro... | The... | Patentes / Home | Compras... | P... |

Google manual de derecho civil

Libros

ningún eBook disponible

ucasal
Casa del Libro
El Cone Inglés

Buscar en una biblioteca
Buscar librerías locales
Todos los vendedores »

Manual de Derecho Civil
Escrito por Beatriz Escudero de Quintana

Acercate de este libro

Mi biblioteca
Mi historial
Libros en Google Play

¡Regístrate gratis con el nombre de Editor!
EUCASA / B.T.U. Derecho de autor.

I.1. DERECHO: «Orden social justo» (Llambías)

I.2. ASPECTOS DEL DERECHO

I.2.1. DERECHO SUBJETIVO

a) Von Tuhr: «Poder atribuido a una voluntad»².

b) Ihering: «Interés jurídicamente protegido»³.

c) Facultad o poder atribuido por la norma al Sujeto para exigir de los demás determinada conducta tendiente a la satisfacción de intereses humanos.

I.2.2. DERECHO OBJETIVO

«Conjunto de normas de conducta humana, obligatorias y conformes con la justicia» (Borda)⁴

I.2.2.1. DERECHO NATURAL

Conjunto de reglas que brotan de la naturaleza humana, que no han

Fuente: Manual de Derecho Civil. Escrito por Beatriz Escudero de Quintana [Fecha de consulta: 23 de enero de 2012]

—Libros de texto

The screenshot shows a Google Books interface. At the top, there is a search bar with the text "libro de texto". Below the search bar, the page title is "CAPÍTULO 1". The main content consists of two paragraphs of text. The first paragraph discusses the challenge of adapting language and tools for community groups. The second paragraph states the team's conviction that such processes are accessible to anyone, regardless of their technical training.

Google

libro de texto

Libros

libro de texto

Buscar libros locales

Todos los vendedores

Reseñas

Escribir reseña

Libro De Texto

libro de texto

Accede de este libro

Mi biblioteca

Mi historial

Libros en Google Play

Publicado por: Dora M. DATE, Patricia M. DATE

CAPÍTULO 1

El desafío en este proceso ha sido el de adaptar el lenguaje y las herramientas, de manera que los grupos comunitarios puedan realizar sus propios procesos de planificación con el mismo rigor y la misma profundidad que los técnicos especializados.

Nuestra convicción como equipo es que la planificación de este tipo de procesos está al alcance de cualquier persona o grupo, independientemente de su nivel de entrenamiento técnico, y que poniendo al alcance de los grupos

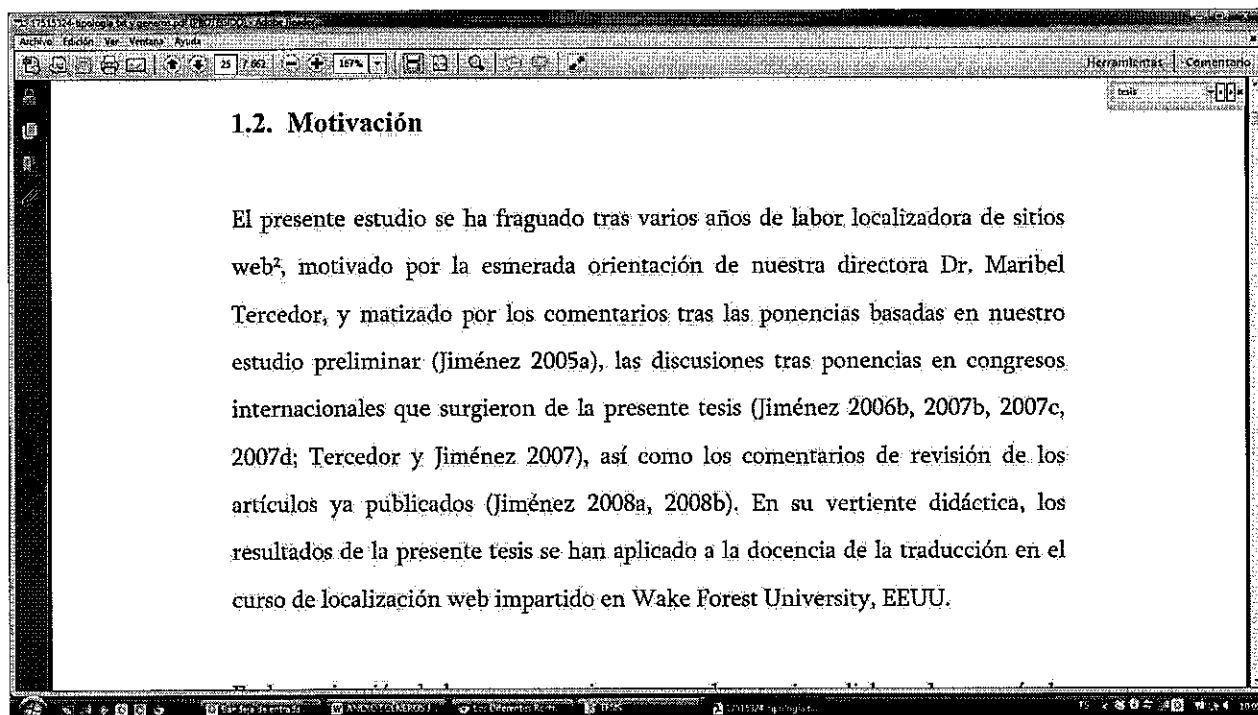
Fuente: Libro de texto [Fecha de consulta: 23 de enero de 2012]

—Ensayos

The image is a screenshot of a Google Books page. The browser's address bar shows a URL from books.google.es. The search bar contains the text "ensayo jurídico". The page title is "Los Diferentes Rostros de la Violencia de Género: Ensayo Jurídico a la Luz de la Ley Integral (LO 1/2004, de 28 de diciembre) y la Ley de Igualdad (LO 3/2007 de 22 de marzo)". The main content area displays the title "chos humanos –de las mujeres– por el Poder Judicial?" followed by the section heading "III. EL RECONOCIMIENTO DE LAS VIOLENCIAS COMO DIAGNÓSTICO PREVIO AL TRATAMIENTO JURÍDICO-POLÍTICO". The text begins with "Recientemente el legislador ha aprobado por unanimidad –aunque no sin polémica– la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género¹⁷, fruto de la necesidad de responder con urgencia a la demanda social de erradicación de los episodios de violencia de género en las relaciones de pareja. Regular las medidas mediante Ley Orgánica significa que se convierte el vivir sin violencia en un derecho de las mujeres que el Estado tiene la obligación de cumplir. El texto, asentado en los pilares de la prevención, protección, apoyo y recuperación integral de las víctimas, así como la sanción del agresor, aborda, de manera integral, un grave problema que afecta a la sociedad española. Sin embargo, la polémica sobre el tratamiento integral"

On the left side of the page, there is a sidebar with the following information:
- "Ningún eBook disponible"
- "Libros: Editorial Dykinson, Casa del Libro, El Corte Inglés"
- "Buscar en una biblioteca: Buscar bibliotecas locales, Todos los vendedores"
- A small book cover image with the title "Los Diferentes Rostros de la Violencia de Género: Ensayo Jurídico a la Luz..." and the author "Escrito por Juana María Gil Ruíz".
- "Acércate a este libro: Mi biblioteca, Mi historial, Libros en Google Play"

Fuente: Los Diferentes Rostros de la Violencia de Género: Ensayo Jurídico a la Luz de la Ley Integral (LO 1/2004, de 28 de diciembre) y la Ley de Igualdad (LO 3/2007 de 22 de marzo). Escrito por Juana María Gil Ruíz. [Fecha de consulta: 23 de enero de 2012].



Fuente: El proceso de localización web: estudio contrastivo de un corpus comparable del género *sitio web corporativo*. Tesis Doctoral presentada por Miguel A. Jiménez Crespo y dirigida por la Dra. Maribel Tercedor Sánchez. [Fecha de consulta: 23 de enero de 2012].

ISBN: 978-84-937630-6-0

EL INTÉRPRETE Y LA LEGISLACIÓN EN EL ÁMBITO POLICIAL

Ingrid Cobos López

Resumen: La traducción e interpretación policiales forman parte de la disciplina de la interpretación social. Esta disciplina está muy relacionada con la mediación intercultural, lo que obliga al traductor a conocer, no solo la lengua, sino también la cultura y problemáticas social de los clientes a los que va a interpretar. Hoy en día cada vez más es necesaria la interpretación en los ámbitos policiales y judiciales, ya que con la apertura de los mercados y las fronteras, las personas tienen libertad de movimiento y de trabajo. Es un tipo de traducción, al igual que la traducción o interpretación en juzgados, que supone una gran responsabilidad y que además conlleva el hecho de tener que enfrentarse a situaciones delicadas y en ocasiones muy desagradables ya que la temática no suele ser agradable. Para poder traducir en estos ámbitos es necesario conocer los derechos del extranjero en el país en el que se realiza la interpretación. Igualmente no podemos olvidar las particularidades del lenguaje jurídico dentro del lenguaje especializado y sobre todo hemos de considerar las distintas legislaciones de los países que entran en conflicto, que no siempre son España, Alemania e Inglaterra. Esto es debido a que la mayoría de los casos en la policía están relacionados con la solicitud de asilo político de personas que hablan inglés o alemán pero que provienen de otros países cuya lengua materna no es ésta. Igualmente nos encontramos en situaciones de robos y atentados contra el orden público de personas del este que también utilizan el inglés o el alemán, pero que no es su lengua materna.

Palabras clave: Interpretación social, mediación intercultural, derechos del extranjero, lenguaje jurídico, lenguaje especializado y legislación.

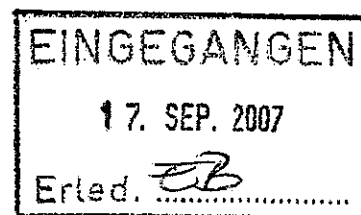
Abstract: Translating and interpreting in police departments belongs to the discipline of Community Interpreting. This discipline is related to intercultural mediation which makes the translator consider not just the language he/she is going to use, but also the cultural and social problems of the clients he is going to interpret. Nowadays it is even more necessary the interpretation in police and judicial departments as free movement of people is one of the principal basis since markets and frontiers were opened. Community interpreting, as translating and interpreting in courts, is a kind of interpreting which includes a great responsibility as well as difficult and unpleasant situations due to the problems of the clients. In order to translate in these departments, the interpreter must know the rights of the foreigners in the country in which he/she is interpreting, the characteristics of legal language within specialized language and the legislations of the corresponding countries, which are not always Spain, Germany or England. This is due to the fact that the majority of cases in police departments are related to political asylum from people from different countries who use English or German but which is not their mother tongue and robberies and punishable situations made by people who use the same languages.

Key words: Community interpreting, intercultural mediation, foreigners' rights, legal language, specialized language and legislation.

Fuente: *SELM I*.

ANEXO II: SENTENCIAS (ALEMÁN)

Ausfertigung



Landgericht Berlin

Im Namen des Volkes

Anerkennnisteil- und Schlussurteil

Geschäftsnummer: 23 S 3/07
5 C 314/06 Amtsgericht
Mitte

verkündet am : 06.09.2007

Klamt, Justizsekretär z.A.

In dem Rechtsstreit

der Bundesrepublik Deutschland,
vertreten d.d. Bundesministerium der Justiz,
Mohrenstraße 37, 10117 Berlin,

Beklagten und Berufungsklägerin,

- Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Wendler, Tremml,
Fasanenstraße 61, 10719 Berlin -

g e g e n



Kläger und Berufungsbeklagten,

- Prozessbevollmächtigter:
Rechtsanwalt Meinhard Starostik,
Schillstraße 9, 10785 Berlin -

hat die Zivilkammer 23 des Landgerichts Berlin in Berlin-Charlottenburg, Tegeler Weg 17-21,
10589 Berlin, im schriftlichen Verfahren, bei dem Schriftsätze bis zum 23. August 2007 eingereicht
werden konnten, durch den Richter am Landgericht Niebisch als Einzelrichter

f ü r R e c h t e r k a n n t :

I. Auf die Berufung der Beklagten wird das am 27. März 2007 verkündete Urteil des Amtsgerichts Mitte zu 5 C 314/06 abgeändert und wird der Tenor zu 1. wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, es künftig zu unterlassen, die nachfolgend aufgelisteten personenbezogenen Daten des Klägers, die im Zusammenhang mit der Nutzung des Internetportals „<http://www.bmj.bund.de>“ übertragen wurden, über das Ende des jeweiligen Nutzungsvorgangs hinaus zu speichern:

- a) die Internetprotokolladresse (IP-Adresse) des zugreifenden Hostsystems;
- b) sofern auch die Internetprotokolladresse (IP-Adresse) des zugreifenden Hostsystems gespeichert wird, den Namen der abgerufenen Datei bzw. Seite, Datum und Uhrzeit des Abrufs, die übertragene Datenmenge sowie die Meldung, ob der Abruf erfolgreich war.

II. Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

III. Die Beklagte hat die Kosten der Berufung zu tragen.

IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

V. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

Der Kläger hat vor dem Amtsgericht Mitte zuletzt beantragt, die Beklagte zu verurteilen, es künftig zu unterlassen, personenbezogene Daten des Klägers über die Nutzung des Internetportals „<http://www.bmj.bund.de>“ über das Ende des jeweiligen Nutzungsvorgangs hinaus zu speichern. Er hat dies damit begründet, dass durch die Speicherung der IP-Adresse bei der Beklagten nachvollzogen werden könne, welche Informationen er auf dem Internetportal der Beklagten betrachtet und wofür er sich interessiert habe, so dass je nach dem Inhalt der betrachteten Internetseiten unter Umständen Rückschlüsse auf seine politische Meinung, Krankheiten, Religion, Gewerkschaftszugehörigkeit usw. abgeleitet werden könnten. Gegen die Fassung des Antrages hat das Amtsgericht keine Bedenken geäußert. Am 27. März 2007 hat das Amtsgericht Mitte im schriftlichen Verfahren ein Urteil mit folgendem Tenor in der Hauptsache erlassen:

„1. Die Beklagte wird verurteilt, es künftig zu unterlassen, die nachfolgend aufgelisteten personenbezogenen Daten des Klägers, die im Zusammenhang mit der Nutzung des Internetportals „<http://www.bmj.bund.de>“ übertragen wurden, über das Ende des jeweiligen Nutzungsvorgangs hinaus zu speichern:

Name der abgerufenen Datei bzw. Seite; Datum und Uhrzeit des Abrufs; übertragene Datenmenge; Meldung, ob der Abruf erfolgreich war sowie die Internetprotokolladresse (IP-Adresse) des zugreifenden Hostsystems.“

Gegen das ihr am 2. April 2007 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 30. April 2007 die vom Amtsgericht zugelassene Berufung eingelegt und die Berufung am 1. Juni 2007 begründet.

Die Beklagte beantragt,

das am 27. März 2007 verkündete Urteil des Amtsgerichts Mitte - 5 C 314/06 - abzuändern und die Klage abzuweisen, soweit die Beklagte verurteilt wurde, es zu unterlassen, den Namen der abgerufenen Datei bzw. Seite, Datum und Uhrzeit des Abrufs, die übertragene Datenmenge sowie die Meldung, ob der Abruf erfolgreich war, über das Ende des jeweiligen Nutzungsvorgangs hinaus zu speichern, auch wenn diese Daten ohne die IP-Adresse des zugreifenden Hostsystems gespeichert werden.

Der Kläger hat die Berufung in der Berufungserwiderung insoweit anerkannt, wie beantragt ist, das am 27.03.2007 verkündete Urteil des Amtsgerichts-Mitte - 5 C 314/06 - abzuändern, soweit die Beklagte verurteilt wurde, es zu unterlassen, den Namen der abgerufenen Datei bzw. Seite, Datum und Uhrzeit des Abrufs, die übertragene Datenmenge sowie die Meldung, ob der Abruf erfolgreich war, über das Ende des jeweiligen Nutzungsvorgangs hinaus zu speichern, auch wenn diese Daten ohne die IP-Adresse des zugreifenden Hostsystems gespeichert werden.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen, soweit die Beklagte weiter beantragt, die Klage insoweit abzuweisen,

sowie

der Beklagten die Kosten der Berufung aufzuerlegen.

Die Parteien haben mit Schriftsatz vom 12. bzw. 31. Juli 2007 einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren zugestimmt. Mit Beschluss vom 6. August 2007 hat das Gericht das schriftliche Verfahren angeordnet.

II.

1.

Mit Zustimmung der Parteien konnte im schriftlichen Verfahren entschieden werden, § 128 Abs. 2 ZPO.

2.

Die Berufung ist zulässig, insbesondere ist sie wegen der Zulassung durch das Amtsgericht statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt worden.

3.

In der Sache hat die Berufung nur insoweit Erfolg, als der Kläger sie anerkannt hat.

a)

Die von der Beklagten beehrte Abänderung des erstinstanzlichen Urteils war wegen des Anerkenntnisses des Klägers auszusprechen. Zwar ist § 307 S. 1 ZPO nicht direkt anwendbar, weil der Kläger nicht einen Anspruch, sondern nur einen prozessualen Antrag anerkannt hat. Soweit in der Literatur vertreten wird, dass im „Anerkenntnis“ des Berufungsantrags des Beklagten durch den Berufungskläger ein Verzicht im Sinne von § 306 ZPO liege (vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 65. Aufl., § 307 Rn. 10; Vollkommer in Zöller, ZPO, 26. Aufl., Vor §§ 306, 307 Rn. 4 sowie § 307 Rn. 3), kann dies jedenfalls im hiesigen speziellen Fall nicht gelten, weil der Verzicht gemäß § 306 ZPO zur vom Kläger ausdrücklich nicht gewollten

Teilabweisung der Klage führen würde und die Erklärung des Klägers daher nicht als Verzichtserklärung ausgelegt werden kann. Wegen der insoweit bestehenden Regelungslücke ist es sach- und interessengerecht, in dieser Sonderkonstellation entsprechend § 307 ZPO das Anerkenntnis eines prozessualen Antrags zuzulassen.

b)

Soweit die Beklagte begehrt, die Klage im Umfang der Abänderung abzuweisen, war dem nicht zu entsprechen, da dem Kläger erstinstanzlich etwas zugesprochen worden ist, was er nicht beantragt hatte. Das erstinstanzliche Urteil ist unter Verstoß gegen § 308 Abs. 1 S. 1 ZPO ergangen, da das Amtsgericht den vom Kläger tatsächlich gestellten Antrag offenbar als nicht sachdienlich angesehen und, anstatt gemäß § 139 Abs. 1 S. 2 ZPO auf sachdienliche Anträge hinzuwirken, den Antrag des Klägers ausgelegt und ihm dabei eine Reichweite gegeben hat, die er tatsächlich nicht hatte. Der Kläger hatte erstinstanzlich lediglich begehrt, der Beklagten die Speicherung „personenbezogener Daten“ zu untersagen. Aus seinen erstinstanzlichen Schriftsätzen ergibt sich auch, dass der Kläger Rückschlüsse aus den gespeicherten Informationen auf seine Person nur im Zusammenhang mit der Speicherung seiner IP-Adresse befürchtete, woraus folgt, dass er den Namen der abgerufenen Datei bzw. Seite, das Datum und die Uhrzeit des Abrufs, die übertragene Datenmenge und die Meldung, ob der Abruf erfolgreich war, für sich genommen ohne Speicherung seiner IP-Adresse nicht als „personenbezogene Daten“ im Sinne seines Klageantrages angesehen hatte.

4.

Die Kosten des Berufungsverfahrens waren der Beklagten aufzuerlegen. Soweit die Berufung zurückgewiesen worden ist, ergibt sich dies bereits aus § 97 Abs. 1 ZPO. Im Übrigen beruht die Kostenentscheidung auf entsprechender Anwendung von § 93 ZPO.

a)

Der Kläger hat seine prozessuale Erklärung innerhalb der Frist zur Berufungserwiderung vor Stellung eines die Berufung zurückweisenden Antrages und damit „sofort“ abgegeben.

b)

Er hat auch nicht durch sein Verhalten zur Berufung Anlass gegeben, weil er einen so weit reichenden Klageantrag erstinstanzlich gar nicht gestellt hatte. Unerheblich ist auch, dass der Kläger vor Begründung der Berufung nicht von sich aus angeboten hatte, auf die Vollstreckung aus dem Urteil teilweise zu verzichten. Der damals nicht anwaltlich vertretene Kläger musste den Verstoß des Amtsgerichts gegen § 308 ZPO nicht erkennen.

c)

§ 93 ZPO ist entsprechend anwendbar, da die kostenrechtlichen Folgen des Anerkenntnisses eines prozessualen Antrags nicht gesetzlich geregelt sind und die Interessenlage vergleichbar mit der Interessenlage im Fall des Anerkenntnisses eines Anspruchs ist. Die Argumentation der Beklagten hiergegen greift nicht durch.

aa)

Unzutreffend ist zunächst, dass die entsprechende Anwendung von § 93 ZPO auf den Fall des Anerkenntnisses eines Berufungsantrags dazu führen würde, dass jeder Berufungskläger bei vermeintlich offensichtlichen Rechtsfehlern der ersten Instanz den Berufungsbeklagten um einen Vollstreckungsverzicht bitten müsste, um einer nachteiligen Kostenfolge zu entgehen. Dies ist allein dann der Fall, wenn die erste Instanz unter Verstoß gegen § 308 Abs. 1 ZPO entscheidet. In allen anderen Fällen lägen die Voraussetzungen des § 93 ZPO nicht vor, da der Berufungsbeklagte dann schon deshalb mit Veranlassung zur Einlegung der Berufung gegeben hat, weil er erstinstanzlich einen entsprechenden Antrag gestellt hat.

bb)

Zudem gehen die Vergleiche der Beklagten mit der Rechtsprechung zur Zulässigkeit einer Vollstreckungsabwehrklage bei Vollstreckungsverzicht fehl. Die zitierte Rechtsprechung (BGH NJW 1955, 1556; OLG Karlsruhe NJWE-FER 2000, 98) behandelt die Frage, ob ein Rechtsschutzinteresse als Zulässigkeitsvoraussetzung für ein gerichtliches Vorgehen verneint oder bejaht werden muss. Darum geht es hier nicht. § 93 ZPO setzt nicht voraus, dass das

gerichtliche Vorgehen der Gegenpartei des Anerkennenden mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig war.

Es kommt auch nicht darauf an, ob die Beklagte gute Gründe hatte, trotz der Möglichkeit des Vollstreckungsverzichts die Berufung durchzuführen. Maßgeblich ist, dass der Kläger hierzu keine Veranlassung gegeben hatte. Es besteht kein Anlass, ihn mit Kosten zu belasten, nur weil die Beklagte verhindern will, dass die Entscheidung des Amtsgerichts in dieser Form veröffentlicht und zitiert wird.

5.

Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit findet in §§ 708 Nr. 1 und Nr. 11, 713 ZPO seine Grundlage.

6.

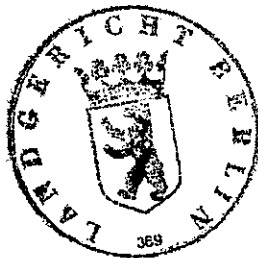
Die Revision war nicht zuzulassen, da die Sache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherstellung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern, § 543 Abs. 2 ZPO. Es handelt sich um eine Einzelfallentscheidung in einer Sonderkonstellation.

Niebisch

Ausgefertigt



V Justizangestellte



Landgericht Hannover

Geschäfts-Nr.:
18 O 300/02

Verkündet am:

18.11.2003

Fischer, Justizangestellte

als Urkundsbeamtin/beamter der Geschäftsstelle

Urteil

Im Namen des Volkes!

In dem Rechtsstreit

des Herrn Dirk Grundke, Bozener Straße 12, 30519 Hannover,

Kläger

Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Ralf Möbius, VVolfenbütteler Str. 1 A,
30519 Hannover,

gegen

Herrn Robert [REDACTED], [REDACTED], 22043 Hamburg,

Beklagter

Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte Dres. [REDACTED] &
[REDACTED], [REDACTED] 2, 22767 Hamburg,
Geschäftszeichen: TS/ie, C-314/2001

wegen Verletzung des Namensrechts

hat die 18. Zivilkammer des Landgerichts Hannover auf die mündliche Verhandlung
vom 28.10.2003 durch

den Vorsitzenden Richter am Landgericht U. Kleybolte,
den Richter am Landgericht Bodenstein
und den Richter am Landgericht Bordt

für **R e c h t** erkannt

Die Klage wird abgewiesen

Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Dem Kläger bleibt vorbehalten die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit leistet.

Tatbestand

Der Kläger ist Beschäftigter bei einer Internetfirma. Er plant eigenen Angaben nach, eine eigene Existenz als Gestalter von Internetauftritten aufzubauen. Hierfür will er seinen Namen als Domain registrieren lassen, um seinen Firmenauftritt unter eigenem Namen zu gestalten und damit zu werben.

Der Beklagte hat, seinerzeit unter der Firma Jung & Hasala GbR handelnd, die Domain "grundke.de" bei der DENIC registriert. Als Domaininhaber ist bei der DENIC "Robert [REDACTED] JHHS Computer" eingetragen. Als administrativer Ansprechpartner war ursprünglich der Beklagte genannt. Nunmehr ist die Geschäftsführerin der Firma Grundke Optik GmbH als administrativer Ansprechpartner bezeichnet.

Der Kläger erwirkte bei der DENIC einen so genannten Dispute- Eintrag, der bewirkt, dass der Beklagte die Domain nicht mehr auf einen Dritten übertragen kann.

Auf der Homepage "grundke.de" ist der Internetauftritt der Grundke Optik GmbH aus Hamburg zu sehen, der von dem Beklagten gestaltet wurde. Für einen nicht näher bestimmten Zeitraum im Sommer 2001 war unter der Adresse grundke.de der Internetauftritt des Beklagten zu sehen, der seine Dienste sonst unter computist.de anbietet.

Der Kläger behauptet, der Beklagte habe die streitbefangene Domain für sich erworben. Er ist der Ansicht, der Beklagte sei Inhaber der Domain und nutze diese für sich, indem er unter seiner Domain ein kostenpflichtiges Angebot für einen Namensträger anbiete. Durch die Registrierung der Domain grundke.de greife er in das Namensrecht des Klägers ein, da der Beklagte ein eigenes Recht an dem Namen in Anspruch nehme.

Der Kläger beantragt,

der Beklagte zu verurteilt, durch schriftliche Erklärung die Internetdomain grundke.de gegenüber der zuständigen Vergabestelle, der DENIC e.G., freizugeben.

Der Beklagte beantragt:

die Klage abzuweisen

Er ist der Ansicht, er habe die Domaininhaberschaft bereits 1999 an die Grundke Optik GmbH abgetreten, so dass eine Rechtsverletzung nicht gegeben sei

Bezüglich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze und die zu den Akten gereichten Unterlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die Klage ist unbegründet

Dem Kläger steht kein Anspruch gegen den Beklagten auf Freigabe der Internetdomain "grundke.de" gegenüber der DENIC zu.

Voraussetzung eines entsprechenden Anspruchs gemäß § 12 BGB wäre, dass der Beklagte in das Namensrecht des Klägers in unberechtigter Vweise eingegriffen hätte, mithin zum Gebrauch des Namens nicht befugt ist. Dies ist vorliegend aber nicht der Fall.

Der Beklagte hat die Domain zwar auf seinen Namen, nicht aber für sich persönlich registriert. Er hat hierbei für die Namensberechtigte Grundke Optik GmbH gehandelt, da er von dieser beauftragt war, deren Internetpräsenz zu verwirklichen.

Es kann daher auch letztlich offen bleiben, ob der Beklagte durch die Registrierung gemäß der DENIC- Registrierungsrichtlinien Domain- Inhaber und Vertragspartner der DENIC geworden ist. Der Beklagte nimmt dadurch jedenfalls kein eigenes Recht am Namen Grundke für sich in Anspruch. Er beansprucht lediglich ein Recht an dem Namen für einen Namensberechtigten, nämlich die Grundke- Optik GmbH.

Der Gebrauch des Namens Grundke ist daher nicht unbefugt. Daran ändert auch die zwischenzeitliche Nutzung der Domain durch den Beklagten für eigene Zwecke nichts. Denn diese Nutzung erfolgte mit Zustimmung durch die berechnigte Grundke GmbH, zudem geht es auch nur um einen begrenzten Zeitraum.

Darüber hinaus ist der Verkehr gewohnt in der Domain-Bezeichnung einen Hinweis auf den Inhaber der Homepage zu sehen. Inhaber der Homepage ist vorliegend aber die Grundke Optik GmbH, die dem Beklagten gestattete seinen Namen bei der Denic als Domaininhaber eintragen zu lassen. Anhaltspunkte dafür, dass eine Genehmigung des Namensinhabers unzulässig sein sollte, bestehen für die Kammer nicht.

Die Rechte des Klägers wurden auch nicht durch die Registrierung verletzt

Der Kläger wurde zwar durch die Registrierung von der Verwendung der Top- Level-Domain grundke.de ausgeschlossen. Die Domain wird aber letztlich von einem Berechnigten genutzt, der zur Wahrnehmung seiner Rechte den Beklagten beauftragte, so dass sich hier zwei Namensberechnigte gegenüber stehen. Derjenige, der sich zuerst als Namensberechnigter eine Domain sichert - hier mithin die Grundke Optik GmbH -, ist gegen etwaige Ansprüche anderer Namensberechnigter geschützt. Dies muss vorliegend auch im Verhältnis zum Beklagten gelten.

Eine Ausnahme gilt nach der Rechtssprechung des BGH, wenn der Name des Betroffenen eine überragende Bekanntheit und Bedeutung erlangt hat. Dies ist vorliegend aber ersichtlich nicht der Fall.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91, 708, 71 1 ZPO

U. Kleybolte

Bodenstein

Bordt

Ausfertigung

Geschäftsnummer:
17 O 671/10



Verkündet am
27. September 2011

Koras, JSin

Überschreiben	als	Überschreiben	Überschreiben
an	der Geschäftsstelle	Verlange	mit Akte
Mdt.	EINGEGANGEN	mit Akte	
zurücknehmen	0 4. OKT. 2011	mit Akte	
	HEYN	zurücknehmen	
	Anwaltskanzlei		
Mdt. Stellungn.	zahlen	Mdt. zur Zahlung	

Landgericht Stuttgart

17. Zivilkammer

Im Namen des Volkes

Urteil

Im Rechtsstreit

[REDACTED]
vertreten durch d. [REDACTED]
[REDACTED]

- Klägerin -

Prozessbevollmächtigte:

[REDACTED] 3)

gegen

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

- Beklagte -

Prozessbevollmächtigte:

wegen Urheberrechtsverletzung

hat die 17. Zivilkammer des Landgerichts Stuttgart im schriftlichen Verfahren auf der Grundlage der bis zum 23.07.2011 eingegangenen Schriftsätze unter Mitwirkung von

Vors. Richter am Landgericht Rzymann

Richter am Landgericht Dr. Röhm

Richterin am Landgericht Wiedmer

für **Recht** erkannt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines Ordnungsgeldes von bis zu 250.000,- € für jeden Fall der Zuwiderhandlung und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft von bis zu sechs Monaten, oder Ordnungshaft von bis zu sechs Monaten, die Ordnungshaft zu vollstrecken an ihrem Rektor, zu unterlassen,

Teile des Werkes [REDACTED] ohne Zustimmung der Klägerin elektronisch zu vervielfältigen, zu verbreiten, öffentlich zugänglich zu machen und/oder solche Handlungen durch Dritte begehen zu lassen, indem sie

- a. ihren Studierenden ermöglicht, die Werkteile als elektronische Datei herunter zu laden und auf Datenträgern zu speichern, sofern der Umfang des Werkteils insgesamt mehr als 3 Seiten umfasst;
- b. ihren Studierenden den Abruf der Werkteile in elektronischer Form ohne die Möglichkeit der Speicherung ermöglicht, sofern der Umfang des Werkteils insgesamt mehr als 48 Seiten umfasst;
- c. ihren Studierenden ermöglicht, die nach a oder b zur Verfügung gestellten Werkteile ganz oder teilweise auszudrucken, sofern der Umfang des Werkteils insgesamt mehr als 48 Seiten umfasst.

2. Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin Auskunft über den Umfang der rechtsverletzenden Handlungen nach vorstehender Ziffer 1 zu erteilen, insbesondere unter Angabe der Zeitpunkte und Zeiträume der öffentlichen Zugänglichmachung und der Anzahl der Zugriffe auf die jeweiligen Werkteile seit dem Zeitpunkt ihrer öffentlichen Zugänglichmachung.

3. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtliche Schäden zu ersetzen, die ihr aus den in Ziffer 1 beschriebenen Handlungen bereits entstanden sind oder künftig noch entstehen werden.

4. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 1.185,- € nebst 5 % Zinsen seit dem 10.02.2011 zu bezahlen.
5. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
6. Von den Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin $\frac{1}{4}$, die Beklagte $\frac{3}{4}$.
7. Das Urteil ist für die Klägerin hinsichtlich der Ziffern 4 und 6 gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils vollstreckbaren Betrages, im Übrigen gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 25.000,- € vorläufig vollstreckbar. Das Urteil ist für die Beklagte vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte zuvor Sicherheit in gleicher Höhe geleistet hat.

Streitwert: 75.000,- € (Antrag Ziffer 1: 50.000,- €, Anträge Ziffer 2 und 3 jeweils 12.500,- €)

Tatbestand

Die Parteien streiten um die Rechtmäßigkeit der öffentlichen Zugänglichmachung mehrerer Seiten eines Buches auf der von der Beklagten den Studenten zur Verfügung gestellten elektronischen Lernplattform.

Die Klägerin ist Verlegerin des Buches [REDACTED] [REDACTED] das einen Überblick über die Geschichte der Psychologie von der Antike bis zur jüngsten Gegenwart gibt (Anlagen K 5, 8, Bl. 7, 32). Das Werk ist wegen seiner nach Epochen und Personen (unter anderem Seiten 1 bis 37 [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]) gegliederten Darstellung als Nachschlagewerk und als begleitende Studienliteratur für Studenten der Fachrichtung Psychologie besonders geeignet. Das Gesamtwerk umfasst in der Ausgabe 2007 insgesamt 533 Seiten, bestehend aus 18 Seiten (römische Ziffern) Inhaltsverzeichnis, Vorwort, Einleitung, und weiteren 515 Seiten (arabische Ziffern), nämlich Text (476 Seiten) sowie Literatur-, Namens- und Sachverzeichnisse (Anlagen K 5 Bl. 54, 62f., 85 d. A.). Die Beklagte ist die einzige [REDACTED] die unter anderem einen Bachelor-Studiengang im Fach Psychologie und eine elektronische Lernplattform namens [REDACTED] anbietet, über welche Lerninhalte als auch weiterführende Literatur elektronisch abrufbar gehalten werden. Genutzt werden kann die Lernplattform nach der Eingabe des Benutzernamens und Passwortes durch die für den jeweiligen Kurs (Modul) angemeldeten Studenten (Erstteilnehmer und Wiederholer in und außerhalb von Deutschland) (Anlagen B 10, 11; Bl. 53, 123, 137f. d. A.).

Die Beklagte schlägt den Studenten des Bachelor-Studienganges Psychologie, die den Kurs „Modul 1, Einführung in die Psychologie und ihre Geschichte“ belegen, im Studienbrief sowohl das Werk [REDACTED] [REDACTED] 4. Auflage 2009, welches sich mit der Zeit ab dem 19. Jahrhundert beschäftigt, als auch das von der Klägerin herausgegebene Werk als Pflichtlektüre vor, denn in dem Kurs sollen die grundlegenden Gegenstände, Ziele, Strömungen, Theorien und Teildisziplinen der Psychologie vermittelt werden.

Die Beklagte stellte im Wintersemester 2008/2009 und Sommersemester 2009 ihren über 4.000 Studierenden des Bachelor-Studiengangs Psychologie der Stufe „Modul 1“ insgesamt 91 Seiten des Werkes [REDACTED] betreffend der Personen [REDACTED] auf der elektronischen Lernprogramm „Moodle“ als PDF-Datei zum Download zur Verfügung (Bl. 54 d. A.). Hierauf wurde die Klägerin durch den Blog-Beitrag auf der Webseite [REDACTED] mit folgendem Inhalt aufmerksam: *„Ein Teil aus diesem Buch gehört zur empfohlenen Literatur, der wird aber i. d. R. als PDF bereitgestellt. Ich selbst habe mir das Buch gekauft. Der Inhalt ist sicherlich interessant, aber wenn ich jetzt die Wahl hätte, würde ich es nicht kaufen...“* (Anlage K 10, Bl. 8, 34 d. A.). In einem weiteren Blogbeitrag auf der Webseite [REDACTED] fand die Klägerin den Eintrag: *„Wichtig: Nichts kaufen, lediglich den Lück irgendwo ausleihen, den braucht man danach nie mehr wieder. Der Rest wird in Moodle zum Download bereit gestellt, wer die Bücher kauft, macht das faktisch umsonst“* (Anlage K 11, Bl. 8, 34 d. A.). Hierauf mahnte die Klägerin die Beklagte am 22.07.2009 ab und forderte sie auf, unverzüglich eine Verbreitung von PDF-Dateien zu unterlassen (Anlage K 12, Bl. 9, 36 d. A.), woraufhin die Beklagte nach weiterer Korrespondenz am 17.11.2009 mitteilte, sich an die Vorgaben des § 52a UrhG zu halten (Anlage K 15, Bl. 9, 39 d. A.). Am 21.08.2009 schrieb eine Studentin folgenden Blog-Eintrag (Anlage K 25, Bl. 89, 110 d. A.): *„So, jetzt habe ich meinen Beitrag mal einzeln gestellt, damit er gleich gefunden werden kann: Pflichtliteratur M1 & M2. Kaufen muss man zu M1 nichts, es genügt den Lück auszuleihen, der Rest wird als Download in Moodle bereit gestellt.“*

Auf ihre Schreiben vom 05.08.2009 und 17.11.2009 stellte die Beklagte im Herbst 2009 die Nutzung des Werkes für die Teilnehmer des Semesters „Modul 1“ durch das Programm „FlashPlayer“ der Firma Macromedia so um, dass ein Abspeichern und in Umlaufbringen des digitalisierten Auszuges unmöglich wurde (Anlagen K 13, 15; Bl. 54f., 57, 122, 147f. d. A.).

Mit Schreiben vom 09.08.2010 bat die Beklagte die Klägerin um eine Genehmigung der Werknutzung (Anlage K 16, Bl. 9, 40 d. A.). Hierauf bot die Klägerin den Abschluss eines Lizenzvertrages zur elektronischen Zurverfügungstellung der Werkteile an registrierte Nutzer gegen Zahlung von 0,10 € pro genutzter Seite, Zugangsberechtigtem und

Lerneinheit an (Anlage K 17, Bl. 10, 41 d. A.). Nachdem die Beklagte das Angebot nicht angenommen und eine Nutzungsaufnahme der Werkteile zum 01.10.2010 ankündigte, ließ die Klägerin sie mit Anwaltsschriftsatz vom 27.10.2010 abmahnen (Anlage K 19, Bl. 10, 43 d. A.).

Am 04.11.2010 schrieb eine Studentin auf der Plattform [REDACTED]: „Hey, die Pflichtklausur aus dem Buch „Meilensteine der Psychologie“ wird nicht mehr in Moodle zur Verfügung gestellt. Da ich zur Zeit sehr pleite bin, möchte ich fragen, ob jemand die PDFs vom letzten Semester gespeichert hat und mir mailen kann?....“, worauf sie einen Link zur „Materialsammlung M1“ erhielt, welche die PDF-Datei enthielt (Anlage K 21, Bl. 11, 45 d. A.).

Die Studienbriefe der Beklagten für die Semester 2008 bis 2010 enthalten im Abschnitt „Geschichte der Psychologie“ (Anlagen B 6 bis B 9, Bl. 133 – 136 d. A.), in denen unter anderem die Lehren von [REDACTED] besprochen werden, Verweise auf das streitgegenständliche Werk.

Die Klägerin ist der Ansicht, die Beklagte habe durch das Einscannen der Werkteile, die Anfertigung der PDF-Dateien und das Einpflegen der Werkteile in die Datenbank ihrer elektronischen Lernplattform eine unzulässige Vervielfältigung vorgenommen, um das Werk öffentlich zugänglich zu machen. Durch die Zugänglichmachung und ermöglichte Herstellung von elektronischen und gedruckten Kopien des geschützten Werkes stünden ihr gegen die Beklagte wegen §§ 16, 17, 19a UrhG die beantragten Unterlassungs-, Auskunfts- und Schadensersatzansprüche nach §§ 97, 101 UrhG, § 242 BGB zu.

Die Handlungen seien nicht durch § 52a Abs. 1 Nr. 1 UrhG gerechtfertigt, denn es sei keine Veröffentlichung kleiner Teile eines Werkes für einen bestimmt abgegrenzten Kreis von Unterrichtsteilnehmern zur Veranschaulichung im Unterricht geboten gewesen. Im Übrigen verstoße der nach § 137k UrhG bis zum 31.12.2012 befristete § 52a Abs. 1 Nr. 1 UrhG gegen Art. 14, 3 GG, denn er beinhalte keine zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels geeignete und erforderliche Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG und führe zu einer Ungleichbehandlung, da Schulbücher nach § 52a Abs. 2 S. 1 UrhG von der Regelung ausgenommen seien.

Mit den 91 Seiten seien im Verhältnis zu den relevanten 476 Textseiten (Anlagen K 5, 7; Bl. 6, 30f.) 19,12 % veröffentlicht worden, was keinen kleinen Teil des Gesamtwerkes darstelle. Dies ergebe sich indiziell auch aus den bisher geschlossenen Gesamtverträgen (Anlagen K 32 bis 34, Bl. 96, 117ff. d. A.) und aus dem nicht rechtskräftigen Urteil des Oberlandesgerichts München vom 24.03.2011 - 6 WG 12/09 - bezüglich des Abschlusses eines Gesamtvertrages zu § 52a UrhG zwischen der Verwertungsgesellschaft Wort (im Folgenden: VG Wort) und den Ländern (Anlage 35; Bl. 96, 120 d. A.). Für die Bestimmung des kleinen Werkteiles komme es nicht auf die Relation zum Umfang des Gesamtwerkes an, denn andernfalls könnten aus umfangreichen Werken bzw. Buchreihen ganze Lehrbücher übernommen werden. In Anlehnung an § 53 Abs. 3, § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 4a, § 46 UrhG seien an den Begriff strenge Anforderungen zu stellen. Nach § 46 UrhG dürften maximal 10 DIN A5-Seiten, nach § 53 UrhG weniger als 20 % des Werkes entnommen werden. Da § 52a Abs. 1 UrhG im Gegensatz zu § 46 UrhG nicht die Übernahme von „Teilen eines Werkes“, sondern nur von „kleinen Teilen eines Werkes“ ermögliche, liege der gestattete Umfang nochmals unterhalb der Obergrenze des § 46 UrhG, so dass nur eine Entnahme von 3 Seiten zulässig sei (Bl. 17 d. A.), was sich auch aus dem Rechtsgutachten des Herrn Prof. Dr. Christian Berger vom 10.10.2010 (Anlage K 22, Bl. 15, 46 d. A.) ergebe.

Auch der in § 52a UrhG vorausgesetzte inhaltliche und zeitliche Bezug zum Unterricht liege nicht vor. Indem die Beklagte mitgeteilt habe, dass das Werk der Klägerin zur Pflichtlektüre für das Modul 1 des Bachelor-Studienganges Psychologie (Anlage K 16, Bl. 18, 40 d. A.) gehöre, habe sie zum Ausdruck gebracht, dass es gerade nicht zur Veranschaulichung des Unterrichts genutzt werde, sondern die Grundlage bzw. Vorbereitung für das Semester Modul 1 darstelle. Es sei weder sichergestellt, dass die Inhalte der Textauszüge tatsächlich im Unterricht behandelt würden, noch sei die Nutzungsmöglichkeit zeitlich beschränkt. Der § 52a UrhG bezwecke lediglich, das Unterrichtsmaterial, welches den Studenten bisher in Papierform im Unterricht zur Besprechung ausgehändigt worden sei, nunmehr elektronisch verfügbar zu machen (Anlage K 31, Bl. 94, 116 d. A.). Ein Hilfsmittel, wie die vom Unterricht unabhängige, begleitende, vertiefende Lektüre falle nicht unter § 52a UrhG.

Indem die Beklagte die Texte den gesamten Teilnehmern des Kurses „Modul 1“ des Studienganges Psychologie, also auch den Studierenden höherer Semester (Anlagen K

23, 24, Bl. 87, 100 d. A.), zur Verfügung stelle, und sich die Studenten nicht nur in Deutschland aufhalten würden, wie es das Oberlandesgericht München fordere, sei das Werk keinem abgegrenzten Kreis von Unterrichtsteilnehmern im Sinne von § 52a Abs. 1 Nr. 1 UrhG zugänglich.

Auch sei sie Zugänglichmachung nicht zu dem „jeweiligen Zweck geboten“. Der § 52a UrhG sei anhand von Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.05.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft auszulegen. Nach dem dort geregelten „Drei-Stufen-Test“ komme § 52a UrhG nur zur Anwendung, wenn es sich um einen Sonderfall handle, die normale Werkverwendung nicht beeinträchtigt werde, und die Interessen des Rechtsinhabers nicht ungebührlich verletzt würden. Nach diesen Kriterien sei die Bereitstellung von 91 Seiten des Werkes nicht geboten, denn die bei der Beklagten über 4.000 eingeschriebenen Studenten des Fachbereichs Psychologie der Stufe „Modul 1“ seien die wesentliche Käuferzielgruppe des streitgegenständlichen Werks. Im Jahr 2010 seien auf den Beginn der Semester 57,6 % (September und Oktober) bzw. 32,3 % (April bis Juni) der Verkäufe entfallen. Da ausweislich der Internetbeiträge ein großer Teil der Studenten der Beklagten des Bachelor-Studienganges Psychologie aufgrund der kostenlosen Zurverfügungstellung im Semester „Modul 1“ das Buch nicht mehr erwerben würden, sei der Primärmarkt des Werkes erheblich beeinträchtigt. Im Übrigen sei nach dem „Drei-Stufen-Test“ die Anwendung des § 52a UrhG ausgeschlossen, weil die Beklagte das Angebot zur angemessenen Vergütung der Nutzung der Lehrelemente abgelehnt habe. Die Beklagte könne sich nicht auf § 52a Abs. 4 UrhG berufen, denn die VG Wort verlange keine marktgerechte, angemessene Vergütung. Eine Annex-Vervielfältigung sei nicht gegeben, denn die Ermöglichung von Vervielfältigungen durch die Studenten sei nicht nach § 52a Abs. 3 UrhG erforderlich (Bl. 106f. d. A.). Die „Literaturempfehlung“ der Beklagten betreffe auch das Werk des [REDACTED] ohne dass dieses teilweise veröffentlicht werde (Anlagen B 6 bis B 9; Bl. 21, 90, 151 d. A.).

Die Klägerin beantragt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines Ordnungsgeldes von bis zu 250.000,-- € für jeden Fall der Zuwiderhandlung und für den Fall, dass dieses nicht

beigetrieben werden kann, Ordnungshaft von bis zu sechs Monaten, oder Ordnungshaft von bis zu sechs Monaten, die Ordnungshaft zu vollstrecken an ihrem Rektor, zu unterlassen,

Teile des Werkes [REDACTED], ohne Zustimmung der Klägerin elektronisch zu vervielfältigen, zu verbreiten, öffentlich zugänglich zu machen und/oder solche Handlungen durch Dritte begehen zu lassen, indem sie

- a. ihren Studierenden ermöglicht, die Werkteile als elektronische Datei herunter zu laden und auf Datenträgern zu speichern, und/oder
- b. ihren Studierenden den Abruf der Werkteile in elektronischer Form ohne die Möglichkeit der Speicherung ermöglicht, und/oder,
- c. ihren Studierenden ermöglicht, die nach a) oder b) zur Verfügung gestellten Werkteile ganz oder teilweise auszudrucken,

sofern der Umfang des Werkteils insgesamt mehr als 3 Seiten umfasst;

Hilfsweise:

Teile des Werkes [REDACTED], ohne Zustimmung der Klägerin elektronisch zu vervielfältigen, zu verbreiten, öffentlich zugänglich zu machen und/oder solche Handlungen durch Dritte begehen zu lassen, indem sie

- a. ihren Studierenden ermöglicht, die Werkteile als elektronische Datei herunter zu laden und auf Datenträgern zu speichern, und/oder
- b. ihren Studierenden den Abruf der Werkteile in elektronischer Form ohne die Möglichkeit der Speicherung ermöglicht, und/oder,
- c. ihren Studierenden ermöglicht, die nach a) oder b) zur Verfügung gestellten Werkteile ganz oder teilweise auszudrucken,

sofern der Umfang des Werkteils insgesamt mehr als 48 Seiten umfasst;

Höchst Hilfsweise:

Teile des Werkes [REDACTED], ohne Zustimmung der Klägerin elektronisch zu vervielfältigen, zu verbreiten, öffentlich zugänglich zu machen und/oder solche Handlungen durch Dritte begehen zu lassen, indem sie

- a. ihren Studierenden ermöglicht, die Werkteile als elektronische Datei herunter zu laden und auf Datenträgern zu speichern, und/oder
- b. ihren Studierenden den Abruf der Werkteile in elektronischer Form ohne die Möglichkeit der Speicherung ermöglicht, und/oder,
- c. ihren Studierenden ermöglicht, die nach a) oder b) zur Verfügung gestellten Werkteile ganz oder teilweise auszudrucken,

sofern der Werkteil die nachfolgenden Kapitel des Werkes umfasst: [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

2. Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin Auskunft über den Umfang der rechtsverletzenden Handlungen nach vorstehender Ziffer 1 zu erteilen, insbesondere unter Angabe der Zeitpunkte und Zeiträume der öffentlichen Zugänglichmachung und der Anzahl der Zugriffe auf die jeweiligen Werkteile seit dem Zeitpunkt ihrer öffentlichen Zugänglichmachung.
3. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtliche Schäden zu ersetzen, die ihr aus den in Ziffer 1 beschriebenen Handlungen bereits entstanden sind oder künftig noch entstehen werden.
4. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 1.580,-- € nebst 5 % Zinsen seit Klageerhebung zu zahlen.

Die Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie trägt vor,

dass sich die Zugriffsmöglichkeit im Wintersemester 2009/2010 und Sommersemester 2010 auf die Seiten [REDACTED]

[REDACTED] mit insgesamt 68 Seiten bzw. 12,76 % des Gesamtwerkes, beschränkt habe (Anlage B 2; Bl. 55, 77 d. A.).

Die mit der Verfügbarmachung von Teilen des streitgegenständlichen Werkes verbundenen Verwertungshandlungen seien durch den verfassungsgemäßen § 52a UrhG legitimiert. Die seit dem Inkrafttreten im Jahr 2003 mehrmals erfolgten Befristungen des Gesetzes seien unter Berücksichtigung des Gesetzeszweckes, nämlich Förderung der Nutzung der modernen Kommunikationsmittel in Unterricht und Wissenschaft (vgl. BT-Drucks 15/38, S. 20; Bl. 59 d. A.), lediglich darauf zurückzuführen, dass der Gesetzgeber den Verwertungsgesellschaften und Bundesländern Gelegenheit für den Abschluss von Gesamtverträgen über die Vergütung nach § 52a Abs. 4 UrhG habe geben wollen, die einen angemessenen Interessenausgleich schaffe.

Für die Entscheidung, ob die Voraussetzung „kleiner Teil des Werkes“ vorliege, seien die entnommenen Seiten mit der Gesamtzahl von 533 Seiten ins Verhältnis zu setzen, wobei im Online-Shop „Amazon“ das Werk sogar mit 550 Druckseiten beschrieben sei (Anlage B 1; Bl. 54, 76 d. A.). Die Obergrenze des zulässigen Umfangs der Entnahme nach § 52a UrhG sei nach herrschender Meinung relativ zu bestimmen. Aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes verbiete sich eine Bestimmung anhand von absoluten Mengen, denn die Entnahme einer bestimmten Seitenanzahl berühre den Rechtsinhaber eines Werkes mit geringem Umfang wesentlich mehr als den eines großen Werkes. Die Obergrenze sei nach herrschender Meinung bei 20 % in aller Regel nicht überschritten, so dass weder nach den von der Klägerin berechneten 19,12 % noch nach den tatsächlich veröffentlichten 17,07 % (Wintersemester 2008/2009, Sommersemester 2009) und 12,76 % (Wintersemester 2009/2010, Sommersemester 2010) des Gesamtwerkes der erlaubte Umfang des § 52a UrhG überschritten sei. Im Übrigen sei die Bewertung, ob der entnommene Teil den Erwerb des Gesamtwerkes ersetzen könne, objektiv am

Gesamthalt des Werkes zu bestimmen. Da das Buch [REDACTED] insgesamt 72 Personen vorstelle, seien die Kernaussagen des restlichen Werkteils durch die veröffentlichten Texte zu den 14 bzw. 9 Personen nicht obsolet geworden. Ergänzend könne auf die Ausführungen des Privatgutachters [REDACTED] verwiesen werden (Anlage B 5; Bl. 65, 80 d. A.).

Zur Veranschaulichung im Unterricht diene die öffentliche Zugänglichmachung bereits dann, wenn dadurch der Lesestoff verständlicher dargestellt und leichter erfassbar sei. Hierfür spreche auch, dass die Beklagte in den Studienbriefen auf andere Darstellungen in dem Buch verweise und das streitgegenständliche Werk als Pflichtlektüre bezeichne (Anlagen B 6 bis 9, Bl. 123 - 136 d. A.), denn die Pflichtliteratur beinhalte unbedingt prüfungsrelevantes Wissen und müsse deshalb von den Studenten gelesen und bearbeitet werden. Die Vervielfältigungen seien als Annex nach § 52a Abs. 3, § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG erlaubt.

Die Studentenzahl überschreite zwar die Zuhörerzahl bei Präsenzvorlesungen, aber durch die Zugangskontrollen (Passwort, Benutzername) handle es sich dennoch um einen abgegrenzten Kreis von Unterrichtsteilnehmern. Die Ansicht, dass die Veröffentlichung auf Deutschland beschränkt werden müsse, verstoße gegen das Recht auf Freizügigkeit nach Art. 21 AEUV.

Die Interessenabwägung führe zu einem „Gebotensein“ der Entnahme. Es sei zu berücksichtigen, dass für die Studenten der [REDACTED] nicht die Möglichkeit bestünde, in einer Präsenzbibliothek die erforderlichen Bücher nachzuschlagen und kostengünstig Kopien anzufertigen. Der Umstand, dass die Klägerin der Beklagten ein Angebot zur entgeltlichen Lizenzierung unterbreite habe, stünde der Gebotenheit nicht entgegen, denn die Notwendigkeit, das kostenpflichtige Angebot in Anspruch zu nehmen, ließe unberücksichtigt, dass bei Erfüllung der sonstigen Voraussetzungen des § 52a Abs. 1 Nr. 1 UrhG der Privilegierte gerade kein Interesse an dem Werk als Ganzes habe. Der „Drei-Stufen-Test“ sei nicht heranzuziehen, denn der Gesetzgeber habe in § 52a UrhG bereits den in Artikel 5 Abs. 5 der Richtlinie 2001/29/EG wurzelnden Grundsatz berücksichtigt. Im Übrigen habe sich die Literaturempfehlung der Beklagten positiv auf die Verkaufszahlen der Klägerin zu Beginn des Semesters ausgewirkt. Die Blog- und Foreneinträge seien kein Indiz für eine Beeinträchtigung der Primärmarktinteressen der

Klägerin. Der Student, welcher nur einen Teil des Werks benötige, kopiere entweder diese Texte oder verzichte auf das Buch.

Für das weitere Vorbringen der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. Mit Zustimmung der Parteien hat das Gericht in der mündlichen Verhandlung vom 09.06.2011 (Bl. 139ff. d. A.) die Entscheidung im schriftlichen Verfahren angeordnet. Die Parteien, welche bis zum 23.07.2011 Schriftsätze einreichen konnten, haben ihre Zustimmung am 08./09.09.2011 nochmals wiederholt.

Entscheidungsgründe

I.

Die zulässige Klage ist teilweise begründet:

1. Die Klägerin kann nach §§ 15, 19a, 16 UrhG in Verbindung mit § 97 Abs. 1 UrhG von der Beklagten verlangen, dass diese es unterlässt, mehr als 3 Seiten des streitgegenständlichen Werkes in einer Weise zugänglich zu machen, die es Studierenden ermöglicht, diese als elektronische Datei herunterzuladen oder auf Datenträgern zu speichern.
 - a. Die Beklagte hat durch das Einscannen der 91 bzw. 68 Seiten des Buches ~~„M...“~~ die Anfertigung der PDF-Dateien und das Einpflegen der Werkteile in die Datenbank der elektronischen Lernplattform „Moodle“ nach § 16 UrhG eine Vervielfältigung vorgenommen und durch das Bereithalten des Werkes im Internet für die über 4.000 zugangsberechtigten Studenten des Kurses „Modul 1“ des Bachelor-Studienganges Psychologie das Werk nach §§ 19a, 15 Abs. 3 UrhG öffentlich zugänglich gemacht (vgl. Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 3. Auflage 2009, § 19a UrhG Rdnr. 12 m. w. N.), denn das Lehrangebot im Intranet einer Universität ist nach § 15 Abs. 3 UrhG öffentlich (vgl. Dreier in Dreier/Schulze, UrhG, 3. Auflage 2008, § 19a UrhG, Rdnr. 7).
 - b. Diese Handlungen erfolgten widerrechtlich, da die Beklagte im Wintersemester 2008/2009 und Sommersemester 2009 ohne Zustimmung der Klägerin durch das

Erstellen und Einpflegen einer PDF-Datei auf der elektronischen Lernplattform „Moodle“ eine Speicherung der Werkteile auf den Computern der Studenten ermöglichte. Die Beklagte war nämlich unabhängig von der aus dem Buch „[REDACTED]“ entnommenen Seitenanzahl verpflichtet, statt einer PDF-Datei ein anderes Dateiformat zu wählen, das im Rahmen des Online-Abrufverfahrens die Einrichtung funktionierender Schutzmechanismen erlaubt, um die Speicherung der Werkteile (Antrag Ziffer 1 lit. a) auf den Computern der Studenten unmöglich zu machen.

- c. Während der Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 06.11.2002 in § 52a Abs. 2 UrhG-E vorsah, dass auch die mit der öffentlichen Zugänglichmachung im Zusammenhang stehenden Vervielfältigungen zulässig sein sollen, soweit die Vervielfältigungen zu dem jeweiligen Zweck geboten sind (BT-Drucks. 15/38 S. 7, 20), sind nach § 52a Abs. 3 UrhG nur die erforderlichen Vervielfältigungshandlungen zugelassen, soweit die Zugänglichmachung eines kleinen Teils des Werks nach § 52a Abs. 1 Nr. 1 UrhG geboten ist. Insoweit wird der Rahmen für die Zugänglichmachung nicht erforderlicher, aber nach anderen Vorschriften zulässiger Vervielfältigungshandlungen von § 53 Abs. 2 und 3 UrhG bestimmt (vgl. Bericht des Rechtsausschusses BTDrucks. 15/837 S. 34).

Da die für Schulbücher vorgesehenen weiteren Beschränkungen nach § 52a Abs. 2 S. 1 UrhG und § 53 Abs. 3 S. 2 UrhG bei akademischen Lehrbüchern nicht bestehen, können die Studenten die nach der Schrankenbestimmung des § 52a Abs. 1 Nr. 1 UrhG zur Verfügung gestellten kleinen Teile des Werkes nach § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG vervielfältigen (vgl. Prof. Berger, Anlage K 22, S. 14 Ziffer 44). Für die Rechte der Beklagten aus § 52a UrhG ist aber grundsätzlich nicht maßgeblich, ob von den Nutzern der elektronischen Lernplattform angefertigte Vervielfältigungen gemäß § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG gestattet sind, sondern es ist zu prüfen, ob die Beklagte eine solche Anschlussnutzung überhaupt schaffen durfte. Die öffentliche Zugänglichmachung nach § 19a UrhG beinhaltet die drahtgebundene oder drahtlose Zugänglichmachung in einer Weise, dass das Werk den Mitgliedern der Öffentlichkeit an Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist (Loewenstein in Schricker/Loewenstein, Urheberrecht, 4. Auflage 2010, § 52a UrhG Rdnr. 5). Die Zugänglichmachung bedarf des Einscannens der Werkteile, der Erstellung einer Datei, und

des Einpflegens der Werkteile in die Datenbank der elektronischen Lernplattform. Zwar ist die Zugänglichmachung nach § 52a Abs. 1 Nr. 1 UrhG im Gegensatz zu § 53b UrhG nicht an einen bestimmten Ort gekoppelt, aber es war lediglich die Intention des Gesetzgebers, mit § 52a Abs. 1 Nr. 1 UrhG eine Nutzung zu ermöglichen, die der analogen Nutzung vergleichbar ist (BT-Drucks. 15/38 S. 20). Die Speicherung auf den Computern der Studenten stellt eine einfachere und qualitativ höherwertige Vervielfältigung als die analoge Nutzung dar, denn das abgespeicherte Werk kann zum Beispiel direkt in die eigene Textverarbeitung übernommen werden. Die Erstellung einer PDF-Datei, durch welche eine Speicherung auf den Computern der Studenten ermöglicht wurde, war somit keine erforderliche Vorbereitungshandlung für die Zugänglichmachung im Sinne von § 52a Abs. 3 UrhG. Vielmehr hätte die Beklagte bereits im Wintersemester 2008/2009 ein anderes Dateiformat wählen müssen.

- d. Da die Beklagte mit dem Schreiben vom 09.08.2010 (Anlage K 15, Bl. 39 d. A.) keine hinreichende Unterlassungserklärung im Sinne von § 97a UrhG abgegeben hat, ist dem Antrag Ziffer 1 lit. a stattzugeben.
2. Der Klägerin steht ein Anspruch auf Unterlassung nach §§ 15, 19a, 16, 97 Abs. 1 UrhG betreffend der Ermöglichung des elektronischen Abrufs von Werkteilen zu, sofern der Umfang des Werkteils mehr als 48 Seiten umfasst. Ein weitergehender Anspruch steht der Klägerin nicht zu.
 - a. Die Beklagte darf nach § 52a Abs. 1 Nr. 1 UrhG ihren ca. 4.000 Teilnehmer des Kurses „Modul 1, Einführung in die Psychologie und ihre Geschichte“ bis zu 10 % der 476 Textseiten des Werkes [REDACTED] somit bis 48 Seiten, in der elektronischen Lernplattform „Moodle“ zur Verfügung stellen:
 - aa. Die Schrankenbestimmung nach § 52a Abs. 1 Nr. 1 UrhG ist richtlinienkonform auszulegen, so dass neben Art. 5 Abs. 3 lit. a der Richtlinie 2001/29/EG vom 22.05.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft („InfoSoc-Richtlinie“) der in Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie enthaltene so genannte Drei-Stufen-Test zu berücksichtigen ist. Dieser bestimmt, dass die in Art. 5 Abs. 1, 2, 3 und 4 der Richt-

linie genannten Ausnahmen und Beschränkungen nur in bestimmten Sonderfällen angewandt werden dürfen (Stufe 1), in denen die normale Verwertung des Werkes oder des sonstigen Schutzgegenstands nicht beeinträchtigt wird (Stufe 2) und die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers nicht ungebührlich verletzt werden (Stufe 3).

bb. Der nach § 52a Abs. 1 Nr. 1 UrhG geforderte Zweck der Zugänglichmachung der Werkteile zur „Veranschaulichung im Unterricht“ liegt vor. Denn diese Voraussetzung ist bereits gegeben, wenn die Veröffentlichung des Werkinhalts notwendig, oder zumindest hilfreich für die Darstellung des Unterrichtstoffes ist (Dustmann in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 10. Auflage 2008, § 52a UrhG Rdnr. 9).

(1) Trotz des unterschiedlichen Wortlauts zu § 53 Abs. 3 UrhG (Veranschaulichung des Unterrichts) muss auch bei § 52a Abs. 1 Nr. 1 UrhG die Zugänglichmachung nicht während des Unterrichts erfolgen, denn ansonsten müsste sich die Schrankenbestimmung statt auf § 19a UrhG auf ein Wahrnehmbarmachen nach § 22 UrhG beziehen (vgl. Dreier, in Dreier/Schulze, a. a. O., § 52 UrhG Rdnr. 6).

(2) Vor allem hat aber die Beklagte durch die Vorlage der Studienbriefe Wintersemester 2008/2009 bis Sommersemester 2010 (Anlagen B 6 bis 9; Bl. 133 - 136 d. A.) nachgewiesen, dass die Veröffentlichung dem Zweck dient, den im Kurs „Modul 1, Einführung und Geschichte der Psychologie“ zu behandelnden Unterrichtsstoff besser und verständlicher darzustellen, so dass der inhaltliche Bezug zum Unterricht gegeben ist (vgl. Dustmann in Fromm/Nordemann, a. a. O., § 52a UrhG Rdnr. 9).

(a) In den Studienbriefen für die Wintersemester 2008/2009 bis Sommersemester 2010 (Anlage B 6 bis 9) heißt es zwar auf der Seite 45: *„Daher sollte dieser Text als Leitfaden gelesen werden, um Stichworte und Namen von Personen aus der Psychologiegeschichte als Hinweise zu versehen, in Lehrbüchern zur Geschichte der Psychologie entsprechende dazugehörige Texte nachzulesen.....Im Text wird bei Namen öfter in Klammern „Meilensteine“ erwähnt. Dies verweist auf ein Werk, in dem die Geschichte der Psychologie nach Personen, Werk und Wirkung dargestellt ist, was sehr hilfreich ist, um sich eine Orientierung über bedeutende Personen für die und der Psy-*

chologie zu verschaffen....“ In den nahezu gleichlautenden Studienbriefen wird ein „Abriss der Psychologiegeschichte gegeben, der am Problemfeld der Seele orientiert ist“. Hierzu werden beispielsweise im Studienbrief für das Sommersemester 2010 (Anlage B 9, Bl. 136 d. A.) die Seelenlehren von Sokrates (S. 59, 62), Platon (S. 62), Aristoteles (S. 64), Augustinus (S. 73), von Aquin (S. 75), Descartes (S. 79), Hume (S. 80), Herbart (S. 87), Dilthey (S. 92), Galton (S. 95), Ebbinghaus (S. 90), Pawlow (S. 88) und James (S. 80) dargestellt. Zudem wird unter dem Abschnitt „Gegenstandsbestimmung als Dauerproblem der Psychologie“ unter anderem auf die Semiotik und in diesem Zusammenhang auf „Wygotski“ hingewiesen (S. 98).

- (b) Die Lehren der genannten Personen werden in den Studienbriefen in unterschiedlichem Umfang dargestellt. Während zum Beispiel zu Platon und Aristoteles eine inhaltliche Auseinandersetzung mit der Lehre erfolgt, wird in Bezug auf William James lediglich ausgeführt: *„Damit haben sich die Worte Selbst und Bewusstsein gefunden und sind als Selbstbewusstsein zu einer zentralen Thematik der aktuellen Psychologie des Selbst geworden. An diese Definition knüpfte auch der US-amerikanische Arzt, Philosoph und Psychologe William James („Meilensteine“, William James) in seinem grundlegenden Werk „Principles of Psychology“ von 1890 an, das sich über weite Strecken wie eine Ausdifferenzierung, Präzisierung und Weiterführung der Gedanken von Descartes, Locke, Hume und Kant liest.“*
- (c) Unerheblich ist, dass in den Studienbriefen bezüglich der Vita und für das weitere konkrete Wirken der genannten Personen auf das streitgegenständliche Buch verwiesen wird, in welchem neben den Lebensläufen der Personen zu deren wissenschaftlichen Tätigkeit jeweils die Methode, Rezeption und Nachwirkungen beschrieben werden, denn durch die weiterführende Lektüre der veröffentlichten Buchseiten wird das im Unterricht zu Erlernende durch Vor- oder Nacharbeit abgerundet und verfestigt. Auch wenn das Leben der Personen nicht im Einzelnen in den Studienbriefen besprochen wurde, dient die angegebene Pflichtliteratur [REDACTED] (Anlage B 9, S. 99) der Umsetzung des Lehrplans, da mit der Darstellung der Lebenssituationen der benannten Personen auch die im Unterricht behandelten unterschiedlichen Sichtweisen bzw. Seelenlehren und die Entwicklungen der Methoden verständlicher gemacht werden.

(d) Auch die europarechtskonforme, das heißt die an die Vorgaben des Art. 5 der Richtlinie 2001/29/EG gebundene Auslegung, führt ebenso wie die Betrachtung des § 52a Abs. 1 Nr. 1 UrhG im Lichte des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG zu keinem anderen Ergebnis. Wie alle auf der Sozialbindung des geistigen Eigentums beruhenden Schrankenbestimmungen ist zwar auch § 52a UrhG grundsätzlich eng auszulegen, da der Inhaber der urheberrechtlichen Nutzungsrechte an der wirtschaftlichen Nutzung der Werke tunlichst angemessen zu beteiligen ist und die ihm hinsichtlich der Werkverwertung zustehenden Ausschließlichkeitsrechte nicht übermäßig beschränkt werden dürfen (vgl. BGH, GRUR 2002, S. 963, 966 – Elektronischer Pressespiegel m. w. N.). Dies bedeutet aber nicht, dass wie beim Zitatrecht nach § 51 UrhG der erforderliche Bezug zum Unterricht lediglich dann angenommen werden kann, wenn der konkrete Inhalt des Werkes umfassend im Unterricht besprochen wurde, denn sonst würde die Vorschrift für den Bereich des Unterrichts an Hochschulen weitgehend leerlaufen. Vielmehr ist es ausreichend, dass die Studenten durch die Veröffentlichung der Buchseiten befähigt werden, die im Unterricht behandelten Lehren durch die Darstellung der Biographien der jeweiligen Philosophen besser einzuordnen und die Verknüpfungen und Unterschiede aufgrund der zeitlichen Komponente leichter zu verstehen.

cc. Indem die Beklagte den mittels Passwort und Benutzername kontrollierten Zugriff auf die Textseiten des Werkes **„[REDACTED]“** durch die elektronische Lernplattform nur denjenigen Studenten ermöglicht, die sich für den Kurs „Modul 1, Einführung in die Psychologie und ihre Geschichte“ erstmalig oder als Wiederholer angemeldet haben, hat sie die entnommenen Teile auch einem abgegrenzten Kreis von Unterrichtsteilnehmern zur Verfügung gestellt (vgl. Dustmann in Fromm/Nordemann, a. a. O., § 52a UrhG, Rdnr. 11 m. w. N.), wobei es nicht darauf ankommt, dass die Anzahl der Teilnehmer der Kurseinheit größer ist als bei einer Universität mit Präsenzunterricht. Unerheblich ist zudem, dass die Beklagte keine regionalen Zugangsbeschränkungen für den Kurs „Modul 1“ vorhält, denn im Regelfall hat auch der Student der deutschen Fernuniversität seinen regelmäßigen Aufenthalt im Bundesgebiet. Zudem würde die Zugangsbeschränkung eine unzulässige Einschränkung der Freizügigkeit eines Bürgers der Europäischen Union nach Artikel 21 AEUV beinhalten, und die Kon-

kurrenzfähigkeit der deutschen Universitäten beeinträchtigen, ohne dass dies im Interesse des Urheberschutzes sachlich geboten wäre.

dd. Die Zugänglichmachung von bis zu 10 % der 476 Textseiten des streitgegenständlichen Werkes stellt (noch) einen kleinen Teil im Sinne von § 52a Abs. 1 Nr. 1 UrhG dar.

(1) Der Begriff ist in § 52a Abs. 1 Nr. 1 UrhG ebenso zu verstehen wie in § 53 Abs. 3 UrhG, da beide Vorschriften parallele Funktionen hinsichtlich der Werknutzung in der Lehre erfüllen (BT-Drucks. 15/38, S. 21; Loewenheim in Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Auflage 2010, § 52a UrhG Rdnr. 7; Prof. Dr. Hoeren, Anlage B 5, Seite 2), wobei sich die Beschränkung in § 53 Abs. 3 UrhG auf kleine Teile eines Werkes, Werke von geringem Umfang und Beiträge wiederum an § 46 UrhG anlehnt (BT-Drucks. 15/38, S. 21), der unter anderem vorsieht, dass Teile eines Werkes nach der Veröffentlichung in Sammlungen zum Kirchen-, Schul- oder Unterrichtsgebrauch aufgenommen werden können.

(a) Auch wenn nach dem allgemeinen Sprachverständnis „kleine Teile eines Werkes“ einen deutlich geringeren Umfang aufweisen müssen als die „Teile eines Werkes“, für welche in der Literatur im Rahmen des § 46 UrhG teilweise eine Grenze von 3 bis 10 DIN A5-Seiten angenommen wird (vgl. Prof. Dr. Berger, Anlage K 22, Seite 21 m. w. N.), kann im vorliegenden Fall zur Bestimmung des quantitativen Umfangs der zulässigen Entnahme eine relative Größe von 10 % des für den Unterricht ausschließlich relevanten Werkumfanges von 476 Textseiten herangezogen werden (vgl. Loewenheim in Schricker/Loewenheim, a. a. O., § 52a UrhG Rdnr. 7, § 53 UrhG Rdnr. 52, 61; OLG Karlsruhe, GRUR 1987, S. 818 - Referendarkurs; OLG München OLG München, Urteil vom 24.03.2011, 6 W 12/09, Anlage K 35, Seite 4; a. A. Lüft in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 3. Auflage 2009, § 52a UrhG Rdnr. 5; Prof. Dr. Berger, Anlage K 22, Seite 21). Eine dem Hauptantrag entsprechende Begrenzung auf 3 Seiten des Werkes erscheint nicht angemessen und wird dem Regelungszweck des § 52a Abs. 1 Nr. 1 UrhG, in den Bereichen Unterricht und Wissenschaft eine Nutzung moderner Kommunikationsformen zu Gunsten eines bestimmt abgegrenzten Personenkreises zu ermöglichen (BT-Drucks. 15/38, S. 21), nicht gerecht. Andererseits kann unter

Berücksichtigung der Interessen des Urhebers von einem kleinen Teil eines wissenschaftlichen Werkes nicht mehr gesprochen werden, wenn bei einem Buch von 476 Seiten mehr als 10 % des Textes veröffentlicht werden.

(b) Zwar wird bei der Prüfung des zulässigen Maßes der Veröffentlichung üblicherweise auf die Relation zum Gesamtwerk abgestellt, aber es ist auch eine Einzelfallbetrachtung vorzunehmen (Dustmann in Fromm/Nordemann, a. a. O., § 52a UrhG Rdnr. 7). Da die Privilegierung der Veröffentlichung eines kleinen Teils des Werkes nur zum Zwecke der Veranschaulichung des Unterrichts besteht, kommt es vorliegend nur auf die Textseiten an, die dem Studenten nützlich sein können. Für ihn sind die weiteren Inhalte des Buches (Inhaltsverzeichnis, Vorwort, Einleitung, Literatur-, Namens- und Sachregister) bezogen auf den konkreten Unterricht unerheblich.

ee. Die Zugänglichmachung von bis zu 10 % bzw. maximal 48 Seiten des Werkes ist auch im Sinne von § 52a Abs. 1 Nr. 1 UrhG geboten.

(1) Das Gebotensein der elektronischen Zugänglichmachung muss keine absolute Notwendigkeit zum Erreichen des Unterrichtsziels sein, und sie ist nicht dadurch ausgeschlossen, dass ohne erheblichen Aufwand die Möglichkeit zur Beschaffung der Informationen in analoger Form besteht, denn es war gerade die Intention des Gesetzgebers, in den Bereichen Unterricht und Forschung die Zulassung moderner Kommunikationsmittel zu erleichtern (vgl. Loewenheim in Schricker/Loewenheim, a. a. O., § 52a UrhG Rdnr. 14). Eine Fernuniversität ist vor allem für Studenten sinnvoll, die aus persönlichen Gründen nicht in einer Universitätsstadt leben können. Die elektronische Veröffentlichung von Werkteilen zur Veranschaulichung im Unterricht ist daher für die Studenten besonders wichtig, auch wenn die Beklagte über eine Fernausleihbücherei verfügt, denn anders als bei einer Präsenzbibliothek kann dem Studenten das gewünschte Werk nicht unmittelbar zur Verfügung gestellt werden, was jedoch zur Vorbereitung auf den Unterricht oder eine Klausur etc. erforderlich sein kann.

(2) Im Übrigen sind die Primärmarktinteressen der Klägerin bei einer Veröffentlichung von 48 Seiten nicht unangemessen beeinträchtigt. Das Werk „Meilenstei-

ne der Psychologie“ bezieht sich bei der Beschreibung der Geschichte der Psychologie auf 72 Wegbereiter der Philosophie, die nach 21 auseinander hervorgehenden und/oder in einem gewissen Verhältnis zueinander stehenden Richtungen (Epochen, Länder, Schulen) geordnet sind (vgl. Anlage K 5, Vorwort Seite X). Die Studienbriefe benennen neben den 14 genannten (Sokrates; Platon, Aristoteles, Augustinus, von Aquin, Descartes, Hume, Herbart, Dilthey, Galton, Ebbinghaus, Pawlow, James und Wygotski) auch weitere Personen (z. B. Locke, Anlage B 9, S. 80; von Helmholtz, S. 82; Kant S. 83; Weber S. 88; Fechner, S. 88; S. Wundt, S. 89; Peirce, S. 95), sowie Fachbegriffe (z. B. Reflexpsychologie, Behaviorismus, Anlage B 9, S. 91) und verweisen insofern auf das streitgegenständliche Werk, ohne den Studenten insoweit die entsprechenden Buchseiten über die Lernplattform zur Verfügung zu stellen.

Da das Buch auch als Pflichtliteratur angegeben ist, wird durch die Veröffentlichung und den Verweis im Studienbuch, dass sich ausgewählte Texte zu einigen im Kapitel erwähnten Psychologinnen und Psychologen in der Lernplattform „Moodle“ befinden, der Primärmarkt für die Klägerin nicht wesentlich eingeschränkt. Vielmehr wird durch die Studienbriefe deutlich, dass die zur Veranschaulichung veröffentlichten Passagen die Lektüre des Buches nicht ersetzen. Ein negativer Umsatzeffekt ist hierdurch nicht augenscheinlich, sondern die Studenten können durch die Zugänglichmachung eine rasche Entscheidung treffen, ob sie die Pflichtlektüre zur Erlangung der Informationen über die weiteren Philosophen und Methoden erwerben, oder ob sie das Buch lediglich ausleihen. Die wenigen Blogeinträge der Bachelor-Studenten des Fachbereichs Psychologie reichen nicht aus, um allein durch die Zugänglichmachung der Textseiten von nicht mehr als 48 Seiten eine Beeinträchtigung der „normalen Werkverwertung“ anzunehmen. Da Studenten im Regelfall nur über ein geringes Budget verfügen, würden sich die Studenten, die den kleinen Auszug aus der Pflichtlektüre von 48 Seiten für ausreichend halten, auch ohne die Zurverfügungstellung nicht für den Erwerb des Buches entscheiden, sondern die relevanten Texte nach dem Entleihen aus der Fernbibliothek kopieren (vgl. LG Frankfurt a. M., GRUR 2011, S. 614, 616 – Elektronische Leseplätze).

(3) Ein (angemessenes) Lizenzangebot des Verlages führt nicht zum Wegfall der Gebotenheit, das Lehrmaterial bzw. einen kleinen Teil des Werkes elektronisch bereit zu stellen. Der Gesetzgeber hat anders als in § 52b UrhG („soweit dem keine vertraglichen Regelungen entgegenstehen“) und § 53a Abs. 1 S. 3 UrhG („wenn der Zugang zu den Beiträgen oder kleinen Teilen eines Werkes den Mitgliedern der Öffentlichkeit nicht offensichtlich von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl mittels einer vertraglichen Vereinbarung zu angemessenen Bedingungen ermöglicht wird“) keine Verknüpfung zwischen der Schrankenregelung des § 52a Abs. 1 Nr. 1 UrhG und der Vertragsfreiheit der unmittelbar Betroffenen (Rechtsinhaber und Hochschule) herbeigeführt, so dass ein Angebot auf Abschluss eines Lizenzvertrages die Gebotenheit nicht beseitigen kann. Die unterschiedliche gesetzgeberische Handhabung steht auch nicht im Widerspruch zu der in Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie 2001/29/EG genannten zweiten Stufe des Drei-Stufen-Tests (OLG Frankfurt, MMR 2010, S. 194, zitiert nach Juris: Ziffer 49 ff. zu § 52b UrhG; LG Frankfurt a. M., GRUR 2011, S. 614 zu § 52b, § 53a UrhG; andere Auffassung: OLG München, a. a. O., Anlage K 35, S. 48 zu § 52a UrhG).

Bei einer anderweitigen Betrachtung könnten vielmehr die Bedingungen einseitig durch den Rechtsinhaber festgelegt werden, und die Anwendung der Schrankenregelung des § 52a Abs. 1 Nr. 1 UrhG hinge von der (gerichtlichen) Prüfung der Angemessenheit des Angebots ab, so dass die damit verbundene Rechtsunsicherheit dazu führen könnte, dass die Bibliotheken von der im öffentlichen Interesse liegenden Schrankenregelung des § 52a UrhG keinen Gebrauch machen (OLG Frankfurt, a. a. O.; Prof. Hoeren, ZUM 2011, S. 369, 373 m. w. N.). Im Übrigen ist nach § 52a Abs. 4 UrhG eine angemessene Vergütung zu bezahlen, welche die Verwertungsgesellschaften geltend machen. Der Umstand, dass für den Bereich der öffentlichen Hochschulen zwischen der Verwertungsgesellschaft VG Wort und den Bundesländern noch keine Einigung über die Vergütungshöhe erzielt werden konnte (vgl. nicht rechtskräftiges Urteil des OLG München, a. a. O., Anlage K 35), kann nicht einseitig zu Lasten der Beklagten gehen.

ff. Die Kammer sieht schließlich in der Schrankenbestimmung § 52a Abs. 1 Nr. 1 UrhG keinen Verstoß gegen Art. 14, 3 Abs. 1 GG, so dass die von der Klägerin angeregte Aussetzung des Verfahrens und Vorlage an das Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 1 GG, § 80 BVerfGG nicht in Betracht kommt. Der

Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist nicht verletzt. Das Gesetz verfolgt einen legitimen Zweck, indem es die Nutzung moderner Kommunikationsmittel in Unterricht und Wissenschaft fördert, wodurch die Rechtsinhaber aufgrund der engen Grenzen der Schrankenbestimmung nicht oder nur geringfügig belastet werden. Auch wenn in § 52a Abs. 2 S. 1 UrhG die öffentliche Zugänglichmachung von Schulbüchern nur mit Einwilligung der Berechtigten zulässig ist, liegt damit kein Verstoß gegen das Gleichheitsgebot vor. Der Unterschied zu den akademischen Lehrbüchern besteht in der stärkeren Auswirkung der Veröffentlichung auf den Primärmarkt der Schulbuchverlage, da in allen Schulen eines Bundeslandes die vorgegebenen Lehrbücher verwendet werden, während es den Lehrkräften an den Hochschulen freisteht, ob und durch welche Materialien sie ihren Unterricht ergänzend unterstützen wollen.

ee. Unter Berücksichtigung der Interessen des Urhebers bzw. der Verlage und der Förderung der Nutzung moderner Kommunikationsformen in den Bereichen Unterricht und Wissenschaft hält die Kammer eine Beschränkung auf eine Seitenzahl von 48 für erforderlich, aber auch ausreichend.

3. Der Klägerin steht nach §§ 16, 19a, 97 Abs. 1 UrhG kein Anspruch auf Unterlassung zu, den Studenten zu ermöglichen, die nach den Anträgen Ziffer 1 a) oder b) zur Verfügung gestellten Werkteile ganz oder teilweise auszudrucken (Antrag Ziffer 1 lit. c; sofern die zur Verfügung gestellten Werkteile nicht 48 Seiten übersteigen).

Die Beklagte ist nicht verpflichtet, unabhängig von der Anzahl der veröffentlichten Seiten durch die erforderliche Vervielfältigung bzw. Dateiform den Ausdruck der Werkteile zu verhindern. Um das gesetzgeberische Ziel zu erreichen, muss es dem Studenten auch möglich sein, die Seiten, welche einen kleinen Teil des Werks darstellen, am Computer auszudrucken, statt das Werk nach der Übersendung zu kopieren.


4. Eine Entscheidung über die höchst hilfsweise gestellten Anträge ist nicht erforderlich.

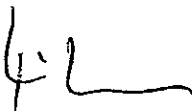
5. Der Klägerin steht nach §§ 16, 19a, 101 Abs. 1 UrhG ein Auskunftsanspruch zu. Das Merkmal einer Rechtsverletzung „gewerblichen Ausmaßes“ setzt nicht eine bestimmte Anzahl von einzelnen Rechtsverletzungen, sondern eine Rechtsverletzung von erheblicher Schwere voraus, die über den Bereich einer Nutzung zum privaten Gebrauch hinausgeht. Im Ergebnis kann auch bei der ohne Gewinnabsicht begangenen Rechtsverletzung ein gewerbliches Ausmaß angenommen werden, wenn ihre Anzahl oder Intensität Auswirkungen auf die gewerblichen Interessen des Rechtsinhabers haben (Czychowski in Fromm/Nordemann, a. a. O., § 101 Rdnr. 25).
6. Die Feststellungsklage nach § 256 ZPO ist im Hinblick auf den noch nicht bezifferbaren Schaden zulässig und nach §§ 15, 16, 19a, 97 Abs. 2 UrhG begründet. Die Beklagte hat zumindest fahrlässig gehandelt, indem sie die notwendigen Informationen nicht eingeholt hat.
7. Die Beklagte ist nach § 97a Abs. 1 UrhG zur Erstattung der notwendigen außergerichtlichen Kosten in Höhe von 1.185,-- € (75 % von 1.580,-- € = 1,3 Geschäftsgebühr aus einem Gegenstandswert von 75.000,-- €, [Auskunfts-, Schadensersatz- und Unterlassungsanspruch] nebst Post- und Telekommunikationspauschale von 20,-- €) für die am 27.10.2010 erfolgte Abmahnung (Anlage K 19, Bl. 43) nebst Zinsen nach §§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 1, 288 BGB verpflichtet. Im Hinblick darauf, dass die Abmahnung teilweise zu weit gefasst war, hat die Beklagte lediglich 75 % der Kosten zu erstatten.

Im Übrigen ist die Klage abzuweisen.


II.

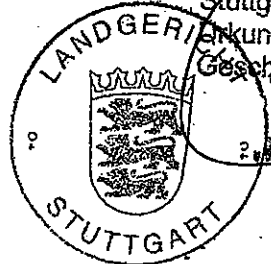
Die Kostenentscheidung beruht auf 92 ZPO, die Hilfsanträge haben nach § 45 Abs. 1 S. 3 GKG keinen eigenen Streitwert. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergeht nach §§ 709, 708 Nr. 11, 711 ZPO.


Rzymann
Vors. Richter am
Landgericht


Dr. Röhm
Richter am Landgericht


Wiedmer
Richterin am Landgericht

Ausgefertigt - Beglaubigt
Stuttgart, den 29. 09. 11
Erkundsbeamtin der
Geschäftsstelle des Landgerichts

Justizsekretärin





Landgericht Braunschweig

Geschäfts-Nr.:
9 O 2958/07 (445)

verkündet am:
30.01.2008

Winsemann,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Urteil

Im Namen des Volkes!

In dem einstweiligen Verfügungsverfahren

_____, vertr. d.d. GF. _____, _____ -
straße3, 31157 Sarstedt,

Verfügungsklägerin

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte _____
221, 10719 Berlin, Geschäftszeichen: 862-07

gegen

_____, handelnd unter "Kleefelder Kaffeeklatsch", _____ 106,
30625 Hannover,

Verfügungsbeklagter

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Laake & Möbius, Am Ortfelde 100,
30916 Isernhagen,

wegen Markenverletzung

hat die 9. Zivilkammer des Landgerichts Braunschweig auf die mündliche Verhandlung
vom 09.01.2008 durch

den Vorsitzenden Richter am Landgericht Dr. Meyer,
die Richterin Dembowski und
die Richterin am Landgericht Block-Cavallaro

für **R e c h t** erkannt:

- 1. Die einstweilige Verfügung vom 13.11.2007 wird aufgehoben.
Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wird zurückgewiesen.**
- 2. Die Verfügungsklägerin trägt die Kosten des Verfügungsverfahrens.**
- 3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Verfügungsklägerin darf die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden,**

wenn nicht der Verfügungsbeklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

4. Der Streitwert wird auf 50.000,- € festgesetzt.

Tatbestand

Die Verfügungsklägerin (im nachfolgenden Klägerin genannt) nimmt den Verfügungsbeklagten (im nachfolgenden Beklagter genannt) wegen Markenverletzung durch Schaltung einer Anzeige bei der Suchmaschine Google in Anspruch.

Die Klägerin ist die gerichtsbekannte Inhaberin der exklusiven Markenlizenzrechte an der Wort-/Bildmarke „MOST“, eingetragen beim DPMA unter der Registernummer 30437722.8 (AST2), eingetragen insbesondere auch für die Warenklasse 30 (u.a. Süßwaren). Die Klägerin ist von der Markeninhaberin, der schweizerischen Direct Investment Partners Ltd. ermächtigt, Markenverletzungen gerichtlich zu verfolgen (AST1). Die Klägerin betreibt unter der Internet-Domain www.most-shop.com einen sogenannten „MOST-Shop“, über den sie hochwertige Konfiserie- und Schokoladenprodukte vertreibt. Der Beklagte ist Inhaber und Betreiber der Internet-Domain www.kleefelder-kaffeeklatsch.de. Über diesen Online-Shop vertreibt der Beklagte u. a. Schokoladenprodukte. Der Beklagte hat über die Suchmaschine Google eine Anzeige für seinen Internet-Shop geschaltet. Bei Eingabe des Suchbegriffs „MOST Schokolade“ in der Suchmaschine Google erscheint rechts neben den Suchergebnissen die Anzeige des Beklagten. Über den in der Anzeige angegebenen Link gelangt man unmittelbar auf die Homepage des Beklagten. Es wird insoweit auf den Bildschirmausdruck (Anlage AST4) Bezug genommen. Produkte mit dem Zeichen „MOST“ vertreibt der Beklagte nicht.

Auf Antrag der Klägerin erließ das Gericht am 13.11.2007 folgende einstweilige Verfügung:

1. Dem Antragsgegner wird untersagt,

im geschäftlichen Verkehr Google-AdWords-Anzeigen, die auf den unter der Domain [„http://www.kleefelder-kaffeeklatsch.de“](http://www.kleefelder-kaffeeklatsch.de) in das Internet eingestellten Onlineshop verweisen, in der Art und Weise zu gestalten und/oder zu verbreiten bzw. gestalten zu lassen und/oder verbreiten zu lassen, so dass diese bei Google

(„www.google.de“) nach erfolgter gezielter Suche nach

„Most Schokolade“

in unmittelbarem räumlichen Zusammenhang zur Google-Suchergebnisliste erscheinen und auf benannten Onlineshop verweisen, obgleich dieser keinerlei Produkte der Marke „MOST“ anbietet und/oder vertreibt.

2. Für jeden Fall der schuldhaften Zuwiderhandlung wird dem Antragsgegner Ordnungshaft von bis zu 6 Monaten oder ein Ordnungsgeld von bis zu 250.000,00 € angedroht; an die Stelle des Ordnungsgeldes tritt bei Nichtbeitreibbarkeit Ordnungshaft.
3. Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens.
4. Der Streitwert wird auf 50.000,00 € festgesetzt.

Gegen diese rechtzeitig vollzogene einstweilige Verfügung hat der Beklagte mit Schriftsatz vom 22.11.2007 Widerspruch eingelegt.

Die Klägerin ist der Auffassung, dass der Beklagte mit der geschalteten Anzeige die Rechte an der Marke „MOST“ verletze. Sie behauptet, dass die Anzeige des Beklagten nur deshalb erscheine, weil der Beklagte die Option weitgehend passende Keywords gewählt habe und die Bezeichnung MOST Schokolade ausweislich der Keywordliste (AST8) als Keyword für die Anzeige fungiert habe. Der Beklagte, in dessen Auftrag die Anzeige geschaltet worden ist, sei dafür verantwortlich, dass bei Eingabe der Bezeichnung „MOST Schokolade“ die Anzeige erscheine. Im Rahmen der Schaltung der Anzeige bestehe durch Wahl der weiteren Keyword-Optionen „passende Wortgruppe“ oder „genau passende Keywords“ die Möglichkeit allein die Auswahl der zu verwendenden Keywords zu bestimmen, das bedeute, dass nur das vom Anzeigeschaltenden angegebene Keyword, sprich im vorliegenden Fall Schokolade, relevant ist für die Suche. Ferner habe ausweislich der Erläuterungen zu der Google-Adword-Kampagne die Möglichkeit bestanden, bei Wahl der Option „weitgehend passende Keywords“, die in der Liste aufgeführte Bezeichnung „MOST Schokolade“ als Keyword auszuschließen. Die Klägerin beantragt, die erlassene einstweilige Verfügung zu bestätigen.

Der Beklagte beantragt, wie erkannt.

Er ist der Ansicht, dass keine Markenverletzung vorliege, weil die Bezeichnung „MOST Schokolade“ bei Schaltung der Anzeige nicht als Keyword verwendet worden sei. Der Beklagte habe die polnische Firma [REDACTED] mit der Schaltung der Google-Adword-Kampagne beauftragt. Die Bezeichnung Schokolade sei dabei als Keyword angegeben worden. Bei Buchung mit dem Keyword Schokolade sei eine Liste von Wörtern, die den Begriff Schokolade enthalten zur weiteren Auswahl angezeigt worden. In dieser Liste sei jedoch der Begriff Schokolade in Kombination mit der Bezeichnung MOST nicht enthalten gewesen. Der Beklagte verweist auf den als Anlage zum Schriftsatz vom 09.01.2008 vorgelegten Screenshot sowie auf die eidesstattliche Versicherung des Herrn [REDACTED] (Anlage zum Schriftsatz vom 09.01.2008). Aus der eidesstattlichen Versicherung des Herrn [REDACTED] gehe weiter hervor, dass die Liste ausweislich des Screenshots vom 18.12.2007 der Liste entspricht, die bei Aufgabe der Anzeige vorgelegen habe.

Ferner trägt der Beklagte vor, dass das Erscheinen der Anzeige bei Eingabe des Suchbegriffs „MOST Schokolade“ nicht auf den Begriff MOST zurückzuführen sei, sondern lediglich auf die Eingabe des Begriffs Schokolade. Das werde deutlich durch Eingabe anderweitiger Wortkombinationen wie „Schokolade Gift“, „Schokolade aus Scheiße“ (Anlagen zum Schriftsatz vom 20.12.2007). Aus den Screenshots ergebe sich, dass das Erscheinen der Anzeige des Beklagten lediglich darauf zurückzuführen sei, dass das Wort Schokolade als Suchbegriff fungiere.

Die Klägerin ist der Auffassung, dass der von dem Beklagten vorgelegte Screenshot zur Glaubhaftmachung nicht ausreiche, weil dieser in polnischer Sprache verfasst sei. Ferner sei der Screenshot erst nach Erlass der einstweiligen Verfügung gefertigt worden und sei daher nicht aussagekräftig.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätzen nebst Anlagen Bezug genommen sowie auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 09.01.2008 (Bl. 52, 53 d.A.).

Entscheidungsgründe

Auf den Widerspruch war die einstweilige Verfügung aufzuheben und der Antrag auf ihren Erlass zurückzuweisen.

1. Der Klägerin steht ein Unterlassungsanspruch gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 5 MarkenG nicht zu. Zwar kann nach der ständigen Rechtsprechung der Kammer (Urt. v. 07.03.07 - 9 O 2382/06 u. Beschl. v. 04.10.06 - 9 O 1678/06), die vom Oberlandesgericht Braunschweig bestätigt worden ist (Beschluss v. 11.12.2006, 2 W 177/07, Urt. v. 12.07.07 - 2 U 24/07, Beschl. v. 28.09.07 - 2 U 66/07 u. 2 U 61/07) kann die Verwendung eines geschützten Zeichens als Keyword bei Schalten einer Anzeige im Rahmen der Google-Adword-Kampagne grundsätzlich eine Markenrechtverletzung darstellen.
2. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass die insoweit beweisbelastete Klägerin beweist - bzw. im einstweiligen Verfügungsverfahren glaubhaft macht -, dass das geschützte Zeichen auch tatsächlich als sogenanntes Keyword genutzt worden ist. Sei es durch direkte Eingabe durch den Beklagten oder über die quasi automatische Hinzufügung durch die Google-Standardoption „weitgehend passende Keywords“.

Diesen Nachweis hat die Klägerin im vorliegenden Fall nicht erbracht. Die von der Klägerin vorgelegten Unterlagen betreffend der Schaltung der Google-Adword-Kampagne mit Vorlage der entsprechenden Liste (AST4) sind zur Glaubhaftmachung nicht ausreichend. Die Unterlagen beziehen sich auf die allgemeine Funktionsweise der Google-Adword-Kampagne und nicht auf die konkrete Anzeigenschaltung durch den Beklagten. Aufgrund der von dem Beklagten vorgelegten Unterlagen (Screenshot) und der vorgelegten eidesstattlichen Versicherung ist der von der Klägerin erfolgte Vortrag zum regelmäßigen Ablauf bei Schaltung einer Google Adword Anzeige hinreichend erschüttert. Aus dem Screenshot, den der Beklagte vorgelegt hat, ergibt sich, dass der Begriff „MOST Schokolade“ nicht in der Liste der Wörter, die bei Auswahl des Wortes Schokolade als Keyword ebenfalls als Keyword fungieren, enthalten war. Der Umstand, dass diese Liste in polnischer Sprache vorgelegt worden ist, ist unschädlich, weil daraus trotzdem - ohne dass es besonderer Kenntnisse der polnischen Sprache bedarf - ersichtlich ist, dass es sich bei diesen Wörtern um die entsprechenden Keywörter gehandelt hat. Es ist auch unschwer zu erkennen, dass der polnische Begriff „Aktywne“ in die deutsche Sprache übersetzt

aktiv bedeutet. Aus der Liste geht weiter hervor, dass bestimmte Worte nicht als Keywords eingesetzt sind. Diese Worte haben den Vermerk „Nieaktywne dla wyszukiwania“, was so viel heißt wie: nicht aktiv bei der Suche.

Aufgrund der eidesstattlichen Versicherung des Herrn [REDACTED] (Anlage zum Schriftsatz vom 09.01.2008) ist auch davon auszugehen, dass die vorgelegte Liste inhaltsgleich ist mit der Liste, die bei Schaltung der Anzeige vorgelegen hat. Der für die Anzeigeschaltung verantwortliche [REDACTED] hat in seiner eidesstattlichen Versicherung versichert, dass das Wort Schokolade nicht mit dem Wort MOST verbunden in der Liste enthalten war.

In Anbetracht der Tatsache, dass der Vortrag des Beklagten zu der Anzeigeschaltung, einschließlich der vorgelegten eidesstattlichen Versicherungen, nicht widersprüchlich ist und diese Sachverhaltsdarstellung nicht lebensfremd erscheint, hat das Gericht keinen Anlass, die Richtigkeit dieser Angaben bereits im Grundsatz in Frage zu stellen und von vornherein als nicht glaubhaft anzusehen. Die Angaben sind daher ausreichend um die Glaubhaftigkeit des Vortrags der Klägerin zu erschüttern.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus den §§ 708 Nr. 6, 711 ZPO. Der Streitwert war, wie in dem Beschluss, auf 50.000,- € festzusetzen.

Dr. Meyer

Dembowski

Block-Cavallaro

Ausfertigung

Landgericht Landshut

Az.: 13 S 1438/11
2 C 766/10 AG Landau a.d. Isar

In dem Rechtsstreit

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

gegen

IContent GmbH, vertreten durch d. Geschäftsführer, Borsigstraße 35, 63110 Rodgau
- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

wegen **Forderung**

erteilt das Landgericht Landshut -1. Zivilkammer- durch den Präsidenten des Landgerichts, die Richterinnen am Landgericht und den Richter am Landgericht am 07.09.2011 folgenden

Hinweis gem. § 522 Abs. 2 ZPO

- I. Die Kammer beabsichtigt, die Berufung gegen das Urteil des Amtsgerichts Landau an der Isar vom 27.05.2011, Az. 2 C 766/10, durch einstimmigen Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil das Rechtsmittel keine Aussicht auf Erfolg hat, der Rechtssache auch keine grundsätzliche Bedeutung zukommt und weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordern.
- II. **Der Kläger erhält Gelegenheit zur Stellungnahme zu der beabsichtigten Entscheidung binnen zwei Wochen ab Zustellung dieses Hinweises (§ 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO).**
- III. Nach Sachlage empfiehlt es sich, zur Vermeidung unnötiger weiterer Kosten die Rücknahme der Berufung innerhalb der gesetzten Frist zu prüfen (im Falle einer Rücknahme ermäßigt sich gemäß Nr. 1222 KV-GKG die Gebühr für das Verfahren im Allgemeinen von 4,0 auf 2,0).

Gründe:

Eine Berufung kann nur darauf gestützt werden, dass die erstinstanzliche Entscheidung auf einer Rechtsverletzung beruht (§ 513 Abs. 1 Fall 1 in Verbindung mit § 546 ZPO) oder die Tatsachenfeststellung unrichtig ist (§ 513 Abs. 1 Fall 2 in Verbindung mit § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) oder neue berücksichtigungsfähige Angriffs- und Verteidigungsmittel vorliegen (§ 513 Abs. 1 Fall 2 in Verbindung mit §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 ZPO). Dabei hat eine Berufung nur dann Aussicht auf Erfolg im Sinne von § 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO, wenn eine Abänderung des Ersturteils zugunsten des Berufungsführers zu erwarten ist, was nur bei einem durchgreifenden Fehler des Ersturteils der Fall ist. Dies zugrunde gelegt nimmt die Kammer zunächst zur Vermeidung von Wiederholungen auf die nach Beweisaufnahme sorgfältig begründete, nicht ergänzungsbedürftige Entscheidung des Amtsgerichts Landau an der Isar Bezug, in der zu allen relevanten Punkten sowohl im Ergebnis, als auch in der Begründung zutreffend Stellung genommen worden ist.

Im Hinblick auf das Berufungsvorbringen ist zu bemerken:

Die Berufung rügt, das Amtsgericht Landau an der Isar habe eine Rechtsverletzung begangen, indem es rechtsfehlerhaft davon ausging, dass die Beklagte auf der Internetseite ausreichend auf die Kostenpflichtigkeit der Anmeldung hingewiesen habe.

Dieser Meinung vermag sich die Kammer nicht anzuschließen. Vielmehr ist festzuhalten, dass das Amtsgericht Landau an der Isar bei der Anwendung der einschlägigen Rechtsvorschriften auf die ihm vorgelegten Urkunden (Ausdrucke aus dem Internet) sehr sorgfältig vorgegangen ist und insbesondere durch die Darstellung der relevanten optischen (und daraus resultierenden rechtlichen) Zusammenhänge zu einem lebensnahen, juristisch überzeugenden und rechtlich korrekten Ergebnis gelangt ist. Dieses Ergebnis entspricht auch den Überzeugungen der Kammer. Hieran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass andere Amts- oder Landgerichte zur Frage der (damaligen?) Gestaltung der Internetpräsenz der Beklagten gegebenenfalls eine andere Rechtsmeinung vertreten, da die Entscheidungen dieser Gerichte weder das Amtsgericht Landau an der Isar bei der Erfüllung seiner eigenen Aufgaben entlasten können, noch der Rechtsprechung des Landgerichts Landshut unterstehen. Der ausreichende Hinweis auf die Kostenpflichtigkeit ihres Angebotes durch die Beklagte wird deshalb auch von der Kammer ihrer Beurteilung zugrunde gelegt, was dem geltend gemachten Feststellungsanspruch entgegensteht.

Mit der Behauptung in der Berufungsbegründung des Klägers, die E-Mail vom 19.11.2010, die u. a. auch die Widerrufsbelehrung der Beklagten enthielt, sei nicht zugegangen, kann er in der zweiten Instanz nach § 531 Abs. 2 ZPO nicht gehört werden, weil der entsprechende Sachvortrag verspätet ist.

Der Zugang der E-Mail mit näherer Inhaltsbeschreibung wurde von der Beklagtenseite umfassend im Schriftsatz erster Instanz vom 16.02.2011 dargestellt. In diesem Zusammenhang wurde als ein Teilaspekt der Mail u. a. das technische Detail dargestellt, dass durch das Anklicken der Freischaltlinks (in der Mail) die eingegebene E-Mail-Adresse des Kunden verifiziert werde. Allein dieses einzelne Detail, nämlich die Verifikationsfunktion der Mail hinsichtlich der Mailadresse des Kunden wurde erstinstanzlich vom Kläger bestritten (vgl. klägerischer Schriftsatz vom 15.03.2011, dort Blatt 3 oben). Die übrigen Aussagen zum Inhalt der E-Mail vom 19.11.2010 hin-

sichtlich ihres Inhaltes und insbesondere auch ihres Zuganges blieben klägerseits erstinstanzlich unbestritten. Die nunmehrige Behauptung, es sei der Zugang bereits erstinstanzlich bestritten worden ist damit unzutreffend und das entsprechende Bestreiten neu im Sinne des § 531 Abs. 2 ZPO. Dass der neue Vortrag erst in zweiter Instanz gebracht wurde, wird nicht entschuldigt, so dass dieser Vortrag nicht zugelassen werden kann. Da die Beklagte im Schriftsatz vom 10.08.2011 auch nochmals ausdrücklich auf die unstreitige Natur des Sachvortrages zum Zugang der Mail in erster Instanz hinweist, ist damit auch ein Bestreiten des Vortrags des Klägers zur E-Mail verbunden, das es verbietet, den behaupteten fehlenden Zugang der Mail als in der Berufung unstreitig - und so nicht von § 531 Abs. 2 ZPO umfasst - anzusprechen.

Es muss damit insbesondere auch im Problemkreis "Widerruf" bei der zutreffenden rechtlichen Bewertung des Erstgerichtes verbleiben.

Die vom Amtsgericht Landau an der Isar vorgenommene Parallelwertung in der Laiensphäre zur Frage der "Drohung" mit einem Schufa-Eintrag "bei Vorliegen der rechtlichen Voraussetzungen" ist nicht zu beanstanden. Das Abstellen auf einen objektivierten Empfängerhorizont entsprechend §§ 133, 157 BGB ist im Hinblick auf die Systematik des bürgerlichen Rechts sicher richtig. Das Amtsgericht Landau an der Isar hat auch bei der Feststellung des Inhalts der Erklärung keinen Rechtsfehler begangen. Insbesondere erschließt sich auch der Kammer nicht, weshalb ein Laie sich durch den Erklärungsinhalt zu Unrecht "bedroht" sehen sollte. Die Beklagte weist unmissverständlich darauf hin, dass sie einen Schufa-Eintrag "bei Vorliegen der rechtlichen Voraussetzungen" veranlassen wird. Das ist auch für einen durchschnittlichen Laien auch ohne juristische Vorbildung ein klar verständlicher Hinweis, ohne dass der Eintrag als sicher dargestellt würde. Welche rechtlichen Voraussetzungen erfüllt sein müssen kann der Kläger selbst ermitteln.

Damit aber scheitert mangels einer rechtswidrigen Drohung auch der vom Kläger geltend gemachte Unterlassungsanspruch schon am Fehlen einer Verletzung seiner Rechte.

Nach alledem muss der Berufung des Klägers der Erfolg versagt bleiben.

gez.

Präsident
des Landgerichts

Richterin
am Landgericht

Richter
am Landgericht



Für den Gleichlaut der Ausfertigung mit
der Urschrift

Landshut, 12.09.2011

Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Landgericht Hannover
Geschäfts-Nr.:
9 O 117/04

Verkündet am:
22. April 2005

Arend, Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Urteil **Im Namen des Volkes!**

In dem Rechtsstreit

des Herrn [REDACTED] Schmidt, Lausitzer Str. 21, 10999 Berlin,

Klägers

Prozeßbevollmächtigter:
Rechtsanwalt Ralf Möbius, Wolfenbütteler Str. 1 A, 30519 Hannover,

gegen

die Sat 1 Satelliten Fernsehen GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer [REDACTED]
[REDACTED] und [REDACTED] [REDACTED] Oberwallstr. 6, 1017 Berlin

Beklagte

Prozeßbevollmächtigte:
Rechtsanwälte [REDACTED] & Partner, [REDACTED] Str. 5, 40477 Düsseldorf,
Geschäftszeichen: HG/SE 04000197

hat die 9. Zivilkammer des Landgerichts Hannover durch den Vorsitzenden Richter am Landgericht Küper, die Richterin am Landgericht Schmidt und den Richter am Landgericht Frankenberger auf die mündliche Verhandlung vom 11. März 2005 für **R e c h t** erkannt:

- 1. Die Beklagte wird verurteilt, durch schriftliche Erklärung gegenüber der zuständigen Vergabestelle DENIC e.G. die Internetdomain unter dem Namen „schmidt.de“ freizugeben.**
- 2. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.**
- 3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.**
Die Beklagte kann die Vollstreckung des Klägers durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des durch dieses Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, falls nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Tatbestand

Die Parteien streiten um den Domainnamen „schmidt.de“.

Der Kläger ist staatlich geprüfter gestaltungstechnischer Assistent und erklärt zu beabsichtigen, seine Dienste im Bereich Webdesign und Grafikdesign/Layout im Internet unter seinem Namen und der Top-Level-Domain „.de“ anzubieten. Unbestritten ist der entsprechende Domainname für die Beklagte bei der zuständigen Vergabestelle, der DENIC e.G., registriert.

Der Kläger ist der Auffassung, die Beklagte gebrauche den Namen unbefugt, da der Beklagten weder eigene Namens- noch eigene Markenrechte entsprechenden Inhaltes zustünden.

Er beantragt daher,
wie erkannt.

Die Beklagte beantragt,
die Klage abzuweisen.

Sie behauptet dazu insbesondere, es habe eine Gestattung durch den Namensinhaber ■■■■■ Schmidt gegeben, so dass sie die entsprechende Webseite unter Verwendung von dessen Namen als eigene Webseite betreibe. Ferner stehe ihr ein Titelschutzrecht gemäß § 5 Abs. 3 des Markengesetzes an dieser Domain zu.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze sowie auf die Protokolle der mündlichen Verhandlungen vom 29. Oktober 2004 (Bl. 143 d. A.) und vom 11. März 2005 (Bl. 197 ff. d. A.) verwiesen.

Das Gericht hat Beweis erhoben entsprechend seinem Beschluss vom 29. Oktober 2004 (Bl. 145 d. A.). Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll vom 11. März 2005 (Bl. 197 ff. d. A.) verwiesen.

Entscheidungsgründe

I. Der geltend gemachte Anspruch steht dem Kläger gemäß § 12 BGB zu.

Nach § 12 BGB kann der zum Gebrauch eines Namens Berechtigte, wenn sein Interesse dadurch verletzt wird, dass ein anderer unbefugt den gleichen Namen gebraucht, von dem anderen eine Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Diese Voraussetzungen liegen hier vor.

1. Dem Kläger, der mit Nachnamen „Schmidt“ heißt, steht an diesem Namen ein Namensrecht gemäß § 12 BGB zu.

2. Die Beklagte hat unbefugt den gleichen Namen gebraucht, dadurch eine Zuordnungsverwirrung ausgelöst und damit schutzwürdige Interessen des Klägers verletzt (Namensanmaßung i. S. d. § 12 BGB).

a) Die Beklagte gebraucht den Namen „Schmidt“ unbefugt, indem sie die Internetadresse „schmidt.de“ für sich hat reservieren lassen.

aa) Die Beklagte gebraucht den Namen Schmidt.

Ein Gebrauch liegt bereits in der Registrierung einer Internetadresse unter dem entsprechenden Namen (vgl. BGH, U. v. 26. Juni 2003, BGHZ 155, 273, 275f. [„Maxem“]). Insoweit ist die Beklagte bei der zuständigen Vergabestelle nach den unstreitig gebliebenen dortigen Eintragungen als Inhaberin registriert.

bb) Der Gebrauch des Namens „Schmidt“ durch die Beklagte erfolgt auch unbefugt, da sie dazu nicht berechtigt ist.

aaa) Die Beklagte ist zunächst einmal nicht selbst Trägerin des Namens „Schmidt“.

bbb) Es ist ihr darüber hinaus aber auch nicht gelungen nachzuweisen, dass sie von einem berechtigten Inhaber des Namens die Gestattung zur Verwendung von dessen Namen erhalten hat.

In entsprechender Anwendung des Rechtsgedankens des § 986 Abs. 1 BGB kann sich der Inhaber einer Gestattung durch den Namensinhaber, ungeachtet des nur obligatorischen Charakters einer solchen, einredeweise auf deren bessere Priorität gegenüber einem nachfolgenden dritten Namensinhaber berufen (BGH, U. v. 18. März 1993, BGHZ 122, 71, 74 [„Decker“]).

Eine solche Gestattung hat jedoch die hierzu vernommene Zeugin [REDACTED] gerade nicht bestätigt.

Bei der Gestattung, welche von der Vertretung zu unterscheiden ist, gibt nämlich der Gestattende den Umgang mit seinem Namensrecht - unter eventuell vorbehaltenem Widerspruchsrecht - aus der Hand und gestattet es dem Namensnutzer, mit diesem Namen - weitgehend - frei zu verfahren und den wirtschaftlichen Nutzen daraus - weitgehend - alleine zu ziehen. Anders ist demgegenüber bei der Vertretung letztendlich die vertretene Person, d. h. im vorliegenden Fall der Namensinhaber, entscheidend.

Eben so war jedoch die Konstellation nach den Schilderungen der Zeugin [REDACTED] im vorliegenden Fall. Die Zeugin hat gerade nicht bekundet, dass gleichsam der Namensinhaber [REDACTED] Schmidt sich nach der Gestattung aus dem weiteren operativen Vorgehen zurückgezogen hat und sich bis auf mögliche Einspruchsrechte um die weitere Nutzung seines Namens gleichsam nicht gekümmert hat, sondern die Zeugin [REDACTED] legte besonderen Wert darauf darzustellen, dass der Namensinhaber Schmidt stets die inhaltliche Verantwortung für diesen Internetauftritt behalten hat und es an der Beklagten lediglich war, Wünsche anzumelden, über deren Berücksichtigung im Einzelfall dann jedoch der Namensinhaber entschieden hat.

Insoweit kann auch dahin stehen, ob der Aussage der Zeugin mangels Glaubwürdigkeit aus den seitens des Klägervertreters vorgehaltenen Gründen einer strafrechtlichen Verfolgung wegen eines vormaligen Aussagedeliktens nicht gefolgt werden konnte, da die Zeugin jedenfalls das seitens der Beklagten in ihr Wissen Gestellte nicht hat bekunden können.

Da die Beklagte sodann nach Erörterung des Beweisergebnisses auf die Einvernahme des weiteren zu diesem Beweisthema wohl benannten Zeugen [REDACTED] verzichtet hat, ist sie diesbezüglich zur Überzeugung des Gerichtes beweisfällig geblieben.

Es kann daher auch offen bleiben, ob der Auffassung des Oberlandesgerichtes in Celle, wie dieses sie mutmaßlich in seiner Entscheidung vom 8. April 2004 (13 U 213/03, MMR 2004, 486, 487) geäußert hat, dahingehend zu folgen wäre, dass es nicht sach-

und interessengerecht wäre, die Registrierung eines fremden Namens als Domainnamen schon dann als einen - im Verhältnis zu allen Trägern des bürgerlichen Namens - berechtigten Namensgebrauch anzusehen, wenn der Benutzer des Namens die Zustimmung irgendeines Trägers des Namens erhalten hat.

Jedenfalls aber muss nach den in dieser Entscheidung niedergelegten Grundsätzen erst recht jedes andere Interesse, Inhaber einer Domain mit dem Namen eines Dritten zu werden, gegenüber dem Interesse der Träger des bürgerlichen Namens zurücktreten.

ccc) Die Beklagte kann sich auch nicht mit Erfolg auf einen Schutz des Titels „schmidt.de“ berufen. Soweit sie angeführt hat, - jedenfalls bis zum Ende des Jahres 2004 - Inhaberin sämtlicher Rechte an der „Harald-Schmidt-Show“ zu sein, könnten ihr Titelschutzrechte auch höchstens an diesem Namen, nicht jedoch an dem allgemein gebräuchlichen bürgerlichen Namen Schmidt insgesamt entstanden sein.

(S. i. übr. auch BGH, U. v. 27. November 2003, GRUR 2004, 514, passim [„Marke Telekom“]).

b) Bereits die Registrierung des Domainnamens „schmidt.de“ führte zu einer Zuordnungsverwirrung.

aaa) Eine Zuordnungsverwirrung tritt dann ein, wenn jemand unberechtigt einen fremden Namen verwendet und als Namensträger identifiziert wird.

bbb) Dies ist regelmäßig der Fall, wenn jemand einen fremden Namen als Internetadresse verwendet, denn in der Verwendung eines unterscheidungskräftigen, nicht sogleich als Gattungsbegriff zu verstehenden Zeichens als Internetadresse wird ein Hinweis auf den (bürgerlichen) Namen des Betreibers des jeweiligen Internetauftritts gesehen (BGHZ 155, 273, 276).

Die Beklagte ist insoweit auch trotz der zuvor festgestellten Nichterweislichkeit ihrer Entscheidungsprärogative als Betreiberin anzusehen, da sie jedenfalls gegenüber der zuständigen Vergabestelle als „materiell Berechtigte“ auftritt.

ccc) Zwar wiegt die Verwirrung über die Identität des Betreibers für sich genommen nicht besonders schwer, da sie durch die sich unter dem Domainnamen öffnende Homepage rasch wieder beseitigt wird, jedoch insoweit auch eine geringe Zuordnungsverwirrung für die Namensanmaßung, wenn dadurch das berechtigte Interesse des Namensträgers in besonderem Maße beeinträchtigt wird. Diese Voraussetzungen sind bei der Registrierung des eigenen Namens durch einen Nichtberechtigten unter der in Deutschland üblichen Top-Level-Domain „.de“ gegeben, da die aus dieser Kombination gebildete Internetadresse exklusiv ist.

c) Die Beklagte hat dadurch auch schutzwürdige Interessen des Klägers verletzt. Jeder Träger eines unterscheidungskräftigen Namens hat das berechtigte, in der Regel mit einer größeren Zahl gleichnamiger Namensträger geteilte, schutzwürdige Interesse, mit dem eigenen Namen unter der im Inland üblichen und am meisten verwendeten Top-Level-Domain „.de“ im Internet aufzutreten. Zwar muss jeder Namensträger hinnehmen, dass ein anderer Träger dieses Namens ihm zuvor kommt und den Namen als Internetadresse für sich registrieren lässt, darüber hinaus möglicherweise auch gegenüber dem Inhaber eines bekannten Zeichens zurücktreten (BGH, U. v. 22. November 2001, BGHZ 149, 191, 200 ff. [„Shell“]). Er braucht aber nicht zu dulden, dass er aufgrund der Registrierung durch einen Nichtberechtigten von der entsprechenden Nutzung seines eigenen Namens ausgeschlossen wird (BGHZ 155, 273, 276 f.).

d) Die Kammer verkennt nicht, dass diese Entscheidung möglicherweise dazu führen kann, dass zukünftig andere weitgehend unbekannte Namensinhaber anwaltlich dahingehend beraten werden, gegen weitere bekannte Gesellschaften, Vereinigungen oder Organisationen wie beispielsweise die seitens des hiesigen Klägervertreters schon

genannte CDU in Niedersachsen, die Konrad-Adenauer-Stiftung in St. Augustin oder den SPD-Parteivorstand in Berlin vorzugehen, jedoch wäre dabei in jedem Einzelfall zu prüfen, ob das verständliche Geheimhaltungsinteresse der betroffenen Herren Wulf, Kohl und Schröder beispielsweise durch den seitens des Bundesgerichtshofs aufgezeigten Weg der Gestattungsvereinbarung geschützt worden ist.

II. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 11, 711, 108 ZPO.

Küper

Schmidt

Frankenberger

Verbraucherzentrale
Bundesverband
18. Aug. 2009
EINGEGANGEN



A 12842-2

Landgericht Hamburg

U R T E I L

Im Namen des Volkes



Geschäfts-Nr.:
324 O 650/08

Verkündet am:
7.8.2009

In der Sache

JAE
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände -
Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.,
vertreten durch den Vorstand Gerd Billen,
Markgrafenstraße 66, 10969 Berlin

- Klägerin -

Prozessbevollmächtigter

Rechtsanwalt

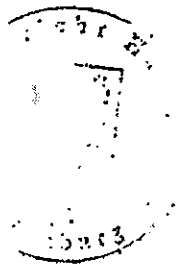
gegen

Google Inc.,

- Beklagte -

Prozessbevollmächtigte

Rechtsanwälte



erkennt das Landgericht Hamburg, Zivilkammer 24 ,
auf die mündliche Verhandlung vom 5.6.2009
durch
den Vorsitzenden Richter am Landgericht
die Richterin am Landgericht
die Richterin am Landgericht

für Recht:

- I. Die Beklagte wird verurteilt, es bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten (Ordnungsgeld im Einzelfall höchstens € 250.000,00, Ordnungshaft insgesamt höchstens zwei Jahre),

zu unterlassen,

nachfolgende oder mit diesen inhaltsgleiche Bestimmungen in Vereinbarungen über die Nutzung der Produkte, der Software, der Dienstleistungen und der Webseiten der Beklagten mit Verbrauchern, deren Wohnsitz und/oder deren gewöhnlicher Aufenthaltsort sich in der Bundesrepublik Deutschland befindet, einzubeziehen, sowie sich auf die Bestimmungen bei der Abwicklung derartiger Verträge, geschlossen nach dem 1. April 1977, zu berufen:

1. (8.3) Google behält sich das Recht vor (übernimmt jedoch keine Verpflichtung), sämtliche Inhalte vorab durchzusehen, zu prüfen, zu kennzeichnen, zu filtern, zu ändern, abzulehnen oder aus den Services zu entfernen.
2. (11.1) [Ihre Urheberrechte sowie alle anderen Rechte, die Sie bezüglich der von Ihnen in den oder über die Services übermittelten, eingestellten oder dargestellten Inhalte innehaben, verbleiben bei Ihnen.] Durch Übermittlung, Einstellung oder Darstellung der Inhalte gewähren Sie Google eine dauerhafte, unwiderrufliche, weltweite, kostenlose und nicht exklusive Lizenz zur Reproduktion, Anpassung, Modifikation, Übersetzung, Veröffentlichung, öffentlichen Wiedergabe oder öffentlichen Zugänglichmachung und Verbreitung der von Ihnen in oder durch die Services übermittelten, eingestellten oder dargestellten Inhalte. Diese Lizenz dient ausschließlich dem Zweck, Google in die Lage zu versetzen, die Services darzustellen, zu verbreiten und zu bewerben; sie kann für bestimmte Services, wie in den Zusatzbedingungen für die entsprechenden Services festgelegt, widerrufen werden.
3. (11.2) Sie stimmen zu, dass diese Lizenz Google auch das Recht einräumt, entsprechende Inhalte anderen Gesellschaften, Organisationen oder Personen, mit denen Google vertragliche Beziehungen über die gemeinsame Erbringung von Diensten unterhält, zugänglich zu machen und die Inhalte im Zusammenhang mit der Erbringung entsprechender Dienste zu nutzen.
4. (19.1) Google kann die Allgemeinen Bedingungen oder die Zusatzbedingungen ggf. ändern. Sollten Änderungen erfolgt sein, stellt Ihnen Google die aktualisierte Fassung der Allgemeinen Bedingungen unter <http://www.google.com/accounts/TOS?hl=de> zur Verfügung; neu gefasste Zusatzbedingungen werden Ihnen in den oder über die betroffenen Services zur Verfügung gestellt.

5. (19.2) Sie sind sich darüber bewusst und stimmen zu, dass Ihre Weiternutzung der Services nach dem Datum einer Änderung der Allgemeinen Bedingungen oder der Zusatzbedingungen von Google als Annahme der aktualisierten Allgemeinen Bedingungen bzw. Zusatzbedingungen ausgelegt wird.
6. [Google Datenschutzerklärung]
Wir können die Daten, die Sie unter Ihrem Account angeben, mit Daten von anderen Google-Services oder anderen Unternehmen kombinieren, um unser Angebot für Sie und die Qualität unserer Services zu verbessern. Für bestimmte Dienste geben wir Ihnen die Möglichkeit, diese Kombination von Daten abzulehnen.
7. [Google Datenschutzerklärung]
[Partner-Webseiten – Wir bieten bestimmte Services in Verbindung mit anderen Websites an.] Personenbezogene Daten, die Sie diesen Websites zur Verfügung stellen, können an Google gesendet werden, um den Service auszuführen.
8. [Google Datenschutzerklärung]
[Google verarbeitet personenbezogene Daten nur für die Zwecke, für die sie erhoben wurden. Neben den oben bereits genannten sind dies folgende Zwecke:]
 - Bereitstellung unserer Produkte und Dienste für die Nutzer, einschließlich der Darstellung individuell zugeschnittener Inhalte und Werbung;
 - Audits, Forschung und Analysen, um unsere Dienste aufrechtzuerhalten, zu schützen und zu verbessern;
 - Entwicklung neuer Services.
9. [Google Datenschutzerklärung]
...[Wir können personenbezogene Daten verarbeiten, um unsere Dienste bereitzustellen], können jedoch solche Daten auch für Dritte und nach deren Anweisungen verarbeiten.
10. [Google Datenschutzerklärung]
[Weitergabe von Daten]
Google gibt personenbezogene Daten nur unter den nachfolgend beschriebenen Voraussetzungen an Dritte außerhalb von Google weiter:]
 - Wenn solche Daten an unsere Tochtergesellschaften, verbundenen Unternehmen oder andere vertrauenswürdige Unternehmen oder Personen zum Zwecke der Verarbeitung personenbezogener Daten in unserem Auftrag weitergegeben werden. Wir verlangen von diesen Parteien, dass sie solche Informationen gemäß unseren Anweisungen und in Einklang mit diesen Datenschutzbestimmungen und sonstigen geeigneten Geheimhaltungs- und Sicherheitsmaßnahmen verarbeiten;

- II. Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

- III. Das Urteil ist hinsichtlich Ziffer I. gegen Sicherheitsleistung in Höhe von € 25.000,00 und hinsichtlich Ziffer II. gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

und beschließt: Der Streitwert wird auf € 25.000,00 festgesetzt.

Tatbestand

Der Kläger ist der Dachverband der Verbraucherzentralen und qualifizierte Einrichtung im Sinne des § 4 UKlaG. Die Beklagte, ein US-amerikanisches Unternehmen, betreibt die Internetplattform „Google“. Sie bietet von den Vereinigten Staaten aus werbefinanzierte Dienste auch in Deutschland an, nämlich für den Nutzer kostenlose Suchdienste (insbesondere Websuche, Bildersuche, Buchsuche, News-Suche) und daneben weitere – ebenfalls für den Nutzer kostenlose, aber über ein so genanntes „Google Account“ registrierungspflichtige – Dienste wie z.B. Google Video, Google Mail, Blogger, Text & Tabellen und Google Talk. Die Beklagte erbringt ihre Dienste auch in – vor allem technischer – Kooperation mit anderen Service Providern.

Die streitgegenständlichen Klauseln sind Teil eines früheren Bedingungswerkes der Beklagten („Google Servicebedingungen“) und einer früheren „Datenschutzerklärung“, welche die Beklagte Mitte 2008 durch geänderte Fassungen ersetzte. Wegen der Einzelheiten der Servicebedingungen und der Datenschutzerklärung in ihren angegriffenen Fassungen wird auf Anlagen K 1 und K 2 Bezug genommen.

Für die registrierungspflichtigen Dienste der Beklagten musste der Nutzer durch einen Klick die für den jeweiligen Dienst geltenden (Sonder- bzw. Zusatz-) Bedingungen akzeptieren.

Die Klägerin forderte die Beklagte mit Schreiben vom 31. März 2008 auf, bezüglich 29 Klauseln aus den genannten Servicebedingungen bzw. der Datenschutzerklärung, darunter den streitgegenständlichen, eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtungserklärung abzugeben (Anlagen K 3 und K 4). Die Google Germany GmbH wies für die Beklagte darauf hin, dass die Servicebedingungen zeitnah durch eine überarbeitete Fassung ersetzt würden (vgl. Anlage B 5), und übersandte dem Kläger später diese neue Fassung mit der Bitte um kritische Durchsicht (Anlagen K 7 bis K 8 bzw. B 6), gab jedoch hinsichtlich der angegriffenen alten Klauseln vorprozessual keine Unterlassungsverpflichtungserklärung ab. Der Kläger äußerte sich nicht zu den neuen Bedingungen.

Mit Schriftsatz vom 3. Juni 2009 hat sich die Beklagte gegenüber dem Kläger verpflichtet, es zu unterlassen, die streitgegenständlichen Bestimmungen der Google Servicebedingungen sowie deren Ziffer 7.2 („Sie stimmen der Nutzung Ihrer Daten in Übereinstimmung mit Googles Datenschutzrichtlinie zu.“) „wortgleich und in ihrer konkreten, exakten Formulierung, d.h. unter Ausschluss sog. kerngleicher Verstöße (...) einzubeziehen sowie sich (...) auf solche Bestimmungen (...) zu berufen“. Diese Erklärung hat der Kläger nicht angenommen.

Der Kläger hält die angegriffenen Klauseln, auch die der Datenschutzerklärung, für Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gemäß §§ 307ff. BGB unwirksam sind.

Der Kläger beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu unterlassen, nachfolgende oder mit diesen inhaltsgleiche Bestimmungen in Vereinbarungen über die Nutzung der Produkte, der

Software, der Dienstleistungen und der Webseiten der Beklagten mit Verbrauchern, deren Wohnsitz und/oder deren gewöhnlicher Aufenthaltsort sich in der Bundesrepublik Deutschland befindet, einzubeziehen, sowie sich auf die Bestimmungen bei der Abwicklung derartiger Verträge, geschlossen nach dem 1. April 1977, zu berufen:

1. (8.3) Google behält sich das Recht vor (übernimmt jedoch keine Verpflichtung), sämtliche Inhalte vorab durchzusehen, zu prüfen, zu kennzeichnen, zu filtern, zu ändern, abzulehnen oder aus den Services zu entfernen.
2. (11.1) [Ihre Urheberrechte sowie alle anderen Rechte, die Sie bezüglich der von Ihnen in den oder über die Services übermittelten, eingestellten oder dargestellten Inhalte innehaben, verbleiben bei Ihnen.] Durch Übermittlung, Einstellung oder Darstellung der Inhalte gewähren Sie Google eine dauerhafte, unwiderrufliche, weltweite, kostenlose und nicht exklusive Lizenz zur Reproduktion, Anpassung, Modifikation, Übersetzung, Veröffentlichung, öffentlichen Wiedergabe oder öffentlichen Zugänglichmachung und Verbreitung der von Ihnen in oder durch die Services übermittelten, eingestellten oder dargestellten Inhalte. Diese Lizenz dient ausschließlich dem Zweck, Google in die Lage zu versetzen, die Services darzustellen, zu verbreiten und zu bewerben; sie kann für bestimmte Services, wie in den Zusatzbedingungen für die entsprechenden Services festgelegt, widerrufen werden.
3. (11.2) Sie stimmen zu, dass diese Lizenz Google auch das Recht einräumt, entsprechende Inhalte anderen Gesellschaften, Organisationen oder Personen, mit denen Google vertragliche Beziehungen über die gemeinsame Erbringung von Diensten unterhält, zugänglich zu machen und die Inhalte im Zusammenhang mit der Erbringung entsprechender Dienste zu nutzen.
4. (19.1) Google kann die Allgemeinen Bedingungen oder die Zusatzbedingungen ggf. ändern. Sollten Änderungen erfolgt sein, stellt Ihnen Google die aktualisierte Fassung der Allgemeinen Bedingungen unter <http://www.google.com/accounts/TOS?hl=de> zur Verfügung; neu gefasste Zusatzbedingungen werden Ihnen in den oder über die betroffenen Services zur Verfügung gestellt.
5. (19.2) Sie sind sich darüber bewusst und stimmen zu, dass Ihre Weiternutzung der Services nach dem Datum einer Änderung der Allgemeinen Bedingungen oder der Zusatzbedingungen von Google als Annahme der aktualisierten Allgemeinen Bedingungen bzw. Zusatzbedingungen ausgelegt wird.

6. [Google Datenschutzerklärung]
Wir können die Daten, die Sie unter Ihrem Account angeben, mit Daten von anderen Google-Services oder anderen Unternehmen kombinieren, um unser Angebot für Sie und die Qualität unserer Services zu verbessern. Für bestimmte Dienste geben wir Ihnen die Möglichkeit, diese Kombination von Daten abzulehnen.
7. [Google Datenschutzerklärung]
[Partner-Webseiten – Wir bieten bestimmte Services in Verbindung mit anderen Websites an.] Personenbezogene Daten, die Sie diesen Websites zur Verfügung stellen, können an Google gesendet werden, um den Service auszuführen.
8. [Google Datenschutzerklärung]
[Google verarbeitet personenbezogene Daten nur für die Zwecke, für die sie erhoben wurden. Neben den oben bereits genannten sind dies folgende Zwecke:]
 - Bereitstellung unserer Produkte und Dienste für die Nutzer, einschließlich der Darstellung individuell zugeschnittener Inhalte und Werbung;
 - Audits, Forschung und Analysen, um unsere Dienste aufrechtzuerhalten, zu schützen und zu verbessern;
 - Entwicklung neuer Services.
9. [Google Datenschutzerklärung]
...[Wir können personenbezogene Daten verarbeiten, um unsere Dienste bereitzustellen], können jedoch solche Daten auch für Dritte und nach deren Anweisungen verarbeiten.
10. [Google Datenschutzerklärung]
[Weitergabe von Daten]
Google gibt personenbezogene Daten nur unter den nachfolgend beschriebenen Voraussetzungen an Dritte außerhalb von Google weiter:]
 - Wenn solche Daten an unsere Tochtergesellschaften, verbundenen Unternehmen oder andere vertrauenswürdige Unternehmen oder Personen zum Zwecke der Verarbeitung personenbezogener Daten in unserem Auftrag weitergegeben werden. Wir verlangen von diesen Parteien, dass sie solche Informationen gemäß unseren Anweisungen und in Einklang mit diesen Datenschutzbestimmungen und sonstigen geeigneten Geheimhaltungs- und Sicherheitsmaßnahmen verarbeiten;

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte ist der Ansicht, der Klageantrag sei nicht hinreichend bestimmt im Sinne des § 8 UKlaG. Hinsichtlich der Datenschutzbestimmungen fehle es an der Klagebefugnis des Klägers, da es sich nicht um Allgemeine Geschäftsbedingungen handle. Da keine Vertragsverhältnisse streitgegenständlich seien (insbesondere die registrierungspflichtigen Produkte der Beklagten nicht zum Prozessstoff gehörten), könne Art. 29 EGBGB nicht zur Anwendbarkeit des deutschen Rechts führen. Jedenfalls handle es sich bei den Leistungen der Beklagten nicht um entgeltliche Dienstleistungen im Sinne des Art. 50 EG-Vertrag. Soweit die angegriffenen Klauseln überhaupt AGB-rechtlich überprüfbar seien, handle es sich um wirksame Klauseln.

Wegen des weiteren Parteivortrags wird auf die zur Akte gereichten Schriftsätze und Anlagen Bezug genommen.

Die Parteien haben mit nicht nachgelassenen Schriftsätzen vom 17. Juni 2009 und 24. Juli 2009 weiter vorgetragen.

Entscheidungsgründe

I. Die Klage ist zulässig.

1. Die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts folgt aus § 6 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UKlaG. Die Beklagte hat die angegriffenen Servicebedingungen bzw. die Datenschutzerklärung für Dienste aufgestellt, die sie auch für Nutzer im Gerichtsbezirk der angerufenen Kammer anbietet.

2. Die Anforderungen an den Klageantrag nach § 8 Abs. 1 UKlaG sind gewahrt. Insbesondere hat der Kläger die Art der Rechtsgeschäfte, für die die Bestimmungen angegriffen werden, hinreichend substantiiert, indem er die von der Beklagten selbst unter Ziffer 1.1 der Servicebedingungen angegebenen Bezeichnungen der erfassten Services übernommen hat. An dieser Spezifizierung und daran, dass die

Beklagte ihre Servicebedingungen als „Allgemeine Bedingungen“ bezeichnet hat, die von der „Vereinbarung mit Google immer mindestens“ umfasst seien (Ziffer 1.2 der Servicebedingungen), muss sich die Beklagte insoweit festhalten lassen, als eine konkretere Bezeichnung der Art der Rechtsgeschäfte, für die die Bestimmungen beanstandet werden, im Sinne des § 8 UKlaG nicht verlangt werden kann. Aus § 253 ZPO oder aus § 8 UKlaG folgt auch nicht, dass im Klageantrag eine bestimmte Internetadresse, unter der die Beklagte ihre Produkte anbietet und/oder die angegriffenen Bedingungen veröffentlicht, genannt werden müsste. Der Kläger hat den Klageantrag auch in ausreichender Weise auf die Nutzung der Klauseln in Deutschland beschränkt („Vereinbarungen (...) mit Verbrauchern, deren Wohnsitz und/oder deren gewöhnlicher Aufenthaltsort sich in der Bundesrepublik Deutschland befindet“).

3. Der Kläger ist als qualifizierte Einrichtung gemäß §§ 3 Abs. 1 Nr. 1, 4 Abs. 2 UKlaG prozessführungsbefugt.

II. Die Klage ist auch begründet.

1. Die Beklagte ist gegenüber dem gemäß §§ 3 Abs. 1 Nr. 1, 4 Abs. 2 UKlaG aktivlegitimierten Kläger aufgrund § 1 UKlaG zur Unterlassung der Verwendung der streitgegenständlichen Bestimmungen verpflichtet.

2. Im Rahmen der vorliegenden Verbandsklage ist deutsches Recht anzuwenden. Zwar mag im individuellen Verhältnis zwischen der Beklagten und einem Nutzer aufgrund der Rechtswahlklausel in Ziffer 20.7 der Servicebedingungen gemäß Art. 27 EGBGB englisches Recht anwendbar sein. Allerdings bleiben gemäß Art. 29 Abs. 1 EGBGB jedenfalls die zwingenden Verbraucherschützenden Regelungen des deutschen Rechts maßgeblich, soweit diese günstiger sind (vgl. Thorn in Palandt, BGB, 68. Aufl. 2009, Art. 29 EGBGB Rn. 8). Insbesondere bei den §§ 305ff. BGB handelt es sich um zwingende Vorschriften im Sinne des Art. 29 EGBGB (vgl. Thorn in Palandt a.a.O.; OLG Düsseldorf, Urteil vom 26.5.1995, Az. 17 U 240/94, Juris Rz. 52 noch zu den Regeln des AGB-Gesetzes). Daher sind

die angegriffenen Klauseln bei der vorliegenden Verbandsklage an diesen Vorschriften des deutschen Rechts zu messen.

Dabei kann den Beziehungen der Beklagten zu ihren Nutzern, die sie mit den Servicebedingungen und der Datenschutzerklärung regelt, ein Verbrauchervertragscharakter im Sinne des Art. 29 EGBGB zukommen. Zwar ist der Beklagten einzuräumen, dass die bloße isolierte Nutzung einer der Suchmaschinen der Beklagten noch kein Vertragsverhältnis begründen dürfte, unter anderem weil auf beiden Seiten der erforderliche Rechtsbindungswille fehlt. Allerdings genügt es für die Annahme von Vertragsbedingungen im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB, wenn der Text den Eindruck hervorruft, der Verwender wolle vertragliche Rechte und Pflichten begründen (vgl. Grüneberg in Palandt, a.a.O., § 305 Rn. 3; BGH, Urteil vom 3.7.1996, Az. VIII ZR 221/95, Juris Rz. 18). Hier hat die Beklagte durch ihre allgemein angelegten Servicebedingungen und Datenschutzbestimmungen – bei der gebotenen verbraucherfeindlichen Auslegung – den Eindruck erweckt, bereits jede Nutzung der Services führe zu einem Vertragsverhältnis. So hat sie selbst die Begriffe „Vertragsbeziehung“ und „Vereinbarung“ verwendet und eine Annahme der Vertragsbedingungen bereits durch die tatsächliche Nutzung der Services (nicht nur bestimmter Services) postuliert (vgl. Ziffern 1, 2.1 und 2.2 der Servicebedingungen). Dabei hat sie über Ziffer 7.2 der Servicebedingungen eine Anerkennung der Datenschutzrichtlinie einbezogen.

Abgesehen davon kommt es jedenfalls im Rahmen einzelner Services zu Vertragsverhältnissen, insbesondere bei den registrierungspflichtigen Services. Diese sind vom Streitgegenstand nicht ausgenommen. Eine derartige Ausnahme ergibt sich weder aus der Formulierung des Klageantrags noch aus dessen Begründung. In beidem wird deutlich, dass der Kläger die Servicebedingungen und die Bestimmungen der Datenschutzerklärung nicht im Hinblick auf einzelne Produkte – insbesondere nur im Hinblick auf die Suchdienste – angreift, sondern in der Allgemeinheit, in der sie auch von der Beklagten für alle ihre Services aufgestellt worden sind. Schließlich können auch die nicht registrierungspflichtigen Dienste (insbesondere die Suchdienste) im Rahmen eines Vertragsverhältnisses aufgrund eines registrierungspflichtigen Services zum Einsatz kommen, nämlich wenn der

Nutzer ein „Google Account“ eingerichtet hat und als nunmehr bekannter Nutzer und Vertragspartner auch die Suchdienste nutzt.

Die Anwendung deutschen Rechts auf der Grundlage des Art. 29 EGBGB scheidet auch nicht daran, dass vorliegend keine so genannten „Verbraucherverträge“ im Sinne der Vorschrift in Betracht kämen. Hierzu gehören Verträge über die Erbringung von Dienstleistungen. Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 13. Dezember 2005 (Az. XI ZR 82/05, Juris Rz. 13) ausgeführt, dass

„der Begriff der ‚Erbringung von Dienstleistungen‘ im Sinne des Art. 29 Abs. 1 EGBGB (...) zwar nach dessen Schutzzweck weit auszulegen [ist]. Er umfasst tätigkeitsbezogene Leistungen aufgrund von Dienst-, Werk-, Werklieferungs- und Geschäftsbesorgungsverträgen (BGHZ 123, 380, 385 (Senat); 135, 124, 130 f.). Notwendig ist aber, dass die Leistung gegenüber dem Vertragsgegner als Verbraucher erbracht wird (Senat aaO; vgl. auch Art. 5 Abs. 1 des EG-Übereinkommens vom 19. Juni 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, EuSchVÜ, BGBl. 1986 II S. 809, 813, der Art. 29 EGBGB zugrunde liegt).“

Die Beklagte erbringt derartige tätigkeitsbezogene Leistungen zumindest auch gegenüber Verbrauchern.

Soweit Art. 50 EG-Vertrag Dienstleistungen als Leistungen definiert, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, steht auch dies nicht einer Anwendbarkeit des Art. 29 EGBGB in Bezug auf die angegriffenen Bestimmungen entgegen. Denn dass die Leistungen „in der Regel gegen Entgelt“ erbracht werden, soll zum Ausdruck bringen, dass die Leistung zu Erwerbszwecken erfolgen muss. Der Charakter des Entgelts als „Gegenleistung“ ist nur in einem weiten Sinne erforderlich, wobei beispielsweise Umwegrentabilitäten im Hinblick auf Werbeeinnahmen eingeschlossen sind. Das Entgelt muss nicht zwingend von dem entrichtet werden, dem die Leistung zu Gute kommt (vgl. Holoubek in Schwarze, EU-Kommentar, 2. Aufl. 2009, Art. 49/50 EGV Rn. 19 m.w.N.). An der Entgeltlichkeit fehlt es etwa bei karitativen Leistungen oder bei der Weitergabe von Informationen ohne wirtschaftliche Motivation (vgl. Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 49 EGV Rn. 23 m.w.N.).

Den in diesem Sinne weiten Dienstleistungsvertragsbegriff erfüllen die Dienste der Beklagten, die sie nicht altruistisch oder etwa auf einer öffentlich finanzierten Basis erbringt, sondern – in Kombination mit dem Angebot von Werbedienstleistungen – zu eigenen Erwerbszwecken.

3. Die vom Kläger angegriffenen Klauseln aus den Servicebedingungen (a - e) und aus der Datenschutzerklärung (f - j) sind wegen Verstoßes gegen zwingende Vorschriften des deutschen Verbraucherschutzrechtes unwirksam.

a) Ziffer 8.3 der Servicebedingungen ist in dem vom Kläger angegriffenen und teilbaren Umfang gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB unwirksam, da die Klausel den Nutzer unangemessen benachteiligt. Bei der hier gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung ist die Klausel als umfassende Ermächtigung der Beklagten auszulegen, sämtliche Informationen und Daten, die ein Nutzer im Rahmen der Nutzung eines Dienstes der Beklagten eingibt, ohne konkreten Anlass und ohne Benachrichtigung des Nutzers zu überprüfen und ggf. zu ändern oder zu löschen.

Es kann offen bleiben, ob der Klausel im Zusammenhang mit der isolierten Nutzung der Suchdienste kein praktischer Anwendungsbereich zukommt, wie die Beklagte geltend macht. Denn wie erläutert ist der Gegenstand der Unterlassungsklage nicht auf die Suchdienste der Beklagten beschränkt, sondern erstreckt sich auf sämtliche von ihr angebotenen Dienste, auf die sich die Servicebedingungen insbesondere gemäß deren Ziffer 1.1 beziehen. Die Beklagte kann auch nicht damit gehört werden, dass der Anwendungsbereich der Klausel durch die jeweils für den betroffenen Service geltenden Zusatz- oder Sonderbedingungen ggf. eingeschränkt oder modifiziert werde. Zwar weisen die Servicebedingungen etwa in Ziffer 1.3 auf die eventuelle Geltung von Zusatzbedingungen hin; dieser allgemeine Hinweis genügt aber nicht, um den Anwendungsbereich der hier angegriffenen Klausel klar abzugrenzen. Die Unwägbarkeiten, die damit einhergehen, einzuschätzen, in welchem Verhältnis verschiedene Bedingungswerke bzw. einzelne Klauseln zueinander stehen, dürfen nicht zu Lasten des Klauselgegners gehen, so dass vorliegend bei kundenfeindlichster Auslegung von einem umfassenden Geltungsanspruch der angegriffenen Klausel auszugehen ist.

Die Klausel unterliegt der Inhaltskontrolle nach den (im Sinne des Art. 29 EGBGB zwingenden Verbraucherschützenden) Regeln des § 307 Abs. 1 und Abs. 2 BGB. Insbesondere beschränkt sie sich nicht auf die Beschreibung von Befugnissen, die der Beklagten aufgrund anderer Rechtsvorschriften (etwa § 10 TMG) oder nach den anerkannten Grundsätzen der Störerhaftung zustehen. Eine derartige Beschränkung lässt sich weder dem Wortlaut noch dem Kontext der Klausel entnehmen. Vielmehr bezieht sie sich – unter Berücksichtigung der übergreifenden Gestaltung der Servicebedingungen – grundsätzlich auf alle Dienste der Beklagten und zugleich auf „sämtliche Inhalte“. Die Klausel ist so weit gefasst, dass sie bei kundenfeindlicher Auslegung die Beklagte beispielsweise ermächtigen würde, urheberrechtlich geschützte Werke zu löschen oder vertrauliche Mitteilungen auszuwerten. In dieser Allgemeinheit benachteiligt sie den Nutzer unangemessen im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Zugleich ist sie mangels Bestimmtheit und mangels klarer Abgrenzung im Verhältnis zu etwa geltenden Zusatz- oder Sonderbedingungen intransparent im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB.

b) Ziffer 11.1 der Servicebedingungen ist in dem vom Kläger angegriffenen und teilbaren Umfang gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB jedenfalls deshalb unwirksam, weil sie nicht klar und verständlich ist.

Auch diese Klausel unterliegt der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und Abs. 2 BGB. Insbesondere handelt es sich nicht um eine Leistungsbeschreibung, die Art, Güte und Umfang einer Hauptleistungspflicht unmittelbar festlegt und deshalb der Inhaltskontrolle entzogen wäre (vgl. hierzu etwa BGH, Urteil vom 12.6.2001, Az. XI ZR 274/00, Juris Rz. 14). Bei keinem der streitgegenständlichen Dienste geht es im Sinne einer Hauptleistungspflicht darum, dass der Nutzer als Schöpfer eines Werkes der Beklagten Nutzungsrechte einräumt.

Die angegriffene Klausel beschränkt sich auch nicht darauf, die Beklagte in den Stand zu versetzen, ihrerseits ihre Leistungen (unabhängig von der Frage, ob sie diese als Hauptleistungspflicht schuldet) zu erbringen. Zwar mag mit der Klausel lediglich beabsichtigt sein, den jeweiligen Nutzungszweck der einzelnen Services zu ermöglichen, indem der Nutzer darin einwilligt, dass die von ihm eingegebenen

Inhalte in dem von ihm gewünschten Umfang über die Infrastruktur der Beklagten wiedergegeben werden. Diese Zwecksetzung kommt durch die Formulierung „Diese Lizenz dient ausschließlich dem Zweck, Google in die Lage zu versetzen, die Services darzustellen, zu verbreiten und zu bewerben“ allerdings nur undeutlich und unzureichend zum Ausdruck, und an einer entsprechenden Einschränkung der Lizenzeinräumung fehlt es ganz („...gewähren Sie Google eine dauerhafte, unwiderrufliche, weltweite, kostenlose und nicht exklusive Lizenz zur Reproduktion, Anpassung, Modifikation, Übersetzung, Veröffentlichung, öffentlichen Wiedergabe oder öffentlichen Zugänglichmachung und Verbreitung der von Ihnen in oder durch die Services übermittelten, eingestellten oder dargestellten Inhalte“).

Es kann vorliegend dahinstehen, ob und in welchem Umfang die Klausel mit wesentlichen Grundgedanken des Urheberrechts nicht zu vereinbaren ist. Denn die Klausel ist jedenfalls intransparent, da der Nutzer nicht erkennen kann, bei welchen Nutzungsarten er der Beklagten welche Rechte in welchem Umfang einräumt und was es bedeuten soll, „Google in die Lage zu versetzen, die Services darzustellen, zu verbreiten und zu bewerben“.

c) Entsprechend ist auch Ziffer 11.2 der Servicebedingungen gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam. Auf die Ausführungen unter b) kann Bezug genommen werden. Auch hier ist die Inhaltskontrolle nicht angesichts einer bloßen Leistungsbeschreibung ausgeschlossen, und auch hier liegt ein Verstoß gegen das Transparenzverbot vor, da der Nutzer nicht erkennen kann, bei welchen Nutzungsarten er es der Beklagten möglicherweise erlaubt, von ihm eingegebene Inhalte Dritten zugänglich zu machen. Insbesondere bleibt unklar und unverständlich, was mit der Einräumung des Rechts, „die Inhalte im Zusammenhang mit der Erbringung entsprechender Dienste zu nutzen“, gemeint sein soll.

Angesichts dieser Intransparenz kann offen bleiben, ob die Klausel den Nutzer darüber hinaus aus urheberrechtlichen und/oder datenschutzrechtlichen unangemessen benachteiligt.

d) Ziffer 19.1 der Servicebedingungen ist wegen Verstoßes gegen § 308 Nr. 4 BGB unwirksam. Da die Klausel Gültigkeit für alle Services der Beklagten beansprucht bzw. bei kundenfeindlichster Auslegung jedenfalls so zu verstehen ist, kann sie bei einzelnen Services auch die Änderung der jeweils versprochenen Leistung i.S.d. § 308 Nr. 4 BGB betreffen. Im Sinne dieser Vorschrift ist ein Änderungsvorbehalt unzulässig, bei dem eine Regelung im Hinblick auf die Zumutbarkeit der Änderung für den Klauselgegner ganz fehlt (vgl. Grüneberg in Palandt, a.a.O., § 308 Rn. 23). Die vorliegende Klausel konkretisiert nicht die Voraussetzungen und/oder den Umfang einer möglichen Änderung der Bedingungen, so dass das erforderliche Zumutbarkeitskriterium unbeachtet worden ist.

Außerhalb des Anwendungsbereichs des § 308 Nr. 4 BGB (also soweit nicht Leistungen betroffen sind; vgl. Grünberg in Palandt, a.a.O., Rn. 22; BGH, Urteil vom 17.3.1999, Az. IV ZR 218/97, Juris Rz. 22) ist die Klausel außerdem gemäß §§ 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1, 305 Abs. 2 BGB unwirksam. Denn Klauseln, die den Verwender zur Änderung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ohne Einverständnis des Kunden berechtigen, sind nur wirksam, wenn sie das Änderungsrecht auf das nachträgliche Entstehen von Äquivalenzstörungen und Regelungslücken beschränken und inhaltlich so bestimmt sind, dass sie dem Transparenzgebot genügen (vgl. Grüneberg in Palandt, a.a.O., § 305 Rn. 48 m.w.N.). Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt. Es fehlt bereits an einer entsprechenden Beschränkung und Konkretisierung des Änderungsrechts. Dieser Mangel wird nicht dadurch geheilt, dass der einzelne Nutzer die Nutzung der Services der Beklagten, wie diese geltend macht, jederzeit beenden kann. Dies gilt schon deshalb, weil das in der Klausel beschriebene Vorgehen nicht gewährleistet, dass der Nutzer von einer Änderung der Nutzungsbedingungen Kenntnis nimmt und gegebenenfalls deshalb die Nutzung einstellen kann.

e) Ziffer 19.2 der Servicebedingungen ist wegen Verstoßes gegen § 308 Nr. 5 BGB unwirksam. Neufassungen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen können zwar grundsätzlich über eine Erklärungsfiktion einbezogen werden; es bedarf aber einer angemessenen Widerspruchsfrist, eines unmissverständlichen Hinweises auf die Bedeutung des Schweigens und der Übermittlung der neuen Fassung (vgl.

Grüneberg in Palandt, a.a.O., § 305 Rn. 48). Die in § 308 Nr. 5 BGB zum Ausdruck kommenden Wirksamkeitsvoraussetzungen für die Erklärungsfiktion – insbesondere die Einräumung einer angemessenen Erklärungsfrist – sind in der angegriffenen Klausel nicht eingehalten.

f) Die aus Ziffer 6 des Unterlassungstenors ersichtliche Bestimmung aus der Datenschutzerklärung vom 14. Oktober 2005 stellt eine im vorliegenden Verbandsklageverfahren überprüfbare und teilbare Klausel dar, die gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB i.V.m. § 4a Abs. 1 BDSG, §§ 12 Abs. 1, 13 Abs. 2 TMG unwirksam ist.

Die Datenschutzerklärung der Beklagten ist nicht von vornherein einer AGB-rechtlichen Kontrolle entzogen. So steht dem hier geltend gemachten Unterlassungsanspruch nach § 1 UKlaG nicht entgegen, dass § 4 Abs. 1 BDSG nicht als Verbraucherschutzgesetz im Sinne von § 2 UKlaG angesehen wird, weil die Vorschrift alle natürlichen Personen, aber nicht speziell Verbraucher schützt. Wie in der vom Bundesgerichtshof entschiedenen „Payback“-Entscheidung (Urteil vom 16.7.2008, VIII ZR 348/06, Juris Rz. 17) erhebt auch vorliegend der Kläger keinen Unterlassungsanspruch wegen verbraucherschutzwidriger Praktiken aus § 2 UKlaG, sondern einen Unterlassungsanspruch wegen Verwendung unwirksamer Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen gemäß § 1 UKlaG. Die Beklagte unterfällt gemäß § 1 Abs. 5 Satz 2 BDSG als eine nicht in der Europäischen Union bzw. dem Europäischen Wirtschaftsraum belegene Stelle auch dem BDSG.

Die angegriffene Bestimmung stellt – bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung – eine Allgemeine Geschäftsbedingung dar. Denn sie beschreibt nicht nur Vorgänge, für die gegebenenfalls an anderer Stelle eine Einwilligung eingeholt wird. Sie erschöpft sich auch nicht in einer Unterrichtung über Art, Umfang und Zweck der Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten i.S.d. § 13 TMG. Vielmehr erweckt die Bestimmung zumindest den Eindruck, selbst eine vorformulierte Einwilligungserklärung für die Erhebung von Daten darzustellen.

Dabei können „Daten, die Sie unter Ihrem Account angeben“ personenbezogene Daten sein; soweit es um die Einrichtung des registrierungspflichtigen Accounts geht, gibt der Nutzer jedenfalls personenbezogene Daten ein. In Bezug auf die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten verlangt § 4 Abs. 1 i.V.m. § 4a Abs. 1 BDSG insbesondere, dass die Einwilligung zumindest besonders hervorzuheben ist. Bereits hieran scheitert die angegriffene Bestimmung und benachteiligt den Verbraucher insoweit unangemessen. Darüber hinaus sind auch die Anforderungen der §§ 12 Abs. 1, 13 Abs. 2 TMG nicht eingehalten. Insbesondere stellt die Klausel nicht sicher, dass der Nutzer seine Einwilligung bewusst und eindeutig erteilt und den Inhalt seiner Einwilligung jederzeit abrufen kann, wobei es angesichts des der Klausel zukommenden möglichen weiten Erklärungsinhaltes nicht darauf ankommt, ob der Nutzer an anderer Stelle, insbesondere bei der Anlegung eines Accounts, in die Erhebung und Verarbeitung seiner Daten einwilligt und dies erkennt. Bei der gebotenen kundenfeindlichen Auslegung dürfen die Unwägbarkeiten, die damit verbunden sind, ob und welche Einwilligung welche Wirkungen entfaltet, nicht zu Lasten des Verbrauchers gehen. Die angegriffene Klausel ist für sich genommen auf ihre Wirksamkeit hin zu überprüfen, zumal sie nicht hinsichtlich der erforderlichen Einwilligung auf deren Einholung an anderer Stelle verweist, sondern lediglich für bestimmte Dienste auf die *„Möglichkeit, diese Kombination von Daten abzulehnen“*, hinweist.

g) Aus den unter f) genannten Gründen ist auch die aus Ziffer 7 des Unterlassungstenors ersichtliche Klausel gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB i.V.m. § 4a Abs. 1 BDSG, §§ 12 Abs. 1, 13 Abs. 2 TMG unwirksam. Auch diese Bestimmung erweckt bei kundenfeindlicher Auslegung den Eindruck, es handele sich um eine vorformulierte Einwilligung des Nutzers gegenüber der Beklagten, und zwar in Bezug auf Daten, die der Nutzer zwar den Partner-Webseiten übermittelt, die aber von dort an die Beklagte gesandt werden. Auch insoweit fehlt es an der Einhaltung der unter f) geschilderten nach dem TMG bzw. dem BDSG vorgesehenen Voraussetzungen, so dass der Verbraucher unangemessen benachteiligt wird.

Die Klausel bringt insbesondere nicht zum Ausdruck, dass es lediglich um die Zustimmung zur Datennutzung gehe, soweit diese zur Erbringung der vom Nutzer gewünschten Leistung erforderlich sei. Insoweit ist eine Einwilligung auch nicht gemäß § 15 TMG entbehrlich, da mit der Formulierung „um den Service auszuführen“ eine Beschränkung auf die Erforderlichkeit i.S.d. § 15 Abs. 1 TMG nicht ausreichend klar und deutlich zum Ausdruck kommt.

h) Auch hinsichtlich der aus Ziffer 8 des Unterlassungstenors ersichtlichen Bestimmung kann auf die Ausführungen unter f) und g) Bezug genommen werden; sie ist ebenfalls gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB i.V.m. § 4a Abs. 1 BDSG, §§ 12 Abs. 1, 13 Abs. 2 TMG unwirksam. Anders als in dem von der Beklagten angeführten Urteil des Brandenburgischen Oberlandesgerichts (vom 10.1.2006, Az. 7 U 52/05, Juris Rz. 29ff.) lässt sich der angegriffenen Klausel gerade nicht eine ausdrückliche Einwilligung unter Einhaltung datenschutzrechtlicher Vorgaben (unter anderem durch Aktivieren einer Schaltfläche; vgl. a.a.O. Juris Rz. 32f.) entnehmen. Vielmehr scheitert auch diese Klausel daran, dass sie zwar den Eindruck erweckt, eine Einwilligungserklärung darzustellen bzw. zu fingieren, hierbei jedoch die unter f) im Einzelnen geschilderten Voraussetzungen nicht eingehalten worden sind.

i) Auch die aus Ziffer 9 des Unterlassungstenors ersichtliche teilbare Bestimmung der Datenschutzerklärung ist gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB i.V.m. § 4a Abs. 1 BDSG, §§ 12 Abs. 1, 13 Abs. 2 TMG unwirksam, da sie den Verbraucher unangemessen benachteiligt. Anders als die Beklagte meint, handelt es sich nicht lediglich um einen Hinweis darauf, dass die Beklagte auch für Dritte im Wege der Auftragsdatenverarbeitung i.S.d. § 11 BDSG tätig wird und als Auftragsnehmer auf ihren Servern auch für Auftraggeber Daten Dritter verarbeitet. Vielmehr unterliegt die Bestimmung der AGB-rechtlichen Kontrolle, da ihr das nicht fern liegende Verständnis zukommt, dass die Beklagte sich die Einwilligung des Nutzers geben lässt, die ihr vom Nutzer überlassenen personenbezogenen Daten auch für Dritte zu verarbeiten. Dies erfolgt wie in den unter f) bis h) geschilderten Fällen ohne Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorgaben; im Einzelnen wird Bezug auf die obigen Ausführungen genommen.

j) Schließlich ist auch die aus Ziffer 10 des Unterlassungstenors ersichtliche Bestimmung gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB i.V.m. § 4a Abs. 1 BDSG, §§ 12 Abs. 1, 13 Abs. 2 TMG unwirksam. Die Bestimmung ist missverständlich und benachteiligt bei der gebotenen kundenfeindlichen Auslegung den Verbraucher unangemessen. Anders als die Beklagte meint, beschränkt sich die Klausel in ihrer Formulierung nicht eindeutig auf den Hinweis, dass eine Datenverarbeitung im Wege der Auftragsdatenverarbeitung gemäß § 11 BDSG stattfinden kann. Vielmehr liegt das Verständnis nicht fern, dass die Beklagte nicht nur Daten, die sie aufgrund einer anderweitig erteilten Einwilligung erheben und verarbeiten darf, allein zu diesem Zweck Dritten übermitteln darf – im Sinne einer Auftragsdatenverarbeitung –, sondern dass die Beklagte ihr übermittelte Daten allgemein „zum Zwecke der Verarbeitung personenbezogener Daten“ in ihrem Auftrag weitergeben darf. Legt man dieses zuletzt genannte kundenfeindliche Verständnis zugrunde, bezieht sich die Klausel nicht nur auf die Inanspruchnahme der Dienste Dritter, sondern begründet bzw. erweitert darüber hinaus eine Einwilligung des Nutzers in die Weitergabe seiner Daten, ohne auch hier die entsprechenden datenschutzrechtlichen Vorgaben für die Einwilligung (s. oben) einzuhalten.

4. Die für den Unterlassungsantrag nach § 1 UKlaG erforderliche Wiederholungsgefahr besteht. Für sie gilt eine tatsächliche Vermutung, an deren Entkräftung durch den Verwender hohe Anforderungen zu stellen sind (vgl. Bassenge in Palandt, a.a.O., § 1 UKlaG Rn. 8). Die Vermutung der Wiederholungsgefahr setzt nicht voraus, dass sich der Verwender in der Vergangenheit auf die Einbeziehung bzw. Gültigkeit der angegriffenen Bedingungen berufen hat. Für die Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen genügt es vielmehr, dass sie in den Verkehr gebracht worden sind (Bassenge in Palandt, a.a.O., § 1 UKlaG Rn. 7), wie dies hier durch die Veröffentlichung auf der Internetseite der Beklagten geschehen ist.

Für eine Beseitigung der dadurch indizierten Wiederholungsgefahr reichen regelmäßig weder die Änderung der beanstandeten Klauseln noch die bloße Absichtserklärung des Verwenders, sie nicht weiter zu verwenden, aus. Für ein Fortbestehen der Wiederholungsgefahr spricht es demgegenüber, wenn der Verwender im

Rechtsstreit die Zulässigkeit der früher von ihm benutzten Klauseln verteidigt und nicht bereit ist, eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtungserklärung abzugeben (vgl. BGH, Urteil vom 18.4.2002, Az. III ZR 199/01, Juris Rz. 10).

Unter Berücksichtigung dieser Maßstäbe ist vorliegend die Wiederholungsgefahr nicht entfallen. Zwar hat die Beklagte ihre Servicebedingungen und die Datenschutzerklärung geändert und erklärt, dass sie es nicht beabsichtige, die alten Fassungen wieder online zu stellen. Damit ist es aber nicht ausgeschlossen oder in einem ausreichenden Maße unwahrscheinlich geworden, dass die Beklagte die angegriffenen Klauseln weiter oder wieder verwenden bzw. sich darauf berufen wird. Denn zum einen ist es technisch ohne weiteres möglich, dass die Beklagte die alten Regelwerke wieder online stellt. Zum anderen ist durch eine Überarbeitung der Regelwerke nicht gewährleistet, dass die hier streitgegenständlichen Klauseln sämtlich entfallen bzw. in einer ausreichenden Weise abgeändert worden sind. Eine neu bzw. abweichend formulierte Fassung mag im Kern noch (im Sinne eines so genannten kerngleichen Verstoßes) mit der alten Fassung der angegriffenen Klausel übereinstimmen.

Auch die im Rechtsstreit abgegebene Unterlassungsverpflichtungserklärung der Beklagten ist nicht geeignet, die Wiederholungsgefahr auszuräumen. Denn sie bezieht sich nur auf die Servicebedingungen, nicht auf die angegriffenen Klauseln aus der Datenschutzerklärung; sie ist nicht strafbewehrt, und vor allem ist sie auf den exakten Wortlaut der angegriffenen Klauseln unter ausdrücklichem Ausschluss kerngleicher Verstöße beschränkt. Damit ist sie zu eng, um im Sinne der obigen Ausführungen die Wiederholungsgefahr zu beseitigen, da gerade nicht ausgeschlossen ist, dass die Beklagte in Zukunft Klauseln verwendet, die den angegriffenen Klauseln im Kern entsprechen. Vielmehr hat die Beklagte durch die Formulierung ihrer Unterlassungsverpflichtungserklärung gerade zum Ausdruck gebracht, dass sie inhaltlich an den angegriffenen Klauseln festhalten möchte bzw. es sich jedenfalls offen halten möchte, entsprechende Klauseln in der Zukunft weiter oder wieder zu verwenden.

Zwar hat der Bundesgerichtshof in einem von der Beklagten angeführten Fall (Urteil vom 9.7.1981, Az. VII ZR 123/80, Juris Rz. 16ff.) einen Wegfall der Wiederholungsfahr auch ohne Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungsverpflichtungserklärung angenommen. Allerdings hatte der Verwender in diesem Fall seine Klauseln nicht verteidigt, sondern deren Unwirksamkeit eingeräumt; er hatte die alten Formulare vernichtet, neue unbeanstandete Geschäftsbedingungen gedruckt und diese seinen Kunden übersandt. Mit diesem besonderen Einzelfall ist der hier streitgegenständliche schon deshalb nicht vergleichbar, weil die Beklagte die Zulässigkeit der angegriffenen Klauseln verteidigt. Nicht einschlägig ist auch die von der Beklagten angeführte Entscheidung des Oberlandesgerichts Karlsruhe (Urteil vom 20.2.2003, Az. 12 U 210/02, Juris Rz. 26f.), denn in diesem Einzelfall war die Unwirksamkeit der beanstandeten Klauseln während des Rechtsstreits Gegenstand höchstrichterlicher Entscheidungen geworden, denen sich die Beklagte erkennbar beugen wollte.

Allerdings muss der Wegfall der Wiederholungsfahr nicht daran scheitern, dass der Verwender – wie hier die Beklagte – die Zulässigkeit der Klauseln verteidigt. Der Bundesgerichtshof hat im Urteil vom 12.7.2000 (Az. XII ZR 159/98, Juris Rz. 25) zum Wegfall der Wiederholungsfahr Folgendes ausgeführt:

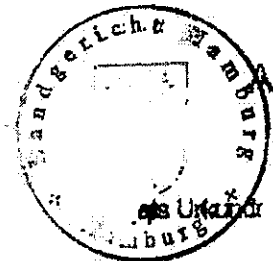
„Wenn es der Beklagten ernst ist mit ihrer Behauptung, die Verwendung der alten Klauseln komme ohne Wenn und Aber nicht mehr in Betracht, dann hätte sie zur Beendigung des vorliegenden Rechtsstreits die vom Kläger verlangte strafbewehrte Unterlassungserklärung abgeben können. Hierzu wäre es nicht erforderlich gewesen, daß sie ihre Rechtsansicht, die Klauseln seien nicht zu beanstanden, aufgibt. Sie hätte in dieser Erklärung klarstellen können, daß sie die Klauseln nach wie vor für zulässig hält, die Unterwerfungserklärung aber abgibt, weil sie die Klauseln ohnehin nicht mehr verwenden will und weil es deshalb sinnlos wäre, über die Zulässigkeit der Klauseln einen Prozeß zu führen. Ihr jetziges prozessuales Verhalten läuft - bewußt oder unbewußt - darauf hinaus, sich die Möglichkeit zu erhalten, die Klauseln eventuell doch wieder zu verwenden.“

Diesen Erwägungen schließt sich die Kammer für den vorliegenden Fall an. Abweichendes ergibt sich schließlich auch nicht daraus, dass die Beklagte bereits

vor Erhalt der Abmahnung mit der Überarbeitung ihrer Servicebedingungen begonnen hatte und dass sie sodann vergeblich versucht hat, den Kläger in den Überarbeitungsprozess einzubeziehen. Denn maßgeblich ist nicht die Frage, warum und in welcher Verfahrensweise die Beklagte ihre Bedingungen überarbeitet hat, sondern allein, ob und inwieweit sie inhaltlich an diesen festhält.

III. Die nicht nachgelassenen Schriftsätze der Parteien geben keinen Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung.

IV. Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf § 709 ZPO. Der Festsetzung des Streitwertes liegt § 3 ZPO zugrunde.



A 4727-16

LÄNDGERICHT FRANKFURT AM MAIN

Geschäftsnr.: 2-25 O 260/10

Laut Protokoll
verkündet am 8.04.2011

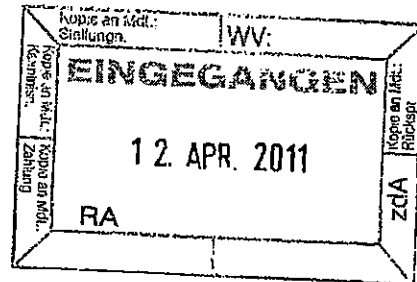
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

Verbraucherzentrale

Bundesverband

14. April 2011

EINGEGANGEN



URTEIL IM NAMEN DES VOLKES

In dem Rechtsstreit

des Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände -
Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. -, vertreten durch den Vorstand Herrn
Gerd Billen, Markgrafenstraße 66, 10969 Berlin,

- Kläger -

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt

gegen

die Deutsche Bank Privat- und Geschäftskunden AG, vertreten durch ihren Vorstand,
die Herren Rainer Neske, Andreas Arndt, Guido Heuveldop, Christian Ricken, Hans-
Peter Storr, Frank Strauß, Theodor-Heuss-Allee 70, 60486 Frankfurt,

- Beklagte -

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt

wegen Unterlassung

hat die 25. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main durch
Vorsitzenden Richter am Landgericht

Richter am Landgericht und

Vorsitzenden Richter am Landgericht

auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 14.03.2011 für Recht erkannt:

Die Beklagte wird verurteilt, es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu € 250.000, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu vollstrecken an ihrem Vorstand, zu unterlassen, nachfolgende oder mit diesen inhaltsgleiche Bestimmungen in Verträge über Finanzdienstleistungen mit Verbrauchern einzubeziehen, sowie sich auf die Bestimmungen bei der Abwicklung derartiger Verträge, geschlossen nach dem 1. April 1977, zu berufen:

1. (Bedingungen für die Benutzung von Kontoauszugsdruckern)

2. Nicht abgeholte Kontoauszüge

Die Bank ist berechtigt, dem Kunden Kontoauszüge und Kontoabschlüsse durch die Post oder in sonstiger Weise zugehen zu lassen, wenn diese 30 Bankarbeitstage lang nicht abgerufen wurden. **Hierfür kann die Bank ein Entgelt in Rechnung stellen. Die Höhe des Entgelts ist dem Preisverzeichnis für Persönliche Konten zu entnehmen.**

2. (Preis- und Leistungsverzeichnis

7. Sonderleistungen / Sonstige Preise)

Zusendung zunächst gesammelter Abholerpost bzw. am Kontoauszugsdrucker nicht abgerufener Auszüge nach 6 Wochen 1,94 EUR⁵

5) Zuzüglich Porto

Die Beklagte wird weiter verurteilt, an den Kläger € 200 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 25.06.2010 zu zahlen.

Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von € 10.000 vorläufig vollstreckbar.

Der Streitwert wird auf € 6.000 festgesetzt.

Tatbestand:

Der Kläger ist der bundesweit tätige Dachverband aller 16 Verbraucherzentralen der Bundesländer und weiterer 25 verbraucher- und sozialorientierter Organisationen in Deutschland. Er ist klagebefugt im Sinne des § 1 Unterlassungsklagegesetz (UKlaG) und seit 16.07.2002 in die beim Bundesjustizamt geführte Liste nach § 4 UKlaG eingetragen.

Aufgrund einer Beschwerde eines Verbrauchers hat der Kläger die Internetseite der Beklagten und hierbei insbesondere das Bedingungsnetzwerk der Beklagten geprüft.

Unter der Rubrik http://www.deutsche-bank.de/pbc/ser-rechtliche_hinweise.html „ unter C II 4. finden sich die Bedingungen für die Benutzung von Kontoauszugsdruckern und dort unter Ziffer 2. der Text:

2. Nicht abgeholte Kontoauszüge

Die Bank ist berechtigt, dem Kunden Kontoauszüge und Kontoabschlüsse durch die Post oder in sonstiger Weise zugehen zu lassen, wenn diese 30 Bankarbeitstage lang nicht abgerufen wurden. **Hierfür kann die Bank ein Entgelt in Rechnung stellen. Die Höhe des Entgelts ist dem Preisverzeichnis für Persönliche Konten zu entnehmen.**

und unter C II 4.1. finden sich die Bedingungen für den Verzicht auf papierhafte Kontoauszüge:

1. Bereitstellung der Kontodaten

Die Bank stellt dem Kunden Daten der aktuellen Umsätze und der Kontostände mittels db OnlineBanking jeweils über einen Zeitraum von 180 Tagen elektronisch zum Abruf zur Verfügung.

2. Verzicht auf papierhafte Kontoauszüge

Der Kunde verzichtet auf eine gesonderte schriftliche Benachrichtigung über die jeweiligen Buchungen auf seinen über db OnlineBanking elektronisch abrufbaren Konten und deren Kontostände. Alle Informationen und Mitteilungen, die der Kunde bisher auf dem papierhaften Kontoauszug erhielt, werden ihm ausschließlich mittels db OnlineBanking elektronisch zur Verfügung gestellt. Die über db OnlineBanking zur Verfügung gestellten Mitteilungen und Informationen ersetzen damit die Informationen und Mitteilungen von papierhaft erstellten Kontoauszügen. Soweit in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bank von Kontoauszügen die Rede ist, treten an deren Stelle die mittels db OnlineBanking zur Verfügung gestellten Mitteilungen und Informationen.

3. Rechnungsabschlüsse

Rechnungsabschlüsse werden weiterhin papierhaft erstellt und dem Kunden zugesandt.

4. Ersatz-Kontoauszug

Sofern der Kunde Kontoauszüge und/oder Anlagen dennoch papierhaft erstellt haben möchte, erhält er diese gegen Berechnung eines gesonderten Entgelts.

Unter http://www.deutsche-bank.de/pbc/ser-konditionen_preise.html ist das Preis- und Leistungsverzeichnis zu finden, indem auf Seite 6 unter Ziffer 7. „Sonderleistungen / Sonstige Preise“ der Text zu finden ist:

Zusendung zunächst gesammelter Abholerpost bzw. am Kontoauszugsdrucker nicht abgerufener Auszüge nach 6 Wochen 2,49 EUR

(Anm.: Zum Zeitpunkt der Klagerhebung betrug das Entgelt noch € 1,94. Die Beklagte hat mittlerweile das fällige Porto einbezogen)

Der Kläger forderte die Beklagte mit Schreiben vom 20.08.2009 und 9.03.2010 auf, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben. Die Beklagte gab diese Erklärung nicht ab.

Der Kläger ist der Auffassung, diese Klauseln verstießen gegen §§ 307 Abs. 1 und Abs. 2 Nummer 1, 675 f Abs. 4, 675 d Abs. 3 BGB, Art. 248 §§ 7, 8, 10 EGBGB und stellten eine unangemessene Benachteiligung der Kunden dar.

Die streitbefangenen Regelungen bezögen sich auf Zahlungsdienste-Verträge iSd § 675 f BGB, nämlich den Giro-Vertrag. Gemäß § 675 d BGB ist die Beklagte zur Erteilung von Informationen iSd Art. 248 §§ 7-10 EGBGB verpflichtet. Eine Information ist nach Art. 248 § 10 EGBGB einmal monatlich in einer Form erforderlich, dass die Info gespeichert werden kann. Gemäß § 675 f BGB könne ein Entgelt nur verlangt werden, wenn dies mit dem Verbraucher vereinbart sei und die Entgeltspflicht ausdrücklich zugelassen sei. Nach § 675 d BGB verlange dies, dass der Verbraucher die Info verlange und die Beklagte mit der Erbringung über die Pflicht nach Art. 248 EGBGB hinaus gehe. Daran fehle es, denn der Verbraucher „verlange“ diese Info nicht. Die Zusendung stehe im Ermessen der Beklagten und erfolge auf deren Initiative. Ein „Nichtabholen“ stehe einem „Verlangen“ nicht gleich. Dafür spreche auch die Gesetzesbegründung laut Bundestagsdrucksache 16/11643 Seite 100, die auf Art. 32 Abs. 1 der Zahlungsdienste-Richtlinie verweise.

dem widersprechen die Klauseln dem Verbot fingierter Erklärungen nach einem Unterlassen einer bestimmten Handlung nach § 308 Nr. 5 BGB.

Die Wiederholungsgefahr liege vor, da die Beklagte die Unterlassungserklärung nicht abgegeben habe. Der Zahlungsanspruch folge aus §§ 5, 12 UKlaG und sei mit € 200,- angemessen und üblich.

Der Kläger beantragt,

I.

die Beklagte zu verurteilen, es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu € 250.000, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu unterlassen, nachfolgende oder mit diesen inhaltsgleiche Bestimmungen in Verträge über Finanzdienstleistungen mit Verbrauchern einzubeziehen, sowie sich auf die Bestimmungen bei der Abwicklung derartiger Verträge, geschlossen nach dem 1. April 1977, zu berufen:

1. (Bedingungen für die Benutzung von Kontoauszugsdruckern)

2. Nicht abgeholte Kontoauszüge

Die Bank ist berechtigt, dem Kunden Kontoauszüge und Kontoabschlüsse durch die Post oder in sonstiger Weise zugehen zu lassen, wenn diese 30 Bankarbeitstage lang nicht abgerufen wurden. **Hierfür kann die Bank ein Entgelt in Rechnung stellen. Die Höhe des Entgelts ist dem Preisverzeichnis für Persönliche Konten zu entnehmen.**

2. (Preis- und Leistungsverzeichnis

7. Sonderleistungen / Sonstige Preise)

Zusendung zunächst gesammelter Abholerpost bzw. am Kontoauszugsdrucker nicht abgerufener Auszüge nach 6 Wochen 1,94 EUR⁵

5) Zuzüglich Porto

II.

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger € 200 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 25.06.2010 zu zahlen.

Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hält die Klauseln für wirksam.

§ 675 d Abs. 3 BGB verlange die Erteilung der Info auf Verlangen des Nutzers, was darin liege, dass der Kunde sich bei Vertragsschluss mit der Übersendung einverstanden erkläre, falls er nicht rechtzeitig abhole. Weiterhin müsse die Info mittels anderer Kommunikationsmittel erbracht werden, als derer, die vertraglich vereinbart worden seien. Der Kunde könne bei Vertragsschluss wählen, wie Auszüge übermittelt werden sollten. Wähle er den Kontoauszugsdrucker liege darin eine zulässige Abweichung von der Textform des Auszugs nach Art. 248 §§ 3, 10 EGBGB. Die Übersendung sei damit eine andere als die vereinbarte Übersendungsform.

Jedenfalls verstießen die Klauseln nicht gegen wesentliche Grundgedanken des Gesetzes. Ähnlich zur Frage des Entgelts für automatenfähige Abhebungen am Schalter bei Vereinbarung der Benutzung von Geldautomaten gegen Reduzierung der Kontogebühr (BGH NJW 1994, 318), erfülle die Beklagte hiermit nicht nur eigene Interessen, sondern auch Interessen des Kunden und damit ein Mehr gegenüber der gesetzlichen Nebenpflicht, was ein Entgelt rechtfertige. Die Übersendung an den Kunden diene auch dessen Information um seinen Pflichten zur Mitwirkung in Form von Überprüfung der Buchungen zu ermöglichen und eine Schadenersatzpflicht zu vermeiden.

Ein Verstoß gegen § 308 Nr. 5 BGB liege nicht vor, da eine Erklärung nach Vertragsschluss nicht fingiert werde. Die Erklärung finde vielmehr bereits (antizipiert) vor Vertragsschluss statt.

Entsprechend bestehe kein Zahlungsanspruch.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Klage ist begründet.

Dem Kläger steht gemäß §§ 1, 3 Abs. 1 Nr. 1 UKlaG ein Anspruch gegen die Beklagte zu, es zu unterlassen, im Bankgeschäft mit privaten Kunden, das heißt Verbrauchern (§ 13 BGB), die vorgenannte Klausel zu verwenden, da diese nach § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam ist.

Die gerügten Entgeltklauseln stellen eine Preisnebenabrede im Sinne der Rechtsprechung des BGH dar, die der Kontrolle nach § 307 Abs. 3 BGB unterliegt. Denn sie weichen von Rechtsvorschriften ab. Hierunter fallen auch Regelungen, die nicht Entgelt für Sonderleistungen zum Gegenstand haben, sondern Aufwendungen für die Erfüllung gesetzlich oder nebenvertraglich begründeter eigener Pflichten des Verwenders oder für Tätigkeiten in dessen eigenem Interesse auf den Kunden abwälzen (BGH v. 21.04.2009, XI ZR 55/08).

Nicht entgegen gehalten werden kann, dass nach § 492 Abs. 1 Nr. 4 BGB das Entgelt in den Darlehensvertrag aufgenommen werden müsse, damit gemäß § 492 Abs. 2 Satz 3 BGB eine Vergütungspflicht entstehe. Das besagt nicht, dass dies über AGB geschehen kann (Nobbe, WM 2008, 185). Diese Angaben dienen dem Verbraucherschutz, der Vergleichbarkeit von Angeboten.

Die nach „kundenfeindlichster Auslegung“ in der streitigen Klausel geregelte Berechtigung der Beklagten zur Erhebung von Entgelten erstreckt sich auch auf solche Tätigkeiten, zu deren Erbringung die Beklagte schon kraft Gesetzes oder aufgrund einer vertraglichen Nebenpflicht verpflichtet ist oder die sie im eigenen Interesse vornimmt.

Der BGH (aaO.) hat entschieden, dass es der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entspricht, „dass Entgeltklauseln, in denen ein Kreditinstitut einen Vergütungsanspruch für Tätigkeiten normiert, zu deren Erbringung es bereits gesetzlich oder aufgrund einer selbständigen vertraglichen Nebenpflicht verpflichtet ist oder die es vorwiegend im eigenen Interesse vornimmt, mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen nicht vereinbar sind, da nach dem gesetzlichen Leitbild für solche Tätigkeiten ein Entgelt nicht beansprucht werden kann“.

greift dies auch hier.

Die Übersendung der nicht abgerufenen Kontoauszüge erfolgt im Wesentlichen zur Übersendung und Mitteilung des regelmäßigen Kontoabschlusses und damit im Interesse der Bank, die daraus das Anerkenntnis erlangt.

Die Beklagte ist gemäß § 675 d BGB verpflichtet, den Kunden über die verschiedenen Zahlungsvorgänge zu unterrichten, Art. 248 §§ 1 bis 16 EGBGB. Es kann von der dort in § 3 vorgesehenen Textform abgewichen werden, § 10. § 675 d Abs. 3 BGB sieht vor, dass ein Entgelt nur verlangt werden darf, wenn der Kunde (Zahlungsdienstnutzer) dies verlangt und die Beklagte über die Informationspflicht nach Art. 248 EGBGB hinausgeht oder in anderer als der vereinbarten Kommunikationsform erbringt.

Die Klausel verstößt bereits gegen diese gesetzliche Regelung, wonach ein **Verlangen** des Kunden notwendig ist. Zu Recht verweist der Kläger insoweit auf die gesetzliche Begründung (BT-Drucksache 16/11643, S. 100), wonach ein Zahlungsdienstleister nur unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf ein Entgelt wegen der Unterrichtung des Kunden hat und wonach ein solcher Ausnahmefall nur dann vorliegt, wenn der Kunde gesondert Informationen verlangt, die entweder über den Inhalt der gesetzlichen Anforderungen hinausgehen, häufiger als gesetzlich vorgesehen begehrt werden oder in einer anderen als der vereinbarten Form angefordert werden.. Nach der von der Beklagten verwendeten Klausel kann das Entgelt dagegen schon gefordert werden, wenn die Bank dies nach Ablauf der Frist für berechtigt erachtet. Ein Verlangen des Kunden wäre insoweit entgegen der gesetzlichen Regelung nicht erforderlich. Das „Nichtabholen“ kann allerdings nicht als „Verlangen“ ausgelegt werden. Denn darin liegt weder ausdrücklich noch konkludent der Wille, dass die Informationen übersandt werden sollen. Schon danach liegt eine Abweichung von der gesetzlichen Regelung vor.

Soweit die Beklagte damit argumentiert, die Übersendung der Kontoauszüge weiche von der vereinbarten Kommunikationsform ab, greift dies nicht. Denn vereinbart ist das Abholen über Kontoauszugsdrucker und nach Ablauf einer Frist Übersendung nach Belieben der Beklagten. Damit ist auch die Übersendung bereits vereinbart. Eine Abweichung liegt nicht vor.

Bei ist auch nicht davon auszugehen, dass ein Wechsel des Leitbildes vorläge, weshalb die Klausel in anderem Licht erscheine. Die Beklagte stellt zwar darauf ab, die Informationspflicht über zu erfüllen, weil sie auch im Interesse des Kunden an der Aufrechterhaltung „günstigerer“ Kontoführungsgebühren mitwirke, was nur möglich sei, wenn möglichst alle Kunden den Kontoauszugsdrucker wie vereinbart nutzen um den Personalaufwand der Beklagten geringer zu halten. Wie zuvor ist aber Abholen und Versenden verknüpft als eine Vereinbarung, so dass eine Übererfüllung ausscheidet.

Nach BGH NJW 1994, 318 kann ein berechtigtes Bedürfnis dafür nicht aus der Zielsetzung hergeleitet werden, Kunden durch die Gebührengestaltung zu veranlassen, die mit erheblichem personellen und sachlichen Aufwand verbundenen Bankschalter weniger in Anspruch zu nehmen und so eine auch den Kunden zugute kommende Einsparung von Kosten zu ermöglichen. Gleiches gilt für die Übersendung von Kontoauszügen.

Die Argumentation, der Kunde habe sich bei Vertragsschluss mit der „kostenpflichtigen“ Übersendung einverstanden erklärt, was ein Verlangen im Sinne § 675 d BGB darstelle, greift nicht. Darin läge ein Zirkelschluss, weil gerade die gerügte Klausel den Tatbestand erfüllen soll, weswegen die Klausel gerügt wird. Es ist ja gerade die Frage, ob die Beklagte das Entgelt fordern, bzw. vereinbaren darf. Dazu kann sie nicht auf eine AGB-Erklärung abstellen, die solches der Beklagten erlaubte.

Auch das Argument, die Übersendung diene dem Interesse des Kunden, Zahlungsvorgänge im Rahmen seiner Nebenpflicht zu überprüfen, greift nicht. Die Beklagte verwechselt insofern Schadenersatzverpflichtungen mit eigenem Verlangen.

Zudem verstößt die Klausel auch gegen § 308 Nr. 5 BGB. Danach sind fingierte Erklärungen unzulässig. Die Beklagte ist der Auffassung, der Kunde gebe die Erklärung bereits bei Vertragsschluss (antizipierend) ab und damit nicht nach Einbeziehung der AGB. Erstens ist dies wegen der jeweils zeitlich differierenden Abholungen schwierig im Voraus zu erklären. Zweitens wird nach der gesetzgeberischen Begründung eine **gesonderte** und damit eine nachträgliche Erklärung verlangt, jeweils für die konkrete Anforderung speziell ausgestellt. Eine solche Erklärung kann aber nicht antizipiert vorliegen.

...ar könnte die Beklagte wohl gemäß § 670 BGB den Ersatz des Portos allein geltend machen. Dies regelt die Klausel aber nicht. Sie macht ausdrücklich ein Entgelt oder Preis geltend. Die Erstattung von Porto ist nicht erwähnt. Eine geltungserhaltende Restriktion wäre aber unzulässig.

Die Klausel war auch mit der vom Kläger geltend gemachten Rückwirkung begründet. Auch nach der früheren Gesetzeslage wäre die Verwendung unzulässig. Parallel liegt insoweit die Entscheidung über AGB zu einem Entgelt für die Benachrichtigung der Nichteinlösung von Schecks (BGH NJW 2001, 1419), der sich die Klammer anschließt. Ebenso wie in dem vom BGH entschiedenen Fall ist auch hier die gesetzliche Informationspflicht aus § 666 BGB betroffen. In der Begründung einer Entgeltspflicht liegt eine unangemessene Benachteiligung der Kunden.

Entsprechend ist auch der Zahlungsantrag begründet, §§ 5 UKlaG, 12 UWG. Gegen die Höhe erinnert die Beklagte nichts. Auch wenn die Abmahnungen die Deutsche Bank AG betrafen, ist die Beklagte der Klage entgegen getreten und hat damit deutlich gemacht, dass sie die Klauseln weiter verwenden will. Entsprechend tritt auch die Zahlungspflicht ein.

Verjährung ist nicht gegeben. Verjährungsbeginn tritt mit jeder (immer wieder) erneuten Verwendung der Klausel neu ein.

Der Zinsanspruch beruht auf §§ 291, 288 BGB.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 709 ZPO.

Die Festsetzung des Streitwerts folgt §§ 12 Abs. 1 GKG, 3 ZPO.



Vorstehende Ausfertigung wird, da unklag
vertreten durch Rechtsanwalt _____
zum Zwecke der Zwangsvollstreckung erteilt
Frankfurt (Main), den 11. April 2011
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle
des Landgerichts

2-02 O 243/07

Lt. Protokoll
verkündet am:
14.12.2007

JAe.
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



LANDGERICHT FRANKFURT AM MAIN

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem Rechtsstreit

des B

- Klägers -

(Prozeßbev.: RA P, Berlin)

g e g e n

die Firma B

- Beklagte -

(Prozeßbev.: Rae S u. Koll., Frankfurt a/M)

hat die 2. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main

durch
Vorsitzenden Richter am Landgericht J
Richter am Landgericht P
Richter kraft Auftrags K

auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 28.11.07 für Recht erkannt:

Die Beklagte wird verurteilt,

es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu 250.000- € ersatzweise Ordnungshaft von bis zu sechs Monaten oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu vollstrecken an dem Geschäftsführer der Beklagten zu unterlassen, nachfolgende oder dieser inhaltsgleiche Bestimmungen in Luftbeförderungsverträgen mit Verbrauchern einzubeziehen, sowie sich auf die Bestimmungen bei der Abwicklung derartiger Verträge, geschlossen nach dem 01.04.1977, zu berufen:

(3c1)...Wenn Sie nicht alle Flight Coupons in der im Flugschein angegebenen Reihenfolge nutzen, wird der Flugschein von uns nicht eingelöst und verliert seine Gültigkeit.

Ferner,

an den Kläger 200.- € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 20.8.07 zu zahlen

Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 55.000.- € vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

Der Kläger ist ein Verein zur Wahrung von Verbraucherinteressen. Er verlangt, dass die Beklagte es unterlässt, Ziffer 3c Abs 1 ihrer Allgemeinen Beförderungsbedingungen für Fluggäste zu verwenden. Darin ist geregelt, dass der Flugschein seine Gültigkeit verliert, wenn nicht alle Flight Coupons in der im Flugschein angegebenen Reihenfolge genutzt werden. Diese Bedingungen können auf der Internetseite der Beklagten in deutscher Sprache aufgerufen werden. Die Beklagte will mit dieser Regelung verhindern, dass ihre Tarifstruktur unterlaufen wird. Sie bietet Zubringerflüge zu ihrem zentralen Flughafen London – Heathrow an, von dem aus sie Langstreckenflüge durchführt. Um letztere besser auslasten zu können, versucht sie beispielsweise Passagiere aus Frankfurt a/M für einen in London startenden Langstreckenflug gewinnen. Deswegen verwendet sie mitunter Tarife, in denen derartige Umsteigeverbindungen zu niedrigeren Preisen angeboten werden als der Direktflug im Heimatmarkt. Mit der beanstandeten Klausel möchte sie verhindern, dass nur am Direktflug interessierte Reisende den billigeren Tarif wählen, indem sie einen Zubringerflug mitbuchen, aber nicht in Anspruch nehmen (Cross-Border-Selling). Ferner bietet sie für die Zielgruppe Touristen Hin- und Rückflüge, zwischen denen eine längere Mindestaufenthaltszeit liegt, wesentlich günstiger an als bei von Geschäftsleuten nachgefragten Beförderungen, bei denen der Rückflug sofort angetreten werden kann. Hier will die Beklagte verhindern, dass ein Kunde den teureren Tarif umgeht, indem er zwei Flugscheine jeweils mit Mindestaufenthaltszeit günstig erwirbt und aus jedem ein Segment abfliegt (Überkreuzbuchen).

Mit Schreiben vom 14.5.07 hat der Kläger die Beklagte vergeblich abgemahnt.

Der Kläger hält die Klauseln für unangemessen. Die Beklagte habe kein berechtigtes Interesse, die ihr bezahlte Leistung zu verweigern, wenn der Verbraucher davon nur einen Teil in Anspruch nimmt. Ihm lägen mehrere Beschwerden von Flugreisenden vor, die nur nach einer Aufzahlung den Flug hätten antreten bez. fortsetzen können. Ferner verlangt er seine Aufwendungen für die Abmahnung ersetzt.

Der Kläger beantragt:

Die Beklagte wird verurteilt,

es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000- € ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu vollstrecken an dem Geschäftsführer der Beklagten zu unterlassen, nachfolgende oder dieser inhaltsgleiche Bestimmungen in Luftbeförderungsverträge mit Verbrauchern einzubeziehen, sowie sich auf die Bestimmungen bei der Abwicklung derartiger Verträge, geschlossen nach dem 1.4.1977 zu berufen:

(3c1)...Wenn Sie nicht alle Flight Coupons in der im Flugschein angegebenen Reihenfolge nutzen, wird der Flugschein von uns nicht eingelöst und verliert seine Gültigkeit.

Hilfsweise mit der Maßgabe,
dies zu unterlassen in Verträgen über die Luftbeförderung mit Verbrauchern, die ihren Wohnsitz in der BRD haben und nach deren Inhalt der Ort des vertraglich geschuldeten Abflugs in der BRD liegt.

Ferner,
die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 200.- € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit (20.8.07) zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,
die Klage abzuweisen.

Sie verweist darauf, dass die Auseinandersetzung in Groß-Britannien anzusiedeln sei. Die Internetpräsentation werde nicht von Deutschland aus betrieben, die charakteristische Leistung eines Luftbeförderungsvertrages, der Flug, werde nicht von der deutschen Niederlassung aus organisiert. Die Regelung sei nur bei in England startenden Langstreckenflügen relevant. Deutsche Verbraucher würden hierdurch nicht benachteiligt. Deswegen sei das angerufene Gericht nicht zuständig, der klagende deutsche Verband nicht klagebefugt und deutsches Recht nicht anwendbar. Ihre Vertragsbedingungen seien nicht zu beanstanden. Nur durch ihre Tarifgestaltung könne sie mit anderen Fluggesellschaften, die eine Langstrecke als Direktflug anbieten, erfolgreich konkurrieren und sonstige örtliche Gegebenheiten bei der Preisgestaltung berücksichtigen. Könnten „Schnäppchenjäger“ durch Hinzubuchen von Teilstrecken oder das Verfallenlassen von Beförderungsabschnitten die Preisstruktur unterwandern, könne sie die günstigen Angebote nicht mehr machen, letztlich zum Schaden aller Verbraucher. Die beanstandete Klausel werde auf Empfehlung ihres Luftverkehrsdachverbandes IATA von vielen

Fluggesellschaften verwendet. Auch Fachleute des Office of Fair Trading der EU Kommission und des Bundesministeriums der Justiz hätten keine Bedenken gegen die angegriffene Regelung.

Entscheidungsgründe

Die Klage ist zulässig und begründet.

Das Landgericht ist international und örtlich zuständig. Vorbeugende Unterlassungsklagen eines Verbraucherschutzverbandes fallen unter die Zuständigkeitsregelung des Art. 5 Nr. 3 EuGVVO. Sie sind zu behandeln wie eine auf die Unterlassung einer unerlaubten Handlung gerichtete Klage, die vor dem Gericht des Ortes geführt werden kann, an dem das schädigende Ereignis einzutreten droht. Die an einen Vertrag anknüpfenden Zuständigkeitsregeln sind nicht einschlägig, da der Kläger gegen die Beklagte keinen Anspruch aus einem Vertrag geltend macht. Er hat mit der Beklagten keinen Luftbeförderungsvertrag abgeschlossen. Schädigendes Ereignis sind nicht nur Sachverhalte, bei denen der einzelne einen Nachteil erleidet, sondern auch Angriffe gegen die Rechtsordnung durch die Verwendung missbräuchlicher Klauseln (EuGH NJW 02, 3617). Verwendet die in Frankfurt a/M gelegene Niederlassung der Beklagten Allgemeine Geschäftsbedingungen in gedruckter Form, bestünde an der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts kein Zweifel. Es macht keinen Unterschied, wenn diese Niederlassung die Bedingungen bei Bedarf von der Internetseite herunter lädt und für ihre Kunden ausdruckt. Nichts anderes kann gelten, wenn ein Kunde in Frankfurt a/M dieses Herunterladen und Ausdrucken selbst vornimmt. Denn die Geschäftsbedingungen wenden sich auch an solche Verbraucher, die sich hier aufhalten. Offensichtlich will die Beklagte auch mit diesen Verträge abschließen. Damit liegt der „Erfolgsort“ der Handlung, die unterlassen werden soll, (auch) in Deutschland.

Die örtliche Zuständigkeit folgt aus § 6 UKlaG.

Der Kläger ist klagebefugt. Er ist eine qualifizierte Einrichtung im Sinne des § 4 UKlaG. Die erhobene Klage gehört zu seinem in der Satzung geregelten Aufgabenbereich. Die angegriffene Klausel soll auch in Deutschland gegenüber Verbrauchern verwendet werden.

Wer in der Bundesrepublik Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, kann auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wenn diese nach § 307 ff BGB unwirksam sind. Darauf, ob die Verträge, bei denen die Bedingungen einbezogen werden, Deutschem Recht unterliegen, kommt es bei der erhobenen Normenkontrollklage nicht an. Bei der vorzunehmenden abstrakten Prüfung bleiben die konkreten Umstände des Individualvertrages, die die Verbindung zu einem Vertragsstatut herstellen, außer Betracht. Sie sind in den Geschäftsbedingungen der Beklagten nicht enthalten. Mit der Verbandsklage soll eine Störung der deutschen Rechtsordnung verhindert werden, die durch die Verwendung einer unangemessenen Klausel verursacht wird. In den Schutz der §§ 307 ff BGB sind somit alle potentiellen Vertragspartner einbezogen, gegenüber denen die Bedingungen in Deutschland verwendet werden. Deswegen kommt es nicht darauf an, ob die Klausel sich derzeit in erster Linie gegen Verbraucher richtet, die in England leben und von dort aus Flüge buchen. Weder ist ausgeschlossen, dass solche Personen von Deutschland aus buchen, noch, dass die Beklagte in Zukunft Leistungen so anbieten wird, dass sie einen Anreiz für hier ansässige Verbraucher bieten, Teilstrecken zu buchen, die sie nicht abfliegen wollen oder bei Bedarf Überkreuzbuchungen vorzunehmen.

Die Tatsache, dass der IATA-Verband die Verwendung der Klausel empfiehlt und sie vielfach vereinbart wird, schließt eine Prüfung durch das angerufene Gericht nicht aus (Staudinger-Coester AGBG § 9 Rn 18, 1998, 13. Bearbeitung). Dadurch werden die Bedingungen der Beklagten nicht zu einem Teil der Rechtsordnung.

Der Kläger ist gem. § 3 UKlaG Inhaber des geltend gemachten Anspruchs.

Die Klage hat in der Sache Erfolg, weil Ziffer 3c Abs. 1 potentielle Vertragspartner der Beklagten unangemessen benachteiligt. Die Verfallklausel beeinträchtigt die Rechte des einzelnen hiervon betroffenen Verbrauchers erheblich, weil zu seinem Nachteil von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung abgewichen wird. Bei Überkreuzbuchen oder Cross-Border-Selling werden seine Rechte auf die Hauptleistung ausgeschlossen. Die Sicht der Beklagten, dass sie die preisgünstigen Klauseln ohne die Sanktion der Ziffer 3c Abs. 1 nicht anbieten kann mit der Folge, dass niemand mehr von dem Preisvorteil profitiert, ist bei der Prüfung im Rahmen des Unterlassungsklagengesetz nicht maßgeblich.

Die Maßregel, dass bei Nichtinanspruchnahme einer Teilleistung der Anspruch auf die übrige Leistung entfällt, widerspricht der gesetzlichen Leitlinie völlig. Nach der Rechtsordnung hat ein Schuldner grundsätzlich keinen Anspruch darauf, dass der Gläubiger die ihm angebotene Leistung ganz oder teilweise annimmt. Umgekehrt kennt die Rechtsordnung sogar den Anspruch eines Gläubigers auf eine Teilleistung (§ 416 HGB). Es gibt keine gesetzliche Regelung, wonach ein durch Teilleistungen erfüllbarer Anspruch insgesamt verfällt, wenn er teilweise nicht in Anspruch genommen wird. Im Gegenteil ist eine Bestimmung sogar unwirksam, durch die dem Verwender für den Fall der Nichtabnahme der Leistung die Zahlung einer Vertragsstrafe versprochen wird (§ 309 Nr. 6 BGB).

Regelungsbedarf sieht der Gesetzgeber in derartigen Fällen nur bei der Gegenleistung des Gläubigers und bei der Frage, ob ein Schuldner zu einer Teilleistung berechtigt ist. Obwohl die Beklagte kein Interesse daran hat, die vereinbarte Leistung erbringen zu dürfen und ihr keine Nachteile daraus erwachsen, wenn ein Vertragspartner einen Teil der vereinbarten und von ihm bezahlten Leistung nicht in Anspruch nimmt, will sie gegen ihn eine Sanktion verhängen. Dies ist unangemessen, weil es der Leitidee der Vertragsgerechtigkeit widerspricht. Niemand wird bezweifeln, dass es unangemessen wäre, wenn ein Gastwirt einem Gast, der ein Menü bestellt hat, den Hauptgang verweigert oder nur gegen einen Aufpreis servieren will, weil er seine Suppe nicht aufgegessen hat.

Die Klausel verstößt gegen den die Rechtsordnung prägenden Grundsatz, dass Verträge einzuhalten sind, wenn nicht ausnahmsweise die Voraussetzungen für einen Wegfall der Geschäftsgrundlage vorliegen. (§ 313 BGB). Dies ist bei dem darin geregelten Sachverhalt nicht der Fall. Die Vertragspartner des Beförderungsvertrages gehen gerade nicht übereinstimmend davon aus, dass sämtliche Teilstrecken abgeflogen werden. Statt des Preises, der nach dem veröffentlichten Tarif für die gebuchte Leistung vorgesehen ist, soll im Ergebnis das Entgelt für einen vertraglich nicht gebuchten Flug gezahlt werden. Das Recht, sich vom Vertrag zu lösen verstößt gegen § 308 Nr. 3 BGB. Danach sind sachlich nicht gerechtfertigte Vertragsauflösungen unwirksam. Hinzukommt, dass die Regelung § 346 BGB widerspricht, wonach bei einem Rücktritt die empfangenen Leistungen zurückzugewähren sind.

Die Beklagte pönalisiert ein Verhalten beim Vollzug des Vertrages, obwohl sie es gar nicht verhindern will. Ihr geht es vielmehr darum, Kunden für ihr Verhalten beim Vertragsschluss mit dem Verlust ihrer Rechte bestrafen, wenn sie ein preiswertes Angebot wahrgenommen haben, mit dem nicht sie, sondern andere Kunden angelockt werden sollten. Ohne dies offenzulegen, soll mit der Regelung eine Marktabgrenzung durchgesetzt werden. Es geht darum, das hohe Preisniveau in einzelnen Marktsegmenten zu erhalten. Wenn aber Verbraucher Preisunterschiede zwischen Marktsegmenten auf Kosten des Verwenders Allgemeiner Geschäftsbedingungen ausnutzen und beispielsweise Waren einer international tätigen Handelskette nicht in Deutschland, sondern billiger in New York erwerben, ist dies nicht zu beanstanden. So veröffentlicht die Eu-Kommission Übersichten über Autopreise in der Gemeinschaft, um es Endverbrauchern zu ermöglichen, Kraftfahrzeuge in dem Land zu kaufen, in dem die Kaufbedingungen am günstigsten sind.

Darauf, dass das Office of Fair Trading der EU Kommission und das Bundesministeriums der Justiz die Klausel für unbedenklich halten, kommt es nicht an. Das Office of Fair Trading hält sie für wirksam, weil die Regelung die Profitabilität erhöhe, indem sie die Auslastung der Langstreckenflüge des Luftverkehrsunternehmens erhöhe und damit die fixen Kosten pro Passagier senke. Dies allein ist aber ohne Abwägung gegen den dem einzelnen Verbraucher dadurch entgehenden Preisvorteil kein beachtenswertes Argument. In fast allen Fällen werden Geschäftsbedingungen verwendet, um dem Unternehmen wirtschaftliche Vorteile zu verschaffen. Ob das angemessen ist, ist gerade die erst zu entscheidende Frage. Sollte die Klausel von den Kartellbehörden (§§ 22f GWB, Art. 82 EG-Vertrag) nicht beanstandet werden, ist das kein Anhaltspunkt für ihre Angemessenheit. Die Abmahnpauschale steht dem Kläger gem. §§ 683, 670 BGB zu.

Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 91 I, 709 ZPO.

J

K

P



LANDGERICHT FRANKFURT AM MAIN

URTEIL

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

Assekuranzkontor B. OHG, Hamburg,

(Proz.-Bev.: Rechtsanwalt S, Hamburg)

- Klägerin -

gegen

A Luftverkehrsgesellschaft Frankfurt am Main,

(Proz.-Bev.: Rechtsanwalt K, Kronberg)

- Beklagte -

hat die 13. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Frankfurt am Main durch Vorsitzenden Richter am Landgericht K und die Handelsrichter D und J aufgrund der mündlichen Verhandlung am 07.03.2007

für Recht erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagte zuvor Sicherheit in derselben Höhe leistet.

Tatbestand

Die Parteien streiten um Schadenersatz für im Zusammenhang mit einer Flugreise abhanden gekommenes Gepäck.

Die Klägerin ist Transportversicherungsassekurateur der *Beklagte G mbH* mit Sitz in Mainz. Sie macht gegenüber der beklagten Fluggesellschaft aus übergegangenem sowie abgetretenem Recht Schadenersatzansprüche geltend.

Die Versicherungsnehmerin der Klägerin hat im Jahre 2005 Prototypen eines von ihr neu entwickelten Polizeieinsatzstocks („kurz – ausziehbar“) herstellen lassen. Der Geschäftsführer der Versicherungsnehmerin wollte diese in Wien den dortigen Behörden vorführen. Er buchte für den 24.02.2005 einen Flug mit der Beklagten von Frankfurt am Main nach Wien und zurück zum Preis von € 476,00. Er führte dabei im – nicht aufgegebenen – Handgepäck die beiden Prototypen des entwickelten Einsatzstocks bei sich. Nach dem Check-in am Frankfurter Flughafen wurde der Geschäftsführer der Versicherungsnehmerin bei der vom Flughafenbetreiber *F AG* durchgeführten Sicherheitskontrolle darauf hingewiesen, dass er diese beiden Stöcke nicht im Handgepäck mit sich führen dürfte. Ihm wurde angeboten, diese in Sicherheitsverwahrung zu nehmen, wobei ihm versichert wurde, dass er die zwei Stöcke in Wien sofort wieder übergeben bekommen würde.

Dem Geschäftsführer der Versicherungsnehmerin wurde eine „Empfangsbescheinigung über in Verwahrung genommene Gegenstände“ der *F AG* vom 24.02.2005 ausgehändigt (Anlage K 1, Bl. 42 d.A., und Anlage K 7, Bl. 56 d.A.). Darin heißt es vorgedruckt:

Auf Grund bestehender Sicherheitsmaßnahmen wurden Ihnen bei der heute durchgeführten Kontrolle folgende Gegenstände abgenommen und zur Weiterleitung an die befördernde Luftverkehrsgesellschaft übergeben. Sie erhalten Ihre Gegenstände am Aussteigeflughafen von der Luftverkehrsgesellschaft zurück.

Im weiteren Text des Vordrucks wurde ausgefüllt, dass es sich um „2 Stöcke (Prototyp 3000 €/St.)“ handelte, die im Handgepäck des Reisenden gefunden wurden. Die Flugnummer, das Gate und die Abflugzeit sind passend zum Flug der Beklagten eingetragen. Schließlich ist eine „Tag-Nr. LH06/5/9“ aufgeführt. In der Rubrik „Einsatzleitung“ findet sich eine unleserliche Unterschrift. Der vorgedruckte Text in der letzten Spalte des Vordrucks lautet:

LVG: Gegenstand empfangen (Name leserlich, Unterschrift)

Ausgefüllt ist diese Spalte mit den handschriftlichen Druckbuchstaben „M“ und einer unleserlichen Unterschrift, in der sich ein „ü“ befinden könnte. Auf das Schriftbild in der Anlage K 7 (Bl. 56 d.A.) wird Bezug genommen.

Nach Ankunft in Wien wurden dem Geschäftsführer der Versicherungsnehmerin die Polizeistücke nicht ausgehändigt; sie blieben verschwunden.

Die Transportversicherer haben die Herstellungskosten von je € 3.000,00 für die Stöcke ersetzt.

Die Klägerin trägt vor, die Beklagte hafte nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast ohne Haftungsbeschränkung für den unaufgeklärten Verlust des Reisegepäcks des Geschäftsführers der Versicherungsnehmerin. Nach Angaben der Streitverkündeten würden von dieser nach wie vor im Rahmen der Sicherheitskontrollen in Abstimmung mit den befördernden Luftverkehrsgesellschaften den Fluggästen abgenommene Gegenstände entgegengenommen und dann an die Luftverkehrsgesellschaft weitergeleitet.

Die Klägerin beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an sie € 6.476,00 nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 04.04.2006 zu zahlen.

Die Beklagte rügt die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Landgerichts und beantragt hilfsweise,

die Klage abzuweisen.

Sie trägt zur Zuständigkeitsrüge und zum Anspruch vor, ein Luftbeförderungsvertrag über die verlustigen Schlagstöcke sei nicht zustande gekommen. Die Stöcke seien nicht am Schalter der Beklagten „ingecheckt“ und damit zum aufgegebenen Gepäck oder zum Handgepäck gemacht worden. Der Geschäftsführer der Versicherungsnehmerin wäre sonst darauf hingewiesen worden, dass diese Stöcke nicht per Handgepäck transportfähig waren. Die verschwundenen Polizeistücke seien niemals in ihre – der Beklagten – Obhut gelangt oder ihr zum Transport übergeben worden. Sie – die Beklagte – hätte die erwähnte „Empfangsbescheinigung“ weder unterschrieben noch erhalten.

Da sie – die Beklagte – ihre Flüge durch eigenes Personal selbst abfertigte und auch an jenem Tage abgefertigt habe, könne von der Klägerin auch nicht oder allenfalls bedeutungslos behauptet werden, dass die Schlagstöcke einem Mitarbeiter etwa der *Lufthansa* übergeben worden seien. Vielmehr sei vollkommen ungeklärt, welcher Mitarbeiter oder Sicherheitsbedienstete der Streitverkündeten die Stöcke zwischen der Wegnahme und der angeblichen Übergabe in Gewahrsam gehabt habe.

Entscheidungsgründe

Die Klage ist zulässig, insbesondere vor dem zuständigen Gericht erhoben.

Die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts ergibt sich aus Art. 33 Nr. 1 Montrealer Übereinkommen (MÜ). Bei einem Hin- und Rückflug stellt der Abflugort zugleich den Bestimmungsort i.S.v. Art. 33 Nr. 1 MÜ dar (*Reuschle*, Montrealer Übereinkommen, Art. 33 Rn. 26). Beim Flug Frankfurt – Wien – Frankfurt ist deshalb Frankfurt der zuständige Gerichtsstand. Soweit geltend gemacht wird, dass hinsichtlich der verlustigen Schlagstöcke kein Luftbeförderungsvertrag zustande gekommen sei und deshalb Art. 33 Nr. 1 MÜ nicht zur Anwendung gelange, verkennt diese Argumentation, dass es sich hierbei um eine doppelrelevante Tatsache handelt, deren Prüfung der Begründetheit der Klage vorbehalten ist. Für die Frage der Zuständigkeit reicht aus, dass nach dem Vortrag der Klägerin ein solcher Vertrag zustande gekommen ist.

Die Klage ist jedoch nicht begründet. Die Klägerin hat nicht dartun können, dass die beiden Einsatzstöcke in die Obhut der Beklagten als Luftverkehrsgesellschaft gelangt sind.

Der Klägerin steht aus abgetretenem Recht kein Schadensersatzanspruch gemäß Art. 17 Abs. 2 bzw. Art. 18 MÜ zu. Zwar bestand zwischen der *Beklagte G.m.b.H.* und der Beklagten ein Beförderungsvertrag. Bei den verloren gegangenen Schlagstöcken handelt es sich auch um Reisegepäck i.S.v. Art. 17 Abs. 2 MÜ. Die beiden Einsatzstöcke sollten im Flugzeug des Reisenden zur Entgegennahme am Bestimmungsort mitgeführt werden; sie sollten zusammen mit dem Reisenden in Wien ankommen.

Aus dem Vortrag der Klägerin ergibt sich jedoch nicht, dass die Schlagstöcke als Reisegepäck aufgegeben worden sind (Art. 17 Abs. 2 S. 1 MÜ). Dies ist dann der Fall, wenn das Reisegepäck in die Obhut des Luftfrachtführers gegeben wurde. Hierfür bedarf es der Entgegennahme der Sachen durch den Luftfrachtführer beim Check-in oder sonst vor dem Einstieg (*Reuschle*, a.a.O., Art. 17 Rn. 35).

Der Begriff der Obhut ist dabei nicht vollständig mit Gewahrsam oder Besitz gleichzusetzen.

Nach der Rechtsprechung hat der Luftfrachtführer so lange Obhut an dem Gepäck oder sonstigen Transportgut, als es sich mit seinem Willen derart in seinem Einwirkungsbereich befindet, dass er in der Lage ist, das Gepäck oder Frachtgut gegen Verlust und Beschädigung zu schützen. Dazu ist körperlicher Gewahrsam durch den Luftfrachtführer nicht zwingend erforderlich. Es genügt, dass der Luftfrachtführer auf die Behandlung des Transportgutes Einfluss nehmen kann. Dafür reicht es aus, wenn die obhutsbegründende Einwirkungsmöglichkeit durch das rechtliche Band etwa einer Vertragsbeziehung vermittelt wird. Die Obhut beginnt mit Annahme des Gutes durch den Luftfrachtführer und endet erst dann, wenn er das Frachtgut abgeliefert oder den Gewahrsam ohne eigene Mitwirkung - beispielsweise durch staatlichen Hoheitsakt - verliert und keine tatsächlichen oder rechtlichen Einwirkungsmöglichkeiten auf das Frachtgut mehr hat (zum Ganzen *BGH*, Urteil vom 21.09.2000 - I ZR 135/98, veröffentlicht z.B. in *BGHZ* 145, 170 [183] = *NJW-RR* 2001, 396 = *NZV* 2001, 256; *OLG Köln*, Urteil vom 02.12.2003 - 24 U 52/03,

veröffentlicht z.B. in NJOZ 2005, 4288). Da eine körperliche Inbesitznahme der Sachen durch den Luftfrachtführer nicht erforderlich ist soll auch eine Willenseinigung genügen (BGH, Urteil vom 27.10.1978 – I ZR 114/76, veröffentlicht z.B. in VersR 1979, 83; Reuschle, a.a.O., Art. 17 Rn. 42).

Maßgebliche Kriterien sind also der Wille des Luftfrachtführers, Obhut auszuüben, und seine tatsächliche und rechtliche Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache in seiner Obhut. Daran fehlt es vorliegend auf der Grundlage des Vortrags der Klägerin.

Der Fluggast *B.* übergab die zwei Schlagstöcke Mitarbeitern des Betreibers des Frankfurter Flughafens, der Streitverkündeten, gegen Quittung, nachdem diese ihn bei der Sicherheitskontrolle auf die Unzulässigkeit der Mitnahme im Handgepäck aufmerksam gemacht hatten. Hieb- und Stoßwaffen, die zu Angriffs- oder Verteidigungszwecken verwendet werden können, dürfen in Luftfahrzeugen weder im Handgepäck noch am Reisenden mitgeführt werden (§ 11 Abs. 1 Nr. 1 Luftsicherheitsgesetz – LuftSiG).

Unklar aber ist der weitere Verbleib der Schlagstöcke. Die Klägerin behauptet auf der Grundlage von Informationen wohl von der Streitverkündeten, die Stöcke seien einem Mitarbeiter namens „M“ der Beklagten übergeben worden. Diese dagegen behauptet, niemanden mit diesem Namen zu beschäftigen. Sie hat im Gegenteil vage angedeutet, vielleicht wollte die Klägerin behaupten, besagter Herr „M“ sei bei der *L AG* beschäftigt.

Bei dieser Sachlage kann die *Kammer* allein aus der Quittung und der Unterschrift des Herrn „M“ nicht darauf schließen, dass die Schlagstöcke mit dem Willen der Beklagten in deren Obhut gelangt sind.

Die Entgegennahme der Schlagstöcke durch die Mitarbeiter der Streitverkündeten ist hierfür grundsätzlich nicht ausreichend, weil es sich bei ihnen nicht um die Luftverkehrsgesellschaft handelt.

Die Mitarbeiter des Frankfurter Flughafens sind der Beklagten nicht nach Art. 17 Abs. 2 S. 1 MÜ als „Leute“ des Luftfrachtführers zuzurechnen. Lediglich die Verschuldenshaftung des Art. 17 Abs. 2 S. 3 MÜ sieht ein Einstehenmüssen des Luftfrachtführers für seine Leute hinsichtlich nicht aufgegebenem Reisegepäck vor. Die hier in Frage stehende Gewährhaftung des Art. 17 Abs. 2 S. 1 MÜ für aufgegebenes Reisegepäck kennt hingegen keine Zurechnung für eigene Leute. Diese bestimmt sich vielmehr nach dem Obhutsbegriff.

Hiernach käme eine Haftung der Beklagten nur in Betracht, wenn die Obhut ausnahmsweise bereits infolge der Entgegennahme der Schlagstöcke durch die Mitarbeiter der Streitverkündeten begonnen hätte. Das aber ist nicht der Fall, denn diese sind nicht als „Leute“ der Beklagten zu qualifizieren.

Nach der Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 21.09.2000 - I ZR 135/98, veröffentlicht z.B. in BGHZ 145, 170 = NJW-RR 2001, 396, 398 = NZV 2001, 255 f.) sind unter

„Leuten“ alle Personen zu verstehen, deren sich der Luftfrachtführer zur Ausführung der ihm aufgetragenen Luftbeförderung arbeitsteilig bedient. Hierbei ist im Sinne einer vertragsautonomen Auslegung der internationalen Tendenz Rechnung zu tragen, den persönlichen Anwendungsbereich der Vorschrift großzügig zu umschreiben (MünchKommHGB/Kronke, WA Art. 20 Rdn. 33). In der Sache entspricht der „Leute“-Begriff weitgehend der dem deutschen Rechtskreis geläufigen Rechtsstellung des Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB. Auch dort beruht der eigentliche Grund für die Zurechnung der fremden Handlung darauf, dass der Erfüllungsgehilfe objektiv auf Veranlassung des Schuldners eine Aufgabe übernimmt, deren Erfüllung im Verhältnis zum Gläubiger dem Schuldner selbst obliegt. Deshalb wird die Eigenschaft, als Erfüllungsgehilfe tätig zu werden, auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass der Erfüllungsgehilfe keinen Weisungen des Schuldners unterliegt. Unerheblich ist auch, dass der mit Willen des Schuldners in dessen Geschäftskreis eintretende Erfüllungsgehilfe hinsichtlich der von ihm erbrachten Leistung eine Monopolstellung innehat. Auch auf eine intensive Weisungsbefugnis kommt es nicht an. Andernfalls würde die Entlastungsmöglichkeit zu Gunsten des Luftfrachtführers in einem grundsätzlich noch der Luftbeförderung zuzurechnenden Bereich zum Nachteil des Geschädigten, der insoweit keinen Einblick und auch keine Einflussmöglichkeiten hat, in einer Weise eingeengt, die mit dem Zweck der strengen Obhutshaftung nicht mehr vereinbar wäre. Die Erweiterung des Obhutszeitraums ist dadurch gerechtfertigt, dass es der Luftfrachtführer in aller Regel in der Hand hat, das Frachtgut auch in diesem Zeitraum durch geeignete Maßnahmen vor Verlust und Beschädigung zu schützen. Demgegenüber ist der Absender mit den Verhältnissen auf den Flughäfen regelmäßig nicht vertraut und kann auf Entladung, Verwahrung und Weiterleitung an den Empfänger keinen Einfluss nehmen. Es ist allerdings nicht zu verkennen, dass auch die Einwirkungsmöglichkeiten der Luftfrachtführer auf die Bodenverkehrsdienste der einzelnen Flughäfen unterschiedlich sein können und bei Monopolunternehmen wesentlich erschwert sind. Entscheidend muss indessen sein, ob der Dritte dem Luftfrachtführer gegenüber zum Schutze des Gutes und zur Herausgabe verpflichtet ist.

Die für diese Rechtsprechung maßgeblichen Kriterien werden vorliegend nach dem Vortrag der Klägerin nicht erfüllt. Die Zurechnung des Verhaltens Dritter beruht darauf, dass der Luftfrachtführer diese willentlich eingeschaltet hat, um das zu tun, was seine Aufgabe ist, und dass der Geschädigte selbst keinen Einblick in diese Sphäre hat.

Dass die Beklagte die Mitarbeiter der Sicherheitskontrolle in den Diensten der Streitverkündeten willentlich zur Annahme von – als unzulässig entdecktem – Reisegepäck einschaltet, kann dem Vortrag der Klägerin nicht entnommen werden. Außerdem weiß der Reisende, bei dem an der Sicherheitskontrolle Gepäckstücke gefunden wurden, deren Mitnahme nicht zulässig ist, dass er diese nicht seiner Luftverkehrsgesellschaft übergibt. Insoweit hat er einen Wissensvorsprung vor dieser, die davon ja gerade keine Kenntnis hat.

„Leute“ der Luftverkehrsgesellschaft können zwar auch Personen sein, die nicht in einem Dienstverhältnis zum Luftfrachtführer stehen, so selbstständige Unternehmer, denen der

Luftfrachtführer eine Funktion bei der Ausführung des Beförderungsvertrags überträgt, jedoch nicht das hoheitlich handelnde Personal des Flugsicherungsdienstes (*Geigel/Mühlbauer*, Der Haftpflichtprozeß, 24. Auflage, 29. Kapitel: Haftung aus dem Luftverkehr, Rdnr. 65; *Ebenroth/Boujong/Joost/Gass*, HGB, WA 1955 Art. 20, Rdnr. 13; *Giemulla, Schmid*, Sicherheitsmaßnahmen im Luftverkehr - Aufgaben und Haftung der am Luftverkehr Beteiligten, NZV 1989, 416).

Die Durchführung der Sicherheitsmaßnahmen in Flughäfen, zu denen die Durchsuchungen von Fluggästen zählt, obliegt der Luftsicherheitsbehörde als hoheitliche Aufgabe, die diese dazu geeigneten Personen als Beliehenen übertragen kann (§ 5 Abs. 5 LuftSiG). Sie gehört damit nicht in den Aufgabenbereich der Luftverkehrsgesellschaft.

Auf die von der Klägerin zur Begründung der Klage herangezogenen Grundsätze der sekundären Darlegungslast kommt es deshalb nicht an, denn diese setzen voraus, dass der Obhutszeitraum begonnen hat. Das aber ist vorliegend gerade nicht der Fall.

Da die Streitverkündete ausdrücklich den Beitritt abgelehnt hat, wurde der Rechtsstreit ohne Rücksicht auf sie fortgesetzt (§ 74 Abs. 2 ZPO). Für die *Kammer* bestand deshalb schon nicht die Möglichkeit, auf den Kostenantrag der Streitverkündeten einzugehen, und zwar auch nicht unter dem Aspekt der unzulässigen Streitverkündung. Wenn der Streitverkündete nicht beitrifft, prüft das Gericht die prozessualen Voraussetzungen einer Streitverkündung erst im Prozess zwischen dem Verkünder und dem Verkündungsgegner *Zöller/Vollkommer*, ZPO, 26. Aufl., § 73 Rdnr. 1; *Baumbach/Lauterbach/Hartmann*, ZPO, 65. Aufl., § 72 Rdnr. 8, jeweils mwN).

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91, 708 Nr. 11, 711 ZPO.

K Handelsrichter **D**
J
ist ortsabwesend

K

2-01 S 182/01

Verkündet laut Protokoll
am 16.12.2005

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle



LANDGERICHT FRANKFURT AM MAIN

IM NAMEN DES VOLKES

U r t e i l

In dem Rechtsstreit

der Frau

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt

Klägerin und Berufungsklägerin,

g e g e n

die

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt

Beklagte und Berufungsbeklagte,

hat das Landgericht Frankfurt am Main, 1. Zivilkammer, durch

auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 16.11.2005 für Recht erkannt:

I. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Amtsgerichts Frankfurt am Main vom 24.4.2001 – 30 C 1855/00-71 – abgeändert und zur Klarstellung neu gefasst:

1. Die Beklagte wird gemäß ihrem Anerkenntnis verurteilt, an die Klägerin 70,05 € (= 137 DM) nebst 4 % Zinsen seit dem 12.2.2000 zu zahlen.
2. Darüber hinaus wird die Beklagte verurteilt, an die Klägerin weitere 1.500 € nebst 4 % Zinsen seit dem 12.2.2000 zu zahlen.
3. Im Übrigen wird die Berufung zurück-gewiesen, und die weitergehende Klage wird abgewiesen.

II. Von den Kosten des ersten Rechtszuges haben die Klägerin 66 % und die Beklagte 34 % zu tragen. Von den Kosten der Berufung fallen der Klägerin 67 % und der Beklagten 33 % zur Last.

III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

G r ü n d e

I.

Die Klägerin nimmt die Beklagte als ausführenden Luft-frachtführer auf Ersatz von materiellen Schäden und auf Schmerzensgeld für Verbrennungen zweiten Grades in Anspruch, die sie am 3.10.1999 im Rahmen einer Pauschal-reise auf dem Hinflug von Frankfurt am Main nach Hurghada (Ägypten) dadurch erlitten hat, dass sich der Inhalt der von der Flugbegleiterin eingeschenkten Kaffeetasche auf ihren Bauch und ihre Oberschenkel ergoss. Die Einzel-heiten des Schadenereignisses sind streitig.

Das Amtsgericht hat nach der Vernehmung des Begleiters der Klägerin als Zeuge dem Anerkenntnis der Beklagten gemäß der Klage in Bezug auf die Heilbehandlungskosten stattgegeben. Ansprüche auf Erstattung des Preises der Pauschalreise einschließlich Nebenkosten (1.879,50 DM), Schadensersatz wegen nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit (1.000 DM) und Schmerzensgeld (6.000 DM) hat es hingegen für nicht gerechtfertigt gehalten, weil die Klägerin für leichtfertiges Verhalten der Flugbegleiterin beweisfällig geblieben sei.

Dagegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung. Sie beanstandet, das Amtsgericht habe den Verschuldensmaßstab der leichtfertigen Schadensverursachung verkannt. Das Tablett auf dem die Flugbegleiterin den Kaffee serviert habe, sei vorschriftswidrig (Beweis: Sachverständigen-gutachten) nicht mit einem rutschfesten Tuch unter der Tasse versehen gewesen, was unstreitig ist. In Kenntnis dieses Umstandes habe die Flugbegleiterin das Tablett über ihrem, der Klägerin, Schoß gehalten, als sie den Kaffee eingeschenkt habe; zudem habe sie das Tablett – unstreitig - schief gehalten. Dieses Verhalten grenze an bedingten Vorsatz.

Die Klägerin beantragt,

die Beklagte unter Abänderung des Urteils des Amtsgerichts Frankfurt am Main vom 24.4.2001 zu verurteilen, an sie über den Betrag von 137 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 12.2.2000 hinaus weitere 8.879,50 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 12.2.2000 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil und trägt vor, die Verwendung rutschfester Unterlagen sei nach dem für die internationale Luftbeförderung geltenden Standard nicht zwingend erforderlich. Es reiche aus, wenn das Anti-Rutsch beschichtete Tablett mit einem erhöhten Rand von hier 1,5 cm versehen sei, was die Klägerin nicht in Abrede gestellt hat, und die Tasse – wie hier weisungsgemäß geschehen – lediglich zu zwei Dritteln gefüllt werde. Der Schaden sei lediglich durch ein ungeschicktes Verhalten der Flugbegleiterin eingetreten.

Im Verlauf des Berufungsverfahrens ändert die Beklagte ihr Vorbringen dahingehend, dass die Flugbegleiterin gerade im Zeitpunkt des Schadenereignisses infolge einer Schlingerbewegung des Flugzeugs aus ihrem sicheren Stand gekommen sei. Insofern habe sich zwar eine typische Gefahr des Luftverkehrs verwirklicht,

ohne dass jedoch ein Unfall im Sinne von Art. 17 des Warschauer Abkommens vorliege.

Zur ergänzenden Darstellung des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze und deren Anlagen Bezug genommen.

Das Gericht hat ein Rechtsgutachten über das ägyptische Recht eingeholt. Auf die Ausführungen von ... vom 10.3.2003 (Bl. 111 – 123) und vom 26.8.2004 (Bl. 183 – 185) wird Bezug genommen.

II.

Die Berufung ist zulässig. Sie ist form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden.

In der Sache hat sie aber lediglich in dem aus der Urteilsformel ersichtlichen Umfang Erfolg.

1. Da die Klägerin Reisende einer Pauschalreise nach § 651a BGB war, kommt die Haftung der verklagten ägyptischen Fluggesellschaft als Dritter im Sinne von § 49a Abs. 1 Satz 1 LuftVG für Schäden im Zuge der internationalen Luftbeförderung neben dem Reiseveranstalter als Luftfrachtführer gemäß § 51 LuftVG auf Grund der Vorschriften des Warschauer Abkommens (WA) in Betracht.

2. Nach Art. 17 WA hat der Luftfrachtführer allerdings nur den Körperschaden eines Reisenden zu ersetzen, der durch einen für die Gefahren der Luftfahrt typischen Unfall verursacht worden ist. Das ist hier aber nicht der Fall (vgl. LG Düsseldorf RRA 2003, 172 zum versehentlichen Herabstoßen einer Kaffeekanne vom Servierwagen). Beide Parteien gehen davon aus, dass das Schadenereignis auf der Ungeschicklichkeit der Flugbegleiterin beruht, weil sie das Tablett so schräg gehalten hat, dass die Tasse davon heruntergerutscht ist.

Der im Berufungsverfahren – wenn auch mit Blick auf den Verschuldensgrad in Art. 25 WA - geänderte Vortrag der Beklagten, die Flugbegleiterin sei gerade im Zeitpunkt des Schadenereignisses infolge einer Schlingerbewegung des Flugzeugs aus ihrem sicheren Stand gekommen, ist nach den §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 ZPO unzulässig. Die Klägerin hat sich diesen Vortrag bei ihrer informato-rischen Anhörung außerdem nicht zueigen gemacht.

3. Sind die Voraussetzungen des Art. 17 WA nicht erfüllt, so ist auf Grund von Art. 24 WA nicht ohne weiteres nationales Recht anzuwenden (OLG Frankfurt am Main NJW 2003, 905 = RRa 2002, 272 zum Thromboseschaden auf einem Langstreckenflug).

a) In der Rechtsprechung wird die Auffassung vertreten, andere Anspruchsgrundlagen kämen auch unter diesen Um-ständen nicht in Betracht (OLG Hamm ZLW 2002, 111: keine eigene Ersatzpflicht des Flugbegleiters bei Verletzung des Reisenden durch den unvorsichtigen Umgang mit dem Cateringwagen; AG Hannover RRa 2003, 181 mit Anm. Schmid zur Verletzung des Reisenden durch herabfallendes Gepäck infolge der Ungeschicklichkeit der Flugbegleiterin; zur Übersicht über die internationale Rechtsprechung zur Sperrwirkung des WA s. Schmid/Müller-Rostin ZLW 2004, 395 und Mühlbauer in Geigel, Der Haftpflichtprozess 24. Aufl. Kap. 29 Rdnr. 84). Auch unter Berücksichtigung des Inter-esses an der Rechtsvereinheitlichung in der internatio-nalen Luftbeförderung erscheint es nicht gerechtfertigt, wenn der Reisende bei einem Sachverhalt wie dem vor-liegenden das Risiko einer Körperverletzung bereits aus Rechtsgründen selbst zu tragen hätte, zumal Ansprüche gegen den Reiseveranstalter der Pauschalreise nicht be-stehen, da diesem keine Verletzung eigener Verkehrs-pflichten zur Last zu legen ist.

b) In der Literatur wird der Rückgriff auf nationales Recht für zulässig gehalten, weil die ausschließliche Geltung des Warschauer Abkommens nur auf Unfälle im Sinne von Art. 17 WA beschränkt ist (Giemulla in Giemulla/ Schmid, Frankfurter Kommentar Bd. 3, Warschauer Abkommen 2001 Art. 24 Rdnr.

3; Ruhwedel, Der Luftbeförderungs-vertrag 3. Aufl. Rdnr. 329; Müller-Rostin NZV 2002, 182). Da die Parteien keine Rechtswahl für das auf ihr Ver-tragsverhältnis anwendbare Recht getroffen haben, ist nach den Grundsätzen des deutschen internationalen Privatrechts auf den mutmaßlichen hypothetischen Partei-willen abzustellen; insoweit kommt für vertragliche Ansprüche in der Regel nach Art. 28 Abs. 2 EGBGB die Anknüpfung an das nationale Recht am Sitz der Haupt-verwaltung oder der Hauptniederlassung des Luftfracht-führers in Betracht (Kahlert/Hast VersR 2001, 559). Soweit auf der zur Tatzeit geltenden Gesetzeslage jeden-falls bezüglich des Schmerzensgeldes Ansprüche aus unerlaubter Handlung zu prüfen sind, ist nach Art. 40 Abs. 1 EGBGB das Recht des Hoheitszeichens des Flugzeugs als Tatort anzuwenden (Mühlbauer in Geigel, Der Haft-pflichtprozess 24. Aufl. Kap. 29 Rdnr. 43; Palandt/Heldrich, BGB 64. Aufl. EGBGB Art. 40 Rdnr. 9). Danach ist in beiden Fällen ägyptisches Recht maßgeblich.

4. Nach den Darlegungen des Sachverständigen für ägyptisches Recht stellt sich die Rechtslage wie folgt dar:

a) Hat die Flugbegleiterin die von einer Durchschnitts-person zu beachtenden allgemeinen Sorgfaltspflichten außer Acht gelassen und die Klägerin durch eine rechtlich missbilligte Gefahr körperlich verletzt, so liegt eine unerlaubte Handlung nach Art. 163 des ägyptischen Zivil-gesetzbuchs (ZGB) vor. Diese wird der Beklagten als Arbeitgeberin nach Art. 174 f. ZGB zugerechnet, wenn die Verletzung während oder auf Grund der Verrichtung der Arbeit eingetreten ist und die Flugbegleiterin vom Arbeitgeber beaufsichtigt wurde. Die infolge der Verletzungshandlung eingetretenen materiellen und immateri-ellen Schäden sind nach Art. 221 f. ZGB zu ersetzen, wobei das ägyptische Recht begrifflich nicht zwischen beiden Schadensarten unterscheidet und namentlich kein Schmerzensgeld nennt. Die Schätzung eines entsprechenden Schadensersatzanspruchs der Höhe nach liegt im Ermessen des Gerichts. Dabei sind die persönlichen Umstände des Geschädigten, aber auch die des Schädigers, sowie das Ausmaß der Schädigung zu berücksichtigen.

b) Auf die Einwände der Beklagten zur Vorrangigkeit vertraglicher Ansprüche hat der Sachverständige ergänzend mitgeteilt, dass die deliktische Haftung nicht hinter der vertraglichen zurücktritt. Auch bei der vertraglichen Haftung sind die Vorschriften über den Schadensersatz anzuwenden.

c) Das Ergebnis widerspricht der Rechtsauffassung der Beklagten nicht. Selbst wenn nach der von ihr herangezogenen höchstrichterlichen ägyptischen Rechtsprechung eine deliktische Haftung neben oder an Stelle der Vertragshaftung nur bei Schädigungsabsicht, grober Fahrlässigkeit oder strafbarer Handlung zulässig sein sollte, ist nach ihrer weiteren Darlegung ägyptischen Rechts auch im Falle ausschließlicher vertraglicher Haftung die auch vom Sachverständigen genannte Norm über den Schadensersatz anzuwenden. Da die Klägerin als Inhaberin des Flugscheins aus der Sicht der Beklagten entweder unmittelbar als Vertragspartei anzusehen ist oder zumindest in den Schutzbereich vertraglicher Obhutspflichten einbezogen war, kommt es letztlich nicht darauf an, ob die deliktische Haftung unter der Voraussetzung des qualifizierten Verschuldens nur subsidiär eingreift.

d) Die weiteren Einwände der Beklagten gegen das Gutachten, die auf die Anwendbarkeit deutschen Rechts abzielen, greifen im Ergebnis nicht durch, auch wenn verschiedene andere, allerdings nicht entscheidungserhebliche Beanstandungen gerechtfertigt sind. Der Sachverständige braucht sein Gutachten zu dieser Frage nicht zu ergänzen. Die Voraussetzungen für die Einholung eines neuen Gutachtens nach § 412 Abs. 1 ZPO liegen nicht vor.

5. Für den vorliegenden Fall gilt danach folgendes:

a) Soweit der Sachverständige im Rahmen der Darstellung des ausländischen Rechts über seinen Auftrag hinaus Ausführungen zur Falllösung gemacht hat, sind diese unbeachtlich. Für die Entscheidung des Falles ist ausschließlich das angerufene Gericht zuständig.

b) Haftungsrelevantes Verhalten der Flugbegleiterin liegt auch nach ägyptischem Vertragsrecht vor.

aa) Unstreitig kam es zu dem Herunterfallen der Kaffee-tasse, weil die Flugbegleiterin das Tablett unsachgemäß schief hielt. Dadurch hat sie die Klägerin unnötig in Gefahr gebracht. Das hätte sie bei gehöriger Aufmerksamkeit vermeiden können. Für die Folgen der durch die Pflichtverletzung entstandenen Schäden hat die Beklagte einzustehen. Ihr ist das Fehlverhalten ihrer Angestellten, die in Verrichtung der ihr zugewiesenen Arbeit handelte, zuzurechnen.

bb) Dann aber kommt es auf die Streitfrage nicht an, ob es den im Flugverkehr maßgeblichen von der Klägerin allerdings nicht bezeichneten Vorschriften widersprach, dass sich auf dem Tablett kein Tuch befand, das ein Rutschen der Kaffeetasse hätte verhindern sollen. Die Beklagte geht selbst davon aus, dass sowohl der 1,5 cm hohe Rand des Tablett als auch dessen Anti-Rutsch-Beschichtung wegen des Neigungswinkels das Herabfallen der Kaffeetasse nicht hätten verhindern können.

cc) Das neue Vorbringen im Berufungsverfahren, die Flugbegleiterin habe infolge einer Schlingerbewegung des Flugzeugs ihre Standsicherheit verloren, ist auch in diesem rechtlichen Zusammenhang aus den dargelegten Gründen unzulässig.

c) Auch nach ägyptischem Vertragsrecht hat die Beklagte für den durch das fahrlässige Fehlverhalten ihrer Angestellten verursachten Schaden einzustehen, ohne dass es auf das Vorliegen qualifizierten Verschuldens im Sinne von Art. 25 Satz 1 WA ankommt. Ist auf das nationale nicht vereinheitlichte Recht abzustellen, so ist nach dessen Regelungen Ersatz zu leisten, und zwar zumindest soweit, bis die dort geltenden oder in Art. 22 WA vorgesehenen Haftungshöchstgrenzen erreicht sind. Erst wenn die letztgenannten Grenzen überschritten werden, kann im Falle qualifizierten Verschuldens ein weiter gehender Ersatzanspruch bestehen. Hier sind weder die vom Sachverständigen auf Grund von Art. 292 und 287 des ägyptischen Handelsgesetzbuchs (HGB) genannte Höchstgrenze von 150.000 L.E. (rund 22.093 €) noch die in Art. 22

Abs. 1 WA bezeichnete Summe von 250.000 Franken (rund 120.000 €) überschritten. Im Übrigen ist Art. 25 WA keine eigenständige Anspruchsgrundlage.

6. Die Beklagte hat auf Grund von Art. 221 f. des ägyptischen ZGB folgenden Schadensersatz zu leisten:

a) Ein Schmerzensgeld in Höhe von 1.000 € erscheint nach den persönlichen Umständen der geschädigten Klägerin und nach den Gegebenheiten der ersatzpflichtigen Beklagten zum Ausgleich für die Verletzungsfolgen angemessen, aber auch ausreichend. Die Klägerin hat die Symptome einer Verbrennung des Grades 2a von insgesamt vier klinischen Abstufungen geschildert (s. Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch 259. Aufl. Stichwort Verbrennung). Die Verletzung ist narbenlos verheilt. Die akute Beeinträchtigung war nach verhältnismäßig kurzer Zeit behoben. Die Klägerin konnte nach eigener Schilderung jedenfalls den Speisesaal aufsuchen. Soweit sie dort Ängste hatte, wenn die Bedienung schwungvoll Heißgetränke servierte, ist das nachvollziehbar, hat aber in der Folgezeit keine psychotherapeutische Behandlung erfordert. Bei der Bemessung waren des Weiteren ihr Alter und ihre Lebensumstände in Betracht zu ziehen. Da die Klägerin sich im Ruhestand befand, gab es keine nachteiligen Auswirkungen in der Berufsausübung.

b) Nach Art. 221 des ägyptischen ZGB sind nach den Ausführungen des Sachverständigen auch unmittelbare Verluste zu entschädigen. Danach erscheint der Ersatz der frustrierten Aufwendungen für die Urlaubsreise in Höhe von 500 € ersatzfähig. Die Klägerin kann nicht den gesamten Reisepreis und Entschädigung für nutzlos aufgewendete Urlaubszeit ersetzt verlangen. Letzterer Gesichtspunkt ist durch das Schmerzensgeld abgegolten; weitere immaterielle Schäden sind gegenüber der Beklagten nicht gegeben, zumal diese nicht Reiseveranstalter war. Von dem Gesamtreisepreis von rund 960 € kann sie nur den zuerkannten Teil ersetzt verlangen, denn sie hat – auch wenn ihr das Baden im Meer und die Ausübung sportlicher Aktivitäten verletzungsbedingt nicht möglich waren, Leistungen des Reiseveranstalters in Anspruch genommen, wie insbesondere die Verpflegung. Insoweit ist ihr kein Schaden entstanden, weil die ersparten Aufwendungen in Abzug zu bringen sind.

Aus diesen Gründen war wie erkannt zu entscheiden.

Der Zinsanspruch ist nach ägyptischem Recht – soweit auch ohne sachverständige Hilfe ersichtlich – gerechtfertigt. Zwar gilt nach hier maßgeblichem hanafitischem Recht das Verbot der *ribâ*, wonach insbesondere für Darlehen und zum Teil auch im Falle des Verzugs das Vereinnahmen von Zinsen aus Glaubensgründen untersagt ist (vgl. Bälz WM 1999, 2443). Zum einen zählt jedoch Ägypten nicht zu den betreffenden nordafrikanischen Staaten, in denen Verzugs-zinsen ausgeschlossen sind; zum anderen kann der entsprechende Vermögensnachteil als materieller Schaden geltend gemacht werden.

Da beide Parteien teilweise obsiegt haben, teilweise aber auch unterlegen sind, waren die Kosten beider Rechtszüge nach den §§ 92 Abs. 2, 91, 97 Abs. 1 ZPO verhältnismäßig zu teilen.

Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10 ZPO.

Die Revision wird zugelassen.

2-02 O 438/07

Lt. Protokoll
verkündet am:
02.05.2008

JAe. F.
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



LANDGERICHT FRANKFURT AM MAIN

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem Rechtsstreit

V

- Klägerin -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. S

gegen

D

- Beklagte -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte G

hat das Landgericht Frankfurt am Main - 2. Zivilkammer - aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 09.04.2008, an der teilgenommen haben
Vorsitzender Richter am Landgericht J
Richter am Landgericht P

Richterin M

für Recht erkennt:

I.

Der Beklagten wird untersagt, gegenüber Verbrauchern gemäß § 13 BGB die nachfolgenden oder inhaltgleiche Klauseln in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Zusammenhang mit Pauschalreiseverträgen gemäß § 651 lit. a) ff. BGB zu den Olympischen Spielen in Peking 2008 zu verwenden oder sich auf diese Klauseln zu berufen:

1. Zahlungsbedingungen ... Eintrittskarten müssen nach Bestätigung sofort, spätestens innerhalb von 14 Tagen, voll bezahlt werden.
2. Zahlungsbedingungen ... Bei Bestätigung der Reise ist eine Anzahlung zu leisten: 50 % des Reisepreises.
3. Zahlungsbedingungen ... Restzahlung bis 1. Februar 2008
4. Stornokosten Reisen ... Bis 31.1.2008 60 % des Reisepreises, ab dem 01.02.2008 80 % des Reisepreises.
5. Stornokosten Reisen ... Bei Weiterverkauf der Reise (Eratzteilnehmer) wird nur eine Bearbeitungsgebühr von Euro 500,-- erhoben.
6. Stornokosten ... Eintrittskarten 100 % des Eintrittskartenwertes.
7. Stornokosten ... Eintrittskarten ... Bei Weiterverkauf berechnen wir lediglich eine Bearbeitungsgebühr von 30 %.
8. Stornokosten ... Eintrittskarten ... Eine Abrechnung kann erst nach Beendigung der Spiele vorgenommen werden.

II.

Der Beklagten wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung die Verhängung eines Ordnungsgeld bis zu 250.000,00 Euro, und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, die Verhängung von bis zu 6 Monaten Ordnungshaft angedroht.

III.

Die Kosten des Rechtsstreits hat die Beklagte zu tragen.

IV.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar gegen Sicherheitsleistung von 10.000,00 Euro.

Tatbestand

Die Klägerin ist ein Verein zum Schutz von Verbrauchern. Im Rahmen der vorliegenden Klage verlangt sie von der Beklagten, es zu unterlassen, bestimmte Klauseln in deren Reiseprospekt betreffend Reiseangeboten zu den Olympischen Sommerspielen in Peking 2008, Zahlungsbedingungen und Stornokosten betreffend, zu verwenden. Hinsichtlich des genauen Wortlauts dieser Entgeltklauseln zu den Zahlungsbedingungen bzw. den Stornokosten für Reiseverträge zu den Olympischen Spielen in Peking wird auf Bl. 2 d. A. sowie den als Anlage K2 zur Klageschrift vorgelegten Katalog der Beklagten – dort S. 29 – verwiesen. In dem Katalog der Beklagten sind darüber hinaus auf S. 51 auszugsweise die allgemeinen Reisebedingungen der Beklagten abgedruckt. Dort heißt es unter anderem „Abweichungen in der jeweiligen Reisebeschreibung und Kataloghinweise haben Vorrang“. Die Klägerin hat die Beklagte mit Anwaltsschreiben vom 06.11.2007 unter Fristsetzung bis zum 20.11.2007 aufgefordert, strafbewehrte Unterlassungserklärungen bezüglich der angegriffenen Klauseln abzugeben. Die Beklagte hat hierauf nicht reagiert.

Die Klägerin hält die beanstandeten Klauseln der Beklagten als allgemeine Geschäftsbedingungen für unwirksam. Sie ist der Auffassung, dass die beanstandeten Klauseln die Kunden der Beklagten in ihrer Verbrauchereigenschaft gegen §§ 307ff. BGB verstoßen.

Die Klägerin beantragt:

I.

Der Beklagten wird untersagt, gegenüber Verbrauchern gemäß § 13 BGB die nachfolgenden oder inhaltgleiche Klauseln in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Zusammenhang mit Pauschalreiseverträgen gemäß § 651 lit. a) ff. BGB zu den Olympischen Spielen in Peking 2008 zu verwenden oder sich auf diese Klauseln zu berufen:

1. Zahlungsbedingungen ... Eintrittskarten müssen nach Bestätigung sofort, spätestens innerhalb von 14 Tagen, voll bezahlt werden.
2. Zahlungsbedingungen ... Bei Bestätigung der Reise ist eine Anzahlung zu leisten: 50 % des Reisepreises.
3. Zahlungsbedingungen ... Restzahlung bis 1. Februar 2008
4. Stornokosten Reisen ... Bis 31.1.2008 60 % des Reisepreises, ab dem 01.02.2008 80 % des Reisepreises.
5. Stornokosten Reisen ... Bei Weiterverkauf der Reise (Eratzteilnehmer) wird nur eine Bearbeitungsgebühr von Euro 500,-- erhoben.
6. Stornokosten ... Eintrittskarten 100 % des Eintrittskartenwertes.
7. Stornokosten ... Eintrittskarten ... Bei Weiterverkauf berechnen wir lediglich eine Bearbeitungsgebühr von 30 %.
8. Stornokosten ... Eintrittskarten ... Eine Abrechnung kann erst nach Beendigung der Spiele vorgenommen werden.

II.

Der Beklagten wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung die Verhängung eines Ordnungsgeld bis zu 250.000,00 Euro, ersatzweise die Verhängung von bis zu 6 Monaten Ordnungshaft, zu vollstrecken an den Vorstandsmitgliedern, angedroht.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte ist der Auffassung, dass die von der Klägerin beanstandeten Klausel nicht rechtswidrig seien, insbesondere sei ein Verstoß gegen §§ 307ff. BGB nicht gegeben.

Die Vertriebspraktiken der Beklagten seien handelsüblich und es habe zudem in der Vergangenheit keinerlei Einwände von Kunden oder sonstige Probleme gegeben.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die von den Parteien bis zur mündlichen Verhandlungen vom 09.04.2008 gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die Klage ist zulässig und begründet.

Bei der Klägerin handelt es sich um eine qualifizierte Einrichtung im Sinne des UKlaG. Die Klagebefugnis der Klägerin aus §§ 3, 4 UKlaG ist daher gegeben.

Die Klägerin kann gemäß § 1 UKlaG verlangen, dass die Beklagte die Verwendung der angegriffenen Klauseln unterlässt. Die von der Klägerin beanstandeten Klauseln sind gemäß § 307 I, II Nr. 1, 308 Nr. 7 a), 7 b) BGB unwirksam.

Bei den vorliegend beanstandeten Klauseln im Reisekatalog der Beklagten handelt es sich um für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Bedingungen und somit um allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB, deren Inhalt anhand der §§ 307 ff. BGB überprüft werden kann.

Die Klauseln, nach denen Eintrittskarten nach Bestätigung sofort, spätestens innerhalb von 14 Tagen voll bezahlt werden müssen, bei der Bestätigung der Reise eine Anzahlung von 50 Prozent des Reisepreises zu leisten ist und die Restzahlung bis 01. Februar 2008 zu erfolgen hat (Klauseln Nr. 1 bis 3 des Klageantrags), verstoßen gegen § 307 II Nr. 1 BGB. Dabei ist als Prüfungsmaßstab im Verbandsverfahren nach §§ 3, 4 UKlaG die jeweils kundenfeindlichste Auslegung heranzuziehen, ob die Handhabung der Klausel im tatsächlichen Einzelfall anders erfolgt, ist insoweit unerheblich. Nach diesem Maßstab verstoßen die Klauseln gegen einen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung. Sie benachteiligen den Kunden der Beklagten unangemessen nach Treu und Glauben. Insbesondere tragen die Klauseln der gesetzlichen Regelung des § 651k BGB

nicht Rechnung. Gemäß § 651k IV BGB darf ein Reiseveranstalter Zahlungen des Reisenden auf den Reisepreis vor Beendigung der Reise nur fordern, wenn zuvor ein Sicherungsschein an den Reisenden übergeben worden ist. Von dieser Regelung darf gemäß § 651m BGB nicht zum Nachteil des Reisenden abgewichen werden. Die mit Nr. 1 bis 3 des Klageantrags von der Klägerin beanstandeten Klauseln sehen ihrem Wortlaut nach jedoch lediglich eine Anzahlung von 50 Prozent des Reisepreises bei Bestätigung sowie die Bezahlung des restlichen Reisepreises bis zum 01. Februar 2008 sowie die vollständige Bezahlung von Preisen für Eintrittskarten sofort bzw. binnen 14 Tagen nach Bestätigung vor. Nach dem Wortlaut der Klauseln kommt es vorher nicht zwangsläufig zur Übersendung eines Sicherungsscheins im Sinne des § 651k IV BGB. Im Sinne der kundenfeindlichsten Auslegung ist davon auszugehen, dass nach dem Wortlaut der Klausel seitens der Beklagten von ihren Kunden Zahlungen auf Reisen ohne vorherige Übergabe eines Sicherungsscheins ermöglicht werden sollen.

An dieser Bewertung ändert auch der Vortrag der Beklagten nichts, dem zufolge es sich beim Erwerb von Eintrittskarten nicht erzwungenermaßen um ein Pauschalreisepaket handeln muss, sondern auch einzelne Karten an Kunden verkauft werden, ohne dass es zu einer Reisebuchung kommen muss. Denn allein die – im Sinne der kundenfeindlichsten Klauselauslegung maßgebliche – Möglichkeit, dass es zu einem kombinierten Erwerb einer Reise inklusive Eintrittskarten kommen kann und wohl auch in aller Regel kommen dürfte, führt zur Annahme der Rechtswidrigkeit der genannten Klauseln. Ob sich die Beklagte, wie von ihr vorgetragen, vertraglich gegenüber dem Organisationskomitee der Olympischen Spiele Peking 2008 dazu verpflichtet hat bzw. sich verpflichten musste, in bestimmten zeitlichen Intervallen vor Beginn der olympischen Spiele anteilig den Verkaufserlös für vertriebene Eintrittskarten auf ein Konto der Bank of China weiterzuleiten, ist insoweit unerheblich, da diese Vereinbarung zum einen nicht unmittelbar zu Lasten der Kunden der Beklagten wirken kann und zum anderen nichts daran ändert, dass für Zahlungen auf einen Reisepreis die Voraussetzung der vorherigen Übergabe eines Sicherungsscheins gemäß § 651k IV BGB erfüllt sein muss. Soweit sich die Beklagte auf die allgemeinen Reisebedingungen, die auszugsweise auf S. 51 des Reisekataloges der Beklagten abgedruckt sind, bezieht, in denen die Übersendung eines Sicherungsscheins geregelt wird, vermag auch dies keine abweichende rechtliche Wertung zu begründen. Denn ausweislich der einleitenden Formulierung, die die Beklagte dem auszugsweisen Abdruck ihrer allgemeinen

Reisebedingungen vorangestellt hat, sollen Kataloghinweise den allgemeinen Reisebedingungen vorgehen. Nach dem Grundsatz der kundenfeindlichsten Auslegung muss daher davon ausgegangen werden, dass die Klauseln, die als Kataloghinweise von der Beklagten in ihr Programm aufgenommen wurden, jeweils eine abschließende Regelung für die entsprechenden Angebote enthalten sollen.

Die von der Klägerin beanstandeten Klauseln, nach denen Stornokosten für Reisen bis zum 31.01.2008 bei 60% des Reisepreises und ab dem 01.02.2008 bei 80% des Reisepreises liegen, bei Weiterverkauf der stornierten Reise eine Bearbeitungsgebühr von 500,00 Euro erhoben wird, dass die Stornokosten für Eintrittskarten 100 % des Preises betragen und bei einem Weiterverkauf von stornierten Eintrittskarten eine Bearbeitungsgebühr von 30% des Preises erhoben wird (Klauseln Nr. 4 bis 7 des Klageantrags), verstoßen gegen § 308 Nr. 7 a), b) BGB. Unabhängig davon, ob nach Maßgabe der kundenfeindlichsten Klauselauslegung die Höhe der pauschalierten Stornokosten angesichts der erheblichen Zeitablaufes, der zwischen Stornierung und ursprünglichem Reiseantrittsdatum liegt, schon für sich allein eine unangemessen hohe Vergütung im Sinne des § 308 Nr. 7 BGB annehmen lassen, liegt ein Verstoß gegen § 308 Nr. 7 a), b) BGB bereits darin, dass den Kunden durch die gewählte Klauselformulierung bei kundenfeindlichster Auslegung nicht ausdrücklich der Nachweis gestattet wird, dass der tatsächlich angemessene Betrag wesentlich niedriger als der pauschaliert von der Beklagten geltend gemachte Betrag an Stornokosten ist. Diese Verpflichtung zur ausdrücklichen Ermöglichung dieses Nachweises ergibt sich aus der analogen Anwendung des § 309 Nr. 5 b) BGB und ist aufgrund ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung anerkannt (vgl. Palandt, BGB, 67. Auflage, § 308, Rdn. 38 mit Rechtsprechungsnachweisen). Gerade diese Möglichkeit der Erbringung des Nachweises, dass die tatsächlichen Stornoaufwendungen wesentlich niedriger ausgefallen sind als die pauschaliert festgesetzten, ermöglicht die Beklagte ihren Kunden aufgrund der Klauseln Nr. 4 bis 7 des Klageantrags nicht. Dass die allgemeinen Reisebedingungen entsprechende Regelungen vorsehen, ändert aus den bereits oben genannten Erwägungen nichts an dieser Beurteilung, da ausdrücklich die Katalogklauseln den allgemeinen Klauseln vorgehen sollen, was unter Berücksichtigung der kundenfeindlichsten Auslegung keine andere Bewertung der Sach- und Rechtslage zulässt. Zudem lässt der Klauselwortlaut hinsichtlich stornierter Eintrittskarten zumindest theoretisch die Möglichkeit zu, dass die Beklagte derartige Eintrittskarten an

das Organisationskomitee zurückgeben könnte, was keinen Weiterverkauf darstellt, so dass in solchen Fällen sowohl vom Kunden als auch vom Organisationskomitee der volle Kartenpreis eingenommen werden könnte, ohne dass der Kunde einen Anspruch auf zumindest teilweise Rückerstattung seines Kaufpreises hätte. Auch dies stellt unter den vorgenannten Aspekten einen Verstoß gegen § 308 Nr. 7 a), b) BGB dar.

Die von der Klägerin schließlich beanstandete Klausel, nach der hinsichtlich der Eintrittskarten bei Stornierung eine Abrechnung erst nach Beendigung der olympischen Spiele vorgenommen werden kann bzw. wird (Klausel Nr. 8 des Klageantrages), verstößt gegen § 307 I, II Nr. 1 BGB, da sie den Kunden der Beklagten unangemessen benachteiligt. Bei der anzunehmenden kundenfeindlichsten Auslegung dieser Klausel besteht die Möglichkeit, dass deutlich vor dem Ende der olympischen Spiele eine aufgrund Stornierung von einem Kunden der Beklagten zurückgegebene Eintrittskarte erneut weiterverkauft wird. In diesem Falle wäre eine unverzügliche Abrechnung dem Kunden gegenüber ohne weiteres möglich. Zudem enthält die Klausel keinerlei Aussage darüber, *wann* nach Beendigung der olympischen Spiele eine Abrechnung dem Kunden gegenüber erfolgen soll. Auch dies stellt eine unangemessene Benachteiligung des Kunden durch die Beklagte und die von ihr verwendete Klausel dar.

Die Androhung der Verhängung eines Ordnungsgeldes sowie dessen Höhe im Einzelfall und die Dauer der angedrohten ersatzweise zu verhängenden Ordnungshaft ergeben sich aus § 890 I, II ZPO.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO. Die Beklagte hat die Kosten zu tragen, da sie vollumfänglich unterlegen ist.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 709 ZPO.

J
Vors. Richter am LG

P
Richter am LG

M
Richterin

3/9 O 98/03

Lt. Protokoll
verkündet am:
21.12.2005

als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



LANDGERICHT FRANKFURT AM MAIN

IM NAMEN DES VOLKES

Zwischen- und Schlussurteil

In dem Rechtsstreit

1) Dr. L K,

Klägers zu 1),

2) Dr. R K,

Klägerin zu 2),

3) Rechtsanwalt Dr. B,

Klägers zu 3),

- Prozessbevollmächtigte zu 1 & 2: -

F S,

Streithelfer der Kläger,

- Prozessbevollmächtigte:

gegen

D B AG, ,

Beklagte,

- Prozessbevollmächtigte:

hat das Landgericht Frankfurt am Main – 9. Kammer für Handelssachen - durch
Vorsitzenden Richter am Landgericht M
und die Handelsrichter H und R
aufgrund der mündlichen Verhandlung
vom 23.11.2005

für R e c h t erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Nebenintervention des Streithelfers wird zurückgewiesen.

Die Kläger haben die Kosten des Rechtsstreits als Gesamtschuldner zu tragen; der Kläger zu 3) jedoch lediglich hinsichtlich 50% der Kosten. Der Kläger zu 3) hat im Übrigen seine eigenen Kosten selbst zu tragen. Die Kosten der Nebenintervention hat der Streithelfer zu tragen.

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe des jeweils zu vollstreckenden Betrages zzgl. 10% vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand:

Die Kläger sind Aktionäre der Beklagten und fechten mit der Klage verschiedene Hauptversammlungsbeschlüsse der Beklagten an.

Der Kläger Dr. B. ist beim Hanseatischen Oberlandesgericht zugelassener und seit 1994 von der Residenzpflicht befreiter Rechtsanwalt.

Der Kläger Dr. K. baute über Jahrzehnte die K.-Gruppe zu einem bedeutendem national und international tätigen Medienunternehmen auf.

Am 10. Juni 2003 fand die ordentliche Jahreshauptversammlung der Beklagten in Frankfurt am Main statt, die von dem Zeugen Dr. v. S. als Notar protokolliert wurde. Hierbei beschloss die Hauptversammlung die Entlastung des Vorstandes und des Aufsichtsrates für das Geschäftsjahr 2002 mit fast 100%iger Mehrheit (99,54% und 99,51%) (151) anwesenden Stimmrechten.

Die Hauptversammlung dauerte von 10.00 Uhr bis 21.21 Uhr, davon nahm die Generaldebatte mit insgesamt 34 Wortbeiträgen, in denen 230 Fragen gestellt wurden, mehr als 8 Stunden ein.

Angesichts der Vielzahl der Fragen und Redebeiträge, bat der Leiter der Hauptversammlung die Aktionäre, schriftliche Wortmeldungen auf dafür vorgesehene Vordrucke an so genannten Wortmeldetischen abzugeben. Nach Vorlage der Meldungen an den Leiter rief dieser die einzelnen Aktionäre und Aktionärsvertreter, zunächst diejenigen für große Aktionärsgruppen, auf. Der Aktionärsvertreter E. wurde als 16. registriert und erhielt als 22. Redner das Wort. Der den Kläger Dr. K. vertretende Prof. Dr. D. verlas einen Redebeitrag und wies darauf hin, dass die Kandidatur des Aufsichtsratsvorsitzenden Dr. B. mit den Grundsätzen des Deutschen Corporate Governance Kodex nicht vereinbar sei.

Die von den Aktionären gestellten, schriftlich fixierten Fragen, wurden, entsprechend allgemeiner Übung, von mehr als 50 Mitarbeitern der Beklagten im

sog. „back office“ erfasst und mit Antwortvorschlägen versehen an den Versammlungsleiter zurückgereicht, und von diesem verlesen.

Nach Abschluss der Aussprache stellte der Vorsitzende ausweislich des Protokolls fest, dass keine weiteren Wortmeldungen vorliegen und stellte die Frage, ob alle Fragen beantwortet seien. Daraufhin erklärten die Aktionärsvertreter G., E. und M. die Nichtbeantwortung von Fragen zu Protokoll.

Abstimmung zu TOP 3 & 4) Entlastung des Vorstandes und des Aufsichtsrates

Unter Hinweis auf Interessenkonflikte, insbesondere in bezug auf einzelne Mitglieder des Aufsichtsrates, beantragte Rechtsanwalt E. für die Klägerin zu 2), Frau Dr. K., und der Kläger Dr. B. die Hauptversammlung darüber abstimmen zu lassen, dass – entgegen der vorgesehenen Listenwahl – über die Entlastung der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder sowie die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder Einzelabstimmungen durchgeführt werden sollten.

Ausweislich des Protokolls der Hauptversammlung erklärten sie auf Nachfrage darüber hinaus, dass sie zu TOP 3 & 4) kein Minderheitsverlangen stellten, sondern eine Abstimmung der Hauptversammlung über die Verfahrensfrage der Einzelentlastung beantragten.

Diese Anträge wurden mit 99,02% und 99,14% der Stimmen abgelehnt.

Abstimmung zu TOP 11) – Wahl der Mitglieder des Aufsichtsrates

Hierzu sieht die Satzung der Beklagten in § 9 Abs. 2 Satz 1 vor, dass der Vorsitzende der Hauptversammlung berechtigt ist, über eine vorgelegte Liste abstimmen zu lassen.

Widerspruch

Ausweislich des Protokolls der Hauptversammlung legte der Aktionärsvertreter E. für sich selbst und Prof. Dr. D., dieser vertrat den Kläger Dr. K., Widerspruch zu allen TOP ein.

Der Kläger Dr. B. legte schriftlich und zu Protokoll Widerspruch gegen die Hauptversammlungsbeschlüsse 2-4 und 6-11 ein.

Die Kläger vertreten die Auffassung, dass die Beschlüsse der Hauptversammlung insgesamt nichtig seien, weil deren Protokollierung durch den beurkundenden Notar fehlerhaft sei.

Der Notar Dr. v. S. habe die von ihm am 10.06.2003 verfasste (teilweise handschriftliche) Niederschrift über das Protokoll der Hauptversammlung der Beklagten unterzeichnet und mit einer UR.-Nr. versehen, in die Urkundenrolle eingetragen und zur Urkundensammlung genommen. Anschließend habe der Notar diesen Urkundstext maschinenschriftlich ausfertigen lassen und diese Reinschrift einer grundlegenden Neubearbeitung mit den Mitarbeitern der Beklagten unterzogen. Danach habe er hiervon eine endgültige Reinschrift gefertigt, diese unterzeichnet und mit derselben UR.-Nr. versehen, wie die handschriftlich verfasste Niederschrift. Diese Reinschrift habe er ebenfalls in die Urkundenrolle eingetragen und zur Urkundensammlung genommen.

Die Kläger Dres. K. vertreten die Auffassung,

1.

Die Beschlüsse zur Entlastung des Vorstandes und des Aufsichtsrates der Beklagten (TOP 3 & 4) verletzen schon deshalb die Rechte der Aktionäre, weil die Anzahl der für den Geschäftsordnungsantrag auf Einzelentlastung abgegebenen Stimmen zusammen weit mehr als € 1 Mio des Grundkapitals der Beklagten repräsentierten und damit ein Minderheitsverlangen nach § 120 Abs. 1

Satz 2 2. Alt. AktG vorgelegen habe, das der Leiter der Hauptversammlung übergangen habe.

2.

Der Vorstand und der Aufsichtsrat hätten die Informationsrechte der Aktionäre verletzt. Die Aktionäre seien im Vorfeld der Hauptversammlung durch den Corporate Governance Bericht 2002 und die Entsprechenserklärung unzureichend informiert worden, weil auf die Interessenkonflikte der Aufsichtsratsmitglieder Dr. B. (Rechtsstreit K.) und K. (Trennung der Beteiligung an G) nicht hingewiesen worden sei. Darüber hinaus seien relevante Fragen im Zusammenhang mit möglichen Ersatzverpflichtungen nicht beantwortet worden.

3.

Eine Verletzung von Auskunftsansprüchen liege auch in der Nichtbeantwortung einer Fülle von Fragen, die entgegen der Protokollierung und dem Vortrag der Beklagten zu folgenden Themenkomplexen gestellt worden seien:

- a.) Listing an ausländischen Börsen
- b.) An- und Teilverkauf der Beteiligung an der A. S. V. AG
- c.) Auseinandersetzung mit dem Kläger Dr. K.
- d.) Fragen der Aktionärsvertreterin N

Abstimmung zu TOP 3 & 4)

Sie behaupten, die notarielle Niederschrift der Hauptversammlung sei falsch. Ihr Aktionärsvertreter E. habe nicht erklärt, dass er kein Minderheitsverlangen stelle, sondern dass er auf die Erklärung des Leiters der Hauptversammlung, das Minderheitsverlangen werde nicht von einer ausreichenden Anzahl von Stimmen getragen, eine Abstimmung über seinen Antrag zur Geschäftsordnung verlangt habe (536).

Abstimmung zu TOP 11)

Der Leiter der Hauptversammlung habe ausweislich des Protokolls wahrheitswidrig erklärt, dass nach der Satzung der Beklagten Listenwahl zum Aufsichtsrat vorgesehen sei (537).

Sie vertreten die Auffassung, der Beschluss zu TOP 11 sei schon deshalb rechtswidrig, weil eine Listenwahl nicht zulässig, jedenfalls im Hinblick auf die bestehenden Interessenkonflikte nicht sachgerecht gewesen sei und der Leiter der Hauptversammlung den Antrag zur Geschäftsordnung übergangen habe.

Widerspruch

Sie behauptet, auch insoweit sei die notarielle Niederschrift der Hauptversammlung falsch. Ihr Aktionärsvertreter E. habe erklärt, er lege Widerspruch für die von ihm vertretenen Aktien (Klägerin Dr. K.) und aufgrund der von Prof. Dr. D. erteilten Untervollmacht auch für den Kläger Dr. K. ein. Er habe die entsprechende Untervollmacht vorgelegt. (538).

Kläger Dr. B.:

1.

Der Kläger Dr. B. stützt seine Nichtigkeits- und Anfechtungsklage auf die Behauptung, dass die Beklagte ihm eine Reihe von Auskünften, die auch Gegenstand des von ihm eingeleiteten Auskunftsverfahrens seien, nicht erteilt habe. Diese Auskünfte seien für die Beurteilung der Beschlussfassung über die Frage der Entlastung des Vorstandes und des Aufsichtsrates erforderlich gewesen. Er habe diese Fragen auch gestellt.

Die Fragen betreffen folgende Komplexe:

- a.) Auseinandersetzung mit dem Kläger Dr. K.
- b.) Verwendung des Bilanzgewinns
- c.) Strafverfahren gegen Dr. A

d.) Pensionsrückstellungen; Welche Forderungen bestehen seitens des Pensionsfonds gegen die D B

2.

Darüber hinaus beanstandet er das Zustandekommen der Beschlussfassungen zu den TOP 3 & 4), weil weder der Leiter der Versammlung Dr. B. noch der amtierende Notar Dr. v. S. die Stimmauszählung, die außerhalb der Hauptversammlungsortlichkeiten stattgefunden habe, beaufsichtigt hätten.

Mit Schriftsatz vom 01.07.2004 trat der Nebenintervenient auf Seiten der Kläger dem Rechtsstreit bei. Er besitzt seit dem 22.06.2004 eine Aktie der Beklagten (812).

Die Kläger beantragen,

die Beschlüsse der Hauptversammlung der Beklagten vom 10.06.2003, durch welche die Entlastung des Vorstands (Punkt 3 der Tagesordnung) und des Aufsichtsrats (Punkt 4 der Tagesordnung) erteilt wurden, für nichtig zu erklären.

Die Kläger Dres. K. beantragen darüber hinaus,

die Beschlüsse der Hauptversammlung der Beklagten vom 10.06.2003, durch welche die Abschlussprüfer bestellt worden sind (TOP 5) und durch welche die Mitglieder des Aufsichtsrates bestellt worden sind (TOP 11), für nichtig zu erklären.

Der Nebenintervenient schließt sich den Klageanträgen an, und beantragt im Übrigen,

der Beklagten die Kosten der Nebenintervention aufzuerlegen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Im Hinblick auf die Nebenintervention vertritt die Beklagte und der Kläger Dr. B. die Ansicht, dass diese im Hinblick darauf, dass der Nebenintervenient erst ein Jahr nach der Hauptversammlung eine Aktie erworben habe, unzulässig sei.

Zu den Klägern Dres. K.:

Die Beklagte bestreitet, dass der Aktionärsvertreter E. bei der Einlegung des Widerspruchs mit Untervollmacht für den Kläger Dr. K. gehandelt habe.

Sie vertritt die Ansicht, dass die Kläger Dres. K. bereits die Klagefrist versäumt hätten, weil die Klage zwar - unstreitig – am 10.07.2003 bei Gericht eingereicht, diese dem Vorstand aber erst am 25.08.2003 zugestellt worden sei. Dies beruhe nicht auf Abläufen des Gerichts, sondern auf der Tatsache, dass die Kläger Dres. K. die falsche Postleitzahl angegeben hätten.

Darüber hinaus fehle beiden Klägern Dres. K. die Anfechtungsbefugnis, weil der Aktionärsvertreter E. nur für sich und Prof. Dr. D. Widerspruch zu Protokoll erklärt habe, hinsichtlich der Klägerin Dr. K. somit ein Widerspruch nicht erhoben sei und für den Kläger Dr. K. mangels Vollmacht ein Widerspruch nicht wirksam sei.

Ferner trügen die Kläger Dres. K. die für eine Anfechtungsklage erforderlichen Tatsachen teilweise nicht innerhalb der zulässigen Frist vor, dies gelte insbesondere hinsichtlich der Beanstandung in Bezug auf die Nichtbeantwortung der Fragen der Aktionäre Dr. B. und N..

Schließlich stelle sich die Anfechtungsklage insgesamt als rechtsmissbräuchlich dar, da die Kläger Dres. K. nur eigennützige Ziele in Bezug auf die Rechtsstreitigkeiten zwischen dem Kläger Dr. K. und der Beklagten verfolge, so dass die klägerische Anfechtungsbefugnis insgesamt entfalle.

Zu dem Kläger Dr. B.:

1.

Sie vertritt die Auffassung, dass der Kläger Dr. B. mit der Klage präkludiert sei, da die erforderliche Zustellung der Nichtigkeits- und Anfechtungsklage an den Aufsichtsrat nicht erfolgt sei. Sie könne nicht durch die Zustellung an die Geschäftsadresse der Beklagten bewirkt werden (152). Eine Ersatzzustellung an Aufsichtsratsmitglieder sei unzulässig. Vielmehr müsse die Nichtigkeitsklage gem. § 178 Abs. 1 Nr. 1 ZPO unter der Privatanschrift der Aufsichtsratsmitglieder bewirkt werden.

2.

Sie behauptet, die von dem Kläger Dr. B. tatsächlich gestellten Fragen seien dem Hauptversammlungsprotokoll beigelegt und beantwortet worden.

3.

Der Notar Dr. v. S. habe sich nicht nur als notarieller Mitarbeiter des Notars Dr. V. in den Jahren zuvor mit Abstimmungsverfahren vertraut gemacht, sondern er habe sich auch im Rahmen dieser Hauptversammlung ein Bild von der Datenverarbeitungsanlage gemacht. Darüber hinaus würden die geschulten Mitarbeiter auch überwacht werden.

Das Gericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen E. und Dr. v. S.. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 20.04.2005 (Bl. 1198ff d.A.) sowie auf die vom Zeugen Dr. v. S. zur Akte gereichten Unterlagen Bezug genommen.

Zur Ergänzung des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die Klage ist zulässig.

Die Nebenintervention des Streithelfers ist allerdings unzulässig, da dem Streithelfer kein rechtliches Interesse an der Unterstützung der Kläger durch einen Streitbeitritt zusteht (§ 66 ZPO).

Das hinsichtlich des Streitbeitritts zu ergehende Zwischenurteil (§ 71 Abs. 2 ZPO) kann mit der Entscheidung über die Hauptsache verbunden werden, da auch die Hauptsache entscheidungsreif ist. Eine Trennung zwischen dem Zwischenurteil und der Entscheidung in der Sache ist nicht erforderlich (vgl. OLG München GRUR-RR 2001, 92; OLG Nürnberg MDR 1994, 834).

Dem Streithelfer steht ein rechtliches Interesse an der Nebenintervention nicht zu. Zwar wird es grundsätzlich für zulässig erachtet, dass sich Aktionäre, die die Anfechtungsfrist versäumt haben, einer Anfechtungsklage eines anderen Aktionärs im Wege der Nebenintervention anschließen dürfen, weil gemäß § 248 Abs. 1 Satz 1 AktG sich die Rechtskraft einer Anfechtungsklage auf alle Aktionäre erstreckt (vgl. Hüffer, AktG., 6. Aufl., § 246, Rz. 6 m.w.N.). Voraussetzung einer solchen Nebenintervention ist aber, dass der beitretende Aktionär selbst anfechtungsberechtigt ist. Wenn ihm infolge der Versäumung der Anfechtungsfrist kein eigenes Klagerecht mehr zusteht, so muss ihm aber jedenfalls eine Anfechtungsberechtigung zustehen, damit ein rechtliches Interesse an der Nebenintervention angenommen werden kann. Dies setzt voraus, dass der Streithelfer gegen die gefassten Beschlüsse selbst Widerspruch eingelegt hat. Denn die Rechte eines beitretenden Aktionärs können nicht weiter gehen als die Rechte eines klagenden Aktionärs, für dessen Anfechtungsklage ein Widerspruch zur Niederschrift erforderlich ist (§ 245 Nr. 1 AktG). Allein die Rechtskrafterstreckung einer Anfechtungsklage (§ 248 Abs. 1 AktG) beinhaltet kein rechtliches Interesse für eine Nebenintervention, wenn nicht der Aktionär zuvor durch seinen Widerspruch zum Ausdruck gebracht hat, dass er gegen die Rechtmäßigkeit des Beschlusses Bedenken habe und deshalb rechtliche Schritte in Erwägung ziehe (vgl. von Falkenhausen/Kocher in ZIP 2004, 1179, 1181).

Nach dem unstreitigen Vortrag der Beklagten hielt der Streithelfer zum Zeitpunkt der Hauptversammlung allerdings nicht nur keine Aktie der Beklagten, sondern konnte demgemäß auch keinen Widerspruch gegen die in der Hauptversammlung gefassten Beschlüsse erklären.

Die Klage ist jedoch weder in der Form der Nichtigkeits- noch der Anfechtungsklage begründet.

Die in der Hauptversammlung der Beklagten gefassten Beschlüsse sind nicht nichtig (§ 241 Nr. 2 AktG).

Die Kläger haben nicht bewiesen, dass der Notar Dr. v. S. ein unwirksames Protokoll der Hauptversammlung der Beklagten am 10.06.2003 erstellt hat und damit die Hauptversammlung nichtig wäre. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht fest, dass die Beurkundung der Hauptversammlung durch den Zeugen Dr. v. S. ordnungsgemäß war. Der Zeuge Dr. v. S. hat glaubhaft und überzeugend den Ablauf der Protokollierung der Hauptversammlung der Beklagten und die dabei auftretenden Schwierigkeiten geschildert. Danach habe er die von ihm am 10.06.2003 verfasste (überwiegend formularmäßig vorbereitete, teilweise handschriftlich ergänzte) Niederschrift über das Protokoll der Hauptversammlung der Beklagten noch am Ende der Hauptversammlung unterzeichnet, damit für den nicht auszuschließenden Fall seiner dauerhaften Handlungsunfähigkeit oder seines Todes ein unterschriebener Protokollentwurf vorliege.

Er hat auch glaubhaft bekundet und durch die von ihm dem Gericht überreichten Unterlagen belegt, dass er diesen teilweise handschriftlichen Entwurf des Protokolls maschinenschriftlich hat ausfertigen lassen.

Demgegenüber hat er die Behauptung der Kläger nicht bestätigt, dass er die von ihm am 10.06.2003 verfasste (teilweise handschriftliche) Niederschrift über das Protokoll der Hauptversammlung der Beklagten mit einer UR.-Nr. versehen, in

die Urkundenrolle eingetragen und zur Urkundensammlung genommen habe. Ebenso wenig hat er deren Behauptung bestätigt, dass er den maschinenschriftlichen Text einer grundlegenden Neubearbeitung mit den Mitarbeitern der Beklagten unterzogen habe. Er hat im Gegenteil glaubhaft und durch die vorgelegten Unterlagen belegt bekundet, dass er den ausgefertigten Entwurf des Protokolls der Beklagten übersandt und mit deren Mitarbeitern lediglich eine Abstimmung von Feinheiten, z.B. die Schreibweise von Namen vorgenommen habe. Dies ist auch durch die von dem Zeugen vorgelegten Unterlagen bestätigt worden. Denn die Anlage 1 enthält zum Beispiel keine Namen von Aktionären und Aktionärvertretern. Darüber hinaus ergibt sich aus der als Anlage 3 zur Zeugenaussage vorgelegten Vergleichsversion, dass der Notar lediglich Feinheiten abgestimmt hat und es keineswegs zu einer grundlegenden Neubearbeitung gekommen ist.

Zweifel an der Glaubwürdigkeit des Zeugen Dr. v. S. bestehen nicht.

Diese Bearbeitung durch den beurkundenden Notar führt weder zur Nichtigkeit der Niederschrift noch zur Anfechtbarkeit der gefassten Beschlüsse.

Eine Nichtigkeit der notariellen Niederschrift (§ 241 Nr. 2 AktG) kommt nur dann in Betracht, wenn die Formvorschriften des § 130 Abs. 1, 2 & 4 AktG nicht beachtet worden sind. Dies ist nach einer Prüfung der aus Anlage 3 zur schriftlichen Aussage des Zeugen Dr. v. S. ersichtlichen Veränderungen nicht der Fall. Jeder Beschluss der Hauptversammlung ist ordnungsgemäß beurkundet worden (§ 130 Abs. 1 Satz 1 AktG). Die Beschlussfassungen enthalten in der Anlage 3 keine Änderungen, allenfalls solche, die der Konkretisierung bzw. Klarstellung dienen.

Minderheitsverlangen nach § 130 Abs. 1 Satz 2 AktG wurden nicht gestellt. Daher dient der Hinweis, dass der Kläger zu 3) und der Aktionärsvertreter E. kein Minderheitsverlangen gestellt haben (Anlage 3, S. 29, 3. Absatz), nur der Klarstellung. Darüber hinaus sind auch die Förmlichkeiten des § 130 Abs. 2 & 4 AktG, Ort und Tag der Verhandlung, der Name des Notars, Art und Ergebnis der

Abstimmung und die Feststellung des Vorsitzenden über die Beschlussfassung sowie die Unterschrift des Notars, gewahrt.

Schließlich hat der Zeuge Dr. v. S. auch die Behauptung der Kläger nicht bestätigt, er habe die endgültige Reinschrift des Hauptversammlungsprotokoll mit derselben UR.-Nr. versehen, wie die handschriftlich verfasste Niederschrift. Dies ergibt sich aus der Tatsache, dass er bekundet hat, die handschriftlich verfasste Niederschrift nicht mit einer UR.-Nr. versehen zu haben. Er hat allerdings glaubhaft bekundet, dass er die endgültige Reinschrift unterzeichnet und mit einer UR.-Nr. versehen habe. Diese Reinschrift habe er ordnungsgemäß in die Urkundenrolle eingetragen und zur Urkundensammlung genommen.

Zweifel an der Glaubwürdigkeit des Zeugen Dr. v. S. bestehen nicht.

Der Notar durfte die bereits am Abend der Hauptversammlung unterzeichnete teilweise handschriftliche Niederschrift auch noch in der beschriebenen Weise korrigieren. Hierzu bedurfte es nicht der Einhaltung der Förmlichkeiten des § 44a BeurkG. Denn anders als bei der Beurkundung von Willenserklärungen (z.B. Kaufvertrag über ein Grundstück), ist mit der Unterschrift bei den im Rahmen einer Hauptversammlung zu beurkundenden Tatsachen die Urkunde nicht abgeschlossen. Bei der Beurkundung von rechtsgeschäftlichen Erklärungen tritt die Abgeschlossenheit der Urkunde ein, wenn das in § 13 BeurkG vorgeschriebene Prozedere – vorlesen, genehmigen und Unterschriftsleistung – vollzogen worden ist. Etwas anderes gilt aber bei einer Niederschrift über eine Hauptversammlung. Hierbei handelt es sich um eine sonstige Beurkundung (§§ 36ff BeurkG). Für die Beurkundung einer Hauptversammlung findet gem. § 59 BeurkG das BeurkG keine Anwendung, soweit bundesrechtliche Sondervorschriften über Beurkundungen bestehen. Eine solche bundesrechtliche Sondervorschriften stellt § 130 AktG dar (Winkler, BeurkG, 15. Aufl., § 37, Rz. 18). Dieser legt im Einzelnen fest, welche Angaben das notarielle Protokoll über eine Hauptversammlung zu enthalten hat. Sie enthält aber keine Regelung, wann ein Hauptversammlungsprotokoll beurkundungsrechtlich abgeschlossen ist (Maaß in ZNotP 2005, 377, 378). Der Gesetzgeber hat zwar nicht ausdrücklich zwischen der Beurkundung von Willenserklärungen und sonstiger

Beurkundungen unterschieden, so dass hieraus der Schluß gezogen werden könnte, dass der Gesetzgeber eine Differenzierung auch nicht gewollt hat (Eylmann in ZNotP 2005, 300, 302). Aus dem vorgenannten Umstand lässt sich aber andererseits auch nicht zwingend schließen, dass eine Differenzierung nicht gewollt ist. Vielmehr ist angesichts der wesentlichen Unterschiede zwischen der Beurkundung von Willenserklärungen und sonstigen Beurkundungen eine gebotene Differenzierung vorzunehmen. Beurkundungsrechtlich ist der Abschluss einer Hauptversammlungs Niederschrift erst dann eingetreten, wenn die Urkunde mit dem Willen des Notars, insbesondere durch Erteilung von Ausfertigungen in den Rechtsverkehr gelangt (Maaß in ZNotP 2005, 377, 379). Daher kann der Notar auch nach Abschluss der Niederschrift ohne weiteres Änderungen vornehmen (Maaß in ZNotP 2005, 377, 378). Da es sich um eine Tatsachenbeurkundung handelt, kann er darüber hinaus am Ort der Hauptversammlung eine Urkunde errichten und später in seiner Geschäftsstelle über den identischen von ihm beobachteten Sachverhalt eine weitere Urkunde, so dass auch diese wirksam ist (Wolfsteiner in ZNotP 2005, 376).

Auch die Beanstandung des Klägers Dr. B., in der Form der Beurkundung der Beschlüsse liege ein Verstoß gem. §§ 241 Nr. 2, 130 AktG. greift nicht durch. Nach § 130 Abs. 2 AktG. sind in der notariellen Niederschrift u. a. die Art und das Ergebnis der Abstimmung und die Feststellung des Vorsitzenden über die Beschlussfassung anzugeben. Das bedeutet schon nach dem Wortlaut, dass die Anzahl der Ja- und Nein-Stimmen anzugeben ist und die Schlussfolgerung des Vorsitzenden, ob der Antrag angenommen oder abgelehnt worden ist. Nicht jedoch, wie der Kläger Dr. B. meint, die Abstimmungs- und Auszählungsvorgänge im sog. „back office“ zu überwachen. Den vorgenannten Anforderungen genügt das Protokoll des Notars. Dem steht auch § 37 Abs. 1 Nr. 2 BeurkG. nicht entgegen, wonach der Notar auch seine eigenen Wahrnehmungen zu protokollieren hat. Zum einen bestehen die Wahrnehmungen in den gem. § 130 AktG protokollierten Tatsachen. Zum anderen ergibt sich daraus nicht, dass der Notar sich von der Richtigkeit der Auszählung zu vergewissern hat. Vielmehr ist der Notar auf die sich aus § 130 Abs. 2 AktG ergebenden Verpflichtungen zur Protokollierung beschränkt (Oberlandesgericht Düsseldorf in ZIP 2003, 1147; Oberlandesgericht Hamburg in NZG 2003, 978). Entgegen der Auffassung des

Klägers Dr. B. muß die notarielle Niederschrift nicht die Stimmabgabe oder deren Auszählung bezeugen, sondern nur die Feststellung des Vorsitzenden über die Beschlussfassung (Winkler, BeurkG., 15. Aufl., § 37, Rz. 24).

Auch die von dem Kläger Dr. B. behaupteten Verletzungen seines Auskunftsrechtes stellen keinen Nichtigkeitsgrund gem. § 241 Nr. 3 & 4 AktG. dar. Diese Vorschriften beziehen sich ausschließlich auf Inhaltsmängel eines Hauptversammlungsbeschlusses. Um die Nichtigkeit auszulösen, muß der Beschluss seinem Inhalt nach sittenwidrig sein oder Vorschriften verletzen, die überwiegend zum Schutz der Gläubiger oder sonst im öffentlichen Interesse gegeben sind, oder mit dem Wesen der Aktiengesellschaft nicht zu vereinbaren sind. Dass diese Voraussetzungen vorliegen, hat der Kläger Dr. B. nicht vorgetragen. Die Verletzung des Auskunftsrechtes ist ein möglicher Verfahrensfehler bei dem Zustandekommen eines Hauptversammlungsbeschlusses.

Die Anfechtungsklage des Klägers Dr. B. ist nicht begründet.

Der Kläger Dr. B. hat die Anfechtungsklage nicht binnen der einmonatigen Frist des § 246 Abs. 1 AktG erhoben. Er hat die Klage zwar fristgerecht am 01.07.2003 eingereicht. Da er aber den Kostenvorschuss erst über einen Monat später eingezahlt hat, konnte die Klage der Gesellschaft erst am 15.09.2003 und damit nicht demnächst (§ 167 ZPO) zugestellt werden. Der Kläger Dr. B. hat erst am 03.08.2003 den Kostenvorschuss auf Grundlage der Bemessung des von ihm selbst angegebenen Streitwertes in Höhe von € 10.000,00 eingezahlt.

Darüber hinaus ist aber auch die erforderliche Zustellung der Anfechtungsklage an ein Mitglied des Aufsichtsrates, hier den Vorsitzenden des Aufsichtsrates, erst fast ein Jahr später, am 12.05.2004 erfolgt (Bl. 406 der ursprünglichen Akte 3-09 O 148/03). Dabei ist die Zustellung an den Aufsichtsrat an dessen Privatanschrift, jedenfalls aber nicht an der Anschrift der Gesellschaft, vorzunehmen. Der Kläger Dr. B. hat in seiner Klageschrift keine Privatanschriften der Aufsichtsratsmitglieder angegeben. Dass er in einem Schriftsatz vom 10.07.2003

(Bl. 104 der ursprünglichen Akte 3-09 O 148/03), offensichtlich in dem Auskunftsverfahren, der einem Schriftsatz vom 07.08.2003 im hiesigen Rechtsstreit (Eingang 14.08.2003) beigelegt war, die Anschriften zweier Aufsichtsratsmitglieder mitgeteilt hat, ist nicht ausreichend. Einem forensisch, insbesondere in aktienrechtlichen Anfechtungsklagen, erfahrenen Rechtsanwalt ist zuzumuten, dass er in seiner Klageschrift alle erforderlichen Angaben macht und eine ausreichende Anzahl von Abschriften einreicht, damit die Klage wirksam zugestellt werden kann. Kommt er diesen Anforderungen nicht nach, muss er sich die Unklarheiten, die er verursacht hat, zurechnen lassen. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass der Kläger Dr. B. erst mit Schriftsatz vom 12.03.2004 (Bl. 388 der ursprünglichen Akte 3-09 O 148/03) erstmals darum bat, eine weitere Klageschrift dem Aufsichtsrat zuzustellen, und erst mit Verfügung vom 15.03.2004 aufgefordert werden musste, eine weitere Abschrift der Klageschrift zur Zustellung einzureichen.

Der Kläger Dr. B. ist darüber hinaus aber auch zur Anfechtung der Beschlüsse der Hauptversammlung nicht befugt (§ 245 Nr. 1 AktG.). Denn er hat bereits vor den Beschlussfassungen Widerspruch gegen eine Vielzahl der Beschlüsse der Hauptversammlung eingelegt. Dies ergibt sich aus dem Protokoll der Hauptversammlung. Der Kläger Dr. B. hat diese Feststellungen des Protokolls nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht widerlegt. Er hat entgegen den Feststellungen in dem Protokoll der Hauptversammlung nicht bewiesen, dass er erst nach Beschlussfassung gegen die streitgegenständlichen Hauptversammlungsbeschlüsse Widerspruch eingelegt hat. Der Zeuge E. hat zwar glaubhaft bestätigt, dass der Kläger Dr. B. ihm mitgeteilt habe, dass der Versammlungsleiter Dr. B. die Hauptversammlung der Beklagten beendet habe, während er – der Kläger zu 3) – Widerspruch eingelegt habe. Unabhängig davon, dass es sich hierbei nicht um eine eigene Wahrnehmung des Zeugen gehandelt hat, sondern um eine Bestätigung einer Angabe des Klägers zu 3) ihm gegenüber, hat der Zeuge Dr. v. S. ebenso glaubhaft diese Behauptung des Klägers Dr. B. nicht nur nicht bestätigt. Im Gegenteil hat er sogar bekundet, dass der Kläger Dr. B., entsprechend der Angaben im Protokoll, bereits vor den Beschlussfassungen gegen eine Vielzahl von Beschlüssen pauschal Widerspruch eingelegt hat.

Dem steht auch nicht entgegen, dass die Kläger zu 1 & 2) darauf verweisen, dass ein Bild auf der Homepage der Beklagten die Erinnerung ihres Prozessbevollmächtigten, des Zeugen E., uneingeschränkt bestätige. Unabhängig davon, dass eine Abbildung eine Erinnerung nur schwer bestätigen kann, ist auf dem zur Akte gereichten Bild des Podiums der Hauptversammlung der Beklagten aus dem Jahre 2003 nicht zu erkennen, dass es sich um bestimmte Personen handelte, geschweige denn um den Kläger Dr. B.. Selbst wenn dieser dort gestanden haben sollte, ergibt sich aus der Abbildung jedoch nicht, dass er mit dem Versammlungsleiter, dem Notar oder wem auch immer und worüber gesprochen hat.

Die Aussagen beider Zeugen sind glaubhaft. Zweifel an der Glaubwürdigkeit der Zeugen bestehen nicht. Dieses non liquet geht zu Lasten des Klägers Dr. B.. Er trägt für seine Behauptung, er habe erst nach den entsprechenden Beschlussfassungen Widerspruch eingelegt, die Beweislast. Er hat damit die aus der Protokollierung bzw. der Urkunde über die Niederschrift der Hauptversammlung rührende Beweiskraft über die gegenteiligen Feststellungen nicht erschüttert, geschweige denn entkräftet.

Ein wirksamer Widerspruch kann jedoch nur nach Verkündung des Beschlussergebnisses und vor dem Ende der betreffenden Hauptversammlung erklärt werden (so auch MünchKomm-Kubis, AktG, 2. Aufl., § 130, Rz. 7; a.A. RGZ 52, 291, 293; 20, 141, LG Ingolstadt in WM 1991, 685; offen Butzke in Obermüller/Werner/Winden, Die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft, 4. Aufl., N Rz. 26). Dem steht auch nicht entgegen, dass die anfechtungswilligen Aktionäre dann auf der Hauptversammlung praktisch bis zu deren Ende anwesend sein müssten und dass das Anfechtungsrecht einschränkende Erfordernis der Widerspruchseinlegung im Interesse der Aktionäre großzügig auszulegen sei (Priester in EWiR 2005, 329, 330). Gegen die Wirksamkeit einer Widerspruchseinlegung schon vor Beschlussfassung spricht aber, dass das Beschlussergebnis zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht feststeht, mithin der Widerspruch ins Leere geht. Insoweit liegt ein ähnlich gelagerter Sachverhalt vor, wie bei Rechtsmitteln gegen gerichtliche Entscheidungen vor deren Erlass. Auch im gerichtlichen Verfahren ist eine Rechtsmitteleinlegung nur statthaft, wenn

überhaupt eine anfechtbare Entscheidung zum Zeitpunkt der Rechtsmitteleinlegung schon vorliegt (Zöller/Gummer/Heßler, ZPO, 25. Aufl., vor § 511, Rz. 6; Baumbach/Albers, ZPO, 62. Aufl., Grundz § 511, Rz. 8). Diese Grundsätze sind auf die Widerspruchseinlegung gegen die Beschlussfassungen auf Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften zu übertragen. Die Protokollierung eines Widerspruchs gegen eine Beschlussfassung der Hauptversammlung ist Voraussetzung sowohl für die Anfechtungsbefugnis nach § 245 Nr. 1 AktG als auch für ein aktienrechtliches Auskunftsverfahren nach § 132 AktG. Zur Klärung der prozessrechtlichen Voraussetzungen muss daher feststehen, dass der Aktionär gegenüber einer konkreten Beschlussfassung der Hauptversammlung Widerspruch einlegen will. Die Zulassung eines Widerspruchs vor der Beschlussfassung läuft dem Regelungszweck der §§ 132, 245 AktG zuwider. Danach ist nämlich der Aktionär für die statthafte Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens verpflichtet, in der Hauptversammlung durch Erhebung eines Widerspruch zu einer bestimmten Beschlussfassung deutlich zu machen, dass er sich persönlich gegen die Gültigkeit des konkreten Beschlusses wendet. Dies ist jedoch erst dann möglich, wenn eine derartige Beschlussfassung überhaupt zu dem Zeitpunkt der Widerspruchseinlegung vorliegt.

Hinzu kommt, dass auch der Wortlaut des § 132 AktG für diese Auslegung spricht. Denn dort ist vom Widerspruch gegen einen gefassten und nicht nur gegen einen beabsichtigten Beschluss die Rede.

Auch die Anfechtungsklage der Kläger Dres. K. ist nicht begründet.

Die Kläger sind mit ihrer Klage auf Anfechtung der streitgegenständlichen Hauptversammlungsbeschlüsse allerdings nicht wegen Versäumung der einmonatigen Klagefrist (§ 246 Abs. 1 AktG) ausgeschlossen. Die Kläger haben ihre Klage fristgerecht am 10.07.2003 beim Landgericht Frankfurt am Main eingereicht. Dabei kann dahinstehen, ob sie tatsächlich eine falsche Postleitzahl in der Klage an das Amtsgericht - Kammer für Handelssachen – angegeben haben. Jedenfalls hat sich dies nicht ausgewirkt. Denn ein an der falschen Adressangabe gescheiterter Zustellungsversuch bei der Beklagten oder ihren Organen lag nicht

vor. Ob durch die Angabe einer falschen Postleitzahl bei der Adresse der Beklagten die Zustellung 1 bis 2 Tage verspätet erfolgte, kann nicht festgestellt werden und ist auch im Hinblick auf die gerichtsbedingte Dauer der Zustellung der Klage nicht relevant.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Tatsache, dass die Kläger die Klage an das Amtsgericht adressiert haben. Denn das fristwahrende Telefax ging auf dem Faxgerät des Landgerichts Frankfurt am Main ein. Im Übrigen ergibt sich auch aus der Akte, dass die bei der gemeinsamen Poststelle eingegangene Klage im Original vom Amtsgericht ohne Verzögerung am gleichen Tag an das Landgericht abgegeben wurde, weil die Adressierung zutreffend dahingehend ausgelegt wurde, dass das Landgericht gemeint war.

Die Zustellung der Klage ist auch demnächst erfolgt (§ 167 ZPO), obgleich sie erst am 25.08.2003 der Beklagten zugestellt worden ist. Da während des Sommers 2003 die Geschäftsstelle der Kammer krankheitsbedingt über Monate hinweg nicht ordnungsgemäß besetzt war, konnten die neu eingegangene Verfahren erst später, dann aber frist- und sachgerecht bearbeitet werden. Dies war der justizinterne Grund für die verspätete Zustellung.

Die Kläger Dres. K. sind aber ebenfalls zur Anfechtung der Beschlüsse der Hauptversammlung der Beklagten nicht befugt (§ 245 Nr. 1 AktG.). Denn auch sie haben bereits vor den Beschlussfassungen Widerspruch gegen alle Beschlüsse der Hauptversammlung eingelegt. Dies ergibt sich aus dem Protokoll der Hauptversammlung. Dass die Kläger zu 1 & 2) vor der Beschlussfassung Widerspruch eingelegt haben, haben sie auf die ausdrückliche Frage der Kammer in dem ersten Termin zur mündlichen Verhandlung vom 16.06.2004 auch eingeräumt. Auf die Nachfrage des Gerichts haben sie nämlich bekundet, dass die notarielle Niederschrift der Hauptversammlung, bis auf die Tatsache, dass Rechtsanwalt E. ausdrücklich für die Klägerin zu 2) Widerspruch eingelegt hat, in dieser Passage zutrifft. Soweit die Kläger zu 1 & 2) nunmehr im Schriftsatz vom 15.11.2005 (1320) behaupten, sie hätten ihren Widerspruch nach den Beschlussfassungen eingelegt, ergibt sich dies gerade aus der Seite 24 des

Protokolls der Hauptversammlung, auf die sie verweisen, nicht. Danach entfällt die Anfechtungsbefugnis der Kläger Dres. K. aus den oben ausgeführten Gründen.

Aus diesem Grund kommt es nicht darauf an, ob die Kläger Dres. K. wirksam bei der Einlegung des Widerspruchs vertreten worden sind, weil ihr Prozessbevollmächtigter Rechtsanwalt E. ausweislich des Protokolls für sich Widerspruch eingelegt hat. Da jedoch allen Beteiligten klar war, dass er die Interessen der Klägerin Dr. K. auf der Hauptversammlung wahrnimmt und nicht seine eigenen, ist seine missverständliche Erklärung dahingehend auszulegen, dass er sie für die Klägerin Dr. K. abgegeben hat.

Dahinstehen kann auch, dass die Kläger Dres. K. dem Wortlaut nach noch nicht einmal Widerspruch gegen die Beschlüsse, sondern nur gegen die Tagesordnungspunkte eingelegt worden haben, so dass noch nicht einmal die Voraussetzungen des § 245 Ziffer 1 AktG dem Wortlaut nach vorliegen.

Schließlich kommt es deshalb auch nicht darauf an, dass den Kläger Dres. K. bereits deshalb die Anfechtungsbefugnis fehlt, weil sie auch Widerspruch gegen sämtliche Tagesordnungspunkte (Beschlüsse?) der Hauptversammlung eingelegt haben. Dieser pauschale Widerspruch war jedenfalls mangels Bestimmtheit nicht wirksam. Ein genereller Widerspruch gegen alle Beschlüsse der Hauptversammlung ist zwar grundsätzlich zulässig. Unabhängig von den Bedenken, die ein solches Verhalten im Hinblick auf das Rechtsschutzbedürfnis der Kläger Dres. K. aufwirft, kommen aber generelle Widersprüche gegen alle Beschlüsse der Hauptversammlung nur dann in Betracht, wenn ein Verfahrensmangel gerügt wird (MünchKomm/Hüffer, AktG, 2. Aufl. § 245, Rz. 34), der sich auf sämtliche Beschlüsse erstrecken kann. Ein solcher Verfahrensmangel wird von den Klägern Dres. K. allerdings nicht geltend gemacht.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91 Abs. 1, 100, 101 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 709 Satz 1 ZPO.

M

H

R

3-5 O 15/08

verkündet lt. Protokoll
am 05.08.2008
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle



LANDGERICHT FRANKFURT AM MAIN

BESCHLUSS

In dem Verfahren nach §§ 39a, 38b WpÜG über den Ausschluss der übrigen Aktionäre
der D
an dem hier beteiligt ist

N

- Antragstellerin -

Prozessbevollmächtigte:

gegen

1)

26)

- Antragsgegner -

Prozessbevollmächtigter:

hat die 5. Kammer des Landgerichts Frankfurt am Main
durch den Vorsitzenden Richter am Landgericht Dr. M. Müller
und die Handelsrichter Arnold und Hassemer

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 17.6.2008 beschlossen:

Der Antrag vom 18.02.2008,
die stimmberechtigten, auf den Inhaber lautenden, nennwertlosen Stückaktien der D die nicht
bereits der N gehören, werden gegen Gewährung einer Abfindung in Höhe von EUR 36,09 je
Stückaktie auf die N übertragen;

auch in der Form des Hilfsantrags vom 2.4.2008
die stimmberechtigten, auf den Inhaber lautenden, nennwertlosen Stückaktien der D, die nicht
bereits der N gehören, werden Zug und Zug gegen Gewährung einer angemessen, von der N
zu zahlenden Abfindung in Höhe je Stückaktie auf die N übertragen;

wird zurückgewiesen.

Die Gerichtskosten des Verfahrens hat die Antragstellerin zu tragen.
Außergerichtliche Kosten der Antragsgegner werden nicht erstattet.

Der Geschäftswert wird auf EUR 7.500.000,-- festgesetzt.

Gründe

Die D ist eine börsennotierte Aktiengesellschaft mit Sitz in Hannover, eingetragen im Handelsregister des Amtsgerichts H r unter der Registernummer und B, eingetragen in das Handelsregister des Amtsgerichts B unter der Registernummer HRB . Das Grundkapital beträgt EUR 80.640.000,00 und ist in 13.440.000 auf den Inhaber lautende Stückaktien mit einem anteiligen Betrag am Grundkapital in Höhe von EUR 6,00 je Aktie eingeteilt.

Die Antragstellerin ist eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts nach deutschem Recht mit Sitz in H , B und M.

Am 11.11.2007 veröffentlichte die Antragstellerin ihre Entscheidung zur Abgabe eines Übernahmeangebotes nach § 10 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 1 WpÜG. Gegenstand dieses Übernahmeangebotes an die Aktionäre der D war der Erwerb sämtlicher auf den Inhaber lautenden und unter ISIN /WKN gehandelten nennwertlosen Stückaktien der D zum Preis von EUR 36,09 je D Aktie. Die mit Datum vom 04.12.2007 durch die BaFin zur Veröffentlichung gestattete Angebotsunterlage veröffentlichte die Antragstellerin nach § 14 Abs. 3 WpÜG am 05.12.2007. Die Frist für die Annahme des Übernahmeangebotes begann am 05.12.2007 und endete am 02.01.2008, 24.00 Uhr MEZ. Wegen der Einzelheiten des Übernahmeangebots wird auf die zu der Akte gereichte Kopie (Bl. 22 ff d. A.) verwiesen. Bis zum 2. Januar 2008, 24:00 Uhr (MEZ) („Stichtag“) wurde das Übernahmeangebot für insgesamt 13.098.931 Deutsche Hypothekbank-Aktien angenommen. Dies entspricht einem Anteil von rund 97,462 % des Grundkapitals und der Stimmrechte an der D.

Weiter erwarb die Antragstellerin in zeitlichem Zusammenhang, aber außerhalb des Angebotsverfahren insgesamt 20.153 Stückaktien der D am 28.12.2007 zu dem mit dem Angebotspreis gemäß Übernahmeangebot übereinstimmenden Preis von EUR 36,09 in bar je D Aktie.

Zwischen der Antragstellerin und vier Aktionären gab es zuvor unter dem Datum vom 11./12.11.2007 Vereinbarungen in denen sich diese Aktionäre z. Teil unwiderruflich verpflichteten, auf ein Übernahmegebot der Antragstellerin ihr die ihnen gehörenden Aktien zu übertragen. Wegen der Einzelheiten dieser Vereinbarung (irrevocables) wird auf die zu der Akte gereichten Kopien (Bl. 87- 103 d. A.) verwiesen. Nach Veröffentlichung des Übernahmeangebots erfolgte die Übertragung dieser Aktien.

Die Antragstellerin gab am 07. Januar 2008 gemäß Ziffer 9.4 der Angebotsunterlage bekannt, dass sämtliche Angebotsbedingungen mit Ablauf der Annahmefrist eingetreten waren, nämlich

- a) die Mindestannahmeschwelle gemäß Ziffer 9.1 a) der Angebotsunterlage erreicht worden war,
- b) das Bundeskartellamt den Erwerb der D Aktien freigegeben hatte,
- c) bis zum Ablauf der Annahmefrist keine Veröffentlichung der D gemäß § 15 WpHG vorgenommen worden war, wonach über das Vermögen der D oder eines Tochterunternehmens der D das Insolvenzverfahren oder ein vergleichbares Verfahren eingeleitet, eröffnet oder beantragt wurde oder eine solche Maßnahme bevorstünde,
- d) bis zum Ablauf der Annahmefrist weder ein Bankenmoratorium noch eine Einstellung des Bank- oder Börsenverkehrs gemäß § 47 KWG betreffend die gewährt und/oder angeordnet worden war.

Die Übertragung der zum Verkauf eingereichten Aktien der D ist gegen Zahlung des Angebotspreises am 08.01.2008 in bar erfolgt, indem die Antragstellerin EUR 472.740.419,79 gegen Umbuchung der zum Verkauf eingereichten Aktien gezahlt hat. Der Antragstellerin gehörten am 14.1.2008 entsprechend einem Anteil von rund 97,612 % des Grundkapitals und der Stimmrechte an der D.

Mit Antragschrift vom 11.1.2008 – eingegangen bei Gericht am 15.1.2008 - hatte die Antragstellerin gem. § 39a WpÜG beantragt,

„Die stimmberechtigten, auf den Inhaber lautenden, nennwertlosen Stückaktien der D), die nicht bereits der N gehören, werden gegen Gewährung einer Abfindung in Höhe von € 36,09 je Stückaktie auf die N übertragen.

Es wird festgestellt, dass sich die Abfindung je nennwertlose Stückaktie der D), die nicht bereits der N gehören, gemäß Satz 1 ermäßigt um den Betrag, der zwischen dem Tag des Eingangs dieses Antrages beim Landgericht Frankfurt und der Rechtskraft der Entscheidung gemäß § 39b, Abs. 5 WpÜG in Abwicklung eines Hauptversammlungsbeschlusses der D über die Verwendung des Bilanzgewinns als Dividende an die Inhaber der nennwertlosen Stückaktien verteilt (gezahlt) wird.“

Das Gericht hat diesen Antrag im elektronischen Bundesanzeiger vom 30.1.2008 – dem satzungsmäßig einzigem Gesellschaftsblatt der D gem. § 39b WpÜG bekannt gemacht. Mit Antragschrift vom 18.2.2008 (Bl. 155 d. A.) nahm die Antragstellerin den ergänzenden Feststellungsantrag zurück und beantragt nunmehr noch,

„Die stimmberechtigten, auf den Inhaber lautenden, nennwertlosen Stückaktien der D, die nicht bereits der N gehören, werden gegen Gewährung einer Abfindung in Höhe von EUR 36,09 je Stückaktie auf die N übertragen.“

Das Gericht hat diesen Antrag im elektronischen Bundesanzeiger vom 22.2.2008 bekannt gemacht.

Mit weiterem Schriftsatz vom 2.4.2008 (Bl. 501 f d. A.) beantragte die Antragstellerin als Hilfsantrag,

„Die stimmberechtigten, auf den Inhaber lautenden, nennwertlosen Stückaktien der D, die nicht bereits der N gehören, werden Zug um Zug gegen Gewährung einer angemessen, von der N zu zahlenden Abfindung je Stückaktie auf die N übertragen.“

Die Antragstellerin ist der Auffassung, dass die Voraussetzungen des § 39a Abs. 1, Abs. 3 WpÜG vorlägen. Sie sei Inhaber von (über) 95 % des stimmberechtigten Grundkapitals der D und sie habe aufgrund des Angebots über 90 % des von Angebot betroffenen Grundkapitals erworben. Bei der Berechnung der 90 % Grenze seien auch die Aktien einzubeziehen, die sie aufgrund der sog. irrevocables erhalten habe. Die Vermutung des § 39a Abs. 3 WpÜG sei daher eingetreten, wonach der Angebotspreis von 36,09 EUR eine angemessene Abfindung sei. Diese Vermutung sei auch unwiderleglich.

Die Antragsgegner haben sich nach Bekanntmachung der Anträge im Bundesanzeiger an Verfahren beteiligt und sind den Anträgen entgegen getreten.

Sie tragen vor, dass die Angebotsunterlage nicht alle vorgeschriebenen Angaben enthalten habe. Das LG Frankfurt am Main sei nicht zur Entscheidung zuständig. Aus dem Antrag ergebe sich weder Rechtsform noch Sitz der Antragstellerin. Als Körperschaft des öffentlichen Rechts könne die Antragstellerin nicht von Enteignungsbestimmung für Private Gebrauch machen. Der Erwerb der Aktien aufgrund des Angebots sei nicht nachgewiesen, ebenso nicht die Eigentümerstellung der Antragstellerin.

Die §§ 39a, 39b WpÜG entsprächen nicht der Übernahmerichtlinie, Diese verlange keine unwiderlegliche Vermutung. Es fehlten Schutzmechanismen zugunsten der Minderheitsaktionäre im Gesetz, u. a. fehle eine Bankgarantie für die Abfindung. Die Vermutung des § 39a Abs. 3 WpÜG könne nicht unwiderleglich sein, da eine unwiderlegliche Vermutung verfassungswidrig wäre, da dann kein voller Wertersatz geleistet werden müsse.

Durch die Regelung des §§ 39a, 39b WpÜG werde die Hauptversammlungskompetenz umgangen. Die Erwerbe aufgrund der Vorabvereinbarungen seien bei der Ermittlung, ob 90 % das Übernahmeangebot angenommen hätten, nicht zu berücksichtigen.

Zumindest sei kein enger zeitlicher Zusammenhang gegeben, da die Vereinbarungen mehr als 3 Wochen vor dem Angebot getroffen worden seien. Jedenfalls aufgrund der großen Pakete und des geringen Streubesitzes von 5,741 % könne die (Kapitalmarkt)Vermutung der Angemessenheit nicht greifen.

Es werde bestritten, dass es zu diesen Vereinbarungen keine Nebenabsprachen gebe.

Zur Angemessenheit sei ein Sachverständigengutachten einzuholen. Es bestehe ein Informationsgefälle zwischen der Antragstellerin, die eine due diligence bei der D durchgeführt habe und den übrigen Aktionären.

Die übrigen Aktionäre hätten keinen aussagekräftigen Informationen über den Wert der Deutschen Hypothekenbank.

Jedenfalls sei eine Abfindung in Höhe von EUR 36,09 nicht angemessen. Dies ergebe sich aus den in 2001, 2002 vorgenommenen Unternehmensbewertungen der D nach dem Ertragswertverfahren, wobei die tatsächlichen Gewinne die dort angesetzten Planzahlen noch überschritten hätten. In diesen Bewertungen seien zudem ein zu hoher Basiszins und zu hohe Thesaurierungen angenommen worden.

Die Ermittlung des Angebotsbetrags beruhe auf dem Buchwert, jedenfalls sei wegen der geringen Überschreitung des Buchwerts die Abfindung nicht mehr angemessen.

Die Abfindung müsse jedenfalls den aktuellen Börsenkurs erreichen.

Die Erfahrungen aus anderen Übernahmen zeigten, dass Preise aufgrund von WpÜG Angeboten unter den tatsächlichen Werten lägen.

Hilfsweise sei ein Spruchverfahren einzuleiten.

II.

Das Landgericht Frankfurt am Main ist zunächst gem. § 39a Abs. 5 WpÜG zur Entscheidung über den Antrag berufen. Soweit sich einzelne Antragsteller darauf beziehen, dass die vom Bundesgesetzgeber hier gewählte bundesweite Zuständigkeitskonzentration gegen die Länderautonomie verstoße und es nur den Ländern möglich sei, mittels Staatsvertrag eine solche länderübergreifende Zuständigkeit zu schaffen, so wird übersehen, dass gem. Artikel 74 Abs. 1 Nr. 1 GG dem Bund u. a. für den Bereich der Gerichtsverfassung und gerichtliches Verfahren die konkurrierende Gesetzgebung zukommt, d. h. er ggf. die Maßstäbe der sachlichen, funktionellen und örtlichen Zuständigkeit definieren kann. Macht er wie vorliegend von diesem Recht durch die Bestimmung eines bundeseinheitlichen Gerichtsstandes für Verfahren nach §§ 39a, 39b WpÜG Gebrauch, so kommt es auf Ländervereinbarungen im Wege eines Staatsvertrages nicht mehr an.

Gegen den Antrag nach §§ 39a WpÜG kann auch nicht eingewendet werden, dass die Angebotsunterlage nicht alle vorgeschriebenen Angaben enthalte. Wie sich aus § 12 Abs. 1 WpÜG ergibt, ist die Übertragung nach § 39a WpÜG davon unabhängig, vielmehr führen unrichtige oder unvollständige Angabe in der Angebotsunterlage nur zu einer Haftung.

Entgegen der Auffassung einiger Antragsgegner hat die Antragstellerin durch ihr Übernahmeangebot vom 5.12.2007 mehr als 90 % des vom Angebot betroffenen Grundkapitals i. S. d. § 39a Abs. 3 WpÜG erworben. Die vorliegend aufgrund der sog. „irrevocable undertakings“ erworbenen Aktien in Höhe von 44,34 % sind in die 90 % Schwelle einzubeziehen. Es kommt hier nicht darauf an, dass die dem Erwerb der Aktien zugrunde liegende Vereinbarung außerhalb des Angebotverfahrens geschlossen wurde, nämlich zeitgleich bzw. ein Tag nach der Veröffentlichung der Entscheidung nach § 10 WpÜG am 11.11.2007 und entsprechende Verhandlungen vor der Veröffentlichung der Entscheidung nach § 10 WpÜG stattgefunden haben dürften. Nach dem Wortlaut des § 39a Abs. 3 Satz 3 WpÜG sind solche Aktien zu berücksichtigen, die der Bieter „aufgrund des Angebots“ erworben hat. Dies ist bei den sog. „irrevocable undertakings“ hier der Fall, weil hier erst die Aktien aufgrund des formellen Angebotverfahrens an die Antragstellerin veräußert und übertragen wurden. Der Kaufpreis richtet sich nach dem Gegenwert, der auch

für die übrigen Aktionäre gilt (vgl. Paefgen WM 2007, 765; Ott WM 2008, 384, 389). Es ist auch nicht ersichtlich und wird von den Antragsgegnern auch nicht substantiiert dargetan, dass weitere Gegenleistungen über Nebenabreden vereinbart und geflossen sind.

Die Antragstellerin kann sich daher zunächst auf die gesetzliche Vermutung berufen, dass der im Preis des Angebots von EUR 36,09 je Stückaktie auch im Rahmen der Aktienübertragung nach § 39a Abs. 1 WpÜG durch Gerichtsbeschluss ein angemessener Preis ist, wobei grundsätzlich die Vermutung einer marktpreisorientierten Angemessenheitsvermutung nicht zu beanstanden ist (vgl. hier im Einzelnen: Stöwe - Der Übernahmerechtliche Squeeze-out -, Europ. Hochschulschriften Bd./Vol. 4628, S. 63 ff, 97 ff m.w.Nachw.).

Der in der Frist des § 39a Abs. 4 WpÜG gestellte Haupt- und Hilfsantrag auf Übertragung der Aktien der D gegen Gewährung einer von der Antragstellerin zu zahlenden Abfindung in Höhe von EUR 36,09 je Stückaktie bzw. hilfsweise einer angemessenen Abfindung ist jedoch letztlich unbegründet.

Entgegen der überwiegenden Auffassung in der Literatur (vgl. Santelmann in Steinmeyer/Häger WpÜG, 2. Aufl., § 39a Rn. 31 f.; Geibel/Süßmann WpÜG § 39a Rn. 15; Holzborn/Müller in: HeidelbKomm AktG. §§ 39a-39c WpÜG / Anh. § 327a AktG Rn. 10, 12; Krause BB 2004, 113, 118; Möller/Pöttsch ZIP 2001, 1256, 1261; Hasselbach ZGR 2005, 387, 405ff.: DAV- Gutachten, S. 13; Hasselbach, ZGR 2005, 387, 405; ders., WuB II A § 327a AktG 2.06; Austmann/Mennicke NZG 2004, 846, 851; van Kann/Just DStR 2006, 328, 331; Krause, Wortprotokoll des Finanzausschusses vom 10.5.2006. Protokollnummer 16/16. S. 5; Seibt/Heiser AG 2006, 301, 319; Meyer WM 2006, 1135, 1142; Arnold AG-R 2006, R224; Diekmann NJW 2007, 17; Wiesner ZIP 2004, 343, 349; Stöwe, a.a.O. S. 103; a.A.: Hopt/Mülbert/Kumpan, AG 2005, 117; Heidel/Lochner in Kapitalmarktrecht, 2. Aufl., § 39a WpÜG Rn. 34 ff; Fraktion Bündnis90/Die Grünen, BT-Drs. 16/1541. S. 17; Neve NZG 2002, 1144, 1145; Maul/Muffat-Jeandet AG 2004, 221, 317; Mülbert NZG 2004, 633, 634; Kießling, Diss. im Erscheinen (Peter Lang Verlag) - Der übernahmerechtliche Squeeze-out gem. §§ 39a, 39b WpÜG – S. 139) handelt es sich bei der Vermutung des § 39a Abs. 3 Satz 3 WpÜG aber nicht um eine unwiderlegliche sondern um eine widerlegliche Vermutung.

Zunächst schließt der Gesetzestext selbst den Gegenbeweis i. S. d. § 292 ZPO nicht aus.

Während bei gesetzlichen unwiderlegbaren Tatsachenvermutungen, z. B. in § 22a AGBG, § 1 AFRG, § 3 AltTZG (in der Fassung v. 19.12.2007), § 1361b Abs. 4 BGB; Art. 233 § 2 Abs. 2

EGBGB, § 14 Abs. 4 LPartG, § 4 Abs. 2 UKlaG; § 15 Abs. 3 ZPOEG, im Gesetzestext ausdrücklich von einer unwiderleglichen Vermutung gesprochen wird, fehlt in § 39a Abs. 3 WpÜG ein derartiger Verweis auf die Unwiderleglichkeit. Zwar ging der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesmaterialien (vgl. BT-Drs. 16/1003, S. 22; BT-Drucks. 16/1342 S. 6) davon aus, dass die Vermutung in § 39 Abs. 3 Satz 3 WpÜG unwiderleglich sein sollte, doch bindet eine Äußerung des Gesetzesgebers die Gerichte letztlich nicht, wenn sie nicht im Gesetzestext ihren Niederschlag gefunden hat (vgl. BGH, Beschl. v. 26.5.2008 – II ZB 23/07 -; BGH AG 2007, 629-631 = NZG 2007, 675 zur Zulässigkeit von Nebeninterventionen bei der aktienrechtlichen Anfechtungsklage; BGH v. 25.6.2008 – II ZB 39/07 – zum Nachweis der Antragsbefugnis im Spruchverfahren).

Eine Auslegung des Gesetzes als unwiderlegliche Vermutung der Angemessenheit würde zudem gegen Art. 14 Abs. 1 GG verstoßen, weshalb sie einschränkend und verfassungskonform als widerlegliche Vermutung zu erfolgen hat. Die Zulässigkeit von unwiderleglichen Vermutungen muss nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerfGE 30, 336, 353; 42, 176; 185; NJW 1981, 108) im Lichte der Bedeutung des geschützten Grundrechts und der Folgen des Ausschlusses von Gegenbeweisen beurteilt werden.

Eine Typisierung, die die Angemessenheit der Abfindung an das Erreichen einer bestimmten Annahmequote knüpft, lässt sich zwar grundsätzlich zutreffend damit begründen, dass der große Umfang der Akzeptanz einer Gegenleistung dafür spricht, dass diese auch angemessen ist (vgl. Austmann/Mennicke NZG 2004, 846; 850; Kammerbeschluss vom 12.6.2007 -3-05 O 12/06 -), doch rechtfertigt dies aber keine Verletzung durch eine nicht angemessene Abfindung im Einzelfall. Verfassungsgemäß ist solch eine typisierende Regelung nur solange, wie ein Verstoß im Einzelfall entweder durch verfassungskonforme Auslegung der Vorschrift oder durch eine Billigkeitsmaßnahme abgewendet werden kann, (so BVerfG zur verfassungskonformen Auslegung v. 6. 12. 1972, 1 BvR 230/70 und 1 BvR 95/71, BVerfGE 34, 165, 200, sowie v. 22. 6. 1977, 1 BvL 23/75, BVerfGE 45, 393, 400, v. 22. 6. 1995, 2 BvR 552/91, BVerfGE 93, 165 = DStR 1995, 1348).

Durch die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG wird auch das Aktieneigentum geschützt. Die Aktie verbrieft dabei nicht nur die vermögensrechtliche Komponente, die durch Privatnützigkeit und Verfügungsbefugnis gekennzeichnet und damit Ausdruck der vermögensmäßigen Persönlichkeitsentfaltung ist (vgl. BVerfGE 24, 367, 389). Sie umfasst auch die mitgliedschaftliche Stellung in einer Aktiengesellschaft. Beim Ausschluss von

Minderheitsaktionären handelt es sich um Inhalts- und Schrankenbestimmungen der Eigentumsgarantie nach Art. 14 Abs. 1 GG. Hier hat der Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum, in dessen Rahmen er das Interesse des einzelnen Aktionärs auf Erhalt seines Aktieneigentums ökonomischen Gründen grundsätzlich unterordnen kann (vgl. BVerfGE 14, 263; BVerfGE 100, 289; BVerfG NZG 2000, 117; zum aktienrechtlichen Squeeze-out insbes. BVerfG Beschl. v. 30.5.2007 – 1 BvR 390/04 – AG 2007, 544 = NZG 2007, 587). Voraussetzung dafür ist jedoch, dass die grundlegende Entscheidung der Verfassung für das Privateigentum nicht über Gebühr verkürzt wird. Um dies zu gewährleisten, hat das Bundesverfassungsgericht Kriterien entwickelt, die beim Zwangsausschluss von Minderheitsaktionären erfüllt sein müssen, um den Anforderungen des Art. 14 GG zu genügen. Bisher sind hierzu im Wesentlichen vier Entscheidungen ergangen. Im Feldmühleurteil (BVerfGE 14, 263) ging es um die Verfassungsgemäßheit des § 15 UmwG a. F.. Im Ergebnis hat das BVerfG dies bejaht und damit begründet, dass der Gesetzgeber aufgrund seiner Einschätzungsprärogative befugt sei, das Eigentum an den Aktien zugunsten gesamtwirtschaftlicher Erwägungen einzuschränken. Der (internationale) Wettbewerb gebiete es, den Gesellschaften große Handlungsspielräume zu gewähren. Die Vorschriften, die dem Schutz von Minderheiten von Aktionären dienen, seien dabei hinderlich. Allerdings sei Voraussetzung für eine Herausdrängung dieser Minderheit, dass ihr wirksame Rechtsbehelfe gegen einen Missbrauch wirtschaftlicher Macht durch den Hauptaktionär zur Verfügung stünden. Außerdem müsse sie für den Verlust ihrer Rechtsposition wirtschaftlich voll entschädigt werden. Dabei genüge eine Entschädigung für den Vermögensverlust, hingegen sei der Verlust der Mitgliedschaft an der Gesellschaft bei einer Minderheit von höchstens 25% als gering zu bewerten, da von dieser keine wesentliche Entscheidungsmacht mehr ausginge.

Die Grundentscheidung aus dem Feldmühleurteil wurde hinsichtlich der Berechnung der Entschädigung der Aktionäre im Urteil DAT/Altana v. 27.4.1994 – 1 BvR 1613/95 - (BVerfGE 100, 289 = AG 1999, 567) vom Bundesverfassungsgericht präzisiert. Es verstoße gegen Art. 14 GG, bei Bemessung der Abfindung der ausscheidenden Aktionäre den Börsenkurs des Unternehmens außer Betracht zu lassen. Grundsätzlich bestünden keine Bedenken, die Ertragswertmethode zur Berechnung der Abfindung zu verwenden. Jedoch garantiere Art. 14 GG, dass der Aktionär die volle Entschädigung, also den wahren inneren Wert des Unternehmens, für den Verlust seines Aktieneigentums erhalte. Dies sei nur dann gewährleistet, wenn der Kurswert, der bei börsennotierten Unternehmen regelmäßig mit dem Verkehrswert übereinstimme, neben dem Ertragswert in die Berechnung mit einfließe. Der

Kurswert müsse immer die untere Grenze der Abfindung bilden. Der Börsenkurs könne nur in Ausnahmen außer Betracht bleiben, beispielsweise wenn längere Zeit kein Handel mit dem betreffenden Papier stattgefunden habe.

In den Moto Meter-Entscheidungen, Beschluß vom 23.08.2000 - 1 BvR 68/95 und 147/97 - (NZG 2000, 1117 = AG 2001, 42) führt das Bundesverfassungsgericht dann aus, es verstoße gegen die Eigentumsgarantie, wenn in fachgerichtlichen Verfahren nicht überprüft würde, ob die Abfindung von ausscheidenden Minderheitsaktionären angemessen sei. Eine solche Prüfungspflicht der Gerichte könne auch nicht durch die Überprüfung durch einen Sachverständigen ersetzt werden.

Mit Beschluss vom 30.5.2007 – 1 BvR 390/04 (NZG 2007, 587= AG2007, 544) hat das BVerfG über die Verfassungsmäßigkeit der §§ 327a ff. AktG entschieden. Hier hat es eine Verfassungswidrigkeit dieser Regelungen verneint, da der Gesetzgeber dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von grundrechtsrelevanten Maßnahmen ausreichend Rechnung getragen habe. Art. 14 GG erfordere aber, dass es sich bei den auszuschließenden Anteilseignern um eine kleine Minderheit ohne relevanten Einfluss auf die Unternehmenspolitik handele, und dass eine volle wirtschaftliche Entschädigung für den Verlust des Aktieneigentums gewährleistet sei. Letzteres sei dadurch hinreichend gesichert, dass ein unabhängiger gerichtlicher Prüfer die Abfindung bestimme und etwaige Fehleinschätzungen des Gutachters jederzeit durch ein einzuleitendes Spruchverfahren überprüft werden könnten.

Aus dieser verfassungsrechtlichen Rechtsprechung ergibt sich, dass ein Ausschluss von Minderheitsaktionären nur unter drei Voraussetzungen verfassungsrechtlich unbedenklich ist. Es müssen die auszuschließenden Aktionäre eine volle wirtschaftliche Entschädigung für den Verlust des Aktieneigentums erhalten, wobei der Börsenkurs des Unternehmens regelmäßig die Untergrenze der zu leistenden Abfindung darstellen soll, weil der Aktionäre mindestens so zu stellen ist, als habe er eine freiwillige Deinvestitionsentscheidung getroffen. Eine volle wirtschaftliche Entschädigung ist nur dann gegeben, wenn der ausgeschlossene Aktionär, den wahren Wert seiner Beteiligung erhält und die Angemessenheit der geleisteten Abfindung muss überprüfbar sein.

Eine Vorlage gem. Art. 100 Abs. 1 GG an das Bundesverfassungsgericht kommt nicht in Betracht. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht besteht die in Art. 100 Abs. 1 GG und § 80 BVerfGG geregelte Vorlagepflicht nur dann, wenn das Gericht

eine entscheidungserhebliche Gesetzesvorschrift für verfassungswidrig erachtet. Wie eine Norm des einfachen Rechts auszulegen ist, ist jedoch zunächst grundsätzlich Sache des dafür allgemein zuständigen Gerichts (vgl. BVerfGE 18, 85 [92f.] = NJW 1964, 1715). Ist es der Auffassung, eine Vorschrift, über deren Auslegung Streit besteht, sei nur bei einer bestimmten Auslegung mit der Verfassung vereinbar, muss es seiner Entscheidung diese Auslegung zu Grunde legen und darf nicht das Bundesverfassungsgericht anrufen (vgl. BVerfG NJW-RR 2000, 1309 m. w. Nachw.)

Die hierdurch gebotene verfassungsgemäße Auslegung als widerlegliche Vermutung steht auch nicht in Widerspruch zu höherrangigem Europarecht, so dass auch eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof nach Art. 234 EGV ausscheidet.

Entgegen der Auffassung der Bundesregierung (vgl. BT-Drucks. 16/1342 S. 6 zu Nr. 9) verlangt Art. 15 der Übernahmerichtlinie (R 04/25), die mit den §§ 39a f WpÜG umgesetzt werden sollte, nicht die Annahme einer unwiderleglichen Vermutung (a. A. auch Santelmann in Steinmeyer/Häger, WpÜG, 2. Aufl. § 39a Rz. 11).

In der deutschen Übersetzung bestimmt Art. 15 Abs. 5 der Richtlinie:

„Bei einem freiwilligen Angebot in den in Absatz 2 Buchstaben a) und b) vorgesehenen Fällen gilt die im Angebot angebotene Abfindung dann als angemessen, wenn der Bieter durch die Annahme des Angebots Wertpapiere erworben hat, die mindestens 90% des vom Angebot betroffenen stimmberechtigten Kapitals entsprechen.“

Aus Art. 15 V Unterabs. 2 der Übernahmerichtlinie ergibt sich zumindest auf den ersten Blick nicht eindeutig, ob die Angemessenheitsvermutung dem Gegenbeweis zugänglich sein soll, so dass auch hier eine Auslegung geboten ist, d. h. dass der Wortlaut zumindest die Annahme einer unwiderleglichen Angemessenheitsvermutung nicht ausschließt.

Die Auslegung sekundären Gemeinschaftsrechts folgt grundsätzlich den allgemeinen Auslegungsregeln, richtet sich also nach Wortlaut, Historie, Systematik und Sinn und Zweck. Dabei muss erste Auslegungsform nach der Rechtsprechung des EuGH (EuGH, C-106/89. Slg. 1990, I-4135 (Marleasing), Rn. 8; EuGH 14/83. Slg. 1984. 1891 (von Colson), Rn. 28; vgl. auch Roth, EWS 2005, 385. 389 immer der Wortlaut der betreffenden Vorschrift sein, weil ein eindeutiger Wortsinn grundsätzlich bindend für die Rechtsanwendung ist (vgl. auch BGHZ 46, 74).

Das Fehlen einer Möglichkeit des Widerlegens der Vermutung belegt aber nicht, dass die Formulierung „gilt als angemessen“ im Umkehrschluss zwingend für die Unwiderleglichkeit der Angemessenheit spricht. In der deutschen Gesetzesterminologie wird bei unwiderleglichen Vermutung (s. o) dies regelmäßig vielmehr im Gesetzestext ausdrücklich festgehalten.

Bei der Auslegung von Gemeinschaftsrecht bietet sich dabei der Vorteil, auch andere europäische Sprachfassungen mit einbeziehen zu können. Dabei ist zu Grunde zu legen, dass sich das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union über den Inhalt der Richtlinie einig waren und im Kern somit auch Einmütigkeit darüber herrschte, ob die fragliche Vermutungsregelung dem Gegenbeweis zugänglich sein sollte oder nicht. Wäre dies nicht so, bedeutete dies, dass die Ausgestaltung der Angemessenheitsregelungen den Mitgliedstaaten frei stünde. Die Folge wären unterschiedliche Regelungen in Europa, was evident dem Ziel der Richtlinie, ein „*level playing field*“ des europäischen Übernahmerechts zu schaffen, zuwiderlaufen würde. Somit sind die Richtlinienfassungen in anderen Sprachen geeignet, einen Rückschluss für die Interpretation der deutschen Fassung zu ermöglichen. Dabei ist abzustellen nicht auf die deutsche Fassung an sich, sondern vielmehr auf den Grundgedanken, den die EU-Kommission mit der Richtlinie verfolgte.

Von erheblicher Bedeutung ist zunächst die englische Fassung der Richtlinie, da der Bericht der Winter-Kommission, der der Richtlinie maßgeblich zugrunde lag, zunächst in englischer Sprache abgefasst war und von einer widerleglichen Angemessenheitsvermutung ausging („...rebuttably presumed to be fair...“). In der Begründung zu den Empfehlungen führt die Expertengruppe weiter aus:

“The presumption of the price of the bid as the fair price should be rebuttable, so that it could be challenged before courts or the authority supervising the takeover bid in particular circumstances.”

Die englische Fassung des Art. 15 V Unterabs. 2 der Richtlinie lautet:

“Following a voluntary bid, in both of the cases referred to in paragraph 2(a) and (b), the consideration offered in the bid shall be presumed to be fair where, through acceptance of the bid, the offeror has acquired securities representing not less than 90 % of the capital carrying voting rights comprised in the bid.”

Ausschlaggebend ist somit die Auslegung der Formulierung "shall be presumed". Das Verb „to presume“ wird im Deutschen allgemein mit „annehmen“, „mutmaßen“ oder „unterstellen“ übersetzt, bezeichnet mithin einen Vorgang, der nicht sicher feststeht, sondern als Tendenz widerlegbar ist. Soweit ersichtlich wird in englischer Gesetzesmethodik das Wort „to presume“ in der Formulierung „shall be presumed“ ausschließlich in einem Rahmen verwendet, in dem der Beweis des Gegenteils möglich ist, z.B. den *Asylum and Immigration Act 2004, Sec. 2 (8)*: *„A person shall be presumed for the purposes of this section not to have a document with him if he fails to produce it to an immigration officer or official of the Secretary of State on request“* und der *Children Act 1995, Sec. 99 (3)*: *„a person twelve years of age or more shall be presumed to be of sufficient age and maturity to have such understanding“*.

Will das englische Gesetz eine unwiderlegliche Vermutung aufstellen, kommt die Formulierung „shall be considered“ zum Tragen, z. B. in Art. 2 (7) des *Fees and Awards Regulations Act 2007*: *„An area shall be considered to have always been part of the European Economic Area.“* oder in Art. 3(1) des *Environmental Protection Act 2006*: *„Items shall be considered to be packaging if they fulfil the above definition without prejudice to other functions“*.

Daraus lässt entnehmen, dass bei Annahme einer unwiderleglichen Vermutung die englische Richtlinienfassung nicht das Wort „presumed“, sondern vielmehr das Wort „considered“ verwendet hätte (vgl. hierzu auch Kießling a.a.O. S. 80 ff m.w.Nachw.).

Die Heranziehung der französischen Fassung kommt zum gleichen Ergebnis, da auch dort „presumeé“ und nicht „consideré“ verwendet wird (vgl. hierzu Kiessling a.a.O., S. 78 ff und zur spanischen Fassung, Stöwe, a.a.O., S. 101; Mülbart NZG 2004, 633, 634).

Auch die historische Auslegung führt nicht zur Unwiderlegbarkeit der Vermutung in der Richtlinie. Zu beachten ist dabei, dass die Richtlinie den Mitgliedstaaten die Wahl lässt, ob sie den Ausschluss der Minderheitsaktionäre an die Voraussetzungen des Art. 15 II a) oder b) der Richtlinie knüpfen wollen. Die Angemessenheitsvermutung des Art. 15 V Unterabs. 2 bezieht sich sowohl auf die Alternative a) als auch b), will demnach also die gleichen Regelungen für beide Alternativen treffen. Grundlage für die Ausgestaltung des Art. 15 II b) der Richtlinie war die englische Regelung der Sec. 428 - 430F des *Companies Act 1985* (vgl. Rühland NZG 2006, 401, 406). Diese sah eine widerlegliche Vermutung hinsichtlich der Angemessenheit der

Gegenleistung vor. Wenn demnach die Angemessenheitsvermutung im Rahmen von Art. 15 II b) ÜbRL widerleglich sein soll, kann für Art. 15 II a) ÜbRL nichts anderes gelten. In beiden Fällen muss also aufgrund des Einflusses des englischen Vorbildes ein Gegenbeweis gegen die Angemessenheit der Gegenleistung zulässig sein. Auch wenn das deutsche Übernahmerichtlinie-Umsetzungsgesetz sich zu Recht Art. 15 II a) ÜbRL bedient, ist wegen der Gleichbehandlung der beiden Alternativen in Art. 15 V Unterabs. 2 ÜbRL von einer widerleglichen Vermutung auszugehen.

Die EU-Kommission stellt in ihrem Richtlinienvorschlag auch ausdrücklich klar, dass man den Empfehlungen der Expertengruppe (Winterkommission) mit der Umsetzung folgen wolle und keine inhaltlichen Änderungen vorgenommen habe:

Im Übrigen wurden im gesamten Verlauf des Gesetzgebungsprozesses keine Änderungsanträge hinsichtlich dieser Regelungen gestellt. Wenn also die Kommission die Widerleglichkeit des Expertenvorschlags übernehmen wollte und diese nach ihrem Willen in die Richtlinie einfließen sollte, bleibt aus Sicht der historischen Auslegung kein Raum für eine unwiderlegliche Vermutung. Dies wird ausdrücklich von Hopt bestätigt (Hopt/Mülbert/Kumpan AG 2005, 109, 117), der Mitglied der siebenköpfigen Winterkommission war, und ebenso betont von Maul (NZG 2005, 151, 157), die als Nationale Expertin bei der EU-Kommission die Entwicklung der Übernahmerichtlinie begleitet hat.

Auch die Systematik der Richtlinie spricht gegen eine unwiderlegliche Vermutung. Es werden nur Minimalstandards hinsichtlich der Angemessenheit der Abfindung aufgestellt (Erwägungsgrund 25 der Richtlinie). Die Mitgliedstaaten können strengere Vorschriften erlassen, wenn sie es bei der Umsetzung ins nationale Recht für geboten erachten. Wenn die Richtlinie aber wie der Gesetzgeber und die herrschende Literaturlauffassung von einer Unwiderleglichkeit der Angemessenheitsvermutung ausginge, würde die Eröffnung eines Umsetzungsspielraumes keinen Sinn machen. In diesem Fall ginge die Vermutung immer zugunsten der Angemessenheit der Abfindung. Damit wäre kein Spielraum mehr gegeben, innerhalb dessen die Mitgliedstaaten nationale Regelungen erlassen könnten. Außerdem wird es im Erwägungsgrund 8 der Richtlinie den Mitgliedstaaten überlassen, „Rechte vorzusehen, die in Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren gegen eine Aufsichtsstelle oder zwischen Parteien des Angebots geltend gemacht werden können.“ Diese Klausel bezieht sich ihrer

systematischen Stellung innerhalb der anderen, teilweise speziellen Erwägungsgründe als „allgemeiner Teil“ auf die gesamte Richtlinie und somit auch auf Art. 15.

Auch Sinn und Zweck der Richtlinie führen nicht zur Annahme der Vorgabe einer unwiderleglichen Vermutung. Soweit Stimmen im Schrifttum die Auffassung vertreten, eine Widerleglichkeit würde den hinter der Richtlinie stehenden Zweck untergraben (Santelmann in Steinmeyer/Häger, WpÜG, 2. Aufl., § 39a Rz. 11; DAV-Gutachten S. 15) nämlich ein zügiges und kostengünstiges Ausschlussverfahren im Anschluss an ein Übernahmeangebot unmöglich machen, ist dem entgegen zu halten, dass sich aus der Richtlinie selbst nicht dieser Zweck, ein schnelles Übernahmeverfahren zu gewährleisten, ergibt. Das Ziel des Art. 15 der Richtlinie besteht darin, dem Hauptaktionär ein Instrument an die Hand zu geben, mit welchem er durch Herausdrängung von Aktionärsminderheiten alle Gesellschaftsanteile auf sich vereinen kann. Dieses Ziel wird von der Frage, ob es sich nun um eine widerlegliche oder eine unwiderlegliche Vermutung handelt, nicht tangiert, sofern im Ergebnis ein angemessener Preis für die Minderheitsanteile bezahlt wird. Erklärtes Ziel der Richtlinie hinsichtlich der Angemessenheit der Abfindung ist es ausweislich Art. 15 V der Richtlinie, dass die Mitgliedstaaten sicherstellen „dass eine angemessene Abfindung garantiert wird“. Die Richtlinie zieht somit die Sicherstellung einer angemessenen Abfindung einem schnellen Verfahren vor. Eine Angemessenheit kann aber durch einen Marktmechanismus nur indiziert werden, eine endgültige Festlegung wird auf diesem Weg nicht erreicht. Somit müssen die Mitgliedstaaten nach dem Willen der Richtlinie Instrumente schaffen, durch die die Abfindung überprüfbar gemacht wird, um bei Bedarf eine Korrektur vornehmen zu können. Dies ist nur durch eine widerlegliche Vermutung gewährleistet.

Die Interpretation, den Ausschluss der Minderheitsaktionäre nach § 39a WpÜG als ein besonders zügiges Verfahren ausgestalten zu müssen, entstammt dem Willen des deutschen Gesetzgebers. Er wollte ein Gegengewicht zu den oft mit Anfechtungsklagen belasteten Verfahren nach den §§ 327a ff AktG schaffen. Dieses Ziel des deutschen Gesetzgebers ist aber für die Auslegung der Richtlinie selbst unbeachtlich.

Die an sich hier gegebene vermutete Angemessenheit der Abfindung wegen Erreichens des Quorums nach § 39a Abs. 3 S. 3 WpÜG ist aber aufgrund des Vorbringens einiger Antragsgegner nicht mehr gegeben, die gesetzliche Vermutung ist vielmehr erschüttert. Es bestehen Anhaltspunkte dafür, dass EUR 36,09 je Stückaktie keine angemessene Abfindung sind. Diese Anhaltspunkte ergeben sich jedoch nicht aus den Überlegungen und Darlegungen einiger Antragsgegner, dass in einer Vielzahl von aktienrechtlichen Ausschlussverfahren, denen ein Übernahmeangebot voraus ging, eine höhere Abfindung festgelegt wurde, als es dem Übernahmeangebot entsprach. Derartige behauptete allgemeine Erfahrungen können eine konkrete Vermutung nicht erschüttern. Vielmehr ist für eine derartige Erschütterung auf konkrete, die Zielgesellschaft betreffende Umstände abzustellen, aus denen sich der die fehlende Angemessenheit der Abfindung aufdrängt.

Dies ist hier durch die Vorlage der Unternehmensbewertungen nach dem Ertragswertverfahren für die Zielgesellschaft in den Jahren 2001 und 2002 sowie den Geschäftsberichten 2004 bis 2006 der Zielgesellschaft (Bl. 325 ff d. A.) gegeben. Selbst wenn man den in diesen Planungsrechnungen der Unternehmensbewertung ab 2007 angesetzten nachhaltig erzielbaren Überschuss von 34,5 Mio. EUR ansetzt und nicht den sich aus dem im Internet veröffentlichten Jahresabschluss 2007 ergebenden höheren Gewinn und jegliches nicht betriebsnotwendige Vermögen außen vor lässt, ergibt sich bei überschlägigen Ertragswertberechnungen unter Annahme dieser konstanten Überschusses ein den Betrag von EUR 36,09 übersteigender Abfindungswert (über EUR 39,40). Bei dieser überschlägigen Berechnungen wurde beim Kapitalisierungszins entsprechend den Empfehlungen des IDW ein Basiszins von 4,5 % - wie er sich aus der Zinsstrukturkurve aus Staatsanleihen (IDW-Fachnachrichten 2005, S. 555) zum Zeitpunkt der Antragstellung am 15.1.2008 (Durchschnitt der letzten 90 Tage) ergibt – einem Risikozuschlag von 3,96 % bzw. 4,95 gem. TAX-CAPM nach dem IDW SE1 (Fassung 2007), dem die Kammer allerdings (zuletzt Beschluss vom 13.11.2007 -3-05 O 174/04 –) und auch die obergerichtliche Rechtsprechung (zuletzt OLG München v. 2.4.2008 – 31 Wx 85/06 –) sehr kritisch gegenüber steht, und einem Wachstumsabschlag von 1,5 % bzw. 1,3 % jährlich gerechnet. Die Höhe des Risikozuschlags und des Wachstumsabschlags wurde dabei der Kammer vorliegenden, im Jahre 2007 erstellen Unternehmensbewertungen im Geschäftsfeld der Zielgesellschaft vergleichbarer Unternehmen (E AG, C AG) entnommen. Selbst die günstigsten Annahmen ergeben ein Abweichen nach oben gegenüber dem Angebotspreis von ca. 10 %, was gegen die Angemessenheit spricht.

Eine Übertragung der Aktien entsprechend dem Hauptantrag, d.h. zu EUR 36,09 konnte daher mangels Feststellbarkeit der Angemessenheit dieses Preises nicht erfolgen.

Eine Beweiserhebung zum Wert der Zielgesellschaft durch Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens kommt im Verfahren nach §§ 39a f WpÜG nicht in Betracht (a. A. Heidel/Lochner, Kapitalmarktrecht, 2. Aufl., § 39a WpÜG Rz. 65; Santelmann in Steinmeyer/Häger, WpÜG 2. Aufl. § 39b Rz. 14; Kießling a.a.O. S. 144 f;), womit auch der Hilfsantrag erfolglos bleiben musste, da das Gericht eine angemessene Abfindung – auch nicht über den hier gegebenen Amtsermittlungsgrundsatz – nicht festlegen kann. Regelungen über eine etwaige Amtsermittlung oder Beweiserhebung zur Feststellung der angemessenen Abfindung durch das Gericht enthalten die §§ 39a, 39b WpÜG nicht, insbesondere fehlt eine Kompetenz des Gerichts, die Angemessenheit eigenständig wie im Spruchverfahren festzusetzen (vgl. Santelmann in Steinmeyer/Häger, WpÜG 2. Aufl. § 39b Rz. 14; Kießling a.a.O. 207).

Einer Beweiserhebung durch Einholung eines Sachverständigengutachtens zum Unternehmenswert der Zielgesellschaft steht entgegen, dass diese nicht Beteiligte des Verfahrens nach §§ 39a, 39b WpÜG ist, mithin eine nicht beteiligte (juristische) Person zum Objekt einer gerichtlichen Beweiserhebung gemacht würde. Abgesehen davon, dass es schon fragwürdig ist, inwieweit man formell am Verfahren unbeteiligte Dritte zum Objekt einer Beweiserhebung machen kann, zumal im Gegensatz zum gesetzlichen Spezialfall des § 372a ZPO eine Mitwirkungspflicht nicht besteht und Zwangsmittel dem Gericht daher zur Durchsetzung der Beweisanordnung nicht zur Verfügung stehen (vgl. Musielak, ZPO, 5. Aufl. § 144 Rz. 10 und § 403 Rz. 3; Leipold in Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. § 144 Rz. 24), steht ein Beweishindernis entgegen. Die amtswegige Anordnung einer Beweisaufnahme durch Einholung eines Sachverständigengutachtens ist unstatthaft, wenn sie nur unter Verstoß gegen eine Verschwiegenheitspflicht durchgeführt werden könnte. Dies ist in den §§ 144 Abs. 2, 142 Abs. 2 ZPO ausdrücklich gesetzlich geregelt und gilt als ein Grundsatz des Prozessrechts auch im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

§ 93 Abs. 1 Satz 3 AktG verpflichtet Vorstandsmitglieder über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der AG Stillschweigen zu bewahren. Unter den Geheimnisbegriff fallen kaufmännische Informationen u. a. Marketingstrategie und Unternehmensplanung (vgl. Krieger/Sailer in Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rz. 19; Fleischer in Spindler/Stilz, AktG § 93

Rz. 152; Hüffer, AktG, 8.Aufl., § 93 Rz. 7), die aber für die Bewertung eines Unternehmens benötigt werden. Diese Pflicht zur Verschwiegenheit gibt dem Vorstand auch ein Recht zur Zeugnisverweigerung nach § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO (vgl. OLG Koblenz NJW-RR 1987, 809; Hüffer, AktG, 8.Aufl. § 93 Rz. 9; Bürgers/Israel in Heidelberg Komm, AktG § 93 Rz. 53).

Eine Durchbrechung dieser Verschwiegenheitspflicht für den Vorstand der Zielgesellschaft ist in §§ 39a, 39b WpÜG nicht gegeben. Im Verfahren nach §§ 39a f WpÜG wird dem Vorstand der Zielgesellschaft nur gem. § 39b Abs. 5 S. 5 WpÜG die Pflicht auferlegt, den rechtskräftigen Übertragungsbeschluss des Gerichts beim Handelsregister anzumelden. Eine Verpflichtung zur Offenlegung von Informationen zu Bestimmung einer angemessenen Abfindung enthält das Gesetz nicht.

Auch die Antragstellerin hat gegenüber dem Vorstand kein besonderes Auskunftsrecht, die als Annex im gerichtlichen Verfahren eine Auskunftsverpflichtung des Vorstandes begründen würde. Ein dem § 327b Abs. 1 Satz 2 AktG entsprechendes Informationsrecht – was man u. U. als Legitimation für die Auskunftserteilung bei der Beweiserhebung im Spruchverfahren in den Fällen des § 1 Nr. 3 SpruchG ansehen könnte, in denen die zu bewertende Gesellschaft ebenfalls nicht am Verfahren beteiligt ist - hat der Gesetzgeber dem Hauptaktionär bei dem Ausschluss der Minderheitsaktionäre nach §§ 39a f WpÜG nicht eingeräumt. Es kann auch dahingestellt bleiben, ob der Antragstellerin als Hauptaktionärin aus dem Gesichtspunkt des faktischen Konzerns ein Auskunftsrecht zusteht. Soweit vertreten wird, dass dem herrschenden Unternehmen Auskunftsrechte wegen seiner Sonderstellung im Rahmen der speziellen Sonderverbindung der §§ 17, 311 ff. AktG zustehen (vgl. Decher in: Großkommentar zum AktG, 4. Aufl., Rdnr. 348 zu § 131 m.w.Nachw.) beruht dies auf der Überlegung, dass Informationen zur Ausübung der Leitungsmacht benötigt werden (zur Fragwürdigkeit dieser Argumentation, vgl. Altmeppen NJW 2008, 1553 unter Hinweis auf § 76 AktG, wonach auch im faktischen Konzern das herrschende Unternehmen nur „unverbindliche“ Ratschläge erteilen kann und BGH Urt. V. 5.5.2008 – II ZR 108/07 - BeckRS 2008, 11159). Vorliegend geht es aber nicht um Information im Rahmen einer Konzernleitung sondern um solche, die der Bewertung dienen sollen, mithin auch von einem derartigen etwaigen Informationsanspruch der Antragstellerin nicht erfasst sind. Eine analoge Anwendung des § 327b Abs. 1 Satz 2 AktG ist nicht möglich. Es handelt sich um eine Ausnahmegesetzvorschrift von Gleichbehandlungsgrundsatz der Aktionäre hinsichtlich ihres Informationsrechts gegenüber der Gesellschaft. Dies zeigt, dass es sich nicht um eine

allgemeine gesellschafts- oder kapitalmarktrechtliche Regel handelt, die generell angewandt werden könnte.

Gegen die Anordnung einer Beweisaufnahme zur Ermittlung der angemessenen Abfindung im Verfahren nach §§ 39a, 39b WpÜG spricht auch, dass nicht sichergestellt ist, wie die Rechte der Minderheitsaktionäre der Zielgesellschaft hierbei gewahrt werden können, die sich nicht am Verfahren beteiligen. Die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters wie in § 6 SpruchG ist nicht vorgesehen, womit auch gütliche Beiliegung des Konflikts durch Einigung der Beteiligten über eine angemessene Abfindung entsprechend § 11 Abs. 2 SpruchG ausscheidet.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 39b Abs. 6 Satz 7 und 8 WpÜG. Danach ist in allen Fällen der Antragsteller Schuldner der Gerichtskosten.

Weiter findet danach eine Kostenerstattung der außergerichtlichen Kosten der Antragsgegner durch den Antragsteller grundsätzlich nicht statt, es sei denn, die Billigkeit gebietet eine andere Entscheidung. Dies ist hier nicht der Fall. Im Hinblick darauf, dass im vorliegenden Verfahren erstmals in einem gerichtlichen Verfahren über die Voraussetzungen der §§ 39a f WpÜG entschieden wurde insbesondere, ob es sich bei der Vermutungsregeln des § 39a Abs. 3 WpÜG um eine unwiderlegliche oder widerlegliche Vermutung handelt und die Kammer trotz des geäußerten entgegenstehenden Willens des Gesetzgebers aus verfassungsrechtlichen Gründen von einer widerleglichen Vermutung ausgeht und nur deswegen der Antrag letztlich erfolglos war, sind Billigkeitserwägungen zu Lasten der Antragstellerin nicht veranlasst. Soweit daher Antragsgegner nicht durch Vorlage entsprechender Unterlagen nachgewiesen haben, dass sie Aktionäre der Deutsche Hypothekenbank sind, mithin die Frage der Berechtigung der Teilnahme am Verfahren insoweit noch offen ist, konnte dies letztlich mangels Anordnung einer Kostenerstattung offen bleiben.

Die Bestimmung des Geschäftswerts für das Gericht ergibt sich aus § 39b Abs. 6 Satz 5 WpÜG SpruchG. Danach richtet sich der Geschäftswert nach dem Betrag, der dem Wert aller Aktien entspricht, auf den sich der Ausschluss beziehen, mindestens jedoch 200.000,-- EUR und höchstens 7,5 Mio. EUR. Nach der Angabe der Antragstellerin waren von dem beantragten Ausschluss der Minderheitsaktionäre 301.069 Stückaktien betroffen, wodurch sich der Höchstgeschäftswert von EUR 7,5 Mio. ergibt Wegen der Erreichens des

Höchstgeschäftswertes durch den Hauptantrags konnte eine Erhöhung durch Entscheidung über den Hilfsantrag nicht mehr stattfinden.

Die Bestimmung des Geschäftswertes für die anwaltlich vertretenen Antragsgegner gem. § 31a RVG konnte mangels Antrags nach § 33 RVG noch nicht erfolgen.

Dr. Müller

Arnold

Hassemer

3-05 O 141/07

Lt. Protokoll
verkündet am 10.12.2007

als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



LANDGERICHT FRANKFURT AM MAIN

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

Im Rechtsstreit

1) P

- Klägerin -

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt

2) Z

- Kläger -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwältin

3.) C,

- Streithelferin der Klägerin -

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt

4) S

- Streithelferin der Kläger -

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt

gegen

5) A

- Beklagte -

Prozeßbevollmächtigte:

6) Sc

- nach der mündlichen Verhandlung beigetretener Streithelfer der Beklagten -
Prozeßbevollmächtigter:

hat die 5. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Frankfurt am Main

durch den Vorsitzenden Richter am Landgericht Dr. M. M.

und die Handelrichter A und H

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 13.11.2007 für Recht erkannt:

Die Klagen werden abgewiesen.

Die Kläger haben jeweils ihre außergerichtlichen Kosten und die gerichtlichen
Kosten ihrer Klagen zu tragen.

Von den außergerichtlichen Kosten der Beklagten haben die Kläger zu 1) und 2)
jeweils 50 % zu tragen.

Die Streithelfer zu 3) und 4) haben ihre außergerichtlichen Kosten selbst zu
tragen.

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des beizutreibenden
Betrages vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

Die Beklagte ist eine börsennotierte Aktiengesellschaft, die über ein Grundkapital von EUR 140.400.000 verfügt, das in 140.400.000 Stückaktien eingeteilt ist. Langjährige Mehrheitsaktionärin der Gesellschaft war Frau K, die rund 50,1% der Aktien hielt. In einer außerordentlichen Hauptversammlung der Beklagten vom 19.12.2006 stimmte die Hauptversammlung der Veräußerung der Pharmasparte der Beklagten zu. Gegen diesen Zustimmungsbeschluss ist Anfechtungsklage zum Az. des Landgerichts Frankfurt am Main 3-05 O 8/07 erhoben worden. Nach Klagerücknahme anderer Kläger sind nur noch die hiesigen Klägern zu 1) und 2) und die hiesige Streithelferin zu 3) Kläger diesen Rechtsstreits, denen der hiesige Streithelfer zu 4) ebenfalls als Streithelfer beigetreten ist. Nach mündlicher Verhandlung am 13.11.2007 in dem Verfahren 3-05 O 8/07 ist dort Termin zur Verkündung einer Entscheidung auf den 21.12.2007 bestimmt worden.

Nach der außerordentlichen Hauptversammlung der Beklagten vom 19.12.2006 übertrug Frau K ihre Aktien an der Beklagten auf einer SK GmbH, an der sie sämtliche Beteiligungen hält, so dass sie noch mittelbar Hauptaktionärin der Beklagten ist.

Der Verkauf der Pharmasparte wurde am 29.12.2006 vollzogen. Der Kaufpreis (ca. EUR 4,5 Mrd.) wurde bar bezahlt.

Die ordentliche Hauptversammlung der Beklagten fand am 3. Mai 2007 statt. Zu dieser war im elektronischen Bundesanzeiger vom 23.3.2007 geladen worden. Wegen der Einzelheiten dieser Ladung wird auf die zu der Akte gereichte Kopie (Anlage B1, Sonderband Anlagen) verwiesen.

Entsprechend dem Vorschlag der Verwaltung wurde zu Tagesordnungspunkt 2 ein Beschluss über die Verwendung des Bilanzgewinns von insgesamt EUR 4.732.340.361,60 dahingehend getroffen, dass insgesamt EUR 34,80 Dividende je dividendenberechtigte Stückaktie ausgeschüttet werden soll. Diese Dividende setzt sich zusammen aus einer Sonderdividende von EUR 33,00 als Ausschüttung des Gewinn aus der Veräußerung der Pharmasparte, einer Dividende von EUR 1,30 für das Geschäftsjahr 2006 und einer Bonusdividende von EUR 0,50.

Wegen der Einzelheiten dieser Hauptversammlung wird auf das in Ablichtung zu der Akte gereichte notarielle Protokoll des Notars v. Schenck UR.NR. 94/07 (Anlage B3 Sonderband Anlagen) verwiesen.

Die Beteiligten zu 3) – 4) sind den Klägern vor der mündlichen Verhandlung im vorliegenden Verfahren als Streithelfer beigetreten, der Beteiligte zu 6) ist der Beklagten erst nach der mündlichen Verhandlung als Streithelfer beigetreten.

Die Kläger sind der Auffassung, dass es sich bei dieser Beschlussfassung wegen der dort beinhalteten Sonderausschüttung infolge der Veräußerung der Pharmasparte um ein Sondervorteil für die ehemalige Hauptaktionärin handle, da diese anders als Minderheitsaktionäre durch die Einbringung ihrer Aktien eine GmbH nur geringfügig Steuern auf diese Dividende zahlen müsse. Für die Minderheitsaktionäre wäre es steuerlich günstiger gewesen, den Erlös für ein Aktienrückkaufprogramm und einer Kapitalherabsetzung zu verwenden. Zudem habe die Veräußerung der Pharmasparte nicht im Interesse der Beklagten sondern nur im Interesse der Hauptaktionärin gelegen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die jeweiligen Klagebegründungen (Bl. 10- 12, 25, 26 d. A.) und den Schriftsatz des Klägers zu 2) vom 11.9.2007 (Bl. 119- 122 d. A.) Bezug genommen.

Die Kläger und ihre Streithelfer beantragen,

den in der ordentlichen Hauptversammlung der Beklagten vom 3.5.2007 zum Tagesordnungspunkt 2 gefassten Beschluss zur Verwendung des Bilanzgewinns für das Geschäftsjahr 2006 für nichtig zu erklären,

hilfsweise der Kläger zu 2) und die Streithelfer der Kläger,

festzustellen, dass der in der ordentlichen Hauptversammlung der Beklagten vom 3.5.2007 unter Tagesordnungspunkt 2 gefasste Beschluss zur Verwendung des Bilanzgewinns nichtig ist.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte ist zunächst der Auffassung, dass die Anfechtungsklagen nicht innerhalb der Monatsfrist des § 246 Abs. 1 AktG erhoben worden seien. Weiterhin sei der Beschluss zu Tagesordnungspunkt 2 nicht zu beanstanden, da er nicht zu einem Sondervorteil für die

Mehrheitsaktionärin geführt habe. Durch die Beklagte seien alle Aktionäre bei der Ausschüttung gleich behandelt worden. Der Verkauf der Pharmasparte habe im Interesse der Beklagten gelegen. Die Verwaltung haben auch überprüft, ob es Alternativen zur Ausschüttung der Sonderdividende gegeben habe.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Klageerwiderung der Beklagten vom 8.8. 2007 (Bl. 91 – 104 d. A.) Bezug genommen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Die Klagen sind unbegründet.

Zwar sind die Klagen rechtzeitig in der Anfechtungsfrist erhoben, da nach ständiger Rechtsprechung der Kammer die Klageeinreichung innerhalb der Frist genügt und der Kläger erst auch nach Aufforderung des Gerichts den Gerichtskostenvorschuss (binnen 2 Wochen) einzuzahlen hat, was Voraussetzung für eine Zustellung an die Beklagte ist. Die Zustellung wirkt dann gem. § 167 ZPO auf den Tag der Einreichung der Klage fristwährend zurück. Dass die Fristwahrungsfiktion des § 167 ZPO nicht bei der aktienrechtlichen Anfechtungsklage gelten soll, ergibt sich aus dem Gesetz nicht und wird auch soweit ersichtlich in der Rechtsprechung und Literatur (vgl. hierzu Hüffer, AktG, 7. Aufl. § 246 Rz. 23 m. w. Nachw.) nicht vertreten.

Die Beschlussfassung zu TOP 2, Verwendung des Bilanzgewinns, verletzt jedoch weder Gesetz noch Satzung.

Die Kläger und ihre Streithelfer machen zu Unrecht geltend, dass durch diesen Beschluss es zu einer Ungleichbehandlung der Aktionäre komme, da die Kleinaktionäre die ausgeschüttete Dividende – soweit der steuerliche Freibetrag überschritten werde – nach dem Halbeinkünfteverfahren zu versteuern hätten, während die Hauptaktionärin durch das Einbringen ihrer Aktien vor Beschlussfassung und Ausschüttung in eine GmbH diese Ausschüttung nahezu steuerfrei habe vereinnahmen können.

Zunächst liegt eine steuerfreie Vereinnahmung durch Frau K persönlich nicht vor. Dass die SK GmbH, in die Frau Klatten ihren Aktienbesitz an der Beklagten eingebracht hat, die Dividendenzahlung nur gering versteuern muss, liegt darin begründet, dass der Steuergesetzgeber, Dividendenzahlungen an Aktionäre die als Kapitalgesellschaft Aktien im

Betriebsvermögen halten, steuerlich gegenüber Aktionären die als natürliche Personen Aktien im Privatvermögen halten, in gewissem Sinne steuerlich privilegiert, § 8b KStG. Diese Privilegierung ist, soweit man überhaupt eine Besteuerung von Dividenden für sachgerecht hält, da die Dividende sich erst aus dem bereits versteuerten Gewinn der Gesellschaft ergibt, mithin schon eine Doppelversteuerung vorliegt, dem der Gesetzgeber für den hier maßgeblichen Zeitraum mit dem sog. Halbeinkünfteverfahren für natürliche Personen in gewisser Weise begegnen wollte, auch geboten, da die nicht privilegierte Besteuerung zwischengesellschaftlicher Ausschüttungen letztlich zu einer Verstärkung der Doppelbesteuerung geführt hätte. Zwischengesellschaftliche Dividenden sollen - wie schon im früheren Vollarrechnungssystem - nur einmal mit Körperschaftsteuer belastet werden. Damit tritt der an Einkommensteuerpflichtige letztlich ausgeschüttete Gewinn einmal, aber auch nur einmal mit Körperschaftsteuer belastet in das Halbeinkünfteverfahren ein (Grundsatz der Einmal-Belastung). Nimmt daher die SK GmbH aufgrund der Einnahmen durch die Zahlung der Dividende Gewinnausschüttungen an ihre Gesellschafterin vor, muss die Gesellschafterin diese Einnahme im Rahmen des Halbeinkünfteverfahrens nach ihrem persönlichen Steuersatz letztlich ebenfalls versteuern.

Dies gilt aber nicht nur für die Gesellschaft der früheren Hauptaktionärin sondern für alle körperschaftsteuerpflichtigen Aktionäre der Beklagten, mithin auch für die Klägerin zu 1), die Streithelferin zu 3) und in gewissem Umfang auch für die Streithelferin zu 4), die ebenfalls von der Privilegierung in der Weise profitieren können, dass ihnen gewisse steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten bei der Ausschüttung an ihre Gesellschaft gegeben sind, die letztlich zu einer steuerlichen Entlastung der dahinter stehenden natürlichen Personen führen können.

Selbst wenn es hierdurch zu einem tatsächlichen Steuervorteil der (früheren) Hauptaktionärin und ggf. anderer Aktionäre kommen sollte, kann hierin kein rechtswidriger Sondervorteil i.S.d. § 243 Abs. 2 AktG und auch keine Ungleichbehandlung i.S.d. § 53a AktG erblickt werden. Die steuerlich notwendigen Konsequenzen, die sich aus der Rechtsform des Aktionärs und der hierfür geltenden Steuergesetzgebung ergeben, liegen nicht in dem Verhältnis des einzelnen Gesellschafters zur Gesellschaft sondern in der individuellen Person begründet, und sind allenfalls ein Reflex aus der unterschiedlichen steuerrechtlichen Behandlung von Kapitalgesellschaften und natürlichen Personen; insoweit handelt es sich um eine vom Gesetz tolerierte und deshalb von der Minderheit hinzunehmende Rechtsfolge (vgl. BGH AG 2005, 313m.w.N.). Aus dem Rücksichtnahmegebot des Mehrheitsgesellschafters

lässt sich nichts anderes ableiten. Dieser ist in der Disposition über seine Beteiligung grundsätzlich frei und muss nicht aus Rücksicht auf die Vermögensinteressen anderer Mitgesellschafter seinerseits erhebliche Vermögensnachteile in Kauf nehmen.

Die Kläger können sich auch nicht darauf berufen, dass die Beklagte die Möglichkeit gehabt hätte, durch Verwendung des Erlöses des Verkaufs der Pharmasparte für eine Kapitalherabsetzung bzw. einen Aktienrückkauf und dem damit verbundenen Kursanstieg den Kleinaktionären die Möglichkeit zu geben, den Kaufpreiszufuss aus dem Verkauf der Pharmasparte steuerfrei zu vereinnahmen.

Zunächst handelt es sich bei der Entscheidung, ob vorhandene Barmittel als Dividende auszuschütten sind, oder diese Mittel im Wege einer Kapitalherabsetzung und/oder Aktienrückkauf verwendet werden sollten, um eine unternehmerische Entscheidung, die an sich nicht der gerichtlichen Kontrolle unterliegt.

Wie sich zudem aus der Rechtssystematik der §§ 58, 254 AktG ergibt, geht das Gesetz davon aus, dass Aktionäre grundsätzlich einen Anspruch auf die höchst mögliche Gewinnausschüttung haben (vgl. Cahn/Senger in Spindler/Stilz AktG § 58 Rz. 2 m.w.Nachw.). Weiterhin könnte es vorliegend zwar für einzelne Aktionäre wirtschaftlich zweckmäßig gewesen sein, wenn durch einen Aktienrückkauf der Börsenkurs gestiegen wäre und sie dann durch Verkauf ihre Aktien das der Beklagten durch den Verkauf der Pharmasparte zugeflossene Kapital für sich hätten steuerfrei realisieren können, doch bedeutet dies, dass nur Aktionäre von dem Verkauf der Pharmasparte hätten wirtschaftlich profitieren können, die sich von ihrer Beteiligung an der Beklagten getrennt hätten. Aktionäre die an ihrer Beteiligung an der Beklagten hätten festhalten wollen, hätten wirtschaftlich unmittelbar nicht am Verkauf der Pharmasparte profitieren können im Gegensatz zur beschlossenen Sonderausschüttung. Zudem erscheint es fraglich, ob bei einem massenhaften Verkauf es tatsächlich zu Kurssteigerungen in dem Umfang gekommen wäre, der die (verkaufenden) Aktionäre in dem Umfang an dem Erlös des Verkaufs der Pharmasparte beteiligt hätte, wie die beschlossene Sonderausschüttung abzüglich ggf. zu zahlender privater Ertragsteuern. Soweit die Kläger vorbringen, dass bei einer Kapitalherabsetzung und Rückzahlung, hier ist wohl die nach § 222 Abs. 3 AktG gemeint, bei der ein Teil des Grundkapitals zurückgezahlt wird, von der Aktionären steuerfrei hätte vereinnahmt werden können, so ist dies angesichts der gesetzlichen Regelung in § 20 Abs. 1 Nr. 2 EStG nicht zutreffend. Zahlungen auf Grund einer der handelsrechtlichen Vorschriften entspr. Herabsetzung des Grund- oder Stammkapitals einer unbeschränkt steuerpflichtigen Körperschaft sind handelsrechtlich zwar

kein Ertrag des Kapitals, sondern Kapitalrückzahlung. Diese Zahlungen gehören steuerrechtlich jedoch kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung in § 20 Abs. 1 Nr. 2 EStG zu den Einnahmen der Anteilseigner aus Kapitalvermögen, soweit die Bezüge als Gewinnausschüttung i. S. d. § 28 Abs. 2 Satz 2 KStG gelten. Für die Aktionäre hätte sich daher im Ergebnis steuerlich zu der Sonderausschüttung keine Änderung ergeben.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 91 ZPO i.V.m. § 101 ZPO. Für den erst nach der mündlichen Verhandlung beigetretenen Streithelfer der Beklagten war eine Kostenentscheidung nicht veranlasst, da die mündliche Verhandlung nicht wiedereröffnet wurde. Unterbleibt eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung, entfällt gemäß §§ 67, 68 2. Halbsatz 1. Alternative ZPO auch die Interventionswirkung mit der Folge, dass über die Kosten dieses Beitretenden nicht zu entscheiden ist (vgl. Schleswig-Holsteinisches OLG, Schleswig-Holsteinische Anzeigen 1999, 102; Kammerurteil v. 9.3.2004 - 3-05 O 107/03 – insoweit in NZG 2004, 672 nicht abgedruckt).

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 709 ZPO.

Dr. M

Handelrichter

A

H

ist nach Beratung wegen
wegen Auslandsaufenthalt
an der Unterschriftsleitung
verhindert

Dr. M

Landgericht Frankfurt am Main
Geschäftsnummer
3-05 O 106/04



LANDGERICHT FRANKFURT AM MAIN

Im Namen des Volkes.

Urteil

In dem Rechtsstreit

hat die 5. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Frankfurt am Main

aufgrund der mündlichen Verhandlung 14.12.2004 für Recht erkannt:

Der in der ordentlichen Hauptversammlung der Beklagten am 21.06.2004 gefasste Beschluss zu Tagesordnungspunkt 6. über die Zustimmung zur Veräußerung der D.-N.-Gruppe, wobei der Beschluss wie folgt zur Beschlussfassung angekündigt war:

„Vorstand und Aufsichtsrat schlagen vor, der Veräußerung der D.-N.-Gruppe und in diesem Zusammenhang dem Kaufvertrag vom 19. April 2004 (UR-Nr. 17/2004 des Notars P. B. A. in Z./Schweiz) zuzustimmen.“

und gleichlautend so beschlossen wurde, wird für nichtig erklärt.

Der in der ordentlichen Hauptversammlung der Beklagten am 21.06.2004 gefasste Beschluss zu Tagesordnungspunkt 11. über weitere Satzungsänderungen, jedoch ausdrücklich beschränkt auf die Beschlussfassung zur Änderung und Neufassung von § 2 Abs. 1 S. 1 der Satzung, wobei dieser Beschlussteil wie folgt zur Beschlussfassung angekündigt war:

„a) § 2 Absatz (1) Satz 1 der Satzung wird geändert und wie folgt neu gefasst:

„Gegenstand des Unternehmens ist die Leitung einer Gruppe von Unternehmen, die insbesondere in

- Entwicklung, Herstellung und Vertrieb von Apparaten, Maschinen, Systemen, Komponenten, Prozesslinien, Anlagen sowie Stell- und Regelementen,

- Erbringung von Dienstleistungen, insbesondere im Umweltschutzbereich,

- Entwicklung und Verwertung technischer Verfahren,

- Planung und Bau industrieller Anlagen,

- Durchführung von Finanz-, Versicherungsvermittlungs- und Speditionsgeschäften,

- Durchführung von Kompensations- und Gegengeschäften mit Produkten und Dienstleistungen aller Art,

- sowie in der Durchführung aller Geschäfte, die mit der Betätigung auf den vorgenannten Geschäftsfeldern zusammenhängen, tätig sind.“

und gleichlautend so beschlossen wurde, wird für nichtig erklärt.

Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung i.H.v. 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

Die Klägerin wendet sich gegen zwei Beschlüsse der Hauptversammlung der Beklagten vom 21.06.2004 an.

Die Beklagte ist eine große börsennotierte Aktiengesellschaft mit Sitz in Frankfurt am Main und war bis Ende Juli 2004 als Holdinggesellschaft in den Bereichen Engineering (Spezial- und Großanlagenbau) sowie Chemie tätig. Für die Einzelheiten des vormaligen Unternehmensgegenstandes wird auf die zu den Akten gereichte Ablichtung der Satzung der Beklagten, Stand November 2003 (Anlage K3) verwiesen.

Zum wesentlichen Vermögen und Erwerbsgeschäft der Beklagten gehörte im Chemiebereich insbesondere die D.-N.-Gruppe. Im Oktober 2003 beschloss der Vorstand der Beklagten im Einvernehmen mit dem Aufsichtsrat die Veräußerung der D.-N.-Gruppe im Wege eines weltweiten Auktionsverfahrens.

Mit Vertrag vom 19.04.2004 verkaufte die Beklagte die D.-N.-Gruppe (ohne das Geschäftsfeld Kunststoffe) an mehrere Akquisitionsgesellschaften der R.-Gruppe, ein US-amerikanisches Chemieunternehmen. In Section 15 para 2 lit. (c) des Kaufvertrages ist als Vollzugsbedingung eine Zustimmung der Hauptversammlung zu dem Vertrag festgelegt.

Mit Vertrag vom 02./03.05.2004 veräußerte die Beklagte das Geschäftsfeld Kunststoffe an die F.-T-G. Corp., einen US-amerikanischen Automobilzulieferer. Auch dieser Vertrag enthält in Section 8 para 2 lit. (b) eine Vollzugsbedingung, wonach die Hauptversammlung der Beklagten dem Verkauf des Chemiegeschäfts einschließlich des Geschäftsfeldes Kunststoff zustimmen muss. Für die Einzelheiten der Verträge wird auf die zu den Akten gereichten Ablichtungen (Anlagen K5 und K6) verwiesen.

Der Vorstand der Beklagten legte der Hauptversammlung die Veräußerung der D.-N.-Gruppe gem. § 119 Abs. 2 AktG zur Zustimmung vor. Eine

entsprechende Beschlussfassung schlug er in der Einladung zur Hauptversammlung am 21.06.2004 vor.

Dabei gab er an, dass Käufer der D.-N.-Gruppe (ohne das Geschäftsfeld Kunststoffe) die R.-Gruppe sei und dass der Kaufpreis auf Grundlage eines Unternehmenswertes von 2.250 Millionen € ermittelt werde, von dem diverse Positionen in Abzug zu bringen und andere hinzuzurechnen seien und der so errechnete Betrag sich schließlich um den Betrag erhöhe oder verringere, „um den das im Kaufvertrag definierte Working Capital zum Vollzugsstichtag den Betrag von EUR 390 Millionen übersteigt oder unterschreitet“. Für die Einzelheiten der Ankündigung und den Wortlaut des Beschlussvorschlags wird auf die zu den Akten gereichte Ablichtung der Einladung (Anlage K1) verwiesen.

Die Beklagte legte die englischen Kaufverträge, inkl. einer deutschen „Übersetzung zu Informationszwecken“, nebst umfangreichen weiteren Unterlagen und einen Vorstandsbericht zu der geplanten Veräußerung in ihren Geschäftsräumen zur Einsicht durch die Aktionäre aus. Wegen der Einzelheiten des Berichts wird auf die zu den Akten gereichte Ablichtung (Anlage K4) verwiesen.

Auf der Hauptversammlung am 21.06.2004 wurde zu Tagesordnungspunkt 6 beschlossen, der Veräußerung der D.-N.-Gruppe zuzustimmen und zu Tagesordnungspunkt 11 wurde beschlossen die Satzung der Beklagten u.a. in § 2 Abs. 1 entsprechend dem neuen Unternehmensgegenstand zu ändern.

Die Klägerin ist Aktionärin der Beklagten und war dies auch zum Zeitpunkt der Hauptversammlung am 21.06.2004. Sie wurde auf der Hauptversammlung wirksam vertreten, stimmte gegen die Beschlüsse zu TOP 6 und TOP 11 und legte Widerspruch zur Niederschrift des amtierenden Notars ein.

Die Klägerin ist der Ansicht, der zur TOP 6 gefasste Beschluss sei aus mehreren Gründen nichtig oder jedenfalls anfechtbar.

Die Beschlussfassung sei wegen diverser Bekanntmachungsfehler unzulässig gewesen. Die Beklagte habe den wesentlichen Vertragsinhalt, insbesondere Käufer und Kaufpreis, nicht bekannt gemacht, obwohl dies gemäß §§ 179a, 124 AktG erforderlich gewesen sei. Zudem sei der Beschlussvorschlag zu TOP 6 in der Einladung zur Hauptversammlung falsch gewesen. Auch sei der Vorstandsbericht nicht hinreichend bekannt gemacht worden.

Der Beschluss selbst sei wegen seines irreführenden Inhalts ungenau und widersprüchlich und daher nichtig. Darüber hinaus habe die Beklagte ihre Informationspflichten in erheblichem Maße verletzt. Der Vorstandsbericht sei inhaltlich unzureichend gewesen. Insbesondere sei den Aktionären mangels ausreichender Informationen eine Plausibilitätskontrolle bezüglich der Angemessenheit des Kaufpreises nicht möglich gewesen. Die Beklagte habe nicht alle für den Verkauf relevanten Unterlagen vorgelegt. Die Klägerin ist der Ansicht, die Aktionäre hätten Anspruch auf einen Bericht eines Wirtschaftsprüfers über die geplante Veräußerung gehabt.

Die Klägerin behauptet außerdem, dass die Beklagte sich geweigert habe, die in ihren Geschäftsräumen ausgelegten entscheidungserheblichen Unterlagen auf Verlangen vollständig an die Aktionäre zu versenden. Sie ist zudem der Ansicht, die Übersetzung der englischen Kaufverträge hätte durch einen staatlich anerkannten Übersetzer erfolgen müssen. Schließlich ist die Klägerin der Auffassung, die Beklagte hätte den Aktionären wegen der mit dem Verkauf der D.-N.-Gruppe einhergehenden Veränderung des Unternehmensgegenstandes und dem damit verbundenen eigentumsrechtlichen Eingriff in das Aktieneigentum ein Barabfindungsangebot unterbreiten müssen.

Die Rechtswidrigkeit des Beschlusses zu TOP 11 folge zwingend aus der Rechtswidrigkeit des Beschlusses zu TOP 6.

Die Klägerin beantragt:

1. Der in der ordentlichen Hauptversammlung der Beklagten am 21.06.2004 gefasste Beschluss zu Tagesordnungspunkt 6. über die

Zustimmung zur Veräußerung der D.-N.-Gruppe, wobei der Beschluss wie folgt zur Beschlussfassung angekündigt war:

„Vorstand und Aufsichtsrat schlagen vor, der Veräußerung der D.-N.-Gruppe und in diesem Zusammenhang dem Kaufvertrag vom 19. April 2004 (UR-Nr. 17/2004 des Notars Peter B. Arnold in Zug/Schweiz) zuzustimmen.“

und gleichlautend so beschlossen wurde, wird für nichtig erklärt.

Hilfsweise: Es wird festgestellt, dass der in der ordentlichen Hauptversammlung der Beklagten vom 21.06.2004 gefasste Beschluss zu Tagesordnungspunkt 6. gemäß dem vorstehenden Inhalt nichtig ist.

Äußerst hilfsweise: Es wird festgestellt, dass der in der ordentlichen Hauptversammlung der Beklagten vom 21.06.2004 gefasste Beschluss zu Tagesordnungspunkt 6. gemäß dem vorstehenden Inhalt unwirksam ist.

2. Der in der ordentlichen Hauptversammlung der Beklagten am 21.06.2004 gefasste Beschluss zu Tagesordnungspunkt 11. über weitere Satzungsänderungen, jedoch ausdrücklich beschränkt auf die Beschlussfassung zur Änderung und Neufassung von § 2 Abs. 1 S. 1 der Satzung, wobei dieser Beschlussteil wie folgt zur Beschlussfassung angekündigt war:

„a) § 2 Absatz (1) Satz 1 der Satzung wird geändert und wie folgt neu gefasst:

„Gegenstand des Unternehmens ist die Leitung einer Gruppe von Unternehmen, die insbesondere in

- Entwicklung, Herstellung und Vertrieb von Apparaten, Maschinen, Systemen, Komponenten, Prozesslinien, Anlagen sowie Stell- und Regelementen,
- Erbringung von Dienstleistungen, insbesondere im Umweltschutzbereich,
- Entwicklung und Verwertung technischer Verfahren,

- Planung und Bau industrieller Anlagen,
- Durchführung von Finanz-, Versicherungsvermittlungs- und Speditionsgeschäften,
- Durchführung von Kompensations- und Gegengeschäften mit Produkten und Dienstleistungen aller Art,
- sowie in der Durchführung aller Geschäfte, die mit der Betätigung auf den vorgenannten Geschäftsfeldern zusammenhängen, tätig sind.“

und gleichlautend so beschlossen wurde, wird für nichtig erklärt.

Hilfsweise: Es wird festgestellt, dass der in der ordentlichen Hauptversammlung der Beklagten vom 21.06.2004 gefasste Beschluss zu Tagesordnungspunkt 11., soweit er die Änderung und Neufassung von § 2 Abs. 1 S. 1 der Satzung der Beklagten betrifft, gemäß dem vorstehenden Inhalt nichtig ist.

Äußerst hilfsweise: Es wird festgestellt, dass der in der ordentlichen Hauptversammlung der Beklagten vom 21.06.2004 gefasste Beschluss zu Tagesordnungspunkt 11., soweit er die Änderung und Neufassung von § 2 Abs. 1 S. 1 der Satzung der Beklagten betrifft, gemäß dem vorstehenden Inhalt unwirksam ist.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte ist der Auffassung, bei den Verträgen zur Veräußerung der D.-N.-Gruppe handele es sich nicht um Verträge i.S.d. § 179a AktG, weshalb auch § 124 Abs. 2 AktG nicht anwendbar sei. Selbst wenn man aber eine analoge Anwendung des § 124 Abs. 2 S. 2 Alt. 2 AktG bejahen würde, so sei die Beklagte ihren Bekanntmachungspflichten vollumfänglich nachgekommen. Insbesondere sei die Bekanntmachung des Vorstandsberichts oder seines wesentlichen Inhalts nicht erforderlich gewesen, weil bereits der wesentliche Vertragsinhalt bekannt gemacht und in der Einladung zur Hauptversammlung darauf hingewiesen worden sei, dass der Vorstandsbericht ausliege und Abschriften erteilt werden könnten.

Auch sei der Beschlussinhalt weder irreführend, noch falsch. Die Beklagte ist der Ansicht, dass die Hauptversammlung tatsächlich nur der Veräußerung der D.-N.-Gruppe im Allgemeinen und dem Vertrag vom 19.04.2004 im Besonderen, nicht aber dem Vertrag vom 02./03.05.2004 habe zustimmen müssen und sollen, weshalb der Beschlussvorschlag richtig gefasst sei.

Die Beklagte ist weiter der Auffassung, sie habe die Aktionäre in ausreichendem Umfang informiert. Insbesondere bestreitet sie, sich geweigert zu haben, die ausgelegten Unterlagen an die Aktionäre zu versenden. Sie habe bei routinemäßigen Anfragen lediglich auf die praktischen Schwierigkeiten hingewiesen, die kompletten Unterlagen aber trotzdem versendet, wenn ein Aktionär darauf bestanden habe.

Entscheidungsgründe

Die Anfechtungsklage gegen die beiden Beschlüsse der Hauptversammlung vom 21.06.2004 ist gemäß § 243 Abs. 1 AktG begründet.

Die Beklagte hat die ihr bezüglich des Tagesordnungspunkts 6 obliegenden Bekanntmachungs- und Informationspflichten gegenüber den Aktionären verletzt, indem sie die Aktionäre nur unzureichend über den wesentlichen Vertragsinhalt bezüglich der Veräußerung der D.-N.-Gruppe in Kenntnis gesetzt hat. Diese Rechtsverletzung wirkt sich auch auf den zu Tagesordnungspunkt 11 gefassten Beschluss aus, soweit er angefochten wurde.

Die Beklagte war in entsprechender Anwendung des § 124 Abs. 2 S. 2 Alt. 2 AktG dazu verpflichtet, den wesentlichen Vertragsinhalt bekannt zu machen.

Es kann dahingestellt bleiben, ob der Vorstand unter Berücksichtigung der einschlägigen obergerichtlichen Rechtsprechung (Holzmüller-Entscheidung des BGH 25.2.1982 – II ZR 174/80, BGHZ 83, 122; Gelatine-Entscheidung des BGH v. 26.4.2004 – II ZR 155/02, AG 2004, 384) hier die Zustimmung der Hauptversammlung einholen musste, da der Vorstand hier jedenfalls von der Ermächtigung des § 119 Abs. 2 AktG Gebrauch gemacht hat, zu einer Geschäftsführungsmaßnahme die Zustimmung der Hauptversammlung einzuholen.

Die Einladung ist schon mit dem Mangel behaftet, dass erst bei genauestem Studium des Wortlauts erkennbar ist, dass die Beklagte hier eine abgestufte Zustimmung der Hauptversammlung einholen will, nämlich zur Veräußerung der D.-N.-Gruppe insgesamt und im Rahmen dieses Komplexes speziell noch zum Vertrag vom 19.4.2004. Da die Beklagte zunächst beide Verträge erwähnt und im Anschluss ausführt, dass sie wegen der Bedeutung für den mg-Konzern die Veräußerung der D.-N.-Gruppe der Hauptversammlung zur Zustimmung vorliegt und anschließend mitteilt, dass die Zustimmung zur Hauptversammlung in den abgeschlossenen Kaufverträgen als Bedingung für den Vollzug der Verträge vorgesehen ist, entsteht für den unbefangenen Leser

zunächst der Eindruck, dass für den Verkauf insgesamt und für beide Verträge die Zustimmung der Hauptversammlung eingeholt werden soll. Erst bei genauestem Lesen des anschließenden Beschlussvorschlages von Vorstand und Aufsichtsrat wird deutlich, dass hier nur die Zustimmung zur Veräußerung allgemein und speziell zum Vertrag vom 19.4.2004 durch die Hauptversammlung eingeholt werden soll.

Es kann hier jedoch dahingestellt bleiben, ob dies allein zur Anfechtbarkeit hier genügt, da hier in der Einladung der Bestimmung des § 124 Abs. 2 S. 2 2lt. 2 AktG jedenfalls nicht genügt wird und jedenfalls dieser Mangel dazu führt, dass die Anfechtung durchgreift.

Legt der Vorstand eine Maßnahme der Geschäftsführung gemäß § 119 Abs. 2 AktG der Hauptversammlung zur Entscheidung vor, so muss er den Aktionären auch die Informationen geben, die für eine sachgerechte Willensbildung nötig sind. Soll die Hauptversammlung einem Vertrag zustimmen, so muss in entsprechender Anwendung des § 124 Abs. 2 S. 2 Alt. 2 AktG der wesentliche Inhalt des Vertrages bereits in der Einladung bekannt gemacht werden, damit sich die Aktionäre umfassend auf die Hauptversammlung vorbereiten können. (BGH v. 15.1.2001 – II ZR 124/99, NJW 2001, 1277; LG Flensburg v. 7.4.2004 – 6 O 17/03, AG 2004, 623; Hüffer, AktG, 6. Auflage, § 124 Rn. 10f.; jedenfalls für den Fall der Vorlagepflicht auch: OLG München v. 10.11.1994 – 24 U 1036/93, AG 1995, 232; Groß, AG 1996, 111 (115); Münchener Kommentar – Kubis, AktG, 2. Auflage, § 119 Rn.50 m.w.N.).

Diesen Anforderungen ist der Vorstand nicht gerecht geworden, denn er hat den Aktionären den wesentlichen Vertragsinhalt der Verträge nicht vollumfänglich mitgeteilt.

Zum wesentlichen Inhalt eines Vertrages i.S.d. § 124 Abs. 2 S. 2 Alt. 2 AktG gehören die Regelungen, von denen ein verständiger Durchschnittsaktionär seine Entscheidung über den Vertrag abhängig machen würde (OLG München v. 10.11.1994 – 24 U 1036/93, AG 1995, 232). Dabei müssen die Angaben zum Beschlussgegenstand so konkret sein, dass die Aktionäre ohne Rückfrage

erkennen können, worüber verhandelt und beschlossen werden soll (LG Flensburg v. 7.4.2004 – 6 O 17/03, AG 2004, 623; Hüffer, AktG, 6. Auflage, § 124 Rn. 2). Dies erfordert, dass die Aktionäre alle für die Zustimmung oder Ablehnung des Vertrages kennzeichnenden und kritischen Punkte erkennen können, in der Regel also zumindest die vom Gesetz selbst geforderten Essentialia eines Vertrages. Danach gehören zum wesentlichen Inhalt eines Vertrages jedenfalls die Hauptleistungspflichten der beteiligten Vertragsparteien (Münchener Kommentar – Kubis, AktG, 2. Auflage, § 124 Rn. 36). Bei Veräußerung von Unternehmensbeteiligungen sind also neben der Bekanntmachung der Vertragsparteien vor allem Angaben zum Verkaufsobjekt sowie zum Preis zu machen, zumindest aber zu den Kriterien, nach welchen der Preis ermittelt wird (Groß, AG 1996, 111 (115)).

In der Einladung zur Hauptversammlung vom 21.06.2004 wurden Käufer und Kaufpreis jedoch nur äußerst ungenau bekannt gemacht.

So wurde als Käufer eine „R.-Gruppe“ genannt, obwohl ausweislich des Kaufvertrages Käufer der D.-N.-Gruppe (ohne das Geschäftsfeld Kunststoffe) eine D. E. V.-GmbH, eine D. S. V.-GmbH, eine D. Z. V.-GmbH, eine D. N. V.-GmbH, eine D. D. V.-GmbH und eine RW Holding Corp. sind. Soweit die Beklagte sich darauf beruft, die Nennung dieser Gesellschaften sei nicht aussagekräftig und deshalb sei vielmehr die Nennung der hinter diesen Gesellschaften stehenden R.-Gruppe erforderlich gewesen, so entbindet dies die Beklagte nicht von ihrer Pflicht, (auch) den bzw. die tatsächlichen Käufer bekannt zu machen. Wenn die Aktionäre sich durch Nennung der Akquisitionsgesellschaften kein hinreichendes Bild von den Erwerbern und ihrer Finanzkraft machen können, so mag sich daraus gegebenenfalls eine Pflicht des Vorstandes ergeben, die Aktionäre auch über die hinter den Käufern stehenden Gesellschaften und Mehrheitsaktionäre sowie deren Beziehung zu den Käufern aufzuklären. Die Beklagte durfte aber in diesem Fall nicht auf die Bekanntmachung der Käufer, wie sie sich aus dem Kaufvertrag ergeben, verzichten.

Die Angaben bezüglich des Kaufpreises für die D.-N.-Gruppe (ohne das Geschäftsfeld Kunststoffe) sind für einen verständigen Durchschnittsaktionär nicht nachvollziehbar. Basis für die Kaufpreisberechnung soll ein vereinbarter Unternehmenswert i.H.v. 2.250 Millionen EUR sein. Von diesem Wert sollen dann insbesondere Finanzverbindlichkeiten, Pensionsrückstellungen und Leasingverbindlichkeiten sowie gefactorte Forderungen in Abzug gebracht und bestimmte liquide Mittel wie Bargeld und Bankguthaben hinzugerechnet werden. Bereits an diesem Punkt ist nicht mehr nachvollziehbar, wie hoch der Kaufpreis ungefähr sein wird. Soweit die Beklagte angibt, es seien „insbesondere“ die aufgezählten Positionen abzuziehen, erweckt dies den Anschein, dass auch noch weitere Positionen abzuziehen sind, über die die Beklagte jedoch keinerlei Auskunft erteilt. Darüber hinaus ist auch nicht zu erkennen, in welchen Größenordnungen sich die Beträge bewegen, die von dem vereinbarten Unternehmenswert abgezogen und hinzugerechnet werden.

Noch ungenauer sind die weiteren Angaben der Beklagten, wonach der nach oben genannter Methode berechnete Betrag sich weiter um einen Betrag erhöhen oder verringern soll, um den das im Kaufvertrag definierte Working Capital zum Vollzugsstichtag den Betrag von 390 Millionen EUR übersteigt oder unterschreitet. Eine weitere Verringerung soll sich ergeben, wenn das aus dem geprüften konsolidierten Jahresabschluss der zum Kaufgegenstand gehörenden Gesellschaften zum 31.12.2003 abgeleitete Betriebsergebnis geringer ist als von den Vertragsparteien unterstellt. Auch hier fehlen jegliche Angaben dazu, um welche Größenordnungen es ungefähr geht und mit welchen Ergebnissen und Abzügen die Beklagte selbst rechnet. Für die Aktionäre ist aus der Bekanntmachung daher nicht zu erkennen, welcher bereinigte Kaufpreis sich jedenfalls ungefähr ergibt und ob dieser Kaufpreis eine angemessene Gegenleistung für die Übertragung der Unternehmensbeteiligungen im Wert von über 2 Milliarden EUR darstellt. Hier wären weitergehende Angaben der Beklagten nötig gewesen. Soweit die Beklagte ausführt, dass sich aus dem Bericht des Vorstands im Kapitel „Bilanzielle Auswirkungen“ (dort vor allem Bl. 50) die Veräußerung des Segments D. N. im Konzernabschluss zu einem vorläufigen geschätzten Veräußerungsgewinn nach Steuern in Höhe von EUR 300-400 Mio. und im

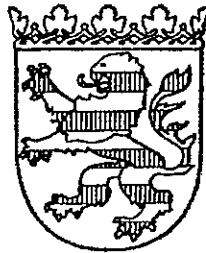
handelsrechtlichen Einzelabschluss der Beklagten zu einem vorläufig geschätzten Veräußerungsgewinn nach Steuern von ca. EUR 450-550 Mio. und die Veräußerung zu einem Zufluss von liquiden Mitteln von voraussichtlich insgesamt EUR 1.800,-- Mio. führe, was auch in der Einladung unter den Gliederungspunkten „Verwendung der Veräußerungserlöse“ und „Auswirkung der Veräußerung“ seinen Niederschlag gefunden hat, genügt dies nicht. Diese Angaben, genügen für den verständigen durchschnittlichen Aktionär, der über tiefere bilanzrechtliche Kenntnis nicht verfügen muss und die bilanzielle Auswirkung nicht ohne weiteres den Schluß auf den Kaufpreis zuläßt, nicht, um entscheiden zu können, ob die begehrte Zustimmung zur Veräußerung der D.-N.-Gruppe insgesamt und insbesondere zum Vertrag vom 19.4.2004 eine wirtschaftlich sinnvolle Maßnahme darstellt, zumal mit einem entsprechenden Zustimmungsbeschluss ein Verzicht auf eine Haftung gegenüber dem Vorstand nach § 93 AktG einher geht. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass bei der Frage der Auswirkungen weder in der Einladung noch im Bericht zwischen den Verträgen vom 19.4.2004 und 2./3.5.2004 differenziert wird, mithin nicht erkennbar ist, welchen Beitrag die einzelnen Verträge zu den ausgeführten Auswirkungen leisten, die Beklagte aber jedenfalls nach ihrer eindeutigen Klarstellung im Zuge dieses Rechtsstreits nur die Zustimmung der Hauptversammlung zur Veräußerung allgemein und speziell zum Vertrag vom 19.4.2004 haben wollte, nicht jedoch zum Vertrag vom 2./3.5.2004.

Die Anfechtungsmängel zu TOP 6 wirken sich auch auf die angefochtene Beschlussfassung zu TOP 11 aus. Die hier beschlossene Satzungsänderung steht in unauflösbarem Zusammenhang mit der nichtigen Beschlussfassung zu TOP 6.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus § 709 ZPO.

Unterschriften der Richter



LANDGERICHT FRANKFURT AM MAIN

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem Rechtsstreit

K

(Proz.-Bev.: Rechtsanwalt H)

- Klägerin -

g e g e n

F S,

(Proz.-Bev.: Rechtsanwalt R)

- Beklagte -

hat das Landgericht Frankfurt am Main – 18. Zivilkammer -

durch

Richterin am Landgericht S

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 15.11.2007 für Recht erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin.

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand:

Die Klägerin nimmt die Beklagte wegen angeblicher Beihilfe zu einer Ordnungswidrigkeit nach §§ 39, 34 a WpHG der P. GmbH und wegen angeblicher eigener Aufklärungspflichtverletzung auf Schadensersatz in Höhe von EUR 83.200,00 in Anspruch.

Die Klägerin, eine Apothekerin, unterzeichnete am 09.02.2005 eine Beitrittserklärung zum P. M. über eine Ersteinlage von 80.000,-- € zuzügl. 3.200,-- € Agio. In dem (Beteiligungs-)Formular der P. GmbH ist das EUR- Konto XXX bei der Beklagten neben einem anderen Konto bei der P. als Einzahlungskonto angegeben. Aufgrund dessen überwies die Klägerin am 17. Februar 2005 von ihrem bei der A.-Bank geführten Konto auf das bei der Beklagte für die P. GmbH geführte Konto Nr. XXX EUR 83.200,00.

Nur kurze Zeit später am 11.3.2005 untersagte die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (im Folgenden: BaFin) dem Frankfurter Wertpapierdienstleistungsunternehmen P. GmbH den weiteren Geschäftsbetrieb. Am 15. März 2005 stellte die BaFin den Entschädigungsfall fest. Am 01. Juli 2005 eröffnete das Amtsgericht Frankfurt a. M. das Insolvenzverfahren über das Vermögen von P. GmbH. Zum Insolvenzverwalter wurde RA S. bestimmt.

Ein Verantwortlicher der P. GmbH wurde mittlerweile zu einer mehrjährigen Haftstrafe wegen Betrugs in Tateinheit mit Urkundenfälschung verurteilt. Eine andere Person der P. GmbH wurde vom Vorwurf des Betrugs freigesprochen und wegen Untreue verurteilt. Wegen der Einzelheiten wird auf das Urteil der 26. Großen Strafkammer des Landgerichts Frankfurt/M. vom 11.7.2006 (Anlage B 13) Bezug genommen.

Die P. GmbH war bereits seit 1977 als Finanzdienstleister tätig und vermittelte zunächst Optionen im Warenterminbereich. Hierbei erwarb die P. GmbH im Kundenauftrag Kauf- und

Verkaufsoptionen für die an den Finanzplätzen angebotenen Produkte. Dieser Geschäftsbereich wurde bei der P. GmbH unter dem Begriff „Handelbare Optionen“ bis Ende 2004 bedient, war zum Zeitpunkt des Insolvenzantrages jedoch bereits eingestellt.

Daneben legte die P. ab 1992 ein neues Produkt auf, das sie „P. M.“ nannte. Hierbei wurde den Kunden der P. GmbH angeboten, durch die Teilnahme an dem so genannten „M.“, am Erfolg (oder Misserfolg) von Optionshandelsgeschäften teilzunehmen, wobei die einzelnen Geschäftsvorfälle nicht mehr im Einzelkundenauftrag durch P. durchgeführt wurden, sondern im eigenen Namen auf Rechnung der Anlegergemeinschaft, die sich an dem so genannten „M.“ beteiligt hat.

Bis einschließlich Ende 1997 war die P. auf dem nicht regulierten, sogenannten grauen Kapitalmarkt tätig, bis sie ab 01. Januar 1998 durch die Novelle des Kreditwesengesetzes als Wertpapierhandelsbank qualifiziert wurde und damit der Aufsicht des Bundesaufsichtsamtes für den Wertpapierhandel (im folgenden: BA We, jetzt: BaFin) unterstellt wurde. Für die weitere Tätigkeit war die Erteilung einer entsprechenden Erlaubnis durch das BA We erforderlich. Die P. GmbH erhielt die Erlaubnis, Finanzkommissionsgeschäfte und Finanzportfolioverwaltungsleistungen zu betreiben, wobei die Erlaubnis für Finanzkommissionsgeschäfte sich auf solche Geldmarktinstrumente, Devisen und Rechnungseinheiten sowie deren Derivate oder um Derivate bezog, deren Preis von Indices, von den Börsen und Marktpreisen von Waren oder Edelmetallen abhängt. Nicht genehmigt wurden Finanzkommissionsgeschäfte in Derivaten auf Wertpapiere.

Neben der regulären Berichtspflicht gegenüber dem BA We bzw. der Nachfolgerin, der BaFin, fiel die P. der Aufsichtsbehörde wegen der Verwahrung von Kundengeldern auf sogenannten „O.konten“ auf. Bei den sogenannten „O.konten“ handelt es sich um Sammelkonten, in denen die Anlegergelder verschiedener Kunden vermischt verwaltet werden. Um ein solches Konto handelte es sich bei dem bei der Beklagten für die P. GmbH geführte Konto Nr. XXX, welches auch die Klägerin im Februar 2005 für ihre Überweisung genutzt hatte.

Die Betreuung der P. GmbH oblag dem langjährigen Angestellten der Beklagten, W.. Mit Schreiben vom 24.1.2000 wandte sich die P. GmbH an W., mit der Bitte um Mitteilung, wie das Problem der von der BA We gewünschten Einzelkonten gelöst werden könne. Auf diese

Schreiben brachte W. den handschriftlichen Vermerk „10.000 Konten/Kunden“ an und teilte dies auch der P. GmbH telefonisch mit.

Im Jahr 2001 schloss sich ein Schriftwechsel des BA We mit der Beklagten an, im Zuge dessen L. von der Abteilung Marktunterstützung Passiv der Beklagten dem BA We mitteilte, dass die Treuhandkonten der P. GmbH als Einzelkonten geführt würden, auf denen die Gelder in ihrer Gesamtheit verwahrt würden.

Die BaFin beauftragte am 07.08.2002 die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Ernst & Young mit der Durchführung einer Sonderprüfung. Der Prüfungsbericht wurde am 31. März 2003 erstellt. Weitere Auflagen ergingen nach Vorlage des Prüfungsberichts durch die BaFin nicht.

Das Konto Nr. XXX bei der Beklagten wurde auch danach weiter als sogenanntes „Treuhandkonto“ geführt.

Der Insolvenzverwalter der P. stellt zu den Treuhandkonten später folgendes fest: „Bei den sogenannten Treuhandkonten handelte es sich grundsätzlich um die Konten, auf die Kundeneinzahlungen direkt gingen und von denen die Schuldnerin wiederum die ihr vermeintlich zustehenden Vergütungen entnahm. Die Entnahme erfolgte durch Umbuchung auf die sogenannten Nostro-Konten. Weiterhin wurden von den so genannten Treuhandkonten jeweils die Rückzahlungen an Anleger, die (Teil) Kündigungen ihrer Anlagen ausgesprochen hatten, veranlasst“.

Die Klägerin legt dar, dass die P. GmbH durch die Verwendung der Sammelkonten gegen § 34a WpHG verstoßen habe. Sie führt in diesem Zusammenhang aus: Hierzu habe das BA We am 21. März 2000 gegen die P. GmbH einen Bescheid erlassen, wonach die P. GmbH die Verwendung von Kundengeldern im eigenen Namen für fremde Rechnung einzustellen und dies auch zukünftig zu unterlassen habe, soweit die P. diese Kundengelder nicht unverzüglich getrennt von den Geldern des Unternehmens und von anderen Kundengeldern auf Treuhandkonten bei entsprechenden Einlegesicherungskreditinstituten verwahren würde. Der Widerspruch der P. GmbH gegen den Bescheid vom 21. März 2000 sei mit Bescheid vom 23. August 2000 zurückgewiesen worden. Die sich hiergegen gerichtete Klage vor dem Verwaltungsgericht Frankfurt/Main sei mit dessen Urteil vom 12. November 2001 ebenfalls abgewiesen. Gleichzeitig sei die Sprungrevision zum Bundesverwaltungsgericht zugelassen worden. Das

Bundesverwaltungsgericht habe mit Urteil vom 24. April 2002 (Az. 6 C 2/2 002) entschieden, dass die angefochtene Verfügung des BA We rechtmäßig sei. Das Bundesverwaltungsgericht habe hervorgehoben, dass Kunden der P. GmbH als Einzelanleger, nicht die im P. M. zusammengeführten Kunden seien. Eine derartige Zusammenführung von Kunden erfülle die Merkmale des Kundenbegriffs gemäß § 34a WpHG nicht. Demnach gebiete es das Gesetz, die Gelder der mit der P. kontrahierenden Anleger getrennt von den Geldern anderer Anleger zu verwahren. Die Zusammenführung der Kundengelder in einem Sammel-, Pool- oder O.konto sei im Wertpapierhandelsbereich unzulässig.

Das Bundesverwaltungsgericht habe in dem die P. GmbH betreffenden Urteil festgestellt, dass das P. M. dem Gebot der Trennung der Kundengelder nicht genüge, auch wenn die Konten des P. M. als „Gemeinschaftstreuhandkonten“ geführt würden.

Die Klägerin ist der Ansicht, dass die Beklagte zu dieser Ordnungswidrigkeit der P. GmbH eine Beihilfehandlung geleistet habe und deshalb der Klägerin zum Schadensersatz verpflichtet sei.

Hierzu führt die Klägerin aus: Als Beihilfehandlung reiche jedes bewusstes Fördern der Haupttat aus. Eine Verständigung mit dem Täter oder gar ein gemeinsamer Tatplan, Mitwirkung bei der Verletzungshandlung oder Mitverursachung des Taterfolges sei nicht erforderlich. Die Beklagte habe durch die Zurverfügungstellung des Kontos XXX, über welches die P. GmbH Kundengelder einsammelte, Handel betrieb, ungerechtfertigte Vergütungen entnahm und Rückzahlungen an Anleger vornahm, nicht nur zur Aufrechterhaltung des „Systems P.“ Beihilfe geleistet, sondern dieses letztlich erst ermöglicht.

Die Klägerin behauptet, dass die Beklagte Kenntnis der oben angeführten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts gehabt habe und hinsichtlich des Kontos XXX den rechtskräftig festgestellten rechtswidrigen Zustand Aufrecht erhalten habe. Hierdurch – so trägt die Klägerin vor - habe sie der P. GmbH die Möglichkeit belassen, weiter Gelder über dieses Konto entgegenzunehmen und so den Schutz der Anlegergelder aus § 34a WpHG zu unterlaufen.

Daneben habe die Beklagte durch die unterlassene Trennung der Kundengelder und - so behauptet die Klägerin - durch die Vergabe der Kundenreferenznummern eine

Beihilfeleistung erbracht. Durch die Vergabe der Referenznummern habe die Beklagte die Vorgaben des BAWe bewusst umgangen und die P. GmbH beim Verstoß gegen § 34a WpHG unterstützt, obwohl in der oben genannten Entscheidung des BVerwG vom 24.04.2004 ausdrücklich festgestellt worden sei, dass die Vergabe von Referenznummern zur Einhaltung der Vorgaben des § 34a WpHG nicht ausreiche.

Die Klägerin ist der Ansicht, dass die Beklagte daneben eine eigene Aufklärungspflicht gegenüber der Klägerin und den anderen Anlegern aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter träge. Dies ergäbe sich aus einem Vergleich mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu den Pflichten einer Bank bei kreditfinanzierten Schrottimmobilen. Wegen der Einzelheiten des klägerischen Vortrags wird auf Seite 11ff der Klageschrift Bezug genommen.

Die Klägerin behauptet, die Beklagte hätte auch den erforderlichen Vorsatz gehabt. Hierzu führt sie aus, dass die Beklagte als Bank finanzmarktrechtliche Gesetze zu kennen habe. Darüber hinaus existiere ein Rundschreiben vom 21.10.1998 vom damaligen Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel (BAWe), in dem das BAWe ausführe, dass der Wortlaut der vorgenannten Vorschrift hinsichtlich der Verpflichtung zur Trennung von Kundengeldern voneinander eindeutig sei und keinen Raum für sogenannte O.konten lasse. Darunter seien auch solche Konten zu verstehen, die im Namen des Finanzdienstleisters errichtet werden, um darauf die Gelder mehrerer Kunden zu verwahren. Das BAWe habe in diesem Rundschreiben eindeutig klargestellt, dass auch die Verwendung von Kundenreferenznummern nicht ausreichten, um den Anforderungen des § 34a WpHG gerecht zu werden. Dieses Rundschreiben, von der Klägerin vorgelegt als Anlage K 7, sei im Internet auf der Homepage der BaFin abrufbar und öffentlich zugänglich. Spätestens jedoch mit der Verkündung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichtes vom 24.04.2002 hätte der Beklagten klar geworden sein müssen, dass die Vergabe von Kundenreferenznummern nicht ausreichend sei und das „poolen“ der Anlegergelder auf dem Konto XXX gegen § 34a WpHG verstöße. Indem die Beklagte – so behauptet die Klägerin – Kundenreferenznummern vergeben habe, hätte sie zum Ausdruck gebracht, dass ihr bekannt gewesen sei, dass Kundengelder getrennt voneinander zu verwahren waren. Des Problems sei sich die Beklagte somit bewusst gewesen, doch habe sie trotz des eindeutigen Wortlauts des § 34a WpHG, des Rundschreibens des BAWe vom 21.10.1998 und der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes eine gesetzeskonforme Trennung der Kundengelder unterlassen.

Die Klägerin beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin EUR 83.200,- nebst Zinsen in Höhe von 4 % seit dem 18. Februar 2005 aus EUR 83.200,- zu bezahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte behauptet, sie hätte keinerlei Kenntnis von der Unterlassungsverfügung des Bundesaufsichtsamtes oder von einem diesbezüglichen Verwaltungsgerichtsverfahren gehabt. Mit Nichtwissen werde bestritten, dass ein entsprechender Verwaltungsakt vom Bundesaufsichtsamt erlassen worden sei und dass das von der Klägerin zitierte Urteil des Bundesverwaltungsgericht vom 24. April 2002 (Az. 6 C 2/2 002) die P. GmbH beträfe und rechtskräftig geworden sei. Die Beklagte behauptet, sie habe das Konto XXX seit 1999 mit dem Sperrvermerk „PHMA T-konto für A“ führen lassen.

Die Beklagte behauptet, dass die Vereinbarungen der P. GmbH mit ihren Kunden üblicherweise ausdrücklich die Vereinbarung vorgesehen hätte, dass sich der Kunde mit seiner Einzahlung an einer Kollektivanlage beteilige. Im Übrigen würden die Rechtsbeziehungen eines Bankkunden zu seinen eigenen Kunden für den Überweisungs- und Zahlungsverkehr keine Rolle spielen. Die Beklagte habe keine Kundenreferenznummern vergeben, vielmehr müsse die P. ihren Kunden P.-interne Konto- oder Kundennummern erteilt haben.

Die Beklagte ist der Ansicht, dass eine Haftung aus Rechtsgründen ausscheide. Wegen der Einzelheiten dieses Vortrags wird auf Seite 16 ff der Klageerwiderung Bezug genommen.

Der Vorsitzende der 19. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt/M. hat es durch Vermerk vom 24.4.2007 abgelehnt, den Rechtsstreit im Rahmen der Sonderzuständigkeit zu übernehmen und hat ihn in den Turnus gegeben, in welchem er sodann der 18. Zivilkammer zugewiesen wurde. Wegen der Begründung der Ablehnung wird auf Blatt 133 R Bezug genommen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf die von diesen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Klage ist unbegründet.

I.

Der Klägerin steht ein Anspruch aus § 280 BGB in Zusammenhang mit der behaupteten Verletzung einer angeblichen Aufklärungspflichtverletzung nicht zu. Soweit die Klägerin eine eigene Aufklärungspflicht der Beklagten gegenüber der Klägerin konstruiert und dargelegt hat, dass die Klägerin diese verletzt habe, kann dem nicht gefolgt werden. Zwischen der Klägerin und der Beklagten bestand - anders als in den von der Klägerin zitierten Schrottimobilienfällen - gerade kein Vertragsverhältnis, auch nicht in Parallele zu den Geschäften für den, den es angeht. Die Klägerin führte ihr Konto bei einem anderen Kreditinstitut und veranlasste über dieses Konto auch die streitgegenständliche Überweisung. Die Beklagte hatte als Kreditinstitut des durch die Überweisung Begünstigten weder eine rechtliche Befugnis noch eine tatsächliche Möglichkeit, die Überweisende über eine Gefahrensituation aufzuklären. Bei dieser Sachlage kommt auch keine Haftung aus einem Vertrag zu Gunsten Dritter in Frage.

II.

Der Klägerin steht gegen die Beklagte ein Schadensersatzanspruch aus §§ 823 Abs. 2, 830 BGB in Verbindung mit § 34a WpHG ebenfalls nicht zu.

Ob § 34a Abs. 1 S. 1 WpHG ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB ist, ist streitig. Das OLG Frankfurt hat in OLGR Frankfurt 2006,1007 (zitiert nach juris) ebenso wie Koller in Assmann/Schneider WpHG 4. Aufl. § 34a Rdz. 1 m.w.N. dies bejaht; anderer Auffassung ist Schwark, Kapitalmarktrecht, § 34a WpHG Rdz.1.

Letztlich kann diese Rechtsfrage dahin stehen, denn es besteht kein Anhalt dafür, dass die Beklagte der P. GmbH, die – und nicht die Beklagte – Adressatin der Norm des § 34a WpHG ist, tatsächlich Beihilfe zum Verstoß gegen § 34a WpHG geleistet hat.

Die Voraussetzungen für die Teilnahme an einer unerlaubten Handlung im Sinne des § 830 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 BGB richten sich nach den für das Strafrecht entwickelten Grundsätzen. Die Teilnahme verlangt demgemäß neben der Kenntnis der Tatumstände wenigstens in groben Zügen den jeweiligen Willen der einzelnen Beteiligten, die Tat gemeinschaftlich mit anderen auszuführen oder sie als fremde Tat zu fördern.

Objektiv muss eine Beteiligung an der Ausführung der Tat hinzukommen, die in irgendeiner Form deren Begehung fördert und für diese relevant ist. Für den einzelnen Teilnehmer muss ein Verhalten festgestellt werden können, das den rechtswidrigen Eingriff in das fremde Rechtsgut unterstützt hat und das von der Kenntnis der Tatumstände und dem auf die Rechtsgutverletzung gerichteten Willen getragen war (vgl. OLG Düsseldorf Urteil I-17 U 257/06 zitiert nach juris, BGH NJW 1998, 377; BGH NJW 2004, 3423, 3425). Da in Fällen der vorliegenden Art sich nur ausnahmsweise eine ausdrückliche Verabredung der Beteiligten zur Vornahme der unerlaubten Handlung oder eine ausdrückliche Zusage eines Beteiligten zur Hilfeleistung feststellen lassen wird, ist es entscheidend, ob sich aus den gesamten Umständen des konkreten Einzelfalles ausreichende Anhaltspunkte für die Beteiligung an der unerlaubten Handlung eines Dritten ergeben (vgl. OLG Düsseldorf Urteil I-17 U 257/06; BGHZ 138, 89, 102 f; BGH NJW 2004, 2423, 2425).

Dies ist im vorliegenden Fall zu verneinen.

Die Eröffnung und Weiterführung eines Kontos ist eine berufstypische Dienstleistung einer Sparkasse, die massenhaft erfolgt und die per se keine Anhaltspunkte für ein deliktisches Handeln bietet.

Wie Sprau in Palandt, BGB, 67. Aufl. RN 4 zu § 830 m.w.N. ausführt - und wie mit den Parteivertretern auch ausführlich in der mündlichen Verhandlung erörtert - , muss für den Anwendungsbereich des § 830 BGB bei solchen berufstypischen „neutralen“ Unterstützungshandlungen im Bankenverkehr das Verhalten zusätzlich als aufgrund der Gesamtumstände rechtswidrig bewertet werden können.

Daran fehlt es hier.

Im vorliegenden Fall war die Beklagte in die Vertriebsgeschäfte der P. GmbH nicht durch eigenes Handeln, Vermitteln und/oder Provisionsziehung einbezogen. Soweit sich die Klägerin in diesem Zusammenhang auf das von der Beklagten vorgelegte Schreiben der P. GmbH an die Beklagte vom 24.1.2000 bezieht (Anlage B 1), ergibt sich nichts anderes. Wenn dort die P. GmbH eine Lösung des Problems der Einzelkonten angefragt hat, so hat der zuständige Sachbearbeiter der Beklagten der P. GmbH in zutreffender Weise ausgeführt, dass für 10.000 Kunden 10.000 Konten anzulegen wären. Auch das BA We hat im Schreiben vom 20.1.2000 an die P. GmbH bereits zuvor dargelegt, dass die P. GmbH im Rahmen der Verwahrung für jeden Kunden unverzüglich ein eigenes Konto anzulegen hätte. Dies bedeutete aber nicht, dass die Sammlung des Geldes auf einem Gemeinschaftskonto – wie es die Beklagte zur Verfügung gestellt hat - unzulässig war, sondern nur die ausschließlich in den Händen der Kontoinhaberin, hier der P. GmbH, liegende dortige weitere Belassung. Koller in Assmann/Schneider WpHG 4. Aufl. § 34a Rdz. 5 a.E. führt in diesem Zusammenhang aus, dass das Treuhandverhältnis für die Dauer der gesamten Geschäftsverbindung zum Kunden auf der Basis offener Einzeltreuhandkonten geführt werden müsse, wenn man von den kurzen Zeitraum absehe, die das Wertpapierdienstleistungsunternehmen iSd Begriffs „unverzüglich“ benötige, um die Konten einzurichten und das Geld auf sie zu überweisen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den von der Klägerin als Anlage K 6 vorgelegten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 24.4.2002 (6 C 2.02).

Nach allem kann weder in der Einrichtung noch in der weiteren Zurverfügungstellung des streitgegenständlichen Kontos eine Beihilfehandlung gesehen werden, so dass der zwischen den Parteien streitigen Frage, wann das Konto eingerichtet wurde, nicht nachzugehen ist.

Soweit die Klägerin behauptet, dass die Beklagte Kundenreferenznummern verteilt habe, ergibt sich nichts anderes. Im Übrigen hat die Beklagte diese Praxis auch bestritten. Aus dem von der Klägerin in diesem Zusammenhang angeführten Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes vom 24.04.2002 ergibt sich die Behauptung der Klägerin auch nicht in aller Deutlichkeit. Vielmehr ist Seite 21 des vorgelegten Urteils (Bl 120 der Gerichtsakte) so zu lesen, dass die P. GmbH dieses Verfahren praktizierte und nicht die hiesige Beklagte (vgl Seite 21 des vorgelegten Urteils, Bl 120 der Gerichtsakte). Sofern Seite 4 des vorgelegten Urteils des Bundesverwaltungsgerichtes vom 24.04.2002 (vgl Bl 103 der

Gerichtsakte) dazu in Widerspruch steht, ist festzuhalten, dass die dort geschilderte Praxis generell die Praxis der Einlagenkreditinstitute darstellt und nicht die der Beklagten im Speziellen; jedenfalls aber wird diese allgemeine Passage durch Seite 21 des vorgelegten Urteils relativiert. Im Übrigen war nach dem nicht bestritten Vortrag der Beklagten die Beklagte an dem Verwaltungsstreitverfahren nicht beteiligt, so dass sie keinen Einfluss auf die dortigen Feststellungen hat nehmen können.

III.

Ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB scheitert, weil bei der Klägerin auch nach dem eigenen Vortrag lediglich ein Vermögensschaden eingetreten sein kann.

IV.

Schließlich kommt auch ein Anspruch aus §§ 826, 830 BGB aus den oben unter Ziffer II ausgeführten Gründen nicht in Betracht.

Die Entscheidung über die Kosten ergibt sich aus § 91 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §709 ZPO.

Sommer

Ausgefertigt
Frankfurt am Main, 28.01.2008

Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Landgericht Frankfurt am Main
Geschäftsnr.: 2/21 O 96/02

Lt. Protokoll
verkündet am 17.12.2004
Leger, JAe.
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

U r k u n d e n v o r b e h a l t s u r t e i l
IM NAMEN DES VOLKES

In dem Rechtsstreit

hat das Landgericht Frankfurt am Main - 21. Zivilkammer -

auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 02.09.2004 für Recht erkannt:

Die Beklagten zu 1) bis 4) werden verurteilt, an den Kläger jeweils 3 Mio. € nebst 5 % Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 11.01.2002 zu zahlen.

Die Beklagten haben die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagten können die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Den Beklagten bleibt die Ausführung ihrer Rechte im Nachverfahren vorbehalten.

- T a t b e s t a n d -

Tatbestand:

Die Parteien streiten im Urkundsverfahren um Rückzahlungsansprüche aus Refinanzierungsdarlehen. Hilfsweise werden die Zahlungsansprüche auf die Gewährung von Effektenkrediten und Ablösedarlehen gestützt.

Der Kläger ist Insolvenzverwalter der G-M. in Liquidation, über deren Vermögen durch Beschluss des Amtsgerichts Frankfurt am Main vom 17.05.2002 (Aktenzeichen 810 IN 493/02 G) das Insolvenzverfahren eröffnet wurde.

Der Beklagte zu 2) war Vorstandsvorsitzender der I., einem Frankfurter Entertainmentunternehmen, das Mitte Juni 2000 an die Börse ging und neben Musik auch Film- und Internetprojekte realisierte und vermarktete. Die Beklagten zu 1) und 3) waren ebenfalls Vorstandsmitglieder des Unternehmens, wobei der Beklagte zu 1) der Finanzvorstand war.

Die Firma G. hielt aus der Zeit vor dem Börsengang der I. noch Aktien in ihrem Bestand. Diese Aktien wollten die Beklagte zu 1) bis 4) erwerben. Die G. konnte ihr Aktienpaket, bestehend aus 800.000 Aktien aufgrund einer Lock-up-Regelung, die eine zeitlich befristete Veräußerungssperre bis zum 21.12.2000 beinhaltete, noch nicht verkaufen. Zur Wahrung von börslichen und auch steuerlichen Anforderungen wurden zwischen den Beklagten und der G. voneinander unabhängige Geschäfte in Form von Schuldscheindarlehen zugunsten der G. abgeschlossen, wobei sich diese verpflichtete, von dem Verkauf der Aktien der In-Motion AG abzusehen.

Am 25.09.2000 kam es sodann zwischen den Beklagten und der G. zu jeweils getrennten Vertragsabschlüssen, wodurch sich die Beklagten zu 1) und zu 4) zu einer Zahlung von jeweils 5 Mio. € und die Beklagten zu 2) und 3) zu einer Zahlung von jeweils 15 Mio. € an die G. verpflichteten.

Der Beklagte zu 1) unterzeichnete folgende vorformulierte Vereinbarung:
„Hiermit verpflichte ich, ... mich unwiderruflich, 5 Schuldscheine der G. mit Rückzahlungswahlrecht der Gläubigerin gemäß den beiliegenden Darlehensbedingungen (ausgestellt am 25. September 2000) im Nennbetrag von je 1 Mio. € zum Gesamtpreis von 5 Mio. € gegen Zahlung dieses vorgenannten Betrages mit Valuta 25. September 2000 zu übernehmen.

Dieser Erwerb wird gemäß dem in der Anlage beigefügten Schreiben der Deutschen Börse AG, Frankfurt am Main, ausgeführt. Es handelt sich um ein nicht öffentliches Angebot. Beide Seiten verpflichten sich, über den Abschluss Stillschweigen zu bewahren ...“.

Wegen des weiteren Inhalts dieser Verpflichtung wird auf Bl. 624 d. A. Bezug genommen.

Die Beklagten zu 2) bis 4) unterzeichneten ebenfalls entsprechend ihrem finanziellen Engagement eine solche Vereinbarung.

Die in dieser Vereinbarung erwähnten Darlehensbedingungen sahen folgendes bezüglich eines Rückzahlungswahlrechtes vor:

„... § 3 (Rückzahlung)

1. Die Darlehen werden am 21. Dezember 2000 (der „Fälligkeitstag“) nach Wahl der Darlehensgläubiger entweder
 - a) im Wege der Novation in ein Wandeldarlehen der Darlehensschuldnerin (das „Neue Darlehen“) zu den in Anlage 1 beschriebenen Darlehensbedingungen („Variante A“) umgeschafft, oder
 - b) zum Nennbetrag zurückgezahlt („Variante B“).
2. Die Tilgung nach Variante B erfolgt nur, soweit der Darlehensgläubiger dies verlangt hat ...“.

Wegen des weiteren Inhalts dieser Darlehensbedingungen wird auf Bl. 36 - 38 d. A. Bezug genommen.

Es existiert darüber hinaus eine Anlage 1 der Darlehensbedingungen vom 25.09.2000. Darin heißt es u.a.:

„§ 3 (Rückzahlung)

1. Die Darlehen werden am 10. Januar 2002 („Fälligkeitstag“) von der Darlehensschuldnerin entweder
 - a) zum Nennbetrag zurückgezahlt („Variante A“), oder
 - b) durch Lieferung von Stück 20.000 Inhaber-Stückaktien der In-Motion AG (die „Gesellschaft“) (WKN 662 380) (die „Aktie“) mit einem rechnerischen Anteil am Grundkapital von jeweils Euro 1,- bezogen auf einen Nennbetrag von Euro 1.000.000,- getilgt („Variante B“).Die Darlehensschuldnerin ist nach ihrem Ermessen berechtigt, aber nicht verpflichtet, die Tilgung nach Variante B zu wählen, sofern der Schlusskurs im Xetra-Handelssystem (nachfolgend auch „maßgebliches Handelssystem“ genannt) der Frankfurter Wertpapierbörse (nachfolgend auf „maßgebliche Börse“ genannt) für die Aktie am 09. Januar 2002 (der „Ausübungstag“) unter Euro 50,- (der „Basispreis“) festgestellt wird ...“.

Wegen des weiteren Inhalts dieser Anlage 1 der Darlehensbedingungen wird auf Bl. 39 - 43 d. A. verwiesen.

Da die Beklagten die Darlehensbeträge für die G.. nicht selbst aufbringen konnten, kam es am gleichen Tag zwischen der , deren Aktien zu 40 % die G.. hielt, und allen vier Beklagten zum Abschluss von 4 Refinanzierungsdarlehen in der jeweils erforderlichen Höhe. In den jeweils nur hinsichtlich der Darlehenssumme unterschiedlichen Verträgen heißt es u.a.:

„Verwendungszweck

Refinanzierung des Schuldscheindarlehens an die G.. ...

Darlehenslaufzeit

vom 25.09.2000 bis 10.01.2002 ... Tilgung

am Ende der Laufzeit in einer Summe ...

Auszahlung

nach rechtsgültiger Vertragsunterzeichnung und Sicherheitenbestellung auf noch zu benennendes Konto der G.. ...

...Die Bank kann dieses Darlehen zur sofortigen Rückzahlung kündigen, sofern die gezeichneten Schuldscheine gekündigt werden...“

Wegen des weiteren Inhalts der Darlehensverträge wird auf Bl. 10 - 12 d. A. verwiesen.

Die Beklagten zu 1) bis 3) unterzeichneten die Darlehensverträge nebst der dazugehörigen Widerrufsbelehrung gemäß § 7 VerbrKrG persönlich, für den Beklagten zu 4) unterzeichnete der Beklagte zu 1) den Kreditvertrag, nachdem er entsprechend bevollmächtigt war (Bl. 99 d. A.).

Mit in die Darlehensverträge einbezogen waren die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der . Darin heißt es u.a.:

„1. Bankgeheimnis

Die Bank ist zur Verschwiegenheit über alle kundenbezogenen Tatsachen und Wertungen verpflichtet, von denen sie Kenntnis erlangt (Bankgeheimnis). Informationen über den Kunden darf die Bank nur weitergeben, wenn gesetzliche Bestimmungen dies gebieten oder der Kunde eingewilligt hat oder die Bank zur Erteilung einer Bankauskunft befugt ist ...“

Wegen des weiteren Inhalts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen wird auf Bl. 485 - 488 d. A. Bezug genommen.

Die Parteien haben zunächst übereinstimmend vorgetragen, dass die G.M. noch am Tag des Vertragsabschlusses die Auszahlung der Darlehensbeträge durch Überweisung und Gutschrift auf dem bei ihr geführten Konto der G.. vornahm.

Zur Sicherung aller gegenwärtigen und zukünftigen Ansprüche der G.M. aus der Geschäftsverbindung mit den Beklagten hatten diese der Bank ihre Aktiendepots verpfändet. Wegen der Verwertung dieses Pfandrechts kam es zwischen den Beklagten zu 1) bis 3) und der Firma H... einerseits sowie den Beklagten zu 2) bis 4) und der andererseits zu einstweiligen Verfügungsverfahren. Insoweit wird auf die Entscheidungen des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 26.03.2002 (Aktenzeichen 2 W 8/02, Bl. 121 - 131 d. A.) und vom 25.05.2004 (Aktenzeichen 8 U 84/04, Bl. 609 - 623 d. A.) verwiesen.

Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der G.M. trat der Kläger das Kreditportfolio der G.M. in Liquidation an die Firma H... ab. Abgetreten wurden dabei insbesondere unter Nennung der Kontonummern der Beklagten auch die streitgegenständlichen Darlehensforderungen.

Die Beklagten zu 1) bis 4) haben die Refinanzierungsdarlehensbeträge bis heute nicht zurückgezahlt.

Hilfsweise macht der Kläger gegenüber den Beklagten noch Ansprüche aus Effektenkreditverträgen und gegenüber den Beklagten zu 2) und 3) Ansprüche aus einem Ablösedarlehen geltend.

Der Kläger behauptet, der Beklagte zu 1) sei ein ehemaliger Wirtschaftsprüfer und die gesamten Geschäfte seien im Rahmen unternehmerischer Tätigkeiten vorgenommen worden. Der Abschluss der Schuldscheindarlehen sei allein auf Betreiben der Beklagten erfolgt. Die Darlehensbedingungen hätten diesen bei

Abschluss der Schuldscheindarlehen vorgelegen und sie hätten sich damit auseinandergesetzt.

Aus den Refinanzierungsdarlehen macht der Kläger gegenüber den Beklagten zu 1) bis 4) nur jeweils Teilbeträge in Höhe von jeweils 3 Mio. € geltend.

Der Kläger beantragt,

die Beklagten zu 1) bis 4) zu verurteilen, an die H... jeweils 3 Mio. € nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 11.01.2002 zu zahlen.

Die Beklagten beantragen,

die Klage abzuweisen.

Bezüglich der Geschehnisse, die im Zusammenhang mit den Refinanzierungsdarlehen stehen, behaupten die Beklagten, dass das gesamte Geschäft seitens der G.M. von Anfang an darauf gerichtet gewesen sei, ihrer Hauptaktionärin - der G.. - insgesamt 40 Mio. € zuzuführen, wobei das Geschäft aufgrund der hohen Depotwerte für die nur mit sehr geringen Risiken verbunden gewesen sei. So habe sie zusammen mit der G.. sie - die Beklagten - insofern unter Druck gesetzt, als sie mitgeteilt hätten, die 800.000 Aktien der I. nach Ablauf der Lock-up-Periode auf den Markt werfen zu wollen, wobei sie dies aber unterlassen könnten, wenn man eine Lösung finde. Die Beklagten behaupten damit, dass das maßgebliche Interesse an dem gesamten Vorgang von der und nicht von ihnen selbst ausgegangen sei.

Was den Abschluss der Schuldscheindarlehen mit der G.. betrifft, behaupten die Beklagten, dass bei Unterzeichnung der Schuldscheindarlehen am 25.09.2000 die in der Vereinbarung als beiliegend erwähnten Darlehensbedingungen nicht vorgelegen hätten. Die Darlehensbedingungen seien ihnen vielmehr am 27.09.2000 übersandt worden. Sie - die Beklagten - seien von einem ihnen zustehenden Rückzahlungswahlrecht ausgegangen. Im Übrigen hätten sie die Schuldscheindarlehen nur zu privaten Zwecken abgeschlossen. Über ein Verlustrisiko und über die Risiken der Einräumung eines Rückzahlungswahlrechts der Darlehensschuldnerin seien sie nicht aufgeklärt worden. Die Beklagten behaupten nunmehr, die G.M. habe die Darlehensbeträge weder an sie noch auf ein Konto der G.. überwiesen.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der eingereichten Schriftsätze nebst den beigefügten Anlagen verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die Klage ist im Urkundsverfahren zulässig und begründet.

Die Beklagten zu 1) bis 4) sind verpflichtet, an die Firma H... jeweils 3 Mio. € aus den Refinanzierungsdarlehen vom 25.09.2000 zu zahlen.

I.

Die Darlehensverträge zwischen den Beklagten und der G.M. aus dem Jahre 2000 sind wirksam zustande gekommen. Die Refinanzierungsdarlehen, auf die das AGB-Gesetz Anwendung findet, sind nicht wegen Verstoßes gegen § 6 Abs. 3 AGBG unwirksam. Danach muss mindestens eine Klausel des Vertrages einer AGB-Inhaltskontrolle nicht standhalten und letztlich das Festhalten am übrigen Vertrag für eine Partei eine unzumutbare Härte darstellen, wobei gleichgültig ist, ob die fragliche Klausel durch dispositives Recht ersetzt wird oder gänzlich wegfällt. Weder die Refinanzierungsdarlehen selbst, noch die diesen zugrunde liegenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die ordnungsgemäß einbezogen wurden, lassen eine Klausel erkennen, die gegen das AGB-Gesetz verstößt und dann noch zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages führen sollte. Die einzelnen Bestimmungen zeigen keine gegen die Gebote von Treu und Glauben verstoßende unangemessene Benachteiligung der Beklagten auf, die zu einer Gesamtnichtigkeit führen würde. Die Frage der Unwirksamkeit der Refinanzierungsverträge mag einer Gesamtbetrachtung dieser Verträge mit den Schuldscheindarlehen an die G.. entstammen. Aber selbst wenn diese Schuldscheindarlehen gegen das AGB-Gesetz verstoßen würden, müsste dies bei einer AGB-Prüfung der Refinanzierungsdarlehen unbeachtet bleiben. Die Auswirkung eines ganz oder teilweise nichtigen Vertrages auf einen anderen Vertrag hat bei einer AGB-Prüfung keinen Raum, sondern ist vielmehr Frage der Anwendbarkeit von Normen des Allgemeinen Teils des BGB. Daran ändert auch die Vorschrift des § 24a AGBG nichts. Zwar besagt diese Vorschrift in Ziffer 3, dass bei Verbraucherverträgen die begleitenden Umstände und somit ggf. auch der Abschluss eines anderen Vertrages zu berücksichtigen sind, jedoch bezieht sich diese Vorschrift dabei explizit auf § 9 AGBG. Dies bedeutet, dass die begleitenden Umstände bei der Beurteilung der unangemessenen Benachteiligung im Rahmen der Kontrolle einer Klausel und damit nicht eines gesamten Vertragswerks Berücksichtigung finden muss.

Die Unwirksamkeit des Refinanzierungsdarlehens ergibt sich auch nicht aus der Vorschrift des § 139 BGB. Entgegen der Auffassung des Klägers handelt es sich vorliegend bei den Refinanzierungsdarlehen und bei den Schuldscheindarlehen um jeweils einheitliche Rechtsgeschäfte. Es genügt dafür nicht eine bloß äußere Verbindung oder ein wirtschaftlicher oder zeitlicher Zusammenhang (Palandt-Heinrichs, Kommentar zum BGB, § 139 Rdn. 5). Ausschlaggebend ist vielmehr, ob zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ein Wille der Parteien zur Einheitlichkeit der Rechtsgeschäfte vorliegt. Hierbei genügt der Einheitlichkeitswille einer Partei, wenn dieser für die andere Partei erkennbar war und von

ihr gebilligt oder hingenommen worden ist. Aus den Erklärungen der Parteien muss sich letztlich unter Berücksichtigung der Interessenlage und der Verkehrssitte der Wille ergeben, dass möglicherweise äußerlich getrennte Rechtsgeschäfte miteinander stehen und fallen sollen (Palandt-Heinrichs, a.a.O.).

So liegen die Dinge hier. Zum Abschluss der Refinanzierungsdarlehen kam es auf Betreiben der Beklagten, da diese die Aktien der I. von der G.. erwerben wollte. Zu diesem Zweck verschaffte die G.M. den Beklagten durch die Refinanzierungsdarlehen die finanziellen Mittel. Das alleine genügt jedoch nicht, um ein einheitliches Rechtsgeschäft anzunehmen. Vielmehr ist im vorliegenden Fall darüber hinaus zu berücksichtigen, dass sich die G.M. nicht mit ihrer Finanzierungsrolle alleine begnügte, sondern Funktionen der anderen Partei des finanzierten Geschäftes im Zusammenwirken mit dieser in einer Weise und einem Umfang wahrnahm, dass die Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit des Darlehensvertrages gegen Treu und Glauben verstoßen würde (vgl. BGH NJW 2000, 3065 ff. m.w.N.). Entscheidend ist vorliegend, dass die G.. mit einem Aktienanteil von 40 % an der G.M. beteiligt war. Darüber hinaus nahm die G.M. für den Abschluss der Schuldscheindarlehen sämtliche Verhandlungen für die G.. wahr, erstellte die vertraglichen Unterlagen und legte sie den Beklagten vor. Für eine Verflechtung der beiden Geschäfte spricht letztlich auch die Kündigungsregelung aus dem Refinanzierungsdarlehen. Danach konnte die G.M. das Darlehen zur sofortigen Rückzahlung kündigen, sofern die Schuldscheine gekündigt wurden.

Entgegen der Auffassung der Beklagten führt die rechtsgeschäftliche Einheitlichkeit zwischen Refinanzierungs- und Schuldscheindarlehen jedoch nicht zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts im Ganzen. Ein Verstoß gegen die Lock-up-Regelung nach Ziffer 2.2 I des von der Deutschen Börse AG vorgegebenen Regelwerks des Neuen Marktes hat nicht die Nichtigkeit des hier vorliegenden Vertrages zur Folge, sondern löst ggf. Schadensersatzansprüche aus.

Das Schuldscheindarlehen ist auch nicht wegen Verstoßes gegen das AGBG nichtig. Unstreitig haben die Beklagten in ihren Erklärungen über den Kauf von Schuldscheinen der G.. die Darlehensbedingungen als beiliegend anerkannt. Daran sind sie im vorliegenden Urkundsverfahren festzuhalten. Aber selbst wenn die Darlehensbedingungen, auf die das AGBG Anwendung findet, nicht wirksam einbezogen worden wären, hätte dies nicht die Gesamtnichtigkeit des einheitlichen Rechtsgeschäfts zur Folge. An die Stelle der angegriffenen Rückzahlungsbedingungen würden gemäß § 6 Abs. 2 AGBG die gesetzlichen Vorschriften treten. Dies würde bedeuten, dass gemäß § 607 Abs. 1 BGB a. F. der Darlehensnehmer das Empfangene in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten hat. Es existiert mithin eine gesetzliche Vorschrift, die den Rückzahlungsmodus eines Darlehens und somit auch eines Schuldscheindarlehen regelt. Durch die Anwendung der gesetzlichen Vorschriften aus dem Darlehensvertrag ist auch eine Gesamtnichtigkeit des einheitlichen Rechtsgeschäfts gemäß § 6 Abs. 3 AGBG nicht gegeben. Dies wäre nur dann der Fall,

wenn das Festhalten am Vertrag eine unzumutbare Härte für eine Vertragspartei darstellen würde. Die Rückzahlung eines gewährten Darlehens in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge ist jedoch ein für ein Darlehen gewöhnlicher Rückzahlungsmodus. Selbst bei Unwirksamkeit der Rückzahlungsklausel wäre damit keine Gesamtnichtigkeit des Schuldscheindarlehens gegeben.

Der Kläger hat - wie im Urkundsverfahren erforderlich - die 4 Refinanzierungsdarlehensverträge im Original vorgelegt. Soweit die Beklagten nunmehr bestreiten, dass die Darlehenssummen tatsächlich auf das bei der G.M. geführte Konto der G.. geflossen sind, ist ihr nunmehriges Bestreiten unerheblich. Den Beklagten ist nämlich entgegenzuhalten, dass sie zunächst die Auszahlung der Darlehensbeträge aus dem Refinanzierungsdarlehen als unstreitig einräumten. Das Gericht verkennt nicht, dass es einer Partei nicht verwehrt ist, ihren Vortrag im Verlaufe des Prozesses zu ändern. Jedoch müssen dafür nachvollziehbare Gründe vorliegen. Diese sind nicht dargetan. Bloße prozesstaktische Überlegungen, wie sie vorliegend das nunmehrige Bestreiten der Beklagten hinsichtlich der Auszahlung der Darlehenssummen motivieren, sind unbeachtlich.

Soweit sich die Beklagten letztendlich darauf berufen, sie seien über Verlustrisiken und die besonderen Risiken bei der Einräumung eines Rückzahlungswahlrechts der G.. nicht aufgeklärt worden, ist dieser Einwand im vorliegenden Urkundsverfahren unbeachtlich. Zunächst hat ein solches Vorbringen auf die Wirksamkeit des Schuldscheindarlehens und des Refinanzierungsdarlehens keinen Einfluss. Ein Verstoß gegen Aufklärungspflichten zieht grundsätzlich nicht die Nichtigkeit des Vertrages nach sich, sondern gewährt Schadensersatzansprüche nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo oder positiven Forderungsverletzung. Mit solchen Ansprüchen können die Beklagten - sollten sie denn in der Tat aufklärungsbedürftig gewesen sein, was anhand der von ihnen in der Presse bekannt gewordenen Tätigkeiten für die I. fragwürdig sein dürfte, im Urkundsverfahren nicht gehört werden, da ihre Behauptungen weder unstreitig noch durch Urkunden belegt sind.

II.

Der Kläger konnte die Forderungen aus den Refinanzierungsdarlehen auch wirksam an die Fa H. ...abtreten und kann demzufolge nunmehr auch Zahlung an diese verlangen.

Die Abtretung der Forderungen ist nicht gemäß § 134 BGB wegen Verstoßes gegen das Bankgeheimnis nichtig. Anders als bei Ärzten und Rechtsanwälten, die einer gesetzlichen strafbewehrten Verschwiegenheitspflicht unterliegen (§ 203 I Nrn. 1 und 3 StGB), die ein gesetzliches Verbot darstellt und aus der ge-

folgt wird, dass die Abtretung von Forderungen von Ärzten und Rechtsanwälten gegen ihre Patienten bzw. Mandanten in aller Regel nichtig sei, ist diese Rechtsprechung auf das Verhältnis der Bank zu ihren Kunden nicht übertragbar. Einen vergleichbaren Bezug zu besonders sensiblen Lebensbereichen wie das Verhältnis Arzt/Patient, Anwalt/Mandant weist eine Bankbeziehung regelmäßig nicht auf (Cahn, WM 2004, 2041ff). Das Bankgeheimnis ist gesetzlich nicht geregelt. Ihm wird die Rechtsnatur eines Gewohnheitsrechts zuerkannt oder in ihm wird eine Nebenpflicht in der Geschäftsbeziehung zwischen der Bank und dem Kunden gesehen (zum Meinungsstand Cahn a.a.O.). Selbst wenn man im Bankgeheimnis ein Gewohnheitsrecht sieht, stellt Gewohnheitsrecht nur dann ein gesetzliches Verbot i. S. d. § 134 BGB dar, wenn es ein Rechtsgeschäft unmissverständlich verwirft, sich also gegen ein bestimmtes Rechtsgeschäft richtet (Mayer/Maly/Armbrüster in MüKo Band I, 4. Aufl. § 134 Rdn. 32). Das Bankgeheimnis umfasst zum einen die Verpflichtung der Bank, Stillschweigen über kundenbezogene Informationen zu bewahren und zum anderen das Recht, Auskünfte darüber zu verweigern. Es statuiert zwar eine Verpflichtung und ein Recht der Bank, jedoch kann ihm auch vor dem Hintergrund der oben angeführten Bedeutung für die Beteiligten keine unmissverständliche Missbilligung eines Rechtsgeschäfts, mithin einer Forderungsabtretung entnommen werden (LG Mainz, Urteil vom 23. 7. 2003, Az 3S 42/03, Korbenstein-Windpassinger, WM 1999, 473 ff, Früh, WM 2000, 497ff).

Die Wirksamkeit der Forderungsabtretung scheitert auch nicht an den Vorschriften des BDSG. Zwar ist gemäß § 4 I BDSG die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten unzulässig und durch die Abtretung ist der Kläger auch zur Auskunftserteilung gem. § 402 BGB verpflichtet. Jedoch liegt dann kein Verstoß gegen das BDSG vor, wenn dies zur Wahrung der berechtigten Interessen der Bank erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass schutzwürdige Interessen des Betroffenen überwiegen (§ 28 I Nr. 2 BDSG). Das Interesse des Betroffenen an Vertraulichkeit ist jedenfalls dann nicht vollumfänglich schutzwürdig, wenn er sich seinerseits nicht vertragsgerecht verhält. So liegen die Dinge hier. Die Refinanzierungsdarlehen sind nach Ablauf der Laufzeit zum 11.01.2002 zur Rückzahlung fällig. Die Beklagten haben diese verweigert und befinden sich demzufolge im Zahlungsverzug.

Die Abtretung ist auch nicht gemäß §§ 399, 400 BGB unwirksam. Die Verschwiegenheitsverpflichtung der Klägerin wie sie in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen niedergelegt ist, beinhaltet kein stillschweigend vereinbartes Verbot der Abtretung der streitgegenständlichen Forderungen mit der Folge der Unwirksamkeit der Abtretung. Das Gericht verkennt nicht, dass das Bankgeheimnis einen hohen Stellenwert genießt. Es beruht auf einem gegenseitigen Vertrauensverhältnis zwischen der Bank und dem Kunden und statuiert eine Treuepflicht. Ein Verstoß gegen eine Treuepflicht zieht im Regelfall einen Schadensersatzanspruch nach sich und begründet nicht gleichzeitig die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts. Zwar hat das Oberlandesgericht Frankfurt/Main ein stillschweigendes Abtretungsverbot bei Vereinbarung eines Bankgeheimnisses angenommen (OLG Ffm Urteil vom 25. 5. 2004, Az. 8 U 84/04), jedoch geht die überwiegende Meinung davon aus, dass eine Abtretung als solche

wirksam ist, aber bei Offenbarung eines Geheimnisses im Zuge der Abtretung die Bank dem Kunden zum Schadensersatz verpflichtet ist (Früh a.a.O., Koberstein-Windpassinger a. a. O. , Bruchner in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch I, § 39 Rdnr. 29, Toth-Feher/ Schick ZIP 2004, 491ff, BGH NJW 1982, 2768 ff). Das Gericht folgt der zuletzt genannten Ansicht, denn die Bank kann durch Abbedingung der Vorschrift des § 402 BGB gegenüber dem Zessionar auch im Falle einer Abtretung ihrer Pflicht zur Wahrung des Bankgeheimnisses gerecht werden, was gegen die strenge Konsequenz eines Abtretungsverbotes spricht. Darüber hinaus sind auch die erheblichen wirtschaftlichen Interessen der Banken zu berücksichtigen, die an Forderungsverkäufen bestehen und die eine maßgebliche Rolle in der Kreditwirtschaft spielen so dass die der Bank bei Verletzung des Bankgeheimnisses drohende Schadensersatzpflicht eine den wirtschaftlichen Bedürfnissen angemessene Sanktion darstellt.

Die Ansprüche des Klägers sind auch der Höhe nach begründet. Er kann aus den fälligen Darlehensrückzahlungsansprüchen Teilbeträge in Höhe von jeweils 3.000.000 - € geltend machen.

Auf die begründete Klageforderung stehen dem Kläger jeweils 5 % Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 11. 1. 2002 dem Zeitpunkt der Fälligkeit der Darlehensforderungen zu (§ 288 I BGB a. F.).

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit hat ihre Rechtsgrundlage in §§ 708 Nr. 4 i. V. m. 711 ZPO.

Den Beklagten bleibt die Ausführung ihrer Rechte im Nachverfahren vorbehalten § 599 I ZPO.

2-06 O 605/06

Lt. Protokoll
verkündet am:
16.01.2008

JAe.
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



LANDGERICHT FRANKFURT AM MAIN

IM NAMEN DES VOLKES

U r t e i l

In dem Rechtsstreit

L mbH

- Klägerin -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwältin H,

gegen

1) H GmbH,

- Beklagte -

2) K,

- Beklagter -

Prozessbevollmächtigte: zu 1 : Rechtsanwalt O

hat das Landgericht Frankfurt am Main - 6. Zivilkammer

durch

Vors. Richter am Landgericht R
Richterin am Landgericht W-S

Richter am Landgericht Dr. K

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 28.11.2007 für Recht erkannt:

Die Beklagten werden verurteilt,

1.

es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes in Höhe von bis zu EUR 250.000,-, ersatzweise Ordnungshaft, oder für den Fall, dass das Ordnungsgeld nicht beigetrieben werden kann, von Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, für die Beklagte zu 1 zu vollziehen an ihrem Geschäftsführer, zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs in dem Gebiet des Landes H Sportwetten ohne behördliche Erlaubnis zu veranstalten, anzubieten oder zu bewerben,

2.

der Klägerin Auskunft darüber zu erteilen, welche Umsätze sie dadurch erzielt haben, dass sie Sportwetten von Teilnehmern innerhalb des Gebietes des Landes H angenommen haben.

3.

Es wird festgestellt, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, der Klägerin allen Schaden zu ersetzen, der ihr dadurch entstanden ist oder zukünftig entstehen wird, dass die Beklagte zu 1. im Gebiet des Landes H ohne behördliche Erlaubnis Sportwetten veranstaltet, angeboten oder beworben hat oder zukünftig verunstaltet, anbietet oder bewirbt.

Die Beklagten haben die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von EUR 418.000,00 vorläufig vollstreckbar.

Der Streitwert wird auf EUR 500.000,00 festgesetzt.

Tatbestand:

Die Klägerin macht gegen die Beklagten Ansprüche im Zusammenhang mit dem angeblich wettbewerbswidrigen Anbieten von Sportwetten geltend.

Die Klägerin ist die H. L.. Ihr Alleingesellschafter ist das Land H.. Sie gehört dem deutschen Lotto- und Toto-Block an und veranstaltet die Sportwette „Oddset“ zu festen Gewinnquoten. Die Beklagte zu 1 mit Sitz in K./Österreich bietet Sportwetten mit festen Gewinnquoten an. Die Beklagte bietet ihre Sportwetten auch in H. über in H. ansässige Wettannahmestellen an, wobei die Wetten allein über den österreichischen Standort abgeschlossen werden. Unter den Domains www.h.at und www.h.de betreibt die Beklagte zu 1 ein Sportwettenportal. Unter der Domain www.h.at stellte die Beklagte in Aussicht, in Kürze eine Online-Wettmöglichkeit bereitzustellen (Anlage K 2). Inzwischen ist auf Seiten der Domains www.h.at und www.h.de ein Link angebracht, der zu der Seite www.h.com führt. Dort kann online gewettet werden. Der Beklagte zu 2 ist Geschäftsführer der Beklagten zu 1. Die Beklagte zu 1 verfügt über eine Buchmacherbewilligung der K. Landesregierung vom 27.01.2005 zur Veranstaltung von Sportwetten. Die Beklagte bemühte sich mit Schreiben vom 07.04.2005 vergeblich um eine Feststellung der Erlaubnisfreiheit, um eine Anerkennung der K. Buchmacherbewilligung bzw. um eine Erlaubnis H.r Behörden. Den ablehnenden Bescheid focht die Beklagte beim Verwaltungsgericht W.. an. Das Land H. wurde mit einstweiliger Anordnung des Verwaltungsgerichts W. vom 18.05.2006 verpflichtet, die Veranstaltung von Sportwetten durch die Beklagte vorläufig bis zum 28.03.2006 (Datum der Verkündung einer Entscheidung des BVerfG über eine Verfassungsbeschwerde) zu dulden. Im Hauptsacheverfahren hat das Landgericht W. die Klage der Beklagten gegen das Land H. mit Urteil vom 12.06.2007 abgewiesen (Anlage K 5). Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig. Seit einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts versieht die Beklagte ihre

Wettscheine mit Warnhinweisen zur Suchtprävention (Anlage B 5). Ebenso gibt sie Warnhinweise in Wettannahmestellen und im Internet.

Die Klägerin behauptet, das Land H. habe unmittelbar nach Kenntnisnahme des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 25.07.2006, Az. 11 TG 1465/06 die dort gestellten Auflagen für die Übergangszeit des bestehenden Sportwettenmonopols getroffen.

Die Klägerin beantragt,

1. die Beklagten bei Meidung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs in dem Gebiet des Landes H. Sportwetten ohne behördliche Erlaubnis zu veranstalten, anzubieten oder zu bewerben,
2. festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, der Klägerin allen Schaden zu ersetzen, der ihr dadurch entstanden ist oder zukünftig entstehen wird, dass die Beklagte zu 1. im Gebiet des Landes H. ohne behördliche Erlaubnis Sportwetten veranstaltet, angeboten oder beworben hat oder zukünftig verunstaltet, anbietet oder bewirbt,
3. die Beklagten zu verurteilen, der Klägerin Auskunft darüber zu erteilen, welche Umsätze sie dadurch erzielt hat, dass sie Sportwetten von Teilnehmern innerhalb des Gebietes des Landes H. angenommen hat.

Die Beklagten beantragen,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagten sind der Auffassung, die Anwendung von § 284 StGB bzw. § 5 Hes Spw/LottoG verstoße gegen Art. 12 GG sowie gegen die gemeinschaftsrechtliche Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit, sofern man Erlaubnisse aus einem anderen Mitgliedsstaat mit vergleichbarem Schutzniveau nicht ausreichen lasse. Die österreichische Erlaubnis der Beklagten erfasse auch Wetten mit Personen außerhalb Österreichs. Zwingende Gründe des Allgemeininteresses seien für das staatliche Sportwettenmonopol nicht ersichtlich. Der Internet-Auftritt der Beklagten zu 1 stelle keine Werbung im Sinne des § 284 StGB dar. Die Beklagte sei auch nicht als Veranstalterin im Sinne dieser Vorschrift anzusehen. Die Monopolisierung der Sportwetten in H. trage entgegen der vom EuGH

aufgestellten Voraussetzungen nicht kohärent und systematisch zur Begrenzung der Wetttätigkeiten bei.

Zur Ergänzung des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze sowie auf die zur Akte gelangten Anlagen verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die Klage ist begründet.

Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Unterlassung des Anbietens und Bewerbens von Sportwetten ohne behördliche Erlaubnis in H. aus §§ 3, 4 Nr. 11, 8 UWG iVm § 284 StGB (Antrag 1.).

Zwischen den Parteien besteht ein konkretes Wettbewerbsverhältnis. Sie bieten in H. Sportwetten zu festen Gewinnquoten, mithin austauschbare Leistungen an. Die Beklagte handelt dadurch wettbewerbswidrig, dass sie über Verkaufsstellen Glücksspiele anbietet und über das Internet für die Teilnahme wirbt, weil sie damit gegen § 284 I, IV StGB verstößt. Diese gegen die unerlaubte Veranstaltung von Glücksspielen gerichtete Strafvorschrift ist eine wettbewerbsbezogene Norm, die auch dem Schutz der Verbraucher dient (vgl. BGH GRUR 2002, 636, 637 – Sportwetten, BGH MMR 2004, 529, 531 – Schöner Wetten).

Die Beklagte bietet an und bewirbt in H. Glücksspiele i.S.d. § 284 StGB. Ein Glücksspiel im Sinne dieser Vorschrift liegt vor, wenn bei einem Spiel ein nicht unerheblicher Einsatz erbracht werden muss und die Entscheidung über Gewinn und Verlust zumindest im Wesentlichen nicht von Fähigkeiten, Kenntnissen oder dem Grade der Aufmerksamkeit des Spielers, sondern vom Zufall abhängt (vgl. BGH NStZ 03,372). Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Die Teilnehmer setzen Beträge in nicht unerheblicher Höhe auf den Ausgang eines bevorstehenden Sportereignisses. Die Entscheidung über den nach festen Quoten ausgelobten Gewinn hängt damit zumindest ganz wesentlich vom Zufall ab. Dementsprechend werden Sportwetten sowohl in der strafrechtlichen als auch in der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung (vgl. BGH GRUR 02,636 - Sportwetten; BGH GRUR 04,693,695 - Schöner Wetten) einhellig als Glücksspiele im Sinne des § 284 StGB angesehen.

Die Beklagte ist „Veranstalterin“ von Glücksspielen im Sinne des § 284 StGB. Der Veranstalterbegriff ist weit auszulegen. Veranstalter ist der Unternehmer der die Spielgelegenheit in wirtschaftlich und organisatorisch verantwortlicher Weise eröffnet und die Spielbedingungen bestimmt. Dies trifft auf österreichische Lottogesellschaften zu, die in einem deutschen Bundesland Sportwetten anbieten oder bewerben (vgl. OLG Köln, Beschl.v. 07.07.04, 6 W 65/04, Anlage B 6). Entgegen der Auffassung der Beklagten spricht letztgenannte Entscheidung nicht gegen eine Veranstaltereigenschaft der Beklagten.

Die Beklagte zu 1 bewirbt unstreitig auf den von ihr betriebenen Websites h. .at und h. .de Sportwetten. Dies ist etwa aus der Anlage K 2 ersichtlich. Die Beklagte zu 1 bietet in H. auch Sportwetten an. Sie bedient sich dazu zahlreicher Wettbüros (vgl. Schriftsatz vom 16.11.07, S. 3 f.). Entgegen der Auffassung der Beklagten liegt der Tatort in Deutschland. Dass die Wettannahmestellen von selbständigen Dritten betrieben werden, während die Wetten in Österreich abgewickelt werden, spielt keine Rolle. Die Beklagte bietet ihre Wetten über die Wettbüros gezielt in H. an. Auch das Werben über das Internet richtet sich bestimmungsgemäß an Kunden in Deutschland, was sich schon aus der Topleveldomain „.de“ ergibt.

Ohne Erfolg beruft sich die Beklagte darauf, auf ihrer Internetseite finde kein „Anbieten“ und auch keine „Werbung“ zum Spiel, sondern nur eine Information statt. Eine Spielmöglichkeit werde auf der Seite nicht eingeräumt. Die Textzeile „Online wetten und gewinnen!“ stellt eine anpreisende Werbung dar. Ausweislich der Anlage K 2 wurde auch eine Online-Wettmöglichkeit für die Zukunft in Aussicht gestellt („In Kürze: Online wetten und gewinnen!“). Insoweit bestand bereits Erstbegehungsgefahr. Inzwischen findet sich auf den Seiten ein blinkender Hinweis, der zu der nicht von der Beklagten betriebenen Website „h. .com“ führt. Dort kann online gewettet werden. Die Beklagten können nicht gehört werden, auf dieses Angebot hätten sie keinerlei Einfluss. Jedenfalls haben sie Einfluss auf die Verlinkung der von ihnen betriebenen Homepages. Angesichts der Vorankündigung müssen die Beklagten als Veranstalter angesehen werden.

Die Beklagten verfügen nicht über die für das Veranstalten von Sportwetten notwendige Erlaubnis einer inländischen Behörde. Eine solche Erlaubnis ist nicht mit Rücksicht darauf entbehrlich, dass der Beklagten in Österreich eine Erlaubnis zur Veranstaltung von

Glücksspielen erteilt worden ist (vgl. BGH MMR 2004, 529, 531 – Schöner Wetten; Tröndle/Fischer, 54. Aufl., § 284 StGB, Rn. 15; offen gelassen in *LG Frankfurt*, NStZ-RR 2007, 201, 202).

Die Vorschrift des § 284 StGB verstößt insoweit nicht gegen die durch Art. 46 und 49 EGV gewährleisteten Grundfreiheiten der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit. Zwar können diese Grundfreiheiten durch Rechtsvorschriften, die Glücksspielveranstaltungen beschränken, verletzt werden (vgl. EuGH NJW 2004, 139 f. - Gambelli). Die Strafvorschrift des § 284 StGB verbietet jedoch lediglich das Veranstalten eines Glücksspiels ohne behördliche Erlaubnis und ist insoweit durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt (OLG Celle NJOZ 2007, 4289, 4295; vgl. BVerwG NJW 2001, 2648 f.). Sie trifft selbst keine Entscheidung darüber, ob und inwieweit Glücksspiele abweichend von ihrer grundsätzlichen Unerlaubtheit zugelassen werden können oder nicht und verstößt als solche schon deshalb nicht gegen die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit. Nach europäischem Gemeinschaftsrecht steht es im Ermessen der Mitgliedstaaten, Glücksspiele auch vollständig zu verbieten (vgl. EuGH WRP 1999, 1272, 1274 f. - Zenatti; EuGH NJW 2004, 139, 140 - Gambelli).

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Anwendung des § 284 StGB entfällt, wenn die Erlaubnis beantragt, aber rechtswidrig versagt worden ist. Der Beklagten ist eine inländische Erlaubnis nicht rechtswidrig versagt worden. Nach § 1 I HessSpW/LottoG ist das Land H. alleine befugt, innerhalb seines Staatsgebiets Sportwetten zu veranstalten. Sie führt diese Aufgabe durch die Klägerin aus. Zwar ist diese Vorschrift wegen Verstoßes gegen Art 12 I GG verfassungswidrig und wegen Verstoßes gegen die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit auch gemeinschaftsrechtswidrig (VGH Kassel, NVwZ 2006, 1435). Entsprechend den Grundsätzen des BVerfG in der Entscheidung vom 28.03.2006 zum bayrischen Sportwettenmonopol (BVerfG GRUR 2006, 688) darf das Gesetz jedoch zunächst weiter angewandt werden. Die Aufrechterhaltung des staatlichen Monopols ist - nach Maßgabe der Grundsätze der Entscheidung - in der Übergangszeit bis zum 31.12.2007 zulässig (VGH Kassel, a.a.O.). Aus § 5 HessSpW/LottoG erschließt sich, dass das Veranstaltungsmonopol des § 1 I HessSpW/LottoG auch für die Werbung und die Aufforderung zur Vermittlung und zum Abschluss von Spielverträgen gilt. Da das unerlaubte Anbieten, Veranstalten und Vermitteln von Sportwetten nach wie vor als unzulässig angesehen werden darf, stellt dessen Untersagung bzw. Nichtgenehmigung keinen unzulässigen Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit dar.

In seiner Entscheidung vom 28.03.2006 leitet das BVerfG die Verfassungswidrigkeit der das staatliche Monopol begründenden Landesgesetze aus dem legislatorischen Regelungsdefizit ab, keine hinreichende Sicherung der mit dem staatlichen Monopol verfolgten Ziele der Begrenzung der Spielleidenschaft und der Bekämpfung der Wettsucht zu schaffen. ODDSET verfolge erkennbar fiskalische Interessen. Das tatsächliche Auftreten von ODDSET entspreche einer wirtschaftlich effektiven Vermarktung und sei nicht an einer Bekämpfung von Spielsucht ausgerichtet. Das BVerfG gibt deshalb dem Gesetzgeber eine Neuregelung auf und verlangt für eine Übergangszeit bis zum 31.12.2007 von der Exekutive, ein „Mindestmaß an Konsistenz“ herzustellen zwischen dem Ziel der Begrenzung der Spielleidenschaft und der Bekämpfung der Wettsucht einerseits und der tatsächlichen Ausübung des Monopols andererseits. Damit hat das BVerfG nicht nur die weitere Anwendung verfassungswidrigen Rechts erlaubt, sondern gleichzeitig wegen des festgestellten legislatorischen Defizits ein an der Verfassung orientiertes Übergangsrecht geschaffen, das nach § 31 BVerfGG verbindlich ist. Bei der korrekten Ausfüllung des Begriffs und der Beachtung der Vorgaben im Tatsächlichen sieht das BVerfG bis zum 31.12.2007 Art. 12 I GG nicht als verletzt an, wenn - unter Aufrechterhaltung des staatlichen Monopols - Privaten Wettangebote und -vermittlung aus ordnungsrechtlichen Gründen nicht erlaubt werden. Die Grundsätze des BVerfG sind auf den in H. geprägten Rechtszustand in vollem Umfang zu übertragen (vgl. BGH NJW 2007, 3078, 3080 „für alle anderen Bundesländer“). Das HessSpw/LottoG weist hinsichtlich der Ausgestaltung des staatlichen Sportwettenmonopols keine substantiellen Unterschiede zu dem Staatslotteriegesetz in Bayern auf (VGH Kassel, NVwZ 2006, 1435, 1436).

Der Nichterteilung der Erlaubnis verstößt auch nicht gegen Europarecht. Die sich aus Art. 43 und 49 EG-Vertrag ergebende Niederlassungsfreiheit und die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs sind nicht verletzt. Der Europäische Gerichtshof hält eine Monopolisierung nicht grundsätzlich für unzulässig (vgl. oben). Beschränkungen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit sind aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses zulässig. Behördliches Verhalten muss geeignet sein, die Verwirklichung dieses Ziels zu gewährleisten. Als schützenswert ist nach der Rechtsprechung des BVerfG das Allgemeininteresse an der „Bekämpfung der Wettsucht“ und der „Begrenzung der Spielleidenschaft“ anzusehen. Will der Staat - zur Wahrung des so definierten allgemeinen Wohls - das Sportwettangebot monopolisieren, ist dies nach der Gambelli-Entscheidung des EuGH nur zulässig, wenn er die Verwirklichung der genannten Ziele durch Maßnahmen

gewährleistet, die „kohärent und systematisch zur Begrenzung der Wetttätigkeiten beitragen“ (EuGH NJW 2004, 139, 140, Rn. 67 - Gambelli). Daran fehlt es, wenn Behörden eines Mitgliedsstaats Verbraucher dazu anreizen und ermuntern, an Lotterien, Glücksspielen oder Wetten teilzunehmen (EuGH aaO, Rn. 69). Das vom BVerfG geschaffene Übergangsrecht mit dem Verlangen nach einem „Mindestmaß an Konsistenz“ entspricht diesen Anforderungen.

Die Auswertung der neueren Rechtsprechung des EuGH führt zu keinem anderen Ergebnis. In der von der Beklagten besonders herausgestellten Entscheidung vom 06.03.2007 (EuGH MMR 2007, 300 – Placanica) hat der EuGH den Ausschluss von Wirtschaftsteilnehmern in der Form von Kapitalgesellschaften durch ein Konzessionierungssystem in Italien als Art. 43 und 49 EG-Vertrag entgegenstehend beurteilt. Der EuGH hat jedoch erneut festgestellt, dass die Beschränkung der Anzahl der Wettanbieter gerechtfertigt sein kann, um die Gelegenheiten zum Spiel zu vermindern und in geordnete Bahnen zu lenken. Im Gegensatz zur deutschen Rechtslage hatte für Italien zuvor der dortige Corte suprema di cassazione (verbindlich) festgestellt, dass der italienische Gesetzgeber im Bereich der Glücksspiele eine expansive Politik mit dem Ziel betreibe, die Staatseinnahmen zu erhöhen, und dass die italienischen Rechtsvorschriften weder mit dem Ziel der Beschränkung der Spielleidenschaft der Verbraucher noch mit dem einer Eindämmung des Spielangebots gerechtfertigt werden könnten (vgl. EuGH MMR 2007, 300, 303 Rdnr. 54).

Werden also unter Beachtung des vom BVerfG gesetzten Übergangsrechts von der Klägerin nunmehr wirksame Maßnahmen zur Bekämpfung der Spielsucht eingeleitet und wird die Wettleidenschaft tatsächlich eingedämmt und gebremst, so liegt in der Übergangszeit auch kein Verstoß gegen Art. 43, 49 EG-Vertrag (mehr) vor. Nach den Vorgaben des BVerfG darf der Staat die Übergangszeit nicht zu einer expansiven Vermarktung von Wetten nutzen. Daher sind bis zu einer Neuregelung die Erweiterung des Angebots staatlicher Wettveranstaltung sowie eine Werbung, die über sachliche Informationen zur Art und Weise der Wettmöglichkeit hinausgehend gezielt zum Wetten auffordert, untersagt. Ferner hat die Staatliche Lotterieverwaltung umgehend aktiv über die Gefahren des Wettens aufzuklären (BVerfG GRUR 2006, 688, 694, Rn 160).

Die Klägerin hat hinreichend substantiiert dargelegt, dass sie nach Kenntnisnahme des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 25.07.2006, Az. 11 TG 1465/06 ausreichende Maßnahmen zur Erfüllung der dort gestellten Auflagen getroffen hat. Aus dem

Maßnahmenkatalog der Anlage K 3 und der Dokumentation der Anlagen K 4, K 19 ergibt sich, dass die Klägerin zum Beispiel keine Live-Wetten, keine Halbzeitwetten und keine TV-Wetten mehr anbietet. Auch Wetten über SMS sind nicht mehr möglich. Rundfunk- und Fernsehwerbungen werden nicht mehr geschaltet. Entsprechende Verträge wurden storniert. Im Internet und auf verschiedenen Werbemedien wurden Spielsuchthinweise angebracht. Der Internetvertrieb wurde komplett eingestellt. Außerdem wurde eine Kundenkartenpflicht eingeführt. Soweit die Beklagte darauf verweist, es gebe nach wie vor keine Einsatzbeschränkungen zugunsten der Verbraucher, keine Verlusthöhenbegrenzung, keine SchuFa-Abfragen zur Identifizierung zahlungsfähiger Kunden und kein Verbot des Wettangebots in Geschäften des täglichen Bedarfs, so mögen diese Maßnahmen zwar ebenfalls suchtpräventiv wirken, werden aber vom BVerfG nicht explizit vorgeschrieben. Auch die aus der Anlage B 23 ersichtlichen Werbemaßnahmen der Klägerin für Oddset sprechen nicht gegen das Einhalten der Kriterien des BVerfG. Zwar geht der Slogan „ODDSET, die Sportwette von Lotto. Jetzt Quoten abrufen. Jetzt gewinnen!!“ über eine sachliche Information hinaus. Dennoch handelt es sich nicht um eine expansive oder aggressive Werbung, zumal sie nur in Lottoannahmestellen aushängt. Dort gehen ohnehin nur bereits spielbereite Kunden hin.

Der Ernsthaftigkeit der Maßnahmen bzw. dem Kohärenzkriterium des EuGH steht auch nicht entgegen, dass das Land H. andere staatliche Glücksspielformen wie etwa Spielkasinos nach wie vor anpreisend bewirbt und vermarktet. Die Vorgaben des BVerfG beziehen sich auf Sportwetten. Nur in diesem Bereich will die Beklagte auch tätig werden. Sie kann sich deshalb im Wettbewerbsprozess nicht mit anderen Spielformen vergleichen. Auch der EuGH-Entscheidung „Placanica“ kann entgegen der Auffassung der Beklagten nicht entnommen werden, dass bei der Betrachtung der Kohärenz zwischen den gesetzgeberischen Zielen und der Regelung der gesamte Glücksspielbereich berücksichtigt werden muss. Vielmehr wird das Kohärenzkriterium in der genannten Entscheidung nur hinsichtlich der Beschränkung der Konzessionen im Sportwettenbereich beleuchtet. Dem steht nicht entgegen, dass der EuGH auf die Feststellung des *Corte suprema di cassazione* zurückgegriffen hat, wonach der italienische Gesetzgeber im *gesamten* Glücksspielbereich das vorrangige Ziel der Einnahmenerzielung verfolge (EuGH MMR 2007, 300, 303 Rn. 50, 54 – Placanica). Da auch Wetten zu den Glücksspielen gehören, konnte diese Feststellung angewendet werden.

Die Beklagte kann nicht mit Erfolg einwenden, das Sportwettenmonopol und die dort eingeleiteten Maßnahmen seien nicht geeignet, das grundsätzlich legitime Ziel der Suchtbekämpfung zu erreichen, solange andere Glücksspielformen wie Pferdewetten nicht monopolisiert seien und damit nicht den staatlichen suchtpreventiven Maßnahmen unterfielen. Wie die Beklagte selbst vorträgt, erfreuen sich gerade die Oddset-Sportwetten einer besonderen Beliebtheit. Es gibt in H. hundertmal mehr Annahmestellen für staatliche Sportwetten als etwa für Pferdewetten (Bl. 91 d.A.) Dies leuchtet auch ein, weil sich bekanntermaßen für Fußball weitaus mehr Verbraucher interessieren als für jede andere Sportart. Dem Gesetzgeber muss ein gewisser Beurteilungsspielraum zugemessen werden, welche Wettart er für besonders gefährlich hält. Er ist nicht verpflichtet, alle Wettarten gleichermaßen zu monopolisieren.

Die Beklagte verfügte damit nicht über die im Sinne des § 284 StGB erforderliche Erlaubnis. Ob ihre österreichische Buchmachererlaubnis ein vergleichbares Schutzniveau sicherstellt, wie die vom BVerfG der Klägerin für die Übergangszeit vorgeschriebenen Maßnahmen, ist unerheblich.

Unerheblich ist auch, ob die Klägerin selbst über eine „behördliche Erlaubnis“ verfügt, was die Beklagte unwidersprochen in Abrede stellt. Der Einwand der „unclean hands“ greift nicht ein. Denn bei einem Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG iVm § 284 StGB geht es vorrangig um Belange des Gemeinwohls, nicht nur um den Schutz der Wettbewerber. Für den „unclean hands“-Einwand ist deshalb kein Raum.

Die Beklagten handeln auch vorsätzlich im Sinne des § 284 StGB. Wenn der Rechtsbruchtatbestand an eine Strafnorm anknüpft, muss der Straftatbestand auch hinsichtlich des Verschuldens erfüllt sein (OLG Celle NJOZ 2007, 4289, 4295; Hefermehl/Köhler, 25. Aufl., § 4 UWG, Rn. 11.50). Spätestens seit Zustellung der vorliegenden Klage sind ihnen sämtliche Umstände bekannt, die die Strafbarkeit wegen unerlaubten Veranstaltens von Glücksspielen begründen. Unerheblich ist, dass die Beklagten sich im Besitz einer gültigen (österreichischen) Genehmigung wähnen bzw. aus verfassungs- und europarechtlichen Gründen von einer Erlaubnisfreiheit ausgehen. Auf einen Verbotsirrtum im Sinne des § 17 StGB können sich die Beklagten im Wettbewerbsrecht nicht mit Erfolg berufen. Denn für den wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch ist – anders als für den staatlichen Strafanspruch – die *persönliche* Vorwerfbarkeit nicht maßgeblich. Ein Verbotsirrtum ist deshalb unbeachtlich (Hefermehl/Köhler, 25. Aufl., § 4 UWG, Rn. 11.54).

Ohnehin war der Verbotsirrtum vermeidbar. Denn spätestens seit der Entscheidung des Verwaltungsgerichts W. vom 12.06.2007 in dem Verwaltungsstreitverfahren der Parteien konnten die Beklagten nicht mehr davon ausgehen, dass sie im Besitz einer für H. wirksamen Genehmigung sind oder ihre Tätigkeit gar erlaubnisfrei ist. Trotzdem setzten die Beklagten ihre Tätigkeit fort.

Der Beklagte zu 2 ist als Geschäftsführer der Beklagten zu 1 für den Wettbewerbsverstoß persönlich verantwortlich. Der gesetzliche Vertreter einer GmbH haftet für eine unerlaubte Handlung, wenn er sie selbst begangen hat oder als Störer für die Rechtsverletzung ursächlich ist (BGH, GRUR 1986, 248, 250 - Sporthosen). Selbst ohne eigene Kenntnis kommt eine persönliche Haftung des Geschäftsführers unter dem Gesichtspunkt der Organisationspflichtverletzung in Betracht. Er muss sich das Wissen der Personen zurechnen lassen, die er bewusst eigenverantwortlich für sich handeln lässt (§ 166 I BGB analog; OLG Frankfurt, GRUR-RR 2001, 198, 199 – Verantwortlichkeit; OLG Hamburg, GRUR-RR 2006, 182, 183 – Miss17).

Die Beklagten können sich nicht mit Erfolg darauf berufen, mit dem Verbot des Anbietens von Wetten in H. werde ihnen angesichts der weltweiten Verbreitung des Internets etwas Unmögliches abverlangt. Nach der Fassung des Klageantrags ist den Beklagten das „Anbieten“ und „Bewerben“ im Gebiet des Landes H. verboten. Es wird nicht verlangt, für Spieler aus H. jede Spielmöglichkeit technisch auszuschließen. Die Klägerin hat bislang unwidersprochen vorgetragen, dass es zahlreiche technische Möglichkeiten gibt, den Standort des Kunden zu identifizieren (vgl. Schriftsatz vom 16.11.07, S. 21 ff.). Letztlich spielt es aber keine Rolle, ob es technisch umsetzbar ist, Zugriffe aus H. auf die Website zu verhindern. Jedenfalls wäre es zumutbar, einen Disclaimer aufzunehmen, in dem die Beklagte ankündigt, Adressaten in H. nicht zu beliefern (vgl. BGH NJW 2006, 2630 – Arzneimittelwerbung im Internet). Die Beklagten verstoßen gegen das Verbot nicht, wenn trotzdem Kunden aus H. Wetten in Auftrag geben, ohne dass die Beklagte dies bemerkt. Denn es ist den Beklagten nur das Anbieten, nicht das unbewusste Annehmen von Wetten aus H. verboten.

Der Klägerin steht gegen die Beklagten dem Grunde nach ein Anspruch auf Schadensersatz aus § 9 UWG zu (Antrag 2.). Die Beklagten haben den Wettbewerbsverstoß schuldhaft begangen (vgl. oben).

Der Klägerin steht gegen die Beklagten außerdem nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) als Hilfsanspruch zum Schadensersatzanspruch ein Anspruch auf Auskunft über die mit den Verletzungshandlungen erwirtschafteten Umsätzen zu (Antrag 3.).

Die Kammer sieht keine Notwendigkeit, Auslegungsfragen des EGV im Wege der Vorabentscheidung durch den EuGH nach Art. 234 EGV klären zu lassen. Denn die Kammer weicht von der Rechtsprechung des EuGH nicht ab. Eine Vorlagepflicht zu einer entscheidungserheblichen Frage des Gemeinschaftsrechts trifft nach Art. 234 III EGV ohnehin nur das letztinstanzliche Hauptsachegericht (vgl. BVerfG NJW 2007, 1521; BVerfG GRUR 2005, 52).

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 709 ZPO. Der Streitwert wurde gemäß § 3 ZPO festgesetzt.

R

W-S

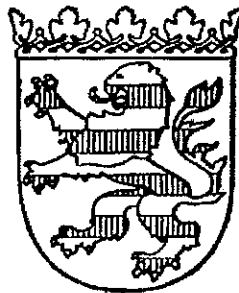
Dr. K

LANDGERICHT FRANKFURT AM MAIN

Geschäftsnr.: 2-06 O 288/06

Lt. Protokoll
verkündet am 31.05.2006

JAe G.
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



***Teilanerkennnis-
und Schlussurteil***

IM NAMEN DES VOLKES

In dem einstweiligen Verfügungsverfahren

hat das Landgericht Frankfurt am Main - 6. Zivilkammer –

durch Vorsitzenden Richter am Landgericht **R.**
Richter am Landgericht **Dr. K.**
Richterin am Landgericht **W-S**

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 31.05.2006 für Recht erkannt:

Die Antragsgegner werden im Wege der einstweiligen Verfügung verurteilt,

1. es bei Meidung von Ordnungsgeld bis 250.000,00 € - ersatzweise Ordnungshaft - oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, für die Antragsgegnerin zu 1.) zu vollstrecken an ihrem Geschäftsführer, für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs

eine Software zur Herstellung von Vervielfältigungen beim N. Musikdienst der Antragstellerin zu 1.) abgerufener Musikdateien, die mit dem Digital Rights Management System von Microsoft Version 9 und/oder Version 10 (Janus) verschlüsselt sind,

zu verbreiten und/oder zu bewerben, letzteres insbesondere mit den folgenden Werbeaussagen:

- a) N. - die neue Musik-Flatrate - Für knapp 15 Euro so viel Musik hören und downloaden, bis der Arzt kommt. Doch das geht nur so lange, wie man auch tatsächlich die Flatrate abonniert hat. Sobald man kein zahlendes Mitglied mehr ist, sind die ganzen schönen Musik-Downloads unbrauchbar. Dank DRM (Digital Rights Management) lassen sich die teuer bezahlten Musik-Files nicht mehr abspielen und verschwenden nur noch Platz auf Ihrer Festplatte“;

und/oder

- b) „Hier kommt N. mit N. schneiden Sie auf technisch legale Weise Ihre Musik über die Soundkarte ganz einfach mit und schon können Sie Ihre Privatkopie hören, so oft und wo immer Sie wollen“;

und/oder

- c) „clever: -Flatrate-Beschränkung einfach umgehen- schnell: ohne Umwege zu eigenen Songs - legal: analog aufnehmen und für die Ewigkeit sichern“;

und/oder

- d) „clever. schnell. legal. Damit der Flatrate-Schuß nicht nach hinten losgeht!“;

und/oder

- e) N.-Songs aufnehmen (mp3 und OGG) und für die Ewigkeit sichern - Musik ab sofort unbegrenzt hören - Einzelne Songs oder ganze Ordner aufzeichnen und sichern“;

und/oder

- f) „Da freut sich Ihr mp3-Player - natürlich können Sie Ihre analog aufgezeichneten Musikstücke ab sofort auch auf Ihrem mp3-Player kopieren und damit anhören“;

und/oder

- g) „Tipp - Schließen Sie das kostenlose 7-Tage-Abo der N.-Flatrate ab und probieren Sie aus, was geht“;

wie insbesondere im Internet und auf der Produktverpackung geschehen,

2. der Antragstellerin zu 2.) unverzüglich Auskunft über die Herkunft und den Vertriebsweg der Datenträger und Verpackungsmaterialien, insbesondere wie vorstehend unter Ziffer 1) wiedergegeben, nebst Einlegern zu erteilen, die mit dem Kennzeichen „N.“ versehen sind, und dabei insbesondere Namen und Anschrift des Herstellers und der Lieferanten sowie der gewerblichen Abnehmer und Auftraggeber sowie die Menge der erhaltenen, hergestellten, bestellten und, auch direkt an Endkunden, ausgelieferten Stücke mitzuteilen;
3. sämtliche in den Geschäfts- und Lagerräumen der Antragsgegnerin zu 1.) und des Antragsgegners zu 2.), darunter auch die von der Antragsgegnerin zu 1.) bei der P. Verlagsauslieferungs GmbH, unterhaltene Lagerräume, vorhandenen Datenträger und Verpackungsmaterialien, insbesondere wie vorstehend unter Ziffer 1) wiedergegeben, nebst Einlegern, die mit dem Kennzeichen „N.“ versehen sind, an einen von der Antragstellerin zu 2.) zu beauftragenden Gerichtsvollzieher herauszugeben.
4. Im übrigen werden die Verfügungsanträge zurückgewiesen.
5. Die Antragsgegner haben die Kosten des Verfahrens zu tragen.

-Tatbestand-

Tatbestand:

Die Parteien streiten über eine Umgehungssoftware für einen gebührenpflichtigen Online-Musikdienst.

Die Antragstellerinnen gehören zur N.-Gruppe, die einen internationalen Online-Music-Service betreibt. Die Antragstellerin zu 1 betreibt den Dienst in Deutschland. Die Antragstellerin zu 2 ist Inhaberin der nationalen Marke „N.“. Mit dem Online-Music-Service wird Kunden unter anderem eine „Music-Flatrate“ angeboten, bei der es sich um eine Art Abonnement handelt. Gegen Zahlung einer monatlichen Gebühr von EUR 9,95 ist es den Nutzern erlaubt, Musikdateien aus dem Gesamtrepertoire der Antragstellerinnen herunter zu laden. Die Kunden müssen vorher ihr Einverständnis mit den Geschäftsbedingungen der Antragstellerin zu 1 erklären. Nach den Geschäftsbedingungen dürfen die herunter geladenen Dateien nicht mehr zur Musikwiedergabe genutzt werden, wenn das Flatrate-Abonnement beendet ist. Nach Ende des Flatrate-Abonnements ist das Abspielen grundsätzlich auch nicht mehr möglich. Denn die Dateien sind durch ein Digital Rights Management System (DRM) geschützt. Das DRM-System führt dazu, dass die Dateien nur mit einem Lizenzschlüssel abgespielt oder vervielfältigt werden können. Nach Ablauf des Abonnements erlischt die Zugangsmöglichkeit.

Die Antragsgegnerin zu 1 ist ein Fachverlag für Bücher und Software in den Bereichen Elektronik und Computer. Sie vertreibt ihre Produkte sowohl an Endkunden als auch an Wiederverkäufer. Unter anderem vertrieb die Antragsgegnerin zu 1 das Softwareprodukt „N. DirectCut“. Der Antragsgegner zu 2 ist ein Abnehmer des Produkts, das er an Endabnehmer weiter verkaufte. Das Softwareprodukt „N. DirectCut“ ermöglicht es, bei der Antragstellerin abgerufene Musikdateien trotz des DRM-Schutzes zu vervielfältigen und dauerhaft zu speichern. Am Ende des Vervielfältigungsvorgangs steht dem Nutzer eine digitale, nicht kodierte Musikdatei zur Verfügung.

Die Antragsgegner haben mit Schreiben vom 11.04.2006 eine strafbewehrte Unterlassungserklärung hinsichtlich der Verbreitung des Produkts mit der Bezeichnung „N. DirectCut“ abgegeben. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf die Anlagen AS 4, AS 5 und AS 7 Bezug genommen.

Die Antragstellerinnen behaupten, bei der Software „N. DirectCut“ handele es sich um eine Umgehungsvorrichtung im Sinne des § 95a UrhG. Nicht erst das beim Abspielen entstehende analoge Signal, sondern die digitale Musikdatei der Antragstellerin zu 1 sei Quelle der Vervielfältigung.

Die Antragstellerinnen beantragen,
die Antragsgegner zu verurteilen,

1.

es bei Meidung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu unterlassen,
im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs

eine Software zur Herstellung von Vervielfältigungen beim Musikdienst der Antragstellerin zu 1) abgerufener Musikdateien, die mit dem Digital Rights Management System von Microsoft Version 9 und/oder Version 10 (Janus) verschlüsselt sind,

zu besitzen, zu verbreiten sowie zu bewerben, letzteres insbesondere mit den folgenden Werbeaussagen:

- a) „N. - die neue Musik-Flatrate - Für knapp 15 Euro so viel Musik hören und downloaden, bis der Arzt kommt. Doch das geht nur so lange, wie man auch tatsächlich die Flatrate abonniert hat. Sobald man kein zahlendes Mitglied mehr ist, sind die ganzen schönen Musik-Downloads unbrauchbar. Dank DRM (Digital Rights Management) lassen sich die teuer bezahlten Musik-Files nicht mehr abspielen und verschwenden nur noch Platz auf Ihrer Festplatte“;
- b) „Hier kommt N. - mit N. schneiden Sie auf technisch legale Weise Ihre Musik über die Soundkarte ganz einfach mit und schon können Sie Ihre Privatkopie hören, so oft und wo immer Sie wollen“;
- c) „clever: N. /Flatrate-Beschränkung einfach umgehen- schnell: ohne Umwege zu eigenen Songs - legal: analog aufnehmen und für die Ewigkeit sichern“;
- d) „clever. schnell. legal. Damit der Flatrate-Schuß nicht nach hinten losgeht!“;
- e) N. Songs aufnehmen (mp3 und OGG) und für die Ewigkeit sichern - Musik ab sofort unbegrenzt hören - Einzelne Songs oder ganze Ordner aufzeichnen und sichern` ;
- f) „Da freut sich Ihr mp3-Player - natürlich können Sie Ihre analog aufgezeichneten Musikstücke ab sofort auch auf Ihrem mp3-Player kopieren und damit anhören“;
- g) „Tipp Schließen sie das kostenlose 7-Tage-Abo der Napster-Flatrate ab und probieren Sie aus, was geh

Wie insbesondere im Internet und auf den im Tenor wiedergegebenen Werbeaussagen und Produktverpackungen geschehen

Der Antragsgegnerin zu 1) und dem Antragsgegner zu 2) jeweils aufzugeben, den Antragstellerinnen zu 1) und zu 2) unverzüglich Auskunft über die Herkunft und den Vertriebsweg der vorstehend unter Ziffer 1. beschriebenen Software-Anwendung zu erteilen und dabei insbesondere Namen und Anschrift des Herstellers und der Lieferanten sowie der gewerblichen Abnehmer und Auftraggeber sowie die Menge der erhaltenen, hergestellten, bestellten und, auch direkt an Endkunden, ausgelieferten Stücke mitzuteilen.

3.

Sämtliche in den Geschäfts- und Lagerräumen der Antragsgegnerin zu 1) und des Antragsgegners zu 2), darunter auch die von der Antragsgegnerin zu 1) bei der Prolit Verlagsauslieferungs GmbH, unterhaltenen Lagerräume, vorhandenen Datenträger, welche die vorstehend unter Ziffer 1. beschriebenen Software-Anwendung enthalten nebst Verpackung, die jener unter Ziffer 1. wiedergegebenen Verpackung entsprechen, und Einlegern durch von den Antragstellerinnen zu 1) und 2) zu beauftragende Gerichtsvollzieher in Verwahrung nehmen zu lassen. Den Gerichtsvollzieher anzuweisen, die vorstehend bezeichneten Datenträger und Verpackungen in Verwahrung zu nehmen und zum Zwecke des Auffindens dieser Waren diese Geschäfts- und Lagerräume der Antragsgegnerin zu 1) und des Antragsgegners zu 2), einschließlich jene bei der der Prolit Verlagsauslieferungs GmbH – auch gegen Widerstand – zu durchsuchen und dabei verschlossene Türen und Behältnisse zu öffnen oder öffnen zu lassen.

hilfsweise:

- wie erkannt. –

Im Übrigen haben die Antragstellerinnen die Verfügungsanträge zurückgenommen. Die Antragsgegner haben den Hilfsantrag zu 2. und 3. (Schriftsatz vom 11.05.2006) anerkannt.

Die Antragsgegner beantragen im Übrigen,
die Eilanträge zurückzuweisen.

Die Antragsgegner behaupten, die Software „N. DirectCut“ führe lediglich eine analoge Aufnahme am WaveOut-Ausgang der Soundkarte durch. Eine Decodierung der DRM-geschützten Dateien erfolge nicht.

Zur Ergänzung des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze sowie auf die zur Akte gelangten Anlagen verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Der Hauptantrag zu 1. (Schriftsatz vom 10.05.06) ist unbegründet.

Es fehlt an einem Verfügungsanspruch. Die Antragstellerin zu 1 hat gegen die Antragsgegner keinen Anspruch auf Unterlassung des Besitzens einer Software zur Herstellung von Vervielfältigungen beim Musikdienst der Antragstellerin zu 1, die mit dem DRM-System verschlüsselt sind. Ein solcher Anspruch ergibt sich nicht aus §§ 97 I, 95a III UrhG. Nach § 95a I UrhG dürfen wirksame technische Maßnahmen zum Schutz eines nach diesem Gesetz geschützten Werkes oder eines anderen nach diesem Gesetz geschützten Schutzgegenstandes ohne Zustimmung des Rechteinhabers nicht umgangen werden. Nach § 95a III UrhG ist unter anderem der Besitz entsprechender Vorrichtungen zu gewerblichen Zwecken verboten.

Eine technische Maßnahme ist gemäß § 95 II S. 2 UrhG wirksam, soweit durch sie die Nutzung eines geschützten Werkes oder eines anderen nach diesem Gesetz geschützten Schutzgegenstandes von dem Rechteinhaber unter Kontrolle gehalten wird. Das bedeutet, dass die Schutzvorrichtung nicht so leicht ausschaltbar sein darf, dass sie nicht als wirkliches technisches Hindernis angesehen werden kann (vgl. Wandtke/Bullinger/Ohst, 2. Aufl., § 95a, Rn. 50). Es ist auf die Situation des durchschnittlichen Benutzers abzustellen, der durch die technischen Schutzmechanismen von Verletzungen des Urheberrechts abgehalten werden kann (Stichelbrock, GRUR 2004, 736, 738).

Vorliegend ist zwischen den Parteien streitig, ob die angegriffene Software die digitale Musikdatei direkt kopiert, oder zunächst das analoge Signal beim Abspielvorgang auffängt und die so gewonnenen analogen Daten später redigitalisiert. Die Antragstellerinnen konnten nicht nachweisen, dass die Software der Antragsgegner bereits die digitale Musikdatei der Antragstellerin zu 1 als direkte Quelle zur Vervielfältigung

nutzt. Aus der Antragsschrift wie auch aus den Folgeschriftsätzen geht hervor, dass die Antragstellerinnen die genaue Wirkungsweise der Software der Antragsgegner nicht entschlüsseln konnten. In der eidesstattlichen Versicherung des Zeugen S. vom 07.05.2006 heißt es, man habe nicht feststellen können, ob das Programm wirklich ein analoges Signal von der Soundkarte zum Kopieren nutzt. Die Klanganalysen des Tontechnikers S. sind kein geeignetes Beweismittel. Der Zeuge S. hat herausgefunden, dass die Qualität der Kopien „nur unwesentlich“ vom Original abweicht. Dieser Umstand reicht nicht aus, um vernünftige Zweifel an einer unmittelbaren Kopie der digitalen Datei auszuschließen. Es ist daher zugunsten der Antragsgegner zu unterstellen, dass die Software nicht die digitalisierte Datei, sondern das analoge Signal kopiert.

Wenn der Nutzer bei bestehendem digitalen Kopierschutz eine analoge Kopie zieht, liegt jedoch keine Umgehung einer wirksamen technischen Maßnahme vor. Der technische Kopierschutz ist insoweit nicht wirksam. Das DRM-System der Antragstellerinnen zielt nicht darauf ab, analoge Kopien der Dateien zu verhindern. Dies wäre letztlich auch nicht realisierbar, weil das analoge Signal immer zumindest durch externe Geräte aufgefangen werden kann. Die Wirksamkeit hinsichtlich analoger Kopien ist deshalb nicht gegeben (Wandtke/Bullinger/Ohst, 2. Aufl., § 95a, Rn. 51). Entgegen der Auffassung der Antragstellerinnen macht es keinen Unterschied, ob das analoge Signal innerhalb des PC oder durch externe Geräte abgegriffen wird. Die digitale Schutzvorrichtung ist in beiden Fällen nicht wirksam. Die Kammer folgt auch nicht der Auffassung, wonach § 95a UrhG dann eingreifen soll, wenn die analoge Kopie nur ein Zwischenschritt zur Herstellung einer digitalen Kopie ist (vgl. Dreyer/Kotthoff/Meckel-Dreyer, § 95a, Rn. 24). Denn der digitale Kopierschutz wirkt gerade nicht gegen die Redigitalisierung einer analogen Kopie.

Die Hauptanträge zu 2. und zu 3. (Schriftsatz vom 10.05.06) sind unbegründet.

Die Antragstellerin kann ihre Ansprüche auf Drittauskunft und Vernichtung der Verletzerstücke im Eilverfahren nicht geltend machen. Die Anträge sind auf den Antrag zu 1. rückbezogen und erfassen damit die vermeintlichen urheberrechtlichen Verletzungshandlungen. Sie sind nicht auf die Verletzung der Marke „N.“ zugeschnitten. Eine Urheberrechtsverletzung liegt jedoch nicht vor. Die Ansprüche auf Drittauskunft und Vernichtung der Verletzerstücke können auch nicht auf eine Wettbewerbsverlet-

zung gestützt werden. Einen Anspruch auf Vernichtung sieht das UWG nicht vor. Ein Anspruch auf Drittauskunft kann, da die entsprechenden Vorschriften der Sonderrechte nicht analogiefähig sind, nur im Klagewege geltend gemacht werden (OLG Frankfurt, NJOZ 2002, 1113).

Der Hilfsantrag zu 1. (Schriftsatz vom 11.05.06) ist zulässig und begründet.

Es besteht ein Verfügungsgrund. Die Dringlichkeit wird gemäß § 12 II UWG vermutet.

Es besteht ein Verfügungsanspruch. Die Antragstellerin zu 1 hat gegen die Antragsgegner einen Anspruch auf Unterlassung der Verbreitung und Bewerbung einer Software zur Herstellung von Vervielfältigungen beim Musikdienst der Antragstellerin zu 1, die mit dem DRM-System verschlüsselt sind aus §§ 3, 4 Nr. 10, 8 UWG.

Die Antragsgegner sind als Mitbewerber passiv legitimiert. Zwischen den Parteien besteht ein konkretes Wettbewerbsverhältnis. Zwar bieten die Parteien keine direkt substituierbaren Leistungen an. Im Interesse eines wirksamen wettbewerbsrechtlichen Individualschutzes sind an das Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses jedoch keine zu hohen Anforderungen zu stellen. Insbesondere wird keine Branchengleichheit vorausgesetzt. Jedenfalls bei behindernden Wettbewerbshandlungen genügt es, dass die Parteien durch eine Handlung miteinander in Wettbewerb getreten sind, auch wenn ihre Unternehmen im Übrigen unterschiedlichen Branchen angehören (BGH GRUR 2004, 877, 879 – Werbeblocker; vgl. auch BGH GRUR 1990, 375, 376 – Steuersparmodell). Es kommt deshalb nur darauf an, dass sich die Parteien mit ihren Produkten an den gleichen Kundenkreis wenden (vgl. BGH GRUR 2004, 877, 879 – Werbeblocker; OLG Frankfurt, NJW 1996, 264). Die Antragsgegner wenden sich mit ihrer Software an Kunden der Antragstellerin zu 1, die zumindest über ein Probe-Abo verfügen, um Musiktitel herunterladen zu können.

Der Vertrieb und die Bewerbung der Software „N. DirectCut“ stellt einen Wettbewerbsverstoß im Sinne des § 4 Nr. 10 UWG dar. Nach dieser Vorschrift handelt wettbewerbswidrig, wer Mitbewerber gezielt behindert. Unter einer wettbewerbswidrigen Behinderung ist eine Beeinträchtigung der wettbewerbslichen Entfaltungsmöglichkeiten des Mitbewerbers zu verstehen (vgl. BGH GRUR 2001, 1061 - Mitwohnzentra-

le.de). Da grundsätzlich jeder Wettbewerb die Mitbewerber beeinträchtigen kann, müssen weitere Umstände hinzutreten, damit von einer unzulässigen individuellen Behinderung gesprochen werden kann. Die Behinderung muss „gezielt“ sein. Dies bedeutet, dass bei einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls die Maßnahme in erster Linie nicht auf die Förderung der eigenen wettbewerblichen Entfaltung, sondern auf die Störung der fremden wettbewerblichen Entfaltung gerichtet ist (Hefermehl/Köhler/Bornkamm, 24. Aufl., § 4 Rn. 10.7)

Eine Behinderung kann auch in einer mittelbaren Einwirkung auf die Ware oder Dienstleistung des Mitbewerbers liegen. So verhält es sich bei dem Vertrieb von Waren oder Dienstleistungen, die geeignet sind, Dritten einen unberechtigten kostenlosen Zugang zu einer entgeltlich angebotenen Leistung zu verschaffen (vgl. BGH GRUR 2004, 877, 879 – Werbeblocker; OLG Frankfurt, NJW 1996, 264). So liegt der Fall hier. Die von den Antragsgegnern vertriebene Software hindert die Antragstellerin daran, ihre Flatrate-Leistungen auf dem Markt in angemessener Weise zur Geltung zu bringen. Denn wer die Möglichkeit hat, Dateien bei nur einmaliger Bezahlung oder im Rahmen eines kostenlosen Probeabonnements dauerhaft abspielen zu können, wird kein längerfristiges Abonnement in Anspruch nehmen. Die Software zielt darauf ab, den entgeltlichen Dienst der Antragstellerin kostenlos zu umgehen. Sie ist damit auf Störung der wettbewerblichen Entfaltung der Antragstellerin gerichtet.

Außerdem stellen der Vertrieb der Software und die entsprechende Bewerbung eine Verleitung der Kunden der Antragstellerin zum Vertragsbruch dar. Die Verleitung von Kunden des Mitbewerbers zum Vertragsbruch ist im Regelfall ohne weiteres unlauter (vgl. Hefermehl/Köhler/Bornkamm, 24. Aufl., § 4 Rn. 10.36). Die Antragsgegner wenden sich mit ihrer Software an Kunden der Antragstellerin zu 1, die zumindest über ein Probe-Abo verfügen, um Musiktitel herunterladen zu können. Die Antragstellerinnen haben unwidersprochen vorgetragen und glaubhaft gemacht, dass Kunden vor der Nutzung des Musikdienstes ihr Einverständnis mit den Geschäftsbedingungen der Antragstellerin zu 1 erklären müssen und dass nach den Geschäftsbedingungen die herunter geladenen Dateien nicht mehr zur Musikwiedergabe genutzt werden dürfen, wenn das Flatrate-Abonnement beendet ist. Diese Vertragsbestimmung wird von Kunden gebrochen, die mittels der Software „N. DirectCut“ Musikdateien für den dauerhaften Gebrauch kopieren.

Die Antragsgegner können sich nicht mit Erfolg darauf berufen, ein urheberrechtlich zulässiges Verhalten dürfe nicht über den Umweg des Wettbewerbsrechts untersagt werden. Die Antragstellerin zu 1 hat ihre Kunden vertraglich verpflichtet, die zur Verfügung gestellten Dateien nur während des Abonnements zu benutzen. Diese Vertragsbestimmung ist urheberrechtlich nicht zu beanstanden. Sie verstößt insbesondere nicht gegen das Recht zur Privatkopie gemäß § 53 I UrhG. Nach § 95b UrhG darf das Recht zur Privatkopie teilweise nicht durch technische Schutzmaßnahmen umgangen werden. Ein Anwendungsfall aus dem Katalog des § 95b I UrhG ist vorliegend jedoch nicht gegeben. Ohnehin gilt die Beschränkung gemäß § 95b III UrhG nicht, wenn Werke aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung in einer Weise öffentlich zugänglich gemacht werden, dass sie Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind. Davon ist unter anderem die Privatkopie im Wege des Downloading erfasst (Dreier/Schulze-Dreier, 2. Aufl., § 95b, Rn. 17). Dies bedeutet im Ergebnis, dass Nutzer von online angebotenen Musikdateien keinen Anspruch gegenüber dem Online-Musikdienst auf das Fertigen von Privatkopien haben. Die Nutzung von Vervielfältigungen darf deshalb vertraglich beschränkt werden.

Die Wiederholungsgefahr ist nicht durch die mit Schreiben vom 11.04.2006 abgegebene strafbewehrte Unterlassungserklärung entfallen. Die Unterlassungserklärung ist nicht eindeutig. Der Wortlaut „das Produkt „napster DirectCut““ zu verbreiten bzw. ihr Produkt „mit der Bezeichnung „N. DirectCut““ weiter zu verbreiten, lässt eine Auslegung zu, wonach sich die Antragsgegner nur hinsichtlich der markenverletzenden Bezeichnung, nicht jedoch hinsichtlich der Software selbst verpflichten wollen. Für diese Auslegung spricht das Schreiben vom 13.04.2006, in dem die Antragsgegner ausdrücklich darauf hinweisen, dass sie den Vertrieb der Software urheberrechtlich für zulässig halten. In der mündlichen Verhandlung hat der Programmleiter der Antragsgegner auch ausdrücklich eingeräumt, dass man sich vorbehalten wolle, evt. später den Vertrieb einer entsprechenden Software unter einer anderen Bezeichnung wieder aufzunehmen.

Hinsichtlich der Hilfsanträge zu 2. und zu 3. (Schriftsatz vom 11.05.06) waren die Antragsgegner entsprechend ihrem Anerkenntnis zu verurteilen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 II ZPO.

R

W-S

Dr. K



LANDGERICHT FRANKFURT AM MAIN
B E S C H L U S S

In dem einstweilige Verfügungsverfahren

K L GmbH, ,

- Antragstellerin -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwalt B

gegen

1) A,

- Antragsgegnerin -

2) S

- Antragsgegner -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte P

hat die 06. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main auf den in Abschrift beigefügten Antrag vom 28.09.2007, bei Gericht eingegangen am 28.09.2007 und auf den weiteren Schriftsatz vom 15.10.2007, nebst 46 Anlagen

durch Vorsitzenden Richter am Landgericht R,
Richter am Landgericht Dr. K,
Richterin am Landgericht W-Schreiben vom 0.0.200,

am 17.10.2007 im Wege der einstweiligen Verfügung wegen Dringlichkeit ohne mündliche Verhandlung beschlossen:

/ . .

Den Antragsgegnern wird bei Meidung von Ordnungsgeld bis 250.000,-EUR - ersatzweise Ordnungshaft - oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, bzgl. der Antragsgegnerin zu 1) zu vollstrecken am Vorstand ihrer persönlich haftenden Gesellschafterin - für jeden Fall der Zuwiderhandlung untersagt -,

im geschäftlichen Verkehr Nutzern den Zugang zum Internet zu ermöglichen ohne gleichzeitig den Zugang dieser Nutzer zu folgender Webseite zu sperren:

1. www.y.com, solange auf dieser

a. pornografische Darbietungen ohne jegliche Zugangsbeschränkung verbreitet werden oder

b. pornografische Darbietungen verbreitet werden und dabei die Volljährigkeit der Internetnutzer nur durch ein Altersverifikationssystem überprüft wird, das nutzerseitig auf der Übermittlung einer Personalausweis-, Reisepass- oder Führerscheinkopie sowie der hierauf beruhenden Verifikation des Alters basiert, ohne dass dabei die persönliche Identifikation des Nutzers, etwa im Rahmen des Post-Ident-Verfahrens, bei seiner Registrierung erfolgt oder

c. tierpornographische Darbietungen verfügbar sind.

Der weitergehende Antrag wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Eilverfahrens werden gegeneinander aufgehoben. Der Streitwert wird auf EUR 35.000,00 festgesetzt.

Die Schutzschrift vom 25.9.07 lag vor.

Gründe:

Dieser Beschluß beruht auf den §§ 3, 4, 8, 12 ff. UWG, soweit dem Antrag stattgegeben

wurde. Hinsichtlich p.com war der Antrag mangels Eilbedürfnis zurückzuweisen.

Spätestens Ende Mai 2007, als es gegen den Betreiber der entsprechenden Seite zu Vollstreckungsmaßnahmen kommen musste, hätte es die Antragstellerin in der Hand gehabt, auch gegen die Antragsgegner vorzugehen.

Die Nebenentscheidungen folgen aus § 3, 92 I ZPO.

R

Dr. K

W-S

Ausgefertigt Frankfurt,
17.10.2007

Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

2-06 O 272/06

Lt. Protokoll
verkündet am:
23.08.2006

JAe. T.
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



LANDGERICHT FRANKFURT AM MAIN

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem Rechtsstreit

der A,

Verfügungsklägerin,

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwältin Dr. S, -

gegen

1) C,

Verfügungsbeklagte zu 1),

2) n,

Verfügungsbeklagte zu 2),

- Prozessbevollmächtigte: zu 1: Rechtsanwalt H -

hat das Landgericht Frankfurt am Main – 6. Zivilkammer - durch

Vorsitzenden Richter am Landgericht R
Richterin am Landgericht B

Richter am Landgericht Dr. K

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 21.06.2006 für **R e c h t** erkannt:

Der Beschluss vom 12.05.2006 wird mit der Maßgabe bestätigt, dass das Wort „oder“ zwischen Ziffer 1) und 2) des Tenors entfällt.

Die Antragsgegnerin zu 1) hat die weiteren Kosten des Eilverfahrens zu tragen.

Tatbestand:

Die Antragstellerin macht gegenüber der Antragsgegnerin zu 1) urheber- und wettbewerbsrechtliche Ansprüche geltend.

Die Antragstellerin ist ein Anbieter von IT-Lösungen für die Reise- und Tourismusbranche. Ende der 80-er Jahre entwickelte sie die Online-Reisebuchungssoftware „A. Tour Market TOMA“ („TOMA“). Inzwischen ist „TOMA“ als Untermodul in die Software der Antragstellerin „A. Vista“ integriert. Es handelt sich um die am häufigsten verwendete Reisebürosoftware mit einem Marktanteil von über 80% in Deutschland. Das TOMA-System verfügt bei Reisebüros über einen entsprechend hohen Bekanntheitsgrad.

Die Antragsgegnerin zu 1 ist ein Internet-Dienstleistungsunternehmen, das sich unter anderem mit der Entwicklung von Lösungen für „Content Management“ und „E-Commerce“ in der Touristik beschäftigt. Sie vertreibt ein Softwarepaket unter dem Namen „PackageMaster“, wobei es sich um ein für die Touristik entwickeltes Content Management/E-Commerce System handelt. Die Software enthält unter anderem das Modul „Profi-Buchungsmodul (TCP)“, das eine Eingabemaske für die Online-Buchbarkeit zur Verfügung stellt.

Das äußere Erscheinungsbild der Bildschirmmasken des „Profi-Buchungsmoduls“ ist mit den Bildschirmmasken der „TOMA“-Software weitgehend identisch. Übereinstimmung besteht zum Beispiel im konzeptionellen Aufbau des Eingangsfensters, in der Anordnung der Felder, in der Verwendung gleicher Felder-Benennungen und in der Verwendung gleicher Buchstaben-Codes zum Aufrufen bestimmter Programmfunktionen, die noch dem technischen Standard der 80-er Jahre entsprechen. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf die Gegenüberstellungen in der Antragschrift Bezug genommen.

Die Antragsgegnerin überließ das „Profi-Buchungsmodul“ unter anderem der Antragsgegnerin zu 2. Die Antragsgegnerin zu 2 ist eine auf Flussreisen spezialisierter Reiseveranstalterin. Sie bietet Nutzern ihrer Homepage online

Reisebuchungen an. Außerdem ermöglicht sie Reisebüros unter Verwendung des „Profi-Buchungsmoduls“ Vakanzabfragen und Onlinebuchungen. Am 21.03.2006 warb sie auf ihrer Homepage mit dem Slogan: „n. tours hat jetzt die TOMA-Maske! Nutzen auch Sie ihre Vorteile...“

Die Antragstellerin behauptet, sie sei Inhaberin der urheberrechtlichen Verwertungsrechte an der Software „TOMA“ bzw. „A. Vista“. Neben den Bildschirmmasken seien bei dem „Profi-Buchungsmodul“ der Antragsgegnerin auch die einzelnen Programmfunktionen und –abläufe identisch nachgebildet worden. Die Gestaltung der Buchungsmaske sei nicht logisch oder aufgrund der Aufgabenstellung der Software vorgegeben. Vielmehr bestünde ein hoher Gestaltungsspielraum, wobei der aktuelle Stand der Technik eine wesentlich modernere und benutzerfreundlichere Gestaltung als bei der TOMA-Maske erlaube.

Auf Antrag der Antragstellerin vom 04.05.2006 hat die Kammer mit Beschluss vom 12.05.2006, Bl. 182 d.A. der Antragsgegnerin zu 1 unter anderem die Verbreitung der Software „Profi-Buchungsmodul“ untersagt. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf den Beschluss vom 12.05.2006 Bezug genommen. Den Verfügungsantrag gegen die Antragsgegnerin zu 2 hat die Antragstellerin zurückgenommen. Mit Schriftsatz vom 30.05.2006 hat die Antragsgegnerin zu 1 Widerspruch gegen die einstweilige Verfügung eingelegt.

Die Antragstellerin beantragt,

den Beschluss vom 12.05.2006 mit der Maßgabe zu bestätigen, dass das Wort „oder“ zwischen Ziffer 1) und 2) des Tenors entfällt.

Die Antragsgegnerin zu 1 beantragt,

den Beschluss vom 12.05.2006 aufzuheben und den Eilantrag zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin behauptet, die Gestaltung der TOMA-Maske sei weitgehend durch Zweckmäßigkeit vorgegeben. Ein entscheidender alternativer

Gestaltungsspielraum bestünde nicht. Durch zahlreiche Nachahmungen sei die TOMA-Maske inzwischen Allgemeingut geworden. Bei der „Profi-Buchungsmaske“ handele es sich nur um eine graphische Benutzeroberfläche, die nur die Eingabe der entsprechenden Daten und deren sofortige Weiterleitung an das Veranstaltersystem ermögliche. Außerdem rügt die Antragsgegnerin die funktionelle Zuständigkeit der Zivilkammer.

Zur Ergänzung des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze sowie die zu den Akten gelangten Anlagen verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Auf den Widerspruch der Antragsgegnerin war die einstweilige Verfügung auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen. Dies führte zu ihrer Bestätigung.

Der Verfügungsantrag ist zulässig. Die angerufene Kammer ist zuständig. Die Antragstellerin stützt ihr Unterlassungsbegehren neben wettbewerbsrechtlichen Tatbeständen auf ein angebliches Urheberrecht. Urheberrechtsstreitigkeiten sind keine Handelssachen. Dem Verweisungsantrag der Antragsgegnerin konnte deshalb nicht entsprochen werden.

Es besteht ein Verfügungsgrund. Die Dringlichkeit wird gemäß § 12 II UWG vermutet.

Es besteht auch ein Verfügungsanspruch.

Die Antragstellerin kann von der Antragsgegnerin Unterlassung der Verbreitung der Software „Profi-Buchungsmodul“ verlangen.

Zwar kann der Anspruch nicht auf §§ 97 I, 2, 69 a, 69 c UrhG gestützt werden. Das „Profi-Buchungsmodul“ ist kein Computerprogramm im Sinne des § 69 a UrhG. Benutzeroberflächen und Bildschirmmasken sind keine Computerprogramme i. S. v. § 69 a Abs. 1, (vgl. OLG Düsseldorf CR 2000, 184 – Framing; OLG Hamburg GRUR-RR 2001, 289, 290 – Faxkarte; LG Mannheim NJW-RR 1994, 1007 f.;

Wandtke/Bullinger/Grützmaker, § 69a, Rn. 14; Dreier/Schulze/Dreier, 2. Aufl., § 69 a Rn. 16). Unter den Ausdrucksformen eines Computerprogramms gemäß § 69 a II S. 1 ist nur der Programmcode sowie die innere Gestaltung in Form der Struktur und Organisation des Programms zu verstehen. Benutzeroberflächen werden technisch durch das Programm bzw. dessen Befehle und Grafikdaten generiert und dementsprechend erst durch den Programmablauf sichtbar gemacht. Dass die „Profi-Buchungsmaske“ als Benutzeroberfläche kein Computerprogramm ist, ergibt sich auch daraus, dass – wie die Antragstellerin selbst vorträgt – die Benutzeroberfläche mit verschiedenen Programmen, zum Beispiel sowohl mit alten Programmiersprachen aus den 80-er Jahren als auch mit modernen Programmiermethoden, realisiert werden kann. Die Benutzeroberfläche selbst ist deshalb kein Programm. Die Antragstellerin hat keine ausreichenden Anhaltspunkte vorgetragen und glaubhaft gemacht, die dafür sprechen, dass das Profi-Buchungsmodul selbst über Programmfunktionen verfügt. Sie konnte die Behauptung der Antragsgegnerin nicht widerlegen, wonach der STADIS-Buchungssatz direkt von der Software des Veranstalters verarbeitet wird, während das „Profi-Buchungsmodul“ als reine Benutzeroberfläche nur die Eingabe der entsprechenden Daten ermöglicht und sofort an das Veranstaltersystem weiterleitet.

Die Antragstellerin hat auch keine ausreichenden Anhaltspunkte dafür vorgetragen, dass die Antragsgegnerin den Quellcode der „TOMA“-Software ganz oder in Teilen kopiert hat. Sie hat den Quellcode der „Profi-Buchungsmaske“ nach ihren Angaben auch nicht überprüft (vgl. S. 6 der Antragsschrift). Der hohe Grad an Übereinstimmungen der beiden Buchungsmasken der Parteien spricht nicht für eine Übernahme des Quellcodes. Vielmehr kann die Buchungsmaske der Antragstellerin ohne weiteres nachschaffend erstellt werden, ohne dass es eines Rückgriffs auf den Quellcode bedarf, der auf die 80-er Jahre zurückgeht.

Es besteht auch kein Urheberrecht im Sinne des § 2 UrhG. Es ist schon zweifelhaft unter welche Werkkategorie die „TOMA-Maske“ fallen soll. In Betracht kommt allenfalls der Schutz als Darstellung wissenschaftlicher oder technischer Art (§ 2 Nr. 7). Die gewählte Darstellungsmethode, nämlich die Gestaltung eines Zeilen- und Fensteraufbaus im Stil der technischen Möglichkeiten der 80-er Jahre, ist frei. Der konkreten Gestaltungsform fehlt es an der erforderlichen Schöpfungshöhe. Es ist

nicht ersichtlich, inwieweit der Aufbau der TOMA-Maske auf besonderen schöpferischen Leistungen beruht, die die Maske über das normale handwerkliche Können hinausheben. Eine lediglich zweckmäßige Gestaltung einer Bildschirmseite genießt keinen Schutz (Dreier/Schulze-Schulze, 2. Aufl., § 2 Rn. 234). Dass die TOMA-Maske über die Jahre eine erhebliche Verkehrsdurchsetzung erfahren hat, spricht nicht automatisch für eine besondere Individualität.

Der Unterlassungsanspruch ergibt sich jedoch aus §§ 3, 4 Nr. 9a, 8 UWG. Die Antragsgegnerin erzeugt mit dem Angebot und Vertrieb des „Profi-Buchungsmoduls“ eine wettbewerbswidrige, vermeidbare Herkunftstäuschung gemäß § 4 Nr. 9a UWG. Die Antragstellerin ist als Mitbewerberin aktivlegitimiert. Die Parteien sind Wettbewerber auf dem Markt für die Entwicklung von IT-Lösungen für die Reise- und Tourismusbranche. Die Antragsgegnerin ist als Herstellerin und Anbieterin der angegriffenen Maske als unmittelbare Verletzerin passiv legitimiert.

Der wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz ist nicht durch den Vorrang des Urheberrechtsschutzes ausgeschlossen. Erfüllt eine grundsätzlich in den Anwendungsbereich des Urheberrechts fallende Handlung nicht den Tatbestand einer Urheberrechtsverletzung, ist die Anwendung des § 4 Nr. 9 UWG nicht ausgeschlossen, sofern besondere, außerhalb des Urheberrechts liegende Umstände hinzutreten, die die Unlauterkeit begründen (BGH GRUR 2003, 958, 962 – Paperboy; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, 24. Aufl., § 4 UWG, Rn. 9,7). Solche Umstände liegen vor.

Die Nachahmung nicht besonders geschützter Gegenstände ist grundsätzlich erlaubt. Nur unter besonderen Umständen kann freien Gütern ein wettbewerbsrechtlicher Schutz gegen Nachahmung zugebilligt werden. Solche besonderen Umstände liegen vor, wenn es sich um ein Erzeugnis handelt, dem wettbewerbliche Eigenart zukommt. Wettbewerbliche Eigenart setzt voraus, dass der Verkehr mit der konkreten Ausgestaltung oder bestimmter Merkmale eines Erzeugnisses eine betriebliche Herkunftsvorstellung verbindet und deshalb eine Irreführung des Verkehrs zu befürchten ist (vgl. BGH GRUR 2006, 79. 81 – Jeans; BGH GRUR 2002, 275, 276 – Noppenbahnen; Baumbach/Hefermehl/Köhler, 24. Aufl., § 4 UWG, Rn. 9.24 m.w.N.). Dabei kommt es auf die Gesamtwirkung der

beiderseitigen Erzeugnisse an (BGH GRUR 2002, 629, 632 – Blendsegel). Die wettbewerbliche Eigenart kann sich auch auf Grund technischer Merkmale ergeben, soweit diese über technisch notwendige Gestaltungselemente und über die gemeinfreie technische Lehre hinausgehen. Voraussetzung ist, dass sich die auf dem Markt befindlichen Konkurrenzzeugnisse deutlich von dem nachgeahmten Erzeugnis unterscheiden (Baumbach/Hefermehl/Köhler, WettbewerbsR, 24. Aufl., § 4 UWG Rdnr. 9.28).

Obwohl keine für den Urheberschutz erforderliche Schöpfungshöhe erreicht wird, kann der TOMA-Maske eine gewisse Individualität nicht abgesprochen werden. Nicht erforderlich ist, dass die Einzelmerkmale für sich genommen neu sind und sich vom wettbewerblichen Umfeld abheben. Für den Gesamteindruck reicht es aus, wenn die Merkmalskombination bei der Markteinführung nicht vorbekannt war (BGH GRUR 2006, 79. 81 – Jeans). Die konkrete Gestaltung der TOMA-Maske ist nicht technisch bedingt oder durch den beabsichtigten Einsatzbereich logisch zwingend vorgegeben. Die Antragstellerin hat unwidersprochen vorgetragen, dass viele Gestaltungselemente, etwa die einer Vielzahl von Abkürzungen oder die Fenstergestaltung nicht nur abweichend angeordnet werden können, sondern auch technisch überholt sind und längst anspruchsvollere Lösungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Dass die konkrete Gestaltung der TOMA-Maske inzwischen zum Standardwissen und zur Gewohnheit der Reisebüromitarbeiter zählt, kann die Antragsgegnerin nicht für sich reklamieren. Dieser Umstand beruht nicht auf technischen Notwendigkeiten der Gestaltung oder auf Merkmalen, die durch Zweckmäßigkeitserüberlegungen zwingend vorgegeben sind, sondern auf der Verkehrsdurchsetzung des Produkts der Antragstellerin. Unstreitig verfügt die Antragstellerin über einen Marktanteil von 80%.

Die Antragstellerin hat auch unwidersprochen vorgetragen, dass es Wettbewerbsprodukte gibt, zum Beispiel das auf S. 46 der Antragschrift eingeblendete Produkt I der Fa. TT, die deutlich abweichend gestaltet sind.

Die wettbewerbliche Eigenart ist nicht nachträglich entfallen. Der ergänzende wettbewerbliche Leistungsschutz kann nicht zeitlich unbegrenzt gewährt werden. Es ist zum Beispiel anerkannt, dass Sonderschutzrechte, die mit gutem Grund zeitlich

begrenzt sind, nicht künstlich verlängert werden dürfen. Dies hat der BGH in der Entscheidung „Klemmbausteine III“ klargestellt (BGH GRUR 2005, 349, 352 - Klemmbausteine III). Ausgehend von dem speziellen Problem des „Einschiebens in eine fremde Serie“ wird dort ausgeführt, dass ein ergänzender wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz vor Nachahmungen nicht zeitlich unbegrenzt gewährt werden darf. Ein solcher Schutz würde im Gegensatz zu den gesetzlichen Befristungen des Innovationsschutzes im Patent- und Musterrecht stehen. Vorliegend geht es allerdings nicht um ein abgelaufenes Schutzrecht oder um ein kurzlebigen Designerzeugnis. Durch die Gewöhnung der Reisemitarbeiter an die Maske bei der täglichen Arbeit ist von einer langen Lebensdauer des Produkts auszugehen.

Die Gestaltung der TOMA-Maske ist auch nicht Allgemeingut geworden. Es mag inzwischen Buchungsmasken von Wettbewerbern geben, die der TOMA-Maske ähneln. Hierfür sprechen die in der Anlage AG 1 und der Anlage AG 4 enthaltenen Ausdrücke. Da die TOMA-Maske jedoch nach wie vor einen Marktanteil von 80% innehat, wird die Herkunftstäuschung durch vereinzelte vergleichbare Produkte kaum relativiert. Da sich die Kopien offenbar nicht in nennenswertem Umfang durchsetzen konnten, wird der Verkehr bei dem nahezu identischen Produkt der Antragsgegnerin von einem Original ausgehen. Dafür dass der Verkehr entsprechende Masken nach wie vor der Antragsstellerin zuordnet, spricht auch der Umstand, dass die Antragsgegnerin zu 2 für die beanstandete Maske mit der Produktbezeichnung der Antragstellerin „TOMA-Maske“ wirbt.

Die Antragsgegnerin hat mit der „Profi-Buchungsmaske“ die „TOMA-Maske“ nachgeahmt. Der hohe Grad an Übereinstimmungen in der optischen Gestaltung der Benutzungsmasken ist unstrittig. Ein besonderes Indiz für die nahezu identische Übernahme ergibt sich aus der als Anlage Ast 15 vorliegenden Werbeanzeige der Antragsgegnerin zu 2. Die Antragsgegnerin zu 2 wirbt damit, nun im Besitz der „TOMA-Maske“ zu sein. Dies spricht dafür, dass die Übereinstimmungen so groß sind, dass der Verkehr nicht mehr zwischen Original und Nachahmung unterscheiden kann und somit einer Herkunftstäuschung unterliegt. Soweit geringfügige Unterschiede bestehen, wird der Verkehr an eine besondere Version

des Originals oder an eine spezielle Ausformung für den Veranstalter n-tours denken.

Die Antragsgegnerin macht ferner geltend, dass die Aktionscodes und Returncodes nicht von der TOMA-Maske übernommen worden seien, sondern von der Veranstaltersoftware vorgegeben seien. Bei touristischen Buchungssystemen erfolge die Datenübertragung zwischen Reisebüro und Veranstalter über die von einer Tochter der Antragstellerin entwickelte „S-Schnittstelle“. Auch die „Profi-Buchungsmaske“ mache von der Schnittstelle Gebrauch. Das „Profi-Buchungsmodul“ ermögliche als reine Benutzeroberfläche nur die Eingabe der entsprechenden Daten. Die eingegebenen Daten würden direkt an die Veranstaltersoftware weitergeleitet. Der S-Buchungssatz werde direkt von der Software des Veranstalters verarbeitet. Würde man andere Bezeichnung als die vorgegebenen Codes eingeben, würde die Veranstaltersoftware diese nicht verstehen.

Abgesehen davon, dass bereits die Übernahme der grafischen Elemente die Rechte der Antragstellerin verletzt, hat die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung plausibel erläutert, dass die Verwendung der Aktionscodes und Returncodes nicht zwingend sei. Vielmehr würde die Veranstaltersoftware die Codes in Zahlen umwandeln. Die Zahlencodes könnten durchaus mit anderen Bezeichnungen als den Aktionscodes und Returncodes der Antragstellerin belegt werden. Diesen Ausführungen ist die Antragsgegnerin nicht entgegen getreten.

Die TOMA-Maske genießt unstreitig einen überragend hohen Bekanntheitsgrad bei den angesprochenen Verkehrskreisen. Zwischen dem Grad der wettbewerblichen Eigenart, der Art und Weise und der Intensität der Übernahme sowie den besonderen wettbewerblichen Umständen besteht eine Wechselwirkung. Je größer die wettbewerbliche Eigenart, um so geringer sind die Anforderungen an die besonderen Umstände, die die Wettbewerbswidrigkeit der Nachbildung begründen und. Umgekehrt sind die Anforderungen an die wettbewerbliche Eigenart geringer, wenn ein hoher Grad der Nachahmung gegeben ist (BGH GRUR 1996, 210, 211 – Vakuumpumpen). Vorliegend bestehen ein hohes Maß an Übereinstimmungen und ein hoher Bekanntheitsgrad. Die weniger stark ausgeprägte Individualität der Benutzeroberfläche wird dadurch kompensiert. Die fast identische Nachahmung

eines überragend bekannten Produkts begründet eine besondere Unlauterkeit, die außerhalb des vom Urheberrechtsgesetz erfassten Schutzbereichs liegt. Die Wahl einer weitgehend identischen Gestaltung beruht auf der Intention der Antragsgegnerin, bei den Nutzern, also den Reisebüromitarbeitern, den Eindruck einer Kompatibilität mit dem bekannten TOMA-System zu erzeugen und so die Akzeptanz der von mit dem „Profi-Buchungssystem“ angebotenen Reisen zu erhöhen. Die Reisebüromitarbeiter werden Reisen um so eher empfehlen, je einfacher sie Vakanzabfragen und Buchungen durchführen können. Gerade dadurch wird das „Profi-Buchungssystem“ für Reiseveranstalter als Alternative zu der TOMA-Software besonders interessant.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

R

B

Dr. K

Geschäftsnr.: 2-06 0 224/06

Lt. Protokoll verkündet
am 06.09.2006
T., JAe
als Urkundsbeamtin der
Geschäftsstelle



LANDGERICHT FRANKFURT AM MAIN

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem Rechtsstreit

H.W. Berlin

- Kläger -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwalt Dr. J.

gegen

D-L Deutschland GmbH,

- Beklagte -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwalt Dr. C,

hat das Landgericht Frankfurt am Main – 6. Zivilkammer -

durch Vorsitzenden Richter am Landgericht R,
Richter am Landgericht Dr. K und
Richterin am Landgericht W-S

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 26.7.2006 für Recht erkannt:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin EUR 2.871,44 nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 25.2.2006 zu zahlen; in Höhe von EUR 141,34 Zug um Zug gegen Übertragung des im Eigentum des Klägers befindlichen Datenspeichers „D-L W“.

Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger Auskunft zu erteilen darüber, wie viele Exemplare des Datenspeichers „D-L W“ die Beklagte erworben hat, in welcher Stückzahl die Beklagte diesen Datenspeicher veräußert hat, wer dessen gewerbliche Abnehmer sind und von wem die Beklagte diese Datenspeicher erhalten hat.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits hat die Beklagte zu tragen.

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von EUR 15.000,- vorläufig vollstreckbar.

Der Streitwert wird auf EUR 10.000,- festgesetzt.

Tatbestand

Der Kläger nimmt die Beklagte auf Ersatz von Kosten und Auskunft wegen einer Urheberrechtsverletzung an Softwareprogrammen in Anspruch.

Der Kläger ist Programmierer. Die Beklagte ist die Tochtergesellschaft eines taiwanesischen Herstellers und bietet als Vertriebsgesellschaft ihrer Muttergesellschaft privaten und gewerblichen Abnehmern Hardware und Netzwerkkomponenten an.

Mit drei als „Treuhänderische Lizenzvereinbarungen“ bezeichneten Vereinbarungen wurden dem Kläger für drei Softwareprogramme die ausschließlichen Rechte der Vervielfältigung, der Verbreitung, der öffentlichen Wiedergabe und das Recht, Dritten die Vornahme von Veränderungen der Programme zu gestatten, übertragen: Am 20.12.2004 übertrug Herr W. A., der Österreicher ist, dem Kläger diese Rechte für die Software „msdos“ (Anlage K5, Bl. 42 ff. d.A.) und am 28.9.2004 für die Software „InitrD“ (Anlage K7, Bl. 49 ff d.A.). Am 11.11.2005 übertrug Herr D. W. , der die Staatsbürgerschaft von Großbritannien besitzt, diese Rechte für die Software „mtd“ an den Kläger (Anlage K 9, Bl. 56 ff. d.A.). Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die genannten Vereinbarungen Bezug genommen.

Bei den drei genannten Programmen msdosfs, initrD und mtd handelt es sich um Teile des sog. Linux-Kernels.

Die Software „msdosfs“ ermöglicht den Zugriff auf Dateien, die von anderen Betriebssystemen auf einem Datenträger gespeichert wurden.

Die Software initrD ermöglicht es unter anderem, einen Systemstart in zwei Phasen durchzuführen, wobei in der ersten Phase ein minimales System gestartet wird und in der zweiten Phase zusätzliche Module gestartet werden können.

Die Software mtd beinhaltet eine generische Unterstützung für MTD-Gerätetreiber sowie Schnittstellen für auf MTD-Geräte zugreifende Programme, wobei „MTD“ die Abkürzung für Memory Technology Devices ist.

Diese drei Softwareprogramme werden ausschließlich unter der GNU General Public License (GPL) (nachfolgend „GPL“) lizenziert.

Die GPL gestattet jedermann, der einen solchen Vertrag als Lizenznehmer schließen will, die Vervielfältigung, Verbreitung und Veränderung der Software, wenn die Weitergabe ebenfalls wieder unter den Bedingungen dieser Lizenz erfolgt, insbesondere auf die GPL hingewiesen, der Lizenztext der GPL beigelegt, der Quellcode zugänglich gemacht und auf einen Gewährleistungsausschluss hingewiesen wird. Gemäß Ziffer 4 der GPL führt die Vervielfältigung, Verbreitung und Veränderung der Software, die nicht in Übereinstimmung mit den GPL erfolgt, dazu, dass diese unwirksam ist und automatisch die Rechte aus der Lizenz erlöschen. Allerdings erlischt die Lizenz der Parteien, die Kopien oder Rechte unter dieser Lizenz von dem die GPL Verletzenden erhalten haben, nicht, wenn diese die GPL anerkennen und befolgen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die vorgelegte Fotokopie der GPL (Anlage K11, Bl. 62 ff. d.A.) Bezug genommen.

Die Beklagte bot im Januar 2006 den Datenspeicher „D-L. W. G Netzwerk Media Storage XXXX“ (nachfolgend „der Datenspeicher“) an. Der Vertrieb des Datenspeichers erfüllte nicht die Voraussetzungen des GPL, da der Lizenztext der GPL nicht beigelegt, ein Gewährleistungsausschluss nicht vorgenommen und der Quellcode nicht offen gelegt wurde.

Der Kläger nahm einen Testkauf des Datenspeichers der Beklagten vor, wofür ihm Kosten in Höhe von EUR 141,34 entstanden. Er nahm ein Reengineering an dem Datenspeicher vor, um die dort enthaltene Firmware zu ermitteln.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 1.2.2006 (Anlage K12, Bl. 74 d.A.) mahnte der Kläger die Beklagte ab und machte geltend, die Beklagte habe in der Firmware des Datenspeichers die drei Programme mtd, intrd und msdosfs verwendet, ohne den Bedingungen der GPL zu entsprechen. Die Beklagte wies im Folgenden darauf hin, dass sie ohne Anerkennung einer Rechtspflicht eine Unterlassungserklärung abgegeben habe. Der Sourcecode der in Rede stehenden Software sei auf dem ftp-Server der Beklagten zum kostenlosen Download hinterlegt. Sie werde ihre Abnehmer über die GPL-Widrigkeit des Vertriebs der Geräte informieren (Anlage K13, Bl. 84 d.A.).

Mit Schreiben vom 10.2.2006 forderte der Kläger die Beklagte zur Erstattung der Kosten für die Abmahnung (1,5 Geschäftsgebühr aus einem Streitwert von EUR 150.000,-, mithin netto EUR 2.397,50) des Testkaufs und der Kosten für das Reengineering bis zum 24.2.2006 auf (Anlage K14, Bl. 12 d.A.).

Der Kläger behauptet, die Programme msdosfs, initrd und mtd sowie die von den Herren W. A. und D. W. erbrachten Schöpfungsleistungen stellten jeweils eine ausreichende eigene schöpferische Leistung dar. Urheber der Programme msdosf und initrd sei Herr W. A., Urheber des Programms mtd Herr D. W. . Erst im Rahmen von Open Source Entwicklungen seien die Programme nach der Initialprogrammierung durch die Herren W. A. und D. W. von Dritten bearbeitet worden. Soweit hinsichtlich des Programms intrd.txt (Anlage K8, Bl. 55) auch Herr H. H. L. genannt sei, beruhe dies darauf, dass die vorbestehenden Programmbestandteile des Hr. W. A. „intrd“ und des Hr. H. L. „bzImage“ verbunden worden seien. Der von der Beklagten vertriebene Datenspeicher beinhalte eine Firmware, in der auch die Programme „msdosfs“, „initrd“ und „mtd“ enthalten seien.

Er behauptet, das Reengineering habe 4 Stunden gedauert. Er meint, er könne hierfür EUR 140 je Stunde und damit insgesamt brutto EUR 649,60 in Rechnung stellen.

Der Kläger beantragt,

die Beklagte zu verurteilen

1. an die Klägerin EUR 3.188,44 nebst Zinsen hieraus in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 25.2.2006 zu zahlen; in Höhe von EUR 141,34 Zug um Zug gegen Übertragung des im Eigentum des Klägers befindlichen Datenspeichers „D-L. W.G Netzwerk Media Storage XXXX“.
2. dem Kläger Auskunft zu erteilen darüber, wie viele Exemplare des Datenspeichers „D-L W“ die Beklagte erworben hat, in welcher Stückzahl die Beklagte diesen Datenspeicher veräußert hat, wer dessen gewerbliche Abnehmer sind und von wem die Beklagte diese Datenspeicher erhalten hat.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie meint, der Kläger sei nicht aktiv legitimiert, da Hr. W. A. und Hr. D. W. nur Miturheber seien und § 8 Abs. 2 S. 3 UrhG nicht einschlägig sei, da sich der Kläger nur auf abgeleitete Rechte berufe. Die Ansprüche aus berechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag, Schadenersatz und Auskunft unterfielen zudem überhaupt nicht der Privilegierung des § 8 Abs. 2 S. 3 UrhG.

Die GPL sei wegen Verstöße gegen Art. 81 EGV und § 1 GWB unwirksam, da durch diese der Handel zwischen Mitgliedsstaaten beeinträchtigt und eine Wettbewerbsbeschränkung herbeigeführt werde. Zudem greife schon wegen Erschöpfung die Konditionenbedingung des GPL nicht.

Der Kläger selbst habe durch das sog. Reengineering, das jedenfalls einem unzulässigen Dekompilieren gleichstehe, Informationen erhalten, die einem Beweisverwertungsverbot unterlägen. Jedenfalls könne der Kläger die für den unzulässigen Eingriff angeblich entstandenen Kosten nicht geltend machen.

Zur Ergänzung des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze sowie die zu den Akten gelangten Anlagen verwiesen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Klage ist zum weit überwiegenden Teil begründet.

Der Kläger kann von der Beklagten Erstattung der Kosten für das anwaltliche Schreiben vom 1.2.2006, den Testkauf sowie die Kosten des Reengineering gemäß §§ 683, 670 BGB nach den Grundsätzen der berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag verlangen.

Die Abmahnung war berechtigt, da dem Kläger die dort geltend gemachten Ansprüche zustehen. Indem die Beklagte den Datenspeicher vertreibt, in dessen Firmware die Programme mtd, initrd, msdosfs vorhanden sind, ohne den Bestimmungen des GPL zu

genügen, hat sie das Urheberrecht an den Programmen verletzt, so dass der Kläger, der zur Wahrnehmung der Urheberrechte berechtigt ist, sie auf Unterlassung in Anspruch nehmen konnte (§ 97 UrhG).

Der Kläger ist zur Geltendmachung aktivlegitimiert, da ihm von den Urhebern der Programme mtd, intrd und msdosfs die ausschließlichen Nutzungsrechte eingeräumt wurden.

Hinsichtlich des Programms msdosfs ist Hr. W. A. Urheber. Für ihn spricht die Urhebervermutung (§ 10 UrhG), da er – wie aus dem Ausdruck (Anlage K6, Bl. 48 d.A.) ersichtlich – in dem Quellcode der Software und damit in der üblichen Weise als Urheber bezeichnet ist.

Hinsichtlich des Programms mtd ist im Quellcode, dessen Ausdruck als Anlage K10, Bl. 61 f. vorgelegt wurde, Hr. D. W. als Urheber bezeichnet, so dass auch für diesen die Urhebervermutung (§ 10 UrhG) spricht.

Zwar hat die Beklagte zunächst bestritten, dass es sich bei den vorgelegten Ausdrücken tatsächlich um die originalen Code-Ausdrücke handele; die Seiten könnten ohne weiteres in Word nachtippar sein. Sie ist jedoch, nachdem der Kläger eine Gegenüberstellung der von den Herren W. A. bzw. D. W. programmierten Ursprungscode und der von der Beklagten verwendeten Quelltexte (Anlage K20, Bl. 173 ff.) vorgelegt hat, dem nicht mehr substantiiert entgegengetreten.

Die Beklagte hat nicht bewiesen, dass entgegen der Vermutung die Herren D. W. und W. A. nicht Alleinurheber beider Programme sind.

Sie hat zunächst geltend gemacht, die Herren D. W. und W. A. seien lediglich als Miturheber anzusehen, die Klägerin habe auch selbst vorgetragen, die Softwares seien jeweils (lediglich) in wesentlichen Bestandteilen von beiden programmiert worden. Die Klägerin hat daraufhin ihren Vortrag substantiiert und ausgeführt, die Herren D. W. und W. A. hätten jeweils die Initialprogrammierung durchgeführt, im Folgenden sei es lediglich zu Bearbeitungen durch Dritte im Sinne von §§ 3, 23 UrhG gekommen. Dem ist die Beklagte im nachgelassenen Schriftsatz vom 16.8.2006 nicht mehr entgegengetreten. Soweit sie hinsichtlich der Programme msdosfs darauf verweist, dass Hr. W. A. nach dem vorgelegten Ausdruck der Internetseite www.W. A..de (Anlage B2, Bl. 239 d.A.) erkläre, nicht mehr länger an dem Programm gearbeitet zu haben, der Code sei in großem Umfang seitdem erweitert worden, widerspricht dies nicht dem Vortrag des Klägers, nach der die Initialprogrammierung durch Hr. W. A. erfolgte und Dritte diese im Folgenden bearbeiteten.

Dies gilt entsprechend hinsichtlich des Programms mtd und dem Verweis der Beklagten im nachgelassenen Schriftsatz auf die Beschreibung der Tätigkeit des Hr. D. W. auf der Internetseite zu diesem Computerprogramm (Anlage B3, Bl. 243 ff. d.A.). Gerade aus der dort ersichtlichen Beschreibung ergibt sich, dass Hr. D. W. die Initialprogrammierung vorgenommen hat ("he started MTD from scratch..").

Insbesondere lässt sich weder aus dem Vortrag der Beklagten noch den vorgelegten Ausdrücken entnehmen, dass es sich bei den beiden Programmen jeweils um eine einheitliche Schöpfung des Hr. W. A. bzw. des Hr. D. W. und anderer gehandelt hätte, die gemeinschaftlich durch gewolltes Zusammenwirken der beteiligten Personen entstanden wären. Gerade dann, wenn an der Schaffung eines Werkes verschiedene Urheber beteiligt sind, ist bei einer zeitlichen Staffelung der Beiträge eine Miturheberschaft zwar nicht ausgeschlossen, sie setzt aber voraus, dass jeder Beteiligte seinen schöpferischen Beitrag in Unterordnung unter die gemeinsame Gesamtidee erbracht hat (BGH, GRUR 2005, S. 860,

862 – Fash 2000). Eine solche Unterordnung unter die gemeinsame Gesamtidee hat die Beklagte nicht dargetan. Soweit sie darauf verweist, dass der Kläger selbst in seiner Darstellung im Rahmen von wikipedia (vgl. Ausdruck Anlage B4, Bl. 247 ff. d.A.) auf ein „core-team“ hinweist, trägt sie damit keine Miturheberschaft an den hier streitgegenständlichen Programmen vor, da der Kläger an diesen unstreitig nicht mitgewirkt hat.

Zudem ist die Beklagte, die zur Widerlegung der Urhebervermutung beweispflichtig gewesen wäre, beweisfällig geblieben.

Hinsichtlich des Programms `intrad` ist ebenfalls Hr. W. A. als Urheber anzusehen. Allerdings spricht für seine Alleinurheberschaft nicht die Vermutung § 10 UrhG. Denn auf dem vorgelegten Ausdruck „`intrad.txt`“ (Anlage K8, Bl. 55 d.A.) ist neben Hr. W. A. auch Hans H. L. als Urheber benannt. Sind mehrere Personen benannt, wird vermutet, dass diese als Miturheber tätig waren (Dreier/Schulze, UrhG, 2. Auflage, München 2006, § 10, Rz. 24). Insoweit hat die Klägerin vorgetragen, die Nennung beider Personen beruhe darauf, dass Hr. W. A. die Softwarekomponente „`intrad`“ allein entwickelt habe und Hr. H. L. eine Softwarekomponente „`zImage`“. Beide Komponenten, die getrennt voneinander benutzbar seien, seien dann verbunden worden, so dass es sich bei den verbundenen Bestandteilen um eine Werkverbindung gemäß § 9 UrhG handle. Diesem Vortrag, nach dem die separat verwendbare Softwarekomponente „`intrad`“ von Hr. W. A. allein geschaffen worden sei, ist die Beklagte nicht mehr substantiiert entgegengetreten. Sie hat lediglich geltend gemacht, ausweislich des vorgelegten Ausdrucks der Website (Anlage B2, Bl. 239 ff. d.A.) behaupte Hr. W. A. selbst nicht mehr, dass er in dem Computerprogramm „`intrad`“ aktiv involviert sei. Der Umstand, dass Hr. W. A. das Programm derzeit nicht mehr aktiv bearbeitet, ändert aber nichts an der Urheberschaft hinsichtlich dieser Komponente.

Die Computerprogramme `msdosfs`, `mtd` und `intrad` sind auch urheberrechtlich geschützt, da sie eine hinreichende Individualität im Sinne des Ergebnisses einer eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers darstellen. Wie sich aus den Quellcodes (vgl. Anlagen K6 und K10 sowie Anlage K20, Bl. 173 ff. d.A.) ergibt, handelt es sich um komplexe Computerprogramme. Bei solchen spricht eine tatsächliche Vermutung für eine hinreichende Individualität der Programmgestaltung. Es wäre insoweit Sache der Beklagten gewesen, dazutun, dass die Programme nur eine gänzlich banale Programmierleistung sind oder lediglich das Programmschaffen eines anderen Programmierers übernehmen (BGH, GRUR 2005, S. 860, 861 – Fash 2000). Dies hat sie nicht getan.

Da Hr. W. A. und Hr. D. W. Staatsangehörige eines anderen Mitgliedsstaates der Europäischen Union sind, genießen sie urheberrechtlichen Schutz für ihre Werke (§ 120 Abs. 2 Ziff. 2 UrhG).

Da die Herren W. A. und D. W. dem Kläger durch die vorgelegten Verträge (Anlage K5, Bl. 42 ff. d.A.; Anlage K7, Bl. 49ff. d.A. und K9, Bl. 56 ff. d.A.) das ausschließliche Recht der Vervielfältigung, Verbreitung, öffentlichen Wiedergabe und das Recht, Dritten die Vornahme von Bearbeitungen und Ergänzungen zu gestatten, an dem jeweiligen Computerprogramm eingeräumt haben, ist der Kläger aktiv legitimiert.

Die Einräumung eines ausschließlichen Nutzungsrechts konnte auch dann wirksam erfolgen, wenn an den Programmen vor Einräumung des Rechts an den Kläger Dritten gemäß der GPL Nutzungsrechte eingeräumt wurden. Denn durch die GPL werden lediglich einfache Nutzungsrechte eingeräumt. Wie sich aus § 33 UrhG ergibt, kann ein ausschließliches

Nutzungsrecht um bereits zuvor eingeräumte einfache Nutzungsrechte beschränkt eingeräumt werden.

Umgekehrt konnten die Urheber auch nach Einräumung des ausschließlichen Nutzungsrechts an den Kläger Dritten nach dem GPL einfache Nutzungsrechte einräumen. Denn gemäß § 4 Abs. 2 der jeweiligen mit dem Kläger getroffenen Vereinbarung räumt der Kläger dem jeweiligen Urheber weitere einfache, übertragbare Nutzungsrechte in der für eine anderweitige Lizenzierung des Programms erforderlichen Zahl ein.

Der Datenspeicher verwendete in seiner Firmware Teile der Programme msdosfs, intrd und mtd. Zwar hat die Beklagte zunächst darauf verwiesen, als reine Vertriebsgesellschaft keine Kenntnis von dem in dem Datenspeicher embeddeten Code zu haben. Die Klägerin hat sodann Gegenüberstellungen der von Hr. W. A. bzw. Hr. D. W. programmierten Ursprungscode und der von der Beklagten verwendeten Quelltexte vorgelegt und mit Beleg im Einzelnen vorgetragen, dass bzw. welche Zeichenketten diese aufweisen, die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit dem mtd-Quellcode, dem intrd Quellcode und dem msdosfs-Quellcode entstammen. Dem ist die Beklagte nicht substantiiert entgegengetreten. Sie hat lediglich geltend gemacht, dass der Kläger nicht ermittelt habe, dass der Code tatsächlich übereinstimme, sondern lediglich, dass der Kläger Anhaltspunkte hierfür ermittelt habe. Entgegen dieser Auffassung hat der Kläger durch diesen Vortrag aber die Urheberrechtsverletzung hinreichend konkret vorgetragen. Generell kann aus dem Umstand, dass Zeichenketten vorhanden sind, die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit dem Quellcode entstammen, der Schluss gezogen werden, dass der Quellcode verwandt wurde. Wie sonst die von dem Kläger im Einzelnen aufgezählten Zeichenketten zu erklären sind, die unstreitig auf die Verwendung der Quellcodes hinweisen, wurde von der Beklagten nicht erläutert. Da sie selbst die Datenspeicher mit dieser Firmware vertrieben hat, kann sie sich auch nicht darauf berufen, keine Kenntnis hiervon zu haben und von der Muttergesellschaft keine entsprechende Auskunft erhalten zu haben.

Die von dem Kläger ermittelten Zeichenketten konnten von diesem auch der Geltendmachung der Urheberrechtsverletzung zu Grunde gelegt werden. Sie unterfallen entgegen der Auffassung der Beklagten keinem Beweisverwertungsverbot.

Zur Ermittlung der von dem Kläger vorgetragenen Zeichenketten, die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit den Quellcodes entstammen, hat der Kläger die Firmware von dem Internetangebot der Beklagten heruntergeladen, entpackt und ist - wie im Schriftsatz des Klägers vom 20.7.2006, dort S. 3 (Bl. 155 d.A.) näher erläutert - vorgegangen. Dieses Vorgehen stellt kein gemäß § 69e UrhG unzulässiges Dekompilieren dar.

Soweit die Beklagte geltend gemacht hat, dieser Vortrag liege völlig neben der Sache, da die entsprechende Seite von der Beklagten erst aufgrund der Abmahnung des Klägers ins Netz gestellt worden sei, so dass es sich nicht um einen Nachweis für den Code handele, dringt sie hiermit nicht durch. Zum einen hat sie nicht bestritten, dass der Code, den sie nach Abmahnung durch den Kläger auf ihrer Internetseite veröffentlichte, der Code des Datenspeichers ist. Aus dem vorgelegten vorgerichtlichen Schreiben der Beklagten vom 9.2.2006 (Anlage K13, ,Bl. 84 d.A.) ergibt sich zudem, dass sie selbst gegenüber dem Kläger angibt, dass es sich bei dem auf dem ftp-server hinterlegten Sourcecode um den der in Rede stehenden Firmware handelt. Die Beklagte hat auch beispielsweise nicht geltend gemacht, der von ihr auf dem Server hinterlegte Sourcecode sei ihr von dem Kläger so vorgegeben worden oder woher der Code sonst stamme.

Die Beklagte war nicht zur Vervielfältigung, Verbreitung und Veränderung der drei Softwareprogramme berechtigt.

Die GPL ist auf das Rechtsverhältnis zwischen den Urhebern und der Beklagten anwendbar. Die drei Softwareprogramme werden unstreitig ausschließlich unter den Bedingungen der GPL lizenziert. Im Fall der freien Software ist anzunehmen, dass der Rechteinhaber durch die Unterstellung des Programms unter die GPL ein Angebot an einen bestimmbar Personenkreis abgibt, das von den Nutzern durch Vornahme der zustimmungsbedürftigen Handlung angenommen wird; insoweit wird man von einem Verzicht auf den Zugang der Annahmeerklärung beim Anbietenden (§ 151 BGB) ausgehen können.

Zudem könnte sich die Beklagte dann, wenn die GPL nicht durch Einbeziehung auf das Rechtsverhältnis anwendbar wäre, auf keinerlei Berechtigung zur Vervielfältigung, Verbreitung und Veränderung der drei Softwareprogramme berufen, so dass ebenfalls eine Urheberrechtsverletzung zu bejahen wäre. Insbesondere kann in den Bedingungen der GPL keinesfalls ein Verzicht auf Urheberrechte und urheberrechtliche Rechtspositionen gesehen werden. Denn die GPL sieht gerade vor, dass die zunächst jedermann erteilte Nutzungs-, Bearbeitungs- und Verbreitungsfreiheit durch die Einräumung eines nichtausschließlichen Nutzungsrechts bei Verstoß gegen die GPL automatisch erlischt (vgl. Dreier/Schulze, aaO, § 69a, Rz. 11).

Die Lizenzbedingungen des GPL sind als allgemeine Geschäftsbedingungen anzusehen, die einer Prüfung nach §§ 305 ff. BGB unterfallen. Da die Lizenzbedingungen des GPL ohne weiteres im Internet abrufbar sind, bestehen keine Bedenken, dass diese in das Vertragsverhältnis zwischen den Urhebern und der Beklagten einbezogen wurden (§ 305 Abs. 2 Ziff. 2 BGB).

Gemäß Ziff. 4 der GPL (Bl. 65 d.A.) fällt das zunächst gewährte Nutzungsrecht automatisch an den Urheber zurück, wenn der Nutzer gegen die in Ziff. 2 der GPL niedergelegten Verhaltenspflichten verstößt. Die dortigen Verhaltenspflichten sehen insbesondere vor, dass der Nutzer mit jeder Kopie einen Haftungsausschluss veröffentlicht, auf die GPL hinweist und einen Lizenztext beifügt sowie den Sourcecode des Programms offen legt.

Diese Regelung ist nicht als unangemessen benachteiligend gemäß § 307 Abs. 2 Ziff. 1 BGB unwirksam. Zwar ist in dieser Regelung keine nach § 31 Abs. 1 S. 2 UrhG zulässige Beschränkung des Nutzungsrechts zu sehen. Denn eine Aufspaltbarkeit in einzelne Nutzungsarten setzt voraus, dass es sich jeweils um eine nach der Verkehrsauffassung als solche hinreichend klar abgrenzbare, wirtschaftlich-technisch als einheitlich und selbständig erscheinende Nutzungsart handeln muss (BGH GRUR 2001, S. 153, 154 -OEM Version). Diese Voraussetzung erfüllt die Regelung Ziff. 2 der GPL nicht.

Die Regelung ist jedoch dahin zu verstehen, dass die Einräumung des nichtausschließlichen Nutzungsrechts nach der GPL unter der auflösenden Bedingung steht (§ 158 BGB), dass der Lizenznehmer sich nicht an die Vertragsbedingungen hält. Bei Bedingungseintritt entfällt daher die gewährte Lizenz.

Diese Gestaltung ist nicht gemäß § 307 Abs. 2 Ziff. 1 BGB unwirksam; sie stellt insbesondere keine Umgehung des § 31 UrhG dar. Die Regelung § 31 UrhG, die die Aufspaltbarkeit des dinglichen Nutzungsrechts vorsieht, auf der anderen Seite diese Aufspaltbarkeit aber auch beschränkt, schafft den Ausgleich zwischen dem Interesse des Urhebers an einer möglichst

intensiven und differenzierten Verwertung seiner Werke einerseits und dem Verkehrsschutzinteresse der Allgemeinheit andererseits, nämlich erkennen und deutlich abgrenzen zu können, welche verschiedenen Nutzungsarten es gibt, um sie als gesonderte Rechten erwerben zu können und beachten zu müssen (Dreier/Schulze, aaO, § 31, Rz. 9). Eine Regelung ist daher dann als Umgehung des § 31 UrhG anzusehen, wenn sie die Verkehrsfähigkeit der Rechte bzw. der mit den Werkstücken bespielten Werkstücke erheblich beeinträchtigen kann. Die GPL sieht jedoch lediglich vor, dass derjenige, der sich nicht entsprechend den Bedingungen der GPL verhält, (selbst) das Nutzungsrecht verliert. Ziff. 4 S. 3 der GPL regelt ausdrücklich, dass die Lizenzen der Personen, die Kopien oder Rechte von jemandem erworben haben, dessen Nutzungsrecht nach Ziff. 4 S. 1 entfallen ist, nicht beendet werden, solange sie die GPL anerkennen und befolgen.

Soweit es um die Verkehrsfähigkeit bespielter Werkstücke geht, ist die Verkehrsfähigkeit ebenfalls nicht unangemessen beschränkt. Denn derjenige, der ein solches Werkstück von jemandem erwirbt, der bei Herstellung von Vervielfältigungsstücken wegen Verlust des Nutzungsrechts nicht mehr dazu berechtigt war, kann bei Anerkennung der GPL jederzeit die erforderlichen Nutzungsrechte von dem Urheber erwerben (vgl. hierzu LG München I MMR 2004, S. 693, 695).

Da die Beklagte die in Ziff 2 GPL vorgesehenen Pflichten verletzt hat, ist die auflösende Bedingung mit der Folge eingetreten, dass sie ihr Nutzungsrecht verloren hat.

Die Beklagte kann sich auch nicht auf Erschöpfung des Verbreitungsrechts (§ 69c Ziff. 3 S. 2 UrhG) berufen, auch wenn die drei Softwareprogramme im Internet der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt werden.

Denn die Erschöpfung betrifft nur das Verbreitungsrecht an dem Werkexemplar, auf das die Software beim Downloadvorgang kopiert wird. Hinsichtlich des Vervielfältigungsrechts tritt keine Erschöpfung ein, so dass die Beklagte nicht gemäß § 69c Ziff. 3 S. 2 UrhG berechtigt ist, durch Kopie der Software auf die einzelnen Datenspeicher diese zu vervielfältigen. Im Hinblick auf die dann von der Beklagten veräußerten Datenspeicher tritt ebenfalls keine Erschöpfung des Verbreitungsrechts ein, da diese nicht mit Zustimmung der Urheber im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht wurden, da die Veräußerung der Datenspeicher nicht den Bedingungen des GPL entsprach. Allerdings können Erwerber, wie oben dargelegt, jederzeit durch Anerkennung der GPL die erforderlichen Nutzungsrechte von dem Urheber unmittelbar erwerben.

Es kann dahinstehen, ob, wie die Beklagte geltend macht, die Regelung des GPL wegen Verstoßes gegen Art. 81 EGV und § 1 GWB – insbesondere das Verbot von Preisbindungen und das Verbot, die Konditionen für einen Zweitvertrag in einem Erstvertrag festzulegen – unwirksam ist.

Denn dies führte gemäß § 139 BGB zur Unwirksamkeit des gesamten Lizenzvertrags und hätte zur Folge, dass der Beklagten keinerlei Nutzungsrecht zustände, so dass der Kläger sie aus diesem Grund wegen Verletzung der Urheberrechte in Anspruch nehmen könnte. Gemäß § 139 BGB führt die Nichtigkeit eines Teils des Rechtsgeschäfts dazu, dass das ganze Rechtsgeschäft nichtig ist. Etwas anderes gilt nur dann, wenn anzunehmen ist, dass das Rechtsgeschäft auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen würde. Dies kann hier nicht angenommen werden. Da die Parteien die Gewährung der Lizenz unter die auflösende Bedingung der Einhaltung der GPL-Bedingungen gestellt haben, ergibt sich, dass der möglicherweise nichtige Teil (Ziff. 2 der GPL) mit der Hauptleistungspflicht, der Einräumung

des Nutzungsrechts, unteilbar verknüpft ist. Durch die Unwirksamkeit der Regelungen wäre zudem die offene Weiterentwicklung der Software gefährdet und damit das Grundprinzip des Open Source betroffen, das durch die Präambel des GPL (vgl. Anlage K11, Bl. 62 d.A.) ebenfalls in den Vertrag einbezogen wurde.

Auch wäre der Kläger berechtigt, sich auf die vollständige Unwirksamkeit und damit auf das Fehlen der Lizenz der Beklagten zu berufen. Es liegt kein Fall vor, nach der es dem Kläger nach Treu und Glauben, insbesondere wegen des Einwands der unzulässigen Rechtsausübung, verwehrt wäre, sich auf die Unwirksamkeit des gesamten Vertrags und damit auch auf die Unwirksamkeit der Lizenzgewährung zu berufen.

Zwar kann es gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen, wenn eine Partei, die wegen der schuldhaften Verletzung einer Vertragspflicht in Anspruch genommen wird, sich auf die Nichtigkeit dieser vertraglichen Regelung beruft, weil eine andere vertragliche Regelung unwirksam ist. (BGH GRUR 1971, S. 272273 – Blitzgeräte). Dies gilt insbesondere dann, wenn zwischen der nichtigen Klausel und der Klausel, die die schuldhaft verletzte Vertragspflicht betrifft, kein Zusammenhang besteht (BGH GRUR 1969, S. 701, 702 – Auto-Lok).

Eine solche Konstellation liegt aber nicht vor. Der Kläger bzw. die Lizenzgeber, von denen der Kläger sein Recht herleitet, haben selbst nicht gegen vertragliche Pflichten verstoßen. Vielmehr beruft sich die Beklagte, die gegen eine Verpflichtung verstoßen hat, auf die ihr vertraglich gewährte Einräumung von Rechten. Zudem steht die möglicherweise nichtige Klausel Ziff. 2 der GPL, die dem Lizenznehmer Pflichten auferlegt, und die Regelung der GPL, nach der der Lizenzgeber der anderen Vertragspartei eine nichtausschließliche Lizenz einräumt, dadurch in einem engen Zusammenhang, dass die Nichterfüllung der Verpflichtungen Ziff. 2 GPL auflösende Bedingung für die Gewährung der Lizenz darstellt. Daher ist es dem Kläger nicht verwehrt, sich auf die Nichtigkeit der gesamten Vereinbarung zu berufen.

Dies hat auch entgegen der Auffassung der Beklagten nicht zur Folge, dass faktisch den kartellrechtswidrigen Klauseln doch zur Wirksamkeit verholfen würde. Ergebnis der Unwirksamkeit des gesamten Vertrags ist lediglich, dass die Beklagte nicht Lizenznehmer ist.

Daher kann der Kläger die Beklagte wegen der Kosten des Abmahnschreibens vom 1.2.2006 in Anspruch nehmen. Er kann jedoch nur Ersatz einer 1,3 Geschäftsgebühr anstelle der von ihm geltend gemachten 1,5 Geschäftsgebühr verlangen, da es sich lediglich um eine durchschnittlich schwierige Angelegenheit handelt. Der zugrunde gelegte Streitwert von EUR 150.000 ist im Hinblick darauf, dass die Verletzung des Urheberrechts an drei Softwareprogrammen geltend gemacht wird, nicht zu beanstanden. Zuzüglich Auslagenpauschale kann der Kläger daher EUR 2080,50 beanspruchen.

Ebenso kann der Kläger von dem Beklagten gemäß §§ 683, 670 BGB die Erstattung der Kosten für den Testkauf in Höhe von EUR 141,34 Zug um Zug (§ 322 BGB) gegen Rückübereignung des erworbenen Datenspeichers verlangen.

Der Kläger kann schließlich von der Beklagten Ersatz der geltend gemachten Kosten für das Reengineering des im Wege des Testkaufs erworbenen Datenspeichers verlangen. Die entstandenen Aufwendungen waren solche, die der Kläger den Umständen nach für erforderlich halten durfte, da es ihm nur so möglich war, zu überprüfen, ob die im Datenspeicher verwendete Firmware die drei Softwareprogramme enthielt. Der Kläger hat bei

dem von ihm vorgenommenen Reengineering des Datenspeichers auch nicht das Urheberrecht der Beklagten verletzt; er hat keine Dekompilierung vorgenommen, die nur unter den Voraussetzungen des § 69e UrhG zulässig wäre. Der Kläger hat nicht den Objektcode in den Quellcode rückübersetzt, sondern lediglich den Bootvorgang des Datenspeichers mitgeschnitten und den Mitschnitt darauf untersucht, ob sich hieraus Hinweise ergeben, die auf die Verwendung eines der Softwareprogramme hinweisen.

Der Kläger kann auch die übliche Vergütung für die von ihm verwandte Zeit für das Reengineering verlangen, da es sich um solche Leistungen handelt, die zum Beruf des Klägers, der freier Programmierer ist, gehört (vgl. Palandt-Sprau, 65. Auflage, München 2006, § 683, Rz. 8 m.w.N.). Der von ihm veranschlagte Stundensatz von EUR 140,- netto wird auch von der Beklagten nicht als unüblich beanstandet. Auch konnte der Kläger einen Zeitaufwand von vier Stunden geltend machen. Zwar hat die Beklagte zunächst die Höhe der Kosten für das Reengineering der Höhe nach durch Nichtwissen bestritten. Nachdem der Kläger mit Schriftsatz vom 20.7.2006 detailliert seine Vorgehensweise beschrieben hat, hat die Beklagte den geltend gemachten Zeitaufwand nicht mehr gerügt. Es hätte aber der Beklagten, einem Unternehmen, das eine breite Palette von Hardware- und Netzwerkkomponenten anbietet, obliegen, darzulegen, dass der Zeitaufwand hierfür nicht erforderlich war.

Die Nebenkostenentscheidung ergibt sich aus §§ 280, 286, 288 BGB. Der Kläger kann jedoch gemäß § 288 Abs. 1 BGB lediglich Verzugszinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz verlangen, da ihm der geltend gemachte Anspruch nicht aufgrund Rechtsgeschäfts, sondern Verletzung der Urheberrechte zusteht.

Wegen der Verletzung der Urheberrechte, zu deren Geltendmachung der Kläger berechtigt ist, steht ihm gegenüber der Beklagten auch der geltend gemachte Auskunftsanspruch gemäß § 101a UrhG zu.

Die Beklagte hat die gesamten Kosten des Rechtsstreits zu tragen, da die Zuvielforderung des Klägers verhältnismäßig geringfügig war und nur geringfügig höhere Kosten verursacht hat (§ 92 Abs. 2 Ziff. 1 ZPO).

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 709 ZPO.

Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf § 3 ZPO.

R

Richter am LG

W-S

Dr. K

ist wegen Urlaubs an der
Unterschrift gehindert. R

verkündet am: 13.5.2009

_____ JAe _____
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Geschäftsnummer: 2-06 O 172/09



LANDGERICHT FRANKFURT AM MAIN
Urteil
IM NAMEN DES VOLKES

In dem Rechtsstreit

X

vertr. durch d.,

- Antragstellerin -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwalt

g e g e n

1. Y

2. Z

- Antragsgegner -

Prozessbevollmächtigte zu 1.: Rechtsanwalt

hat das Landgericht Frankfurt am Main – 6. Zivilkammer -

durch Vorsitzenden Richter am Landgericht **R.**
Richter am Landgericht **K.**
Richter **Dr. T.**

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom **13.5.2009** für Recht erkannt:

Der Antragsgegnerin zu 1. wird bei Meidung eines Ordnungsgeldes von bis zu 250.000,00 EUR, an dessen Stelle im Falle der Uneinbringlichkeit

Ordnungshaft bis zu 6 Monaten tritt, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten für jeden einzelnen Fall der Zuwiderhandlung verboten,

Nutzern der Universitäts- und Landesbibliothek Darmstadt zu ermöglichen, digitale Versionen der Werke, die im Verlag der Antragstellerin veröffentlicht sind, insbesondere die „Einführung in die Neuere Geschichte“ von W. S. auf USB-Sticks oder andere Träger für digitalisierte Werke zu vervielfältigen und/oder solche Vervielfältigungen aus den Räumen der Bibliothek mitzunehmen.

Im Übrigen wird der Antrag zurückgewiesen.

Die Gerichtskosten trägt die Antragstellerin zu 75 % und die Antragsgegnerin zu 1. zu 25 %.

Die Kosten der Antragsgegnerin zu 2. trägt die Antragstellerin vorab.

Die Kosten der Antragstellerin trägt diese zu 75 % und die Antragsgegnerin zu 1. zu 25 %. Die Kosten der Antragsgegnerin zu 1. trägt diese zu 50 % und die Antragstellerin zu 50 %.

Der Streitwert wird festgesetzt auf 100.000,00 EUR.

Tatbestand

Die Parteien streiten um die Rechtmäßigkeit der von der Antragsgegnerin zu 1) in ihrer Bibliothek zur Verfügung gestellten elektronischen Leseplätze.

Die Antragstellerin ist ein bekannter Verlag, welche in einem Verlagsportfolio hauptsächlich wissenschaftliche Literatur führt. Zu ihrem Verlagsprogramm zählen u.a. diverse Lehrbücher zu den Fächern Geowissenschaft, Biologie, Umweltingenieurwissenschaft und Geschichte. U.a. verlegt die Antragstellerin auch das streitgegenständliche Werk „Einführung in die neuere Geschichte“ von W. S., welches derzeit in der X. Auflage am Markt erhältlich ist. Die Antragsgegnerin zu 1) wurde 1877 gegründet. Sie ist als Universität des Landes Hessen eine rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts. Ihre Zentralbibliothek ist die Universitäts- und Landesbibliothek Darmstadt. Ihre Sammlungsschwerpunkte liegen im Bereich der naturwissenschaftlich-technischen, geistes- und gesellschaftswissenschaftlichen und landeskundlichen Literatur. Die Sammlung geht in ihrem Grundstock auf die Büchersammlung des Landgrafen Hans-Georg I. von Hessen-Darmstadt zurück. Die Antragsgegnerin zu 2) ist eine Gebietskörperschaft des öffentlichen Rechts und als Bundesland Trägerin der Antragsgegnerin zu 1).

Die Antragsgegnerin zu 1) hält in ihrem Bestand sieben Exemplare des streitgegenständlichen Buchs „Einführung in die neuere Geschichte“ von W. S.. Im Januar 2009 wurde dieses Werk zum Zweck der Bereitstellung an elektronischen Leseplätzen digitalisiert. Hierbei wurden die einzelnen Kapitel als PDF-Dateien gespeichert und Anfang Februar 2009 in die Datenbank eingepflegt, welche den elektronischen Leseplätzen zugrunde liegt. Die Antragsgegnerin zu 1) stellt zum Abruf für den Benutzer einen PDF-Reader der Fa. Adobe zur Verfügung. Die einzelnen Dateien sind Grafikdateien, die einer modernen Textverarbeitung nicht zugänglich sind. Der Aufruf der fraglichen PDF-Dateien ist jedenfalls über die in den Räumlichkeiten der Antragsgegnerin zu 1) zur Verfügung gestellten elektronischen Leseplätzen möglich. Simultan können jeweils nur so viele identische PDF-Dateien aufgerufen werden, wie Printexemplare im Bibliotheksbestand vorhanden sind. Die fraglichen Dateien können in technischer Hinsicht am elektronischen Leseplatz eingesehen und ausgedruckt werden. Zudem ist es dem Benutzer möglich, Dateien auf einen USB-Stick zu sichern und mit nach Hause zu nehmen.

An den Leseplätzen erteilte die Antragsgegnerin zu 1) zunächst folgenden Hinweis:

„... Die digilehrbücher können aus rechtlichen Gründen nur in den Räumen der ULB angeboten werden, unter Einhaltung bestimmter Bedingungen (mehr...). Die ULB sorgt durch technische und organisatorische Maßnahmen für die Einhaltung dieser Bestimmungen. Wir machen darauf aufmerksam, dass ein Vervielfältigen oder Weiterleiten der digilehrbücher verboten ist“.

Hinter dem als Link ausgestalteten Textbestandteil „(mehr...)“ folgte eine detaillierte Erläuterung zu den Vorgaben des § 52b UrhG.

Im Verlauf des vorliegenden Verfahrens konkretisierte die Antragsgegnerin zu 1) den Urheberhinweis wie folgt:

„Wir machen darauf aufmerksam, dass die Benutzung des elektronischen Leseplatzes nur zur Forschung und für private Studien gestattet ist. Ein Vervielfältigen (Ausdrucken/Speichern) ist nur statthaft, soweit der Nutzer nach § 53 UrhG (privater und sonstiger Gebrauch) privilegiert ist. Jede Weiterverbreitung ist untersagt.“

Die elektronischen Leseplätze waren zunächst nicht durch ein Login gesichert, mittlerweile muss sich der Nutzer elektronischer Leseplätze durch ein persönliches Login und Passwort anmelden. Diese erhält er nur, wenn er über einen Benutzerausweis der Bibliothek verfügt. Weitergehende Kontrollen gibt es für die Nutzer der Bibliothek weder beim Betreten noch beim Verlassen der Bibliothek.

Die Antragstellerin erfuhr nach einem Test von diesen Vorgängen am 18.3.2009.

Sie behauptet, mit Schreiben vom 29.1.2009 der Antragsgegnerin ein Angebot unterbreitet zu haben (Anlage K 4, K 5). Die Antragsgegnerin habe hierauf nicht reagiert.

Sie ist der Auffassung die von der Antragsgegnerin zu 1) etablierte Praxis elektronischer Leseplätze sei sowohl urheberrechtlich als auch lauterkeitsrechtlich zu beanstanden. Bereits die eigenmächtige Digitalisierung des streitgegenständlichen Werkes greife unzulässig in das Vervielfältigungsrecht der Antragstellerin i.S. § 16 UrhG ein. Gleiches gelte für die angebotene Möglichkeit des Ausdrucks. Zudem

werde das Recht auf öffentliche Zugänglichmachung i.S. § 19a UrhG und das Verbreitungsrecht gem. § 17 UrhG verletzt. Die Eingriffe seien nicht durch § 52b UrhG legitimiert. Hier sei zunächst zu beachten, dass § 52b UrhG bereits dann nicht mehr anwendbar sei, wenn der Bibliothek die Möglichkeit einer angemessenen Lizenzierung geboten worden sei. Jede andere Auslegung werde dem sog. Drei-Stufen-Test nicht gerecht, der hier zugunsten des Urhebers eine restriktive Auslegung gebiete. Dies werde bereits an dem Umstand deutlich, dass es sich bei einer Vielzahl von öffentlichen Bibliotheken um sog. „Pflichtexemplarsbibliotheken“ handele, die nicht etwa aufgrund Kaufvertrags, sondern kraft gesetzlicher Regelung an die nun zu digitalisierenden Werke gekommen seien. Auch die europarechtlichen Vorgaben belegten, dass bereits die Möglichkeit eines angemessenen Lizenzvertrages das Recht des § 52b UrhG ausschließen. Auch der Wortlaut des § 52b UrhG stehe einer derartigen Interpretation nicht entgegen, da dort lediglich vertragliche Regelungen erwähnt würden, die auch die Möglichkeit eines Vertragsschlusses erfassten. Selbst wenn man dem aber nicht folge, sei die Praxis der Antragsgegnerin zu 1) nicht von § 52b UrhG gedeckt. Die von der Antragsgegnerin zu 1) installierten Schutzmechanismen seien unzureichend. Sie verhinderten letztlich nicht, dass Nutzer zu gewerblichen Zwecken auf die Angebote zugriffen. Die vorgenommene Digitalisierung sei zudem von § 52b UrhG nicht legitimiert, da die Norm lediglich ein Leserecht entwickle, eine sog. Annex-Kompetenz sei der Bibliothek dagegen gerade nicht zuzugestehen. Die Möglichkeit eines Ausdrucks lasse sich nicht aus § 53 UrhG rechtfertigen, da § 52b UrhG gerade nicht auf diese Norm verweise. Die Kopie sei deswegen im vorliegenden Fall nach der gesetzlichen Regelung lediglich von der dem Digitalisat zugrundeliegenden Papierform her zulässig. Die Mitnahme gefertigter Kopien oder Sicherungen auf ein digitales Medium stelle zudem keine Nutzung mehr „in den Räumen“ der Bibliothek dar, die dem Leserecht des § 52b UrhG zugrunde lägen. Zudem sei zu berücksichtigen, dass die digitale Vervielfältigung bzw. der Ausdruck auf der Basis des digitalisierten Werkes wesentlich einfacher möglich seien als die Kopie von der Papierform.

Die Antragstellerin hat den ursprünglich auch gegen die Antragsgegnerin zu 2) gerichteten gleichlautenden Antrag zurückgenommen und beantragt zuletzt den Erlass folgender einstweiliger Verfügung gegenüber der Antragsgegnerin zu 1):

Der Antragsgegnerin zu 1) wird bei Meidung eines Ordnungsgeldes von bis zu € 250.000,00, an dessen Stelle im Falle der Uneinbringlichkeit eine Ordnungshaft bis zu 6 Monaten tritt, oder einer Ordnungshaft bis zu 6 Monaten für jeden einzelnen Fall der Zuwiderhandlung verboten,

- a) Lehrbücher oder andere Werke aus dem Verlag der Antragstellerin, insbesondere die „Einführung in die Neuere Geschichte“ von W. S., zu digitalisieren oder digitalisieren zu lassen und/oder in digitalisierter Form für öffentliche Wiedergaben insbesondere an elektronischen Leseplätzen der Universitäts- und Landesbibliothek Darmstadt zu benutzen, ohne zuvor mit der Antragstellerin geklärt zu haben, ob letztere das betreffende Werk in digitaler Form zu angemessenen Bedingungen zur Lizenzierung anbietet;
- b) Nutzern der Universitäts- und Landesbibliothek Darmstadt zu ermöglichen, digitale Versionen der Werke, die im Verlag der Antragstellerin veröffentlicht sind, insbesondere die „Einführung in die Neuere Geschichte“ von W. S., an elektronischen Leseplätzen der Bibliothek ganz oder teilweise auszudrucken und/oder auf USB-Sticks oder andere Träger für digitalisierte Werke zu vervielfältigen und/oder solche Vervielfältigungen aus den Räumen der Bibliothek mitzunehmen;
- c) Lehrbücher oder andere Werke aus dem Verlag der Antragstellerin, insbesondere die „Einführung in die Neuere Geschichte“ von W. S., elektronisch anzubieten, wie es am 19.3.2009 auf der Webseite der Antragsgegner (gemäß Anlage K 3) geschehen ist.

Die Antragsgegnerin zu 1) beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Sie behauptet, das von der Antragstellerin unterbreitete Lizenzangebot sei nicht angemessen gewesen. Die Koordinierungsgruppe des HEBIS - Konsortiums habe das

vorgelegte Angebot geprüft und sodann mit Beschluss vom 2.3.2009 abgelehnt. Die Gründe seien dem UTB Vertriebspartner G. B. & O. durch E-Mail mitgeteilt worden (Anlage Sch 4). Insbesondere die fehlende Kalkulierbarkeit der anfallenden Nutzungsgebühren und die Unvereinbarkeit mit den Grundsätzen der Lehrmittelfreiheit ließen das Lizenzangebot der Antragstellerin nicht als angemessen erscheinen.

Wegen weiterer Einzelheiten hinsichtlich des Sach- und Streitstandes wird auf die zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst deren Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Der zulässige Antrag ist überwiegend unbegründet.

1. Ein Verfügungsgrund liegt vor. Die Sache ist dringlich, da die berechtigten Interessen der Antragstellerin an einem zeitnahen Rechtsschutz hier die Interessen der Antragsgegnerin zu 1) überwiegen.

2. Der Antragstellerin stehen die geltend gemachten Verfügungsansprüche nur in dem erkannten Umfang zu.

a. Zunächst ist der unter lit. a) geltend gemachte Antrag, der sich auf die Zulässigkeit der Digitalisierung selbst und das Zugänglichmachen an elektronischen Leseplätzen bezieht, gemäß § 97 Abs. 1 UrhG unbegründet.

Eine Urheberrechtsverletzung liegt nicht vor. Das von der Antragsgegnerin zu 1) geschaffene Angebot eines elektronischen Leseplatzes verletzt weder das ihr als Inhaberin der Nutzungsrechte zustehende Vervielfältigungs-, Verbreitungsrecht, noch das Recht auf öffentliche Zugänglichmachung an dem streitgegenständlichen Werk. Vielmehr ist nach Aktenlage die Schaffung elektronischer Leseplätze gemäß § 52 b UrhG zulässig.

aa. Unstreitig liegen hinsichtlich beider beanstandeten Verhaltensweisen die Voraussetzungen des § 52 b UrhG im Wesentlichen vor. Die Antragsgegnerin zu 1) ist als öffentliche Bibliothek Adressatin der Norm. Das Angebot erfolgt – soweit es Antrag lit. a) betrifft - lediglich in den Räumen der Antragsgegnerin zu 1). Auch die Voraussetzungen des § 52 b Satz 2 UrhG sind gegeben, da die Zahl der zur Veröffentlichung gestellten Exemplare an den eingerichteten elektronischen Leseplätzen der Stückzahl im Bestand entspricht.

Nach Aktenlage ist zudem davon auszugehen, dass das Angebot lediglich zur Forschung bzw. für private Studien zugänglich gemacht wird. Die Antragstellerin hat Gegenteiliges nicht glaubhaft gemacht. Die von ihr entwickelten Bedenken hinsichtlich etwaiger Missbrauchsmöglichkeiten und fehlender Kontrollen bleiben letztendlich spekulativ. Unstreitig weist die Antragsgegnerin zu 1) auf den gesetzlich limitierten Verwendungszweck hin, wenn dies ursprünglich auch lediglich durch einen Link geschah. Aus diesem Umstand allein lässt sich jedoch nicht herleiten, dass die Antragsgegnerin zu 1) ein Zugänglichmachen zu nicht limitierten

Verwendungszwecken ermögliche. Letztlich bleibt – auch bei den von Antragstellerseite geforderten Kontrollmaßnahmen – der Zweck der Nutzung ein nur schwer überprüfbares Internum des Nutzers. Auch die von Antragstellerseite geforderten Kontrollen erweisen sich zum Ausschluss eines Missbrauchs in diesem entscheidenden Punkt als in gleicher Weise problematisch. Vorstellbare tatsächlich effektive Kontrollen, die zuvor eine detaillierte Darlegung und Prüfung des Zwecks der Nutzung voraussetzen würden, erweisen sich erkennbar als unverhältnismäßig und stehen der Intention der Regelung des § 52b UrhG entgegen. Die intendierte Nutzungspraxis würde auf diesem Wege vollständig ausgehöhlt.

b. Dies zugrunde gelegt erweist sich zunächst das Zugänglichmachen der geschaffenen Angebote gem. § 52b UrhG als erlaubt. Ohne Erfolg beruft sich die Antragstellerin darauf, dass der Anwendung des § 52b UrhG eine „vertragliche Regelung“ i.S.d. § 52 b Satz 1 UrhG entgegen stünde.

Ob mit dieser Tatbestandsvoraussetzung lediglich bestehende vertragliche Regelungen gemeint sind oder auch Vertragsangebote erfasst werden sollen, wird unterschiedlich bewertet (vgl. etwa zum Streitstand Dreyer/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 3. Aufl., § 52b Rz. 12; Hören MMR 2007, 617; Spindler NJW 2008, S. 13; Wandtke/Bullinger/Jarny, Praxiskommentar zum Urheberrecht, § 52b, Rz. 27; Fromm/Nordemann-Dustmann, Urheberrechtsgesetz, § 52 b, Rz. 11). Nach Auffassung der Kammer wird die Anwendung des § 52b UrhG nicht bereits durch das Vorliegen eines Vertragsangebots ausgeschlossen, wie dies die Antragstellerin meint.

Nach dem sowohl dem Wortlaut, dem systematischen Zusammenhang als auch den Gesetzgebungsmaterialien entnehmbaren Willen des Gesetzgebers soll § 52b UrhG vielmehr lediglich durch bestehende vertragliche Regelungen ausgeschlossen werden. Zunächst stellt der Wortlaut von § 52b UrhG in dem hier maßgeblichen Zusammenhang auf „vertragliche Regelungen“ ab. Bereits dieser Begriff ist seinem originären Wortverständnis nach – anders als die Antragstellerin meint – nur schwer mit einem Vertragsangebot vereinbar. Denn ein Angebot bleibt einseitig und kann deswegen eine „Regelung“ – also eine beidseitig bindende Vereinbarung – nicht begründen. Dieses originäre Wortverständnis entspricht auch dem systematischen

Zusammenhang der Regelung. Insbesondere differenziert das Gesetz in § 53a Abs. 1 Satz 3 UrhG, in dem es bereits auf das „Ermöglichen“ einer vertraglichen Regelung abstellt, klar in seinem Wortlaut, wenn bereits ein Vertragsangebot genügen soll.

Dass es sich hierbei auch nicht um ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers handelt, belegen die Gesetzgebungsmaterialien und die Gesetzgebungshistorie. Die vorstehend dargestellte Differenzierung findet sich bereits in dem Gesetzgebungsentwurf der Bundesregierung vom 15.6.2006 (BT-DS 16/1828). Hier wird ausdrücklich zwischen vertraglichen Regelungen i.S. § 52b UrhG, die getroffen wurden (BT-DS 16/1828, S. 26), und Angeboten im Sinne § 53a UrhG (BT-DS 16/1828, S. 27) unterschieden. Da der Entwurf in der hier entscheidenden Passage trotz Kritik (vgl. etwa die Stellung des Sachverständigen Prof. Dr. H. im Rechtsausschuss vom 20.11.2006, S. 9; Formulierungsvorschlag des Deutschen Bibliothekenverbandes des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels vom 23.3.2007) im Gesetzestext fortgeführt wurde, ist ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers auszuschließen.

Auch Art. 5 Abs. 3 Lit. n der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 22.5.2001 steht dieser Auslegung nicht entgegen, da auch sie nicht ausdrücklich Lizenzangebote einbezieht. Die Kammer verkennt nicht, dass durch die vorstehende Auslegung den öffentlichen Bibliotheken eine sehr komfortabel ausgestaltete Verhandlungsposition im Rahmen von Verhandlungen mit Verlagen zugesprochen wird. Dies gebietet jedoch kein abweichendes Auslegungsergebnis, insbesondere liegt kein Verstoß gegen den sog. Drei-Stufen-Test vor. Der Verlag wird nicht unangemessen benachteiligt, insbesondere sind auch die öffentlichen Bibliotheken im vorliegenden Fall gehalten, eine entsprechende Vergütung für die gesetzliche Lizenz zu erstatten. Diese wird über die VG-Wort ausgehandelt und abgerechnet. Auch stellt sich der hier in Streit stehende Eingriff im Verhältnis zu den bereits seit Jahrzehnten geltenden Eingriffen gemäß § 53 Abs. 2 UrhG nicht als wesentlich intensiver dar. Insbesondere die von Antragstellerseite aufgeführten Umsatzeinbußen und Beeinträchtigungen des Verlagsangebots liegen nicht nahe und waren bereits Gegenstand intensiver Diskussionen, welche das Gesetzgebungsverfahren begleitet haben. Der Gesetzgeber hat in Kenntnis dieser Folgen die Regelung des § 52b UrhG geschaffen.

c. Auch die beanstandete Digitalisierung der Werke ist von § 52b UrhG gedeckt. Nach überwiegender Auffassung in der Literatur begründet § 52b UrhG eine Annex-Berechtigung zur Vervielfältigung des Werkes. Um die Zugänglichmachung zu ermöglichen, müssen die privilegierten Einrichtungen in aller Regel zunächst jedoch ein dazu erforderliches digitales Vervielfältigungsstück herstellen. Ansonsten liefe die fragliche Bestimmung weitgehend leer (vgl. Dreyer/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 3. Aufl., § 52, Rz. 14; BT-DS 16/1828, S. 26 und BT-DS 16/5939, S. 44; Berger GRUR 2007, 7544, 7556; Spindler NJW 2008, S. 13).

d. Da das Verhalten der Antragsgegnerin gem. § 52b UrhG erlaubt ist, scheidet auch die geltend gemachten lauterkeitsrechtlichen Ansprüche aus.

2. Entsprechend den vorstehenden Ausführungen steht der Antragstellerin auch der mit lit. c.) geltend gemachte Unterlassungsanspruch nicht zu, der sich gegen ein Angebot von Lehrbüchern im Internet wendet. Der in Anlage K3 abgebildete Internetauftritt der Antragsgegnerin zu 1) bietet keine Möglichkeit, aus dem Internet auf die geschaffenen elektronischen Ressourcen zuzugreifen. Als schlichter Hinweis bzw. Werbung auf das Angebot der Antragstellerin ist jedoch auch dies gem. § 52b UrhG erlaubt. Insoweit geltend vorstehende Ausführungen entsprechend.

3. Teilweise Erfolg hat die Antragstellerin mit ihrem unter lit. b) geltend gemachten Unterlassungsbegehren. Die Antragstellerin kann von der Antragsgegnerin gem. § 97 I UrhG verlangen, es Nutzern nicht zu ermöglichen, digitale Versionen der Werke, die im Verlag der Antragstellerin veröffentlicht sind, an elektronischen Arbeitsplätzen auf USB-Sticks oder andere Träger für digitalisierte Werke zu vervielfältigen bzw. diese Vervielfältigungen aus den Räumen der Bibliothek mitzunehmen. Dagegen war das gegen die Möglichkeit eines Ausdrucks der digitalisierten Werke gerichtete Unterlassungsbegehren zurückzuweisen.

Der Antragstellerin ist in diesem Zusammenhang zuzugeben, dass sich die Berechtigung dieses Angebots nicht aus § 53 UrhG ergeben kann. Weder der

Wortlaut des § 52b UrhG erhält einen Hinweis auf eine Anwendungsmöglichkeit des § 53 UrhG, noch spricht die Systematik des geschaffenen Normgefüges für eine derartige Auslegung. Allerdings ergibt sich die grundsätzliche Berechtigung zum Ausdruck der geschaffenen elektronischen Inhalte als Annexkompetenz aus § 52b UrhG selbst.

Nach dem Willen des Gesetzgebers soll der geschaffene § 52b UrhG eine Nutzung ermöglichen, die der analogen Nutzung vergleichbar ist (BT-DS 16/1828, S. 26). Da das Angebot hier im Wesentlichen auf wissenschaftliche Arbeit mit Texten gerichtet ist, umfasst dies auch die Möglichkeit eines Ausdrucks. Eine sinnvolle Arbeit mit längeren Texten setzt regelmäßig die Möglichkeit voraus, in etwaigen Kopien zentrale Passagen des Textes zu markieren und diese in Auszügen auch aus der Bibliothek zum weitergehenden Studium an anderen Ort mitzunehmen. Ließe das Gesetz eine derartige Möglichkeit nicht zu, wäre das geschaffene Angebot einem analogen Angebot nicht vergleichbar, sondern beschränkte sich wohl für die überwiegende Anzahl der wissenschaftlichen Nutzer im Wesentlichen auf die Möglichkeit einer Überprüfung von Zitaten. Ohne Erfolg beruft sich die Antragstellerin in diesem Zusammenhang darauf, dass der hierdurch geschaffene Eingriff intensiver sei als die existierende Kopiermöglichkeit im Rahmen von § 53 UrhG. Das Gesetz rechtfertigt in jedem Falle keine vollständige Kopie des Werkes, sondern lediglich eine teilweise Ablichtung einzelner Passagen. Vor diesem Hintergrund erweisen sich die besorgten Unterschiede nicht als derart intensiv. Sie sind vielmehr Folge und auch Zweck der geschaffenen Neuregelung, welche einer Förderung der Medienkompetenz der Bevölkerung dienen soll.

Diese Annexkompetenz rechtfertigt jedoch lediglich das Angebot, von den geschaffenen elektronischen Ressourcen Ausdrucke zu fertigen. Nicht mehr erfasst ist jedoch die geschaffene Möglichkeit, die Digitalisate als Datei auf ein digitales Medium zu speichern und aus der Bibliothek mitzunehmen. Denn insoweit überschreitet das Angebot die weiteren Voraussetzungen des § 52b UrhG. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 52b UrhG muss sich das Angebot auf eine Nutzung in den Räumen der Bibliothek beschränken. Ließe man die Speicherung und Mitnahme der Digitalisate selbst zu, würde – anders als bei der Mitnahme eines Ausdrucks – eine Nutzung des geschaffenen Angebots auch außerhalb der

Räumlichkeiten der Bibliothek ermöglicht. Dies ist durch die geschaffene Regelung nicht mehr gedeckt.

Die Kostenentscheidung ergibt sich gem. §§ 92, 100, 269 ZPO nach den Grundsätzen der sog. Baumbach'schen Kostenformel.

R.

K.

Richter Dr. T. ist wegen
Ortsabwesenheit aufgrund
Erholungsurlaubs an der Unterschrift
verhindert

R.

Landgericht Frankfurt am Main
2-04 O 521/05

Lt. Protokoll
verkündet am 04.08.2011

als Urkundsbeamtin der
Geschäftsstelle



Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

des Herrn G.,

- Kläger -

Prozessbevollmächtigte:

gegen

das Bundesland H.

- Beklagter -

Prozessbevollmächtigte:

hat das Landgericht Frankfurt am Main – 4. Zivilkammer – durch Vorsitzenden Richter am Landgericht H., Richter am Landgericht Dr. B. und Richterin Dr. W. im schriftlichen Verfahren aufgrund der bis zum 27.6.2011 eingereichten Schriftsätze

für Recht erkannt:

1. Das beklagte Land wird verurteilt, an den Kläger 3.000 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 21.1.2009 zu zahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Von den Kosten des Rechtsstreits haben der Kläger 4/5 und das beklagte Land 1/5 zu tragen.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar, für den Kläger nur gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils vollstreckbaren Betrags. Der Kläger darf die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht das beklagte Land vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Tatbestand

Der Kläger nimmt das beklagte Land auf materiellen und immateriellen Schadensersatz bzw. Geldentschädigung sowie auf Feststellung seiner Einstandspflicht wegen behaupteter Amtspflichtverletzung im Rahmen des gegen ihn geführten polizeilichen Ermittlungsverfahrens in Anspruch.

Der Kläger lockte am 27.9.2002 den 11-jährigen Bankierssohn M. in seine Wohnung und erstickte ihn. In der Nacht vom 29. auf den 30.9.2002 holte er das von den Eltern des Jungen geforderte Lösegeld ab. Seitdem stand er unter lückenloser polizeilicher Kontrolle. Nachdem der Kläger keinerlei Opferbetreuungsmaßnahmen zeigte oder Kontakt zu weiteren möglichen Tatbeteiligten suchte, wurde er am Nachmittag des 30.9.2002 im Beisein seiner damaligen Freundin durch ein mobiles Einsatzkommando festgenommen. Dabei wurde er unter Anwendung einfacher körperlicher Gewalt zu Boden gebracht und fixiert. Anschließend wurde er in das Polizeipräsidium Frankfurt am Main verbracht. Dort erhielt er nach Sicherstellung seiner privaten Kleidungsstücke und Schuhe einen Einwegoverall und blaue Fußüberzieher. Die Leitung des Polizeipräsidiums oblag dem damaligen Polizeivizepräsidenten D. als stellvertretendem Behördenleiter für den sich im Urlaub befindlichen Polizeipräsidenten.

Während der Vernehmung durch die Polizei fragte der Kläger nach anwaltlichem Beistand, beantwortete aber weiter gestellte Fragen. Er behauptete zunächst, mit der Entführung nichts zu tun zu haben. Ein Unbekannter habe ihm Geld für die Lösegeldabholung angeboten. Dann machte er aber Angaben zur Abholung des Geldes

und zu seinem Verhalten danach. Zum Verbleib des Jungen sagte er nichts. Währenddessen fanden Polizeibeamten in der Wohnung des Klägers einen Teil des Lösegelds und einen Zettel, auf dem in einer Art Check-Liste einzelne Punkte der Tatvorbereitung aufgelistet waren.

Auf Bitte des Klägers, einen Anwalt zu konsultieren, wurde der Anwaltsnotdienst verständigt. Im Laufe der weiteren Vernehmung hatte der Kläger von 23:40 Uhr bis 24:00 Uhr die Möglichkeit, mit Rechtsanwalt Z. zu sprechen. Anschließend wurde er weiter bis etwa 1.00 Uhr nachts befragt. Eine wahrheitsgemäße Aussage über den Verbleib des Jungen machte der Kläger nicht. Stattdessen behauptete er, der Junge lebe und werde in einer Hütte am Langener Waldsee von zwei ihm bekannten Brüdern festgehalten. Diese Aussage führte zu bis in den Morgen hinein dauernden Durchsuchungen der Wohnungen der Brüder, ihrer vorläufigen Festnahme und zu umfangreichen polizeilichen Aktivitäten im Bereich des Sees, wobei im Ergebnis sämtliche Maßnahmen erfolglos blieben.

Am Abend des 30.9.2002 teilte D. mit, dass der „unmittelbare Zwang“ gegen den Kläger freigegeben sei. Am Morgen des 1.10.2002 ordnete er ausdrücklich an, dass der Kläger, nach vorheriger Androhung, unter ärztlicher Aufsicht durch Zufügung von Schmerzen ohne Verursachung von Verletzungen erneut zu befragen sei. Er dokumentierte diese Anordnung später in einem Vermerk, auf dessen Inhalt Bezug genommen wird (vgl. Bl. 18 f. d. Strafakte).

Gegen 8:00 Uhr wurde der Kläger zunächst seiner Mutter gegenübergestellt. Dies führte aber nicht zu einer Veränderung in seinem Aussageverhalten, sondern der Kläger behauptete nun, er stünde unter Druck und würde erpresst. Angaben zum Verbleib des Jungen machte er immer noch nicht. Sodann wies D. gegen 8:30 Uhr den ihm unterstellten Kriminalhauptkommissar E. an, dem Kläger für den Fall, dass dieser sich weiter weigere, den Verwahrort des Kindes zu nennen, die erneute Befragung unter ärztlich beaufsichtigter Zufügung von Schmerzen anzukündigen. D. ging davon aus, dass der Junge noch lebte, eine Überlebenschance für ihn aber nur bestünde, wenn er zeitnah aufgefunden würde. Er hielt es für dringend erforderlich, den Kläger so schnell wie möglich zur Preisgabe des Verstecks zu bewegen. D. und E. wussten aber auch, dass die Beweislage nicht sicher und noch ungeklärt war, ob noch Mittäter existierten. Auch war geplant, einen von den beteiligten Abschnittslei-

tern erarbeiteten Stufenplan mit verschiedenen Maßnahmen – unter anderem einer Konfrontation des Klägers mit Angehörigen der Familie des Jungen – umzusetzen.

E. begab sich gegen 8:40 Uhr zu dem Kläger ins Vernehmungszimmer und teilte diesem mit, dass von der Behördenleitung angedacht sei und vorbereitet werde, ihn ggf. unter Zufügung von Schmerzen durch einen Spezialisten, der mit einem Hubschrauber eingeflogen werde, oder durch Beibringung eines Wahrheitsserums dazu zu bringen, Einzelheiten zu nennen, um das Leben des Kindes zu retten, sofern er weiter schweigen oder falsche Angaben machen würde. Im Laufe der Vernehmung machte er rotierende Bewegungen mit seiner Hand bzw. seinem Zeigefinger. Anschließend gab der Kläger an, dass er den Jungen unter einem Steg an einem See in der Nähe von Birstein versteckt hätte.

Der Kläger fuhr mit dem Kriminalhauptkommissar Mo. gegen 10:30 Uhr zum angegebenen Weiher in Birstein, wo die Leiche des Jungen gefunden wurde. Das letzte Stück bis zu einer vor dem Weiher befindlichen Schranke gingen sie zu Fuß; weiter lief der Kläger nicht. Er trug dabei keine Schuhe an den Füßen, sondern lediglich die Füllinge zu dem ihm gegebenen Schutzanzug.

In den Folgetagen wurde der Kläger ärztlich untersucht. Hinsichtlich des Ergebnisses wird auf das Attest der Medizinaloberrätin Dr. C. (Bl. 36 f. d.A.) und das Gutachten von Dr. L. (Bl. 38 ff. d.A.) verwiesen.

Während des gesamten Zeitraums von der Entführung bis zum Auffinden des Jungen herrschten im Polizeipräsidium eine große Hektik und ein enormer Ermittlungsdruck, weil alle bemüht waren, den Jungen, den sie angesichts der Dauer seiner Entführung in allerhöchster Lebensgefahr vermuteten, zu finden. Reguläre Dienstzeiten wurden nicht eingehalten, alle Beteiligten leisteten Überstunden, waren aufgrund des Schlafmangels und des Drucks erschöpft und müde. E. hatte die Nacht durchgearbeitet und D. hatte ebenfalls nur wenige Stunden geschlafen.

Die 22. Strafkammer des Landgerichts Frankfurt am Main stellte in dem Strafverfahren gegen den Kläger (Az.: 5/22 Ks 3490 Js 230118/02) mit Beschluss vom 9.4.2003 fest, dass die Androhung von E. wegen Verstoßes gegen Art. 1 und 104 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 3 EMRK gesetzeswidrig gewesen wäre und deshalb vier Vernehmungen, drei polizeiliche Vermerke und eine Leseabschrift nicht zu Beweis Zwecken verwertet werden dürften. Der Kläger ließ sich in der Hauptverhandlung aus freien Stü-

cken vollumfänglich zur Sache ein (vgl. S. 35, 41 ff., 56 des Strafurteils gegen den Kläger).

Mit Urteil vom 28.7.2003, auf dessen Inhalt Bezug genommen wird (Bl. 330 ff. d.A.), wurde der Kläger rechtskräftig wegen Mordes in Tateinheit mit erpresserischem Menschenraub mit Todesfolge und weiterer Delikte zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt. Das Landgericht sah die Mordmerkmale der Heimtücke, der Habgier und der Verdeckung einer anderen Straftat als erfüllt an und stellte ferner fest, dass die Schuld des Angeklagten besonders schwer wiegt. In dem Urteil wurde erneut festgestellt, dass es sich bei der Androhung der Zufügung von Schmerzen um verbotene Vernehmungsmethoden handelte.

Mit rechtskräftigem Urteil vom 20.12.2004 (Az.: 5/27 Kls – 7570 Js 203814/03) wurde E. wegen Nötigung gemäß § 240 Abs. 1 StGB und D. wegen der Verleitung eines Untergebenen zu einer Nötigung im Amt gemäß § 357 Abs. 1 i.V.m. § 240 Abs. 1 StGB verurteilt. Beide wurden mit Strafvorbehalt verwarnt (Bl. 785 ff. der Strafakten).

Der Kläger behauptet, gegen ihn sei schon bei der Festnahme, bei der er keinerlei Widerstand geleistet habe, ohne jede Veranlassung heftige körperliche Gewalt angewendet worden, die zu ärztlicherseits festgestellten Verletzungen geführt habe. Allein diese Situation sei geeignet, zu einer Traumatisierung zu führen.

Ihm sei am 30.9. und 1.10.2002, insgesamt ca. 22 Stunden lang, systematisch und absichtlich versagt worden, mit einem Anwalt zu sprechen, insbesondere den von ihm gewünschten Verteidiger Dr. E. zu kontaktieren. Obwohl er erklärt habe, nicht weiter vernommen werden zu wollen, seien die Befragungen gegen seinen ausdrücklichen Willen fortgesetzt worden. Dr. E. sei am 1.10.2002 absichtlich, gezielt und rechtswidrig ferngehalten und der Kläger gegen seinen Willen zwecks Entziehung von anwaltlichem Beistand nach Birstein verschleppt worden.

D. habe die Herbeischaffung eines Wahrheitsserums angeordnet. E. habe ihm gesagt, durch einen Folterspezialisten, der bereits mit einem Hubschrauber unterwegs sei, sollten ihm solche Schmerzen zugefügt werden, wie er sie noch nie erlebt habe, dass er sich angesichts der Schmerzen wünschen würde, nie geboren worden zu sein. Um der Drohung Nachdruck zu verleihen, habe E. zu seinen kreisenden Handbewegungen das Rotorengeräusch des Hubschraubers nachgeahmt. Weiterhin habe

E. ihm mit schwerem sexuellem Missbrauch gedroht, indem er ihm gesagt habe, er werde „mit zwei großen Negern in eine Zelle“ gesperrt, die sich an ihm sexuell vergehen würden.

Zudem habe E. ihn im Laufe der Vernehmung mit seinen Händen an den Schultern geschüttelt, so dass er mit seinem Hinterkopf gegen die Wand geschlagen sei, und mit der Innenfläche einer Hand gegen den Brustkorb geschlagen. Dies sei schmerzhaft gewesen und habe zu einem Hämatom geführt, welches in dem amtsärztlichen Gutachten vom 4.10.2002 festgestellt worden sei.

Er sei während dieser Vorgänge gefesselt gewesen. Im weiteren Verlauf habe E. ihm auch angedroht, man werde gemeinsam mit dem Hubschrauber fliegen und bei einem solchen Flug könnten viele Unfälle passieren. Aufgrund der Folterandrohungen habe der Kläger Angst um sein Leben gehabt und deshalb schließlich den Fundort genannt.

Für seine Anordnung habe sich D. telefonisch der Billigung aus dem hessischen Innenministerium versichert und den zustimmenden Hinweis „Instrumente zeigen“ erhalten. Der Kläger ist der Ansicht, diese Einbindung der gesamten Behördenstruktur bis an die Spitze der Behördenleitung unter Rückendeckung durch das Innenministerium weise ein hohes Präventionsbedürfnis auf und sei für die Höhe des Staatshaftungsunrechts relevant.

Der Kläger behauptet weiter, nachdem er den Fundort genannt habe, sei E. noch einmal zu ihm gekommen und habe gesagt: „Das hast du jetzt davon, der wird dich finden!“.

Ferner habe man ihn zur Demütigung gezwungen, eineinhalb Tage ohne Schuhe zu laufen, insbesondere in Birstein. Dadurch habe er Schmerzen und Verletzungen an den Füßen erlitten, die sich aus ärztlichen Gutachten ergäben.

Durch das gesamte Geschehen sei er so schwer traumatisiert worden, dass er noch heute unter schweren psychischen Folgen wie Angstphobien, Schlafstörungen und Alpträumen leide und psychologischer Behandlung bedürfe.

Der Kläger beantragt,

1. den Beklagten zu verurteilen, an ihn ein über den Betrag von 10.000 Euro hinausgehendes angemessenes Schmerzensgeld nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,
2. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, ihm allen materiellen und immateriellen Schaden zu ersetzen, der ihm aus der Anordnung der Foltermethoden durch den Schädiger zu 1) gemäß Vermerk vom 1.10.2002 und ihrer Ausführungen durch den Schädiger zu 2) im Wege der schweren Nötigung noch entstehen wird mit Blick auf die infolge der Traumatisierung angebrachten und erforderlichen psychologischen und anderen medizinischen Behandlungsmaßnahmen.

Das beklagte Land beantragt,

die Klage abzuweisen.

Es ist der Ansicht, die angewendete einfache körperliche Gewalt sei durch § 127 StPO gedeckt.

Die weitere Befragung des Klägers durch die Beamten auch nach dessen Bitte um Konsultation eines Anwalts sei rechtlich zulässig gewesen; anfangs habe es sich nicht um eine förmliche Vernehmung gehandelt und später sei ein Anwalt vor Ort gewesen.

Das beklagte Land bestreitet, dass E. den Kläger geschlagen habe und behauptet, er habe ihn gar nicht berührt und mindestens einen halben Meter Abstand von ihm gehalten. Neben der Ankündigung der Schmerzzufügung habe E. nur an das Gewissen des Klägers appelliert und ihm mit der kreisenden Handbewegung verdeutlicht, dass ihm der Junge immer im Kopf herumgehen und er ihn nie vergessen werde. Nur aufgrund des ständigen Insistierens und der Erzeugung eines Vorstellungsbilds des Opfers habe der Kläger schließlich den Fundort genannt. Von der Ankündigung der Schmerzzufügung sei er überhaupt nicht berührt gewesen.

Das beklagte Land bestreitet die Drohung mit sexuellem Missbrauch und behauptet, E. habe den Kläger nur gefragt, ob er Angst davor habe, dass ihm im Gefängnis etwas passiere; diesbezüglich könne man Vorsorge treffen und ihn schützen. Nach der Vernehmung habe E. lediglich gesagt, der Kläger solle „keinen Blödsinn“ machen.

Ein Wahrheitsserum habe nicht zur Verfügung gestanden und es habe auch keinen mit einem Hubschrauber eingeflogenen Beamten gegeben.

Das beklagte Land bestreitet den Eintritt eines kausalen Schadens und behauptet, dass die psychologische Betreuung nicht aufgrund der Umstände der Vernehmung, sondern aufgrund des Mordes an dem Jungen erforderlich sei.

Im Übrigen ist es der Ansicht, es handele sich um eine schwierige Rechtslage und behauptet, E. habe nicht vorsätzlich gehandelt, da er nur „angekündigt“ und nicht „angedroht“ habe. Zudem sei er davon ausgegangen, dass sein Handeln nach §§ 32, 34 StGB gerechtfertigt sei. Das beklagte Land vertritt die Auffassung, dass E. davon auch habe ausgehen dürfen, weshalb keine Amtspflichtverletzung vorliege.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Unter dem 29.12.2005 hat der Kläger Prozesskostenhilfe für diese Klage beantragt. Nachdem das Landgericht Frankfurt am Main mit Beschluss vom 28.8.2006 und das Oberlandesgericht Frankfurt am Main (OLG) mit Beschluss vom 28.2.2007 (Az.: 1 W 47/06) diesen Antrag zurückgewiesen hatten, hat das Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 19.2.2008 (Az.: 1 BvR 1807/07, Bl. 477 ff. d.A.) entschieden, dass der Beschluss des OLG Frankfurt am Main den Kläger in seinem Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG verletze. Es hat den Beschluss des OLG aufgehoben und das Verfahren zurückverwiesen. Zur Begründung hat es maßgeblich ausgeführt, dass das OLG hinsichtlich zweier Behauptungen des Klägers eine verfassungsrechtlich nicht hinnehmbare Beweisantizipation vorgenommen habe. Weiterhin habe es den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht genügt, indem es die insbesondere aufgrund der Singularität des Vorgangs schwierige Rechtsfrage, ob der Kläger durch die strafrechtliche Verurteilung seiner Schädiger bereits hinreichende Genugtuung erhalten habe oder nicht, unter Vorwegnahme der Erkenntnisse in einem Zivilrechtsstreit im Prozesskostenhilfverfahren entschieden habe. Auch die Frage, ob bei einer Mehrzahl von behaupteten Verletzungshandlungen eine „Schwerpunktbildung“ angenommen werden könne, wovon das OLG ausgegangen war, habe nicht im Prozesskostenhilfverfahren geklärt werden dürfen. Nach Zurückverweisung durch das OLG hat die erkennende Kammer dem Kläger Prozesskos-

tenhilfe für den ersten Rechtszug gewährt (Beschl.v. 17.12.2008, Bl. 590 d.A.). Die Rechtshängigkeit ist am 20.1.2009 eingetreten (vgl. Bl. 600 d.A.).

Am 15.6.2005 hat der Kläger zudem Beschwerde bei dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) eingereicht. Nachdem zunächst die 5. Sektion des EGMR mit Urteil vom 30.6.2008, Az.: 22978/05 (EuGRZ 2008, 466 f.) die Klage abgewiesen hatte, hat nachfolgend die Große Kammer des EGMR mit Urteil vom 1.6.2010 festgestellt, dass die Bundesrepublik Deutschland Art. 3 EMRK (Verbot der Folter und unmenschlicher Behandlung) verletzt hat. Der EGMR hat befunden, dass die unmittelbaren Drohungen gegen den Kläger mit der Absicht, Informationen zu erpressen, schwerwiegend genug seien, um als unmenschliche Behandlung i.S.d. Art. 3 EMRK zu gelten. Die Verhörmethode habe aber nicht einen solchen Schweregrad erlangt, dass sie als Folter gelten könne. Angesichts der nur geringen Strafen für D. und E. und der Tatsache, dass immer noch nicht über den Entschädigungsanspruch entschieden sei, hätten die deutschen Behörden dem Kläger keine ausreichende Abhilfe für seine konventionswidrige Behandlung gewährt und er könne weiter beanspruchen, Opfer einer Verletzung von Art. 3 EMRK zu sein. Eine Verletzung von Art. 6 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren) hat der EGMR dagegen nicht festgestellt, da Grundlage der Verurteilung das neue Geständnis gewesen sei.

Das Gericht hat die Akten der Staatsanwaltschaft Frankfurt am Main aus dem Strafverfahren gegen D. und E. mit dem Az.: 7570 Js 203814/03 – Duplo C Bd. I – V, Ladungsheft und Protokollband – sowie ein Exemplar des Urteils des Landgerichts Frankfurt am Main vom 28.7.2003, Az.: 5/22 Ks 3490 Js 230118/02 (Bl. 330 ff. d.A.), mit welchem der Kläger verurteilt worden ist, beigezogen und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht.

Es hat Beweis erhoben gemäß Beweisbeschluss vom 10.7.2009 (Bl. 741 d.A.) durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens. Zum Sachverständigen ist Prof. Dr. N. bestellt worden (Beschluss vom 1.3.2010, Bl. 892 d.A.), der unter dem 5.8.2010 sein Gutachten (Bl. 1006 ff. d.A.) erstattet und es in der mündlichen Verhandlung erläutert hat. Insoweit wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 17.3.2011 (Bl. 1359 ff. d.A.) verwiesen. Weiterhin hat das Gericht gemäß Beschluss vom 15.12.2010 (Bl. 1106 d.A.) bzw. Verfügung vom 24.2.2011 (Bl. 1232

d.A.) vorbereitend die Zeugen E. und D. geladen und gemäß Beschluss vom 17.3.2011 (Bl. 1366 d.A.) vernommen. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 17.3.2011 (Bl. 1359 ff. d.A.) Bezug genommen.

Das Gericht hat mit Beschluss vom 17.3.2011 das schriftliche Verfahren angeordnet, nachdem beide Parteien in der mündlichen Verhandlung ihr Einverständnis damit erklärt hatten. Der Kläger hat mit Schriftsatz vom 2.5.2011, eingegangen am 4.5.2011 (Bl. 1416 d.A.), das beklagte Land hat mit Schriftsatz vom 16.5.2011, eingegangen am 17.5.2011 (Bl. 1420 d.A.), erneut die Zustimmung zu einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren erteilt.

Entscheidungsgründe

Das Gericht konnte eine Entscheidung im schriftlichen Verfahren gemäß § 128 Abs. 2 S. 1 ZPO treffen, nachdem beide Parteien ihre Zustimmung dazu erteilt haben. Die Frist des § 128 Abs. 2 S. 3 ZPO ist nicht überschritten worden, denn unter dem 4.5. bzw. 17.5.2011 haben beide Parteien erneut ihr Einverständnis erklärt. Es handelt sich entgegen der Ansicht des Klägervertreters nicht um eine unzulässige Verlegung des Verkündungstermins mit Einverständnis der Parteien über die 3-Monats-Frist hinaus (vgl. Greger, in: Zöller, 28. Aufl. 2010, § 128 Rn. 16), sondern um eine erneute Erklärung der Zustimmung, zumal es vorliegend von Klägerseite weiteren Aufklärungsbedarf gab und damit anders als in dem der Entscheidung des BGH vom 28.4.1992, Az.: XI ZR 165/91, zugrundeliegenden Fall einen aner kennenswerten Anlass für die erneute Einholung der Zustimmung gab.

Die zulässige Klage hat in der Sache lediglich in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg.

Der Kläger hat gegen das beklagte Land einen Anspruch auf Zahlung einer Geldentschädigung in Höhe von 3.000 Euro gemäß § 839 Abs. 1 BGB, Art. 34 S. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG wegen einer schweren Verletzung seiner Menschenwürde.

Es ist anerkannt, dass ein Amtshaftungsanspruch wegen der Verletzung der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und des aus Art. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG hergeleiteten allgemeinen Persönlichkeitsrechts die Zahlung einer Geldentschädigung für immaterielle Schäden zum Gegenstand haben kann. Ohne einen solchen Anspruch blieben Verletzungen der Würde und Ehre des Menschen häufig ohne Sanktion, mit der Folge, dass der Rechtsschutz der Persönlichkeit verkümmern würde (vgl. BGH, NJW 2005, 58 (59)). Anders als beim Schmerzensgeldanspruch steht bei dem Anspruch auf eine Geldentschädigung der Gesichtspunkt der Genugtuung des Opfers im Vordergrund (BGHZ 128, 1 (15) m.w.N.; BVerfG, NJW 2000, 2187 (2187 f.)). Deshalb ist zwingende Voraussetzung eines Anspruchs auf Geldentschädigung auch nicht, dass

die streitgegenständliche Behandlung gesundheitliche Beeinträchtigungen des Klägers zur Folge hat oder aus Absicht erfolgte.

Dieser Anspruch ist anwendbar. Zwar macht der Kläger einen Anspruch auf Schmerzensgeld nach § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. § 253 Abs. 2 BGB geltend, der eine Verletzung des Körpers oder der Gesundheit voraussetzt. Aus seinen Schriftsätzen ergibt sich jedoch deutlich, dass dieser Anspruch auch im Hinblick auf die Verletzung der Menschenwürde und der Persönlichkeit des Klägers verfolgt wird. Damit kommt die Zuerkennung einer Geldentschädigung nach § 839 BGB, Art. 34 S. 1 GG i.V.m.

Art. 1, Art. 2 Abs. 1 GG in Betracht, auch wenn der Kläger nicht ausdrücklich von Anfang an auf diese Normen Bezug genommen hat (vgl. OLG Frankfurt am Main, NJW-RR 2010, 403 (403)). Entgegen der Auffassung des beklagten Landes hat der Gesetzgeber mit der Neuregelung des § 253 Abs. 2 BGB, durch die der Anwendungsbereich des Schmerzensgelds einerseits erheblich ausgeweitet wurde, in der aber andererseits das allgemeine Persönlichkeitsrecht keinen Niederschlag gefunden hat, auch keine Absage an diese von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze verbunden. Seinen Grund hat die Auslassung des Persönlichkeitsrechts im Tatbestand des § 253 Abs. 2 BGB vielmehr darin, dass der Bundesgerichtshof nach anfänglicher Anlehnung des Anspruchs an § 847 BGB a.F. (vgl. BGHZ 26, 349 (356)) dazu übergegangen ist, ihn unmittelbar aus Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG zu gewinnen (vgl. BGH, NJW 1961, 2059; NJW 2000, 2195; OLG Frankfurt, NJW 2005, 3726; Heinrichs, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 253 Rn. 10 sowie BT-Drs. 14/7752, S. 25).

Voraussetzung für einen solchen Anspruch auf Geldentschädigung gemäß § 839 Abs. 1 BGB, Art. 34 S. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG ist, dass es sich um einen schwerwiegenden Eingriff (eine schwere Rechtsverletzung) handelt und dass diese massive Beeinträchtigung nicht auf andere Weise befriedigend ausgeglichen werden kann.

Ob eine schwerwiegende Verletzung in diesem Sinne vorliegt, bestimmt sich unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls nach Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, Anlass und Beweggrund der handelnden Person und Grad des Verschuldens (vgl. BVerfG, Beschl.v. 19.2.2008, Az.: 1 BvR 1807/07; BGH, NJW 1995, 861 (864); NJW 1996, 1131 (1134)). Dabei kann schon ein einziger jener Umstände zur hinreichenden Schwere des Eingriffs führen (vgl. KG, AfP 1974, 720).

Bei Anwendung dieser Grundsätze ist vorliegend die Zubilligung einer Geldentschädigung in Höhe von 3.000 Euro gerechtfertigt.

Beamte des beklagten Landes haben die Menschenwürde des Klägers in schwerwiegender Weise schuldhaft verletzt.

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht für die Kammer mit hinreichender Gewissheit fest, dass Kriminalhauptkommissar E. auf Anweisung des damaligen Polizeivizepräsidenten D. anlässlich der Vernehmung des Klägers am Morgen des 1.10.2002 intensiv auf diesen einwirkte, um ihn zur Angabe von Einzelheiten zum Verbleib des Jungen zu bewegen.

D. entschied am Abend des 30.9.2002, „unmittelbaren Zwang“ gegenüber dem Kläger freizugeben, um herauszufinden, wo sich der Junge befand, und ordnete entsprechende Vorbereitungen an. Seine Absicht schilderte er in einem Telefongespräch auch dem ihm vom Innenministerium als zuständiger Ansprechpartner benannten damaligen Präsidenten des Landeskriminalamts N.. Dieser sagte, er verstehe das, und forderte D. auf, Instrumente zu zeigen. Am frühen Morgen des 1.10.2002 monierte D., dass die vorgesehene Vorbereitung noch nicht umgesetzt war, da sich der vorgesehene Beamte, ein Übungsleiter des Sportbundes, noch im Urlaub befand und kein Polizeiarzt anwesend war. Er ordnete an, dass der Kläger „nach vorheriger Androhung unter ärztlicher Aufsicht durch Zufügung von Schmerzen (keine Verletzungen) erneut zu befragen“ und ein Wahrheitsserum herbeizuschaffen sei. Dann verlangte er nach einem erfahrenen Vernehmungsbeamten und trug E. auf, dem Kläger mitzuteilen, was angedacht war.

Dies steht fest aufgrund der glaubhaften Aussage des Zeugen D.. Dieser hat im Rahmen seiner Vernehmung ausgesagt, dass er angenommen habe, der Junge schwebe in Lebensgefahr, und deshalb alles habe unternehmen wollen, um den Jungen zu finden. In dieser Situation sei für ihn die Anwendung „unmittelbaren Zwangs“ in Betracht zu kommen. Diese Überlegungen und seine Beweggründe hat der Zeuge nachvollziehbar geschildert. Welche Form der „unmittelbare Zwang“ annehmen sollte, ergibt sich aus dem Vermerk D.s vom 1.10.2002 (Bl. 18 der Strafakte). Seine Absicht habe er dann seinem Gesprächspartner aus dem Innenministerium mitgeteilt. Dieser äußerte D. zufolge Zustimmung und verwendete wörtlich den

Begriff „Instrumente zeigen“ (Bl. 1380 d.A.). Auch dieser Teil der Aussage des Zeugen D. ist glaubhaft und überzeugend, denn er hat nachvollziehbar und detailreich den Ablauf in dieser Phase der Ermittlungen geschildert. D. hat erklärt, sein Informationsweg sei festgelegt und sein Ansprechpartner der damalige LKA-Präsident N. gewesen (Bl. 1379 d.A.). Es ist nicht ersichtlich, weshalb der Zeuge hier lügen und N. zu Unrecht belasten sollte, um dadurch möglicherweise andere Personen zu entlasten. D. wurde für sein Handeln bereits strafrechtlich verurteilt und hat nach dem Grundsatz „ne bis in idem“ nichts mehr zu befürchten. Vielmehr hat er weiter angegeben, nicht mit anderen Personen im Innenministerium außer N. gesprochen zu haben. Der damalige Innenminister Bouffier sei in Urlaub gewesen. Diese Aussagen sind ebenfalls glaubhaft.

Dem Antrag des Klägers auf Vereidigung des Zeugen D. (Bl. 1384 d.A.) oder auf dessen erneute Ladung zwecks weiterer Tatsachenaufklärung (so Bl. 1441 d.A.) war nicht nachzugehen. Die Beeidigung nach § 391 ZPO stellt die Ausnahme von der regelmäßigen uneidlichen Zeugenaussage dar und steht im pflichtgemäßen Ermessen des Prozessgerichts. Das Gericht sieht hierfür keinen Bedarf, denn auch nach Beeidigung wäre keine andere Aussage zu erwarten. Es handelt sich durchaus um eine entscheidungserhebliche Aussage, aber es bestehen keinerlei Anhaltspunkte für die Unglaubwürdigkeit des Zeugen. Allein der von Klägerseite behauptete „massive Widerspruch zur Aktenlage“ genügt dafür nicht. Vor dem erkennenden Gericht hat D. nicht widersprüchlich ausgesagt. Die Kammer schenkt seiner Aussage Glauben. Es sind keine Gründe dafür ersichtlich, weshalb der Zeuge D. gelogen haben sollte.

Letztlich kann die Identität der Kontaktperson im Innenministerium aus Sicht der Kammer auch offen bleiben, denn entscheidend und von Bedeutung für die Höhe der Geldentschädigung ist allein, dass ein Kontakt ins Innenministerium bestand und dass D. dorthin berichtet hat. Der Zeuge hat selbst angegeben, dass er davon ausgegangen sei, dass N. die erlangten Informationen weitergebe. Wer genau ihm die Worte „Instrumente zeigen“ sagte, ist in der Sache unerheblich, wichtig ist allein, dass eine entsprechende Billigung aus dem Innenministerium kam – und das steht für die Kammer fest. Ebenso unerheblich ist damit, ob und ggf. wer möglicherweise noch in die Gespräche eingebunden war.

Den Anträgen des Klägers, weitere Zeugen zur Sachverhaltsaufklärung zu laden, und seinem Antrag auf Vorlage des Buches von E. über die Vernehmungssituation war danach nicht mehr nachzugehen.

Zur Überzeugung der Kammer trug sich der weitere Verlauf wie folgt zu: E. führte dem Kläger zunächst den Stand der Ermittlungen vor Augen. Dann drohte er ihm an, dass die Zufügung erheblicher Schmerzen, jedoch ohne sichtbare Verletzungen, im Beisein eines Arztes angedacht sei und dass zur Durchführung einer solchen Maßnahme ein besonderer Beamter mit dem Hubschrauber herbeigeht werden würde. Auch die Besorgung eines Wahrheitsserums sei veranlasst. Er sprach sehr intensiv und eindringlich auf den Kläger ein und sagte, dem Kläger sollten durch einen Spezialisten solche Schmerzen zugefügt werden, wie dieser sie noch nie erlebt habe und die man später nicht nachweisen könne. Der Folterspezialist sei bereits mit einem Hubschrauber zu ihm unterwegs. Um der Drohung Nachdruck zu verleihen, machte E. kreisende Handbewegungen. Er fragte immer wieder nachdrücklich, wo der Junge sei, und ob der Kläger, da dieser nicht reagierte, Angst vor dem Gefängnis habe. Er versuchte, den Kläger durch Beschreiben verschiedener Situationen, in denen sich der Junge befinden könnte, zu einer Antwort zu bewegen. Er drohte dem Kläger, dass er immer an den Jungen denken und von ihm träumen werde. Schließlich sagte der Kläger aufgrund der Androhung, wo sich der Junge befand, und äußerte sich ungenau, es könne sein, dass er tot sei. Er sagte auch, er sei als erster weggegangen, er wisse nicht, ob die anderen noch da seien. Die Vernehmung durch E. dauerte etwa 10 Minuten lang.

Dies ergibt sich – soweit nicht schon unstreitig – aus der informatorischen Anhörung des Klägers und den Angaben des Zeugen E. im Rahmen seiner Vernehmung. Der Kläger hat glaubhaft und über mehrere Vernehmungen im Rahmen des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens gegen die Polizeibeamten konstant angegeben, dass E. von Schmerzen, „wie er sie noch nie erlebt habe“ und „die man später nicht mehr feststellen könne“ gesprochen habe. Der Zeuge E. hat ausgesagt, dass er dem Kläger bei der Vernehmung erst seine Situation vor Augen geführt habe, dann habe er ihm die Absicht mit dem einzufliegenden Kollegen mitgeteilt. Anschließend habe er den Kläger gefragt, ob er Angst vor der Untersuchungshaft habe und ihn eindringlich befragt, wo der Junge sei. Er habe verschiedene Möglichkeiten beschrieben und gesagt, er werde ein Leben lang nachts an den Jungen denken müssen. Diese Aussage ist glaubhaft und insbesondere in der konkreten Situation plausibel. E. hatte Angst

um das Leben des Jungen und versuchte auf verschiedenen Wegen, den Kläger zum Reden zu bringen.

Die Kammer ist aber über die Angaben von E. hinaus davon überzeugt, dass er die Absichten nicht nur „ankündigte“, sondern androhte und dabei mit sehr drastischen Worten beschrieb, dass der Spezialist dem Kläger Schmerzen zufügen würde, wie er sie noch nie erlebt habe. E. stand, ebenso wie alle Beamten im Polizeipräsidium, unter enormem Druck und wollte den Jungen unter allen Umständen so schnell wie möglich finden. In diese Situation fügt sich die Schilderung des Klägers zwanglos ein. Es ist glaubhaft und ohne Weiteres nachvollziehbar, dass E. die von D. aufgebene Ankündigung in sehr deutlichen Worten, wie der Kläger sie wiedergegeben hat, umsetzte und den Kläger verbal hart attackierte. Zu diesem Ergebnis ist auch die Strafkammer in dem Urteil gegen D. und E. gekommen (s. S. 24 des Strafurteils). E. machte dem Kläger auch deutlich, dass der Spezialist schon unterwegs zu ihm sei. Diesen Beamten, einen Beamten mit Übungsleiterlizenz vom Sportbund, gab es tatsächlich, wie der Zeuge D. bestätigt hat: Er habe ihn in Erwägung gezogen, da dieser mit körperlichen Dingen genauer Bescheid wisse, als er (D.) dies tue (vgl. Bl. 1384 d.A.). Ob dieser Beamte schon auf dem Weg war und ob E. noch ein Rotorengeräusch des Hubschraubers nachmachte, kann dabei dahinstehen. Es genügt, dass E. seine Androhung dem Kläger als real übermittelt hat.

Die Ankündigung, ein Wahrheitsserum einzusetzen, ergibt sich ebenfalls aus der entsprechenden Aussage des Zeugen E., der angegeben hat, dass D. ihm mitgeteilt habe, er habe das Besorgen eines Wahrheitsserums veranlasst (Bl. 1367 d.A.). Die Anordnung, ein entsprechendes Mittel herbeizuschaffen, hat auch der Zeuge D. bestätigt (Bl. 1383 d.A.).

Dadurch hat E. den Straftatbestand der Nötigung gemäß § 240 Abs. 1 StGB verwirklicht. Er hat den Kläger durch das Inaussichtstellen eines empfindlichen Übels – Zufügung von Schmerzen, wie der Kläger sie noch nie erlebt habe – dazu bewegt, den Fundort des Jungen zu nennen.

Die Kammer ist davon überzeugt, dass es gerade diese Drohung war, die den Kläger veranlasst hat, den Fundort zu verraten. Auch wenn E. insistiert und Bilder eines Jungen in Todesangst beschrieben haben mag, so wusste der Kläger doch zu diesem Zeitpunkt, dass der Junge längst tot war. Damit konnten ihn die Appelle an sein Gewissen, den Jungen doch aus seiner verzweifelten Lage zu befreien, nicht errei-

chen und erweichen. Es steht zur Überzeugung der Kammer fest, dass sich die „Ankündigung“ (so ausdrücklich der Zeuge E., Bl. 1371 d.A.) dem Kläger gegenüber als Drohung darstellte und dass E. dies auch bewusst war. Wenn ein Polizist einem zu Vernehmenden in einer derartigen Situation eine Maßnahme, die ersichtlich unrechtmäßig ist, ankündigt, dann stellt sich das bei dem Adressaten als Drohung dar, insbesondere dann, wenn diese mit derart deutlichen Worten beschrieben wird.

Weiter steht fest, dass der Zeuge D. durch seine Anordnung vom 1.10.2002 den Straftatbestand des § 357 Abs. 1 StGB verwirklicht hat, denn er hat E., seinen Untergebenen, zur Nötigung im Amt verleitet.

Beide Beamten handelten zur Überzeugung der Kammer vorsätzlich. Beide wussten, was sie taten, und beiden war bewusst, dass Bedenken gegen die rechtliche Zulässigkeit des gewählten Mittels bestanden und dass es noch andere Möglichkeiten zur Erreichung des Ziels, den Kläger zum Reden zu bringen, gab, die nicht von vornherein ohne Aussicht auf Erfolg erschienen, beispielsweise die Gegenüberstellung des Klägers mit Familienmitgliedern des Jungen. Dies nahmen sie aber billigend in Kauf, um das Leben des Jungen zu retten. Ihr Verhalten war auch rechtswidrig und verwerflich. Es war weder durch eine polizeiliche Ermächtigungsklausel noch durch allgemeine strafrechtliche Rechtfertigungsgründe gerechtfertigt, noch durch Entschuldigungsgründe entschuldigt. Insoweit schließt sich die Kammer vollumfänglich der überzeugenden und detaillierten rechtlichen Würdigung der Strafkammer im Urteil gegen D. und E. (LG Frankfurt am Main, Urt.v. 20.12.2004, Az.: 5/27 KlS – 7570 Js 203814/03, S. 30 ff.) an. Dies gilt auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Gewaltandrohung das menschlich nachvollziehbare Ziel hatte, Einzelheiten über den Aufenthaltsort des Jungen in Erfahrung zu bringen, um ihn möglicherweise retten zu können. Ausnahmen von dem verfassungsrechtlich garantierten Schutz der Menschenwürde in seiner Absolutheit können nicht zugelassen werden (vgl. nur BVerfGE 75, 369 (380); 93, 266 (293)).

Die Nötigung durch E. und dessen Verleitung zu einer Nötigung im Amt durch D. stellen sich als schuldhaftes Amtspflichtverletzung gegenüber dem Kläger dar. Beide Beamten hätten bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt erkennen können, dass die gewählte Vernehmungsmethode unerlaubt ist und sie insoweit gegen ihre Amtspflichten verstoßen (§ 276 BGB).

Zur Überzeugung der Kammer steht aber nicht fest, dass der Kläger in dieser Situation gefesselt war. Für diese Behauptung ist der Kläger beweisfällig geblieben. Der Kläger selbst hat dazu im Rahmen seiner informatorischen Anhörung erklärt, dass er dies bei früheren Vernehmungen mehrmals angegeben habe, hat aber hinzugefügt, dass er bezüglich der streitgegenständlichen Vernehmung kein Bild in Erinnerung habe und sich nicht sicher sei (Bl. 1362 d.A.). An die Situation bei der Vernehmung durch Herrn Mo. am Vortag, bei der er gefesselt war, habe er dagegen wegen der Schwierigkeiten, eine Flasche zu öffnen, noch konkrete Erinnerungen. Der Zeuge E. hat darüber hinaus ausgesagt, er habe in Erinnerung, dass der Kläger nicht gefesselt gewesen sei (Bl. 1370 d.A.). Zwar war er sich auch nicht sicher, wusste aber noch genau, dass er selbst ihn nicht gefesselt hatte und dass der Kollege P. einmal gesagt hatte, der Kläger sei nicht gefesselt gewesen. Danach ist die Kammer von der Fesselung nicht überzeugt.

Nicht überzeugt ist die Kammer ferner von der Behauptung, dass E. seiner Drohung mit den weiteren behaupteten Formulierungen und Verhaltensweisen besonderen Nachdruck verliehen hat.

Die Behauptung des Klägers, E. habe ihm mit schwerem sexuellem Missbrauch gedroht, indem der Kläger „mit zwei großen Negern in eine Zelle“ gesperrt werden würde, die sich sexuell an ihm vergehen würden, hat der Kläger nicht zur Überzeugung der Kammer nachgewiesen. Zwar hat er in seiner informatorischen Anhörung angegeben, dass E. sich entsprechend geäußert habe. Der Zeuge E. hat aber verneint, eine solche Drohung ausgesprochen zu haben. Er erinnere sich, dass er zum Kläger etwas in der Richtung gesagt habe wie: „Hast du Angst vorm Knast? Du weißt ja, wie es dort Tätern gehen kann, die Kindern etwas angetan haben.“ (Bl. 1370 d.A.).

Diese Aussage ist glaubhaft, denn sie ist eine in dieser Situation verständliche Frage an den Kläger, der sich weigerte, etwas zu sagen. Es ist auch nicht ersichtlich, wie E. die behauptete Drohung, andere Strafgefangene dazu zu bewegen, den Kläger sexuell zu missbrauchen, hätte umsetzen sollen. Die Kammer glaubt vielmehr der plausiblen Aussage des Zeugen E., derzufolge er den Kläger gefragt habe, ob dieser Angst vor dem Gefängnis habe, und er dann versucht habe, ihm diese Angst zu nehmen, indem er sagte, man könne in der Anstalt Vorsorge treffen, dass ihm nichts passiert (Bl. 1368 d.A.). Möglicherweise hat der Kläger E. auch einfach falsch verstanden.

Es ist entgegen der Auffassung des Klägers nicht widersprüchlich, dass E. einerseits versuchte, den Kläger in Bezug auf die Haft zu beruhigen, aber andererseits durch Ankündigung des Spezialisten unter Druck setzte. Mögliche Bedrohungen in der Haft konnten den Kläger möglicherweise eher hindern, eine Aussage zu machen, in der Hoffnung, ohne Aussage nicht in Untersuchungshaft zu kommen bzw. diese hinauszuzögern. Auch wären solche Bedrohungen zeitlich noch so weit entfernt, dass sie den Kläger gegenwärtig nicht tangierten, während der angekündigte Spezialist – dessen Einsatz die Beamten anders als eine gezielte Behandlung durch andere Strafgefangene auch durchaus steuern konnten – zeitnah auf eine Aussage hinwirken sollte.

Ferner ist die Kammer nicht davon überzeugt, dass E. gedroht haben soll, den Kläger aus dem Hubschrauber zu werfen. Einen Grund dafür, dass der Kläger mitfliegen sollte, gibt es nicht. Zu diesem Zeitpunkt war auch noch völlig unsicher, wo sich der Junge befinden könnte; ein Flug zum Fundort mit dem Kläger stand überhaupt nicht zur Debatte. Dem Kläger wurde nur mitgeteilt, dass der Spezialist mit einem Hubschrauber kommen und bereits unterwegs sein sollte.

Auch das behauptete Schütteln, das Stoßen gegen die Wand mit dem Hinterkopf und den Schlag gegen die Brust hat der Kläger nicht nachgewiesen. Den Stoß mit dem Hinterkopf gegen die Wand hat der Kläger schon in der informatorischen Anhörung erst am Ende seines Berichts und nur auf Nachfrage des Gerichts erwähnt (vgl. Bl. 1363 d.A.), weshalb die Kammer ihm diesen Punkt nicht glaubt. Über Beweismittel hierfür oder für das Schütteln verfügt er nicht. Der Zeuge E. hat vielmehr ausgesagt, dass er eine Nähe zu dem Kläger vermieden habe, weil dieser für ihn eine unangenehme Kälte ausgestrahlt habe. Er habe den Kläger zu keinem Zeitpunkt angefasst und ihm auch keinen Schlag versetzt. Diese Aussage ist glaubhaft. Der Zeuge erinnert sich noch daran, dass er das Gefühl hatte, vom Kläger ginge eine Art Kälte aus, weshalb er ihn nicht anfassen wollte. Auch würde ein solches Verhalten nicht dem von D. angeordneten Vorgehen entsprechen. E. sollte nur ankündigen bzw. androhen, wie das weitere Vorgehen aussehen sollte, und noch nicht selbst „unmittelbaren Zwang“ anwenden, was der Zeuge D. in seiner Vernehmung auch ausdrücklich klar gestellt hat (Bl. 1411 d.A.). Die konkrete Entscheidung über die Art und Weise der Zwanganwendung sollte zudem dem einzufliegenden Beamten überlassen bleiben, weil dieser „mit körperlichen Dingen“ genauer Bescheid wusste (vgl. Bl. 1384 d.A.).

Mit dieser Aussage ist E. genau bei der Aussage geblieben, die er zuvor bereits in dem gegen ihn gerichteten Ermittlungsverfahren (vgl. Bl. 225 ff. der Strafakte, insb. Bl. 229 f.) und auch in der Hauptverhandlung vor der 27. Strafkammer des Landgerichts Frankfurt (vgl. Bl. 17 ff. des Protokollbands, insb. Bl. 23) gemacht hat. Auch die Strafkammer hat insoweit keinen körperlichen Einsatz E.s festgestellt und ist damit nicht der Aussage des Klägers gefolgt (s. S. 24 des Strafurteils).

Auch davon, dass E. den Kläger geschlagen haben soll, ist die Kammer nicht überzeugt. Es mag zwar sein, dass der Kläger vor seiner Festnahme ein entsprechendes Hämatom nicht aufwies. Der Kläger kann aber nicht nachweisen, wie und wann nach diesem Zeitpunkt bis zur ersten Untersuchung am 4.10.2002 er sich das Hämatom zugezogen hat. Dass der Gutachter Dr. L. ausführt, dass aufgrund der Form des Hämatoms am Schlüsselbein und einer weiteren gelb-grünlichen Verfärbung auch an „eine bandförmige Struktur mit Unterbrechung“ gedacht werden könne (S. 3 des Gutachtens), lässt einen zwingenden Rückschluss auf eine Verursachung durch E. nicht zu. Dieser soll nämlich nach der Behauptung nur mit dem Handballen geschlagen haben. Bandförmige Strukturen sind dagegen bei Kontakt mit schmalen Gegenständen typisch. Es ist durchaus denkbar, dass der Kläger das von ihm der Vernehmungssituation zugeordnete Hämatom bei anderer Gelegenheit erlitten hat.

In Betracht kommt dabei insbesondere die Festnahmesituation. Hier hat der Kläger selbst angegeben, dass „massive Gewalt“ gegen ihn eingesetzt worden sei. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass es dabei auch zu einem Stoß oder einem Schlag kam, der sodann zur Bildung des Hämatoms führte. Hierauf hat das beklagte Land bereits in der Klageerwiderung hingewiesen (Bl. 642 f. d.A.). Selbst der Kläger hat in seinem Schriftsatz vom 28.12.2005 ausgeführt, dass es sich „um eine von KHK E. beigebrachte Schlagverletzung [handelt], soweit es sich nicht um Verletzungen handelt, die dem Kläger (ebenfalls dem Beklagten zurechenbar) bei der Festnahme beigebracht wurden“ (Bl. 17 d.A.). Dabei waren Körperverletzungen leichter Art aber gem. § 127 Abs. 2 StPO gerechtfertigt (vgl. dazu noch unten). Zudem vergingen bis zur Untersuchung nach der Vernehmung durch E. noch drei Tage.

Deshalb ist dem Kläger auch keine Beweiserleichterung im Sinne eines Beweises des ersten Anscheins zuzubilligen. Dies käme nur in Betracht, wenn aus der Verletzung mittels eines typischen, feststehenden Geschehensablaufs auf deren Verursachung geschlossen werden könnte (vgl. Greger, in: Zöllner, ZPO, 28. Aufl. 2010, Vor

§ 284 Rn. 29, 30 a). Diese Voraussetzungen sind hier nicht gegeben, weil angesichts der Umstände und Zeitdauer nicht typischerweise auf eine Verursachung durch E. geschlossen werden kann. Auch obliegt dem beklagten Land keine sekundäre Darlegungslast dahingehend vorzutragen, wodurch innerhalb des gesamten Zeitraums seit vor dem Zugriff bis zum 4.10.2002 das Hämatom entstanden sein könnte.

Dem Beweisangebot des Klägers auf Einholung eines Sachverständigengutachtens (vgl. Bl. 1450/1451 f. d.A.) war nicht nachzugehen. Aus einem Sachverständigengutachten ergibt sich nicht, wann, durch wen und durch welche Handlung das Hämatom entstand; dazu können nur Vermutungen angestellt werden. Auch Dr. C. und Dr. L. könnten dazu keine Auskunft geben und nicht ausschließen, dass das Hämatom anderer Herkunft sein kann. KOR L. war entgegen dem Antrag des Klägers (Bl. 1452 f. d.A.) ebenfalls nicht mehr als Zeuge zu hören, denn zum einen ist unklar, was genau E. ihm gesagt haben soll, zum anderen ergibt sich daraus nicht, dass das, was er gesagt haben soll, den Tatsachen entspricht, insbesondere was den Handballenschlag betrifft.

Letztlich glaubt das Gericht dem Kläger auch nicht, dass E. ihm nach Abschluss der Vernehmung noch einmal gedroht haben soll. Erstens hat der Kläger auch hierfür keine Zeugen und E. hat ausgesagt, er habe nur gesagt, der Kläger solle keinen Unsinn, d.h. keinen Fluchtversuch machen, wenn er zum Fundort gebracht würde. Zweitens würde eine Drohung zu diesem Zeitpunkt gar keinen Sinn mehr machen: Nachdem der Kläger den Fundort des Jungen verraten hatte, war der angedachte Einsatz des Spezialisten hinfällig geworden. Dieser musste den Kläger daher auch gar nicht mehr „finden“.

Der Zeuge E. war entgegen dem Antrag des Klägers (Bl. 1373 d.A.) nicht zu vereidigen, da auch bei einer Vereidigung keine andere Aussage zu erwarten gewesen wäre. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Konstanz der Aussagen des Zeugen im Strafverfahren und in diesem Verfahren. Auch ist er für sein Handeln bereits strafrechtlich verurteilt worden und hat kein weiteres Strafverfahren zu befürchten. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb E. gelogen haben sollte. Seine Aussage war – auch bei kritischer Würdigung durch das Gericht – glaubhaft. Für die Glaubhaftigkeit seiner Aussage spricht zudem, dass der Zeuge auch offen Wissenslücken eingeräumt hat,

beispielsweise indem er ausgesagt hat, er erinnere sich nicht, ob der Kläger gefesselt gewesen sei.

Die Kammer schließt sich aufgrund eigener Überzeugungsbildung der rechtlichen Bewertung der Strafkammer an, dass das Verhalten der beiden Polizisten als ein Verstoß gegen die grundrechtlich garantierte, unantastbare Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG) und gegen das Verbot des Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG, festgehaltene Personen weder körperlich noch seelisch zu misshandeln, anzusehen ist. Weiterhin ist es als Verstoß gegen Art. 3 EMRK zu qualifizieren. Unter Berücksichtigung der bereits erörterten maßgeblichen Kriterien, die eine Menschenwürde- oder Persönlichkeitsverletzung als schwerwiegend qualifizieren (Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, Nachhaltigkeit und Fortdauer der Interessen- oder Rufschädigung, Anlass und Beweggrund des Handelnden sowie Grad des Verschuldens) ist vorliegend von einer schweren Verletzung der Menschenwürde des Klägers auszugehen.

In der Rechtsprechung sind schwere Verletzungen, die grundsätzlich das Zusprechen einer Entschädigung erfordern, bislang u.a. dann angenommen worden, wenn durch Veröffentlichung in der Presse die Allgemeinheit oder wenigstens ein weiterer, nicht abgegrenzter Personenkreis von dem verletzenden Tatbestand Kenntnis erhalten hat (z.B. Caroline-Urteile, u.a. BGH, NJW 1996, 985 f., weiter BGH, Urt.v. 10.1.1972, Az.: III ZR 202/66; Urt.v. 25.9.1980, Az.: III ZR 74/78), wenn Häftlinge in menschenunwürdiger Art und Weise untergebracht waren (z.B. BGH, NJW 2005, 58 ff.), aber auch bei Eingriff in das Persönlichkeitsrecht durch Einsatz technischer Mittel zur Datenerhebung in oder aus Wohnungen über einen langen Zeitraum und in das Grundrecht der persönlichen Freiheit durch Untersuchungshaft (BGH, Urt.v. 23.10.2003, Az.: III ZR 9/03). Ein Fall wie der vorliegende war noch nicht Gegenstand der Rechtsprechung, weshalb es für diese Fallkonstellation an einer auch nur annähernd einschlägigen höchstrichterlichen Entscheidung fehlt (so auch BVerfG, Beschl.v. 19.2.2008, Az.: 1 BvR 1807/07) und allein auf die Umstände in diesem konkreten Fall abzustellen ist.

Durch die Androhung der Schmerzzufügung durch E., angeordnet von D. und gebilligt vom Innenministerium, wurde planvoll, vorsätzlich und in Kenntnis der Rechtswidrigkeit dieses Tuns und der Gefahr der Unverwertbarkeit der Aussage in die Menschenwürde, die das höchste Verfassungsgut darstellt und die nicht unter einem Ge-

setzesvorbehalt steht und die keiner Abwägung zugänglich ist, eingegriffen. Die Zufügung von Schmerzen durch einen Beamten, der sich mit körperlichen Dingen auskennt, ist in hohem Maße Angst einflößend. Es handelte sich auch nicht um eine Drohung, die nie umgesetzt werden sollte, sondern ihre Umsetzung war bereits in die Wege geleitet worden, indem D. die Herbeiholung eines Polizeiarztes und des Beamten mit Übungsleiterlizenz anordnete.

Dies bedeutet die Verletzung der Menschenwürde in erheblichem Ausmaß. Die Schwere ergibt sich auch daraus, dass zugleich Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 3 EMRK, die ebenfalls Ausprägung der Garantie der Menschenwürde sind (vgl. zu Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG Radtke, in: BeckOK GG, Stand: 1.7.2011, Art. 104 Rn. 28; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 104 Rn. 7), verletzt wurden. Dementsprechend hat auch der EGMR ausdrücklich festgestellt (EGMR, Urt.v. 1.6.2010, Az.: 22978/05), dass die beim Kläger angewandte Vernehmungsmethode unter den Umständen seines Falls schwerwiegend genug gewesen sei, um eine nach Art. 3 EMRK verbotene unmenschliche Behandlung darzustellen, auch wenn sie nicht das Maß an Grausamkeit erreicht, um als Folter zu gelten.

Bei dieser Beurteilung ist es gänzlich unerheblich und darf schlechthin nicht berücksichtigt werden, dass der Kläger zuvor eine Straftat begangen hat. Das Recht auf Achtung seiner Würde kann auch einem Straftäter nicht abgesprochen werden, mag er sich auch in noch so schwerer und unerträglicher Weise gegen die Werteordnung der Verfassung vergangen haben (siehe nur BVerfG, NJW 2002, 2700 (2701) m.w.N.; Hillgruber, in: BeckOK GG, Stand: 1.4.2011, Art. 1 Rn. 3). Menschenwürde kommt jedem Wesen der Gattung „Mensch“ zu und kann keinem Menschen aberkannt werden. Das ist ein wesentliches Element des Rechtsstaats, das es zu beachten gilt, mag es angesichts des von dem Kläger begangenen Verbrechens auch schwer fallen.

Allerdings kann sich der Kläger nicht mit Erfolg darauf berufen, dass weitere (schwerwiegende) Menschenwürde- oder Persönlichkeitsrechtsverletzungen vorliegen, die sich auf die Höhe der Geldentschädigung auswirken könnten.

So ist aus den Umständen der Festnahme eine Amtspflichtverletzung schon nach dem eigenen Vortrag des Klägers nicht ersichtlich.

Der Kläger hat in seiner informatorischen Anhörung nur angegeben, dass er aus dem Fahrzeug gerissen und zu Boden gebracht worden sei. Jemand habe auf seinem Oberkörper gesessen, jemand habe an seinem Kopf und jemand an seinen Füßen gestanden (Bl. 1360 d.A.). Daraus und auch aus seinen Schriftsätzen ergibt sich aber nicht, worin die schriftsätzlich behauptete massive Gewalt gegen ihn gelegen haben soll.

Im Übrigen lagen in dieser Situation auch die Voraussetzungen einer Festnahme nach § 127 Abs. 2 StPO vor. Danach ist der Festnehmende berechtigt, bei der Festnahme im Rahmen des Erforderlichen und unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes physische Gewalt anzuwenden (OLG Karlsruhe, NJW 1974, 806 (807); BayObLGSt 1959, 38 (41); OLG Stuttgart NJW 1984, 1694 f.). Das Festnahmerecht umfasst die Befugnis zu Handlungen, die als Körperverletzung leichter Art strafbar wären, wenn dem Festnehmenden nicht der Rechtfertigungsgrund des § 127 zur Seite stünde (vgl. nur Schultheis, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 6. Aufl. 2008, § 127 Rn. 28 m.w.N.). Vorliegend ist nicht ersichtlich, dass die Handlungen der festnehmenden Beamten über Körperverletzungen leichter Art hinausgingen. Dass es sich bei den vom Kläger beschriebenen Verletzungen um solche schwererer Art gehandelt habe, hat der Kläger selbst nicht behauptet. Die aus den ärztlichen Attesten ersichtlichen Hämatome und Schürfwunden sind vielmehr als noch von der Festnahme gedeckte leichtere Verletzungen anzusehen. Auch haben die festnehmenden Polizeibeamten nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen. Sie konnten nicht wissen, ob der Kläger bewaffnet war oder nicht. Im Hinblick auf die Schwere des Tatvorwurfs konnten Bewaffnung und Gegenwehr keinesfalls ausgeschlossen werden. Es stand immerhin der schwerwiegende Vorwurf der Beteiligung an einem erpresserischen Menschenraub im Raum.

Dem Antrag des Klägers, zu dieser Situation seine frühere Freundin sowie die festnehmenden Beamten als Zeugen zu hören (vgl. u.a. Bl. 1131 d.A.), brauchte danach nicht mehr nachgegangen werden.

Nichts anderes gilt für den Vorwurf des behaupteten Vorenthalten eines Verteidigers. Dabei kann dahinstehen, ob dem Kläger die Konsultation des von ihm gewünschten Anwalts vorenthalten wurde und ob er entgegen seiner Äußerung, ohne Anwalt keine weiteren Aussagen zu machen, weiter vernommen wurde, da hieraus jedenfalls kein Schadensersatzanspruch folgt.

Es fehlt an einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Menschenwürde oder des allgemeinen Persönlichkeitsrechts oder an einem Eingriff in die sonstigen durch § 253 Abs. 2 BGB geschützten Rechtsgüter. Allein darin, dass der Kläger möglicherweise über eine bestimmte Zeit in der Anfangsphase hektischer polizeilicher Ermittlungen seinen Verteidiger nicht konsultieren konnte, sieht die Kammer keinen solch schwerwiegenden Eingriff im Sinne einer menschenunwürdigen Erniedrigung seiner Person.

Im Übrigen sieht die Kammer keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass der Wunschverteidiger des Klägers Dr. E. tatsächlich bewusst und gezielt von der Fahrt nach Birstein abgehalten worden sein soll. Nach den von dem Kläger gelegten falschen Fährten wollten die Beamten verständlicherweise möglichst bald unter Mithilfe des Klägers vor Ort klären, wo sich der Junge befindet. Dies gilt umso mehr, als der Kläger nach Aussage von E. gerade keine klare Angabe dazu machte, ob der Junge tot sei, sondern nur angab, er wisse nicht, ob der Junge noch lebe, „die“ seien vorher weg (vgl. Bl. 1396 d.A.). Zwar mag es wahrscheinlicher gewesen sein, dass der Junge schon tot war, und auch wenn schon einige Beamten davon ausgegangen sein mögen, so ist es nur absolut nachvollziehbar, wenn die letzte Hoffnung noch nicht aufgegeben wurde und höchste Eile zum Aufbruch herrschte. Es mag sein, dass sich die Ankunft des Verteidigers im Polizeipräsidium und die Abfahrt des Klägers von dort nach Birstein zeitlich annäherten. Das reicht aber nicht aus für die Annahme des Klägers, sein Verteidiger sei bewusst über die Abwesenheit des Klägers getäuscht worden. Nach alledem war dem Antrag, Dr. E. als Zeugen zu hören (so u.a. Bl. 1131 ff. d.A.), nicht zu entsprechen.

Ein kausaler materieller Schaden ist ebenfalls weder vorgetragen noch denkbar. Das Landgericht hat in der Verurteilung des Klägers gerade nicht auf die durch Vernehmung durch die Polizei zustande gekommenen Erkenntnisse abgestellt, sondern entscheidend auf das Geständnis, das der Kläger in der Hauptverhandlung abgelegt hat. Die übrigen Beweismittel durften verwertet werden, weil das deutsche Recht eine Fernwirkung i.S.d. im anglo-amerikanischen Recht bekannten „Fruit of the poisonous tree“-Doktrin gerade nicht kennt. Beweisverwertungsverbote kommt nach Ansicht des Bundesgerichtshofes grundsätzlich keine Fernwirkung zu (vgl. nur BGH, NJW 2006, 1361 (1363)). Auch der EGMR ist in seinem Urteil vom 1.6.2010 zu dem Ergebnis gekommen, dass ein Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens

aus Art. 6 EMRK gerade nicht gegeben ist (EGMR, Urt.v. 1.6.2010, Az.: 22978/05, Rn. 188).

Soweit der Kläger behauptet, die im ärztlichen Attest der Frau Dr. C. sowie im Gutachten des Herrn Dr. L. beschriebenen Verfärbungen an den Fersen beruhten darauf, dass er gezwungen worden sei, eineinhalb Tage ohne Schuhe zu laufen, insbesondere auch den Feldweg in Birstein, ergibt sich auch daraus kein Eingriff in die Menschenwürde oder das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Klägers.

Eine erniedrigende oder demütigende Behandlung ergibt sich schon aus dem eigenen Vortrag des Klägers nicht. So hat der Kläger in seiner informatorischen Anhörung eingeräumt, gar nicht erst nach Schuhen gefragt zu haben (Bl. 1366 d.A.). Es ist aus Sicht der Kammer sehr wahrscheinlich und verständlich, dass die anwesenden Polizeibeamten in der Hoffnung, den entführten Jungen vor dem Tod retten zu können, schlicht nicht darüber nachdachten, ob der Kläger unter seinen Fußüberziehern Schuhe trägt oder nicht und sich möglicherweise weh tun könnte. Auch hat er ihnen gar nicht erst gesagt, dass er Schuhe haben wollte: „Ich habe davon [von den behaupteten Schmerzen] nicht zu den Beamten gesprochen“ (Bl. 1366 d.A.).

Eine Erniedrigung oder Demütigung ergibt sich auch nicht, wenn man berücksichtigt, dass das Laufen ohne Schuhe in gewissem zeitlichen Zusammenhang zu der Vernehmung durch den Zeugen E. steht. Es fehlt jeder sachliche Zusammenhang zu den Geschehnissen anlässlich der Vernehmung zuvor. Diese hatte der Zeuge E. allein vorgenommen. Nach Birstein fuhr der Kläger aber gemeinsam mit KHK Mo., der gar keine Kenntnis von den Geschehnissen während der Vernehmung am Morgen hatte, weil er zu diesem Zeitpunkt noch nicht anwesend war. Es bestehen keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass er den Kläger, zu dem er während der Vernehmungen eine Vertrauensbasis aufbauen wollte (in diesem Zusammenhang hat der Zeuge D. einen „väterlichen Vernehmungsstil“ erwähnt, s. Bl. 1381 d.A.), in irgendeiner Art und Weise erniedrigend behandeln wollte.

Im Übrigen ist auch nicht ersichtlich, dass die genannten Verletzungen beim Kläger zu einer Rechtsgutverletzung führten, die die Zahlung eines Schmerzensgelds gemäß § 253 Abs. 2 BGB wegen einer Gesundheitsbeeinträchtigung rechtfertigen würde. Aus den Attesten ist lediglich zu entnehmen, dass sich Verfärbungen sowie „blasenartige Abhebungen“ bzw. Schwellungen an den Fersen fanden. Zur Begründung eines Schmerzensgeldanspruchs genügen so geringfügige Verletzungen der Ge-

sundheit aber nicht (vgl. zu Bagatellfällen Spindler, in: BeckOK BGB, Stand: 1.3.2011, § 253 Rn. 48 f.).

Auch die vom Kläger behaupteten psychischen Beeinträchtigungen führen nicht zu einer höheren Geldentschädigung.

Insoweit hat der Kläger nicht zur Überzeugung des Gerichts i.S.d. § 286 ZPO nachweisen können, dass die von ihm behaupteten psychischen Folgen auf den Umständen der Vernehmung durch den Zeugen E. beruhen. Hierzu hat der Sachverständige Prof. Dr. N., der als forensisch erfahrener Facharzt für Psychiatrie und Leiter der Abteilung für Forensische Psychiatrie der Universitätsklinik München den Kläger ausführlich exploriert und auch an dessen informatorischer Anhörung sowie der Vernehmung des Zeugen E. in der mündlichen Verhandlung teilgenommen hat, bereits in seinem schriftlichen Gutachten vom 5.8.2010 eindeutige Ausführungen gemacht: Er könne nicht beurteilen, ob die vom Kläger behauptete Vernehmungssituation bei dem Kläger im konkreten Fall zu einer psychischen Störung geführt hätte oder nicht. Die Kammer hat sich den eingehenden und in jeder Hinsicht überzeugenden und nachvollziehbaren Ausführungen des Sachverständigen nach eigener kritischer Würdigung angeschlossen und hieraus den Schluss gezogen, dass es nicht unwahrscheinlich ist, dass die vom Kläger behauptete psychische Störung allein durch andere Umstände, denen er ausgesetzt war, entstanden ist.

Im Einzelnen: Zwar mag bei dem Kläger durchaus eine psychische Störung in Form einer posttraumatischen Belastungsstörung (ICD-10 (F43.1)) vorgelegen haben bzw. noch vorliegen. So hat der Sachverständige in seinem Gutachten ausgeführt, dass es für ihn aus psychiatrischer Sicht nachvollziehbar und plausibel sei, dass bei dem Kläger eine posttraumatische Belastungsstörung bestanden habe. Zur Begründung führt er aus, dass bei dem Kläger nach seiner Festnahme eine Symptomatik vorgelegen habe, die den Kriterien einer posttraumatischen Belastungsstörung entspreche (Bl. 1056 d.A.), wenn er auch einschränkend angibt, dass die Symptomatik „nur begrenzt objektivierbar“ und Beschreibungen „nicht beweisend“ seien. Ein für die Diagnose einer solchen Störung über die geschilderten, plausiblen Symptome hinaus weiterhin erforderliches Erleben eines massiven Traumas liege beim Kläger vor. Der Kläger habe dadurch, dass er zum einen Zeuge des gewaltsamen Todes eines anderen – auch wenn er selbst Verursacher war – und zum anderen einer Behandlung

ausgesetzt war, die durchaus der Androhung von Folter gleichzusetzen sei, gleich zwei solcher Ereignisse durchlebt (Bl. 1057 d.A.).

Auch war seinen Ausführungen zufolge das Vorgehen des Zeugen E. generell geeignet, eine psychische Störung hervorzurufen (Bl. 1059 d.A.).

Aus dem Gutachten des Sachverständigen ergibt sich ein Nachweis der Kausalität aber nicht. Damit ist der Kläger beweisfällig geblieben. Selbst wenn die Amtspflichtverletzungen und der zeitlich nachfolgende Schaden feststehen, bleibt der Geschädigte für den Kausalzusammenhang gleichwohl beweisbelastet, es sei denn, nach der Lebenserfahrung bestünde eine tatsächliche Vermutung oder eine tatsächliche Wahrscheinlichkeit für den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem eingetretenen Schaden und der behaupteten Amtspflichtverletzung (BGH, NJW 1983, 2241 (2242); NJW 2004, 1381 (1381 f.)). Vorliegend bleibt die Beweislast beim Kläger, denn eine solche überwiegende Wahrscheinlichkeit ist nicht gegeben. Vielmehr kamen als besonders nahe liegende Schadensursachen weitere Bedingungsfaktoren, insbesondere das Erleben des Todes des Jungen, in Betracht.

Der Sachverständige hat nachvollziehbar und überzeugend erläutert, dass bei dem Kläger die folgenden vier verschiedenen Bedingungsfaktoren zu dessen Gestörtheit und subjektiver Beeinträchtigung beitragen können: Aufgrund des hohen Bedürfnisses des Klägers nach Anerkennung und Akzeptanz habe er versucht, in unterschiedlichen Kreisen unterschiedliche Rollen zu spielen und Luftschlösser und Lügengeschichten um sich herum aufgebaut, die immer gewagter wurden und schließlich einzustürzen drohten. Allein dies zeige schon eine nicht unerhebliche Gestörtheit (Bl. 1061 f. d.A.). Der Ausweg für den Kläger sollten die Tötung des Jungen und die Lösegeldzahlung sein. Der zweite Faktor sei das Erleben des Todes des Jungen (Bl. 1062 f. d.A.), der dritte die Tatsache, dass der Kläger „sein Leben an die Wand gefahren“ habe (Bl. 1063 d.A.). Erst der vierte Faktor seien die massive Einschüchterung und die Angstgefühle. Diese Bedingungsfaktoren hätten zusammen gespielt und ließen sich nicht entflechten. Ob allein die Vernehmungssituation zu einer behandlungsbedürftigen Störung geführt hätte oder nicht, könne nicht beurteilt werden, weil bei ihm weitere Faktoren vorgelegen haben und eine Entzerrung des Bedingungsgeflechts nicht möglich sei (Bl. 1065 d.A.). Dies gelte unabhängig davon, ob man von den Feststellungen im Strafurteil gegen D. und E. oder von den Behauptungen des Klägers ausgehe.

Hinzu kommt, dass nach dem Gutachten der Schwerpunkt einer möglichen Therapie auch nicht in der Bearbeitung der Ereignisse vom 1.10.2002 zu sehen ist. Vielmehr geht der Sachverständige davon aus, dass bereits das Erleben des Todes an sich eine Beeinträchtigung sei, die sicher auch ohne Hinzutreten weiterer Bedingungsfaktoren eine therapeutische Bearbeitung nahelegen würde (Bl. 1063 d.A.).

Diesen Punkt hat er in seiner mündlichen Erläuterung des Gutachtens auf Frage des Gerichts bestätigt und ausgeführt, dass er nicht sagen könne, ob bei dem Kläger der Bedingungsfaktor der Angst- und Ohnmachtsgefühle aufgrund der Polizeivernehmung tatsächlich zu einer behandlungsbedürftigen psychischen Störung geführt hat (Bl. 1374 d.A.). Es könne vielmehr durchaus sein, dass bei Wegdenken des Bedingungsfaktors der Vernehmungssituation beim Kläger die gleichen psychischen Störungen wie heute vorlägen.

Die Kausalität wird nochmals unwahrscheinlicher, wenn man sich die Aussage des Sachverständigen vor Augen führt, dass man nicht sagen könne, ob das Trauma aufgrund der Vernehmungssituation durch die (illegale) Ankündigung von Schmerzen oder durch das (legale) Insistieren durch E. mit dem Hervorrufen von Bildern des Kindes, ständiges Nachfragen etc. verursacht worden sein könne (Bl. 1374 d.A.); beides sei möglich.

Entgegen der Auffassung des Klägers hat das Gutachten den Klägervortrag gerade nicht bestätigt. Die Argumente des Klägers, wonach eine Mitursächlichkeit ausreichend sei, gehen ins Leere. Seine Argumentation setzt nämlich voraus, dass zumindest die Mitursächlichkeit des konkreten schadenstiftenden Ereignisses für den entstandenen Schaden als solche feststeht (vgl. BGH, NJW 1995, 1029; NJW 2000, 3069; NJW 2002, 504 (505)). Der haftungsbegründende Ursachenzusammenhang ist vorliegend jedoch nicht bewiesen, denn nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme kann es nicht ausgeschlossen werden, dass der Schaden, d.h. der behandlungsbedürftige Zustand, bereits durch die ersten drei Bedingungsfaktoren entstanden war, als der vierte Faktor hinzutrat. Gerade die Frage, ob überhaupt eine Mitursächlichkeit vorliegt, hat der Sachverständige nicht sicher beurteilen können. Er hat nur gesagt, dass die Vernehmungssituation zwar grundsätzlich geeignet sei, eine entsprechende Störung hervorzurufen, aber in dem konkreten Fall könne er es nicht sicher bejahen. Die Vernehmungssituation war gerade nicht „Auslöser“ neben erheblichen anderen Umständen (vgl. BGH, NJW-RR 2005, 897; NJW-RR 1999, 819; NJW 2000, 3423; NJW 2002, 504), sondern – um es in dem vom Sachverständigen in der mündlichen

Verhandlung verwendeten Bild auszudrücken – der Damm war von den drei Flüssen (den drei erstgenannten Bedingungsfaktoren) schon überflutet worden, als das Wasser aus dem vierten Fluss, dem Bedingungsfaktor Vernehmungssituation, hinzukam (vgl. Bl. 1375 d.A.). Der Sachverständige hat ausdrücklich erklärt, man könne nicht sagen, dass sich die Behandlungsbedürftigkeit durch das Hinzutreten des vierten Bedingungsfaktors nennenswert verstärkt habe. Zwar hat er auf Frage des Klägervertreters zunächst angegeben, dass alle vier Faktoren im Sinne der Adäquanztheorie kausal geworden seien, doch hat er sich unmittelbar danach dahingehend berichtigt, dass sie nur „als Bedingungsfaktoren in Betracht zu ziehen“ seien (Bl. 1376 d.A.). Der Sachverständige hat damit klargestellt, dass die Vernehmungssituation als adäquate Ursache in Betracht zu ziehen ist. Dass sie tatsächlich kausal das Krankheitsbild verstärkt hat, hat er nicht bestätigen können. Das genügt nicht für den Nachweis der Kausalität.

Mangels Nachweises eines kausalen Schadens scheidet auch ein Anspruch auf Schadensersatz aus § 839 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. Art. 34 S. 1 GG, 823 Abs. 1, Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 240 Abs. 1, 357 StGB, 253 Abs. 2 BGB aus.

Entsprechendes gilt für eine Traumatisierung als Folge der Festnahme, deren Geignetheit zur Traumatisierung der Kläger erstmals mit Schriftsatz vom 25.6.2011 behauptet hat. Der Sachverständige, der den Kläger und seine Beeinträchtigungen ausführlich untersucht hat, hat die Festnahmesituation als möglichen weiteren Bedingungsfaktor gar nicht erst in Betracht gezogen, als er weitere mögliche Bedingungsfaktoren erklärte. Auch behauptet der Kläger nicht, dass die Festnahme bei ihm zu einer Traumatisierung geführt habe, sondern bei seiner damaligen Freundin. Die Folgen für sie als Unbeteiligte, die mit einem Zugriff im Gegensatz zum Kläger aber auch nicht rechnen musste, sind – unabhängig von der fehlenden Übertragbarkeit auf den Kläger – für das vorliegende Verfahren unerheblich.

Die Kammer ist der Ansicht, dass die schwere Verletzung der Menschenwürde des Klägers bislang noch nicht auf andere Weise ausgeglichen wurde, weshalb dem Kläger eine Geldentschädigung zuzuerkennen ist.

Vorab angemerkt sei, dass bei der Annahme einer Verletzung der Menschenwürde eine Abwägung mit anderen, auch verfassungsrechtlich geschützten Belangen nicht möglich ist (BVerfG, Beschl. v. 27.12.2005, Az.: 1 BvR 1359/05, Rn. 18, zitiert nach

juris); gleiches gilt für das Verbot der Folter oder erniedrigender Behandlung in Art. 3 EMRK, der ebenfalls keine Ausnahmen kennt (vgl. EGMR, Urt.v. 1.6.2010, Az.: 22978/05, Rn. 107). Davon zu trennen ist aber grundsätzlich die Frage, inwieweit ein Eingriff auch zwingend zu einer Geldentschädigung führen muss. Zwar steht hier anders als beim Schmerzensgeld der Gesichtspunkt der Genugtuung für das Opfer im Vordergrund (BGH, Urt. v. 15.11.1994, Az.: VI ZR 56/94, Rn. 84 zitiert nach juris; Urt. v. 04.11.2004, Az.: III ZR 361/03, Rn. 10 zitiert nach juris). Ein solches zwingendes „Junktum“ zwischen der Feststellung einer Verletzung des Art. 1 Abs. 1 GG einerseits und der Zuerkennung einer Geldentschädigung andererseits ist rechtlich bislang nicht gesehen worden (BGH, Urt. v. 04.11.2004, Az.: III ZR 361/03, Rn. 12 ff. zitiert nach juris; BVerfG NJW 2006, 1580). Vielmehr durfte ein Anspruch auf Geldentschädigung von dem weiteren Erfordernis abhängig gemacht werden, dass die Beeinträchtigung nicht in anderer Weise ausgeglichen werden kann.

Auch vorliegend ist nach dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts in dieser Sache nicht von einer zwingenden Rechtsfolge auszugehen, sondern es ist eine Abwägung vorzunehmen, in der nicht nur die mögliche Genugtuungsfunktion einer strafrechtlichen Verurteilung zu berücksichtigen ist, sondern insbesondere auch die außergewöhnliche Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, ferner Anlass und Beweggrund der Handelnden sowie der Grad ihres Verschuldens (BVerfG, Beschl.v. 19.2.2008, Az.: 1 BvR 1807/07, Rn. 34 zitiert nach juris, unter Verweis auf BGH, NJW 1995, 861 (864)). Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass diese Rechtsprechung anhand von Fällen der menschenunwürdigen Unterbringung von Strafgefangenen entwickelt wurde und nicht ohne Weiteres auf Sachverhalte wie den vorliegenden übertragen werden kann (so ausdrücklich BVerfG, Beschl.v. 19.2.2008, Az.: 1 BvR 1807/07, S. 13). In den Fällen menschenunwürdiger Unterbringung handelt es sich in der Regel um ein organisatorisches Problem der Unterbringung, ohne dass ein finaler Eingriff in die Menschenwürde der Strafgefangenen vorliegt. Bei den Caroline-Urteilen des BGH lag „nur“ ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht vor. Dennoch sind dort hohe Geldentschädigungen zugesprochen worden. Die dortigen Ausführungen zur Höhe der Entschädigung, die dafür sorgen soll, dass die Verletzung sich nicht lohnen darf, sind auf diesen Fall ebenfalls nicht übertragbar, weil hier eine Überleitung der Haftung auf den Staat vorliegt. Für den einzelnen handelnden Beamten dürften die strafrechtlichen Folgen schwerer wiegen. Auch wurde die Rechtsverletzung hier nicht durch die Verfolgung kommerzieller Interessen motiviert, sondern Motiv war allein die Rettung des Jungen aus vermeintlich höchster Lebens-

gefahr. Aufgrund der Singularität dieses Falls ist er losgelöst von anderen Fällen zu betrachten.

In der Abwägung ist insofern ganz entscheidend zu berücksichtigen, dass nicht lediglich ein Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht vorliegt, sondern eine Verletzung der Menschenwürde. Diese Verletzung erfolgte zudem nicht spontan und aus der Situation heraus, sondern geplant und sowohl von der damaligen Behördenleitung angeordnet als auch aus dem Innenministerium gebilligt. Die Umsetzung der Androhung der Schmerzzufügung wurde konkret betrieben. Das Verbot der Folter gilt aber absolut und duldet keine Ausnahme. Hinzu kommt, dass der EGMR festgestellt hat, dass sich der Kläger weiterhin noch als Opfer einer Verletzung von Art. 3 EMRK bezeichnen darf.

Auch wenn nach der Rechtsprechung des EGMR ein dem Anliegen des Rechtsmittelführers Rechnung tragendes Urteil grundsätzlich eine ausreichend gerechte Entschädigung darstellen kann, so dass eine weitergehende Entschädigung in Geld für den erlittenen immateriellen Schaden nicht mehr geboten ist (vgl. *Nikolova./Bulgarien*, Ur.t.v. 25.3.1999, NL 1999/2/8), hat der EGMR dies in diesem Fall jedoch anders gesehen. Zwar sind die Straßburger Richter davon überzeugt, dass die innerstaatlichen Gerichte ausdrücklich und unmissverständlich anerkannt haben, dass die Vernehmung des Klägers gegen Art. 3 EMRK verstoßen hat (EGMR, Ur.t.v. 1.6.2010, Az.: 22978/05, Rn. 120). In dem Urteil wird aber festgestellt, dass die Verhängung von fast als symbolisch zu bezeichnenden Geldstrafen von 60 bzw. 90 Tagessätzen, die zudem noch zur Bewährung ausgesetzt wurden, nicht als angemessene Reaktion auf einen Verstoß gegen Art. 3 EMRK angesehen werden kann. Eine solche Bestrafung habe nicht die erforderliche Abschreckungswirkung, um zukünftige Verstöße zu verhindern (EGMR, a.a.O., Rn. 124). Auch die weitere Karriere von D. ist für den EGMR Anlass zu schwerwiegenden Zweifeln, ob die Reaktion der Behörden die Schwere eines Verstoßes gegen Art. 3 EMRK angemessen widerspiegelt (EGMR, a.a.O., Rn. 125). Zudem hat der Gerichtshof wegen der Dauer dieses Verfahrens Zweifel an der Wirksamkeit des innerstaatlichen Amtshaftungsverfahrens. Im Ergebnis ist der Gerichtshof der Auffassung, dass die von den innerstaatlichen Behörden ergriffenen Maßnahmen das in seiner Rechtsprechung festgelegte Erfordernis der Wiedergutmachung jedenfalls nicht vollständig erfüllt haben.

An dieses Urteil ist das erkennende Gericht grundsätzlich gemäß Art. 46 Abs. 1 EMRK gebunden. Danach verpflichten sich die Hohen Vertragsparteien, in allen

Rechtssachen, in denen sie Partei sind, das endgültige Urteil des Gerichtshofs zu befolgen. Diese Pflicht richtet sich nicht nur an die Bundesrepublik als Vertragspartei, sondern durch die Umsetzung der EMRK in innerstaatliches einfaches Recht erstreckt sich die Bindungswirkung gemäß Art. 20 Abs. 3 GG auf alle innerstaatlichen Organe und verpflichtet diese grundsätzlich, im Rahmen ihrer Zuständigkeit und ohne gegen die Bindung an Gesetz und Recht zu verstoßen, einen konventionsgemäßen Zustand herzustellen.

Auch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind die Gesetze im Einklang mit der EMRK auszulegen und anzuwenden (BVerfGE 74, 358 (370)). Den Entscheidungen des EGMR kommt dabei besonderes Gewicht zu (BVerfGE 111, 307 (319)). Die deutschen Gerichte haben die EMRK in der Auslegung und Anwendung durch den EGMR zu beachten, soweit nicht Verfassungsrecht oder sonstiges vorrangiges Recht eindeutig entgegensteht und müssen dabei die Entscheidungen des EGMR berücksichtigen (BVerfGE 111, 307 (329); BVerfG-K, NJW 2005, 2688). Gerichte sind zur Berücksichtigung eines Urteils, das einen von ihnen zu entscheidenden Fall betrifft, jedenfalls dann verpflichtet, wenn sie dem Urteil ohne materiellen Gesetzesverstoß Rechnung tragen können. Solange dabei im Rahmen geltender methodischer Standards Auslegungs- und Abwägungsspielräume eröffnet sind, trifft deutsche Gerichte die Pflicht, der konventionsgemäßen Auslegung den Vorrang zu geben. Das war vorliegend im Rahmen der Frage der hinreichenden Genugtuung für die stattgefundene Verletzung möglich.

Die Kammer vermag aber hinsichtlich der Höhe der Entschädigung nicht der Vorstellung des Klägers zu folgen. Vielmehr erachtet sie im Rahmen der Ausübung ihres Schätzungsermessens gem. § 287 Abs. 1 ZPO unter Berücksichtigung der zuvor erörterten Umstände eine Geldentschädigung in Höhe von 3.000,- € für angemessen, aber auch ausreichend, um dem Kläger für das Erlittene Genugtuung zu gewähren. Bei deren Bemessung sind folgende Umstände, die sich auf die zuzusprechende Höhe auswirken, einzubeziehen:

Zunächst sind Anlass und Beweggrund der Handelnden zu berücksichtigen. Diese Gesichtspunkte sind gerade im vorliegenden Fall von enormer Bedeutung. Es ging D. und E. nicht um eine zielgerichtete Erniedrigung des Klägers. Vielmehr war für die beiden Polizisten – selbst mit dem Risiko eines Beweisverwertungsverbots für etwa erlangte Beweismittel – der allein entscheidende Beweggrund, Angaben über den

Verbleib des Kindes zu erhalten, um sein Leben möglicherweise noch retten zu können. Sie wussten aus der Observation des Klägers seit der Übernahme des Lösegeldes nach Mitternacht am 30.09.2002, dass er den Jungen seitdem nicht mehr versorgt haben konnte. Auch hatte er keinen Kontakt zu möglichen Mittätern aufgenommen. Wie D. in seiner Vernehmung sehr eindringlich ausgeführt hat, kann ein Mensch maximal vier Tage ohne Flüssigkeit leben und am Vormittag des 1.10.2002 war dieser Zeitpunkt von vier Tagen erreicht (Bl. 1380 d.A.). Außerdem war unklar, wie etwaige Mittäter, von denen der Kläger in seinen ersten Vernehmungen gesprochen hatte, auf dessen Festnahme und die Sicherstellung von großen Teilen des Lösegeldes reagieren würden. Damit war allen Beteiligten bewusst, dass die Zeit sehr drängte.

Gerade weil der Kläger von seinem Recht, als Beschuldigter unwahre Angaben zu machen, nachhaltig Gebrauch gemacht hatte, wie sich im Laufe der Ermittlungen herausstellte, sahen sich die Polizeibeamten besonders unter Druck, etwas zum Aufenthaltsort des Jungen in Erfahrung zu bringen. Das provozierende und skrupellose Aussageverhalten des Klägers strapazierte die Nerven der Ermittler aufs Äußerste. Er überlegte sich ständig neue Geschichten und vermittelte den Eindruck, die Ermittler bewusst auf falsche Fährten zu führen, um so Zeit zu gewinnen, was er gegenüber dem Sachverständigen auch offen bestätigte (Bl. 1042 d.A.). Währenddessen hofften die Beamten unablässig, dass der Junge noch lebte. An den Langener Waldsee hatten sie deshalb sogar ein Opferbetreuungsteam mitgeschickt (vgl. Aussage von E., Bl. 1366 d.A.). Dieser besondere Druck darf ihnen auch zur Einschätzung des ihnen vorzuwerfenden Verschuldens zugute gehalten werden.

Weiterhin darf nicht übersehen werden, dass es nicht zur Ausführung der angekündigten Maßnahmen kam. Die Behandlung des Klägers ist nicht mit anderen Fällen der unmenschlichen Behandlung, mit denen der EGMR bereits befasst war, vergleichbar, weshalb er die Behandlung auch ausdrücklich nicht als Folter bezeichnet hat. Außerdem dauerte der Eingriff nur eine verhältnismäßig kurze Zeitspanne, etwa 10 Minuten lang, und hinterließ bei dem Kläger keine bleibenden Schäden.

Auch weicht der festgestellte Sachverhalt geringfügig von dem Sachverhalt ab, den sowohl das Bundesverfassungsgericht als auch der EGMR jeweils der Entscheidung zugrunde legte: Das Bundesverfassungsgericht ging davon aus, dass der Kläger in der Verhörsituation - noch dazu bei Fesselung seiner Hände - in besonderer Weise dem Zugriff des Verhörsbeamten ausgesetzt war (BVerfG, Beschl.v. 19.2.2008, Az.:

1 BvR 1807/07, Rn. 34 zitiert nach juris). Auch der EGMR hat seine Entscheidung maßgeblich auf die behauptete Fesselung des Klägers mit Handschellen gestützt. In Rn. 95 heißt es: „Ferner war der Beschwerdeführer während seines Gewahrsams im Vernehmungszimmer anscheinend mit Handschellen gefesselt und befand sich in einer Situation, die durch eine besondere Verletzlichkeit und durch besonderen Zwang gekennzeichnet war.“ Unter Rn. 106 heißt es weiter: „Der Gerichtshof stellt ferner fest, dass die Drohungen mit vorsätzlicher und unmittelbare bevorstehender Misshandlungen in einem Kontext erfolgten, in dem sich der Beschwerdeführer – der offenbar mit Handschellen gefesselt war – in Gewahrsam von Polizeibeamten und damit in einer verletzlichen Lage befand.“ Die Fesselung hat die Kammer gerade nicht feststellen können, weshalb dieser erschwerende Gesichtspunkt in Wegfall gerät.

Ferner ist zu beachten, dass das Verhalten von D. und E. von verschiedenen Gerichten deutlich missbilligt und die Verletzung der Menschenwürde des Klägers mehrfach klar und deutlich festgestellt wurde. So hat zunächst die Schwurgerichtskammer in dem Verfahren gegen den Kläger die Verstöße von D. und E. klargestellt und daraus die Unverwertbarkeit bestimmter Beweismittel gezogen. Beides wurde auch im Urteil betont. Sodann hat eine andere Strafkammer des Landgerichts Frankfurt D. und E. wegen Nötigung und Verleitung eines Untergebenen im Amt verurteilt und dabei sehr deutlich gemacht, dass deren Vorgehen unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu billigen war. Anschließend haben die hier erkennende Kammer, das Oberlandesgericht, das Bundesverfassungsgericht und der EGMR festgestellt, dass das Verhalten von D. und E. gegen Art. 1 Abs. 1, 104 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 3 EMRK verstößt.

Letztlich hat der Kläger mit diesem Urteil eine Entscheidung im angestrebten Amtshaftungsverfahren erreicht, dessen mangelnde Effektivität der EGMR zusätzlich kritisiert hatte. Bei der konkreten Höhe der Entschädigung war weiterhin die Tatsache zu berücksichtigen, dass dieser Fall in der juristischen Fachwelt zu großen Diskussionen geführt hat und es mittlerweile als gefestigte herrschende Meinung anzusehen ist, dass das Folterverbot auch in Extremsituationen gilt und dass die Menschenwürde keinerlei Abwägungsprozessen zugänglich ist (vgl. nur Perron, in: Schönke-Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 32 Rn. 62a m.w.N.; Hamm, NJW 2003, 946; Schaefer, NJW 2003, 947). Aufgrund des vorliegenden Falls hat sich ein vertieftes Bewusstsein entwickelt, was zulässig und was unzulässig ist.

In Anbetracht dieser Umstände erscheint zum Ausgleich der erlittenen Beeinträchtigungen und zur Genugtuung des Klägers die zugesprochene Geldentschädigung in Höhe von 3.000 Euro notwendig, aber auch ausreichend.

Der Zinsauspruch folgt aus §§ 286 Abs. 1, 291 BGB, § 187 BGB analog.

Der Antrag zu 2.) auf Feststellung hat nach den vorstehenden Ausführungen keinen Erfolg. Voraussetzung für die Feststellung einer Einstandspflicht ist das Vorliegen eines kausalen Schadens i.S.d. § 249 BGB. Dieser liegt aus den oben ausgeführten Gründen aber nicht vor.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 92 Abs. 1 S. 1 ZPO. Der Auspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 11, 709 S. 1, S. 2, 711 S. 1, S. 2 ZPO.

Richter am Landgericht
Dr. B. ist wegen
Urlaubs verhindert, das Urteil
zu unterschreiben

H.

H.

Dr. W.

Landgericht Frankfurt am Main
2-04 O 521/05

Lt. Protokoll
verkündet am 04.08.2011

als Urkundsbeamtin der
Geschäftsstelle



Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

des Herrn G.,

- Kläger -

Prozessbevollmächtigte:

gegen

das Bundesland H.

- Beklagter -

Prozessbevollmächtigte:

hat das Landgericht Frankfurt am Main – 4. Zivilkammer – durch Vorsitzenden Richter am Landgericht H., Richter am Landgericht Dr. B. und Richterin Dr. W. im schriftlichen Verfahren aufgrund der bis zum 27.6.2011 eingereichten Schriftsätze

für Recht erkannt:

1. Das beklagte Land wird verurteilt, an den Kläger 3.000 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 21.1.2009 zu zahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Von den Kosten des Rechtsstreits haben der Kläger 4/5 und das beklagte Land 1/5 zu tragen.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar, für den Kläger nur gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils vollstreckbaren Betrags. Der Kläger darf die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht das beklagte Land vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Tatbestand

Der Kläger nimmt das beklagte Land auf materiellen und immateriellen Schadensersatz bzw. Geldentschädigung sowie auf Feststellung seiner Einstandspflicht wegen behaupteter Amtspflichtverletzung im Rahmen des gegen ihn geführten polizeilichen Ermittlungsverfahrens in Anspruch.

Der Kläger lockte am 27.9.2002 den 11-jährigen Bankierssohn M. in seine Wohnung und erstickte ihn. In der Nacht vom 29. auf den 30.9.2002 holte er das von den Eltern des Jungen geforderte Lösegeld ab. Seitdem stand er unter lückenloser polizeilicher Kontrolle. Nachdem der Kläger keinerlei Opferbetreuungsmaßnahmen zeigte oder Kontakt zu weiteren möglichen Tatbeteiligten suchte, wurde er am Nachmittag des 30.9.2002 im Beisein seiner damaligen Freundin durch ein mobiles Einsatzkommando festgenommen. Dabei wurde er unter Anwendung einfacher körperlicher Gewalt zu Boden gebracht und fixiert. Anschließend wurde er in das Polizeipräsidium Frankfurt am Main verbracht. Dort erhielt er nach Sicherstellung seiner privaten Kleidungsstücke und Schuhe einen Einwegoverall und blaue Fußüberzieher. Die Leitung des Polizeipräsidiums oblag dem damaligen Polizeivizepräsidenten D. als stellvertretendem Behördenleiter für den sich im Urlaub befindlichen Polizeipräsidenten.

Während der Vernehmung durch die Polizei fragte der Kläger nach anwaltlichem Beistand, beantwortete aber weiter gestellte Fragen. Er behauptete zunächst, mit der Entführung nichts zu tun zu haben. Ein Unbekannter habe ihm Geld für die Lösegeldabholung angeboten. Dann machte er aber Angaben zur Abholung des Geldes

und zu seinem Verhalten danach. Zum Verbleib des Jungen sagte er nichts. Währenddessen fanden Polizeibeamten in der Wohnung des Klägers einen Teil des Lösegelds und einen Zettel, auf dem in einer Art Check-Liste einzelne Punkte der Tatvorbereitung aufgelistet waren.

Auf Bitte des Klägers, einen Anwalt zu konsultieren, wurde der Anwaltsnotdienst verständigt. Im Laufe der weiteren Vernehmung hatte der Kläger von 23:40 Uhr bis 24:00 Uhr die Möglichkeit, mit Rechtsanwalt Z. zu sprechen. Anschließend wurde er weiter bis etwa 1.00 Uhr nachts befragt. Eine wahrheitsgemäße Aussage über den Verbleib des Jungen machte der Kläger nicht. Stattdessen behauptete er, der Junge lebe und werde in einer Hütte am Langener Waldsee von zwei ihm bekannten Brüdern festgehalten. Diese Aussage führte zu bis in den Morgen hinein dauernden Durchsuchungen der Wohnungen der Brüder, ihrer vorläufigen Festnahme und zu umfangreichen polizeilichen Aktivitäten im Bereich des Sees, wobei im Ergebnis sämtliche Maßnahmen erfolglos blieben.

Am Abend des 30.9.2002 teilte D. mit, dass der „unmittelbare Zwang“ gegen den Kläger freigegeben sei. Am Morgen des 1.10.2002 ordnete er ausdrücklich an, dass der Kläger, nach vorheriger Androhung, unter ärztlicher Aufsicht durch Zufügung von Schmerzen ohne Verursachung von Verletzungen erneut zu befragen sei. Er dokumentierte diese Anordnung später in einem Vermerk, auf dessen Inhalt Bezug genommen wird (vgl. Bl. 18 f. d. Strafakte).

Gegen 8:00 Uhr wurde der Kläger zunächst seiner Mutter gegenübergestellt. Dies führte aber nicht zu einer Veränderung in seinem Aussageverhalten, sondern der Kläger behauptete nun, er stünde unter Druck und würde erpresst. Angaben zum Verbleib des Jungen machte er immer noch nicht. Sodann wies D. gegen 8:30 Uhr den ihm unterstellten Kriminalhauptkommissar E. an, dem Kläger für den Fall, dass dieser sich weiter weigere, den Verwahrort des Kindes zu nennen, die erneute Befragung unter ärztlich beaufsichtigter Zufügung von Schmerzen anzukündigen. D. ging davon aus, dass der Junge noch lebte, eine Überlebenschance für ihn aber nur bestünde, wenn er zeitnah aufgefunden würde. Er hielt es für dringend erforderlich, den Kläger so schnell wie möglich zur Preisgabe des Verstecks zu bewegen. D. und E. wussten aber auch, dass die Beweislage nicht sicher und noch ungeklärt war, ob noch Mittäter existierten. Auch war geplant, einen von den beteiligten Abschnittslei-

tern erarbeiteten Stufenplan mit verschiedenen Maßnahmen – unter anderem einer Konfrontation des Klägers mit Angehörigen der Familie des Jungen – umzusetzen.

E. begab sich gegen 8:40 Uhr zu dem Kläger ins Vernehmungszimmer und teilte diesem mit, dass von der Behördenleitung angedacht sei und vorbereitet werde, ihn ggf. unter Zufügung von Schmerzen durch einen Spezialisten, der mit einem Hubschrauber eingeflogen werde, oder durch Beibringung eines Wahrheitsserums dazu zu bringen, Einzelheiten zu nennen, um das Leben des Kindes zu retten, sofern er weiter schweigen oder falsche Angaben machen würde. Im Laufe der Vernehmung machte er rotierende Bewegungen mit seiner Hand bzw. seinem Zeigefinger. Anschließend gab der Kläger an, dass er den Jungen unter einem Steg an einem See in der Nähe von Birstein versteckt hätte.

Der Kläger fuhr mit dem Kriminalhauptkommissar Mo. gegen 10:30 Uhr zum angegebenen Weiher in Birstein, wo die Leiche des Jungen gefunden wurde. Das letzte Stück bis zu einer vor dem Weiher befindlichen Schranke gingen sie zu Fuß; weiter lief der Kläger nicht. Er trug dabei keine Schuhe an den Füßen, sondern lediglich die Füllinge zu dem ihm gegebenen Schutzanzug.

In den Folgetagen wurde der Kläger ärztlich untersucht. Hinsichtlich des Ergebnisses wird auf das Attest der Medizinaloberrätin Dr. C. (Bl. 36 f. d.A.) und das Gutachten von Dr. L. (Bl. 38 ff. d.A.) verwiesen.

Während des gesamten Zeitraums von der Entführung bis zum Auffinden des Jungen herrschten im Polizeipräsidium eine große Hektik und ein enormer Ermittlungsdruck, weil alle bemüht waren, den Jungen, den sie angesichts der Dauer seiner Entführung in allerhöchster Lebensgefahr vermuteten, zu finden. Reguläre Dienstzeiten wurden nicht eingehalten, alle Beteiligten leisteten Überstunden, waren aufgrund des Schlafmangels und des Drucks erschöpft und müde. E. hatte die Nacht durchgearbeitet und D. hatte ebenfalls nur wenige Stunden geschlafen.

Die 22. Strafkammer des Landgerichts Frankfurt am Main stellte in dem Strafverfahren gegen den Kläger (Az.: 5/22 Ks 3490 Js 230118/02) mit Beschluss vom 9.4.2003 fest, dass die Androhung von E. wegen Verstoßes gegen Art. 1 und 104 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 3 EMRK gesetzeswidrig gewesen wäre und deshalb vier Vernehmungen, drei polizeiliche Vermerke und eine Leseabschrift nicht zu Beweis Zwecken verwertet werden dürften. Der Kläger ließ sich in der Hauptverhandlung aus freien Stü-

cken vollumfänglich zur Sache ein (vgl. S. 35, 41 ff., 56 des Strafurteils gegen den Kläger).

Mit Urteil vom 28.7.2003, auf dessen Inhalt Bezug genommen wird (Bl. 330 ff. d.A.), wurde der Kläger rechtskräftig wegen Mordes in Tateinheit mit erpresserischem Menschenraub mit Todesfolge und weiterer Delikte zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt. Das Landgericht sah die Mordmerkmale der Heimtücke, der Habgier und der Verdeckung einer anderen Straftat als erfüllt an und stellte ferner fest, dass die Schuld des Angeklagten besonders schwer wiegt. In dem Urteil wurde erneut festgestellt, dass es sich bei der Androhung der Zufügung von Schmerzen um verbotene Vernehmungsmethoden handelte.

Mit rechtskräftigem Urteil vom 20.12.2004 (Az.: 5/27 Kls – 7570 Js 203814/03) wurde E. wegen Nötigung gemäß § 240 Abs. 1 StGB und D. wegen der Verleitung eines Untergebenen zu einer Nötigung im Amt gemäß § 357 Abs. 1 i.V.m. § 240 Abs. 1 StGB verurteilt. Beide wurden mit Strafvorbehalt verwahrt (Bl. 785 ff. der Strafakten).

Der Kläger behauptet, gegen ihn sei schon bei der Festnahme, bei der er keinerlei Widerstand geleistet habe, ohne jede Veranlassung heftige körperliche Gewalt angewendet worden, die zu ärztlicherseits festgestellten Verletzungen geführt habe. Allein diese Situation sei geeignet, zu einer Traumatisierung zu führen.

Ihm sei am 30.9. und 1.10.2002, insgesamt ca. 22 Stunden lang, systematisch und absichtlich versagt worden, mit einem Anwalt zu sprechen, insbesondere den von ihm gewünschten Verteidiger Dr. E. zu kontaktieren. Obwohl er erklärt habe, nicht weiter vernommen werden zu wollen, seien die Befragungen gegen seinen ausdrücklichen Willen fortgesetzt worden. Dr. E. sei am 1.10.2002 absichtlich, gezielt und rechtswidrig ferngehalten und der Kläger gegen seinen Willen zwecks Entziehung von anwaltlichem Beistand nach Birstein verschleppt worden.

D. habe die Herbeischaffung eines Wahrheitsserums angeordnet. E. habe ihm gesagt, durch einen Folterspezialisten, der bereits mit einem Hubschrauber unterwegs sei, sollten ihm solche Schmerzen zugefügt werden, wie er sie noch nie erlebt habe, dass er sich angesichts der Schmerzen wünschen würde, nie geboren worden zu sein. Um der Drohung Nachdruck zu verleihen, habe E. zu seinen kreisenden Handbewegungen das Rotorengeräusch des Hubschraubers nachgeahmt. Weiterhin habe

E. ihm mit schwerem sexuellem Missbrauch gedroht, indem er ihm gesagt habe, er werde „mit zwei großen Negern in eine Zelle“ gesperrt, die sich an ihm sexuell vergehen würden.

Zudem habe E. ihn im Laufe der Vernehmung mit seinen Händen an den Schultern geschüttelt, so dass er mit seinem Hinterkopf gegen die Wand geschlagen sei, und mit der Innenfläche einer Hand gegen den Brustkorb geschlagen. Dies sei schmerzhaft gewesen und habe zu einem Hämatom geführt, welches in dem amtsärztlichen Gutachten vom 4.10.2002 festgestellt worden sei.

Er sei während dieser Vorgänge gefesselt gewesen. Im weiteren Verlauf habe E. ihm auch angedroht, man werde gemeinsam mit dem Hubschrauber fliegen und bei einem solchen Flug könnten viele Unfälle passieren. Aufgrund der Folterandrohungen habe der Kläger Angst um sein Leben gehabt und deshalb schließlich den Fundort genannt.

Für seine Anordnung habe sich D. telefonisch der Billigung aus dem hessischen Innenministerium versichert und den zustimmenden Hinweis „Instrumente zeigen“ erhalten. Der Kläger ist der Ansicht, diese Einbindung der gesamten Behördenstruktur bis an die Spitze der Behördenleitung unter Rückendeckung durch das Innenministerium weise ein hohes Präventionsbedürfnis auf und sei für die Höhe des Staatshaftungsunrechts relevant.

Der Kläger behauptet weiter, nachdem er den Fundort genannt habe, sei E. noch einmal zu ihm gekommen und habe gesagt: „Das hast du jetzt davon, der wird dich finden!“.

Ferner habe man ihn zur Demütigung gezwungen, eineinhalb Tage ohne Schuhe zu laufen, insbesondere in Birstein. Dadurch habe er Schmerzen und Verletzungen an den Füßen erlitten, die sich aus ärztlichen Gutachten ergäben.

Durch das gesamte Geschehen sei er so schwer traumatisiert worden, dass er noch heute unter schweren psychischen Folgen wie Angstphobien, Schlafstörungen und Alpträumen leide und psychologischer Behandlung bedürfe.

Der Kläger beantragt,

1. den Beklagten zu verurteilen, an ihn ein über den Betrag von 10.000 Euro hinausgehendes angemessenes Schmerzensgeld nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,
2. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, ihm allen materiellen und immateriellen Schaden zu ersetzen, der ihm aus der Anordnung der Foltermethoden durch den Schädiger zu 1) gemäß Vermerk vom 1.10.2002 und ihrer Ausführungen durch den Schädiger zu 2) im Wege der schweren Nötigung noch entstehen wird mit Blick auf die infolge der Traumatisierung angebrachten und erforderlichen psychologischen und anderen medizinischen Behandlungsmaßnahmen.

Das beklagte Land beantragt,

die Klage abzuweisen.

Es ist der Ansicht, die angewendete einfache körperliche Gewalt sei durch § 127 StPO gedeckt.

Die weitere Befragung des Klägers durch die Beamten auch nach dessen Bitte um Konsultation eines Anwalts sei rechtlich zulässig gewesen; anfangs habe es sich nicht um eine förmliche Vernehmung gehandelt und später sei ein Anwalt vor Ort gewesen.

Das beklagte Land bestreitet, dass E. den Kläger geschlagen habe und behauptet, er habe ihn gar nicht berührt und mindestens einen halben Meter Abstand von ihm gehalten. Neben der Ankündigung der Schmerzzufügung habe E. nur an das Gewissen des Klägers appelliert und ihm mit der kreisenden Handbewegung verdeutlicht, dass ihm der Junge immer im Kopf herumgehen und er ihn nie vergessen werde. Nur aufgrund des ständigen Insistierens und der Erzeugung eines Vorstellungsbilds des Opfers habe der Kläger schließlich den Fundort genannt. Von der Ankündigung der Schmerzzufügung sei er überhaupt nicht berührt gewesen.

Das beklagte Land bestreitet die Drohung mit sexuellem Missbrauch und behauptet, E. habe den Kläger nur gefragt, ob er Angst davor habe, dass ihm im Gefängnis etwas passiere; diesbezüglich könne man Vorsorge treffen und ihn schützen. Nach der Vernehmung habe E. lediglich gesagt, der Kläger solle „keinen Blödsinn“ machen.

Ein Wahrheitsserum habe nicht zur Verfügung gestanden und es habe auch keinen mit einem Hubschrauber eingeflogenen Beamten gegeben.

Das beklagte Land bestreitet den Eintritt eines kausalen Schadens und behauptet, dass die psychologische Betreuung nicht aufgrund der Umstände der Vernehmung, sondern aufgrund des Mordes an dem Jungen erforderlich sei.

Im Übrigen ist es der Ansicht, es handele sich um eine schwierige Rechtslage und behauptet, E. habe nicht vorsätzlich gehandelt, da er nur „angekündigt“ und nicht „angedroht“ habe. Zudem sei er davon ausgegangen, dass sein Handeln nach §§ 32, 34 StGB gerechtfertigt sei. Das beklagte Land vertritt die Auffassung, dass E. davon auch habe ausgehen dürfen, weshalb keine Amtspflichtverletzung vorliege.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Unter dem 29.12.2005 hat der Kläger Prozesskostenhilfe für diese Klage beantragt. Nachdem das Landgericht Frankfurt am Main mit Beschluss vom 28.8.2006 und das Oberlandesgericht Frankfurt am Main (OLG) mit Beschluss vom 28.2.2007 (Az.: 1 W 47/06) diesen Antrag zurückgewiesen hatten, hat das Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 19.2.2008 (Az.: 1 BvR 1807/07, Bl. 477 ff. d.A.) entschieden, dass der Beschluss des OLG Frankfurt am Main den Kläger in seinem Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG verletze. Es hat den Beschluss des OLG aufgehoben und das Verfahren zurückverwiesen. Zur Begründung hat es maßgeblich ausgeführt, dass das OLG hinsichtlich zweier Behauptungen des Klägers eine verfassungsrechtlich nicht hinnehmbare Beweisantizipation vorgenommen habe. Weiterhin habe es den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht genügt, indem es die insbesondere aufgrund der Singularität des Vorgangs schwierige Rechtsfrage, ob der Kläger durch die strafrechtliche Verurteilung seiner Schädiger bereits hinreichende Genugtuung erhalten habe oder nicht, unter Vorwegnahme der Erkenntnisse in einem Zivilrechtsstreit im Prozesskostenhilfverfahren entschieden habe. Auch die Frage, ob bei einer Mehrzahl von behaupteten Verletzungshandlungen eine „Schwerpunktbildung“ angenommen werden könne, wovon das OLG ausgegangen war, habe nicht im Prozesskostenhilfverfahren geklärt werden dürfen. Nach Zurückverweisung durch das OLG hat die erkennende Kammer dem Kläger Prozesskos-

tenhilfe für den ersten Rechtszug gewährt (Beschl.v. 17.12.2008, Bl. 590 d.A.). Die Rechtshängigkeit ist am 20.1.2009 eingetreten (vgl. Bl. 600 d.A.).

Am 15.6.2005 hat der Kläger zudem Beschwerde bei dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) eingereicht. Nachdem zunächst die 5. Sektion des EGMR mit Urteil vom 30.6.2008, Az.: 22978/05 (EuGRZ 2008, 466 f.) die Klage abgewiesen hatte, hat nachfolgend die Große Kammer des EGMR mit Urteil vom 1.6.2010 festgestellt, dass die Bundesrepublik Deutschland Art. 3 EMRK (Verbot der Folter und unmenschlicher Behandlung) verletzt hat. Der EGMR hat befunden, dass die unmittelbaren Drohungen gegen den Kläger mit der Absicht, Informationen zu erpressen, schwerwiegend genug seien, um als unmenschliche Behandlung i.S.d. Art. 3 EMRK zu gelten. Die Verhörmethode habe aber nicht einen solchen Schweregrad erlangt, dass sie als Folter gelten könne. Angesichts der nur geringen Strafen für D. und E. und der Tatsache, dass immer noch nicht über den Entschädigungsanspruch entschieden sei, hätten die deutschen Behörden dem Kläger keine ausreichende Abhilfe für seine konventionswidrige Behandlung gewährt und er könne weiter beanspruchen, Opfer einer Verletzung von Art. 3 EMRK zu sein. Eine Verletzung von Art. 6 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren) hat der EGMR dagegen nicht festgestellt, da Grundlage der Verurteilung das neue Geständnis gewesen sei.

Das Gericht hat die Akten der Staatsanwaltschaft Frankfurt am Main aus dem Strafverfahren gegen D. und E. mit dem Az.: 7570 Js 203814/03 – Duplo C Bd. I – V, Ladungsheft und Protokollband – sowie ein Exemplar des Urteils des Landgerichts Frankfurt am Main vom 28.7.2003, Az.: 5/22 Ks 3490 Js 230118/02 (Bl. 330 ff. d.A.), mit welchem der Kläger verurteilt worden ist, beigezogen und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht.

Es hat Beweis erhoben gemäß Beweisbeschluss vom 10.7.2009 (Bl. 741 d.A.) durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens. Zum Sachverständigen ist Prof. Dr. N. bestellt worden (Beschluss vom 1.3.2010, Bl. 892 d.A.), der unter dem 5.8.2010 sein Gutachten (Bl. 1006 ff. d.A.) erstattet und es in der mündlichen Verhandlung erläutert hat. Insoweit wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 17.3.2011 (Bl. 1359 ff. d.A.) verwiesen. Weiterhin hat das Gericht gemäß Beschluss vom 15.12.2010 (Bl. 1106 d.A.) bzw. Verfügung vom 24.2.2011 (Bl. 1232

d.A.) vorbereitend die Zeugen E. und D. geladen und gemäß Beschluss vom 17.3.2011 (Bl. 1366 d.A.) vernommen. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 17.3.2011 (Bl. 1359 ff. d.A.) Bezug genommen.

Das Gericht hat mit Beschluss vom 17.3.2011 das schriftliche Verfahren angeordnet, nachdem beide Parteien in der mündlichen Verhandlung ihr Einverständnis damit erklärt hatten. Der Kläger hat mit Schriftsatz vom 2.5.2011, eingegangen am 4.5.2011 (Bl. 1416 d.A.), das beklagte Land hat mit Schriftsatz vom 16.5.2011, eingegangen am 17.5.2011 (Bl. 1420 d.A.), erneut die Zustimmung zu einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren erteilt.

Entscheidungsgründe

Das Gericht konnte eine Entscheidung im schriftlichen Verfahren gemäß § 128 Abs. 2 S. 1 ZPO treffen, nachdem beide Parteien ihre Zustimmung dazu erteilt haben. Die Frist des § 128 Abs. 2 S. 3 ZPO ist nicht überschritten worden, denn unter dem 4.5. bzw. 17.5.2011 haben beide Parteien erneut ihr Einverständnis erklärt. Es handelt sich entgegen der Ansicht des Klägersvertreters nicht um eine unzulässige Verlegung des Verkündungstermins mit Einverständnis der Parteien über die 3-Monats-Frist hinaus (vgl. Greger, in: Zöller, 28. Aufl. 2010, § 128 Rn. 16), sondern um eine erneute Erklärung der Zustimmung, zumal es vorliegend von Klägerseite weiteren Aufklärungsbedarf gab und damit anders als in dem der Entscheidung des BGH vom 28.4.1992, Az.: XI ZR 165/91, zugrundeliegenden Fall einen aner kennenswerten Anlass für die erneute Einholung der Zustimmung gab.

Die zulässige Klage hat in der Sache lediglich in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg.

Der Kläger hat gegen das beklagte Land einen Anspruch auf Zahlung einer Geldentschädigung in Höhe von 3.000 Euro gemäß § 839 Abs. 1 BGB, Art. 34 S. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG wegen einer schweren Verletzung seiner Menschenwürde.

Es ist anerkannt, dass ein Amtshaftungsanspruch wegen der Verletzung der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und des aus Art. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG hergeleiteten allgemeinen Persönlichkeitsrechts die Zahlung einer Geldentschädigung für immaterielle Schäden zum Gegenstand haben kann. Ohne einen solchen Anspruch blieben Verletzungen der Würde und Ehre des Menschen häufig ohne Sanktion, mit der Folge, dass der Rechtsschutz der Persönlichkeit verkümmern würde (vgl. BGH, NJW 2005, 58 (59)). Anders als beim Schmerzensgeldanspruch steht bei dem Anspruch auf eine Geldentschädigung der Gesichtspunkt der Genugtuung des Opfers im Vordergrund (BGHZ 128, 1 (15) m.w.N.; BVerfG, NJW 2000, 2187 (2187 f.)). Deshalb ist zwingende Voraussetzung eines Anspruchs auf Geldentschädigung auch nicht, dass

die streitgegenständliche Behandlung gesundheitliche Beeinträchtigungen des Klägers zur Folge hat oder aus Absicht erfolgte.

Dieser Anspruch ist anwendbar. Zwar macht der Kläger einen Anspruch auf Schmerzensgeld nach § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. § 253 Abs. 2 BGB geltend, der eine Verletzung des Körpers oder der Gesundheit voraussetzt. Aus seinen Schriftsätzen ergibt sich jedoch deutlich, dass dieser Anspruch auch im Hinblick auf die Verletzung der Menschenwürde und der Persönlichkeit des Klägers verfolgt wird. Damit kommt die Zuerkennung einer Geldentschädigung nach § 839 BGB, Art. 34 S. 1 GG i.V.m. Art. 1, Art. 2 Abs. 1 GG in Betracht, auch wenn der Kläger nicht ausdrücklich von Anfang an auf diese Normen Bezug genommen hat (vgl. OLG Frankfurt am Main, NJW-RR 2010, 403 (403)). Entgegen der Auffassung des beklagten Landes hat der Gesetzgeber mit der Neuregelung des § 253 Abs. 2 BGB, durch die der Anwendungsbereich des Schmerzensgelds einerseits erheblich ausgeweitet wurde, in der aber andererseits das allgemeine Persönlichkeitsrecht keinen Niederschlag gefunden hat, auch keine Absage an diese von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze verbunden. Seinen Grund hat die Auslassung des Persönlichkeitsrechts im Tatbestand des § 253 Abs. 2 BGB vielmehr darin, dass der Bundesgerichtshof nach anfänglicher Anlehnung des Anspruchs an § 847 BGB a.F. (vgl. BGHZ 26, 349 (356)) dazu übergegangen ist, ihn unmittelbar aus Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG zu gewinnen (vgl. BGH, NJW 1961, 2059; NJW 2000, 2195; OLG Frankfurt, NJW 2005, 3726; Heinrichs, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 253 Rn. 10 sowie BT-Drs. 14/7752, S. 25).

Voraussetzung für einen solchen Anspruch auf Geldentschädigung gemäß § 839 Abs. 1 BGB, Art. 34 S. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG ist, dass es sich um einen schwerwiegenden Eingriff (eine schwere Rechtsverletzung) handelt und dass diese massive Beeinträchtigung nicht auf andere Weise befriedigend ausgeglichen werden kann.

Ob eine schwerwiegende Verletzung in diesem Sinne vorliegt, bestimmt sich unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls nach Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, Anlass und Beweggrund der handelnden Person und Grad des Verschuldens (vgl. BVerfG, Beschl.v. 19.2.2008, Az.: 1 BvR 1807/07; BGH, NJW 1995, 861 (864); NJW 1996, 1131 (1134)). Dabei kann schon ein einziger jener Umstände zur hinreichenden Schwere des Eingriffs führen (vgl. KG, AfP 1974, 720).

Bei Anwendung dieser Grundsätze ist vorliegend die Zubilligung einer Geldentschädigung in Höhe von 3.000 Euro gerechtfertigt.

Beamte des beklagten Landes haben die Menschenwürde des Klägers in schwerwiegender Weise schuldhaft verletzt.

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht für die Kammer mit hinreichender Gewissheit fest, dass Kriminalhauptkommissar E. auf Anweisung des damaligen Polizeivizepräsidenten D. anlässlich der Vernehmung des Klägers am Morgen des 1.10.2002 intensiv auf diesen einwirkte, um ihn zur Angabe von Einzelheiten zum Verbleib des Jungen zu bewegen.

D. entschied am Abend des 30.9.2002, „unmittelbaren Zwang“ gegenüber dem Kläger freizugeben, um herauszufinden, wo sich der Junge befand, und ordnete entsprechende Vorbereitungen an. Seine Absicht schilderte er in einem Telefongespräch auch dem ihm vom Innenministerium als zuständiger Ansprechpartner benannten damaligen Präsidenten des Landeskriminalamts N.. Dieser sagte, er verstehe das, und forderte D. auf, Instrumente zu zeigen. Am frühen Morgen des 1.10.2002 monierte D., dass die vorgesehene Vorbereitung noch nicht umgesetzt war, da sich der vorgesehene Beamte, ein Übungsleiter des Sportbundes, noch im Urlaub befand und kein Polizeiarzt anwesend war. Er ordnete an, dass der Kläger „nach vorheriger Androhung unter ärztlicher Aufsicht durch Zufügung von Schmerzen (keine Verletzungen) erneut zu befragen“ und ein Wahrheitsserum herbeizuschaffen sei. Dann verlangte er nach einem erfahrenen Vernehmungsbeamten und trug E. auf, dem Kläger mitzuteilen, was angedacht war.

Dies steht fest aufgrund der glaubhaften Aussage des Zeugen D.. Dieser hat im Rahmen seiner Vernehmung ausgesagt, dass er angenommen habe, der Junge schwebe in Lebensgefahr, und deshalb alles habe unternehmen wollen, um den Jungen zu finden. In dieser Situation sei für ihn die Anwendung „unmittelbaren Zwangs“ in Betracht zu kommen. Diese Überlegungen und seine Beweggründe hat der Zeuge nachvollziehbar geschildert. Welche Form der „unmittelbare Zwang“ annehmen sollte, ergibt sich aus dem Vermerk D.s vom 1.10.2002 (Bl. 18 der Strafakte). Seine Absicht habe er dann seinem Gesprächspartner aus dem Innenministerium mitgeteilt. Dieser äußerte D. zufolge Zustimmung und verwendete wörtlich den

Begriff „Instrumente zeigen“ (Bl. 1380 d.A.). Auch dieser Teil der Aussage des Zeugen D. ist glaubhaft und überzeugend, denn er hat nachvollziehbar und detailreich den Ablauf in dieser Phase der Ermittlungen geschildert. D. hat erklärt, sein Informationsweg sei festgelegt und sein Ansprechpartner der damalige LKA-Präsident N. gewesen (Bl. 1379 d.A.). Es ist nicht ersichtlich, weshalb der Zeuge hier lügen und N. zu Unrecht belasten sollte, um dadurch möglicherweise andere Personen zu entlasten. D. wurde für sein Handeln bereits strafrechtlich verurteilt und hat nach dem Grundsatz „ne bis in idem“ nichts mehr zu befürchten. Vielmehr hat er weiter angegeben, nicht mit anderen Personen im Innenministerium außer N. gesprochen zu haben. Der damalige Innenminister Bouffier sei in Urlaub gewesen. Diese Aussagen sind ebenfalls glaubhaft.

Dem Antrag des Klägers auf Vereidigung des Zeugen D. (Bl. 1384 d.A.) oder auf dessen erneute Ladung zwecks weiterer Tatsachenaufklärung (so Bl. 1441 d.A.) war nicht nachzugehen. Die Beeidigung nach § 391 ZPO stellt die Ausnahme von der regelmäßigen uneidlichen Zeugenaussage dar und steht im pflichtgemäßen Ermessen des Prozessgerichts. Das Gericht sieht hierfür keinen Bedarf, denn auch nach Beeidigung wäre keine andere Aussage zu erwarten. Es handelt sich durchaus um eine entscheidungserhebliche Aussage, aber es bestehen keinerlei Anhaltspunkte für die Unglaubwürdigkeit des Zeugen. Allein der von Klägerseite behauptete „massive Widerspruch zur Aktenlage“ genügt dafür nicht. Vor dem erkennenden Gericht hat D. nicht widersprüchlich ausgesagt. Die Kammer schenkt seiner Aussage Glauben. Es sind keine Gründe dafür ersichtlich, weshalb der Zeuge D. gelogen haben sollte.

Letztlich kann die Identität der Kontaktperson im Innenministerium aus Sicht der Kammer auch offen bleiben, denn entscheidend und von Bedeutung für die Höhe der Geldentschädigung ist allein, dass ein Kontakt ins Innenministerium bestand und dass D. dorthin berichtet hat. Der Zeuge hat selbst angegeben, dass er davon ausgegangen sei, dass N. die erlangten Informationen weitergebe. Wer genau ihm die Worte „Instrumente zeigen“ sagte, ist in der Sache unerheblich, wichtig ist allein, dass eine entsprechende Billigung aus dem Innenministerium kam – und das steht für die Kammer fest. Ebenso unerheblich ist damit, ob und ggf. wer möglicherweise noch in die Gespräche eingebunden war.

Den Anträgen des Klägers, weitere Zeugen zur Sachverhaltsaufklärung zu laden, und seinem Antrag auf Vorlage des Buches von E. über die Vernehmungssituation war danach nicht mehr nachzugehen.

Zur Überzeugung der Kammer trug sich der weitere Verlauf wie folgt zu: E. führte dem Kläger zunächst den Stand der Ermittlungen vor Augen. Dann drohte er ihm an, dass die Zufügung erheblicher Schmerzen, jedoch ohne sichtbare Verletzungen, im Beisein eines Arztes angedacht sei und dass zur Durchführung einer solchen Maßnahme ein besonderer Beamter mit dem Hubschrauber herbeigeholt werden würde. Auch die Besorgung eines Wahrheitsserums sei veranlasst. Er sprach sehr intensiv und eindringlich auf den Kläger ein und sagte, dem Kläger sollten durch einen Spezialisten solche Schmerzen zugefügt werden, wie dieser sie noch nie erlebt habe und die man später nicht nachweisen könne. Der Folterspezialist sei bereits mit einem Hubschrauber zu ihm unterwegs. Um der Drohung Nachdruck zu verleihen, machte E. kreisende Handbewegungen. Er fragte immer wieder nachdrücklich, wo der Junge sei, und ob der Kläger, da dieser nicht reagierte, Angst vor dem Gefängnis habe. Er versuchte, den Kläger durch Beschreiben verschiedener Situationen, in denen sich der Junge befinden könnte, zu einer Antwort zu bewegen. Er drohte dem Kläger, dass er immer an den Jungen denken und von ihm träumen werde. Schließlich sagte der Kläger aufgrund der Androhung, wo sich der Junge befand, und äußerte sich ungenau, es könne sein, dass er tot sei. Er sagte auch, er sei als erster weggegangen, er wisse nicht, ob die anderen noch da seien. Die Vernehmung durch E. dauerte etwa 10 Minuten lang.

Dies ergibt sich – soweit nicht schon unstreitig – aus der informatorischen Anhörung des Klägers und den Angaben des Zeugen E. im Rahmen seiner Vernehmung. Der Kläger hat glaubhaft und über mehrere Vernehmungen im Rahmen des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens gegen die Polizeibeamten konstant angegeben, dass E. von Schmerzen, „wie er sie noch nie erlebt habe“ und „die man später nicht mehr feststellen könne“ gesprochen habe. Der Zeuge E. hat ausgesagt, dass er dem Kläger bei der Vernehmung erst seine Situation vor Augen geführt habe, dann habe er ihm die Absicht mit dem einzufliegenden Kollegen mitgeteilt. Anschließend habe er den Kläger gefragt, ob er Angst vor der Untersuchungshaft habe und ihn eindringlich befragt, wo der Junge sei. Er habe verschiedene Möglichkeiten beschrieben und gesagt, er werde ein Leben lang nachts an den Jungen denken müssen. Diese Aussage ist glaubhaft und insbesondere in der konkreten Situation plausibel. E. hatte Angst

um das Leben des Jungen und versuchte auf verschiedenen Wegen, den Kläger zum Reden zu bringen.

Die Kammer ist aber über die Angaben von E. hinaus davon überzeugt, dass er die Absichten nicht nur „ankündigte“, sondern androhte und dabei mit sehr drastischen Worten beschrieb, dass der Spezialist dem Kläger Schmerzen zufügen würde, wie er sie noch nie erlebt habe. E. stand, ebenso wie alle Beamten im Polizeipräsidium, unter enormem Druck und wollte den Jungen unter allen Umständen so schnell wie möglich finden. In diese Situation fügt sich die Schilderung des Klägers zwanglos ein. Es ist glaubhaft und ohne Weiteres nachvollziehbar, dass E. die von D. aufgegebene Ankündigung in sehr deutlichen Worten, wie der Kläger sie wiedergegeben hat, umsetzte und den Kläger verbal hart attackierte. Zu diesem Ergebnis ist auch die Strafkammer in dem Urteil gegen D. und E. gekommen (s. S. 24 des Strafurteils). E. machte dem Kläger auch deutlich, dass der Spezialist schon unterwegs zu ihm sei. Diesen Beamten, einen Beamten mit Übungsleiterlizenz vom Sportbund, gab es tatsächlich, wie der Zeuge D. bestätigt hat: Er habe ihn in Erwägung gezogen, da dieser mit körperlichen Dingen genauer Bescheid wisse, als er (D.) dies tue (vgl. Bl. 1384 d.A.). Ob dieser Beamte schon auf dem Weg war und ob E. noch ein Rotorengeräusch des Hubschraubers nachmachte, kann dabei dahinstehen. Es genügt, dass E. seine Androhung dem Kläger als real übermittelt hat.

Die Ankündigung, ein Wahrheitsserum einzusetzen, ergibt sich ebenfalls aus der entsprechenden Aussage des Zeugen E., der angegeben hat, dass D. ihm mitgeteilt habe, er habe das Besorgen eines Wahrheitsserums veranlasst (Bl. 1367 d.A.). Die Anordnung, ein entsprechendes Mittel herbeizuschaffen, hat auch der Zeuge D. bestätigt (Bl. 1383 d.A.).

Dadurch hat E. den Straftatbestand der Nötigung gemäß § 240 Abs. 1 StGB verwirklicht. Er hat den Kläger durch das Inaussichtstellen eines empfindlichen Übels – Zufügung von Schmerzen, wie der Kläger sie noch nie erlebt habe – dazu bewegt, den Fundort des Jungen zu nennen.

Die Kammer ist davon überzeugt, dass es gerade diese Drohung war, die den Kläger veranlasst hat, den Fundort zu verraten. Auch wenn E. insistiert und Bilder eines Jungen in Todesangst beschrieben haben mag, so wusste der Kläger doch zu diesem Zeitpunkt, dass der Junge längst tot war. Damit konnten ihn die Appelle an sein Gewissen, den Jungen doch aus seiner verzweifelten Lage zu befreien, nicht errei-

chen und erweichen. Es steht zur Überzeugung der Kammer fest, dass sich die „Ankündigung“ (so ausdrücklich der Zeuge E., Bl. 1371 d.A.) dem Kläger gegenüber als Drohung darstellte und dass E. dies auch bewusst war. Wenn ein Polizist einem zu Vernehmenden in einer derartigen Situation eine Maßnahme, die ersichtlich unrechtmäßig ist, ankündigt, dann stellt sich das bei dem Adressaten als Drohung dar, insbesondere dann, wenn diese mit derart deutlichen Worten beschrieben wird.

Weiter steht fest, dass der Zeuge D. durch seine Anordnung vom 1.10.2002 den Straftatbestand des § 357 Abs. 1 StGB verwirklicht hat, denn er hat E., seinen Untergebenen, zur Nötigung im Amt verleitet.

Beide Beamten handelten zur Überzeugung der Kammer vorsätzlich. Beide wussten, was sie taten, und beiden war bewusst, dass Bedenken gegen die rechtliche Zulässigkeit des gewählten Mittels bestanden und dass es noch andere Möglichkeiten zur Erreichung des Ziels, den Kläger zum Reden zu bringen, gab, die nicht von vornherein ohne Aussicht auf Erfolg erschienen, beispielsweise die Gegenüberstellung des Klägers mit Familienmitgliedern des Jungen. Dies nahmen sie aber billigend in Kauf, um das Leben des Jungen zu retten. Ihr Verhalten war auch rechtswidrig und verwerflich. Es war weder durch eine polizeiliche Ermächtigungsklausel noch durch allgemeine strafrechtliche Rechtfertigungsgründe gerechtfertigt, noch durch Entschuldigungsgründe entschuldigt. Insoweit schließt sich die Kammer vollumfänglich der überzeugenden und detaillierten rechtlichen Würdigung der Strafkammer im Urteil gegen D. und E. (LG Frankfurt am Main, Urt.v. 20.12.2004, Az.: 5/27 Kls – 7570 Js 203814/03, S. 30 ff.) an. Dies gilt auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Gewaltandrohung das menschlich nachvollziehbare Ziel hatte, Einzelheiten über den Aufenthaltsort des Jungen in Erfahrung zu bringen, um ihn möglicherweise retten zu können. Ausnahmen von dem verfassungsrechtlich garantierten Schutz der Menschenwürde in seiner Absolutheit können nicht zugelassen werden (vgl. nur BVerfGE 75, 369 (380); 93, 266 (293)).

Die Nötigung durch E. und dessen Verleitung zu einer Nötigung im Amt durch D. stellen sich als schuldhaftes Amtspflichtverletzung gegenüber dem Kläger dar. Beide Beamten hätten bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt erkennen können, dass die gewählte Vernehmungsmethode unerlaubt ist und sie insoweit gegen ihre Amtspflichten verstoßen (§ 276 BGB).

Zur Überzeugung der Kammer steht aber nicht fest, dass der Kläger in dieser Situation gefesselt war. Für diese Behauptung ist der Kläger beweisfällig geblieben. Der Kläger selbst hat dazu im Rahmen seiner informatorischen Anhörung erklärt, dass er dies bei früheren Vernehmungen mehrmals angegeben habe, hat aber hinzugefügt, dass er bezüglich der streitgegenständlichen Vernehmung kein Bild in Erinnerung habe und sich nicht sicher sei (Bl. 1362 d.A.). An die Situation bei der Vernehmung durch Herrn Mo. am Vortag, bei der er gefesselt war, habe er dagegen wegen der Schwierigkeiten, eine Flasche zu öffnen, noch konkrete Erinnerungen. Der Zeuge E. hat darüber hinaus ausgesagt, er habe in Erinnerung, dass der Kläger nicht gefesselt gewesen sei (Bl. 1370 d.A.). Zwar war er sich auch nicht sicher, wusste aber noch genau, dass er selbst ihn nicht gefesselt hatte und dass der Kollege P. einmal gesagt hatte, der Kläger sei nicht gefesselt gewesen. Danach ist die Kammer von der Fesselung nicht überzeugt.

Nicht überzeugt ist die Kammer ferner von der Behauptung, dass E. seiner Drohung mit den weiteren behaupteten Formulierungen und Verhaltensweisen besonderen Nachdruck verliehen hat.

Die Behauptung des Klägers, E. habe ihm mit schwerem sexuellem Missbrauch gedroht, indem der Kläger „mit zwei großen Negern in eine Zelle“ gesperrt werden würde, die sich sexuell an ihm vergehen würden, hat der Kläger nicht zur Überzeugung der Kammer nachgewiesen. Zwar hat er in seiner informatorischen Anhörung angegeben, dass E. sich entsprechend geäußert habe. Der Zeuge E. hat aber verneint, eine solche Drohung ausgesprochen zu haben. Er erinnere sich, dass er zum Kläger etwas in der Richtung gesagt habe wie: „Hast du Angst vorm Knast? Du weißt ja, wie es dort Tätern gehen kann, die Kindern etwas angetan haben.“ (Bl. 1370 d.A.).

Diese Aussage ist glaubhaft, denn sie ist eine in dieser Situation verständliche Frage an den Kläger, der sich weigerte, etwas zu sagen. Es ist auch nicht ersichtlich, wie E. die behauptete Drohung, andere Strafgefangene dazu zu bewegen, den Kläger sexuell zu missbrauchen, hätte umsetzen sollen. Die Kammer glaubt vielmehr der plausiblen Aussage des Zeugen E., derzufolge er den Kläger gefragt habe, ob dieser Angst vor dem Gefängnis habe, und er dann versucht habe, ihm diese Angst zu nehmen, indem er sagte, man könne in der Anstalt Vorsorge treffen, dass ihm nichts passiert (Bl. 1368 d.A.). Möglicherweise hat der Kläger E. auch einfach falsch verstanden.

Es ist entgegen der Auffassung des Klägers nicht widersprüchlich, dass E. einerseits versuchte, den Kläger in Bezug auf die Haft zu beruhigen, aber andererseits durch Ankündigung des Spezialisten unter Druck setzte. Mögliche Bedrohungen in der Haft konnten den Kläger möglicherweise eher hindern, eine Aussage zu machen, in der Hoffnung, ohne Aussage nicht in Untersuchungshaft zu kommen bzw. diese hinauszuzögern. Auch wären solche Bedrohungen zeitlich noch so weit entfernt, dass sie den Kläger gegenwärtig nicht tangierten, während der angekündigte Spezialist – dessen Einsatz die Beamten anders als eine gezielte Behandlung durch andere Strafgefangene auch durchaus steuern konnten – zeitnah auf eine Aussage hinwirken sollte.

Ferner ist die Kammer nicht davon überzeugt, dass E. gedroht haben soll, den Kläger aus dem Hubschrauber zu werfen. Einen Grund dafür, dass der Kläger mitfliegen sollte, gibt es nicht. Zu diesem Zeitpunkt war auch noch völlig unsicher, wo sich der Junge befinden könnte; ein Flug zum Fundort mit dem Kläger stand überhaupt nicht zur Debatte. Dem Kläger wurde nur mitgeteilt, dass der Spezialist mit einem Hubschrauber kommen und bereits unterwegs sein sollte.

Auch das behauptete Schütteln, das Stoßen gegen die Wand mit dem Hinterkopf und den Schlag gegen die Brust hat der Kläger nicht nachgewiesen. Den Stoß mit dem Hinterkopf gegen die Wand hat der Kläger schon in der informatorischen Anhörung erst am Ende seines Berichts und nur auf Nachfrage des Gerichts erwähnt (vgl. Bl. 1363 d.A.), weshalb die Kammer ihm diesen Punkt nicht glaubt. Über Beweismittel hierfür oder für das Schütteln verfügt er nicht. Der Zeuge E. hat vielmehr ausgesagt, dass er eine Nähe zu dem Kläger vermieden habe, weil dieser für ihn eine unangenehme Kälte ausgestrahlt habe. Er habe den Kläger zu keinem Zeitpunkt angefasst und ihm auch keinen Schlag versetzt. Diese Aussage ist glaubhaft. Der Zeuge erinnert sich noch daran, dass er das Gefühl hatte, vom Kläger ginge eine Art Kälte aus, weshalb er ihn nicht anfassen wollte. Auch würde ein solches Verhalten nicht dem von D. angeordneten Vorgehen entsprechen. E. sollte nur ankündigen bzw. androhen, wie das weitere Vorgehen aussehen sollte, und noch nicht selbst „unmittelbaren Zwang“ anwenden, was der Zeuge D. in seiner Vernehmung auch ausdrücklich klar gestellt hat (Bl. 1411 d.A.). Die konkrete Entscheidung über die Art und Weise der Zwanganwendung sollte zudem dem einzufliegenden Beamten überlassen bleiben, weil dieser „mit körperlichen Dingen“ genauer Bescheid wusste (vgl. Bl. 1384 d.A.).

Mit dieser Aussage ist E. genau bei der Aussage geblieben, die er zuvor bereits in dem gegen ihn gerichteten Ermittlungsverfahren (vgl. Bl. 225 ff. der Strafakte, insb. Bl. 229 f.) und auch in der Hauptverhandlung vor der 27. Strafkammer des Landgerichts Frankfurt (vgl. Bl. 17 ff. des Protokollbands, insb. Bl. 23) gemacht hat. Auch die Strafkammer hat insoweit keinen körperlichen Einsatz E.s festgestellt und ist damit nicht der Aussage des Klägers gefolgt (s. S. 24 des Strafurteils).

Auch davon, dass E. den Kläger geschlagen haben soll, ist die Kammer nicht überzeugt. Es mag zwar sein, dass der Kläger vor seiner Festnahme ein entsprechendes Hämatom nicht aufwies. Der Kläger kann aber nicht nachweisen, wie und wann nach diesem Zeitpunkt bis zur ersten Untersuchung am 4.10.2002 er sich das Hämatom zugezogen hat. Dass der Gutachter Dr. L. ausführt, dass aufgrund der Form des Hämatoms am Schlüsselbein und einer weiteren gelb-grünlichen Verfärbung auch an „eine bandförmige Struktur mit Unterbrechung“ gedacht werden könne (S. 3 des Gutachtens), lässt einen zwingenden Rückschluss auf eine Verursachung durch E. nicht zu. Dieser soll nämlich nach der Behauptung nur mit dem Handballen geschlagen haben. Bandförmige Strukturen sind dagegen bei Kontakt mit schmalen Gegenständen typisch. Es ist durchaus denkbar, dass der Kläger das von ihm der Vernehmungssituation zugeordnete Hämatom bei anderer Gelegenheit erlitten hat.

In Betracht kommt dabei insbesondere die Festnahmesituation. Hier hat der Kläger selbst angegeben, dass „massive Gewalt“ gegen ihn eingesetzt worden sei. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass es dabei auch zu einem Stoß oder einem Schlag kam, der sodann zur Bildung des Hämatoms führte. Hierauf hat das beklagte Land bereits in der Klageerwidern hingewiesen (Bl. 642 f. d.A.). Selbst der Kläger hat in seinem Schriftsatz vom 28.12.2005 ausgeführt, dass es sich „um eine von KHK E. beigebrachte Schlagverletzung [handelt], soweit es sich nicht um Verletzungen handelt, die dem Kläger (ebenfalls dem Beklagten zurechenbar) bei der Festnahme beigebracht wurden“ (Bl. 17 d.A.). Dabei waren Körperverletzungen leichter Art aber gem. § 127 Abs. 2 StPO gerechtfertigt (vgl. dazu noch unten). Zudem vergingen bis zur Untersuchung nach der Vernehmung durch E. noch drei Tage.

Deshalb ist dem Kläger auch keine Beweiserleichterung im Sinne eines Beweises des ersten Anscheins zuzubilligen. Dies käme nur in Betracht, wenn aus der Verletzung mittels eines typischen, feststehenden Geschehensablaufs auf deren Verursachung geschlossen werden könnte (vgl. Greger, in: Zöller, ZPO, 28. Aufl. 2010, Vor

§ 284 Rn. 29, 30 a). Diese Voraussetzungen sind hier nicht gegeben, weil angesichts der Umstände und Zeitdauer nicht typischerweise auf eine Verursachung durch E. geschlossen werden kann. Auch obliegt dem beklagten Land keine sekundäre Darlegungslast dahingehend vorzutragen, wodurch innerhalb des gesamten Zeitraums seit vor dem Zugriff bis zum 4.10.2002 das Hämatom entstanden sein könnte.

Dem Beweisangebot des Klägers auf Einholung eines Sachverständigengutachtens (vgl. Bl. 1450/1451 f. d.A.) war nicht nachzugehen. Aus einem Sachverständigengutachten ergibt sich nicht, wann, durch wen und durch welche Handlung das Hämatom entstand; dazu können nur Vermutungen angestellt werden. Auch Dr. C. und Dr. L. könnten dazu keine Auskunft geben und nicht ausschließen, dass das Hämatom anderer Herkunft sein kann. KOR L. war entgegen dem Antrag des Klägers (Bl. 1452 f. d.A.) ebenfalls nicht mehr als Zeuge zu hören, denn zum einen ist unklar, was genau E. ihm gesagt haben soll, zum anderen ergibt sich daraus nicht, dass das, was er gesagt haben soll, den Tatsachen entspricht, insbesondere was den Handballenschlag betrifft.

Letztlich glaubt das Gericht dem Kläger auch nicht, dass E. ihm nach Abschluss der Vernehmung noch einmal gedroht haben soll. Erstens hat der Kläger auch hierfür keine Zeugen und E. hat ausgesagt, er habe nur gesagt, der Kläger solle keinen Unsin, d.h. keinen Fluchtversuch machen, wenn er zum Fundort gebracht würde. Zweitens würde eine Drohung zu diesem Zeitpunkt gar keinen Sinn mehr machen: Nachdem der Kläger den Fundort des Jungen verraten hatte, war der angedachte Einsatz des Spezialisten hinfällig geworden. Dieser musste den Kläger daher auch gar nicht mehr „finden“.

Der Zeuge E. war entgegen dem Antrag des Klägers (Bl. 1373 d.A.) nicht zu vereidigen, da auch bei einer Vereidigung keine andere Aussage zu erwarten gewesen wäre. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Konstanz der Aussagen des Zeugen im Strafverfahren und in diesem Verfahren. Auch ist er für sein Handeln bereits strafrechtlich verurteilt worden und hat kein weiteres Strafverfahren zu befürchten. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb E. gelogen haben sollte. Seine Aussage war – auch bei kritischer Würdigung durch das Gericht – glaubhaft. Für die Glaubhaftigkeit seiner Aussage spricht zudem, dass der Zeuge auch offen Wissenslücken eingeräumt hat,

beispielsweise indem er ausgesagt hat, er erinnere sich nicht, ob der Kläger gefesselt gewesen sei.

Die Kammer schließt sich aufgrund eigener Überzeugungsbildung der rechtlichen Bewertung der Strafkammer an, dass das Verhalten der beiden Polizisten als ein Verstoß gegen die grundrechtlich garantierte, unantastbare Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG) und gegen das Verbot des Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG, festgehaltene Personen weder körperlich noch seelisch zu misshandeln, anzusehen ist. Weiterhin ist es als Verstoß gegen Art. 3 EMRK zu qualifizieren. Unter Berücksichtigung der bereits erörterten maßgeblichen Kriterien, die eine Menschenwürde- oder Persönlichkeitsverletzung als schwerwiegend qualifizieren (Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, Nachhaltigkeit und Fortdauer der Interessen- oder Rufschädigung, Anlass und Beweggrund des Handelnden sowie Grad des Verschuldens) ist vorliegend von einer schweren Verletzung der Menschenwürde des Klägers auszugehen.

In der Rechtsprechung sind schwere Verletzungen, die grundsätzlich das Zusprechen einer Entschädigung erfordern, bislang u.a. dann angenommen worden, wenn durch Veröffentlichung in der Presse die Allgemeinheit oder wenigstens ein weiterer, nicht abgegrenzter Personenkreis von dem verletzenden Tatbestand Kenntnis erhalten hat (z.B. Caroline-Urteile, u.a. BGH, NJW 1996, 985 f., weiter BGH, Urt.v. 10.1.1972, Az.: III ZR 202/66; Urt.v. 25.9.1980, Az.: III ZR 74/78), wenn Häftlinge in menschenunwürdiger Art und Weise untergebracht waren (z.B. BGH, NJW 2005, 58 ff.), aber auch bei Eingriff in das Persönlichkeitsrecht durch Einsatz technischer Mittel zur Datenerhebung in oder aus Wohnungen über einen langen Zeitraum und in das Grundrecht der persönlichen Freiheit durch Untersuchungshaft (BGH, Urt.v. 23.10.2003, Az.: III ZR 9/03). Ein Fall wie der vorliegende war noch nicht Gegenstand der Rechtsprechung, weshalb es für diese Fallkonstellation an einer auch nur annähernd einschlägigen höchstrichterlichen Entscheidung fehlt (so auch BVerfG, Beschl.v. 19.2.2008, Az.: 1 BvR 1807/07) und allein auf die Umstände in diesem konkreten Fall abzustellen ist.

Durch die Androhung der Schmerzzufügung durch E., angeordnet von D. und gebilligt vom Innenministerium, wurde planvoll, vorsätzlich und in Kenntnis der Rechtswidrigkeit dieses Tuns und der Gefahr der Unverwertbarkeit der Aussage in die Menschenwürde, die das höchste Verfassungsgut darstellt und die nicht unter einem Ge-

setzesvorbehalt steht und die keiner Abwägung zugänglich ist, eingegriffen. Die Zufügung von Schmerzen durch einen Beamten, der sich mit körperlichen Dingen auskennt, ist in hohem Maße Angst einflößend. Es handelte sich auch nicht um eine Drohung, die nie umgesetzt werden sollte, sondern ihre Umsetzung war bereits in die Wege geleitet worden, indem D. die Herbeiholung eines Polizeiarztes und des Beamten mit Übungsleiterlizenz anordnete.

Dies bedeutet die Verletzung der Menschenwürde in erheblichem Ausmaß. Die Schwere ergibt sich auch daraus, dass zugleich Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 3 EMRK, die ebenfalls Ausprägung der Garantie der Menschenwürde sind (vgl. zu Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG Radtke, in: BeckOK GG, Stand: 1.7.2011, Art. 104 Rn. 28; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 104 Rn. 7), verletzt wurden. Dementsprechend hat auch der EGMR ausdrücklich festgestellt (EGMR, Ur.t.v. 1.6.2010, Az.: 22978/05), dass die beim Kläger angewandte Vernehmungsmethode unter den Umständen seines Falls schwerwiegend genug gewesen sei, um eine nach Art. 3 EMRK verbotene unmenschliche Behandlung darzustellen, auch wenn sie nicht das Maß an Grausamkeit erreicht, um als Folter zu gelten.

Bei dieser Beurteilung ist es gänzlich unerheblich und darf schlechthin nicht berücksichtigt werden, dass der Kläger zuvor eine Straftat begangen hat. Das Recht auf Achtung seiner Würde kann auch einem Straftäter nicht abgesprochen werden, mag er sich auch in noch so schwerer und unerträglicher Weise gegen die Werteordnung der Verfassung vergangen haben (siehe nur BVerfG, NJW 2002, 2700 (2701) m.w.N.; Hillgruber, in: BeckOK GG, Stand: 1.4.2011, Art. 1 Rn. 3). Menschenwürde kommt jedem Wesen der Gattung „Mensch“ zu und kann keinem Menschen aberkannt werden. Das ist ein wesentliches Element des Rechtsstaats, das es zu beachten gilt, mag es angesichts des von dem Kläger begangenen Verbrechens auch schwer fallen.

Allerdings kann sich der Kläger nicht mit Erfolg darauf berufen, dass weitere (schwerwiegende) Menschenwürde- oder Persönlichkeitsrechtsverletzungen vorliegen, die sich auf die Höhe der Geldentschädigung auswirken könnten.

So ist aus den Umständen der Festnahme eine Amtspflichtverletzung schon nach dem eigenen Vortrag des Klägers nicht ersichtlich.

Der Kläger hat in seiner informatorischen Anhörung nur angegeben, dass er aus dem Fahrzeug gerissen und zu Boden gebracht worden sei. Jemand habe auf seinem Oberkörper gesessen, jemand habe an seinem Kopf und jemand an seinen Füßen gestanden (Bl. 1360 d.A.). Daraus und auch aus seinen Schriftsätzen ergibt sich aber nicht, worin die schriftsätzlich behauptete massive Gewalt gegen ihn gelegen haben soll.

Im Übrigen lagen in dieser Situation auch die Voraussetzungen einer Festnahme nach § 127 Abs. 2 StPO vor. Danach ist der Festnehmende berechtigt, bei der Festnahme im Rahmen des Erforderlichen und unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes physische Gewalt anzuwenden (OLG Karlsruhe, NJW 1974, 806 (807); BayObLGSt 1959, 38 (41); OLG Stuttgart NJW 1984, 1694 f.). Das Festnahmerecht umfasst die Befugnis zu Handlungen, die als Körperverletzung leichter Art strafbar wären, wenn dem Festnehmenden nicht der Rechtfertigungsgrund des § 127 zur Seite stünde (vgl. nur Schultheis, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 6. Aufl. 2008, § 127 Rn. 28 m.w.N.). Vorliegend ist nicht ersichtlich, dass die Handlungen der festnehmenden Beamten über Körperverletzungen leichter Art hinausgingen. Dass es sich bei den vom Kläger beschriebenen Verletzungen um solche schwererer Art gehandelt habe, hat der Kläger selbst nicht behauptet. Die aus den ärztlichen Attesten ersichtlichen Hämatome und Schürfwunden sind vielmehr als noch von der Festnahme gedeckte leichtere Verletzungen anzusehen. Auch haben die festnehmenden Polizeibeamten nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen. Sie konnten nicht wissen, ob der Kläger bewaffnet war oder nicht. Im Hinblick auf die Schwere des Tatvorwurfs konnten Bewaffnung und Gegenwehr keinesfalls ausgeschlossen werden. Es stand immerhin der schwerwiegende Vorwurf der Beteiligung an einem erpresserischen Menschenraub im Raum.

Dem Antrag des Klägers, zu dieser Situation seine frühere Freundin sowie die festnehmenden Beamten als Zeugen zu hören (vgl. u.a. Bl. 1131 d.A.), brauchte danach nicht mehr nachgegangen werden.

Nichts anderes gilt für den Vorwurf des behaupteten Vorenthaltes eines Verteidigers. Dabei kann dahinstehen, ob dem Kläger die Konsultation des von ihm gewünschten Anwalts vorenthalten wurde und ob er entgegen seiner Äußerung, ohne Anwalt keine weiteren Aussagen zu machen, weiter vernommen wurde, da hieraus jedenfalls kein Schadensersatzanspruch folgt.

Es fehlt an einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Menschenwürde oder des allgemeinen Persönlichkeitsrechts oder an einem Eingriff in die sonstigen durch § 253 Abs. 2 BGB geschützten Rechtsgüter. Allein darin, dass der Kläger möglicherweise über eine bestimmte Zeit in der Anfangsphase hektischer polizeilicher Ermittlungen seinen Verteidiger nicht konsultieren konnte, sieht die Kammer keinen solch schwerwiegenden Eingriff im Sinne einer menschenunwürdigen Erniedrigung seiner Person.

Im Übrigen sieht die Kammer keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass der Wunschverteidiger des Klägers Dr. E. tatsächlich bewusst und gezielt von der Fahrt nach Birstein abgehalten worden sein soll. Nach den von dem Kläger gelegten falschen Fährten wollten die Beamten verständlicherweise möglichst bald unter Mithilfe des Klägers vor Ort klären, wo sich der Junge befindet. Dies gilt umso mehr, als der Kläger nach Aussage von E. gerade keine klare Angabe dazu machte, ob der Junge tot sei, sondern nur angab, er wisse nicht, ob der Junge noch lebe, „die“ seien vorher weg (vgl. Bl. 1396 d.A.). Zwar mag es wahrscheinlicher gewesen sein, dass der Junge schon tot war, und auch wenn schon einige Beamten davon ausgegangen sein mögen, so ist es nur absolut nachvollziehbar, wenn die letzte Hoffnung noch nicht aufgegeben wurde und höchste Eile zum Aufbruch herrschte. Es mag sein, dass sich die Ankunft des Verteidigers im Polizeipräsidium und die Abfahrt des Klägers von dort nach Birstein zeitlich annäherten. Das reicht aber nicht aus für die Annahme des Klägers, sein Verteidiger sei bewusst über die Abwesenheit des Klägers getäuscht worden. Nach alledem war dem Antrag, Dr. E. als Zeugen zu hören (so u.a. Bl. 1131 ff. d.A.), nicht zu entsprechen.

Ein kausaler materieller Schaden ist ebenfalls weder vorgetragen noch denkbar. Das Landgericht hat in der Verurteilung des Klägers gerade nicht auf die durch Vernehmung durch die Polizei zustande gekommenen Erkenntnisse abgestellt, sondern entscheidend auf das Geständnis, das der Kläger in der Hauptverhandlung abgelegt hat. Die übrigen Beweismittel durften verwertet werden, weil das deutsche Recht eine Fernwirkung i.S.d. im anglo-amerikanischen Recht bekannten „Fruit of the poisonous tree“-Doktrin gerade nicht kennt. Beweisverwertungsverbote kommt nach Ansicht des Bundesgerichtshofes grundsätzlich keine Fernwirkung zu (vgl. nur BGH, NJW 2006, 1361 (1363)). Auch der EGMR ist in seinem Urteil vom 1.6.2010 zu dem Ergebnis gekommen, dass ein Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens

aus Art. 6 EMRK gerade nicht gegeben ist (EGMR, Urt.v. 1.6.2010, Az.: 22978/05, Rn. 188).

Soweit der Kläger behauptet, die im ärztlichen Attest der Frau Dr. C. sowie im Gutachten des Herrn Dr. L. beschriebenen Verfärbungen an den Fersen beruhten darauf, dass er gezwungen worden sei, eineinhalb Tage ohne Schuhe zu laufen, insbesondere auch den Feldweg in Birstein, ergibt sich auch daraus kein Eingriff in die Menschenwürde oder das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Klägers.

Eine erniedrigende oder demütigende Behandlung ergibt sich schon aus dem eigenen Vortrag des Klägers nicht. So hat der Kläger in seiner informatorischen Anhörung eingeräumt, gar nicht erst nach Schuhen gefragt zu haben (Bl. 1366 d.A.). Es ist aus Sicht der Kammer sehr wahrscheinlich und verständlich, dass die anwesenden Polizeibeamten in der Hoffnung, den entführten Jungen vor dem Tod retten zu können, schlicht nicht darüber nachdachten, ob der Kläger unter seinen Fußüberziehern Schuhe trägt oder nicht und sich möglicherweise weh tun könnte. Auch hat er ihnen gar nicht erst gesagt, dass er Schuhe haben wollte: „Ich habe davon [von den behaupteten Schmerzen] nicht zu den Beamten gesprochen“ (Bl. 1366 d.A.).

Eine Erniedrigung oder Demütigung ergibt sich auch nicht, wenn man berücksichtigt, dass das Laufen ohne Schuhe in gewissem zeitlichen Zusammenhang zu der Vernehmung durch den Zeugen E. steht. Es fehlt jeder sachliche Zusammenhang zu den Geschehnissen anlässlich der Vernehmung zuvor. Diese hatte der Zeuge E. allein vorgenommen. Nach Birstein fuhr der Kläger aber gemeinsam mit KHK Mo., der gar keine Kenntnis von den Geschehnissen während der Vernehmung am Morgen hatte, weil er zu diesem Zeitpunkt noch nicht anwesend war. Es bestehen keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass er den Kläger, zu dem er während der Vernehmungen eine Vertrauensbasis aufbauen wollte (in diesem Zusammenhang hat der Zeuge D. einen „väterlichen Vernehmungsstil“ erwähnt, s. Bl. 1381 d.A.), in irgendeiner Art und Weise erniedrigend behandeln wollte.

Im Übrigen ist auch nicht ersichtlich, dass die genannten Verletzungen beim Kläger zu einer Rechtsgutverletzung führten, die die Zahlung eines Schmerzensgelds gemäß § 253 Abs. 2 BGB wegen einer Gesundheitsbeeinträchtigung rechtfertigen würde. Aus den Attesten ist lediglich zu entnehmen, dass sich Verfärbungen sowie „blasenartige Abhebungen“ bzw. Schwellungen an den Fersen fanden. Zur Begründung eines Schmerzensgeldanspruchs genügen so geringfügige Verletzungen der Ge-

sundheit aber nicht (vgl. zu Bagatellfällen Spindler, in: BeckOK BGB, Stand: 1.3.2011, § 253 Rn. 48 f.).

Auch die vom Kläger behaupteten psychischen Beeinträchtigungen führen nicht zu einer höheren Geldentschädigung.

Insoweit hat der Kläger nicht zur Überzeugung des Gerichts i.S.d. § 286 ZPO nachweisen können, dass die von ihm behaupteten psychischen Folgen auf den Umständen der Vernehmung durch den Zeugen E. beruhen. Hierzu hat der Sachverständige Prof. Dr. N., der als forensisch erfahrener Facharzt für Psychiatrie und Leiter der Abteilung für Forensische Psychiatrie der Universitätsklinik München den Kläger ausführlich exploriert und auch an dessen informatorischer Anhörung sowie der Vernehmung des Zeugen E. in der mündlichen Verhandlung teilgenommen hat, bereits in seinem schriftlichen Gutachten vom 5.8.2010 eindeutige Ausführungen gemacht: Er könne nicht beurteilen, ob die vom Kläger behauptete Vernehmungssituation bei dem Kläger im konkreten Fall zu einer psychischen Störung geführt hätte oder nicht. Die Kammer hat sich den eingehenden und in jeder Hinsicht überzeugenden und nachvollziehbaren Ausführungen des Sachverständigen nach eigener kritischer Würdigung angeschlossen und hieraus den Schluss gezogen, dass es nicht unwahrscheinlich ist, dass die vom Kläger behauptete psychische Störung allein durch andere Umstände, denen er ausgesetzt war, entstanden ist.

Im Einzelnen: Zwar mag bei dem Kläger durchaus eine psychische Störung in Form einer posttraumatischen Belastungsstörung (ICD-10 (F43.1)) vorgelegen haben bzw. noch vorliegen. So hat der Sachverständige in seinem Gutachten ausgeführt, dass es für ihn aus psychiatrischer Sicht nachvollziehbar und plausibel sei, dass bei dem Kläger eine posttraumatische Belastungsstörung bestanden habe. Zur Begründung führt er aus, dass bei dem Kläger nach seiner Festnahme eine Symptomatik vorgelegen habe, die den Kriterien einer posttraumatischen Belastungsstörung entspreche (Bl. 1056 d.A.), wenn er auch einschränkend angibt, dass die Symptomatik „nur begrenzt objektivierbar“ und Beschreibungen „nicht beweisend“ seien. Ein für die Diagnose einer solchen Störung über die geschilderten, plausiblen Symptome hinaus weiterhin erforderliches Erleben eines massiven Traumas liege beim Kläger vor. Der Kläger habe dadurch, dass er zum einen Zeuge des gewaltsamen Todes eines anderen – auch wenn er selbst Verursacher war – und zum anderen einer Behandlung

ausgesetzt war, die durchaus der Androhung von Folter gleichzusetzen sei, gleich zwei solcher Ereignisse durchlebt (Bl. 1057 d.A.).

Auch war seinen Ausführungen zufolge das Vorgehen des Zeugen E. generell geeignet, eine psychische Störung hervorzurufen (Bl. 1059 d.A.).

Aus dem Gutachten des Sachverständigen ergibt sich ein Nachweis der Kausalität aber nicht. Damit ist der Kläger beweisfällig geblieben. Selbst wenn die Amtspflichtverletzungen und der zeitlich nachfolgende Schaden feststehen, bleibt der Geschädigte für den Kausalzusammenhang gleichwohl beweisbelastet, es sei denn, nach der Lebenserfahrung bestünde eine tatsächliche Vermutung oder eine tatsächliche Wahrscheinlichkeit für den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem eingetretenen Schaden und der behaupteten Amtspflichtverletzung (BGH, NJW 1983, 2241 (2242); NJW 2004, 1381 (1381 f.)). Vorliegend bleibt die Beweislast beim Kläger, denn eine solche überwiegende Wahrscheinlichkeit ist nicht gegeben. Vielmehr kamen als besonders nahe liegende Schadensursachen weitere Bedingungsfaktoren, insbesondere das Erleben des Todes des Jungen, in Betracht.

Der Sachverständige hat nachvollziehbar und überzeugend erläutert, dass bei dem Kläger die folgenden vier verschiedenen Bedingungsfaktoren zu dessen Gestörtheit und subjektiver Beeinträchtigung beitragen können: Aufgrund des hohen Bedürfnisses des Klägers nach Anerkennung und Akzeptanz habe er versucht, in unterschiedlichen Kreisen unterschiedliche Rollen zu spielen und Luftschlösser und Lügengeschichten um sich herum aufgebaut, die immer gewagter wurden und schließlich einzustürzen drohten. Allein dies zeige schon eine nicht unerhebliche Gestörtheit (Bl. 1061 f. d.A.). Der Ausweg für den Kläger sollten die Tötung des Jungen und die Lösegeldzahlung sein. Der zweite Faktor sei das Erleben des Todes des Jungen (Bl. 1062 f. d.A.), der dritte die Tatsache, dass der Kläger „sein Leben an die Wand gefahren“ habe (Bl. 1063 d.A.). Erst der vierte Faktor seien die massive Einschüchterung und die Angstgefühle. Diese Bedingungsfaktoren hätten zusammen gespielt und ließen sich nicht entflechten. Ob allein die Vernehmungssituation zu einer behandlungsbedürftigen Störung geführt hätte oder nicht, könne nicht beurteilt werden, weil bei ihm weitere Faktoren vorgelegen haben und eine Entzerrung des Bedingungsgeflechts nicht möglich sei (Bl. 1065 d.A.). Dies gelte unabhängig davon, ob man von den Feststellungen im Strafurteil gegen D. und E. oder von den Behauptungen des Klägers ausgehe.

Hinzu kommt, dass nach dem Gutachten der Schwerpunkt einer möglichen Therapie auch nicht in der Bearbeitung der Ereignisse vom 1.10.2002 zu sehen ist. Vielmehr geht der Sachverständige davon aus, dass bereits das Erleben des Todes an sich eine Beeinträchtigung sei, die sicher auch ohne Hinzutreten weiterer Bedingungsfaktoren eine therapeutische Bearbeitung nahelegen würde (Bl. 1063 d.A.).

Diesen Punkt hat er in seiner mündlichen Erläuterung des Gutachtens auf Frage des Gerichts bestätigt und ausgeführt, dass er nicht sagen könne, ob bei dem Kläger der Bedingungsfaktor der Angst- und Ohnmachtsgefühle aufgrund der Polizeivernehmung tatsächlich zu einer behandlungsbedürftigen psychischen Störung geführt hat (Bl. 1374 d.A.). Es könne vielmehr durchaus sein, dass bei Wegdenken des Bedingungsfaktors der Vernehmungssituation beim Kläger die gleichen psychischen Störungen wie heute vorlägen.

Die Kausalität wird nochmals unwahrscheinlicher, wenn man sich die Aussage des Sachverständigen vor Augen führt, dass man nicht sagen könne, ob das Trauma aufgrund der Vernehmungssituation durch die (illegale) Ankündigung von Schmerzen oder durch das (legale) Insistieren durch E. mit dem Hervorrufen von Bildern des Kindes, ständiges Nachfragen etc. verursacht worden sein könne (Bl. 1374 d.A.); beides sei möglich.

Entgegen der Auffassung des Klägers hat das Gutachten den Klägervortrag gerade nicht bestätigt. Die Argumente des Klägers, wonach eine Mitursächlichkeit ausreichend sei, gehen ins Leere. Seine Argumentation setzt nämlich voraus, dass zumindest die Mitursächlichkeit des konkreten schadenstiftenden Ereignisses für den entstandenen Schaden als solche feststeht (vgl. BGH, NJW 1995, 1029; NJW 2000, 3069; NJW 2002, 504 (505)). Der haftungsbegründende Ursachenzusammenhang ist vorliegend jedoch nicht bewiesen, denn nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme kann es nicht ausgeschlossen werden, dass der Schaden, d.h. der behandlungsbedürftige Zustand, bereits durch die ersten drei Bedingungsfaktoren entstanden war, als der vierte Faktor hinzutrat. Gerade die Frage, ob überhaupt eine Mitursächlichkeit vorliegt, hat der Sachverständige nicht sicher beurteilen können. Er hat nur gesagt, dass die Vernehmungssituation zwar grundsätzlich geeignet sei, eine entsprechende Störung hervorzurufen, aber in dem konkreten Fall könne er es nicht sicher bejahen. Die Vernehmungssituation war gerade nicht „Auslöser“ neben erheblichen anderen Umständen (vgl. BGH, NJW-RR 2005, 897; NJW-RR 1999, 819; NJW 2000, 3423; NJW 2002, 504), sondern – um es in dem vom Sachverständigen in der mündlichen

Verhandlung verwendeten Bild auszudrücken – der Damm war von den drei Flüssen (den drei erstgenannten Bedingungsfaktoren) schon überflutet worden, als das Wasser aus dem vierten Fluss, dem Bedingungsfaktor Vernehmungssituation, hinzukam (vgl. BI. 1375 d.A.). Der Sachverständige hat ausdrücklich erklärt, man könne nicht sagen, dass sich die Behandlungsbedürftigkeit durch das Hinzutreten des vierten Bedingungsfaktors nennenswert verstärkt habe. Zwar hat er auf Frage des Klägervertreters zunächst angegeben, dass alle vier Faktoren im Sinne der Adäquanztheorie kausal geworden seien, doch hat er sich unmittelbar danach dahingehend berichtigt, dass sie nur „als Bedingungsfaktoren in Betracht zu ziehen“ seien (BI. 1376 d.A.). Der Sachverständige hat damit klargestellt, dass die Vernehmungssituation als adäquate Ursache in Betracht zu ziehen ist. Dass sie tatsächlich kausal das Krankheitsbild verstärkt hat, hat er nicht bestätigen können. Das genügt nicht für den Nachweis der Kausalität.

Mangels Nachweises eines kausalen Schadens scheidet auch ein Anspruch auf Schadensersatz aus § 839 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. Art. 34 S. 1 GG, 823 Abs. 1, Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 240 Abs. 1, 357 StGB, 253 Abs. 2 BGB aus.

Entsprechendes gilt für eine Traumatisierung als Folge der Festnahme, deren Geignetheit zur Traumatisierung der Kläger erstmals mit Schriftsatz vom 25.6.2011 behauptet hat. Der Sachverständige, der den Kläger und seine Beeinträchtigungen ausführlich untersucht hat, hat die Festnahmesituation als möglichen weiteren Bedingungsfaktor gar nicht erst in Betracht gezogen, als er weitere mögliche Bedingungsfaktoren erklärte. Auch behauptet der Kläger nicht, dass die Festnahme bei ihm zu einer Traumatisierung geführt habe, sondern bei seiner damaligen Freundin. Die Folgen für sie als Unbeteiligte, die mit einem Zugriff im Gegensatz zum Kläger aber auch nicht rechnen musste, sind – unabhängig von der fehlenden Übertragbarkeit auf den Kläger – für das vorliegende Verfahren unerheblich.

Die Kammer ist der Ansicht, dass die schwere Verletzung der Menschenwürde des Klägers bislang noch nicht auf andere Weise ausgeglichen wurde, weshalb dem Kläger eine Geldentschädigung zuzuerkennen ist.

Vorab angemerkt sei, dass bei der Annahme einer Verletzung der Menschenwürde eine Abwägung mit anderen, auch verfassungsrechtlich geschützten Belangen nicht möglich ist (BVerfG, Beschl. v. 27.12.2005, Az.: 1 BvR 1359/05, Rn. 18, zitiert nach

juris); gleiches gilt für das Verbot der Folter oder erniedrigender Behandlung in Art. 3 EMRK, der ebenfalls keine Ausnahmen kennt (vgl. EGMR, Urt.v. 1.6.2010, Az.: 22978/05, Rn. 107). Davon zu trennen ist aber grundsätzlich die Frage, inwieweit ein Eingriff auch zwingend zu einer Geldentschädigung führen muss. Zwar steht hier anders als beim Schmerzensgeld der Gesichtspunkt der Genugtuung für das Opfer im Vordergrund (BGH, Urt. v. 15.11.1994, Az.: VI ZR 56/94, Rn. 84 zitiert nach juris; Urt. v. 04.11.2004, Az.: III ZR 361/03, Rn. 10 zitiert nach juris). Ein solches zwingendes „Junktum“ zwischen der Feststellung einer Verletzung des Art. 1 Abs. 1 GG einerseits und der Zuerkennung einer Geldentschädigung andererseits ist rechtlich bislang nicht gesehen worden (BGH, Urt. v. 04.11.2004, Az.: III ZR 361/03, Rn. 12 ff. zitiert nach juris; BVerfG NJW 2006, 1580). Vielmehr durfte ein Anspruch auf Geldentschädigung von dem weiteren Erfordernis abhängig gemacht werden, dass die Beeinträchtigung nicht in anderer Weise ausgeglichen werden kann.

Auch vorliegend ist nach dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts in dieser Sache nicht von einer zwingenden Rechtsfolge auszugehen, sondern es ist eine Abwägung vorzunehmen, in der nicht nur die mögliche Genugtuungsfunktion einer strafrechtlichen Verurteilung zu berücksichtigen ist, sondern insbesondere auch die außergewöhnliche Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, ferner Anlass und Beweggrund der Handelnden sowie der Grad ihres Verschuldens (BVerfG, Beschl.v. 19.2.2008, Az.: 1 BvR 1807/07, Rn. 34 zitiert nach juris, unter Verweis auf BGH, NJW 1995, 861 (864)). Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass diese Rechtsprechung anhand von Fällen der menschenunwürdigen Unterbringung von Strafgefangenen entwickelt wurde und nicht ohne Weiteres auf Sachverhalte wie den vorliegenden übertragen werden kann (so ausdrücklich BVerfG, Beschl.v. 19.2.2008, Az.: 1 BvR 1807/07, S. 13). In den Fällen menschenunwürdiger Unterbringung handelt es sich in der Regel um ein organisatorisches Problem der Unterbringung, ohne dass ein finaler Eingriff in die Menschenwürde der Strafgefangenen vorliegt. Bei den Caroline-Urteilen des BGH lag „nur“ ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht vor. Dennoch sind dort hohe Geldentschädigungen zugesprochen worden. Die dortigen Ausführungen zur Höhe der Entschädigung, die dafür sorgen soll, dass die Verletzung sich nicht lohnen darf, sind auf diesen Fall ebenfalls nicht übertragbar, weil hier eine Überleitung der Haftung auf den Staat vorliegt. Für den einzelnen handelnden Beamten dürften die strafrechtlichen Folgen schwerer wiegen. Auch wurde die Rechtsverletzung hier nicht durch die Verfolgung kommerzieller Interessen motiviert, sondern Motiv war allein die Rettung des Jungen aus vermeintlich höchster Lebens-

gefahr. Aufgrund der Singularität dieses Falls ist er losgelöst von anderen Fällen zu betrachten.

In der Abwägung ist insofern ganz entscheidend zu berücksichtigen, dass nicht lediglich ein Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht vorliegt, sondern eine Verletzung der Menschenwürde. Diese Verletzung erfolgte zudem nicht spontan und aus der Situation heraus, sondern geplant und sowohl von der damaligen Behördenleitung angeordnet als auch aus dem Innenministerium gebilligt. Die Umsetzung der Androhung der Schmerzzufügung wurde konkret betrieben. Das Verbot der Folter gilt aber absolut und duldet keine Ausnahme. Hinzu kommt, dass der EGMR festgestellt hat, dass sich der Kläger weiterhin noch als Opfer einer Verletzung von Art. 3 EMRK bezeichnen darf.

Auch wenn nach der Rechtsprechung des EGMR ein dem Anliegen des Rechtsmittelführers Rechnung tragendes Urteil grundsätzlich eine ausreichend gerechte Entschädigung darstellen kann, so dass eine weitergehende Entschädigung in Geld für den erlittenen immateriellen Schaden nicht mehr geboten ist (vgl. *Nikolova./Bulgarien*, Ur.t.v. 25.3.1999, NL 1999/2/8), hat der EGMR dies in diesem Fall jedoch anders gesehen. Zwar sind die Straßburger Richter davon überzeugt, dass die innerstaatlichen Gerichte ausdrücklich und unmissverständlich anerkannt haben, dass die Vernehmung des Klägers gegen Art. 3 EMRK verstoßen hat (EGMR, Ur.t.v. 1.6.2010, Az.: 22978/05, Rn. 120). In dem Urteil wird aber festgestellt, dass die Verhängung von fast als symbolisch zu bezeichnenden Geldstrafen von 60 bzw. 90 Tagessätzen, die zudem noch zur Bewährung ausgesetzt wurden, nicht als angemessene Reaktion auf einen Verstoß gegen Art. 3 EMRK angesehen werden kann. Eine solche Bestrafung habe nicht die erforderliche Abschreckungswirkung, um zukünftige Verstöße zu verhindern (EGMR, a.a.O., Rn. 124). Auch die weitere Karriere von D. ist für den EGMR Anlass zu schwerwiegenden Zweifeln, ob die Reaktion der Behörden die Schwere eines Verstoßes gegen Art. 3 EMRK angemessen widerspiegelt (EGMR, a.a.O., Rn. 125). Zudem hat der Gerichtshof wegen der Dauer dieses Verfahrens Zweifel an der Wirksamkeit des innerstaatlichen Amtshaftungsverfahrens. Im Ergebnis ist der Gerichtshof der Auffassung, dass die von den innerstaatlichen Behörden ergriffenen Maßnahmen das in seiner Rechtsprechung festgelegte Erfordernis der Wiedergutmachung jedenfalls nicht vollständig erfüllt haben.

An dieses Urteil ist das erkennende Gericht grundsätzlich gemäß Art. 46 Abs. 1 EMRK gebunden. Danach verpflichten sich die Hohen Vertragsparteien, in allen

Rechtssachen, in denen sie Partei sind, das endgültige Urteil des Gerichtshofs zu befolgen. Diese Pflicht richtet sich nicht nur an die Bundesrepublik als Vertragspartei, sondern durch die Umsetzung der EMRK in innerstaatliches einfaches Recht erstreckt sich die Bindungswirkung gemäß Art. 20 Abs. 3 GG auf alle innerstaatlichen Organe und verpflichtet diese grundsätzlich, im Rahmen ihrer Zuständigkeit und ohne gegen die Bindung an Gesetz und Recht zu verstoßen, einen konventionsgemäßen Zustand herzustellen.

Auch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind die Gesetze im Einklang mit der EMRK auszulegen und anzuwenden (BVerfGE 74, 358 (370)). Den Entscheidungen des EGMR kommt dabei besonderes Gewicht zu (BVerfGE 111, 307 (319)). Die deutschen Gerichte haben die EMRK in der Auslegung und Anwendung durch den EGMR zu beachten, soweit nicht Verfassungsrecht oder sonstiges vorrangiges Recht eindeutig entgegensteht und müssen dabei die Entscheidungen des EGMR berücksichtigen (BVerfGE 111, 307 (329); BVerfG-K, NJW 2005, 2688). Gerichte sind zur Berücksichtigung eines Urteils, das einen von ihnen zu entscheidenden Fall betrifft, jedenfalls dann verpflichtet, wenn sie dem Urteil ohne materiellen Gesetzesverstoß Rechnung tragen können. Solange dabei im Rahmen geltender methodischer Standards Auslegungs- und Abwägungsspielräume eröffnet sind, trifft deutsche Gerichte die Pflicht, der konventionsgemäßen Auslegung den Vorrang zu geben. Das war vorliegend im Rahmen der Frage der hinreichenden Genugtuung für die stattgefundene Verletzung möglich.

Die Kammer vermag aber hinsichtlich der Höhe der Entschädigung nicht der Vorstellung des Klägers zu folgen. Vielmehr erachtet sie im Rahmen der Ausübung ihres Schätzungsermessens gem. § 287 Abs. 1 ZPO unter Berücksichtigung der zuvor erörterten Umstände eine Geldentschädigung in Höhe von 3.000,- € für angemessen, aber auch ausreichend, um dem Kläger für das Erlittene Genugtuung zu gewähren. Bei deren Bemessung sind folgende Umstände, die sich auf die zuzusprechende Höhe auswirken, einzubeziehen:

Zunächst sind Anlass und Beweggrund der Handelnden zu berücksichtigen. Diese Gesichtspunkte sind gerade im vorliegenden Fall von enormer Bedeutung. Es ging D. und E. nicht um eine zielgerichtete Erniedrigung des Klägers. Vielmehr war für die beiden Polizisten – selbst mit dem Risiko eines Beweisverwertungsverbots für etwa erlangte Beweismittel – der allein entscheidende Beweggrund, Angaben über den

Verbleib des Kindes zu erhalten, um sein Leben möglicherweise noch retten zu können. Sie wussten aus der Observation des Klägers seit der Übernahme des Lösegeldes nach Mitternacht am 30.09.2002, dass er den Jungen seitdem nicht mehr versorgt haben konnte. Auch hatte er keinen Kontakt zu möglichen Mittätern aufgenommen. Wie D. in seiner Vernehmung sehr eindringlich ausgeführt hat, kann ein Mensch maximal vier Tage ohne Flüssigkeit leben und am Vormittag des 1.10.2002 war dieser Zeitpunkt von vier Tagen erreicht (Bl. 1380 d.A.). Außerdem war unklar, wie etwaige Mittäter, von denen der Kläger in seinen ersten Vernehmungen gesprochen hatte, auf dessen Festnahme und die Sicherstellung von großen Teilen des Lösegeldes reagieren würden. Damit war allen Beteiligten bewusst, dass die Zeit sehr drängte.

Gerade weil der Kläger von seinem Recht, als Beschuldigter unwahre Angaben zu machen, nachhaltig Gebrauch gemacht hatte, wie sich im Laufe der Ermittlungen herausstellte, sahen sich die Polizeibeamten besonders unter Druck, etwas zum Aufenthaltsort des Jungen in Erfahrung zu bringen. Das provozierende und skrupellose Aussageverhalten des Klägers strapazierte die Nerven der Ermittler aufs Äußerste. Er überlegte sich ständig neue Geschichten und vermittelte den Eindruck, die Ermittler bewusst auf falsche Fährten zu führen, um so Zeit zu gewinnen, was er gegenüber dem Sachverständigen auch offen bestätigte (Bl. 1042 d.A.). Währenddessen hofften die Beamten unablässig, dass der Junge noch lebte. An den Langener Waldsee hatten sie deshalb sogar ein Opferbetreuungsteam mitgeschickt (vgl. Aussage von E., Bl. 1366 d.A.). Dieser besondere Druck darf ihnen auch zur Einschätzung des ihnen vorzuwerfenden Verschuldens zugute gehalten werden.

Weiterhin darf nicht übersehen werden, dass es nicht zur Ausführung der angekündigten Maßnahmen kam. Die Behandlung des Klägers ist nicht mit anderen Fällen der unmenschlichen Behandlung, mit denen der EGMR bereits befasst war, vergleichbar, weshalb er die Behandlung auch ausdrücklich nicht als Folter bezeichnet hat. Außerdem dauerte der Eingriff nur eine verhältnismäßig kurze Zeitspanne, etwa 10 Minuten lang, und hinterließ bei dem Kläger keine bleibenden Schäden.

Auch weicht der festgestellte Sachverhalt geringfügig von dem Sachverhalt ab, den sowohl das Bundesverfassungsgericht als auch der EGMR jeweils der Entscheidung zugrunde legte: Das Bundesverfassungsgericht ging davon aus, dass der Kläger in der Verhörsituation - noch dazu bei Fesselung seiner Hände - in besonderer Weise dem Zugriff des Verhörsbeamten ausgesetzt war (BVerfG, Beschl.v. 19.2.2008, Az.:

1 BvR 1807/07, Rn. 34 zitiert nach juris). Auch der EGMR hat seine Entscheidung maßgeblich auf die behauptete Fesselung des Klägers mit Handschellen gestützt. In Rn. 95 heißt es: „Ferner war der Beschwerdeführer während seines Gewahrsams im Vernehmungszimmer anscheinend mit Handschellen gefesselt und befand sich in einer Situation, die durch eine besondere Verletzlichkeit und durch besonderen Zwang gekennzeichnet war.“ Unter Rn. 106 heißt es weiter: „Der Gerichtshof stellt ferner fest, dass die Drohungen mit vorsätzlicher und unmittelbare bevorstehender Misshandlungen in einem Kontext erfolgten, in dem sich der Beschwerdeführer – der offenbar mit Handschellen gefesselt war – in Gewahrsam von Polizeibeamten und damit in einer verletzlichen Lage befand.“ Die Fesselung hat die Kammer gerade nicht feststellen können, weshalb dieser erschwerende Gesichtspunkt in Wegfall gerät.

Ferner ist zu beachten, dass das Verhalten von D. und E. von verschiedenen Gerichten deutlich missbilligt und die Verletzung der Menschenwürde des Klägers mehrfach klar und deutlich festgestellt wurde. So hat zunächst die Schwurgerichtskammer in dem Verfahren gegen den Kläger die Verstöße von D. und E. klargestellt und daraus die Unverwertbarkeit bestimmter Beweismittel gezogen. Beides wurde auch im Urteil betont. Sodann hat eine andere Strafkammer des Landgerichts Frankfurt D. und E. wegen Nötigung und Verleitung eines Untergebenen im Amt verurteilt und dabei sehr deutlich gemacht, dass deren Vorgehen unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu billigen war. Anschließend haben die hier erkennende Kammer, das Oberlandesgericht, das Bundesverfassungsgericht und der EGMR festgestellt, dass das Verhalten von D. und E. gegen Art. 1 Abs. 1, 104 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 3 EMRK verstößt.

Letztlich hat der Kläger mit diesem Urteil eine Entscheidung im angestrebten Amtshaftungsverfahren erreicht, dessen mangelnde Effektivität der EGMR zusätzlich kritisiert hatte. Bei der konkreten Höhe der Entschädigung war weiterhin die Tatsache zu berücksichtigen, dass dieser Fall in der juristischen Fachwelt zu großen Diskussionen geführt hat und es mittlerweile als gefestigte herrschende Meinung anzusehen ist, dass das Folterverbot auch in Extremsituationen gilt und dass die Menschenwürde keinerlei Abwägungsprozessen zugänglich ist (vgl. nur Perron, in: Schönke-Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 32 Rn. 62a m.w.N.; Hamm, NJW 2003, 946; Schaefer, NJW 2003, 947). Aufgrund des vorliegenden Falls hat sich ein vertieftes Bewusstsein entwickelt, was zulässig und was unzulässig ist.

In Anbetracht dieser Umstände erscheint zum Ausgleich der erlittenen Beeinträchtigungen und zur Genugtuung des Klägers die zugesprochene Geldentschädigung in Höhe von 3.000 Euro notwendig, aber auch ausreichend.

Der Zinsauspruch folgt aus §§ 286 Abs. 1, 291 BGB, § 187 BGB analog.

Der Antrag zu 2.) auf Feststellung hat nach den vorstehenden Ausführungen keinen Erfolg. Voraussetzung für die Feststellung einer Einstandspflicht ist das Vorliegen eines kausalen Schadens i.S.d. § 249 BGB. Dieser liegt aus den oben ausgeführten Gründen aber nicht vor.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 92 Abs. 1 S. 1 ZPO. Der Auspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 11, 709 S. 1, S. 2, 711 S. 1, S. 2 ZPO.

Richter am Landgericht
Dr. B. ist wegen
Urlaubs verhindert, das Urteil
zu unterschreiben

H.

H.

Dr. W.



LANDGERICHT FRANKFURT AM MAIN

B e s c h l u s s

In dem Prozesskostenhilfeverfahren

des Herrn M. G.

- Antragsteller -

gegen

das Land H,

- zu verklagendes Land -

wird der Antrag vom 28.12.2005 auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe zurückgewiesen.

Die Entscheidung ergeht gerichtsgebührenfrei;
außergerichtliche Kosten werden nicht erstattet.

Gründe:

Der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe war zurückzuweisen, da die beabsichtigte Rechtsverfolgung keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet (§ 114 ZPO).

I.

Der Antragsteller begehrt Prozesskostenhilfe für eine Amtshaftungsklage gegen das Land H. aufgrund des polizeilichen Vorgehens im Rahmen des gegen ihn geführten Ermittlungsverfahrens.

Der Antragsteller wurde am 30. September 2002 gegen 16.20 Uhr unter dem Verdacht, den 11-jährigen Bankierssohn v M entführt zu haben, festgenommen und in das Polizeipräsidium Frankfurt am Main verbracht, welches der damalige Polizeivizepräsident D. in dieser Zeit als stellvertretender Behördenleiter für den im Urlaub befindlichen Polizeipräsidenten leitete. Gegen 18.20 Uhr begann die Vernehmung des Antragstellers durch den Zeugen M. Während der Vernehmung wurde auf die Bitte des Antragstellers, einen Anwalt zu konsultieren, der

Anwaltsnotdienst verständigt. Im Laufe der weiteren Vernehmung hatte der Antragsteller die Möglichkeit mit einem Rechtsanwalt zu sprechen. Die Vernehmung dauerte bis etwa 1.00 Uhr nachts. Eine wahrheitsgemäße Aussage über den Verbleib des Kindes machte der Antragsteller nicht.

Am Morgen des 01.10.2002 ordnete Herr D. an, dass der Antragsteller, nach vorheriger Androhung, unter ärztlicher Aufsicht durch Zufügung von Schmerzen ohne Verursachung von Verletzungen erneut zu befragen sei und dokumentierte diese Anordnung in einem Vermerk (Bl. 34).

Gegen 8.00 Uhr wurde der Antragsteller aus seiner Zelle geholt und zunächst seiner Mutter gegenübergestellt.

Gegen 8.30 Uhr wies Herr D. Herrn E. konkret an, dem Antragsteller für den Fall, dass dieser sich weiter weigere, den Verwahrort J v M zu nennen, die erneute Befragung unter ärztlich beaufsichtigter Zufügung von Schmerzen anzudrohen. D. ging davon aus, dass der Junge noch lebte, eine Überlebenschance für ihn aber nur bestünde, wenn er zeitnah aufgefunden würde. Er hielt es daher für dringend erforderlich, den Antragsteller so schnell wie möglich zur Preisgabe des Verstecks zu bewegen.

Daraufhin begab sich Herr E. gegen 8.40 Uhr zu dem Antragsteller in das Vernehmungszimmer und sprach die genannte Drohung aus. Nach nur wenigen Minuten teilte der Antragsteller mit, wo er den Jungen versteckt hatte. Entgegen der Annahme der Polizeibeamten D. und E. war dieser jedoch bereits tot.

Die 22. Strafkammer des Landgerichts Frankfurt am Main hat in dem Strafverfahren gegen den Antragsteller (Az. 5/22 Ks 3490 Js 230118/02) mit Beschluss vom 09.04.2003 festgestellt, dass die Androhung des Beamten E. gesetzeswidrig gewesen sei und deshalb vier Vernehmungen, drei polizeiliche Vermerke und eine Leseabschrift nicht zu Beweis Zwecken verwertet werden dürften.

Mit Urteil vom 28.07.2003 wurde der Antragsteller rechtskräftig wegen Mordes in Tateinheit mit erpresserischem Menschenraub mit Todesfolge und weiterer Delikte zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt. In dem Urteil wurde nochmals festgestellt, dass es sich bei der Androhung der Zufügung von Schmerzen um verbotene Vernehmungsmethoden handelte.

Der Antragsteller behauptet, es sei schon bei seiner Festnahme, bei der er keinerlei Widerstand geleistet habe, ohne jede Veranlassung durch ein Spezialeinsatzkommando massive Gewalt angewendet worden, die zu Verletzungen geführt habe.

Des Weiteren sei ihm versagt worden, den von ihm dringend gewünschten Verteidiger Dr. E. zu konsultieren. Obwohl der Antragsteller geäußert habe, nicht weiter vernommen werden zu wollen, seien die mündlichen Befragungen fortgesetzt worden. Dies sei gegen den ausdrücklichen Willen des Antragstellers geschehen. Weiterhin behauptet der Antragsteller, er sei unfreiwillig nach Birstein verbracht worden, um ihn dadurch zeitweilig dem anwaltlichen Beistand zu entziehen.

Dem Antragsteller sei insgesamt seit seiner Festnahme am 30. September 2002 um 16.22 Uhr bis um 14.30 Uhr des Folgetages (ca. 22 Stunden) die Konsultation seines von Anfang an gewünschten Verteidigers Dr. E. vorenthalten worden.

Auch behauptet der Antragsteller, E. habe ihm gegenüber, obwohl er seit Nächten nicht geschlafen habe und entsprechend in sehr schlechtem physischen und psychischen Zustand gewesen sei, auf die Weisung von Herrn D. massivste Drohungen mit schweren Schmerzen ausgesprochen. Diese würden ihm durch einen Folterspezialist zugefügt werden, der bereits

mit einem Hubschrauber unterwegs sei. Der Antragsteller werde sich dann angesichts der in ihrer Stärke nie zuvor gespürten Schmerzen wünschen, nie geboren worden zu sein.

Weiterhin sei dem Antragsteller durch E. mit schwerem sexuellen Missbrauch gedroht worden, indem er „mit zwei großen Negern in eine Zelle“ gesperrt werde, die sich an ihm sexuell vergehen würden.

Er behauptet weiterhin, E. habe ihm angedroht, man werde gemeinsam mit einem Hubschrauber fliegen und bei einem solchen Flug könnten viele Unfälle passieren.

Zudem habe E. ihn im Laufe der Vernehmung mit seinen Händen an den Schultern geschüttelt und mit der Innenfläche einer Hand gegen den Brustkorb geschlagen. Dies sei schmerzhaft gewesen und habe zu einem Hämatom geführt.

Der Antragsteller behauptet, durch das gesamte Geschehen so schwer traumatisiert worden zu sein, dass er noch heute unter schweren psychischen Folgen wie Angstphobien, Schlafstörungen und Alpträumen leide und psychologischer Behandlung bedürfe.

Der Antragsteller begehrt die Zahlung eines Schmerzensgeldes von mindestens 10.000,- € sowie die Feststellung, dass das zu verklagende Land verpflichtet ist, ihm alle aus dem Verhalten der Landesbeamten entstehenden materiellen und immateriellen Schäden zu ersetzen.

Mit Urteil vom 20. Dezember 2004 sprach die 27. große Strafkammer des Landgerichts Frankfurt am Main E. der Nötigung und den damaligen Polizeivizepräsidenten D. der Verleitung eines Untergebenen zu einer Nötigung im Amt schuldig und sprach eine Verwarnung mit Strafvorbehalt aus (Az. 5/27 Kls – 7570 Js 203814/03).

II.

Die beabsichtigte Rechtsverfolgung bietet keine hinreichende Aussicht auf Erfolg, da dem Antragsteller kein Anspruch auf Schadensersatz und Schmerzensgeld gegen das Land Hessen aus Amtspflichtverletzung zusteht.

1. Ein Anspruch wegen der Umstände der Festnahme ergibt sich bereits aus dem eigenen Vortrag des Antragstellers nicht. Dass die Voraussetzungen einer Festnahme nach § 127 Abs. 2 StPO vorlagen, ist nicht streitig. Bei einer solchen Festnahme ist die Anwendung physischer Gewalt jedoch zulässig. Auch leichtere Körperverletzungen sind vom Festnahmerecht gedeckt (Karlsruher Kommentar zur StPO/Boujong, 5. Aufl., § 127, Rdnr. 27). Dass es sich bei den vom Antragsteller beschriebenen Verletzungen um solche ernsthafterer Art gehandelt habe, hat selbst der Antragsteller trotz seiner Beschreibung als „massive Gewalt“ nicht behauptet. Hämatome und Schürfwunden sind vielmehr als noch von der Festnahme gedeckte leichtere Verletzungen anzusehen. Dabei ist insbesondere auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eingehalten worden, da unabhängig von der Frage, ob der Antragsteller tatsächlich unbewaffnet war, die festnehmenden Polizeibeamten dies nicht wissen konnten und auch im Hinblick auf die Schwere des Tatvorwurfs eine Bewaffnung sowie eine Gegenwehr jedenfalls nicht ausgeschlossen werden konnte.

2. Auch hinsichtlich der Umstände der Vernehmung am 01.10.2002 besteht keine Erfolgsaussicht der Klage.

a) Zwar haben die Landesbeamten D. und E. durch die von ihnen verwirklichten Straftatbestände ihre Amtspflicht zum gesetzmäßigen Verhalten verletzt. Dass E. dem Antragsteller auf Anordnung des damaligen Polizeivizepräsidenten D. angedroht hat, ihm würden Schmerzen zugefügt werden, steht aufgrund der Verfahren gegen den Antragsteller (5/22 Ks 3490 Js 230118/02) und gegen die Beamten E. und D. (5/27 Kls – 7570 Js 203814/03) fest. Dies führt jedoch noch nicht zwingend zu einem Schmerzensgeldanspruch. Grundsätzlich besteht selbst zwischen der Verletzung der Menschenwürde und der Zuerkennung einer Geldentschädigung kein zwingendes Junktim (BVerfG NJW 2006, 1580; BGH NJW 2005, 58). Vielmehr ist ein hinreichender Ausgleich und eine zureichende Genugtuung auch auf andere Weise möglich. Dies ist hier mit der Feststellung im Beschluss vom 09.04.2003, dass die Androhung von Schmerzen rechtswidrig war, der Bezeichnung als „verbotene Vernehmungsmethoden“ in dem Urteil gegen den Antragsteller im Strafverfahren vor der 22. Strafkammer des Landgerichts Frankfurt sowie mit dem Schuldspruch im Strafverfahren gegen die Landesbeamten D. und E. vor der 27. Strafkammer des Landgerichts Frankfurt der Fall. Einer Genugtuung durch Geldentschädigung bedarf es dagegen nur, wenn der Eingriff ein bestimmtes Maß erreicht hat. Dafür dass dieses Maß hier nicht erreicht ist, spricht bereits das Urteil gegen die Landesbeamten D. und E., das sich nach einer umfassenden, sorgfältigen Würdigung der Umstände für eine Verwarnung mit Strafvorbehalt ausgesprochen hat. Dabei hat das Urteil gleichzeitig klar und unmissverständlich Stellung dazu genommen, dass die Folterandrohung unzulässig, rechtswidrig und verfassungswidrig war sowie strafrechtlich als Nötigung zu werten ist. Aufgrund dieser Einschätzung, die die Kammer im übrigen teilt, ist – wie oben ausgeführt – der Genugtuungsfunktion genüge getan. Dabei kann dahinstehen, ob die vom Antragsteller über den in den Strafurteilen festgestellten Sachverhalt hinaus erhobenen Vorwürfe der Drohungen und (leichten) Körperverletzung zutreffen, da diese an der Gesamtsituation der Vernehmung und deren rechtlicher Einschätzung unter dem Gesichtspunkt der Amtspflichtverletzung und deren Rechtsfolge nichts ändern.

Die Kammer verkennt nicht, dass es sich bei der Gewaltandrohung um schwerwiegende Vorwürfe gegen die Polizeibeamten handelt. Im Rahmen der Abwägung der Gesamtsituation ist jedoch auch zu berücksichtigen, dass die Beamten unter einem schweren Druck standen, da sie davon ausgingen, das entführte Kind noch retten zu können, sofern es zeitnah gefunden werde. Desweiteren ist der Antragsteller nicht unverschuldet in die Situation geraten, sondern hat sie durch die von ihm begangenen Straftaten selbst verursacht. Eine Gesamtabwägung führt deswegen dazu, dass die angeführten Feststellungen über die Rechtswidrigkeit der Gewaltandrohung als Genugtuung ausreichend sind und keines zusätzlichen Schmerzensgeldes bedürfen.

b) Auch ein Anspruch auf (materiellen) Schadensersatz aufgrund der Vernehmungsmethode besteht nicht. Insoweit hat der Antragsteller nicht ausreichend substantiiert dargelegt, dass die behaupteten psychischen Folgen auf den Umständen der – nur wenige Minuten dauernden – Vernehmung durch E. beruhen. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass etwaige psychische Probleme auf der vom Antragsteller selber verursachten Gesamtsituation beruhen, indem dieser nämlich einen elf Jahre alten Jungen entführt und getötet hat und daraufhin von der Polizei festgenommen worden ist. Soweit der Antragsteller sich auf einen Brief des Dipl. Psych. S. bezieht (Anlage 9 = Bl. 65), gelangt dieser keineswegs zu dem Ergebnis, dass

aufgrund der „durch die vorstehend geschilderten Ereignisse bedingten schweren Traumatisierungen“ eine „lange psychotherapeutische Behandlung erforderlich sei“ (Klageentwurf S. 20 = Bl. 25). Vielmehr ergibt sich aus dem Brief eindeutig, dass sich Herr S. hierbei auf die Auswirkungen der Tat des Antragstellers bezieht.

Im übrigen sprechen auch die eigenen Angaben des Antragstellers dafür, dass die behaupteten Folgen nicht auf der Vernehmungssituation beruhen. Der Antragsteller trägt nämlich selber vor, dass er bereits bei Beginn der Vernehmung durch E. in einem „sehr schlechten physischen und psychischem Zustand war“ und „seit Nächten nicht geschlafen hatte“ (Klageentwurf S. 11 = Bl. 16). Dies belegt, dass der Antragsteller bereits vor der Vernehmung psychisch stark belastet war, was angesichts des begangenen Verbrechens, der mehrtägigen Ungewissheit, ob die Erpressung erfolgreich verlaufe und ob er gefasst werde, sowie schließlich der Festnahme nicht verwunderlich erscheint.

c) Soweit der Antragsteller behauptet, bei der Vernehmung von E. geschlagen worden zu sein, wird er dies nicht beweisen können. Die Erfolgsprognose bezieht sich nämlich nicht nur auf die Schlüssigkeit des Vorbringens, sondern auch auf seine Beweisbarkeit (Musielak, ZPO, 4. Auflage, § 114, Rdnr. 21). Eine Beweisantizipation im Prozesskostenhilfverfahren ist in begrenztem Rahmen zulässig (Zöller, ZPO, 25. Aufl., § 114, Rdnr. 26; BVerfG Beschl. v. 03.06.2003, AZ 1 BvR 1355/02; NJW-RR 2002, 1069). Zwar kommt eine Beweisaufnahme zu dem genannten Punkt ernsthaft in Betracht, es liegen jedoch konkrete und nachvollziehbare Anhaltspunkte dafür vor, dass die Beweisaufnahme mit großer Wahrscheinlichkeit zum Nachteil des Antragstellers ausgehen wird (vgl. BVerfG aaO.). Neben dem Antragsteller war nämlich nur der vernehmende E. anwesend. Dass dieser von seiner bisherigen Aussage abweichen wird, ist jedoch völlig unwahrscheinlich. Soweit ein Zeuge schon in einem Ermittlungsverfahren ausgesagt hat, so kann kaum davon ausgegangen werden, dass er im Prozess abweichend aussagt, zumal die frühere Aussage zeitlich näher lag (Musielak, aaO., Rdnr. 22; OLG Hamm NJW-RR 2000, 1669). Auch wenn E. in dem Strafverfahren Angeklagter und nicht Zeuge war, wird im konkreten Fall jedoch gleiches gelten müssen.

3. Auch wegen des behaupteten Vorenthalten eines Verteidigers besteht kein Anspruch des Antragstellers. Es kann dahinstehen, ob dem Antragsteller die Konsultation des von ihm gewünschten Anwalts Dr. E. vorenthalten wurde und ob er entgegen seiner Äußerung, ohne Anwalt keine weiteren Aussagen zu machen, weiter vernommen worden ist, da hieraus jedenfalls kein Schadensersatzanspruch folgt. Ein materieller Schaden ist bereits nicht denkbar und auch nicht vorgetragen. Für einen Schmerzensgeldanspruch fehlt es jedoch bereits an einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts oder einem Eingriff in die sonstigen durch § 254 Abs. 2 BGB geschützten Rechtsgüter.

4. Soweit der Antragsteller – mit Schriftsatz vom 17.07.2006 erstmalig - behauptet, die im ärztlichen Attest der Frau Dr. C. sowie im Gutachten des Herrn Dr. L. beschriebenen Verfärbungen an den Fersen beruhten darauf, dass er gezwungen worden sei, eineinhalb Tage, ohne Schuhe zu laufen, insbesondere auch den Feldweg in Birstein, scheidet ein Anspruch bereits daran, dass der Antragsteller nicht vorgetragen hat, welche Schäden ihm dadurch entstanden seien. Zum einen ersetzt der Verweis auf Anlagen nicht den schriftsätzlichen Vortrag, zum anderen ist aber auch aus den Attesten lediglich zu entnehmen, dass sich Verfärbungen sowie „blasenartige Abhebungen“ bzw. Schwellungen an den Fersen befinden. Zur Begründung eines Schmerzensgeldanspruchs ist dies nicht ausreichend.

Aus diesen Gründen war wie geschehen zu beschließen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 118 Abs. 1 Satz 4 ZPO, § 1 GKG.

Frankfurt am Main, 28.08.2006
Landgericht, 4. Zivilkammer

H

v G

H

LANDGERICHT FRANKFURT AM MAIN
Geschäftsnr.: 2-04 O 388/06

Laut Protokoll
verkündet am 10.03.2008

als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



LANDGERICHT FRANKFURT AM MAIN

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem Rechtsstreit

der F. K. GmbH

- Kläger -

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. K

gegen

D AG,

- Beklagte -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. C. und Dr. R. S

hat die 4. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main

durch Richter am Landgericht H - als Einzelrichter -

im Wege des schriftlichen Verfahrens mit einem der mündlichen Verhandlung
entsprechenden Zeitpunkt vom 7. Januar 2008

am 31. Januar 2008

folgendes Urteil gefällt:

- I. Die Beklagte wird verurteilt,
an die Klägerin
240.000,- € zuzüglich
Jahreszinsen von fünf Prozentpunkten über dem von der Deutschen Bundesbank
veröffentlichten Basiszins seit dem 24.01.2007 aus 160.000,- € und seit dem
03.05.2007 aus weiteren 80.000,- € zu zahlen.
- II. Es wird festgestellt,
dass der Beklagten gegen die Klägerin keinerlei weiteren Rechte aus oder im
Zusammenhang mit dem CMS-Spread-Sammler-Swap Geschäft (Nr. x, Laufzeit
01.06.2005 bis 01.06.2010) zustehen.
- III. Die weitergehende Klage wird abgewiesen.
- IV. Die Kosten des Rechtsstreits hat die Beklagte zu tragen.
- III. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu
vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

Die Klägerin begehrt von der Beklagten die Rückabwicklung eines Zins-Swap-Geschäftes.

Nachdem die Klägerin zuvor aus mehreren Geschäften mit der Beklagten Erfahrungen über Swapgeschäfte gesammelt hatte, besuchten am 7. April 2005 die Mitarbeiter der Beklagten, die Herren A, F. und S., die Klägerin für eine Präsentation gegenüber deren Geschäftsführer und deren Mitarbeiterin, Frau T.. Mit ihrer Präsentation offerierte die Beklagte den Abschluss eines CMS-Spread-Sammler-Swaps mit dem die Beklagte sich verpflichten sollte auf ein zu bestimmendes Nominalvolumen einen festen auf das Jahr berechneten Zinssatz halbjährlich an die Klägerin zu zahlen (konkret: 3 % p.a.), während die Klägerin sich verpflichten sollte, auf dieses Nominalvolumen einen festen auf das Jahr berechneten Zinssatz (konkret: 2 % p.a.)

zuzüglich eines weiteren Zinssatzes in Abhängigkeit zur Häufigkeit des Unterschreitens des Abstands zwischen dem auf dem Interbankenmarkt gehandelten 10 Jahres-Swap-Mittelsatz (EUR CMS 10) und dem 2-Jahres-Swap-Mittelsatz (EUR CMS 2) unter bestimmte definierte Schwellenwerte halbjährlich zu zahlen. Die Formel für die Zahlungspflicht der Klägerin wurde wie folgt dargestellt:

$$2 \% + 5 \% * 2N/D$$

wobei

N = die Anzahl der Bankarbeitstage in der betreffenden Halbjahresperiode an denen die Differenz (Spread) zwischen den beiden Swapsätzen (EUR CMS10 minus EUR CMS2) unterhalb der Schwellen von

0,90 % für die Halbjahresperioden 1 und 2

0,85 % für die Halbjahresperioden 3 und 4

0,80 % für die Halbjahresperioden 5 und 6

0,75 % für die Halbjahresperioden 7 und 8

0,70 % für die Halbjahresperioden 9 und 10 notiert

und

D = die Gesamtzahl der Bankarbeitstage in der jeweiligen Halbjahresperiode sein sollte.

Die Zahlungspflicht der Klägerin sollte gleichwohl auf einen aufs Jahr gerechneten Zinssatz von 7 % beschränkt bleiben. Das offerierte Swapgeschäft sollte eine Laufzeit von 5 Jahren haben. Die Beklagte sollte erstmals zum Ablauf der zweiten Halbjahresperiode das Recht haben, das Geschäft halbjährlich zu kündigen.

Bei den erwähnten Swapsätzen CMS10 und CMS2 handelt es sich um Mittelsätze von auf dem Interbankenmärkten gehandelten Standardswaps, die eine Laufzeit von 10 Jahren (CMS10) bzw. 2 Jahren (CMS2) haben und eine Seite des Swapgeschäfts einen festen jährlichen Zinssatz zu zahlen hat, während die andere Seite verpflichtet ist, einen Zinssatz in Höhe des 6-Monats-Euribor (Euro-Interbank-Offered-Rate) zu zahlen.

Die Klägerin erklärte sich, vertreten durch ihren Geschäftsführer, noch am selben Tage mit dem Abschluss des Geschäftes zu einem Nominalvolumen von 4 Mio. Euro einverstanden. Die Beklagte bestätigte den Abschluss des Vertrages mit Schreiben vom 12. April 2005 [Anlage K40].

In Anwendung und unter Ausgleichung der beiderseitigen vertraglichen Zahlungspflichten zahlte die Klägerin am 1. Dezember 2005 und 1. Juli 2005 jeweils 80.000,- € [12]. Weiterhin zahlte sie auf Anfordern der Beklagten am 22. Januar 2007 an diese 80.000,- € unter dem Vorbehalt der Rückforderung [GA 165].

*Die Klägerin behauptet,
die Beklagte habe das Swap-Geschäft mit identischer Vertragsgestaltung gegenüber weiteren Kunden angeboten [256].*

Bei der Präsentation am 7. April 2005 sei ihr nicht dargestellt worden, welches Höchstmaß der Verlust aus dem offerierten Geschäft erreichen könnte (worst-case-Szenario).

*Der Geschäftsführer der Klägerin habe bei dieser Präsentation sinngemäß ausgeführt:
„Wenn es wider Erwarten nicht gut laufen würde, könne man ja aussteigen“ und meinte damit, dass man in einem solchen Falle einvernehmlich eine „Kündigung“ des Vertrages gegen Zahlung eines geringen Betrages seitens der Klägerin in einer Größenordnung von bis zu 80.000,- € erzielen könne [GA 10, 316].*

Die Klägerin beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen,
an die Klägerin
240.000,- € zuzüglich
Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank seit 1.12.2005 bis 30.06.2006 aus 80.000,- € und seit dem 01.07.2006 bis zum 21.01.2007 aus 160.000,- € und ab dem 22.01.2007 aus 240.000,- € zu zahlen,
2. festzustellen,
dass der Beklagten gegen die Klägerin keinerlei weiteren Rechte aus oder im Zusammenhang mit dem CMS-Spread-Sammler-Swap Geschäft (Nr. 1130720 L, Laufzeit 01.06.2005 bis 01.06.2010) zustehen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte behauptet, sie habe hinsichtlich des Swap-Geschäftes mit der Klägerin Gegengeschäfte mit anderen Marktteilnehmern geschlossen (Hedgegeschäfte). Sie habe damit ihre Risiken aus dem Geschäft mit der Klägerin auf jegliche nachfolgende Marktentwicklung abgesichert [GA 50 f].

Gegenüber dem Geschäftsführer der Klägerin sei bei der Präsentation mehrfach mündlich erklärt worden, dass der maximale Gewinn für die Klägerin bei 1 % p.a. und nicht bei 3 % p.a. liege [GA 226].

Die Beklagten macht hilfsweise gegenüber einem Schadensersatzanspruch der Klägerin eine Anrechnung von Vorteilen aus anderen Geschäften in Höhe von insgesamt 304.748,53 € geltend.

Das Gericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen T., A, F. und S.. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Vernehmungsprotokoll verwiesen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Sitzungsprotokolle sowie auf den weiteren Inhalt der Schriftsätze der Parteien Bezug genommen, hinsichtlich der Schriftsätze jedoch nur soweit, wie diese bis zum Zeitpunkt, der der letzten mündlichen Verhandlung entspricht, eingereicht wurden.

Entscheidungsgründe

I.

Die Klage ist zulässig.

Für den Feststellungsantrag besteht das erforderliche Feststellungsinteresse, denn es ist hinreichend wahrscheinlich, dass der Klägerin aus dem streitgegenständlichen Swapgeschäft in Zukunft weitere Verluste drohen.

II.

Die Klage ist im Wesentlichen begründet. Die Vertragsklausel zur Berechnung der Zahlungspflichten der Parteien verstieß gegen das Transparenzgebot. Zudem klärte die Beklagte die Klägerin nicht hinreichend über den für sie bestehenden Interessenskonflikt aufgrund des Nettoerlöses, den sie aus dem Geschäft ziehen wollte.

1. Der Klägerin steht ein Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Zahlungen gemäß § 812 BGB zu, denn das streitgegenständliche Swap-Geschäft war wegen der Verletzung des Transparenzgebots bei der Fassung der Klauseln zur Berechnung der Zahlungspflichten insgesamt unwirksam; das Festhalten an dem Vertrag wäre für die Klägerin eine unzumutbare Härte (§§ 307 I 2, 306 III BGB).

a) Bei den Klauseln zur Berechnung der Zahlungspflichten zwischen den Parteien handelte es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne von § 305 I BGB. Die Klauseln, welche den von der Beklagten zu zahlenden Zinssatz und die Formel zur Berechnung der auf die Klägerin entfallenden Zahlungspflicht enthalten, sind von der Beklagten vor dem Verhandeln und vor dem Abschluss des Vertrages formuliert und in die Vertragsverhandlungen eingebracht worden. Sie waren damit vorformuliert und von der Beklagten gestellt (vgl. Erman/Roloff, BGB, 11. Aufl., § 305, Rn. 12).

Diese Klauseln waren auch für eine Vielzahl von Verträgen gedacht. Insoweit kommt es nicht darauf an, ob konkrete weitere Vertragsschlüsse festgestellt werden können, in denen diese Klauseln identisch verwendet wurden. Es reicht ihre Verwendung in einem ersten Verwendungsfall, wenn diese Klauseln gleichwohl für eine Vielzahl von Verwendungen formuliert wurden (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 67. Aufl., § 305, Rn. 9 mwN.). Entscheidend ist demnach der Umstand, dass die Klausel nicht in Hinblick auf einen einzelnen konkreten Vertrag formuliert wurde, sondern nach den Vorstellungen zum Zeitpunkt ihrer Vorformulierung im Rahmen des weiteren Betriebsablaufs beim Verwender auch für mehrere Verträge hätte Verwendung finden können (vgl. BGH NJW 1997, 135 unter I 2 b, mwN.).

Nach dem Vortrag der Parteien und dem Ergebnis der Beweisaufnahme ist das Gericht davon überzeugt, dass die Klauseln zur Bestimmung der Zahlungspflichten der Parteien in dem Swap-Geschäft nicht nur für das Geschäft mit der Klägerin sondern auch für eine unbestimmte Vielzahl anderer Geschäfte hätte zur Anwendung kommen können. Die Beklagte wollte dieses auf den Spread zwischen zwei Swap-Mittelsätzen abstellende Geschäft auch mit anderen Kunden abschließen. Deshalb wurde hierüber auch in einer Veranstaltung der Beklagten gegenüber mehreren Kunden referiert, wie es die Zeugen A und S. bekundeten [GA 330, 338] und im Übrigen die Klägerin insoweit unbestritten vorgetragen hat [GA 256]. Weiterhin haben die Zeugen A und S. insoweit glaubhaft und glaubwürdig bekundet, dass das Swap-Geschäft, so wie sie es von der Produktabteilung der Beklagten bekommen haben, auch mit anderen Kunden hätten abschließen können [GA 330, 338]. Die Klauseln zur Bestimmung

bzw. Berechnung der Zahlungspflichten in dem Swap-Geschäft stammten auch von der Produktabteilung der Beklagten und wären auch nur unter deren Einbeziehung seitens der Beklagten abänderbar gewesen, wie es der Zeuge F. insoweit glaubhaft und glaubwürdig bekundete [GA 333]. Danach war der Betriebsablauf bei der Beklagten so gestaltet, dass ihr Vertrieb in ganz Deutschland - die vernommenen Zeugen waren nur für vier Landkreise zuständig - die von der Produktabteilung formulierten Klauseln zur Zahlungspflicht in den Swap-Verträgen hätten zur Anwendung bringen können und bei Kenntnis eines in Frage kommenden Kunden auch sollten. Dies reicht für eine Absicht, die Klauseln für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert zu haben, aus.

b) Diese Klauseln waren auch nicht im Sinne von § 305 I 3 BGB zwischen den Parteien ausgehandelt.

Ein Aushandeln von Vertragsbedingungen, die von einer Vertragspartei vorformuliert und gestellt worden sind, liegt noch nicht vor, wenn über sie intensiv verhandelt wurde (vgl. BGHZ 143, 104 unter II 2 b aa; BGH BB 1988, 14 unter II 3). Es genügt nicht, dass das gestellte Formular dem Verhandlungspartner bekannt ist und nicht auf Bedenken stößt, dass der Inhalt lediglich erläutert oder erörtert wird und den Vorstellungen des Partners entspricht. Von einem Aushandeln im Sinne von § 305 I 3 BGB kann vielmehr erst dann gesprochen werden, wenn der Verwender den in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen "gesetzesfremden Kerngehalt" bzw. intransparenten Klauselinhalt, also die den wesentlichen Inhalt der gesetzlichen Regelung ändernden oder ergänzenden bzw. unklar oder unverständlichen Bestimmungen, inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt mit zumindest der realen Möglichkeit, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen. Er muss sich also deutlich und ernsthaft zur gewünschten Änderung einzelner Klauseln bereit erklären. In aller Regel schlägt sich eine solche Bereitschaft auch in erkennbaren Änderungen des vorformulierten Textes nieder. Allenfalls unter besonderen Umständen kann ein Vertrag auch dann als Ergebnis eines "Aushandelns" gewertet werden, wenn es schließlich nach gründlicher Erörterung bei dem gestellten Entwurf verbleibt (vgl. BGHZ 143, 104 unter II 2 b aa, mwN.). Eine allgemeine Bereitschaft, Vertragsklauseln auf Anforderung des Vertragspartners zu ändern, erfüllt nicht die Voraussetzungen für ein Aushandeln der konkreten Vertragsklausel (vgl. BGH NJW-RR 2005, 1040).

Ein solches konkretes, deutliches und ernsthaftes Anerbieten seitens der Beklagten, die Klauseln zur Zahlungspflicht der Parteien in ihrer Formulierung zur Disposition zu stellen,

hat die Beklagte nicht vorgetragen. Ihrem Vortrag ist einzig zu entnehmen, dass sie angeboten hat, den Betrag für das Nominalvolumen den Wünschen der Klägerin anzupassen [GA 413]. Dies ist nach den Bekundungen der Zeugen auch insoweit geschehen, dass die Parteien darüber diskutierten, ob das Nominalvolumen bei vier oder fünf Millionen Euro liegen sollte. Die Vorgabe aus dem Term-Sheet bezeichnet insoweit einen Betrag von „EUR 2.600.000,- (bis 5.200.000,-)“ [Anlage B21]. Darüber hinaus ist dem Vortrag der Beklagten jedoch nur zu entnehmen, dass die Parteien intensiv über den Vertrag und seine Bedingungen verhandelten und die Bereitschaft bestanden hätte, Vertragsklauseln anzupassen, wenn ein solcher Wunsch aufgekommen wäre [GA 413]. Soweit die Beklagte vorträgt, dass die möglichen Chancen für die Klägerin auch mehr als 1 % hätten betragen können, wenn im Gegenzug die Schwellenwerte für die Bestimmung der Tage, die die Anzahl „N“ für die Formel zur Berechnung der Zahlungspflicht der Klägerin ergeben, gesenkt worden wären, betrifft dies ebenfalls nicht den unklaren und missverständlichen Teil der Klauseln zur Berechnung der Zahlungspflichten der Parteien. Damit hat die Beklagte diesen Teil ihrer Klauseln nicht konkret zur Disposition gestellt und keine reale Möglichkeit für eine andere Formulierung aufgezeigt.

c) Die Klauseln zur Darstellung der Zahlungspflichten der Parteien, wonach die Beklagte einen Zins von 3 % p.a. und die Klägerin eine nach der in der Präsentation [Anlage B 20] dargestellten Formel „ $2\% + 5\% * 2N/D$ “ jeweils bezogen auf das Nominalvolumen halbjährlich zu zahlen hatten, verstießen gegen § 307 I 2 BGB, weil die Beklagte mit dieser Fassung nicht diejenige gewählt hat, die die kundenbelastende Wirkung deutlich macht; vielmehr unterdrückt sie sie.

aa) Der Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen hat darin die Rechte und Pflichten seines Vertragspartners möglichst klar und durchschaubar darzustellen (vgl. BGHZ 112, 115 unter II 1). Der Verwender ist nicht gezwungen, jede AGB-Regelung gleichsam mit einem umfassenden Kommentar zu versehen. Auch ist anzuerkennen, dass bei schwierigen und komplexen Regelungen die Bemühungen für eine klare und durchschaubare Darstellung ab einem bestimmten Punkt nicht mehr optimiert werden können oder allenfalls nur noch marginale Verbesserungen möglich erscheinen. Um den AGB-Verwender nicht zu überfordern, dürfen sich die Anforderung an Klarheit und Durchschaubarkeit der Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen deshalb nur auf das Beschränken, was noch im Rahmen des Möglichen formulierbar ist. In diesem Rahmen ist er jedoch verpflichtet, von vorneherein auf die Verständnismöglichkeiten des Durchschnittskunden Rücksicht zu nehmen und, wenn dies ohne unangemessene Ausweitung des Textumfangs möglich ist, zwischen

mehreren möglichen Klauselfassungen diejenige zu wählen, bei der die kundenbelastende Wirkung einer Regelung nicht unterdrückt, sondern deutlich gemacht wird (vgl. BGHZ 112, 115 unter II 1 c).

Dieses Gebot der Transparenz gilt in besonderer Weise für Bedingungen von Finanztermingeschäften gemäß § 2 II+IIa WpHG, denn nach dem auf der Europäischen Richtlinie 93/22/EWG des Rates vom 10. Mai 1993 über Wertpapierdienstleistungen (Amtsbl. L 141 v. 11.06.1993, S. 27) beruhenden § 31 WpHG (a.F. vom 1.8.1998 bis 19.07.2007) müssen Wertpapierdienstleistungsunternehmen ihren Kunden alle zweckdienlichen Informationen zuteil werden lassen. Im Hinblick auf Nr. 2 der Europäischen Wohlverhaltensregeln für Wertpapiertransaktionen (Anlage zur Empfehlung der Europäischen Kommission vom 25.07.1977 (77/534/EWG), Amtsbl. L 212 vom 20.08.1977, S. 37) bedeutet dies, dass jedenfalls die die Hauptleistungspflichten darstellenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Wertpapiergeschäfts einschließlich der Finanztermingeschäfte so zu gestalten sind, „dass ihre Bedeutung und Tragweite leicht erfasst werden kann“ (vgl. Assmann/Schneider/Koller, WpHG, 4. Aufl., § 31, Rn. 146).

Demnach reicht es für die Fassung von AGB für Finanztermingeschäfte nicht aus, die darin geregelten Hauptleistungspflichten mit ihrer den Kunden belastenden Wirkung überhaupt in einer ggf. gerade noch verständlichen Weise darzustellen. Vielmehr gebietet das Transparenzgebot dem Wertpapierdienstleistungsunternehmen, das das Finanztermingeschäft anbietet, diese Kunden belastende Wirkung möglichst so leicht verständlich zu formulieren, dass diese Wirkung unschwer mit möglichst wenigen Zwischenschritten mit hinreichender Präzision erfasst wird.

bb) Diesen Anforderungen werden die Klauseln zur Formulierung der Zahlungspflichten in dem zwischen den Parteien geschlossenen Swap-Geschäft in zweifacher Hinsicht nicht gerecht.

(1) Für ein solches Swap-Geschäft ist es erforderlich, dass der Kunde erkennen kann, welche Gewinnmöglichkeiten ihm das Geschäft bietet; nur so kann er die Angemessenheit der mit dem Geschäft verbundenen Verlustrisiken beurteilen.

Die Gewinnmöglichkeiten für die Klägerin ergaben sich aus der die Zahlungspflicht der Beklagten regelnden Festsetzung, wonach diese der Klägerin in halbjährlichen Raten „3 % p.a.“ vom Nominalvolumen zu zahlen hatte. Dass hier ein Prozentsatz genannt und nicht

sogleich der sich aus dem Nominalvolumen errechnende absolute Betrag angegeben wurde ($3\% \times 4 \text{ Mio. €} = 120.000 \text{ €}$ pro Jahr bzw. $60.000,- \text{ €}$ pro Halbjahr), verstieß nicht gegen das Transparenzgebot, denn der angegebene Prozentsatz verschaffte eine Vergleichbarkeit bei unterschiedlichen Nominalvolumina und ggf. unterschiedlichen Geschäften. Dies entspricht bei gewöhnlichen Wetten der Angabe einer Wettquote anstelle der Angabe von absoluten Beträgen.

Der Prozentsatz von 3% suggerierte indessen, dass der Kunde 3% vom Nominalvolumen pro Jahr höchstmöglich gewinnen könne und die hiervon abzuziehende Zahlungspflicht des Kunden, jeweils ihren eigenen Gesetzmäßigkeiten unterliege. Insbesondere bei einem Swap-Geschäft, bei dem die Zahlungspflicht des Kreditinstituts mit einem festen Zinssatz definiert wird und somit nur die Zahlungspflicht des Kunden sich variabel gestaltet, hat der Kunde die zumindest theoretische Vorstellung, dass seine variable Zahlungspflicht theoretisch bis auf Null gehen kann, jedenfalls soweit dem einschlägige konkrete Marktgesetzmäßigkeiten nicht entgegen stehen. Insoweit vermag der Kunde den Eindruck gewinnen, die Zahlungspflicht des Kreditinstituts stellt auch zugleich seinen (theoretisch) höchstmöglichen Gewinn dar.

Dieser Schein trägt in dem streitgegenständlichen Swap-Geschäft, weil die Klägerin ebenso einen festen Zinssatz von $2\% \text{ p.a.}$ mindestens an die Beklagte zurück zu zahlen hatte. Um ihre Gewinnmöglichkeit zu bemessen, musste die Klägerin also zunächst von den versprochenen 3% ihre Zahlungspflicht von 2% abziehen. Dieser Rechenschritt ist für sich genommen nicht schwer. Er ist aber zu vollziehen, um das Chancen-Risiko-Verhältnis des Geschäftes richtig und vollständig zu erfassen und birgt damit das Risiko eines Missverständnisses beim Kunden, wenn er ihn bei allen seinen Überlegungen aus Versehen unterlässt oder sich angesichts der Komplexität des Geschäfts im Übrigen nicht die Mühe machen will, das Geschäft mathematisch richtig zu verstehen. Im Hinblick darauf ist es deshalb für eine möglichst leichte Erfassung der Bedeutung und Tragweite dieser Klauseln erstrebenswert gewesen, diesen Rechenschritt zu vermeiden, indem die Zahlungspflicht der Beklagten sogleich auf $1\% \text{ p.a.}$ reduziert, die Zahlungspflicht der Klägerin ohne den Summanden „ $2\% \text{ p.a.}$ “ definiert und schließlich die maximale Zahllast der Klägerin auf 5% reduziert worden wäre.

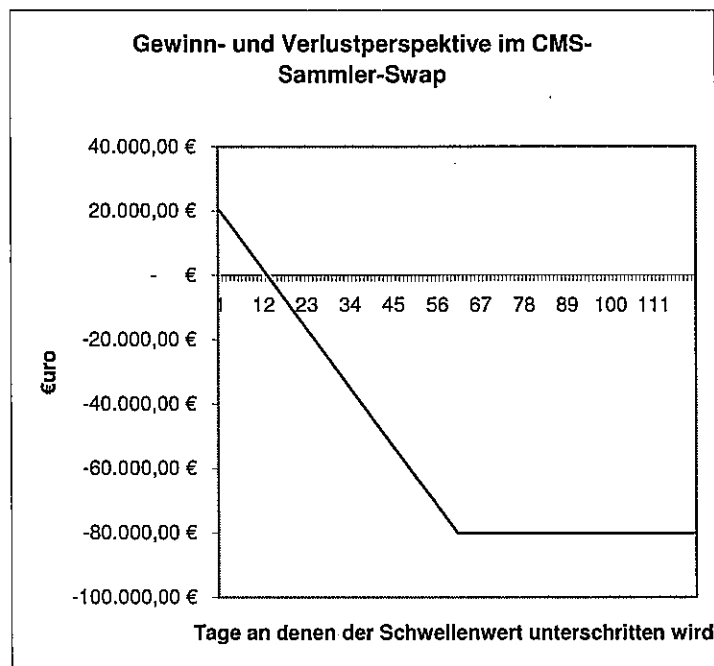
Eine Formulierung der Zahlungspflicht in dieser, einfacheren Form war indessen nicht nur erstrebenswert, sondern im Sinne des Transparenzgebotes geboten gewesen, denn nach dem übereinstimmenden Vortrag der Parteien gab es für die kompliziertere Darstellung der Zahlungspflichten, wie sie in dem Swap-Vertrag vereinbart wurden, nicht den geringsten

Grund; diese Formulierung entsprach keinem Interesse auch nur einer der beiden Parteien (GA 311). Dass der Zinssatz von 3 % dem damaligen durchschnittlichen Swapsatzniveau mit einer Laufzeit von 5 Jahren entsprochen haben soll, lässt nicht erkennen, warum man diesen Prozentsatz der Zahlungspflicht der Beklagten zugrunde legen soll oder die Parteien irgendein Interesse daran gehabt hätten. Dem Gebot, soweit es mit gleichlanger Textfassung möglich ist, die Kunden belastende Wirkung möglichst leicht verständlich darzustellen, hat die Beklagte deshalb nicht genügt.

(2) Gleiches gilt für die Formulierung der Zahlungspflicht der Klägerin mit der Multiplikation und Division „5 % * 2N/D“ (besser: 5%·2·N/D). Der Rechenschritt „5%·2“ war völlig unnötig und hätte leicht und besser als „10 %“ dargestellt werden können, so dass die Gesamtformel „10%·N/D“ gelautet hätte.

Eine Formel „5 % * 2N/D“ war auch nicht aufgrund der maximalen Kappung in Höhe von 5 % (bzw. 7 % bei Hinzurechnung von weiteren 2 %) veranlasst. Die Anlehnung an den Kappungssatz von 5 % bzw. 7 % hätte allenfalls einen trügerischen Verlauf des Verhältnisses von Chancen- und Risiken vermitteln können.

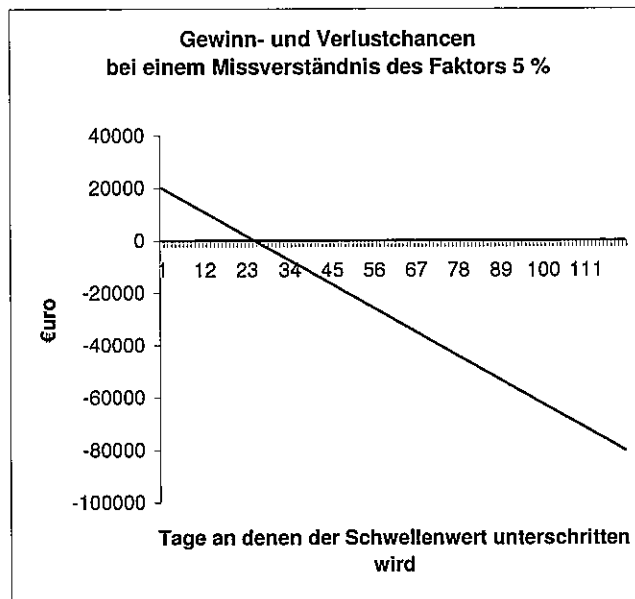
Tatsächlich ergab sich bei Anwendung der vereinbarten Zahlungspflichten für jedes Halbjahr eine von den Tagen, an denen der Schwellenwert unterschritten wird, abhängige Gewinn- und Verlustperspektive wie folgt:



[Zur Vereinfachung werden für die obige Grafik 120 Bankarbeitstage pro Halbjahr unterstellt]

Bei dieser Grafik wirkt sich aus, dass die Verlustrisiken um den Faktor von 10 % recht steil nach unten sinken und damit der maximale Verlustbetrag bereits bei der Hälfte der möglichen Tage erreicht wird.

Missversteht man die Klausel zur Berechnung der Zahlungspflicht des Kunden, indem man von einem Faktor von 5 % ausgeht und übersieht, dass dieser Faktor noch zu verdoppeln ist, gerade weil die maximale Zahllast bei 5 % (bzw. 7 % bei einer Zahllast der Beklagten von 3 %) definiert wird, so würde der Kunde bei diesem Missverständnis die Gewinn- und Verlustperspektive wie folgt verstehen können:



Das Abstellen auf einen geringeren Faktor von 5% vermag deshalb dem Kunden eine wesentlich günstigere Gewinn- und Verlustperspektive zu vermitteln, wenn er die Verdopplung dieses Faktors übersieht bzw. bei seinen Überlegungen versehentlich nicht berücksichtigt. Dieser geringere Faktor stimmt dann mit der maximalen Begrenzung von 5% bzw. 7% (bei weiterer Hinzurechnung von 2%) überein, sodass dem Kunden auch nicht sofort auffällt, dass der Faktor in Wahrheit über der maximalen Kappungsgrenze liegt. Auch damit kann das Missverständnis gefördert werden, die Gewinn- und Verlustperspektive verlaufe vollständig linear, weil das höchst mögliche Produkt von „5%·N/D“ der maximalen Kappungsgrenze entspricht. Dabei kann sich der Kunde zwar sodann fragen, wofür es dieser Kappungsgrenze denn bedarf, und insoweit seinen Irrtum aufdecken. Sofern er diese weitere

Überlegung nicht trifft, bleibt es indessen bei der Möglichkeit seine Zahlungspflichten falsch zu verstehen.

In jedem Falle stellt die Aufspaltung des Faktors „10 %“ in „5%·2“ eine mögliche Fehlerquelle für ein Missverständnis beim Kunden dar und zwar auch und gerade weil mit der Zahl „5 %“ (ggf. zusammen mit dem weiteren Summanden „2 %“) die Kappungsgrenze von 5 % bzw. 7 % angesprochen wird. Das Ansprechen dieser Kappungsgrenze verstärkt eher die Möglichkeit zur irrtümlichen Annahme eines komplett linearen Verlaufs der Gewinn- und Verlustperspektive, als dass es ein solches Missverständnis vermeidet.

Die Formulierung der Zahlungspflicht mit der Multiplikation und Division „5 % * 2N/D“ (besser: $5\% \cdot 2 \cdot N/D$) hat damit die Kunden belastende Wirkung nicht in der Weise dargestellt, dass sie möglichst leicht verständlich und diese Wirkung mit möglichst wenig Zwischenschritten hinreichend zuverlässig erfasst werden kann. Hierfür hätte dieser Teil der Formel schlicht auf „10 %-N/D“ lauten müssen.

cc) Diese unnötigen Zwischenschritte für das Errechnen der gegenseitigen Zahlungspflichten und damit für die Beurteilung der Gewinn- und Verlustperspektiven aus dem Swap-Geschäft verstießen gegen das Transparenzgebot. Die damit für die Klägerin eingetretene Erschwernis ist nicht so marginal, dass darin kein Verstoß gegen das Transparenzgebot zu sehen wäre.

Zweifelsfrei bezweckt das Transparenzgebot gemäß § 307 I 2 BGB nicht im Nachhinein die Bedingungen eines Vertrags darauf zu untersuchen, ob diese nicht in einer noch besseren, perfekteren Weise hätten formuliert werden können. Das Gebot bezweckt allein eine unangemessene Benachteiligung dadurch zu vermeiden, dass der AGB-Verwender es seinem Kunden in unnötiger Weise erschwert, die ihn belastende Wirkung der vorformulierten Vertragsbedingungen zu erkennen und damit die Gefahr besteht, dass der Kunde den Vertrag als für ihn günstiger ansieht, als er in Wirklichkeit ist. Bereits darin liegt in der Regel eine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 I BGB (vgl. BGHZ 136, 394 unter 3 b).

Diese Gefahr einer unangemessenen Benachteiligung hat die Beklagte jedenfalls mit den beiden unnötigen Erschwernissen bei der Berechnung der Zahlungspflichten begründet und die Grenze zu einer bloß marginal anderen Formulierung überschritten. Zwar kann ein Jurist in der Zeit, die er für die Beurteilung des vorliegenden Rechtsstreits aufzubringen hat, ohne weiteres die rechnerische Bedeutung der Formeln zu Berechnung der Zahlungspflichten der beiden Parteien in dem Swap-Geschäft letzten Endes vollumfänglich erkennen und

durchschauen. Für die Frage, ob diese Formeln die Gefahr einer unangemessenen Benachteiligung begründen, kommt es indessen auf die Verhandlungssituation des Nicht-Juristen an, der vor Abschluss des Geschäfts dessen Bedingungen vollständig erfassen können soll. Dies gilt insbesondere für eine Definition der Hauptleistungspflichten, wie sie vorliegend durch die beanstandeten Formeln und Zinssätze begründet werden. Ohne Kenntnis dieser Pflichten weiß der Kunde im Grunde überhaupt nicht, worauf er sich bei dem Geschäft konkret einlässt, da diese Pflichten aber gleichwohl im Vertrag textlich definiert sind, kann der Kunde sich auch nicht auf den Schutz aus § 315 III BGB berufen.

Für Swap-Geschäfte der streitgegenständlichen Art ist diese Gefahr besonders kritisch und deshalb besonders früh zu sehen, weil der Kunde eine Vorstellung über das Verhältnis von Chancen und Risiken aus einem solchen Geschäft nur mit einer richtigen Vorstellung des mathematisch zu berechnenden Kurvenverlaufs für die Gewinn- und Verlustperspektiven des Geschäfts (sie dazu die oben zu erst dargestellte Grafik) erkennen kann. Täuscht er sich hierbei, so geht er Risiken ein, die er ggf. nicht wollte. Er würde damit seinem Geschäftspartner und AGB-Verwender Gewinnmöglichkeiten eröffnen, die dieser bei einer richtigen Einschätzung der mathematischen Zusammenhänge des Geschäfts nicht erhalten hätte.

Nicht zuletzt aus diesen Gründen ist der Kunde bei Wertpapiergeschäften im Allgemeinen und bei Swap-Geschäften im Besonderen so zu informieren, dass er die Bedeutung und Tragweite des Geschäfts leicht erfassen kann (vgl. Nr. 2 der Europäischen Wohlverhaltensregeln für Wertpapiertransaktionen - Anlage zur Empfehlung der Europäischen Kommission vom 25.07.1977 (77/534/EWG), Amtsbl. L 212 vom 20.08.1977, S. 37; Assmann/Schneider/Koller, aaO, § 31, Rn. 146). Ein Mangel an Transparenz ist deshalb schon dann festzustellen, wenn die Erschwernisse für die Erfassung und Berechnung der Hauptleistungspflichten eines Swap-Geschäftes insgesamt als gering erscheinen, jedenfalls soweit diese Erschwernisse leicht zu beheben gewesen wären und obendrein im Grunde - mathematisch gesehen - nahe lagen.

Um das Transparenzgebot handhabbar zu gestalten, sollte ein Verstoß durch eine Formulierung von mathematischen Berechnungsformeln mit gänzlich unnötigen Rechenschritten bereits dann angenommen werden, wenn bereits ein einziger in solcher Weise unnötiger Rechenschritt darin enthalten ist. Ein Verstoß gegen das Transparenzgebot wäre kaum verlässlich zu bestimmen, wenn das Gericht zu entscheiden hätte, ob die Zahlungspflicht der Klägerin mit der Formel „ $2+5 \cdot 2 \cdot N/D$ “, der Formel „ $1+1+100/10 \cdot N/D$ “,

oder der Formel „ $254/127+(560 \cdot N)/(7 \cdot D \cdot 8)$ “ noch hinreichend transparent beschrieben worden wäre.

Jedenfalls bei Vorliegen von zwei solchen unnötigen, wenn auch im Grunde leicht zu überwindenden Rechenschritten ist die Gefahr, dass der Kunde die Berechnung der Hauptleistungspflichten erst gar nicht versucht zu verstehen oder dabei einem Irrtum erliegt, im Verhältnis zu der Leichtigkeit, eine bessere und klarere Fassung dieser Berechnungsformeln zu formulieren, so hoch einzuschätzen, dass darin eine unangemessene Benachteiligung des Kunden wegen mangelnder Transparenz in den Vertragsbedingungen liegt. Andernfalls bestünde die Gefahr, die auch vorliegend in Betracht zu ziehen ist, dass das Wertpapierdienstleistungsunternehmen die Zahlungspflichten aus einem Swap-Geschäft bewusst mit unnötigen Rechenschritten versieht. Der Vortrag der Beklagten lässt jedenfalls nicht plausibel erkennen, wie es überhaupt zur Aufnahme dieser Rechenschritte in die Formeln für die Zahlungspflichten gekommen ist.

d) Der Mangel an Transparenz bei der Abfassung der Klauseln für die Zahlungspflichten aus dem Swap-Geschäft war nicht dadurch gerechtfertigt, dass die Klägerin ein Formkaufmann ist und bereits mehrere Swap-Geschäfte zuvor mit der Beklagten abgeschlossen hatte.

Die bei diesen Geschäften oder aus der Kaufmannseigenschaft gewonnenen Kenntnisse haben der Klägerin nicht geholfen, die Klauseln besser zu verstehen. Das Swap-Geschäft bedurfte ohnehin besonderer Kenntnisse und Erfahrungen im geschäftlichen Verkehr und Wirtschaftsgeschehen, um dessen Tragweite - unabhängig von der konkreten Formulierung der Klauseln zur Berechnung der Zahlungspflichten - so verstehen zu können, dass man sich auf ein solches Geschäft hätte einlassen und der Klägerin dementsprechend hätte empfehlen dürfen.

Dieses Kenntnis- und Erfahrungsniveau betrifft aber nicht den Gesichtspunkt, der vorliegend die Transparenz durch zwei unnötige Erschwernisse bei der Berechnung der Zahlungspflichten beeinträchtigt. Wie bereits ausgeführt, ergibt sich die Gefahr einer unangemessenen Benachteiligung auch nicht daraus, dass die Klägerin diese Berechnungsklauseln überhaupt nicht hätte verstehen können, sondern dass sie wegen der Erschwernisse bei der Anwendung dieser Klauseln einem Irrtum unterliegt oder überhaupt davon absieht, den Inhalt und die Bedeutung dieser Klauseln zu erfassen. Für diese Gefahr eines Irrtums oder einer Außerachtlassung des für das Geschäft maßgeblichen Inhalts dieser

Klauseln bleibt es im Grunde gleichgültig, ob es sich bei der Klägerin um einen gewöhnlichen Verbraucher oder um einen Kaufmann handelte. Die Klägerin war kein Kaufmann auf dem Gebiet der Wertpapiergeschäfte, weshalb diese Geschäfte nicht zu jenen gehörte, die ihr vertraut waren und damit zu einer besseren Vorsorge in der Lage gewesen wäre; sie konnte deshalb grundsätzlich das selbe Maß an Sorgfalt seitens der Beklagten bei der transparenten Ausarbeitung von Geschäftsbedingungen erwarten wie bei einem Privatkunden (vgl. BGH NJW 2005, 2006 unter 2 c cc). Die Beklagte musste auch erkennen, dass für die Klägerin letzten Endes nur natürliche Personen handeln konnten, denen ein Irrtum oder eine Nachlässigkeit in dem Bemühen, die Klauseln zu erfassen, genauso unterlaufen konnte, wie einem gewöhnlichen Verbraucher. Da das Swap-Geschäft nicht zu dem gewöhnlichen Geschäftsfeld der Unternehmenstätigkeit der Klägerin gehörte, konnte die Beklagte nicht erwarten, dass die Klägerin mit einer fachspezifischen Sorgfalt eines auf Wertpapiergeschäften spezialisierten Kaufmanns die Klauseln des Geschäfts prüfen und beurteilen werde.

Die Beklagte konnte lediglich erwarten, dass die Klägerin das Swap-Geschäft nicht mit dem Zeitaufwand wie bei einem alltäglichen Geschäft eines Verbrauchers beurteilen sondern mit einem ihrer professionellen Tätigkeit entsprechenden Zeitaufwand betrachten werde. Dieser erhöhte Zeitaufwand allein, der auch mit der Präsentation seitens beider Parteien betrieben wurde, vermochte indessen der Gefahr eines Irrtums oder einer Außerachtlassung der Bedeutung der Klauseln schon deshalb nicht hinreichend begegnen, weil das Geschäft auch im Übrigen äußerst komplex und eher schwer zu durchdringen ist. Der Gefahr eines solchen Irrtums oder einer solchen Außerachtlassung konnte nur durch eine möglichst leicht verständliche Fassung der Klausel begegnet werden.

e) Der Verstoß gegen das Transparenzgebot wurde auch nicht dadurch geheilt, dass die Beklagte der Klägerin im Rahmen der Vertragsverhandlungen die klare und deutliche Bedeutung der Berechnungsformeln für die Zahlungspflichten aus dem Swap-Geschäft unter Bereinigung der mathematischen Zwischenschritte vermittelt hätte.

Die Beweislast für eine solche Aufklärung zur Vermittlung einer transparenten Bedeutung der Zahlungspflichten lag bei der Beklagten als Verwenderin der AGB (vgl. BGHZ 116, 1 unter II 4; BGH NJW 1992, 1097 unter II 5).

aa) Zu den Rechenschritten für die Berechnung der Zahlungspflicht der Klägerin („ $5\% \cdot 2 \cdot N/D$ “ = „ $10\% \cdot N/D$ “) hat die Beklagte nicht vorgetragen, dass der Klägerin die einfachere Berechnungsweise erläutert worden sei.

bb) Zu dem Umstand, dass die Zahlungspflicht der Beklagten im Grunde nur 1 % p.a. betrug, weil die Klägerin von den vereinbarten 3 % p.a. sogleich 2 % p.a. an die Beklagte zurückzahlen müsse, gibt der Vortrag der Beklagten auch nicht zu erkennen, wie man die Zahlungspflichten richtig verstehen müsse, nämlich eine Zahlungspflicht der Beklagten von 1 % und eine Zahlungspflicht der Klägerin von $10\% \cdot N/D$ (bzw. $5\% \cdot 2 \cdot N/D$) mit einer Kappungsgrenze von 5%.

(1) Die Beklagte trägt lediglich vor, der Klägerin sei verdeutlicht worden, dass ihre Gewinnchance bei maximal 1% gelegen habe, während sie maximal 4% habe verlieren können. Dieser Vortrag stellt zwar ein wesentliches Ergebnis der Berechnungen heraus, bringt aber nicht zum Ausdruck, wie die einfacheren Rechenschritte lauten; es bliebe auch nach diesem Vortrag bei einer Darstellung der Zahlungspflichten wie im Verträge niedergelegt.

(2) Zudem vermochte das Gericht sich von diesem Vortrag der Beklagten, der Klägerin seien die maximalen Gewinnchancen von 1% p.a. und der maximale Verlust von 4% p.a. in der Präsentation vom 05.04.2005, anhand der angebotenen Beweismittel keine Überzeugung bilden.

Die Zeugen A, F. und ansatzweise auch der Zeuge S. haben eine solche Darstellung der Präsentation zwar bekundet. Das Gericht erachtet es auch für möglich, dass die maximalen Gewinnchancen und Verlustrisiken darin erörtert wurden. Es vermag darin aber keine Gewissheit zu erkennen. Vielmehr bleiben ernst zu nehmende Zweifel an der Wahrheit dieser Bekundungen.

Diese Zweifel ergeben sich zunächst aus dem Umstand, dass alle drei Zeugen bei der Beklagten angestellt sind und im Vertrieb für Produkte der streitgegenständlichen Art beschäftigt sind. Es ist damit ihre Aufgabe solche Geschäfte gerichtsfest abzuschließen, weshalb allgemein von einem Interesse ihrerseits auszugehen ist, dass die Beklagte im vorliegenden Rechtsstreit obsiegen werde. Dieses Interesse konnte sie dazu bewegen haben, die genauen Geschehnisse bei der Präsentation vom 05.04.2005 falsch darzustellen oder eine Erinnerung als wahr wiederzugeben, obwohl ihnen eine wahrheitsgemäße Erinnerung an das Geschehen fehlte.

Weiterhin steht ihren Bekundungen die Bekundungen der Zeugin T. entgegen, wonach insbesondere über das maximale Verlustrisiko bei der Präsentation nicht gesprochen worden sei (GA 320). Die Bekundungen dieser Zeugin begegnen zwar insgesamt gewissen Zweifeln an ihrer Glaubwürdigkeit, weil sie zunächst bekundete, sie könne sich nicht daran erinnern, ob über die Möglichkeit eines Aussteigens aus dem Geschäft von einer der beiden Vertragsparteien gesprochen worden sei. Erst auf konkreten Vorhalt vermochte sie sich dann konkret an eine solche Aussage unter Zitierung ihres konkreten Wortlauts erinnern. Das Gericht hegt insoweit den Zweifel, dass die Zeugin letzteres nur bekundete, um der Klägerin zu helfen. Indessen erachtet das Gericht die Bekundungen der Zeugin T., dass über ein Worst-Case-Szenario nicht gesprochen wurde, Herr A die ausgehändigten Präsentationsunterlagen nur zusammenfassend vorgetragen habe und nicht auf die einzelnen Seiten zu sprechen gekommen sei, für wesentlich glaubwürdiger. Denn im Zusammenhang mit den Ausführungen des Geschäftsführers der Klägerin, die aufgrund ihrer Darstellungsweise im Termin eine wesentlich lebendigere Erinnerung zum Ausdruck brachten und wesentlich prompter und spontaner als die Bekundungen der Zeugen gegeben wurden, sieht das Gericht eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass die Mitarbeiter der Beklagten sich bei der Präsentation zwar bemühten die ausgehändigten Unterlagen - gemeint ist nur die Anlage B20 - vortragsweise darzustellen, dieser Vortrag aber nicht so geführt wurde, dass der Geschäftsführer der Klägerin und die Zeugin T. den Inhalt dieser Präsentation und damit den Inhalt des Swap-Geschäfts verstanden hätten. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Bedingungen, die die Chancen und Risiken für die Klägerin bestimmten, denn der Geschäftsführer der Klägerin hat bei seiner persönlichen Anhörung am 10.12.2007 mehrfach in der zuvor beschriebenen, eher glaubwürdigen Art und Weise bekundet, dass er von den Geschäften im Grunde nichts verstehe, dies den Mitarbeitern der Beklagten so erklärt habe, sich darauf verlassen habe, dass die Mitarbeiter der Beklagten ihm keine schlechten Geschäfte anbieten werde, und er für den Fall eines schlechten Verlauf des Geschäfts den Eindruck hatte, einvernehmlich das Geschäft zu erträglichen Bedingungen beenden zu können (zum Teil ist die Aufnahme dieser Bekundungen des Herrn K. in das Protokoll versehentlich unterblieben und wird hiermit als Tatbestand des Urteils dokumentiert). Für die Glaubwürdigkeit der Bekundungen des Geschäftsführers der Klägerin spricht insbesondere, dass er nicht bei dem Vortrag seines Prozessbevollmächtigten geblieben ist, die Klägerin habe aus dem Geschäft jederzeit „aussteigen können“, sondern herausstrich, dass eine Beendigung des Geschäfts nur einvernehmlich hätte stattfinden können.

Gleichwohl reichen die Bekundungen des Geschäftsführers der Klägerin nicht, um von deren Richtigkeit überzeugt zu sein. Es bleibt insoweit der Zweifel, dass der Geschäftsführer der Klägerin nur aus eigenem Interesse für die Klägerin mit gewissen schauspielerischem Talent einen Sachverhalt dargestellt haben könnte, der nicht der Wahrheit entsprach. Eine Parteivernehmung hätte insoweit keine weiteren Erkenntnisse dem Gericht bieten können.

Demgegenüber reicht die Art und Weise der Bekundungen des Zeugen A ebenfalls nicht für eine Überzeugung des Gerichts aus. Seine Sprechweise war weniger lebendig, und brachte kaum zum Ausdruck, von einer konkreten Erinnerung getragen zu sein. Seine Darstellung, wie das Worst-Case-Szenario vom Geschäftsführer der Klägerin (Herr K.) und Herrn F. gemeinsam errechnet worden sei, erscheint im Übrigen auch wenig plausibel, denn solche Berechnung stellt wenn überhaupt jeder für sich an. Wahrscheinlicher erscheint indessen, dass ein Kunde sich solche Berechnungen vorrechnen lässt. Das Gericht hat deshalb den Eindruck gewonnen, dass der Zeuge A die Darstellung zum Berechnen des Worst-Case-Szenarios durch Herrn K. nur gewählt hat, um zugleich zu zeigen, wie gut Herr K. die mathematischen Zusammenhänge des Geschäfts beherrscht habe. Dass dies möglicherweise vom Zeugen A so erfunden wurde, wird auch dadurch unterstützt, dass der Zeuge F. sich daran nicht mehr erinnern konnte, obwohl er an dieser Berechnung aktiv beteiligt gewesen sein soll. Vor allem aber steht der Glaubwürdigkeit dieser Bekundungen des Zeugen A entgegen, dass Herr K. unmittelbar im Anschluss daran diese Bekundungen in einer zwar noch die Höflichkeit wahren aber doch mit einem gewissen emotionalen Nachdruck verbundenen Tonlage als eine „absolute Lüge“ bezeichnete. Dieser Aussage des Herrn K. war deutlich ein Element der Entrüstung zu entnehmen, weshalb das Gericht eher geringe Zweifel an der Berechtigung dieses Vorwurfs seitens Herrn K. hegt. Gleichwohl hindern diese Zweifel eine Gewissheit; eine Parteivernehmung hätte insoweit keine Gewissheit zu vermitteln vermocht.

Der Zeuge F. hat zwar auch bekundet, dass der Worst-Case mit einem Betrag von 800.000,- € berechnet worden sei, vermag sich aber nicht mehr daran zu erinnern, ob der Worst-Case auch für ein anderes Nominalvolumen bestimmt worden sei und ob er diese Beträge selbst berechnet habe. Wenn der Zeuge sich daran erinnert, dass ein bestimmter Worst-Case-Betrag genannt worden sei, müsste er sich auch daran erinnern, ob er diesen Betrag zuvor selbst berechnet hat. Insoweit glaubt das Gericht eher, dass der Zeuge F. sich an die Präsentation überhaupt nicht mehr erinnerte oder seine wahren Erinnerungen dem Gericht nicht vollständig offenbaren wollte.

Der Zeuge S. vermochte sich wenn überhaupt nur vage daran erinnern, dass der Worst-Case besprochen wurde.

(3) Die Präsentationsunterlagen (Anlage B20) erwähnen den Prozentsatz von „1%“ zwar zweimal in der Weise, dass die Klägerin ihre Finanzierung für die Laufzeit von 5 Jahren „um bis zu 1% p.a. zusätzlich reduzieren“ könne. Damit wurde indessen, sofern dieser Punkt bei der Präsentation überhaupt erörtert wurde, nicht zum Ausdruck gebracht, dass die Klägerin die Zahlungspflichten aus dem Swap-Geschäft auch einfacher, leichter berechnen könnte. Damit wurde die erforderliche Transparenz für diese Klauseln nicht hergestellt.

Gleiches gilt für das „Term-Sheet“, worin der Worst-Case zwar etwas präziser dargestellt wird. Aber auch aus diesen Unterlagen hätte die Klägerin eine transparentere Berechnungsweise für die Zahlungspflichten aus dem Swap-Geschäft nicht entnehmen können. Es kommt insoweit daher nicht darauf an, inwieweit die Klägerin dieses Term-Sheet überhaupt vorgelegt bekam und Gelegenheit hatte, es zu lesen.

f) Aus dem Verstoß gegen das Transparenzgebot folgt für das zwischen den Parteien abgeschlossene Geschäft für den CMS-Sammler-Swap die Unwirksamkeit des Vertrages.

aa) Die Folge der Unwirksamkeit wegen des Verstoßes gegen das Transparenzgebot ergibt sich auch, obwohl dieser Verstoß vorliegend Klauseln betrifft, die die Hauptleistungspflichten des Vertrages zwischen den Parteien regeln. Das Transparenzgebot gilt mit den Unwirksamkeitsfolgen gemäß § 306 BGB für sämtliche Vertragsbedingungen, auch jene die die Hauptleistungspflichten regeln. Die Einschränkungen der Inhaltskontrolle gemäß den §§ 307 I 1, II, 308, 309 BGB hat der Gesetzgeber für das Transparenzgebot ausdrücklich nicht treffen wollen (§ 307 III 2 BGB; vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 154; 14/7052, S. 188; BGHZ 165, 12, 20 f. unter II 3 a).

bb) Der Verstoß gegen das Transparenzgebot führt zu Unwirksamkeit der die Zahlungspflichten enthaltenden Klauseln des zwischen den Parteien geschlossenen CMS-Sammler-Swap-Geschäftes und damit zur Unwirksamkeit des gesamten Vertrages.

Bei einer Unwirksamkeit der Regelungen eines Vertrages für dessen Hauptleistungspflichten gemäß § 307 I BGB kann der Vertrag nicht im Übrigen - ohne Hauptleistungspflichten - wirksam bleiben. Wegen des Anliegens gemäß § 306 BGB, die Wirksamkeit des Vertrages möglichst erhalten, ist in diesen Fällen eine ergänzende Vertragsauslegung anzustreben (vgl. BGHZ 137, 153, 157 unter II 2 a; 165, 12 unter II 5 a).

Die ergänzende Vertragsauslegung setzt jedoch voraus, dass sich Anhaltspunkte dafür finden lassen, welche Regelung die Parteien bei Kenntnis der Unwirksamkeit der beanstandeten Klausel vereinbart hätten. Kommen unterschiedliche Gestaltungsmöglichkeiten in Betracht, ohne das erkennbar ist, welche die Parteien gewählt hätten, sind die Gerichte zu einer ergänzenden Vertragsauslegung weder in der Lage noch befugt (vgl. BGHZ 165, 12 unter II 5 b, mwN.).

Vorliegend ist allein für die Beklagte zu erkennen, wie sie den Vertrag bei Kenntnis des Verstoßes gegen das Transparenzgebot hätte regeln wollen: Sie hätte ihre Zahlungspflicht durch die Angabe „1% p.a.“ und die Zahlungspflicht der Klägerin durch die Formel „10% p.a.·N/D, maximal 5% p.a.“ ersetzt, denn dies hätte rechnerisch den von ihrer Produktabteilung entwickelten Konditionen für das Geschäft entsprochen.

Für die Klägerin kann gleiches nicht unterstellt werden, denn es ist weder bewiesen noch mit einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit anzunehmen, dass die Klägerin die mathematische Bedeutung dieser Klausel und die sich daraus ergebende Gewinn- und Verlustperspektive für das Swap-Geschäft erfasst hätte. Insoweit wird zunächst auf die obigen Ausführungen zu den Bekundungen des Geschäftsführers der Klägerin, Herrn K., verwiesen. Ergänzend hat er weiterhin ausgeführt, dass bei der Präsentation überhaupt keine Berechnungen vorgenommen worden seien (GA 324). Die Bekundungen, des Zeugen A, wonach Herr K. die Berechnungsformel jedenfalls so gut erfasst habe, dass er sie habe anwenden können, reichen weder für eine dementsprechende Überzeugung des Gerichts noch für die Annahme einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit aus. Insoweit wird auf die oben bereits ausgeführten Gründen zur Glaubwürdigkeit und Glaubhaftigkeit dieser Bekundungen verwiesen.

Es lässt sich deshalb nicht feststellen, ob die Klägerin die Berechnungsmethode für die Zahlungspflichten ihrem Kern nach erfasst hat. Dann kann für sie aber kein hypothetischer Parteiwille unterstellt werden, dass sie mit der von der Beklagten gewünschten Berechnungsmethode und insbesondere mit den darin vorgesehenen Faktoren einverstanden gewesen wäre. Der Umstand, dass sie zu dem von der Beklagten mit einer intransparenten Darstellung der Zahlungspflichten angebotenen Geschäft am Ende ihr Einverständnis erklärte, lässt nicht auf einen Parteiwillen schließen, diese Berechnungsmethode zu wollen. Aufgrund der intransparenten Darstellung dieser Zahlungsmethoden ist gerade der Zweifel begründet, dass die Klägerin diese Methode nicht richtig erfasst hat und bei einem richtigen Erkennen der sich daraus ergebenden Gewinn- und Verlustperspektive das Geschäft so nicht abgeschlossen hätte.

Eine ergänzende Vertragsauslegung lässt sich damit nicht auf einen übereinstimmend feststellbaren hypothetischen Parteiwillen stützen, weshalb es bei der Unwirksamkeit des Vertrages aufgrund der Unwirksamkeit der die Hauptleistungspflichten beschreibenden Klauseln bleiben muss (vgl. dazu BGHZ 130, 150, 155 f. unter III 1; OLG Stuttgart NJW-RR 2003, 419, 420 f.).

g) Aufgrund der Unwirksamkeit des Swap-Geschäftes ist fehlte es an einem Rechtsgrund für die drei mal erfolgten Zahlungen in Höhe von jeweils 80.000,- €, weshalb die Beklagte die in dieser Höhe bei ihr eingetretene ungerechtfertigte Bereicherung gemäß § 812 BGB zurückzuzahlen verpflichtet ist.

Aufgrund der Unwirksamkeit des Geschäfts fehlt es auch für weitere Zahlungen an einer Rechtsgrundlage, weshalb dies entsprechend dem Feststellungsantrag zu erkennen war.

2. Weiterhin ist die Beklagte wegen eines pflichtwidrigen Verhaltens bei den Vertragsverhandlungen mit der Klägerin gemäß §§ 311 II, 280 BGB i.V.m. §§ 241 II BGB, 31 I Nr. 2 WpHG a.F. verpflichtet, diese im Wege des Schadensersatzes so zu stellen, als hätte die Klägerin das Geschäft mit dem CMS-Sammler-Swap nicht abgeschlossen, mithin die bislang nur von ihr geleisteten Beträge zurückzuzahlen und im Übrigen von der Geltendmachung weiterer Zahlungen abzusehen. Der Beklagten oblag es vor Abschluss des Swap-Geschäftes die Klägerin darüber aufzuklären, welches Interesse sie an dem Geschäft hatte, indem sie der Klägerin den zu erwartenden Gewinn aus der Differenz zum Marktwert des Geschäftes mitgeteilt hätte; nur so hätte sie den Konflikt ihrer Interessen mit denjenigen der Klägerin weitestgehend vermeiden können (§ 31 I Nr. 2 WpHG a.F.).

a) Im Rahmen des mit der Aufnahme der Vertragsverhandlungen begründeten vorvertraglichen Schuldverhältnisses und den somit nach § 241 II BGB zu beachtenden Pflichten hatte die Beklagte die Pflichten gemäß § 31 WpHG zu beachten. Die (öffentlich-rechtlichen) Pflichten gemäß § 31 WpHG strahlen insoweit auf das vorvertragliche Schuldverhältnis der Beklagten zu ihrer Kundin aus (vgl. Assmann/Schneider/Koller, aaO., vor § 31, Rn. 19).

b) Die Pflicht, sich um die Vermeidung von Interessenkonflikten zu bemühen (§ 31 I Nr. 2 WpHG a.F.), bedeutet dem Kunden diesen Konflikt offenzulegen, soweit der Konflikt sich organisatorisch nicht gänzlich vermeiden lässt. Erst durch diese Aufklärung wird der Kunde in die Lage versetzt, das Umsatzinteresse der Bank selbst einzuschätzen und zu beurteilen, ob

die Bank ihm das Geschäft nur deshalb empfiehlt, weil sie selbst daran verdient (vgl. BGHZ 170, 226 unter II 4 b aa; Assmann/Schneider/Koller, aaO, § 31, Rn. 74, 44). Aus dieser Aufklärung müssen die Kunden nicht nur entnehmen, dass ein Eigeninteresse der Bank besteht, vielmehr müssen sie daraus auch erfahren, wie hoch dieses Eigeninteresse ist, um den Grad ihrer Gefährdung aufgrund dieses Interesses einschätzen zu können (vgl. Assmann/Schneider/Koller, aaO, § 31, Rn. 44; BGHZ 146, 235, 239 unter 2 b; 170, 226 unter II 4 b aa). Der Kunde muss deshalb durch die Aufklärung erkennen können, welchen Erlös das Wertpapierdienstleistungsinstitut in welcher Höhe aus dem Geschäftsabschluss für sich erzielt (vgl. BGHZ 170, 226 unter II 4 b bb).

Regelmäßig erfährt der Kunde dies über die Provisionssätze, die das Wertpapierdienstleistungsunternehmen für den Ankauf, Verkauf bzw. Vermittlung von sonstigen Wertpapiergeschäften erhebt. Vorliegend handelte die Beklagte jedoch nicht als Vermittler von solchen Geschäften, sondern agierte als Eigenhändler, der selbst der Vertragspartner des Kunden werden sollte. Insoweit reicht es nicht aus, dass der Kunde von der Position als Eigenhändler erfährt (vgl. Assmann/Schneider/Koller, aaO, § 31, Rn. 44). Den Grad seiner Gefährdung aus dem Eigeninteresse des Wertpapierdienstleistungsunternehmens erfährt der Kunde bei Finanztermingeschäften erst, wenn er weiß, ob das Geschäft für dieses Unternehmen ein ungedecktes Geschäft ist, sodass das Unternehmen also genau in dem Maße gewinnt, wie der Kunde verliert, oder wenn es sich um ein gedecktes Geschäft, welche Marge zu den Deckungsgeschäften besteht.

Erst in Kenntnis dieser Marge kann der Kunde bei einem ggf. nur teilweise gedeckten Geschäft beurteilen, ob das Wertpapierdienstleistungsunternehmen daran interessiert ist, die Gewinnmöglichkeiten aus dem Geschäft weitestgehend dem Kunden zu überlassen, indem es die Marge möglichst gering hält und so einen Gewinn aus den Deckungsgeschäften weitestgehend über die Bedingungen des dem Kunden angebotenen Finanztermingeschäfts an diesen weiterleitet, oder im Gegensatz dazu das Geschäft nur dem Kunden anbietet, um über die Marge einen Großteil des Gewinnes aus den Deckungsgeschäften selbst zu behalten, während etwaige Verluste über das ihm angebotene Finanztermingeschäft vollständig vom Kunden getragen werden. Der Kunde kann deshalb bei einem gedeckten Finanztermingeschäft nur in Kenntnis der Marge den Grad seiner Gefährdung aus dem Interessenskonflikt bei dem Wertpapierdienstleistungsunternehmen erkennen (vgl. dazu BGHZ 170, 226 unter II 4 b bb).

c) Darüber hinaus ist das Wertpapierdienstleistungsunternehmen gemäß § 31 II Nr. 2 WpHG zur Mitteilung des Marktwertes des Finanztermingeschäftes verpflichtet, also der Konditionen, zu denen das Wertpapierdienstleistungsunternehmen die Chancen und Risiken mit einem oder mehreren Geschäften auf dem offenen Kapital- und Finanzmarkt abbilden könnte bzw. durch eben solche Geschäfte tatsächlich abdeckt. Im Falle des Abschlusses von Deckungsgeschäften würde sich aus diesem Marktwert die Marge für das Unternehmen errechnen.

Die Mitteilung des Marktwertes eines Finanztermingeschäftes gehört zu den zweckdienlichen und somit gemäß § 31 II Nr. 2 WpHG zwingend mitzuteilenden Informationen. Dieser Marktwert spiegelt die Preiskonditionen wider, unter denen der Börsenfachmarkt die Chancen und Risiken eines Geschäfts noch als vertretbar ansieht, bei denen sich also die aus den Zahlungspflichten für eine Seite ergebenden Verlustrisiken auf der Grundlage der zusammengefassten spekulativen Zukunftserwartungen des Marktes in einem angemessenen, mithin als realistisch anzusehenden Verhältnis zu den Gewinnchancen aus dem Geschäft stehen (vgl. BGH NJW-RR 2006, 627 unter II 1 a mwN.; BGHZ 124, 151, 154 f. unter II 1). Angesichts des Umstandes, dass die Klägerin nicht zu den Unternehmen gehört, die Fachkenntnisse auf dem Börsenmarkt - insbesondere des Swap-Marktes - hätte und tagtäglich von neuem erwerben würde, ist deshalb diese aus dem Marktwert herauszulesende Chancen-/Risikoprognose des Börsenfachmarktes für das seitens der Beklagten angebotene Swap-Geschäft ohne jeden Zweifel eine zweckdienliche Information. Diese Informationen hätte einen entscheidenden Beitrag dazu geben können, ob die von der Beklagten angebotenen Konditionen in dem CMS-Sammler-Swap unter Zubilligung einer angemessenen Marge für die Beklagte im Hinblick auf ihre Tätigkeit bei diesem Geschäft ein angemessenes Verhältnis zwischen Chancen und Risiken aufweisen.

Die Beklagte hätte den Marktwert des angebotenen Swap-Geschäftes deshalb auch als zweckdienliche Information gemäß § 31 II Nr. 2 WpHG der Klägerin mitteilen müssen. Die Zweckdienlichkeit der Kenntnis dieses Marktwertes wäre nicht dadurch geschmälert, dass es solche Swap-Geschäfte mit der Struktur, wie sie die Beklagte anbot, auf dem Markt nicht gäbe, vielmehr die sich daraus ergebende Chancen- und Risikostruktur erst aus einer Mehrzahl an Geschäften widerspiegeln lässt und die Beklagte nur über solche Geschäfte eine Deckung für das Swap-Geschäft mit der Klägerin erzielen konnte. In letzterem Falle hätte die Beklagte den Marktwert anhand dieser Mehrzahl von Geschäften ermitteln müssen und ermitteln können, wie es § 1a VIII KWG aufzeigt.

Das Gericht ist auch davon überzeugt, dass die Beklagte konkret im Fall des Geschäftes mit der Klägerin den Marktwert dieses Geschäftes und die sich daraus für sie errechnende Marge hätte bestimmen können. Diese Überzeugung beruht auf den insoweit ohne weiteres glaubhaften und glaubwürdigen Bekundungen des Zeugen A, der bekundete, dass jedes Produkt nach Abschluss einen Marktwert habe und man bei Zahlung dieses Marktwerts auch aus dem Produkt aussteigen könne (GA 325). In diesem Sinne meinte der Zeuge als Marktwert wohl den Betrag, der erforderlich wäre, um die von der Beklagten eingegangenen Deckungsgeschäfte durch neue Gegengeschäfte erneut zu decken. Weiter bekundete der Zeuge A, dass er am 7. April 2005 sich noch einmal vergewisserte, ob die Konditionen im Term-Sheet vom 5. April 2005 noch tagesaktuell seien (GA 330), mithin hatte er noch am 7. April 2005 die Möglichkeit die der Klägerin offerierten Kondition des Swap-Geschäftes individuell mit dem Marktwert der darin enthaltenen Chancen und Risiken abzugleichen.

Weiterhin stützt sich die Überzeugung des Gerichts von dem Vorhandensein eines Marktwerts für die Chancen und Risiken aus dem der Kläger angebotenen Swap-Geschäftes auf den Vortrag der Beklagten im Schriftsatz vom 04.10.2007, wonach sie zu diesem Zeitpunkt die Zahlungspflichten aus dem Swap-Geschäft gegenüber stellen und anhand der aktuellen Marktkonditionen vergleichen konnte. Sie konnte daraus ermitteln, dass zu diesem Zeitpunkt ein Ablösebetrag von 435.000,- € erforderlich sei, um die Klägerin aus dem Swap-Geschäft zu entlassen. Demnach hätte die Beklagte damals einen Fehlbetrag von 435.000,- € decken müssen, wenn sie zu diesem Zeitpunkt am Markt eine dem Swap-Geschäft mit der Klägerin entsprechende Gegenposition hätte aufbauen wollen. Folglich war der Wert einer solchen Gegenposition, sei er aus verschiedenen Finanztermingeschäften und ggf. weiteren Geld- oder Kapitalmarktgeschäften zusammengesetzt, zu bestimmen.

Die Beklagte hätte der Klägerin folglich diesen Marktwert und die sich daraus errechnende Marge zu dem angebotenen Swap-Geschäft mitteilen können und gemäß § 31 I Nr. 2, II Nr. 2 WpHG a.F. auch müssen.

d) Der Mitteilungspflicht für den Marktwert des Swap-Geschäftes und der für die Beklagten damit verbundenen Marge steht weder entgegen, dass Banken wie andere Gewerbetreibende über ihre Gewinnmarge üblicherweise keine Auskunft zu geben haben, noch, dass das Geschäft mit der Klägerin nur zweiseitig war.

aa) Mit der Pflicht zur Mitteilung der Gewinnmarge bei seitens des Kreditinstituts gedeckten Finanztermingeschäften soll keine allgemeine Pflicht der Banken begründet werden,

Gewinnmargen offenzulegen. Die Beklagte weist insoweit zutreffend darauf hin, dass eine solche Offenlegung vielfach nicht möglich, den Geschäftsablauf massiv behindern und den Geheimhaltungsinteressen der Bank entgegen stehen würde.

Dies trifft jedoch nicht für den Bereich des Wertpapierhandels einschließlich des Handels mit Finanztermingeschäften zu. Nur hierfür begründet § 31 WpHG Pflichten zur Vermeidung von Interessenkonflikten und zur Mitteilung zweckdienlicher Informationen. Der Anwendungsbereich des WpHG betrifft nur Papiere, die an einem Markt gehandelt werden können, und Finanztermingeschäfte, also Derivate und Optionsscheine (§ 2 I bis IIb WpHG). Für die Papiere, die auf einem Markt gehandelt werden, ist es grundsätzlich weder schwer, die Marge des Wertpapierdienstleistungsunternehmens bestehend aus der Differenz des Marktpreises und der Zahllast des Kunden zu benennen, während es meist schwer wäre, diesen Unterschied geheim zu halten. Noch hindert es den Geschäftsablauf, weil der Marktpreis regelmäßig die Orientierung für den vom Kunden zu leistenden Gesamtkaufpreis darstellt. Ein Geheimhaltungsbedürfnis besteht bei dem Handel von am Markt gehandelten Papieren im Grunde erst, wenn das Wertpapierdienstleistungsunternehmen Zahlungen von Dritter Seite erhält, weil deren Offenbarung den Kunden an der Ehrlichkeit des Unternehmens ihm gegenüber zweifeln lassen würde; gerade deshalb bedarf es hierfür einer Aufklärungspflicht (vgl. BGHZ 170, 226 unter II 4 b).

Soweit es nicht am Markt gehandelte Finanztermingeschäfte betrifft, ist eine Offenbarung aller einen Interessenkonflikt betreffenden Informationen insbesondere der Marge des Wertpapierdienstleistungsunternehmens wegen der Gefährlichkeit dieser in ihrem Inhalt und ihrer Struktur einer Wette gleich kommenden Geschäfte erforderlich. Der Wert dieser Geschäfte beruht nicht auf einem Vermögenswert, den sie verkörpern, sondern allein auf der richtigen Prognose eines zukünftigen Geschehens. Der Gewinn und Verlust des Kunden hängt folglich allein von seinem Wissen und seiner darauf beruhenden Einschätzung für dieses zukünftige Geschehen ab. Der Wissensvorsprung, den das Wertpapierdienstleistungsunternehmen regelmäßig gegenüber seinem Kunden hat, gewinnt daher bei diesen Geschäften eine ganz besondere Bedeutung, sodass der Kunde hierbei in besonderem Maße auf die Ehrlichkeit seines Wertpapierdienstleistungsunternehmens vertrauen können muss, jedenfalls soweit das Unternehmen ihn berät und nicht nur als Direkt-Broker agiert.

Aus diesen Gründen ist eine Offenbarung der Gewinnmarge des Wertpapierdienstleistungsunternehmens auch bei der Vermittlung von

Finanztermingeschäften erforderlich und begründet insoweit für ein Kreditinstitut weitergehende Pflichten als beispielsweise bei der Vermittlung oder Vergabe von Darlehen.

bb) Die Pflicht zur Mitteilung der Gewinnmarge darf nicht auf die Vermittlung von Geschäften nach dem WpHG beschränkt werden, bei denen ein Dritter den Gewinn des Wertpapierdienstleistungsunternehmens erhöht, denn andernfalls hätte es dieses Unternehmen in der Hand, zu bestimmen, wann es seine Gewinnmarge offenlegt. Jedes Geschäft, das eine Bank im Namen und auf Rechnung des Kunden oder im eigenen Namen und auf Rechnung des Kunden ausführt, könnte sie als Eigen- oder Zwischenhändler auch im eigenen Namen und auf eigene Rechnung durchführen.

Zudem war auch der in BGHZ 170, 226 im Sinne einer „Rückvergütung“ beschriebene Fall rechtlich kein Dreipersonenverhältnis. Nahezu jede Bank, die für ihren Kunden Anteile an einem Aktienfonds erwirbt, schließt nicht als Stellvertreter ihres Kunden einen Kaufvertrag mit der Investmentgesellschaft, sondern schließt als Kommissionär einen Kaufvertrag im eigenen Namen mit dieser Gesellschaft (vgl. AGB-Banken: AGB-Wertpapiergeschäfte Nr. 1 I). Eine „Rückvergütung“, die die Investmentgesellschaft der Bank für den Erwerb eines Anteils an ihr aus dem „Ausgabeaufschlag“ gewährt, ist damit nichts anderes als eine Reduzierung bei der Berechnung des Kaufpreises. Mit der Pflicht, den Kunden über diese „Rückvergütung“ aufzuklären, soll dieser folglich nur über den wahren Kaufpreis und der sich daraus für die Bank ergebende Marge informiert werden.

Insoweit stellt sich die Situation bei einem Swap-Geschäft, dass die Bank auf dem Terminmarkt durch andere Geschäfte abdeckt nicht anders dar, nur dass die Bank die Deckungsgeschäfte mit mehreren und gegebenenfalls unterschiedlichem Inhalt und vor allem nicht als Kommissionär abschließt, um so eine dem Swap-Geschäft mit dem Kunden entsprechende Risikoabdeckung für sich zu erzielen, mithin die Chancen und Risiken aus dem Kundengeschäft auf den Finanzmarkt weiter zu transportieren. Der Umstand, hierbei nicht als Kommissionär zu handeln und die Deckungsgeschäfte mit mehr als einem Geschäftspartner abzuschließen, stellen indessen keinen Grund dar, dem Interessenkonflikt mit dem Kunden nicht durch Bekanntgabe der Gewinnmarge entgegen zu wirken oder dem Kunden den sich aus diesen Geschäften errechnenden Marktwert seines Geschäftes als eine zweckdienliche Information vorzuenthalten. Die Interessenkonstellation und die Zweckdienlichkeit dieser Information sind insoweit gleich.

e) Die Beklagte hat diesen Informationspflichten nicht genügt. Sie hat der Klägerin den Marktwert des angebotenen CMS-Sammler-Swap-Geschäftes nicht mitgeteilt, also ihr nicht die Preis-Konditionen für die Herbeiführung einer diesem Geschäft entsprechenden Chancen- und Risikostruktur durch ein oder mehrere ggf. unterschiedliche Geschäfte auf dem Terminmarkt offenbart. Damit hat sie ihr auch nicht mitgeteilt, welche Marge und welches Interesse sie an dem Abschluss dieses Geschäftes hat. Bekanntgegeben hat sie lediglich, dass sie die Chancen und Risiken aus diesem Geschäft auf dem Terminmarkt durch gleichgerichtete Geschäfte abdecken würde, folglich der Gewinn oder Verlust der Beklagten nicht schlicht das Spiegelbild des Gewinns oder Verlust der Klägerin aus diesem Geschäft sein würde.

Dabei kann als wahr unterstellt werden, dass die Beklagte der Klägerin mitgeteilt habe, der Vertriebsertrag läge im kleinen einstelligen Prozentbereich (GA 435).

Zum einen stellt diese Angabe bereits keine präzise Angabe dar, weil es den genauen Prozentsatz nicht offenbart. Weiterhin wäre offen geblieben, wovon den dieser Prozentsatz sich errechnet, sodass der Klägerin nicht klar gewesen wäre, wie hoch dieser Vertriebsertrag denn wirklich ausfallen würde.

Vor allem aber reicht es nicht aus, lediglich einen Betrag zu offenbaren, den das Wertpapierdienstleistungsunternehmen buchungstechnisch intern der Vertriebsabteilung von dem Gesamtertrag aus diesem Geschäft zuweist. Die Höhe dieses Ertrages läge damit im Belieben der Geschäftsführung. Die Geschäftsführung wäre auch nicht gezwungen, einen bestimmten Mindestanteil aus dem Gesamtertrag dem Vertrieb zuzuweisen, weil es Möglichkeiten gäbe den Erfolg aus diesen Geschäften in Form von Boni am Ende eines Jahres doch noch dem Vertrieb zuzuweisen. Der Vertrieb könnte auch geneigt sein, eher eine solche Form der Ertragszuweisung zu erhalten als auf eine feste Größe vertrauen zu können, weil er darin einen Weg sehen könnte, den Kunden nicht die wahre Höhe des Ertrages aus dem Geschäft mitteilen zu müssen.

Aber selbst wenn der überwiegende Ertragsanteil aus einem Swap-Geschäft effektiv der Produktabteilung zugewiesen und kein oder nur ein kleiner Teil auf die Vertriebsabteilung entfallen würde, wäre gleichwohl dem Interessenkonflikt durch Mitteilung des Gesamtertrages zu begegnen, weil die Vertriebsmitarbeiter bereits aus Kollegialität zu den Mitarbeitern der Produktabteilung und dem Interesse, den Gesamterfolg des Unternehmens zu

fördern, geneigt sein könnten, besonders hohe Erträge aus solchen Geschäften dem Unternehmen zu verschaffen und damit die Interessen des Kunden hierfür hintanzusetzen.

Schließlich erfuhr die Klägerin den Marktwert des angebotenen Swap-Geschäftes überhaupt nicht. Sie konnte deshalb nicht ermessen, wie weit die ihr angebotenen Bedingungen von den Bedingungen abweichen, die der Markt - wenn auch in einer zusammenfassenden Betrachtung von mehreren am Markt verfügbarer (Termin-)Geschäfte - als ein angemessenes Verhältnis zwischen den Chancen und Risiken eines solchen Swap-Geschäftes ansieht. Diese zweckdienliche Information hat die Beklagte pflichtwidrig unterlassen.

f) Die Beklagte handelte dabei auch schuldhaft, denn ihr musste die Pflicht zur Vermeidung von Interessenkonflikten und zur Mitteilung von zweckdienlichen Informationen gemäß § 31 WpHG bekannt gewesen sein.

Demnach konnte und musste ihr einfallen, dass sie den latenten Interessenkonflikt zwischen den eigenen Gewinnerzielungsinteressen auf der einen Seite und den Interessen des Kunden auf der anderen Seite am besten dadurch begegnet, indem sie der Klägerin ihre Gewinnmarge mitteilt und diese so am besten selbst beurteilen kann, ob die Beklagte ihr das Geschäft in ihrem Interesse oder aus dem eigenen Interesse an der Gewinnmarge empfiehlt. Für das Erkennen einer solchen Pflicht war es bei Anwendung einer gehörigen Sorgfalt nicht erforderlich, dass diese in der höchstrichterlichen Rechtsprechung bereits eine Erwähnung fand.

Weiterhin lag es für die Beklagte nahe, der Klägerin auch den Marktwert des offerierten Swap-Geschäftes mitzuteilen, weil ihre Vertriebsmitarbeiter gemäß den Bekundungen des Zeugen A sich selbst noch unmittelbar vor der Präsentation vom 07.04.2005 veranlasst sahen, diesen Marktwert bzw. das Gleichbleiben dieses Marktwerts in der Produktabteilung noch einmal nachzufragen, nach dem die Präsentation erst auf den Konditionen des von der Produktabteilung oder mit dieser abgeglichenen Term-Sheets vom 05.04.2005 erstellt wurde (GA 330). Da der tagesaktuelle Wert des offerierten Swap-Geschäftes für die Vertriebsmitarbeiter diese Bedeutung hatte, mussten diese Mitarbeiter auch erkennen, dass diese Information auch für die Klägerin zweckdienlich und ihr deshalb gemäß § 31 II Nr. 2 WpHG mitzuteilen war. Auch dieses Unterlassen geschah deshalb mindestens fahrlässig.

g) Diese Pflichtwidrigkeiten verursachten kausal den Abschluss des Swap-Geschäftes seitens der Klägerin. Hiervon ist aufgrund der Vermutung eines aufklärungsrichtigen Verhaltens auszugehen.

aa) Zum Zwecke einer Aufklärungspflicht gehört unter anderem, dem Berechtigten von vorneherein die Möglichkeit zu geben, sich aufgrund der Aufklärung entscheiden zu können, und damit ihm eine später auftretende Beweisnot, wie er sich bei gehöriger Aufklärung verhalten hätte, zu ersparen. Dem Ersatzberechtigten wäre wenig damit gedient, wenn er seinen Vertragsgegner zwar an sich aus schuldhafter Verletzung einer solchen Hinweispflicht in Anspruch nehmen könnte, aber regelmäßig daran scheitern würde, dass er den meist schwer zu führenden Beweis nicht erbringen könnte, wie er auf den Hinweis reagiert hätte, wenn er gegeben worden wäre. Der Aufklärungspflichtige dagegen hätte nicht viel zu befürchten, wenn er bei Verletzung seiner Hinweispflicht sich darauf zurückziehen dürfte, dass kaum zu beweisen sei, was der andere Teil auf den Hinweis hin getan hätte. Damit würde der mit der Aufklärungspflicht verfolgte Schutzzweck verfehlt (vgl. BGHZ 61, 118, 122 unter I 2 b). Dies gilt insbesondere auch für die Verletzung von Aufklärungspflichten bei Finanztermingeschäften (vgl. BGHZ 124, 151, 160 unter II 2 a mwN.).

Soweit hiervon eine Ausnahme zu machen ist, weil nach dem Inhalt der unterbliebenen Aufklärung anzunehmen ist, dass diese lediglich einen Entscheidungskonflikt beim Ersatzberechtigten ausgelöst und es mehrere Möglichkeiten eines vernünftigen aufklärungsrichtigen Verhaltens auf eine solche Aufklärung gegeben hätte (vgl. BGHZ 160, 58 unter III 2 a), setzt dies den Nachweis eines solchen Entscheidungskonflikts und einer solchen Mehrzahl an vernünftigen Entscheidungsmöglichkeiten voraus. Es würde den Sinn und Zweck der Vermutung eines aufklärungsrichtigen Verhaltens widersprechen, wenn der Ersatzberechtigte nachweisen müsste, welchen Inhalt eine gehörige Aufklärung gehabt hätte, um darlegen zu können, dass es hierauf nur eine vernünftige Reaktion gegeben hätte. Nachdem der Aufklärungspflichtige diese Mitteilung ihm gegenüber pflichtwidrig unterlassen hat, kann von ihm nicht erwartet werden, diese ihm gegebenenfalls weiterhin unbekannte Information dem Gericht vorzutragen. Vielmehr stellt das Vorliegen mehrerer vernünftiger Entscheidungsmöglichkeiten eine Ausnahme von der Vermutungsregel dar, für die den Aufklärungspflichtigen wegen des Abweichens von dieser Regel die Darlegungs- und Beweislast trifft.

Die Beklagte hätte deshalb darlegen müssen, welche Gewinnmarge sie bei Abschluss des Swap-Geschäftes mit der Klägerin aus diesem Geschäft erzielte und welchen Marktwert

dieses Geschäft damals hatte. Diesen Vortrag hat sie indessen bewusst vermieden, denn die Klägerin hat sie darauf hingewiesen, dass die Beklagte nur deshalb über die abgeschlossenen Gegengeschäfte schweige - so sie vorgenommen worden seien -, weil die sich daraus ergebende Marge gegen die Beklagte spreche (GA 114). Ein Hinweis auf fehlenden Vortrag seitens der Beklagten ist deshalb nicht veranlasst; es ist auszuschließen, dass die fehlende Darlegung der Beklagten zu den Gegengeschäften, deren Wert und die sich daraus errechnende Gewinnmarge nur auf einem Irrtum oder Versehen beruht.

Das Gericht kann daher nicht erkennen, dass die Klägerin sich bei gehöriger Aufklärung in einem Entscheidungskonflikt befunden hätte. Dies wäre nur festzustellen, wenn bekannt wäre, was die Beklagte ihr hätte mitteilen müssen. Für die Gewinnmarge der Beklagten ist damit auch eine solche Höhe nicht auszuschließen, dass die Klägerin daraus nur den Schluss mangelnden Interesses der Beklagten für die Interessen der Klägerin hätte ziehen können und im Übrigen die Unangemessenheit der Bedingungen des Termingeschäfts hätte erkennen müssen.

bb) Weiterhin wäre auch bei einer Nichtanwendung der Vermutung eines aufklärungsrichtigen Verhaltens ein der Klägerin aufzuerlegendes Beweismaß für die Kausalität des Aufklärungspflichtverstoßes erfüllt.

Die Ursächlichkeit einer von einem Berater begangenen Pflichtverletzung für einen dadurch angeblich entstandenen Schaden gehört zur haftungsausfüllenden Kausalität, für deren Nachweis die in § 287 ZPO vorgesehenen Beweiserleichterungen gelten, soweit die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens nicht eingreift (vgl. BGH NJW 2005, 3275 unter II 3 a mwN). Demnach reicht für die richterliche Überzeugungsbildung eine überwiegende, freilich auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit. Das wirkt sich auch auf die Darlegungslast des Geschädigten aus. Es genügt, dass er Tatsachen vorträgt und unter Beweis stellt, die für eine Beurteilung nach § 287 ZPO ausreichend greifbare Anhaltspunkte bieten. An die Darlegung eines hypothetischen Geschehens dürfen keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden (vgl. BGH NJW-RR 2006, 923 unter II 3 a).

Aufgrund des unstreitigen Sachverhalts und des Ausbleiben eines Vortrags der Beklagten zur Gewinnmarge und dem Marktwert des Swap-Geschäfts hält das Gericht es für überwiegend wahrscheinlich, dass die Klägerin das Geschäft nicht, jedenfalls nicht so abgeschlossen hätte.

Nach den vorgetragenen Geschäften einschließlich des streitgegenständlichen ist davon auszugehen, dass die Klägerin ein gewisses Interesse an Finanztermingeschäften hatte, sie also in einer nach Inhalt und Struktur einer Wette ähnlichen Weise auf zukünftige Entwicklungen auf dem Finanz- und Geldmärkten spekulieren bzw. wetten und so Gewinne für sich erwirtschaften wollte. Hierfür hätte es indessen nicht eines so komplexen Swap-Geschäftes wie dem CMS-Sammler-Swap bedurft. Es gibt zahlreiche verschiedene Swap-Geschäfte, die so standardisiert sind, dass hierfür regelrechte Swap-Märkte bestehen. Es liegt nahe, dass die Beklagte über solche Märkte das Risiko aus dem der Klägerin angebotenen Swap-Geschäft abdecken wollte und dies auch tat. Bei Offenlegung des Marktwertes und der Gewinnmarge dieses Swap-Geschäfts hätte die Klägerin unweigerlich erfahren müssen, wie die Beklagte ihr Risiko abdeckt, weshalb seitens der Klägerin die Frage nahe gelegen hätte, ob sie nicht direkt ihr Wett- und Spekulationsinteresse über diese Märkte abschließen könnte, so wie es die Beklagte für die Deckungsgeschäfte getan hat. Es ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit anzunehmen, dass die hierbei für die Beklagte und übrigen Geschäftsbesorger anfallenden Gebühren und Provisionen geringer ausgefallen wären, als die der Klägerin zu offenbarende Gewinnmarge. Andernfalls wäre nicht zu verstehen, warum die Beklagte das der Klägerin offerierte Swap-Geschäft als ein Paket mit so komplexen Chancen- und Risikostrukturen anbot, bei dem mehrere Parameter zeitlich gestaffelt gegeneinander gerechnet werden müssen, um die Zahlungspflichten und damit die Gewinn- und Verlustperspektiven bestimmen zu können.

Weiterhin spricht das Fehlen eines Vortrags seitens der Beklagte zum Marktwert und der Gewinnmarge aus dem Swap-Geschäft im Prozess für eine so hohe Marge und einem so sehr vom angebotenen Geschäft abweichenden Marktwert zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses, dass sie deshalb von diesem Vortrag absieht und die Klägerin von dem Swap-Geschäft abgesehen hätte. Für spätere Zeitpunkte viel es der Beklagten nicht schwer einen entsprechenden Marktwert bzw. den sich daraus ableitenden Ablösebetrag vorzutragen.

cc) Für die Beurteilung der Wahrscheinlichkeit eines Nichtvornahme des Geschäfts bei gehöriger Aufklärung und zum Gegenbeweis gegen die Vermutung eines aufklärungsrichtigen Verhaltens war nicht der Geschäftsführer der Klägerin als Partei zu vernehmen.

Die Beklagte trägt insoweit vor, dass den Geschäftsführer der Klägerin die Kenntnis von einem Vertriebssertrag nicht von dem Abschluss des Geschäfts abgehalten habe. Wie bereits ausgeführt, reicht diese Information für eine gehörige Information nicht aus.

Soweit die Beklagte meint, auch weitergehende Informationen über das Gewinnerzielungsinteresse der Beklagten hätten einem Abschluss des Geschäfts nicht entgegen gestanden (GA 436), ist die Vernehmung von Herrn K. nicht das geeignete Beweismittel. Die Beklagte will damit einen hypothetischen Sachverhalt unter Beweis stellen. Die Vernehmung einer Partei darf wie die eines Zeugen jedoch nur auf die Bekundungen von eigenen, tatsächlichen Wahrnehmungen gerichtet sein (vgl. Zöller/Greger, ZPO, 26. Aufl., § 373, Rn. 1, § 286, Rn. 9), einschließlich der tatsächlichen inneren Tatsachen und Einstellungen. Hypothesen sind von diesen Beweismitteln nicht zu erfragen, vielmehr ist ein hypothetischer Sachverhalt, soweit er für einen Rechtsstreit erheblich ist, vom Gericht im Wege der Schlussfolgerung ggf. mit Hilfe eines Sachverständigen zu ermitteln.

Das Beweisangebot auf Vernehmung des Geschäftsführers der Klägerin kann auch nicht umgedeutet werden, auf seine Vernehmung zu seinen damaligen insoweit relevanten Einstellungen und tatsächlichen Verhaltensweisen in ähnlichen Konstellationen, weil diese teils inneren Tatsachen sich für eine Schlussfolgerung auf einen hypothetischen Sachverhalt nur eignen würden, wenn bekannt wäre, was die Beklagte der Klägerin zum Marktwert und der Gewinnmarge aus dem Swap-Geschäft hätte mitteilen müssen. Hierzu trägt sie indessen nicht vor.

h) Die Beklagte ist somit der Klägerin zum Ersatz des aus dem Swap-Geschäft erlittenen Schadens verpflichtet, weshalb sie ihr die bereits geleisteten Zahlungen in Höhe von insgesamt 240.000,- € zurückzahlen und im übrigen von weiteren Zahlungen freizustellen hat.

Gegenüber diesem Schaden kann die Beklagte keinen Vorteilsausgleich zum Abzug bringen. Ein Vorteilsausgleich ist nur möglich, wenn - unter anderem - die geltend gemachten Vermögensvorteile ebenfalls kausal auf dem den Schadensersatz begründenden Ereignis beruhen.

Vorliegend ergibt sich die Schadensersatzpflicht aus der unterlassenen Aufklärung in der Präsentation vom 07.04.2005. Die von der Beklagten geltend gemachten Vermögensvorteile sind jedoch sämtlich vor diesem Datum eingetreten (GA 438) und können somit nicht kausal auf dem den Schadensersatz begründenden Ereignis beruhen. Der Umstand, dass sich mit der unterbliebenen Aufklärung bei der Präsentation vom 07.04.2005 ein gleiches Geschäftsverhalten der Beklagten wie bei den vorangegangenen Geschäften ausgewirkt hat, führt nicht zu einem gleichen Schadensersatz begründenden Ereignis.

Im Übrigen teilt die Beklagte nicht mit, welche Marktwerte und Gewinnmargen sie der Klägerin bei den vorangegangenen Geschäften hätte mitteilen müssen, so dass die insoweit bei einem Vorteilsausgleich in ihrer Beweislast stehende Kausalität nicht festgestellt werden kann. Die Vermutung eines aufklärungsrichtigen Verhaltens besteht angesichts der oben dargestellten Zweckrichtung für diese Vermutung nur zu Gunsten des Ersatzberechtigten und nicht zu Gunsten des Aufklärungspflichtigen.

3. Die Fragen, ob die Beklagte der Klägerin als zweckdienliche Information im Sinne des § 31 II Nr. 2 WpHG auch eine Grafik, wie oben unter II. 1 c bb (2) dargestellt, hätte vorgelegt werden müssen, oder ob der Spiel- und Wetteinwand gemäß § 762 BGB gegen das Swap-Geschäft begründet ist und dieses nicht zu den Finanztermingeschäften im Sinne von §§ 2 II+IIa, 37e WpHG zählt, weil es nur von anderen Swap-Geschäften und damit nicht von Zinssätzen oder anderen Erträgen im Sinne von § 2 II WpHG abhängt, bedürfen im Hinblick auf die bereits gegebenen Anspruchsgrundlagen keiner weiteren Erörterung.

4. Zinsen schuldet die Beklagte aus dem Gesichtspunkt des Verzuges ab Zustellung der Klageschrift bzw. ab der Zustellung des die Klageforderung erhöhenden Schriftsatzes vom 02.05.2007 in Höhe des gesetzlichen Verzugszinssatzes. Für einen früheren Verzugsbeginn fehlt es ebenso an einem Sachvortrag wie für eine sonstige Zinspflicht. Insoweit war die Klage hinsichtlich einer früher beginnenden Verzinsung abzuweisen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 II, 91a ZPO. Angesichts des geringen Streitwert des ursprünglich in der Klageschrift mit zum Streitgegenstand erhobenen FX-Zins-Swap kommt es nicht darauf an, ob die Klage insoweit begründet war, bevor die Parteien diesen Klageantrag übereinstimmend für erledigt erklärt haben.

Die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 709 ZPO.

H

LANDGERICHT FRANKFURT AM MAIN
Geschäftsnr.: 2-04 O 388/06

Laut Protokoll
verkündet am 10.03.2008

als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



LANDGERICHT FRANKFURT AM MAIN

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem Rechtsstreit

der F. K. GmbH

- Kläger -

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. K

gegen

D AG,

- Beklagte -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. C. und Dr. R. S

hat die 4. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main

durch Richter am Landgericht H - als Einzelrichter -

im Wege des schriftlichen Verfahrens mit einem der mündlichen Verhandlung
entsprechenden Zeitpunkt vom 7. Januar 2008

am 31. Januar 2008

folgendes Urteil gefällt:

- I. Die Beklagte wird verurteilt,
an die Klägerin
240.000,- € zuzüglich
Jahreszinsen von fünf Prozentpunkten über dem von der Deutschen Bundesbank
veröffentlichten Basiszins seit dem 24.01.2007 aus 160.000,- € und seit dem
03.05.2007 aus weiteren 80.000,- € zu zahlen.
- II. Es wird festgestellt,
dass der Beklagten gegen die Klägerin keinerlei weiteren Rechte aus oder im
Zusammenhang mit dem CMS-Spread-Sammler-Swap Geschäft (Nr. x, Laufzeit
01.06.2005 bis 01.06.2010) zustehen.
- III. Die weitergehende Klage wird abgewiesen.
- IV. Die Kosten des Rechtsstreits hat die Beklagte zu tragen.
- III. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu
vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

Die Klägerin begehrt von der Beklagten die Rückabwicklung eines Zins-Swap-Geschäftes.

Nachdem die Klägerin zuvor aus mehreren Geschäften mit der Beklagten Erfahrungen über Swapgeschäfte gesammelt hatte, besuchten am 7. April 2005 die Mitarbeiter der Beklagten, die Herren A, F. und S., die Klägerin für eine Präsentation gegenüber deren Geschäftsführer und deren Mitarbeiterin, Frau T.. Mit ihrer Präsentation offerierte die Beklagte den Abschluss eines CMS-Spread-Sammler-Swaps mit dem die Beklagte sich verpflichten sollte auf ein zu bestimmendes Nominalvolumen einen festen auf das Jahr berechneten Zinssatz halbjährlich an die Klägerin zu zahlen (konkret: 3 % p.a.), während die Klägerin sich verpflichten sollte, auf dieses Nominalvolumen einen festen auf das Jahr berechneten Zinssatz (konkret: 2 % p.a.)

zuzüglich eines weiteren Zinssatzes in Abhängigkeit zur Häufigkeit des Unterschreitens des Abstands zwischen dem auf dem Interbankenmarkt gehandelten 10 Jahres-Swap-Mittelsatz (EUR CMS 10) und dem 2-Jahres-Swap-Mittelsatz (EUR CMS 2) unter bestimmte definierte Schwellenwerte halbjährlich zu zahlen. Die Formel für die Zahlungspflicht der Klägerin wurde wie folgt dargestellt:

$$2 \% + 5 \% * 2N/D$$

wobei

N = die Anzahl der Bankarbeitstage in der betreffenden Halbjahresperiode an denen die Differenz (Spread) zwischen den beiden Swapsätzen (EUR CMS10 minus EUR CMS2) unterhalb der Schwellen von

0,90 % für die Halbjahresperioden 1 und 2

0,85 % für die Halbjahresperioden 3 und 4

0,80 % für die Halbjahresperioden 5 und 6

0,75 % für die Halbjahresperioden 7 und 8

0,70 % für die Halbjahresperioden 9 und 10 notiert

und

D = die Gesamtzahl der Bankarbeitstage in der jeweiligen Halbjahresperiode sein sollte.

Die Zahlungspflicht der Klägerin sollte gleichwohl auf einen aufs Jahr gerechneten Zinssatz von 7 % beschränkt bleiben. Das offerierte Swapgeschäft sollte eine Laufzeit von 5 Jahren haben. Die Beklagte sollte erstmals zum Ablauf der zweiten Halbjahresperiode das Recht haben, das Geschäft halbjährlich zu kündigen.

Bei den erwähnten Swapsätzen CMS10 und CMS2 handelt es sich um Mittelsätze von auf dem Interbankenmärkten gehandelten Standardswaps, die eine Laufzeit von 10 Jahren (CMS10) bzw. 2 Jahren (CMS2) haben und eine Seite des Swapgeschäfts einen festen jährlichen Zinssatz zu zahlen hat, während die andere Seite verpflichtet ist, einen Zinssatz in Höhe des 6-Monats-Euribor (Euro-Interbank-Offered-Rate) zu zahlen.

Die Klägerin erklärte sich, vertreten durch ihren Geschäftsführer, noch am selben Tage mit dem Abschluss des Geschäftes zu einem Nominalvolumen von 4 Mio. Euro einverstanden. Die Beklagte bestätigte den Abschluss des Vertrages mit Schreiben vom 12. April 2005 [Anlage K40].

In Anwendung und unter Ausgleichung der beiderseitigen vertraglichen Zahlungspflichten zahlte die Klägerin am 1. Dezember 2005 und 1. Juli 2005 jeweils 80.000,- € [12]. Weiterhin zahlte sie auf Anfordern der Beklagten am 22. Januar 2007 an diese 80.000,- € unter dem Vorbehalt der Rückforderung [GA 165].

*Die Klägerin behauptet,
die Beklagte habe das Swap-Geschäft mit identischer Vertragsgestaltung gegenüber weiteren Kunden angeboten [256].*

Bei der Präsentation am 7. April 2005 sei ihr nicht dargestellt worden, welches Höchstmaß der Verlust aus dem offerierten Geschäft erreichen könnte (worst-case-Szenario).

*Der Geschäftsführer der Klägerin habe bei dieser Präsentation sinngemäß ausgeführt:
„Wenn es wider Erwarten nicht gut laufen würde, könne man ja aussteigen“ und meinte damit, dass man in einem solchen Falle einvernehmlich eine „Kündigung“ des Vertrages gegen Zahlung eines geringen Betrages seitens der Klägerin in einer Größenordnung von bis zu 80.000,- € erzielen könne [GA 10, 316].*

Die Klägerin beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen,
an die Klägerin
240.000,- € zuzüglich
Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank seit 1.12.2005 bis 30.06.2006 aus 80.000,- € und seit dem 01.07.2006 bis zum 21.01.2007 aus 160.000,- € und ab dem 22.01.2007 aus 240.000,- € zu zahlen,
2. festzustellen,
dass der Beklagten gegen die Klägerin keinerlei weiteren Rechte aus oder im Zusammenhang mit dem CMS-Spread-Sammler-Swap Geschäft (Nr. 1130720 L, Laufzeit 01.06.2005 bis 01.06.2010) zustehen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte behauptet, sie habe hinsichtlich des Swap-Geschäftes mit der Klägerin Gegengeschäfte mit anderen Marktteilnehmern geschlossen (Hedgegeschäfte). Sie habe damit ihre Risiken aus dem Geschäft mit der Klägerin auf jegliche nachfolgende Marktentwicklung abgesichert [GA 50 f].

Gegenüber dem Geschäftsführer der Klägerin sei bei der Präsentation mehrfach mündlich erklärt worden, dass der maximale Gewinn für die Klägerin bei 1 % p.a. und nicht bei 3 % p.a. liege [GA 226].

Die Beklagten macht hilfsweise gegenüber einem Schadensersatzanspruch der Klägerin eine Anrechnung von Vorteilen aus anderen Geschäften in Höhe von insgesamt 304.748,53 € geltend.

Das Gericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen T., A, F. und S.. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Vernehmungsprotokoll verwiesen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Sitzungsprotokolle sowie auf den weiteren Inhalt der Schriftsätze der Parteien Bezug genommen, hinsichtlich der Schriftsätze jedoch nur soweit, wie diese bis zum Zeitpunkt, der der letzten mündlichen Verhandlung entspricht, eingereicht wurden.

Entscheidungsgründe

I.

Die Klage ist zulässig.

Für den Feststellungsantrag besteht das erforderliche Feststellungsinteresse, denn es ist hinreichend wahrscheinlich, dass der Klägerin aus dem streitgegenständlichen Swapgeschäft in Zukunft weitere Verluste drohen.

II.

Die Klage ist im Wesentlichen begründet. Die Vertragsklausel zur Berechnung der Zahlungspflichten der Parteien verstieß gegen das Transparenzgebot. Zudem klärte die Beklagte die Klägerin nicht hinreichend über den für sie bestehenden Interessenskonflikt aufgrund des Nettoerlöses, den sie aus dem Geschäft ziehen wollte.

1. Der Klägerin steht ein Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Zahlungen gemäß § 812 BGB zu, denn das streitgegenständliche Swap-Geschäft war wegen der Verletzung des Transparenzgebots bei der Fassung der Klauseln zur Berechnung der Zahlungspflichten insgesamt unwirksam; das Festhalten an dem Vertrag wäre für die Klägerin eine unzumutbare Härte (§§ 307 I 2, 306 III BGB).

a) Bei den Klauseln zur Berechnung der Zahlungspflichten zwischen den Parteien handelte es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne von § 305 I BGB. Die Klauseln, welche den von der Beklagten zu zahlenden Zinssatz und die Formel zur Berechnung der auf die Klägerin entfallenden Zahlungspflicht enthalten, sind von der Beklagten vor dem Verhandeln und vor dem Abschluss des Vertrages formuliert und in die Vertragsverhandlungen eingebracht worden. Sie waren damit vorformuliert und von der Beklagten gestellt (vgl. Erman/Roloff, BGB, 11. Aufl., § 305, Rn. 12).

Diese Klauseln waren auch für eine Vielzahl von Verträgen gedacht. Insoweit kommt es nicht darauf an, ob konkrete weitere Vertragsschlüsse festgestellt werden können, in denen diese Klauseln identisch verwendet wurden. Es reicht ihre Verwendung in einem ersten Verwendungsfall, wenn diese Klauseln gleichwohl für eine Vielzahl von Verwendungen formuliert wurden (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 67. Aufl., § 305, Rn. 9 mwN.). Entscheidend ist demnach der Umstand, dass die Klausel nicht in Hinblick auf einen einzelnen konkreten Vertrag formuliert wurde, sondern nach den Vorstellungen zum Zeitpunkt ihrer Vorformulierung im Rahmen des weiteren Betriebsablaufs beim Verwender auch für mehrere Verträge hätte Verwendung finden können (vgl. BGH NJW 1997, 135 unter I 2 b, mwN.).

Nach dem Vortrag der Parteien und dem Ergebnis der Beweisaufnahme ist das Gericht davon überzeugt, dass die Klauseln zur Bestimmung der Zahlungspflichten der Parteien in dem Swap-Geschäft nicht nur für das Geschäft mit der Klägerin sondern auch für eine unbestimmte Vielzahl anderer Geschäfte hätte zur Anwendung kommen können. Die Beklagte wollte dieses auf den Spread zwischen zwei Swap-Mittelsätzen abstellende Geschäft auch mit anderen Kunden abschließen. Deshalb wurde hierüber auch in einer Veranstaltung der Beklagten gegenüber mehreren Kunden referiert, wie es die Zeugen A und S. bekundeten [GA 330, 338] und im Übrigen die Klägerin insoweit unbestritten vorgetragen hat [GA 256]. Weiterhin haben die Zeugen A und S. insoweit glaubhaft und glaubwürdig bekundet, dass das Swap-Geschäft, so wie sie es von der Produktabteilung der Beklagten bekommen haben, auch mit anderen Kunden hätten abschließen können [GA 330, 338]. Die Klauseln zur Bestimmung

bzw. Berechnung der Zahlungspflichten in dem Swap-Geschäft stammten auch von der Produktabteilung der Beklagten und wären auch nur unter deren Einbeziehung seitens der Beklagten abänderbar gewesen, wie es der Zeuge F. insoweit glaubhaft und glaubwürdig bekundete [GA 333]. Danach war der Betriebsablauf bei der Beklagten so gestaltet, dass ihr Vertrieb in ganz Deutschland - die vernommenen Zeugen waren nur für vier Landkreise zuständig - die von der Produktabteilung formulierten Klauseln zur Zahlungspflicht in den Swap-Verträgen hätten zur Anwendung bringen können und bei Kenntnis eines in Frage kommenden Kunden auch sollten. Dies reicht für eine Absicht, die Klauseln für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert zu haben, aus.

b) Diese Klauseln waren auch nicht im Sinne von § 305 I 3 BGB zwischen den Parteien ausgehandelt.

Ein Aushandeln von Vertragsbedingungen, die von einer Vertragspartei vorformuliert und gestellt worden sind, liegt noch nicht vor, wenn über sie intensiv verhandelt wurde (vgl. BGHZ 143, 104 unter II 2 b aa; BGH BB 1988, 14 unter II 3). Es genügt nicht, dass das gestellte Formular dem Verhandlungspartner bekannt ist und nicht auf Bedenken stößt, dass der Inhalt lediglich erläutert oder erörtert wird und den Vorstellungen des Partners entspricht. Von einem Aushandeln im Sinne von § 305 I 3 BGB kann vielmehr erst dann gesprochen werden, wenn der Verwender den in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen "gesetzesfremden Kerngehalt" bzw. intransparenten Klauselinhalt, also die den wesentlichen Inhalt der gesetzlichen Regelung ändernden oder ergänzenden bzw. unklar oder unverständlichen Bestimmungen, inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt mit zumindest der realen Möglichkeit, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen. Er muss sich also deutlich und ernsthaft zur gewünschten Änderung einzelner Klauseln bereit erklären. In aller Regel schlägt sich eine solche Bereitschaft auch in erkennbaren Änderungen des vorformulierten Textes nieder. Allenfalls unter besonderen Umständen kann ein Vertrag auch dann als Ergebnis eines "Aushandelns" gewertet werden, wenn es schließlich nach gründlicher Erörterung bei dem gestellten Entwurf verbleibt (vgl. BGHZ 143, 104 unter II 2 b aa, mwN.). Eine allgemeine Bereitschaft, Vertragsklauseln auf Anforderung des Vertragspartners zu ändern, erfüllt nicht die Voraussetzungen für ein Aushandeln der konkreten Vertragsklausel (vgl. BGH NJW-RR 2005, 1040).

Ein solches konkretes, deutliches und ernsthaftes Anerbieten seitens der Beklagten, die Klauseln zur Zahlungspflicht der Parteien in ihrer Formulierung zur Disposition zu stellen,

hat die Beklagte nicht vorgetragen. Ihrem Vortrag ist einzig zu entnehmen, dass sie angeboten hat, den Betrag für das Nominalvolumen den Wünschen der Klägerin anzupassen [GA 413]. Dies ist nach den Bekundungen der Zeugen auch insoweit geschehen, dass die Parteien darüber diskutierten, ob das Nominalvolumen bei vier oder fünf Millionen Euro liegen sollte. Die Vorgabe aus dem Term-Sheet bezeichnet insoweit einen Betrag von „EUR 2.600.000,- (bis 5.200.000,-)“ [Anlage B21]. Darüber hinaus ist dem Vortrag der Beklagten jedoch nur zu entnehmen, dass die Parteien intensiv über den Vertrag und seine Bedingungen verhandelten und die Bereitschaft bestanden hätte, Vertragsklauseln anzupassen, wenn ein solcher Wunsch aufgekommen wäre [GA 413]. Soweit die Beklagte vorträgt, dass die möglichen Chancen für die Klägerin auch mehr als 1 % hätten betragen können, wenn im Gegenzug die Schwellenwerte für die Bestimmung der Tage, die die Anzahl „N“ für die Formel zur Berechnung der Zahlungspflicht der Klägerin ergeben, gesenkt worden wären, betrifft dies ebenfalls nicht den unklaren und missverständlichen Teil der Klauseln zur Berechnung der Zahlungspflichten der Parteien. Damit hat die Beklagte diesen Teil ihrer Klauseln nicht konkret zur Disposition gestellt und keine reale Möglichkeit für eine andere Formulierung aufgezeigt.

c) Die Klauseln zur Darstellung der Zahlungspflichten der Parteien, wonach die Beklagte einen Zins von 3 % p.a. und die Klägerin eine nach der in der Präsentation [Anlage B 20] dargestellten Formel „2 % + 5 % * 2N/D“ jeweils bezogen auf das Nominalvolumen halbjährlich zu zahlen hatten, verstießen gegen § 307 I 2 BGB, weil die Beklagte mit dieser Fassung nicht diejenige gewählt hat, die die kundenbelastende Wirkung deutlich macht; vielmehr unterdrückt sie sie.

aa) Der Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen hat darin die Rechte und Pflichten seines Vertragspartners möglichst klar und durchschaubar darzustellen (vgl. BGHZ 112, 115 unter II 1). Der Verwender ist nicht gezwungen, jede AGB-Regelung gleichsam mit einem umfassenden Kommentar zu versehen. Auch ist anzuerkennen, dass bei schwierigen und komplexen Regelungen die Bemühungen für eine klare und durchschaubare Darstellung ab einem bestimmten Punkt nicht mehr optimiert werden können oder allenfalls nur noch marginale Verbesserungen möglich erscheinen. Um den AGB-Verwender nicht zu überfordern, dürfen sich die Anforderung an Klarheit und Durchschaubarkeit der Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen deshalb nur auf das Beschränken, was noch im Rahmen des Möglichen formulierbar ist. In diesem Rahmen ist er jedoch verpflichtet, von vorneherein auf die Verständnismöglichkeiten des Durchschnittskunden Rücksicht zu nehmen und, wenn dies ohne unangemessene Ausweitung des Textumfangs möglich ist, zwischen

mehreren möglichen Klauselfassungen diejenige zu wählen, bei der die kundenbelastende Wirkung einer Regelung nicht unterdrückt, sondern deutlich gemacht wird (vgl. BGHZ 112, 115 unter II 1 c).

Dieses Gebot der Transparenz gilt in besonderer Weise für Bedingungen von Finanztermingeschäften gemäß § 2 II+IIa WpHG, denn nach dem auf der Europäischen Richtlinie 93/22/EWG des Rates vom 10. Mai 1993 über Wertpapierdienstleistungen (Amtsbl. L 141 v. 11.06.1993, S. 27) beruhenden § 31 WpHG (a.F. vom 1.8.1998 bis 19.07.2007) müssen Wertpapierdienstleistungsunternehmen ihren Kunden alle zweckdienlichen Informationen zuteil werden lassen. Im Hinblick auf Nr. 2 der Europäischen Wohlverhaltensregeln für Wertpapiertransaktionen (Anlage zur Empfehlung der Europäischen Kommission vom 25.07.1977 (77/534/EWG), Amtsbl. L 212 vom 20.08.1977, S. 37) bedeutet dies, dass jedenfalls die die Hauptleistungspflichten darstellenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Wertpapiergeschäfts einschließlich der Finanztermingeschäfte so zu gestalten sind, „dass ihre Bedeutung und Tragweite leicht erfasst werden kann“ (vgl. Assmann/Schneider/Koller, WpHG, 4. Aufl., § 31, Rn. 146).

Demnach reicht es für die Fassung von AGB für Finanztermingeschäfte nicht aus, die darin geregelten Hauptleistungspflichten mit ihrer den Kunden belastenden Wirkung überhaupt in einer ggf. gerade noch verständlichen Weise darzustellen. Vielmehr gebietet das Transparenzgebot dem Wertpapierdienstleistungsunternehmen, das das Finanztermingeschäft anbietet, diese Kunden belastende Wirkung möglichst so leicht verständlich zu formulieren, dass diese Wirkung unschwer mit möglichst wenigen Zwischenschritten mit hinreichender Präzision erfasst wird.

bb) Diesen Anforderungen werden die Klauseln zur Formulierung der Zahlungspflichten in dem zwischen den Parteien geschlossenen Swap-Geschäft in zweifacher Hinsicht nicht gerecht.

(1) Für ein solches Swap-Geschäft ist es erforderlich, dass der Kunde erkennen kann, welche Gewinnmöglichkeiten ihm das Geschäft bietet; nur so kann er die Angemessenheit der mit dem Geschäft verbundenen Verlustrisiken beurteilen.

Die Gewinnmöglichkeiten für die Klägerin ergaben sich aus der die Zahlungspflicht der Beklagten regelnden Festsetzung, wonach diese der Klägerin in halbjährlichen Raten „3 % p.a.“ vom Nominalvolumen zu zahlen hatte. Dass hier ein Prozentsatz genannt und nicht

sogleich der sich aus dem Nominalvolumen errechnende absolute Betrag angegeben wurde ($3\% \times 4 \text{ Mio. €} = 120.000 \text{ €}$ pro Jahr bzw. $60.000,- \text{ €}$ pro Halbjahr), verstieß nicht gegen das Transparenzgebot, denn der angegebene Prozentsatz verschaffte eine Vergleichbarkeit bei unterschiedlichen Nominalvolumina und ggf. unterschiedlichen Geschäften. Dies entspricht bei gewöhnlichen Wetten der Angabe einer Wettquote anstelle der Angabe von absoluten Beträgen.

Der Prozentsatz von 3% suggerierte indessen, dass der Kunde 3% vom Nominalvolumen pro Jahr höchstmöglich gewinnen könne und die hiervon abzuziehende Zahlungspflicht des Kunden, jeweils ihren eigenen Gesetzmäßigkeiten unterliege. Insbesondere bei einem Swap-Geschäft, bei dem die Zahlungspflicht des Kreditinstituts mit einem festen Zinssatz definiert wird und somit nur die Zahlungspflicht des Kunden sich variabel gestaltet, hat der Kunde die zumindest theoretische Vorstellung, dass seine variable Zahlungspflicht theoretisch bis auf Null gehen kann, jedenfalls soweit dem einschlägige konkrete Marktgesetzmäßigkeiten nicht entgegen stehen. Insoweit vermag der Kunde den Eindruck gewinnen, die Zahlungspflicht des Kreditinstituts stellt auch zugleich seinen (theoretisch) höchstmöglichen Gewinn dar.

Dieser Schein trägt in dem streitgegenständlichen Swap-Geschäft, weil die Klägerin ebenso einen festen Zinssatz von 2% p.a. mindestens an die Beklagte zurück zu zahlen hatte. Um ihre Gewinnmöglichkeit zu bemessen, musste die Klägerin also zunächst von den versprochenen 3% ihre Zahlungspflicht von 2% abziehen. Dieser Rechenschritt ist für sich genommen nicht schwer. Er ist aber zu vollziehen, um das Chancen-Risiko-Verhältnis des Geschäftes richtig und vollständig zu erfassen und birgt damit das Risiko eines Missverständnisses beim Kunden, wenn er ihn bei allen seinen Überlegungen aus Versehen unterlässt oder sich angesichts der Komplexität des Geschäfts im Übrigen nicht die Mühe machen will, das Geschäft mathematisch richtig zu verstehen. Im Hinblick darauf ist es deshalb für eine möglichst leichte Erfassung der Bedeutung und Tragweite dieser Klauseln erstrebenswert gewesen, diesen Rechenschritt zu vermeiden, indem die Zahlungspflicht der Beklagten sogleich auf 1% p.a. reduziert, die Zahlungspflicht der Klägerin ohne den Summanden „ 2% p.a.“ definiert und schließlich die maximale Zahllast der Klägerin auf 5% reduziert worden wäre.

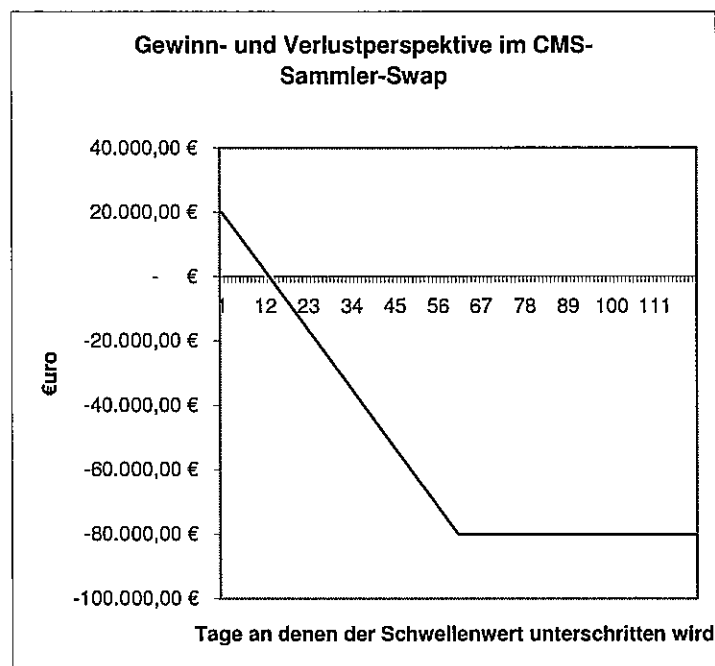
Eine Formulierung der Zahlungspflicht in dieser, einfacheren Form war indessen nicht nur erstrebenswert, sondern im Sinne des Transparenzgebotes geboten gewesen, denn nach dem übereinstimmenden Vortrag der Parteien gab es für die kompliziertere Darstellung der Zahlungspflichten, wie sie in dem Swap-Vertrag vereinbart wurden, nicht den geringsten

Grund; diese Formulierung entsprach keinem Interesse auch nur einer der beiden Parteien (GA 311). Dass der Zinssatz von 3 % dem damaligen durchschnittlichen Swapsatzniveau mit einer Laufzeit von 5 Jahren entsprochen haben soll, lässt nicht erkennen, warum man diesen Prozentsatz der Zahlungspflicht der Beklagten zugrunde legen soll oder die Parteien irgendein Interesse daran gehabt hätten. Dem Gebot, soweit es mit gleichlanger Textfassung möglich ist, die Kunden belastende Wirkung möglichst leicht verständlich darzustellen, hat die Beklagte deshalb nicht genügt.

(2) Gleiches gilt für die Formulierung der Zahlungspflicht der Klägerin mit der Multiplikation und Division „5 % * 2N/D“ (besser: $5\% \cdot 2 \cdot N/D$). Der Rechenschritt „5%·2“ war völlig unnötig und hätte leicht und besser als „10 %“ dargestellt werden können, so dass die Gesamtformel „10%·N/D“ gelautet hätte.

Eine Formel „5 % * 2N/D“ war auch nicht aufgrund der maximalen Kappung in Höhe von 5 % (bzw. 7 % bei Hinzurechnung von weiteren 2 %) veranlasst. Die Anlehnung an den Kappungssatz von 5 % bzw. 7 % hätte allenfalls einen trügerischen Verlauf des Verhältnisses von Chancen- und Risiken vermitteln können.

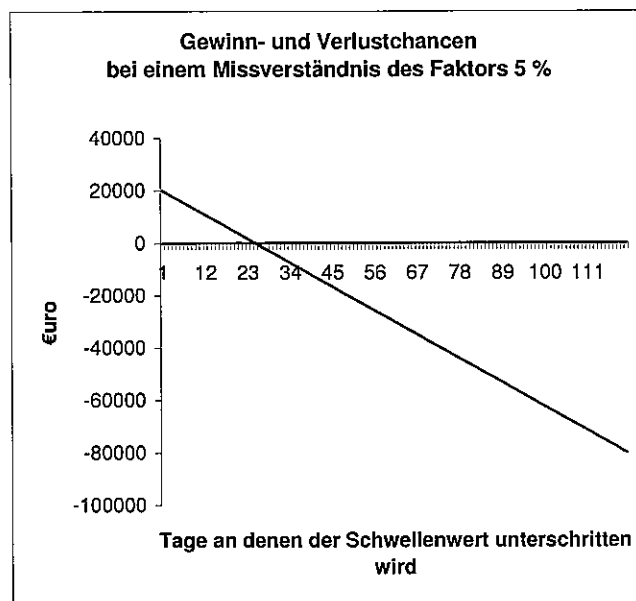
Tatsächlich ergab sich bei Anwendung der vereinbarten Zahlungspflichten für jedes Halbjahr eine von den Tagen, an denen der Schwellenwert unterschritten wird, abhängige Gewinn- und Verlustperspektive wie folgt:



[Zur Vereinfachung werden für die obige Grafik 120 Bankarbeitstage pro Halbjahr unterstellt]

Bei dieser Grafik wirkt sich aus, dass die Verlustrisiken um den Faktor von 10 % recht steil nach unten sinken und damit der maximale Verlustbetrag bereits bei der Hälfte der möglichen Tage erreicht wird.

Missversteht man die Klausel zur Berechnung der Zahlungspflicht des Kunden, indem man von einem Faktor von 5 % ausgeht und übersieht, dass dieser Faktor noch zu verdoppeln ist, gerade weil die maximale Zahllast bei 5 % (bzw. 7 % bei einer Zahllast der Beklagten von 3 %) definiert wird, so würde der Kunde bei diesem Missverständnis die Gewinn- und Verlustperspektive wie folgt verstehen können:



Das Abstellen auf einen geringeren Faktor von 5% vermag deshalb dem Kunden eine wesentlich günstigere Gewinn- und Verlustperspektive zu vermitteln, wenn er die Verdopplung dieses Faktors übersieht bzw. bei seinen Überlegungen versehentlich nicht berücksichtigt. Dieser geringere Faktor stimmt dann mit der maximalen Begrenzung von 5% bzw. 7% (bei weiterer Hinzurechnung von 2%) überein, sodass dem Kunden auch nicht sofort auffällt, dass der Faktor in Wahrheit über der maximalen Kappungsgrenze liegt. Auch damit kann das Missverständnis gefördert werden, die Gewinn- und Verlustperspektive verlaufe vollständig linear, weil das höchst mögliche Produkt von „5%·N/D“ der maximalen Kappungsgrenze entspricht. Dabei kann sich der Kunde zwar sodann fragen, wofür es dieser Kappungsgrenze denn bedarf, und insoweit seinen Irrtum aufdecken. Sofern er diese weitere

Überlegung nicht trifft, bleibt es indessen bei der Möglichkeit seine Zahlungspflichten falsch zu verstehen.

In jedem Falle stellt die Aufspaltung des Faktors „10 %“ in „5%·2“ eine mögliche Fehlerquelle für ein Missverständnis beim Kunden dar und zwar auch und gerade weil mit der Zahl „5 %“ (ggf. zusammen mit dem weiteren Summanden „2 %“) die Kappungsgrenze von 5 % bzw. 7 % angesprochen wird. Das Ansprechen dieser Kappungsgrenze verstärkt eher die Möglichkeit zur irrtümlichen Annahme eines komplett linearen Verlaufs der Gewinn- und Verlustperspektive, als dass es ein solches Missverständnis vermeidet.

Die Formulierung der Zahlungspflicht mit der Multiplikation und Division „5 % * 2N/D“ (besser: $5\% \cdot 2 \cdot N/D$) hat damit die Kunden belastende Wirkung nicht in der Weise dargestellt, dass sie möglichst leicht verständlich und diese Wirkung mit möglichst wenig Zwischenschritten hinreichend zuverlässig erfasst werden kann. Hierfür hätte dieser Teil der Formel schlicht auf „10 %·N/D“ lauten müssen.

cc) Diese unnötigen Zwischenschritte für das Errechnen der gegenseitigen Zahlungspflichten und damit für die Beurteilung der Gewinn- und Verlustperspektiven aus dem Swap-Geschäft verstießen gegen das Transparenzgebot. Die damit für die Klägerin eingetretene Erschwernis ist nicht so marginal, dass darin kein Verstoß gegen das Transparenzgebot zu sehen wäre.

Zweifelsfrei bezweckt das Transparenzgebot gemäß § 307 I 2 BGB nicht im Nachhinein die Bedingungen eines Vertrags darauf zu untersuchen, ob diese nicht in einer noch besseren, perfekteren Weise hätten formuliert werden können. Das Gebot bezweckt allein eine unangemessene Benachteiligung dadurch zu vermeiden, dass der AGB-Verwender es seinem Kunden in unnötiger Weise erschwert, die ihn belastende Wirkung der vorformulierten Vertragsbedingungen zu erkennen und damit die Gefahr besteht, dass der Kunde den Vertrag als für ihn günstiger ansieht, als er in Wirklichkeit ist. Bereits darin liegt in der Regel eine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 I BGB (vgl. BGHZ 136, 394 unter 3 b).

Diese Gefahr einer unangemessenen Benachteiligung hat die Beklagte jedenfalls mit den beiden unnötigen Erschwernissen bei der Berechnung der Zahlungspflichten begründet und die Grenze zu einer bloß marginal anderen Formulierung überschritten. Zwar kann ein Jurist in der Zeit, die er für die Beurteilung des vorliegenden Rechtsstreits aufzubringen hat, ohne weiteres die rechnerische Bedeutung der Formeln zu Berechnung der Zahlungspflichten der beiden Parteien in dem Swap-Geschäft letzten Endes vollumfänglich erkennen und

durchschauen. Für die Frage, ob diese Formeln die Gefahr einer unangemessenen Benachteiligung begründen, kommt es indessen auf die Verhandlungssituation des Nicht-Juristen an, der vor Abschluss des Geschäfts dessen Bedingungen vollständig erfassen können soll. Dies gilt insbesondere für eine Definition der Hauptleistungspflichten, wie sie vorliegend durch die beanstandeten Formeln und Zinssätze begründet werden. Ohne Kenntnis dieser Pflichten weiß der Kunde im Grunde überhaupt nicht, worauf er sich bei dem Geschäft konkret einlässt, da diese Pflichten aber gleichwohl im Vertrag textlich definiert sind, kann der Kunde sich auch nicht auf den Schutz aus § 315 III BGB berufen.

Für Swap-Geschäfte der streitgegenständlichen Art ist diese Gefahr besonders kritisch und deshalb besonders früh zu sehen, weil der Kunde eine Vorstellung über das Verhältnis von Chancen und Risiken aus einem solchen Geschäft nur mit einer richtigen Vorstellung des mathematisch zu berechnenden Kurvenverlaufs für die Gewinn- und Verlustperspektiven des Geschäfts (siehe dazu die oben zu erst dargestellte Grafik) erkennen kann. Täuscht er sich hierbei, so geht er Risiken ein, die er ggf. nicht wollte. Er würde damit seinem Geschäftspartner und AGB-Verwender Gewinnmöglichkeiten eröffnen, die dieser bei einer richtigen Einschätzung der mathematischen Zusammenhänge des Geschäfts nicht erhalten hätte.

Nicht zuletzt aus diesen Gründen ist der Kunde bei Wertpapiergeschäften im Allgemeinen und bei Swap-Geschäften im Besonderen so zu informieren, dass er die Bedeutung und Tragweite des Geschäfts leicht erfassen kann (vgl. Nr. 2 der Europäischen Wohlverhaltensregeln für Wertpapiertransaktionen - Anlage zur Empfehlung der Europäischen Kommission vom 25.07.1977 (77/534/EWG), Amtsbl. L 212 vom 20.08.1977, S. 37; Assmann/Schneider/Koller, aaO, § 31, Rn. 146). Ein Mangel an Transparenz ist deshalb schon dann festzustellen, wenn die Erschwernisse für die Erfassung und Berechnung der Hauptleistungspflichten eines Swap-Geschäftes insgesamt als gering erscheinen, jedenfalls soweit diese Erschwernisse leicht zu beheben gewesen wären und obendrein im Grunde - mathematisch gesehen - nahe lagen.

Um das Transparenzgebot handhabbar zu gestalten, sollte ein Verstoß durch eine Formulierung von mathematischen Berechnungsformeln mit gänzlich unnötigen Rechenschritten bereits dann angenommen werden, wenn bereits ein einziger in solcher Weise unnötiger Rechenschritt darin enthalten ist. Ein Verstoß gegen das Transparenzgebot wäre kaum verlässlich zu bestimmen, wenn das Gericht zu entscheiden hätte, ob die Zahlungspflicht der Klägerin mit der Formel „ $2+5 \cdot 2 \cdot N/D$ “, der Formel „ $1+1+100/10 \cdot N/D$ “,

oder der Formel „ $254/127+(560 \cdot N)/(7 \cdot D \cdot 8)$ “ noch hinreichend transparent beschrieben worden wäre.

Jedenfalls bei Vorliegen von zwei solchen unnötigen, wenn auch im Grunde leicht zu überwindenden Rechenschritten ist die Gefahr, dass der Kunde die Berechnung der Hauptleistungspflichten erst gar nicht versucht zu verstehen oder dabei einem Irrtum erliegt, im Verhältnis zu der Leichtigkeit, eine bessere und klarere Fassung dieser Berechnungsformeln zu formulieren, so hoch einzuschätzen, dass darin eine unangemessene Benachteiligung des Kunden wegen mangelnder Transparenz in den Vertragsbedingungen liegt. Andernfalls bestünde die Gefahr, die auch vorliegend in Betracht zu ziehen ist, dass das Wertpapierdienstleistungsunternehmen die Zahlungspflichten aus einem Swap-Geschäft bewusst mit unnötigen Rechenschritten versieht. Der Vortrag der Beklagten lässt jedenfalls nicht plausibel erkennen, wie es überhaupt zur Aufnahme dieser Rechenschritte in die Formeln für die Zahlungspflichten gekommen ist.

d) Der Mangel an Transparenz bei der Abfassung der Klauseln für die Zahlungspflichten aus dem Swap-Geschäft war nicht dadurch gerechtfertigt, dass die Klägerin ein Formkaufmann ist und bereits mehrere Swap-Geschäfte zuvor mit der Beklagten abgeschlossen hatte.

Die bei diesen Geschäften oder aus der Kaufmannseigenschaft gewonnenen Kenntnisse haben der Klägerin nicht geholfen, die Klauseln besser zu verstehen. Das Swap-Geschäft bedurfte ohnehin besonderer Kenntnisse und Erfahrungen im geschäftlichen Verkehr und Wirtschaftsgeschehen, um dessen Tragweite - unabhängig von der konkreten Formulierung der Klauseln zur Berechnung der Zahlungspflichten - so verstehen zu können, dass man sich auf ein solches Geschäft hätte einlassen und der Klägerin dementsprechend hätte empfehlen dürfen.

Dieses Kenntnis- und Erfahrungsniveau betrifft aber nicht den Gesichtspunkt, der vorliegend die Transparenz durch zwei unnötige Erschwernisse bei der Berechnung der Zahlungspflichten beeinträchtigt. Wie bereits ausgeführt, ergibt sich die Gefahr einer unangemessenen Benachteiligung auch nicht daraus, dass die Klägerin diese Berechnungsklauseln überhaupt nicht hätte verstehen können, sondern dass sie wegen der Erschwernisse bei der Anwendung dieser Klauseln einem Irrtum unterliegt oder überhaupt davon absieht, den Inhalt und die Bedeutung dieser Klauseln zu erfassen. Für diese Gefahr eines Irrtums oder einer Außerachtlassung des für das Geschäft maßgeblichen Inhalts dieser

Klauseln bleibt es im Grunde gleichgültig, ob es sich bei der Klägerin um einen gewöhnlichen Verbraucher oder um einen Kaufmann handelte. Die Klägerin war kein Kaufmann auf dem Gebiet der Wertpapiergeschäfte, weshalb diese Geschäfte nicht zu jenen gehörte, die ihr vertraut waren und damit zu einer besseren Vorsorge in der Lage gewesen wäre; sie konnte deshalb grundsätzlich das selbe Maß an Sorgfalt seitens der Beklagten bei der transparenten Ausarbeitung von Geschäftsbedingungen erwarten wie bei einem Privatkunden (vgl. BGH NJW 2005, 2006 unter 2 c cc). Die Beklagte musste auch erkennen, dass für die Klägerin letzten Endes nur natürliche Personen handeln konnten, denen ein Irrtum oder eine Nachlässigkeit in dem Bemühen, die Klauseln zu erfassen, genauso unterlaufen konnte, wie einem gewöhnlichen Verbraucher. Da das Swap-Geschäft nicht zu dem gewöhnlichen Geschäftsfeld der Unternehmenstätigkeit der Klägerin gehörte, konnte die Beklagte nicht erwarten, dass die Klägerin mit einer fachspezifischen Sorgfalt eines auf Wertpapiergeschäften spezialisierten Kaufmanns die Klauseln des Geschäfts prüfen und beurteilen werde.

Die Beklagte konnte lediglich erwarten, dass die Klägerin das Swap-Geschäft nicht mit dem Zeitaufwand wie bei einem alltäglichen Geschäft eines Verbrauchers beurteilen sondern mit einem ihrer professionellen Tätigkeit entsprechenden Zeitaufwand betrachten werde. Dieser erhöhte Zeitaufwand allein, der auch mit der Präsentation seitens beider Parteien betrieben wurde, vermochte indessen der Gefahr eines Irrtums oder einer Außerachtlassung der Bedeutung der Klauseln schon deshalb nicht hinreichend begegnen, weil das Geschäft auch im Übrigen äußerst komplex und eher schwer zu durchdringen ist. Der Gefahr eines solchen Irrtums oder einer solchen Außerachtlassung konnte nur durch eine möglichst leicht verständliche Fassung der Klausel begegnet werden.

e) Der Verstoß gegen das Transparenzgebot wurde auch nicht dadurch geheilt, dass die Beklagte der Klägerin im Rahmen der Vertragsverhandlungen die klare und deutliche Bedeutung der Berechnungsformeln für die Zahlungspflichten aus dem Swap-Geschäft unter Bereinigung der mathematischen Zwischenschritte vermittelt hätte.

Die Beweislast für eine solche Aufklärung zur Vermittlung einer transparenten Bedeutung der Zahlungspflichten lag bei der Beklagten als Verwenderin der AGB (vgl. BGHZ 116, 1 unter II 4; BGH NJW 1992, 1097 unter II 5).

aa) Zu den Rechenschritten für die Berechnung der Zahlungspflicht der Klägerin („ $5\% \cdot 2 \cdot N/D$ “ = „ $10\% \cdot N/D$ “) hat die Beklagte nicht vorgetragen, dass der Klägerin die einfachere Berechnungsweise erläutert worden sei.

bb) Zu dem Umstand, dass die Zahlungspflicht der Beklagten im Grunde nur 1 % p.a. betrug, weil die Klägerin von den vereinbarten 3 % p.a. sogleich 2 % p.a. an die Beklagte zurückzahlen müsse, gibt der Vortrag der Beklagten auch nicht zu erkennen, wie man die Zahlungspflichten richtig verstehen müsse, nämlich eine Zahlungspflicht der Beklagten von 1 % und eine Zahlungspflicht der Klägerin von $10\% \cdot N/D$ (bzw. $5\% \cdot 2 \cdot N/D$) mit einer Kappungsgrenze von 5%.

(1) Die Beklagte trägt lediglich vor, der Klägerin sei verdeutlicht worden, dass ihre Gewinnchance bei maximal 1% gelegen habe, während sie maximal 4% habe verlieren können. Dieser Vortrag stellt zwar ein wesentliches Ergebnis der Berechnungen heraus, bringt aber nicht zum Ausdruck, wie die einfacheren Rechenschritte lauten; es bliebe auch nach diesem Vortrag bei einer Darstellung der Zahlungspflichten wie im Verträge niedergelegt.

(2) Zudem vermochte das Gericht sich von diesem Vortrag der Beklagten, der Klägerin seien die maximalen Gewinnchancen von 1% p.a. und der maximale Verlust von 4% p.a. in der Präsentation vom 05.04.2005, anhand der angebotenen Beweismittel keine Überzeugung bilden.

Die Zeugen A, F. und ansatzweise auch der Zeuge S. haben eine solche Darstellung der Präsentation zwar bekundet. Das Gericht erachtet es auch für möglich, dass die maximalen Gewinnchancen und Verlustrisiken darin erörtert wurden. Es vermag darin aber keine Gewissheit zu erkennen. Vielmehr bleiben ernst zu nehmende Zweifel an der Wahrheit dieser Bekundungen.

Diese Zweifel ergeben sich zunächst aus dem Umstand, dass alle drei Zeugen bei der Beklagten angestellt sind und im Vertrieb für Produkte der streitgegenständlichen Art beschäftigt sind. Es ist damit ihre Aufgabe solche Geschäfte gerichtsfest abzuschließen, weshalb allgemein von einem Interesse ihrerseits auszugehen ist, dass die Beklagte im vorliegenden Rechtsstreit obsiegen werde. Dieses Interesse konnte sie dazu bewegen haben, die genauen Geschehnisse bei der Präsentation vom 05.04.2005 falsch darzustellen oder eine Erinnerung als wahr wiederzugeben, obwohl ihnen eine wahrheitsgemäße Erinnerung an das Geschehen fehlte.

Weiterhin steht ihren Bekundungen die Bekundungen der Zeugin T. entgegen, wonach insbesondere über das maximale Verlustrisiko bei der Präsentation nicht gesprochen worden sei (GA 320). Die Bekundungen dieser Zeugin begegnen zwar insgesamt gewissen Zweifeln an ihrer Glaubwürdigkeit, weil sie zunächst bekundete, sie könne sich nicht daran erinnern, ob über die Möglichkeit eines Aussteigens aus dem Geschäfts von einer der beiden Vertragsparteien gesprochen worden sei. Erst auf konkreten Vorhalt vermochte sie sich dann konkret an eine solche Aussage unter Zitierung ihres konkreten Wortlauts erinnern. Das Gericht hegt insoweit den Zweifel, dass die Zeugin letzteres nur bekundete, um der Klägerin zu helfen. Indessen erachtet das Gericht die Bekundungen der Zeugin T., dass über ein Worst-Case-Szenario nicht gesprochen wurde, Herr A die ausgehändigten Präsentationsunterlagen nur zusammenfassend vorgetragen habe und nicht auf die einzelnen Seiten zu sprechen gekommen sei, für wesentlich glaubwürdiger. Denn im Zusammenhang mit den Ausführungen des Geschäftsführers der Klägerin, die aufgrund ihrer Darstellungsweise im Termin eine wesentlich lebendigere Erinnerung zum Ausdruck brachten und wesentlich prompter und spontaner als die Bekundungen der Zeugen gegeben wurden, sieht das Gericht eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass die Mitarbeiter der Beklagten sich bei der Präsentation zwar bemühten die ausgehändigten Unterlagen - gemeint ist nur die Anlage B20 - vortragsweise darzustellen, dieser Vortrag aber nicht so geführt wurde, dass der Geschäftsführer der Klägerin und die Zeugin T. den Inhalt dieser Präsentation und damit den Inhalt des Swap-Geschäfts verstanden hätten. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Bedingungen, die die Chancen und Risiken für die Klägerin bestimmten, denn der Geschäftsführer der Klägerin hat bei seiner persönlichen Anhörung am 10.12.2007 mehrfach in der zuvor beschriebenen, eher glaubwürdigen Art und Weise bekundet, dass er von den Geschäften im Grunde nichts verstehe, dies den Mitarbeitern der Beklagten so erklärt habe, sich darauf verlassen habe, dass die Mitarbeiter der Beklagten ihm keine schlechten Geschäfte anbieten werde, und er für den Fall eines schlechten Verlauf des Geschäfts den Eindruck hatte, einvernehmlich das Geschäft zu erträglichen Bedingungen beenden zu können (zum Teil ist die Aufnahme dieser Bekundungen des Herrn K. in das Protokoll versehentlich unterblieben und wird hiermit als Tatbestand des Urteils dokumentiert). Für die Glaubwürdigkeit der Bekundungen des Geschäftsführers der Klägerin spricht insbesondere, dass er nicht bei dem Vortrag seines Prozessbevollmächtigten geblieben ist, die Klägerin habe aus dem Geschäft jederzeit „aussteigen können“, sondern herausstrich, dass eine Beendigung des Geschäfts nur einvernehmlich hätte stattfinden können.

Gleichwohl reichen die Bekundungen des Geschäftsführers der Klägerin nicht, um von deren Richtigkeit überzeugt zu sein. Es bleibt insoweit der Zweifel, dass der Geschäftsführer der Klägerin nur aus eigenem Interesse für die Klägerin mit gewissen schauspielerischem Talent einen Sachverhalt dargestellt haben könnte, der nicht der Wahrheit entsprach. Eine Parteivernehmung hätte insoweit keine weiteren Erkenntnisse dem Gericht bieten können.

Demgegenüber reicht die Art und Weise der Bekundungen des Zeugen A ebenfalls nicht für eine Überzeugung des Gerichts aus. Seine Sprechweise war weniger lebendig, und brachte kaum zum Ausdruck, von einer konkreten Erinnerung getragen zu sein. Seine Darstellung, wie das Worst-Case-Szenario vom Geschäftsführer der Klägerin (Herr K.) und Herrn F. gemeinsam errechnet worden sei, erscheint im Übrigen auch wenig plausibel, denn solche Berechnung stellt wenn überhaupt jeder für sich an. Wahrscheinlicher erscheint indessen, dass ein Kunde sich solche Berechnungen vorrechnen lässt. Das Gericht hat deshalb den Eindruck gewonnen, dass der Zeuge A die Darstellung zum Berechnen des Worst-Case-Szenarios durch Herrn K. nur gewählt hat, um zugleich zu zeigen, wie gut Herr K. die mathematischen Zusammenhänge des Geschäfts beherrscht habe. Dass dies möglicherweise vom Zeugen A so erfunden wurde, wird auch dadurch unterstützt, dass der Zeuge F. sich daran nicht mehr erinnern konnte, obwohl er an dieser Berechnung aktiv beteiligt gewesen sein soll. Vor allem aber steht der Glaubwürdigkeit dieser Bekundungen des Zeugen A entgegen, dass Herr K. unmittelbar im Anschluss daran diese Bekundungen in einer zwar noch die Höflichkeit wahrenen aber doch mit einem gewissen emotionalen Nachdruck verbundenen Tonlage als eine „absolute Lüge“ bezeichnete. Dieser Aussage des Herrn K. war deutlich ein Element der Entrüstung zu entnehmen, weshalb das Gericht eher geringe Zweifel an der Berechtigung dieses Vorwurfs seitens Herrn K. hegt. Gleichwohl hindern diese Zweifel eine Gewissheit; eine Parteivernehmung hätte insoweit keine Gewissheit zu vermitteln vermocht.

Der Zeuge F. hat zwar auch bekundet, dass der Worst-Case mit einem Betrag von 800.000,- € berechnet worden sei, vermag sich aber nicht mehr daran zu erinnern, ob der Worst-Case auch für ein anderes Nominalvolumen bestimmt worden sei und ob er diese Beträge selbst berechnet habe. Wenn der Zeuge sich daran erinnert, dass ein bestimmter Worst-Case-Betrag genannt worden sei, müsste er sich auch daran erinnern, ob er diesen Betrag zuvor selbst berechnet hat. Insoweit glaubt das Gericht eher, dass der Zeuge F. sich an die Präsentation überhaupt nicht mehr erinnerte oder seine wahren Erinnerungen dem Gericht nicht vollständig offenbaren wollte.

Der Zeuge S. vermochte sich wenn überhaupt nur vage daran erinnern, dass der Worst-Case besprochen wurde.

(3) Die Präsentationsunterlagen (Anlage B20) erwähnen den Prozentsatz von „1%“ zwar zweimal in der Weise, dass die Klägerin ihre Finanzierung für die Laufzeit von 5 Jahren „um bis zu 1% p.a. zusätzlich reduzieren“ könne. Damit wurde indessen, sofern dieser Punkt bei der Präsentation überhaupt erörtert wurde, nicht zum Ausdruck gebracht, dass die Klägerin die Zahlungspflichten aus dem Swap-Geschäft auch einfacher, leichter berechnen könnte. Damit wurde die erforderliche Transparenz für diese Klauseln nicht hergestellt.

Gleiches gilt für das „Term-Sheet“, worin der Worst-Case zwar etwas präziser dargestellt wird. Aber auch aus diesen Unterlagen hätte die Klägerin eine transparentere Berechnungsweise für die Zahlungspflichten aus dem Swap-Geschäft nicht entnehmen können. Es kommt insoweit daher nicht darauf an, inwieweit die Klägerin dieses Term-Sheet überhaupt vorgelegt bekam und Gelegenheit hatte, es zu lesen.

f) Aus dem Verstoß gegen das Transparenzgebot folgt für das zwischen den Parteien abgeschlossene Geschäft für den CMS-Sammler-Swap die Unwirksamkeit des Vertrages.

aa) Die Folge der Unwirksamkeit wegen des Verstoßes gegen das Transparenzgebot ergibt sich auch, obwohl dieser Verstoß vorliegend Klauseln betrifft, die die Hauptleistungspflichten des Vertrages zwischen den Parteien regeln. Das Transparenzgebot gilt mit den Unwirksamkeitsfolgen gemäß § 306 BGB für sämtliche Vertragsbedingungen, auch jene die die Hauptleistungspflichten regeln. Die Einschränkungen der Inhaltskontrolle gemäß den §§ 307 I 1, II, 308, 309 BGB hat der Gesetzgeber für das Transparenzgebot ausdrücklich nicht treffen wollen (§ 307 III 2 BGB; vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 154; 14/7052, S. 188; BGHZ 165, 12, 20 f. unter II 3 a).

bb) Der Verstoß gegen das Transparenzgebot führt zu Unwirksamkeit der die Zahlungspflichten enthaltenden Klauseln des zwischen den Parteien geschlossenen CMS-Sammler-Swap-Geschäftes und damit zur Unwirksamkeit des gesamten Vertrages.

Bei einer Unwirksamkeit der Regelungen eines Vertrages für dessen Hauptleistungspflichten gemäß § 307 I BGB kann der Vertrag nicht im Übrigen - ohne Hauptleistungspflichten - wirksam bleiben. Wegen des Anliegens gemäß § 306 BGB, die Wirksamkeit des Vertrages möglichst erhalten, ist in diesen Fällen eine ergänzende Vertragsauslegung anzustreben (vgl. BGHZ 137, 153, 157 unter II 2 a; 165, 12 unter II 5 a).

Die ergänzende Vertragsauslegung setzt jedoch voraus, dass sich Anhaltspunkte dafür finden lassen, welche Regelung die Parteien bei Kenntnis der Unwirksamkeit der beanstandeten Klausel vereinbart hätten. Kommen unterschiedliche Gestaltungsmöglichkeiten in Betracht, ohne das erkennbar ist, welche die Parteien gewählt hätten, sind die Gerichte zu einer ergänzenden Vertragsauslegung weder in der Lage noch befugt (vgl. BGHZ 165, 12 unter II 5 b, mwN.).

Vorliegend ist allein für die Beklagte zu erkennen, wie sie den Vertrag bei Kenntnis des Verstoßes gegen das Transparenzgebot hätte regeln wollen: Sie hätte ihre Zahlungspflicht durch die Angabe „1% p.a.“ und die Zahlungspflicht der Klägerin durch die Formel „10% p.a.·N/D, maximal 5% p.a.“ ersetzt, denn dies hätte rechnerisch den von ihrer Produktabteilung entwickelten Konditionen für das Geschäft entsprochen.

Für die Klägerin kann gleiches nicht unterstellt werden, denn es ist weder bewiesen noch mit einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit anzunehmen, dass die Klägerin die mathematische Bedeutung dieser Klausel und die sich daraus ergebende Gewinn- und Verlustperspektive für das Swap-Geschäft erfasst hätte. Insoweit wird zunächst auf die obigen Ausführungen zu den Bekundungen des Geschäftsführers der Klägerin, Herrn K., verwiesen. Ergänzend hat er weiterhin ausgeführt, dass bei der Präsentation überhaupt keine Berechnungen vorgenommen worden seien (GA 324). Die Bekundungen, des Zeugen A, wonach Herr K. die Berechnungsformel jedenfalls so gut erfasst habe, dass er sie habe anwenden können, reichen weder für eine dementsprechende Überzeugung des Gerichts noch für die Annahme einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit aus. Insoweit wird auf die oben bereits ausgeführten Gründen zur Glaubwürdigkeit und Glaubhaftigkeit dieser Bekundungen verwiesen.

Es lässt sich deshalb nicht feststellen, ob die Klägerin die Berechnungsmethode für die Zahlungspflichten ihrem Kern nach erfasst hat. Dann kann für sie aber kein hypothetischer Parteiwille unterstellt werden, dass sie mit der von der Beklagten gewünschten Berechnungsmethode und insbesondere mit den darin vorgesehenen Faktoren einverstanden gewesen wäre. Der Umstand, dass sie zu dem von der Beklagten mit einer intransparenten Darstellung der Zahlungspflichten angebotenen Geschäft am Ende ihr Einverständnis erklärte, lässt nicht auf einen Parteiwillen schließen, diese Berechnungsmethode zu wollen. Aufgrund der intransparenten Darstellung dieser Zahlungsmethoden ist gerade der Zweifel begründet, dass die Klägerin diese Methode nicht richtig erfasst hat und bei einem richtigen Erkennen der sich daraus ergebenden Gewinn- und Verlustperspektive das Geschäft so nicht abgeschlossen hätte.

Eine ergänzende Vertragsauslegung lässt sich damit nicht auf einen übereinstimmend feststellbaren hypothetischen Parteiwillen stützen, weshalb es bei der Unwirksamkeit des Vertrages aufgrund der Unwirksamkeit der die Hauptleistungspflichten beschreibenden Klauseln bleiben muss (vgl. dazu BGHZ 130, 150, 155 f. unter III 1; OLG Stuttgart NJW-RR 2003, 419, 420 f.).

g) Aufgrund der Unwirksamkeit des Swap-Geschäftes ist fehlte es an einem Rechtsgrund für die drei mal erfolgten Zahlungen in Höhe von jeweils 80.000,- €, weshalb die Beklagte die in dieser Höhe bei ihr eingetretene ungerechtfertigte Bereicherung gemäß § 812 BGB zurückzuzahlen verpflichtet ist.

Aufgrund der Unwirksamkeit des Geschäfts fehlt es auch für weitere Zahlungen an einer Rechtsgrundlage, weshalb dies entsprechend dem Feststellungsantrag zu erkennen war.

2. Weiterhin ist die Beklagte wegen eines pflichtwidrigen Verhaltens bei den Vertragsverhandlungen mit der Klägerin gemäß §§ 311 II, 280 BGB i.V.m. §§ 241 II BGB, 31 I Nr. 2 WpHG a.F. verpflichtet, diese im Wege des Schadensersatzes so zu stellen, als hätte die Klägerin das Geschäft mit dem CMS-Sammler-Swap nicht abgeschlossen, mithin die bislang nur von ihr geleisteten Beträge zurückzuzahlen und im Übrigen von der Geltendmachung weiterer Zahlungen abzusehen. Der Beklagten oblag es vor Abschluss des Swap-Geschäftes die Klägerin darüber aufzuklären, welches Interesse sie an dem Geschäft hatte, indem sie der Klägerin den zu erwartenden Gewinn aus der Differenz zum Marktwert des Geschäftes mitgeteilt hätte; nur so hätte sie den Konflikt ihrer Interessen mit denjenigen der Klägerin weitestgehend vermeiden können (§ 31 I Nr. 2 WpHG a.F.).

a) Im Rahmen des mit der Aufnahme der Vertragsverhandlungen begründeten vorvertraglichen Schuldverhältnisses und den somit nach § 241 II BGB zu beachtenden Pflichten hatte die Beklagte die Pflichten gemäß § 31 WpHG zu beachten. Die (öffentlich-rechtlichen) Pflichten gemäß § 31 WpHG strahlen insoweit auf das vorvertragliche Schuldverhältnis der Beklagten zu ihrer Kundin aus (vgl. Assmann/Schneider/Koller, aaO., vor § 31, Rn. 19).

b) Die Pflicht, sich um die Vermeidung von Interessenkonflikten zu bemühen (§ 31 I Nr. 2 WpHG a.F.), bedeutet dem Kunden diesen Konflikt offenzulegen, soweit der Konflikt sich organisatorisch nicht gänzlich vermeiden lässt. Erst durch diese Aufklärung wird der Kunde in die Lage versetzt, das Umsatzinteresse der Bank selbst einzuschätzen und zu beurteilen, ob

die Bank ihm das Geschäft nur deshalb empfiehlt, weil sie selbst daran verdient (vgl. BGHZ 170, 226 unter II 4 b aa; Assmann/Schneider/Koller, aaO, § 31, Rn. 74, 44). Aus dieser Aufklärung müssen die Kunden nicht nur entnehmen, dass ein Eigeninteresse der Bank besteht, vielmehr müssen sie daraus auch erfahren, wie hoch dieses Eigeninteresse ist, um den Grad ihrer Gefährdung aufgrund dieses Interesses einschätzen zu können (vgl. Assmann/Schneider/Koller, aaO, § 31, Rn. 44; BGHZ 146, 235, 239 unter 2 b; 170, 226 unter II 4 b aa). Der Kunde muss deshalb durch die Aufklärung erkennen können, welchen Erlös das Wertpapierdienstleistungsinstitut in welcher Höhe aus dem Geschäftsabschluss für sich erzielt (vgl. BGHZ 170, 226 unter II 4 b bb).

Regelmäßig erfährt der Kunde dies über die Provisionssätze, die das Wertpapierdienstleistungsunternehmen für den Ankauf, Verkauf bzw. Vermittlung von sonstigen Wertpapiergeschäften erhebt. Vorliegend handelte die Beklagte jedoch nicht als Vermittler von solchen Geschäften, sondern agierte als Eigenhändler, der selbst der Vertragspartner des Kunden werden sollte. Insoweit reicht es nicht aus, dass der Kunde von der Position als Eigenhändler erfährt (vgl. Assmann/Schneider/Koller, aaO, § 31, Rn. 44). Den Grad seiner Gefährdung aus dem Eigeninteresse des Wertpapierdienstleistungsunternehmens erfährt der Kunde bei Finanztermingeschäften erst, wenn er weiß, ob das Geschäft für dieses Unternehmen ein ungedecktes Geschäft ist, sodass das Unternehmen also genau in dem Maße gewinnt, wie der Kunde verliert, oder wenn es sich um ein gedecktes Geschäft, welche Marge zu den Deckungsgeschäften besteht.

Erst in Kenntnis dieser Marge kann der Kunde bei einem ggf. nur teilweise gedeckten Geschäft beurteilen, ob das Wertpapierdienstleistungsunternehmen daran interessiert ist, die Gewinnmöglichkeiten aus dem Geschäft weitestgehend dem Kunden zu überlassen, indem es die Marge möglichst gering hält und so einen Gewinn aus den Deckungsgeschäften weitestgehend über die Bedingungen des dem Kunden angebotenen Finanztermingeschäfts an diesen weiterleitet, oder im Gegensatz dazu das Geschäft nur dem Kunden anbietet, um über die Marge einen Großteil des Gewinnes aus den Deckungsgeschäften selbst zu behalten, während etwaige Verluste über das ihm angebotene Finanztermingeschäft vollständig vom Kunden getragen werden. Der Kunde kann deshalb bei einem gedeckten Finanztermingeschäft nur in Kenntnis der Marge den Grad seiner Gefährdung aus dem Interessenskonflikt bei dem Wertpapierdienstleistungsunternehmen erkennen (vgl. dazu BGHZ 170, 226 unter II 4 b bb).

c) Darüber hinaus ist das Wertpapierdienstleistungsunternehmen gemäß § 31 II Nr. 2 WpHG zur Mitteilung des Marktwertes des Finanztermingeschäftes verpflichtet, also der Konditionen, zu denen das Wertpapierdienstleistungsunternehmen die Chancen und Risiken mit einem oder mehreren Geschäften auf dem offenen Kapital- und Finanzmarkt abbilden könnte bzw. durch eben solche Geschäfte tatsächlich abdeckt. Im Falle des Abschlusses von Deckungsgeschäften würde sich aus diesem Marktwert die Marge für das Unternehmen errechnen.

Die Mitteilung des Marktwertes eines Finanztermingeschäftes gehört zu den zweckdienlichen und somit gemäß § 31 II Nr. 2 WpHG zwingend mitzuteilenden Informationen. Dieser Marktwert spiegelt die Preiskonditionen wider, unter denen der Börsenfachmarkt die Chancen und Risiken eines Geschäfts noch als vertretbar ansieht, bei denen sich also die aus den Zahlungspflichten für eine Seite ergebenden Verlustrisiken auf der Grundlage der zusammengefassten spekulativen Zukunftserwartungen des Marktes in einem angemessenen, mithin als realistisch anzusehenden Verhältnis zu den Gewinnchancen aus dem Geschäft stehen (vgl. BGH NJW-RR 2006, 627 unter II 1 a mwN.; BGHZ 124, 151, 154 f. unter II 1). Angesichts des Umstandes, dass die Klägerin nicht zu den Unternehmen gehört, die Fachkenntnisse auf dem Börsenmarkt - insbesondere des Swap-Marktes - hätte und tagtäglich von neuem erwerben würde, ist deshalb diese aus dem Marktwert herauszulesende Chancen-/Risikoprognose des Börsenfachmarktes für das seitens der Beklagten angebotene Swap-Geschäft ohne jeden Zweifel eine zweckdienliche Information. Diese Informationen hätte einen entscheidenden Beitrag dazu geben können, ob die von der Beklagten angebotenen Konditionen in dem CMS-Sammler-Swap unter Zubilligung einer angemessenen Marge für die Beklagte im Hinblick auf ihre Tätigkeit bei diesem Geschäft ein angemessenes Verhältnis zwischen Chancen und Risiken aufweisen.

Die Beklagte hätte den Marktwert des angebotenen Swap-Geschäftes deshalb auch als zweckdienliche Information gemäß § 31 II Nr. 2 WpHG der Klägerin mitteilen müssen. Die Zweckdienlichkeit der Kenntnis dieses Marktwertes wäre nicht dadurch geschmälert, dass es solche Swap-Geschäfte mit der Struktur, wie sie die Beklagte anbot, auf dem Markt nicht gäbe, vielmehr die sich daraus ergebende Chancen- und Risikostruktur erst aus einer Mehrzahl an Geschäften widerspiegeln lässt und die Beklagte nur über solche Geschäfte eine Deckung für das Swap-Geschäft mit der Klägerin erzielen konnte. In letzterem Falle hätte die Beklagte den Marktwert anhand dieser Mehrzahl von Geschäften ermitteln müssen und ermitteln können, wie es § 1a VIII KWG aufzeigt.

Das Gericht ist auch davon überzeugt, dass die Beklagte konkret im Fall des Geschäftes mit der Klägerin den Marktwert dieses Geschäftes und die sich daraus für sie errechnende Marge hätte bestimmen können. Diese Überzeugung beruht auf den insoweit ohne weiteres glaubhaften und glaubwürdigen Bekundungen des Zeugen A, der bekundete, dass jedes Produkt nach Abschluss einen Marktwert habe und man bei Zahlung dieses Marktwerts auch aus dem Produkt aussteigen könne (GA 325). In diesem Sinne meinte der Zeuge als Marktwert wohl den Betrag, der erforderlich wäre, um die von der Beklagten eingegangenen Deckungsgeschäfte durch neue Gegengeschäfte erneut zu decken. Weiter bekundete der Zeuge A, dass er am 7. April 2005 sich noch einmal vergewisserte, ob die Konditionen im Term-Sheet vom 5. April 2005 noch tagesaktuell seien (GA 330), mithin hatte er noch am 7. April 2005 die Möglichkeit die der Klägerin offerierten Kondition des Swap-Geschäftes individuell mit dem Marktwert der darin enthaltenen Chancen und Risiken abzugleichen.

Weiterhin stützt sich die Überzeugung des Gerichts von dem Vorhandensein eines Marktwerts für die Chancen und Risiken aus dem der Kläger angebotenen Swap-Geschäftes auf den Vortrag der Beklagten im Schriftsatz vom 04.10.2007, wonach sie zu diesem Zeitpunkt die Zahlungspflichten aus dem Swap-Geschäft gegenüber stellen und anhand der aktuellen Marktkonditionen vergleichen konnte. Sie konnte daraus ermitteln, dass zu diesem Zeitpunkt ein Ablösebetrag von 435.000,- € erforderlich sei, um die Klägerin aus dem Swap-Geschäft zu entlassen. Demnach hätte die Beklagte damals einen Fehlbetrag von 435.000,- € decken müssen, wenn sie zu diesem Zeitpunkt am Markt eine dem Swap-Geschäft mit der Klägerin entsprechende Gegenposition hätte aufbauen wollen. Folglich war der Wert einer solchen Gegenposition, sei er aus verschiedenen Finanztermingeschäften und ggf. weiteren Geld- oder Kapitalmarktgeschäften zusammengesetzt, zu bestimmen.

Die Beklagte hätte der Klägerin folglich diesen Marktwert und die sich daraus errechnende Marge zu dem angebotenen Swap-Geschäft mitteilen können und gemäß § 31 I Nr. 2, II Nr. 2 WpHG a.F. auch müssen.

d) Der Mitteilungspflicht für den Marktwert des Swap-Geschäftes und der für die Beklagten damit verbundenen Marge steht weder entgegen, dass Banken wie andere Gewerbetreibende über ihre Gewinnmarge üblicherweise keine Auskunft zu geben haben, noch, dass das Geschäft mit der Klägerin nur zweiseitig war.

aa) Mit der Pflicht zur Mitteilung der Gewinnmarge bei seitens des Kreditinstituts gedeckten Finanztermingeschäften soll keine allgemeine Pflicht der Banken begründet werden,

Gewinnmargen offenzulegen. Die Beklagte weist insoweit zutreffend darauf hin, dass eine solche Offenlegung vielfach nicht möglich, den Geschäftsablauf massiv behindern und den Geheimhaltungsinteressen der Bank entgegen stehen würde.

Dies trifft jedoch nicht für den Bereich des Wertpapierhandels einschließlich des Handels mit Finanztermingeschäften zu. Nur hierfür begründet § 31 WpHG Pflichten zur Vermeidung von Interessenkonflikten und zur Mitteilung zweckdienlicher Informationen. Der Anwendungsbereich des WpHG betrifft nur Papiere, die an einem Markt gehandelt werden können, und Finanztermingeschäfte, also Derivate und Optionsscheine (§ 2 I bis IIb WpHG). Für die Papiere, die auf einem Markt gehandelt werden, ist es grundsätzlich weder schwer, die Marge des Wertpapierdienstleistungsunternehmens bestehend aus der Differenz des Marktpreises und der Zahllast des Kunden zu benennen, während es meist schwer wäre, diesen Unterschied geheim zu halten. Noch hindert es den Geschäftsablauf, weil der Marktpreis regelmäßig die Orientierung für den vom Kunden zu leistenden Gesamtkaufpreis darstellt. Ein Geheimhaltungsbedürfnis besteht bei dem Handel von am Markt gehandelten Papieren im Grunde erst, wenn das Wertpapierdienstleistungsunternehmen Zahlungen von Dritter Seite erhält, weil deren Offenbarung den Kunden an der Ehrlichkeit des Unternehmens ihm gegenüber zweifeln lassen würde; gerade deshalb bedarf es hierfür einer Aufklärungspflicht (vgl. BGHZ 170, 226 unter II 4 b).

Soweit es nicht am Markt gehandelte Finanztermingeschäfte betrifft, ist eine Offenbarung aller einen Interessenkonflikt betreffenden Informationen insbesondere der Marge des Wertpapierdienstleistungsunternehmens wegen der Gefährlichkeit dieser in ihrem Inhalt und ihrer Struktur einer Wette gleich kommenden Geschäfte erforderlich. Der Wert dieser Geschäfte beruht nicht auf einem Vermögenswert, den sie verkörpern, sondern allein auf der richtigen Prognose eines zukünftigen Geschehens. Der Gewinn und Verlust des Kunden hängt folglich allein von seinem Wissen und seiner darauf beruhenden Einschätzung für dieses zukünftige Geschehen ab. Der Wissensvorsprung, den das Wertpapierdienstleistungsunternehmen regelmäßig gegenüber seinem Kunden hat, gewinnt daher bei diesen Geschäften eine ganz besondere Bedeutung, sodass der Kunde hierbei in besonderem Maße auf die Ehrlichkeit seines Wertpapierdienstleistungsunternehmens vertrauen können muss, jedenfalls soweit das Unternehmen ihn berät und nicht nur als Direkt-Broker agiert.

Aus diesen Gründen ist eine Offenbarung der Gewinnmarge des Wertpapierdienstleistungsunternehmens auch bei der Vermittlung von

Finanztermingeschäften erforderlich und begründet insoweit für ein Kreditinstitut weitergehende Pflichten als beispielsweise bei der Vermittlung oder Vergabe von Darlehen.

bb) Die Pflicht zur Mitteilung der Gewinnmarge darf nicht auf die Vermittlung von Geschäften nach dem WpHG beschränkt werden, bei denen ein Dritter den Gewinn des Wertpapierdienstleistungsunternehmens erhöht, denn andernfalls hätte es dieses Unternehmen in der Hand, zu bestimmen, wann es seine Gewinnmarge offenlegt. Jedes Geschäft, das eine Bank im Namen und auf Rechnung des Kunden oder im eigenen Namen und auf Rechnung des Kunden ausführt, könnte sie als Eigen- oder Zwischenhändler auch im eigenen Namen und auf eigene Rechnung durchführen.

Zudem war auch der in BGHZ 170, 226 im Sinne einer „Rückvergütung“ beschriebene Fall rechtlich kein Dreipersonenverhältnis. Nahezu jede Bank, die für ihren Kunden Anteile an einem Aktienfonds erwirbt, schließt nicht als Stellvertreter ihres Kunden einen Kaufvertrag mit der Investmentgesellschaft, sondern schließt als Kommissionär einen Kaufvertrag im eigenen Namen mit dieser Gesellschaft (vgl. AGB-Banken: AGB-Wertpapiergeschäfte Nr. 1 I). Eine „Rückvergütung“, die die Investmentgesellschaft der Bank für den Erwerb eines Anteils an ihr aus dem „Ausgabeaufschlag“ gewährt, ist damit nichts anderes als eine Reduzierung bei der Berechnung des Kaufpreises. Mit der Pflicht, den Kunden über diese „Rückvergütung“ aufzuklären, soll dieser folglich nur über den wahren Kaufpreis und der sich daraus für die Bank ergebende Marge informiert werden.

Insoweit stellt sich die Situation bei einem Swap-Geschäft, dass die Bank auf dem Terminmarkt durch andere Geschäfte abdeckt nicht anders dar, nur dass die Bank die Deckungsgeschäfte mit mehreren und gegebenenfalls unterschiedlichem Inhalt und vor allem nicht als Kommissionär abschließt, um so eine dem Swap-Geschäft mit dem Kunden entsprechende Risikoabdeckung für sich zu erzielen, mithin die Chancen und Risiken aus dem Kundengeschäft auf den Finanzmarkt weiter zu transportieren. Der Umstand, hierbei nicht als Kommissionär zu handeln und die Deckungsgeschäfte mit mehr als einem Geschäftspartner abzuschließen, stellen indessen keinen Grund dar, dem Interessenkonflikt mit dem Kunden nicht durch Bekanntgabe der Gewinnmarge entgegen zu wirken oder dem Kunden den sich aus diesen Geschäften errechnenden Marktwert seines Geschäftes als eine zweckdienliche Information vorzuenthalten. Die Interessenkonstellation und die Zweckdienlichkeit dieser Information sind insoweit gleich.

e) Die Beklagte hat diesen Informationspflichten nicht genügt. Sie hat der Klägerin den Marktwert des angebotenen CMS-Sammler-Swap-Geschäftes nicht mitgeteilt, also ihr nicht die Preis-Konditionen für die Herbeiführung einer diesem Geschäft entsprechenden Chancen- und Risikostruktur durch ein oder mehrere ggf. unterschiedliche Geschäfte auf dem Terminmarkt offenbart. Damit hat sie ihr auch nicht mitgeteilt, welche Marge und welches Interesse sie an dem Abschluss dieses Geschäftes hat. Bekanntgegeben hat sie lediglich, dass sie die Chancen und Risiken aus diesem Geschäft auf dem Terminmarkt durch gleichgerichtete Geschäfte abdecken würde, folglich der Gewinn oder Verlust der Beklagten nicht schlicht das Spiegelbild des Gewinns oder Verlust der Klägerin aus diesem Geschäft sein würde.

Dabei kann als wahr unterstellt werden, dass die Beklagte der Klägerin mitgeteilt habe, der Vertriebsertrag läge im kleinen einstelligen Prozentbereich (GA 435).

Zum einen stellt diese Angabe bereits keine präzise Angabe dar, weil es den genauen Prozentsatz nicht offenbart. Weiterhin wäre offen geblieben, wovon den dieser Prozentsatz sich errechnet, sodass der Klägerin nicht klar gewesen wäre, wie hoch dieser Vertriebsertrag denn wirklich ausfallen würde.

Vor allem aber reicht es nicht aus, lediglich einen Betrag zu offenbaren, den das Wertpapierdienstleistungsunternehmen buchungstechnisch intern der Vertriebsabteilung von dem Gesamtertrag aus diesem Geschäft zuweist. Die Höhe dieses Ertrages läge damit im Belieben der Geschäftsführung. Die Geschäftsführung wäre auch nicht gezwungen, einen bestimmten Mindestanteil aus dem Gesamtertrag dem Vertrieb zuzuweisen, weil es Möglichkeiten gäbe den Erfolg aus diesen Geschäften in Form von Boni am Ende eines Jahres doch noch dem Vertrieb zuzuweisen. Der Vertrieb könnte auch geneigt sein, eher eine solche Form der Ertragszuweisung zu erhalten als auf eine feste Größe vertrauen zu können, weil er darin einen Weg sehen könnte, den Kunden nicht die wahre Höhe des Ertrages aus dem Geschäft mitteilen zu müssen.

Aber selbst wenn der überwiegende Ertragsanteil aus einem Swap-Geschäft effektiv der Produktabteilung zugewiesen und kein oder nur ein kleiner Teil auf die Vertriebsabteilung entfallen würde, wäre gleichwohl dem Interessenkonflikt durch Mitteilung des Gesamtertrages zu begegnen, weil die Vertriebsmitarbeiter bereits aus Kollegialität zu den Mitarbeitern der Produktabteilung und dem Interesse, den Gesamterfolg des Unternehmens zu

fördern, geneigt sein könnten, besonders hohe Erträge aus solchen Geschäften dem Unternehmen zu verschaffen und damit die Interessen des Kunden hierfür hintanzusetzen.

Schließlich erfuhr die Klägerin den Marktwert des angebotenen Swap-Geschäftes überhaupt nicht. Sie konnte deshalb nicht ermessen, wie weit die ihr angebotenen Bedingungen von den Bedingungen abweichen, die der Markt - wenn auch in einer zusammenfassenden Betrachtung von mehreren am Markt verfügbarer (Termin-)Geschäfte - als ein angemessenes Verhältnis zwischen den Chancen und Risiken eines solchen Swap-Geschäftes ansieht. Diese zweckdienliche Information hat die Beklagte pflichtwidrig unterlassen.

f) Die Beklagte handelte dabei auch schuldhaft, denn ihr musste die Pflicht zur Vermeidung von Interessenkonflikten und zur Mitteilung von zweckdienlichen Informationen gemäß § 31 WpHG bekannt gewesen sein.

Demnach konnte und musste ihr einfallen, dass sie den latenten Interessenkonflikt zwischen den eigenen Gewinnerzielungsinteressen auf der einen Seite und den Interessen des Kunden auf der anderen Seite am besten dadurch begegnet, indem sie der Klägerin ihre Gewinnmarge mitteilt und diese so am besten selbst beurteilen kann, ob die Beklagte ihr das Geschäft in ihrem Interesse oder aus dem eigenen Interesse an der Gewinnmarge empfiehlt. Für das Erkennen einer solchen Pflicht war es bei Anwendung einer gehörigen Sorgfalt nicht erforderlich, dass diese in der höchstrichterlichen Rechtsprechung bereits eine Erwähnung fand.

Weiterhin lag es für die Beklagte nahe, der Klägerin auch den Marktwert des offerierten Swap-Geschäftes mitzuteilen, weil ihre Vertriebsmitarbeiter gemäß den Bekundungen des Zeugen A sich selbst noch unmittelbar vor der Präsentation vom 07.04.2005 veranlasst sahen, diesen Marktwert bzw. das Gleichbleiben dieses Marktwerts in der Produktabteilung noch einmal nachzufragen, nach dem die Präsentation erst auf den Konditionen des von der Produktabteilung oder mit dieser abgeglichenen Term-Sheets vom 05.04.2005 erstellt wurde (GA 330). Da der tagesaktuelle Wert des offerierten Swap-Geschäftes für die Vertriebsmitarbeiter diese Bedeutung hatte, mussten diese Mitarbeiter auch erkennen, dass diese Information auch für die Klägerin zweckdienlich und ihr deshalb gemäß § 31 II Nr. 2 WpHG mitzuteilen war. Auch dieses Unterlassen geschah deshalb mindestens fahrlässig.

g) Diese Pflichtwidrigkeiten verursachten kausal den Abschluss des Swap-Geschäftes seitens der Klägerin. Hiervon ist aufgrund der Vermutung eines aufklärungsrichtigen Verhaltens auszugehen.

aa) Zum Zwecke einer Aufklärungspflicht gehört unter anderem, dem Berechtigten von vorneherein die Möglichkeit zu geben, sich aufgrund der Aufklärung entscheiden zu können, und damit ihm eine später auftretende Beweisnot, wie er sich bei gehöriger Aufklärung verhalten hätte, zu ersparen. Dem Ersatzberechtigten wäre wenig damit gedient, wenn er seinen Vertragsgegner zwar an sich aus schuldhafter Verletzung einer solchen Hinweispflicht in Anspruch nehmen könnte, aber regelmäßig daran scheitern würde, dass er den meist schwer zu führenden Beweis nicht erbringen könnte, wie er auf den Hinweis reagiert hätte, wenn er gegeben worden wäre. Der Aufklärungspflichtige dagegen hätte nicht viel zu befürchten, wenn er bei Verletzung seiner Hinweispflicht sich darauf zurückziehen dürfte, dass kaum zu beweisen sei, was der andere Teil auf den Hinweis hin getan hätte. Damit würde der mit der Aufklärungspflicht verfolgte Schutzzweck verfehlt (vgl. BGHZ 61, 118, 122 unter I 2 b). Dies gilt insbesondere auch für die Verletzung von Aufklärungspflichten bei Finanztermingeschäften (vgl. BGHZ 124, 151, 160 unter II 2 a mwN.).

Soweit hiervon eine Ausnahme zu machen ist, weil nach dem Inhalt der unterbliebenen Aufklärung anzunehmen ist, dass diese lediglich einen Entscheidungskonflikt beim Ersatzberechtigten ausgelöst und es mehrere Möglichkeiten eines vernünftigen aufklärungsrichtigen Verhaltens auf eine solche Aufklärung gegeben hätte (vgl. BGHZ 160, 58 unter III 2 a), setzt dies den Nachweis eines solchen Entscheidungskonflikts und einer solchen Mehrzahl an vernünftigen Entscheidungsmöglichkeiten voraus. Es würde den Sinn und Zweck der Vermutung eines aufklärungsrichtigen Verhaltens widersprechen, wenn der Ersatzberechtigte nachweisen müsste, welchen Inhalt eine gehörige Aufklärung gehabt hätte, um darlegen zu können, dass es hierauf nur eine vernünftige Reaktion gegeben hätte. Nachdem der Aufklärungspflichtige diese Mitteilung ihm gegenüber pflichtwidrig unterlassen hat, kann von ihm nicht erwartet werden, diese ihm gegebenenfalls weiterhin unbekannt Information dem Gericht vorzutragen. Vielmehr stellt das Vorliegen mehrerer vernünftiger Entscheidungsmöglichkeiten eine Ausnahme von der Vermutungsregel dar, für die den Aufklärungspflichtigen wegen des Abweichens von dieser Regel die Darlegungs- und Beweislast trifft.

Die Beklagte hätte deshalb darlegen müssen, welche Gewinnmarge sie bei Abschluss des Swap-Geschäftes mit der Klägerin aus diesem Geschäft erzielte und welchen Marktwert

dieses Geschäft damals hatte. Diesen Vortrag hat sie indessen bewusst vermieden, denn die Klägerin hat sie darauf hingewiesen, dass die Beklagte nur deshalb über die abgeschlossenen Gegengeschäfte schweige - so sie vorgenommen worden seien -, weil die sich daraus ergebende Marge gegen die Beklagte spreche (GA 114). Ein Hinweis auf fehlenden Vortrag seitens der Beklagten ist deshalb nicht veranlasst; es ist auszuschließen, dass die fehlende Darlegung der Beklagten zu den Gegengeschäften, deren Wert und die sich daraus errechnende Gewinnmarge nur auf einem Irrtum oder Versehen beruht.

Das Gericht kann daher nicht erkennen, dass die Klägerin sich bei gehöriger Aufklärung in einem Entscheidungskonflikt befunden hätte. Dies wäre nur festzustellen, wenn bekannt wäre, was die Beklagte ihr hätte mitteilen müssen. Für die Gewinnmarge der Beklagten ist damit auch eine solche Höhe nicht auszuschließen, dass die Klägerin daraus nur den Schluss mangelnden Interesses der Beklagten für die Interessen der Klägerin hätte ziehen können und im Übrigen die Unangemessenheit der Bedingungen des Termingeschäfts hätte erkennen müssen.

bb) Weiterhin wäre auch bei einer Nichtanwendung der Vermutung eines aufklärungsrichtigen Verhaltens ein der Klägerin aufzuerlegendes Beweismaß für die Kausalität des Aufklärungspflichtverstoßes erfüllt.

Die Ursächlichkeit einer von einem Berater begangenen Pflichtverletzung für einen dadurch angeblich entstandenen Schaden gehört zur haftungsausfüllenden Kausalität, für deren Nachweis die in § 287 ZPO vorgesehenen Beweiserleichterungen gelten, soweit die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens nicht eingreift (vgl. BGH NJW 2005, 3275 unter II 3 a mwN). Demnach reicht für die richterliche Überzeugungsbildung eine überwiegende, freilich auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit. Das wirkt sich auch auf die Darlegungslast des Geschädigten aus. Es genügt, dass er Tatsachen vorträgt und unter Beweis stellt, die für eine Beurteilung nach § 287 ZPO ausreichend greifbare Anhaltspunkte bieten. An die Darlegung eines hypothetischen Geschehens dürfen keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden (vgl. BGH NJW-RR 2006, 923 unter II 3 a).

Aufgrund des unstreitigen Sachverhalts und des Ausbleiben eines Vortrags der Beklagten zur Gewinnmarge und dem Marktwert des Swap-Geschäfts hält das Gericht es für überwiegend wahrscheinlich, dass die Klägerin das Geschäft nicht, jedenfalls nicht so abgeschlossen hätte.

Nach den vorgetragenen Geschäften einschließlich des streitgegenständlichen ist davon auszugehen, dass die Klägerin ein gewisses Interesse an Finanztermingeschäften hatte, sie also in einer nach Inhalt und Struktur einer Wette ähnlichen Weise auf zukünftige Entwicklungen auf dem Finanz- und Geldmärkten spekulieren bzw. wetten und so Gewinne für sich erwirtschaften wollte. Hierfür hätte es indessen nicht eines so komplexen Swap-Geschäftes wie dem CMS-Sammler-Swap bedurft. Es gibt zahlreiche verschiedene Swap-Geschäfte, die so standardisiert sind, dass hierfür regelrechte Swap-Märkte bestehen. Es liegt nahe, dass die Beklagte über solche Märkte das Risiko aus dem der Klägerin angebotenen Swap-Geschäft abdecken wollte und dies auch tat. Bei Offenlegung des Marktwertes und der Gewinnmarge dieses Swap-Geschäfts hätte die Klägerin unweigerlich erfahren müssen, wie die Beklagte ihr Risiko abdeckt, weshalb seitens der Klägerin die Frage nahe gelegen hätte, ob sie nicht direkt ihr Wett- und Spekulationsinteresse über diese Märkte abschließen könnte, so wie es die Beklagte für die Deckungsgeschäfte getan hat. Es ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit anzunehmen, dass die hierbei für die Beklagte und übrigen Geschäftsbesorger anfallenden Gebühren und Provisionen geringer ausgefallen wären, als die der Klägerin zu offenbarende Gewinnmarge. Andernfalls wäre nicht zu verstehen, warum die Beklagte das der Klägerin offerierte Swap-Geschäft als ein Paket mit so komplexen Chancen- und Risikostrukturen anbot, bei dem mehrere Parameter zeitlich gestaffelt gegeneinander gerechnet werden müssen, um die Zahlungspflichten und damit die Gewinn- und Verlustperspektiven bestimmen zu können.

Weiterhin spricht das Fehlen eines Vortrags seitens der Beklagte zum Marktwert und der Gewinnmarge aus dem Swap-Geschäft im Prozess für eine so hohe Marge und einem so sehr vom angebotenen Geschäft abweichenden Marktwert zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses, dass sie deshalb von diesem Vortrag absieht und die Klägerin von dem Swap-Geschäft abgesehen hätte. Für spätere Zeitpunkte viel es der Beklagten nicht schwer einen entsprechenden Marktwert bzw. den sich daraus ableitenden Ablösebetrag vorzutragen.

cc) Für die Beurteilung der Wahrscheinlichkeit eines Nichtvornahme des Geschäfts bei gehöriger Aufklärung und zum Gegenbeweis gegen die Vermutung eines aufklärungsrichtigen Verhaltens war nicht der Geschäftsführer der Klägerin als Partei zu vernehmen.

Die Beklagte trägt insoweit vor, dass den Geschäftsführer der Klägerin die Kenntnis von einem Vertriebssertrag nicht von dem Abschluss des Geschäfts abgehalten habe. Wie bereits ausgeführt, reicht diese Information für eine gehörige Information nicht aus.

Soweit die Beklagte meint, auch weitergehende Informationen über das Gewinnerzielungsinteresse der Beklagten hätten einem Abschluss des Geschäfts nicht entgegen gestanden (GA 436), ist die Vernehmung von Herrn K. nicht das geeignete Beweismittel. Die Beklagte will damit einen hypothetischen Sachverhalt unter Beweis stellen. Die Vernehmung einer Partei darf wie die eines Zeugen jedoch nur auf die Bekundungen von eigenen, tatsächlichen Wahrnehmungen gerichtet sein (vgl. Zöller/Greger, ZPO, 26. Aufl., § 373, Rn. 1, § 286, Rn. 9), einschließlich der tatsächlichen inneren Tatsachen und Einstellungen. Hypothesen sind von diesen Beweismitteln nicht zu erfragen, vielmehr ist ein hypothetischer Sachverhalt, soweit er für einen Rechtsstreit erheblich ist, vom Gericht im Wege der Schlussfolgerung ggf. mit Hilfe eines Sachverständigen zu ermitteln.

Das Beweisangebot auf Vernehmung des Geschäftsführers der Klägerin kann auch nicht umgedeutet werden, auf seine Vernehmung zu seinen damaligen insoweit relevanten Einstellungen und tatsächlichen Verhaltensweisen in ähnlichen Konstellationen, weil diese teils inneren Tatsachen sich für eine Schlussfolgerung auf einen hypothetischen Sachverhalt nur eignen würden, wenn bekannt wäre, was die Beklagte der Klägerin zum Marktwert und der Gewinnmarge aus dem Swap-Geschäft hätte mitteilen müssen. Hierzu trägt sie indessen nicht vor.

h) Die Beklagte ist somit der Klägerin zum Ersatz des aus dem Swap-Geschäft erlittenen Schadens verpflichtet, weshalb sie ihr die bereits geleisteten Zahlungen in Höhe von insgesamt 240.000,- € zurückzuzahlen und im übrigen von weiteren Zahlungen freizustellen hat.

Gegenüber diesem Schaden kann die Beklagte keinen Vorteilsausgleich zum Abzug bringen. Ein Vorteilsausgleich ist nur möglich, wenn - unter anderem - die geltend gemachten Vermögensvorteile ebenfalls kausal auf dem den Schadensersatz begründenden Ereignis beruhen.

Vorliegend ergibt sich die Schadensersatzpflicht aus der unterlassenen Aufklärung in der Präsentation vom 07.04.2005. Die von der Beklagten geltend gemachten Vermögensvorteile sind jedoch sämtlich vor diesem Datum eingetreten (GA 438) und können somit nicht kausal auf dem den Schadensersatz begründenden Ereignis beruhen. Der Umstand, dass sich mit der unterbliebenen Aufklärung bei der Präsentation vom 07.04.2005 ein gleiches Geschäftsverhalten der Beklagten wie bei den vorangegangenen Geschäften ausgewirkt hat, führt nicht zu einem gleichen Schadensersatz begründenden Ereignis.

Im Übrigen teilt die Beklagte nicht mit, welche Marktwerte und Gewinnmargen sie der Klägerin bei den vorangegangenen Geschäften hätte mitteilen müssen, so dass die insoweit bei einem Vorteilsausgleich in ihrer Beweislast stehende Kausalität nicht festgestellt werden kann. Die Vermutung eines aufklärungsrichtigen Verhaltens besteht angesichts der oben dargestellten Zweckrichtung für diese Vermutung nur zu Gunsten des Ersatzberechtigten und nicht zu Gunsten des Aufklärungspflichtigen.

3. Die Fragen, ob die Beklagte der Klägerin als zweckdienliche Information im Sinne des § 31 II Nr. 2 WpHG auch eine Grafik, wie oben unter II. 1 c bb (2) dargestellt, hätte vorgelegt werden müssen, oder ob der Spiel- und Wetteinwand gemäß § 762 BGB gegen das Swap-Geschäft begründet ist und dieses nicht zu den Finanztermingeschäften im Sinne von §§ 2 II+IIa, 37e WpHG zählt, weil es nur von anderen Swap-Geschäften und damit nicht von Zinssätzen oder anderen Erträgen im Sinne von § 2 II WpHG abhängt, bedürfen im Hinblick auf die bereits gegebenen Anspruchsgrundlagen keiner weiteren Erörterung.

4. Zinsen schuldet die Beklagte aus dem Gesichtspunkt des Verzuges ab Zustellung der Klageschrift bzw. ab der Zustellung des die Klageforderung erhöhenden Schriftsatzes vom 02.05.2007 in Höhe des gesetzlichen Verzugszinssatzes. Für einen früheren Verzugsbeginn fehlt es ebenso an einem Sachvortrag wie für eine sonstige Zinspflicht. Insoweit war die Klage hinsichtlich einer früher beginnenden Verzinsung abzuweisen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 II, 91a ZPO. Angesichts des geringen Streitwertes des ursprünglich in der Klageschrift mit zum Streitgegenstand erhobenen FX-Zins-Swap kommt es nicht darauf an, ob die Klage insoweit begründet war, bevor die Parteien diesen Klageantrag übereinstimmend für erledigt erklärt haben.

Die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 709 ZPO.

H

2 – 03 0 360/02

Lt. Protokoll
verkündet am:
01.06.2006

JAe.
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



LANDGERICHT FRANKFURT AM MAIN

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem Rechtsstreit

R. S., Frankfurt am Main,

Klägers,

(Prozessbevollm.: RA Dr. K)

gegen

F. GmbH, München,

Beklagte,

(Prozessbevollm.: RA Prof. Dr. S)

hat die 3. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main durch Vorsitzenden Richter am Landgericht Dr. K, Richterin am Landgericht Z-M und Richterin am Landgericht B aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 11.5.2006 für Recht erkannt:

Der Beklagten wird es bei Meidung von Ordnungsgeld bis zu € 250.000,-, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, die Ordnungshaft zu vollstrecken an ihrem

Geschäftsführer für jeden Fall der Zuwiderhandlung untersagt, die Behauptung öffentlich zu verbreiten oder verbreiten zu lassen, dass der Kläger bei einer sog. „Putzgruppe“ als passionierter Schläger galt.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits haben der Kläger 23% und die Beklagte 77% zu tragen.

Das Urteil ist für den Kläger gegen Sicherheitsleistung in Höhe von € 54.000,- und für die Beklagte ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Tatbestand:

Der Kläger begehrt von der Beklagten Unterlassung und Geldentschädigung wegen einer Berichterstattung in dem Magazin F.

Der Kläger ist im Bereich kulturelle Veranstaltungen/Gastronomie in Frankfurt am Main tätig. Er wurde wegen eines Körperverletzungs- oder sonstigen Delikts nie angeklagt noch verurteilt.

Die Beklagte ist Herausgeberin des bundesweit erscheinenden Wochenmagazins F.. In Heft Nr. 16 vom 15.4.2002 erschien in diesem Magazin unter dem Titel „Tag der Veteranen“ ein ganzseitiger Bericht anlässlich der Beerdigung des verstorbenen Kabarettisten Matthias Beltz. Im Rahmen dieses Artikels wurde der Kläger bei seiner Teilnahme an der Beerdigung abgebildet mit dem darunter befindlichen Text „R. S. – F.s (gemeint ist der ehemalige Bundesaußenminister) engster Freund und mehrfacher Trauzeuge galt bei der sog. Putzgruppe, der er angehörte, als passionierter Schläger. Betreibt mehrere Diskotheken“. Bezüglich des genauen Inhalts des Artikels wird auf Bl. 9 d. A. Bezug genommen.

Autor des Berichts ist M. K.. Dieser verwendete bei der Abfassung des streitgegenständlichen Textes Literaturstellen aus dem Buch von C. S. „Wir sind die Wahnsinnigen ...“. Dort wird auf S. 105 (Bl. 110 d. A.) geschildert, dass zu den Aktivisten der Putzgruppe auch der Kläger gehört habe, der nicht nur in dem Ruf stand, einer von Commandante F.s härtesten Kämpfern gewesen zu sein, sondern auch weiter auf S. 225 (Bl. 111 d. A.), dass der Kläger einer der militantesten Kämpfer der Putzgruppe war. Des Weiteren lag Herrn K. auch das Buch von S. K-B mit dem Titel „Joschka F. – Der Marsch durch die Illusionen“ vor, in dem der Kläger mit der Äußerung wiedergegeben wird „Nein, sie waren doch keine „Weicheier“, es musste schon krachen“ (vgl. Bl. 114 d. A.).

Mit Schriftsatz vom 23.4.2002 beantragte der Kläger gegen die Beklagte den Erlass einer einstweiligen Verfügung (Az. 2 – 03 0 273/02 des Landgerichts Frankfurt am Main), die der Beklagten untersagen sollte, öffentlich zu verbreiten

oder verbreiten zu lassen, dass der Kläger bei der Spontigruppe „Revolutionärer Kampf“ und/oder einer sogenannten Putzgruppe als passionierter Schläger galt. Durch Beschluss vom 25.4.2002 wurde diesem Antrag insoweit stattgegeben, als dem Beklagten untersagt wurde, öffentlich zu verbreiten oder verbreiten zu lassen, dass der Kläger bei einer sogenannten „Putzgruppe“ als passionierter Schläger galt. In jenem Verfahren beantragten die Beklagtenvertreter mit Schriftsatz vom 23.5.2002 anzuordnen, dass der Kläger binnen einer bestimmten Frist gem. § 926 I ZPO Klage zu erheben habe, was vorliegende geschah. Eine Gegendarstellung, Richtigstellung bzw. einen Widerruf verlangte der Kläger zu keinem Zeitpunkt von der Beklagten.

Der Kläger behauptet, er habe bei den Mitgliedern der im Artikel genannten Putzgruppe nicht als passionierter Schläger gegolten. Insoweit trägt er weiter vor, dass „Putzgruppe“ ein Begriff gewesen sei, der von der Bevölkerung für diejenigen Personen gewählt worden sei, die auf den damaligen Demonstrationen und bei den damaligen Besetzungen von Häusern durch Gewalttätigkeiten aufgefallen seien, bei der es sich aber nicht um eine organisierte und strukturierte Gruppe gehandelt habe, in der man Mitglied werden konnte. Er trägt vor, dass in den, den Schriftsätzen der Beklagten beigefügten Unterlagen der Begriff „passionierter Schläger“ nicht ein einziges Mal auftauche. Vielmehr gehe aus diesen Anlagen hervor, dass der Kläger jemand gewesen sei, der bereit gewesen sei war, für seine politische Meinung tatkräftig einzustehen.

Der Kläger ist der Ansicht, die von der Beklagten vorgelegten Buchauszüge belegten nicht, dass er im Ruf gestanden habe, ein passionierter Schläger zu sein. Die Beklagte habe durch die Veröffentlichung schuldhaft in schwerwiegender Weise seine Rechte verletzt. Diese Rechtsverletzung lasse sich nur durch die Zahlung einer Geldentschädigung ausgleichen.

Der Kläger beantragt,

1. es der Beklagten bei Meidung von Ordnungsgeld bis zu € 250.000,-, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, die Ordnungshaft zu vollstrecken an ihrem Geschäftsführer, für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu untersagen, die Behauptung öffentlich zu verbreiten oder verbreiten zu lassen, dass der Kläger bei einer sog. „Putzgruppe“ als passionierter Schläger galt.
2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger € 15.000,- nebst Zinsen in Höhe von 5% über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit (12.7.2002) zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte trägt vor, die Berichterstattung entspreche der Wahrheit. Sie behauptet, der Kläger habe seinerzeit bei den Mitgliedern der sog. Putzgruppe den Ruf gehabt, ein passionierter Schläger zu sein.

Die Beklagte ist der Ansicht, dass ein bekennender harter und militanter Kämpfer, wie der Kläger, der selbst sage, dass es schon habe „krachen“ müssen und der auch in seinem Umfeld dieses Image gehabt habe, es hinnehmen müsse, wenn ein Journalist dies mit der Wendung „passionierter Schläger“ kennzeichne. Dass der Kläger seinerzeit von seinem Umfeld so charakterisiert worden sei, sei durch die Literaturstellen belegt. Die Beklagte habe sorgfältig recherchiert und die Literatur habe bei Abfassung des Beitrages vorgelegen. Die Berichterstattung verletze jedenfalls das Persönlichkeitsrecht des Klägers nicht so sehr, dass dies eine Zuerkennung eines immateriellen Schadensersatzes rechtfertige. Der Geldentschädigungsanspruch scheitere außerdem daran, dass der Kläger keine anderen Ausgleichsmöglichkeiten, wie Veröffentlichung eines Widerrufes oder einer Gegendarstellung begehrt habe.

Das Gericht hat Beweis erhoben gemäß dem Beweisbeschluss vom 28.11.2002 (Bl. 237 f. d. A.) und den Ergänzungsbeschlüssen vom 11.2.2003 (Bl. 263 d. A.), 4.12.2003 (Bl. 371 d. A.) 3.11.2004 (Bl. 428 f. d. A.), 23.11.2004 (Bl. 442 d. A.) durch Vernehmung der Zeugen K., T., K.-B., C.-B., D., F., D. und S.. Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Protokolle vom 11.2.2003 (Bl. 260 ff. d. A.), 23.10.2003 (Bl. 343 ff. d. A.), 31.5.2005 (Bl. 519 ff. d. A.), 21.3.2006 (Bl. 603 ff. d. A.) und 11.5.2006 (Bl. 643 ff. d. A.) und die schriftliche Zeugenaussage des Zeugen F. vom 26.1.2004 (Bl. 387 d. A.) Bezug genommen.

Zur Ergänzung des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die Klage ist in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet.

Dem Kläger steht gem. §§ 1004, 823 II BGB i. V. m. § 186 StGB der Anspruch zu, dass die Beklagte es unterlässt, die Behauptung aufzustellen und/oder zu verbreiten, der Kläger habe in der Putzgruppe als passionierter Schläger gegolten.

Eine üble Nachrede gem. § 186 StGB ist dann gegeben, wenn in Bezug auf eine andere Person Tatsachen behauptet oder verbreitet werden, die geeignet sind, diese Person verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen, sofern die Tatsachen nicht erweislich wahr sind.

Im vorliegenden Fall handelt es sich um eine Tatsachenbehauptung. Eine Tatsachenbehauptung ist dann anzunehmen, wenn es sich um eine Äußerung über Tatbestände oder Vorgänge handelt, die Anspruch auf Wirklichkeitstreue erheben und auf ihre Richtigkeit hin objektiv mit den Mitteln der Beweiserhebung überprüfbar sind. Ob der Kläger den Ruf eines passionierten Schlägers in der „Putzgruppe“ genoss, ist mit Mitteln der Beweiserhebung objektiv nachprüfbar.

Bezüglich des konkreten Inhalts der Pressemitteilung kommt es darauf an, wie sie der unbefangene, durchschnittliche Leser versteht (Soehring, Presserecht, 3. Aufl., Rn. 14.4). Unter einem passionierten Schläger wird eine Person verstanden, die mit Leidenschaft sich häufig - mehr oder weniger grundlos – mit anderen schlägt. Wenn der Kläger so selbst in der „Putzgruppe“, also einer Personengruppe, die für

„Randle“ sorgte, bezeichnet wird, versteht dies der Durchschnittsleser dahingehend, dass die Beklagte damit behauptet, der Kläger sei in besonderem Maße, also mehr als die anderen Mitglieder, für grundlose Gewalttätigkeiten in der Gruppe bekannt gewesen.

Diese Behauptung ist auch geeignet, den Kläger verächtlich zu machen und ihn in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen.

Der Beklagten obliegt im Falle einer behaupteten üblen Nachrede der Nachweis der Richtigkeit der verbreiteten Behauptung, sofern die Beklagte nicht in Wahrnehmung berechtigter Interessen gehandelt hat. Dieser Nachweis ist der Beklagten nicht gelungen.

Die Beklagte kann sich nicht auf die Auszüge aus den Büchern der Autoren S. und K.-B. berufen. In dem Buch „Wir sind die Wahnsinnigen...“ steht zwar, dass der Kläger in dem Ruf steht, einer von Commandante F.s härtesten Kämpfern gewesen zu sein und weiter, dass er zu den militantesten Kämpfern in der Putzgruppe gehört habe. Die Rede ist aber nicht von „passioniert“ und es wird auch nicht behauptet, der Kläger habe diesen Ruf innerhalb der Putzgruppe gehabt. Auch die Zitatstelle von der Autorin K.-B., der Kläger habe selbst gesagt, sie seien doch keine Weicheier gewesen, es habe schon krachen müssen, belegt schon nicht einen Ruf, den der Kläger innerhalb der Putzgruppe gehabt haben soll.

Die von der Beklagten benannten Zeugen haben nicht zur Überzeugung des Gerichts bestätigt, dass der Kläger in der sog. „Putzgruppe“ den Ruf hatte, ein passionierter Schläger zu sein.

Der Zeuge K. hat bekundet, dass er den Kläger seit 30 Jahren kenne. Es habe innerhalb des Revolutionären Kampfes keine Gruppierung gegeben, die sich als „Putzgruppe“ gefühlt habe oder so genannt worden sei. Der Begriff sei eine Projektion von heute, damals sei er nicht verwendet worden. In Auseinandersetzungen mit der Polizei bei Häuserkämpfen seien tausende Menschen verwickelt gewesen. Er könne sich nicht daran erinnern, ob und inwiefern der Kläger daran beteiligt gewesen sei. Ihm sei nicht bekannt, dass der Kläger in dem Ruf gestanden habe, körperliche Auseinandersetzungen anlässlich von Demonstrationen weniger aus dem Weg zu gehen als andere. Davon habe er nie etwas gehört. Es sei absurd, dass der Kläger einer von Commandante F.s härtesten Kämpfern gewesen sei. Es sei keineswegs so gewesen, dass Herr F. „Fähnleinführer“ einer Gruppierung gewesen sei, der sich mit einer Horde harter Kämpfer umgeben hatte.

Der Zeuge T. hat bekundet, dass er den Kläger seit 1976/1978 näher kenne. Er habe zusammen mit ihm unter anderem auch die „B“ gegründet. Er wisse nichts speziell über seine politischen Aktivitäten aus früherer Zeit. Es sei ihm nichts darüber bekannt, dass der Kläger einen Ruf als besonders gewalttätig genossen habe.

Die Zeugin K.-B. hat bekundet, dass sie den Kläger im Sommer 1996 in der Toscana kennengelernt hat. Später habe sie noch einmal mit dem Kläger telefoniert. Dies alles habe im Rahmen ihrer Recherchen für das Buch über den Zeugen F. stattgefunden. Sie habe von dem Kläger keine weitere Aussage als

diejenige, die sie in ihrem Buch auf S. 104 („Nein, sie waren doch keine „Weicheier“, darauf besteht auch Ralf Scheffler, Joschkas Freund und engster Alt-Sponti – „es musste schon krachen“) festgehalten habe. Sie wisse nichts Näheres über die Rolle, die der Kläger in der sog. Putzgruppe gespielt habe. Sie wisse nicht, ob der Kläger in der Putzgruppe als passionierter Schläger gegolten habe.

Der Zeuge C.-B. hat bekundet, da er der Putzgruppe nicht angehört habe, könne er aus eigener Wahrnehmung nicht berichten, wer der Gruppe angehört habe. Er wisse deshalb nicht, ob der Kläger ihr angehört habe. Er habe aber damals den Kläger gekannt. Die Putzgruppe sei auch zu Demonstrationen gegangen, obwohl mit gewalttätigen Auseinandersetzungen mit der Polizei zu rechnen gewesen sei. Die Personen und Gruppen hätten für den Fall, dass es zu gewalttätigen Auseinandersetzungen mit der Polizei kommen würde, diesen Auseinandersetzungen nicht ausweichen wollen. Er habe auch selber damals an Demonstrationen teilgenommen und dabei auch den Kläger als Teilnehmer erlebt. Es sei aber nicht zutreffend, dass der Kläger ihm dabei als passionierter Schläger aufgefallen wäre. Es sei ihm auch niemals zu Ohren gekommen, dass der Kläger im Ruf gestanden habe, ein passionierter Schläger zu sein und dies, obwohl ihm viel zu Ohren gekommen sei. Er habe damals eher davon gehört, dass der Kläger ein „passionierter Liebhaber“ gewesen sei. Es treffe auch nicht zu, dass es sich bei der Putzgruppe um eine politische Schlägerbande gehandelt habe.

Die Zeugin D. hat bekundet, dass sie sich schon seit 1975 immer wieder in Frankfurt aufgehalten habe und seit November 1977 in Frankfurt am Main wohne. Schon 1975 sei immer wieder der Name Putzgruppe gefallen und zu den Mitgliedern habe neben J. F., J. K., T. K., G. S., R. K. auch der Kläger gehört. Sie habe selbst auch an Demonstrationen in Frankfurt am Main teilgenommen, selbst aber nicht beobachtet, dass durch die Putzgruppe oder Mitglieder dieser Gruppen bei Demonstrationen Gewalttätigkeiten verübt worden seien. Seit Frühjahr 1978 habe es Diskussionen im sog. „Koselkeller“ gegeben, an denen auch F., C.-B. und andere aus der linken Szene teilgenommen hätten. Dabei seien auch Geschichten von Steinen, Knüppeln und Molotowcocktails erzählt worden. Sie könne aber nicht konkret sagen, welche Personen was im Einzelnen seinerzeit berichtet hätten. Sie habe den Kläger selbst nie gewalttätig erlebt. Sie könne auch nicht sagen, dass er einmal über eigene Gewalttätigkeiten berichtet hätte. Es sei ihr von mehreren Personen berichtet worden, dass der Kläger zu denjenigen gehört habe, die es am Schlimmsten getrieben hätten. Wörtlich könne sie das nicht wiedergeben, aber es sei dabei um diejenigen Personen gegangen, die am Heftigsten zugeschlagen und es auch offensichtlich gerne gemacht hätten. Der Kläger habe den Kampfnamen „Onkel R“ getragen. Es sei zutreffend, dass der Kläger in der Putzgruppe neben R. K. als einer der heftigsten bzw. schlimmsten Schläger gegolten habe. Die Mitglieder dieser innersten Gruppe (Kläger, F., K. und D.) hätten diesen Ruf auch genossen. Sie finde die Formulierung zutreffend, dass der Kläger bereitwillig und mit einer gewissen Begeisterung sich an körperlichen Auseinandersetzungen im Straßenkampf beteiligt habe. Unter einem passionierten Schläger verstehe sie jemanden, der über den Anlass hinaus Spaß an der körperlichen Auseinandersetzung habe und dabei auch einen anderen körperlich fertig mache. Dies treffe ihres Erachtens auf den Kläger zu. So habe sie es von anderen aus dem Umfeld der Putzgruppe gehört.

Der Zeuge F. hat bekundet, er kenne den Kläger seit Ende der 60er, Anfang der 70er Jahre. Er sei bis heute einer seiner besten Freunde. Es sei ihm keine Tatsache erinnerlich, die es rechtfertigen würde, den Kläger als passionierten Schläger zu bezeichnen. Wenn der Kläger diesen Ruf gehabt hätte, hätte er davon Kenntnis. Er könne sich aber an eine solche Charakterisierung nicht erinnern. Ihm sei keine Situation erinnerlich, in der in der Vergangenheit der Kläger als Schläger aufgetreten sei. In Bezug auf die Monografie des Zeugen S. könne er sagen, dass die Formulierungen nicht von ihm stammten, sondern von Herrn S.. Qualifizierungen, bezogen auf den Kläger seien von ihm nicht gemacht worden. In seiner schriftlichen Zeugenaussage hat der Zeuge F. ebenfalls bekundet, dass ihm zu dem Verhalten des Klägers in „Straßenkämpfen“ und seiner „Rolle“ in der „Putzgruppe“ keine belastbaren Erinnerungen mehr vorlägen. Es sei ihm nichts erinnerlich, das die Qualifizierung des Klägers als „passionierten Schläger“ rechtfertigen könnte.

Der Zeuge D. hat bekundet, dass er 1973 nach Frankfurt gekommen sei. Er habe damals den Kläger nur aus der Distanz kennengelernt. Er habe damals nicht den Eindruck gehabt, dass der Kläger zu den herausragenden Figuren der Szene gehört habe. Es habe die Gruppe gegeben der öffentlich besonders in Erscheinung getretenen Personen und auch diejenige bezüglich einer etwaigen Gewaltanwendung auf der Straße. Er habe den Kläger nicht in diesem Kontext in Erinnerung. An einen „Ruf“ des Klägers in diesem Zusammenhang in dieser Szene sei ihm nicht erinnerlich. An eine Charakterisierung, wie sie hier streitgegenständlich sei, habe er keine Erinnerung.

Der Zeuge S. hat bekundet, er habe das Buch „Wir sind die Wahnsinnigen“ verfasst. Bei seinen Recherchen habe er in Informationsgesprächen 1997 in der sog. Spontizene gehört, dass der Kläger als militanter Schläger eingeschätzt worden sei. Die Informanten dieser Äußerungen könne er nicht angeben, da er diese schützen müsse. Er könne sich an keine konkreten Geschehnisse erinnern, über die ihm von den Gesprächspartnern über den Kläger berichtet worden sei. Die Gesprächspartner hätten den Kläger teilweise persönlich gekannt, teilweise hätten sie auch über ihn vom Hörensagen berichtet. Er habe bei seinen Gesprächen den Eindruck gehabt, dass die Einschätzung allgemein verbreitet sei, dass der Kläger ein militanter Schläger sei. Er habe bei seinen Recherchen weder mit dem Kläger noch mit den Herren K., F. oder C.-B. über den Kläger gesprochen. Über die Motivation des Klägers könne er nichts sagen. Er könne deshalb auch nicht sagen, ob er ein passionierter Schläger gewesen sei.

Einzig die Zeugin D. hat damit bestätigt, dass der Kläger in der Putzgruppe als schlimmster Schläger galt und es auf den Kläger zutreffe, dass er ein passionierter Schläger sei. Aus der Aussage lässt sich schon nicht entnehmen, ob der Kläger den Ruf, den die Zeugin bekundet hat, von Dritten erhalten hat oder von Mitgliedern der Putzgruppe. Auch ist zu berücksichtigen, dass es sich auch bei ihr in Bezug auf diesen Aussagepunkt nur um eine Zeugin vom Hörensagen, einige Zeit nach den Auseinandersetzungen der Putzgruppe mit der Polizei handelt und sie – die Zeugin – selbst den Kläger nie gewalttätig erlebt hat. Diese Zeugenaussage einer Zeugin vom Hörensagen, der zudem – nach Veröffentlichungen in den Medien – keine besonders große Sympathie zu dem Zeugen F., einem Freund des Klägers, nachgesagt wird, ist im Hinblick auf die anderen, nachfolgend zu würdigenden Zeugenaussagen nicht geeignet, die

Kammer davon zu überzeugen, dass der Kläger den streitgegenständlichen Ruf innerhalb der Putzgruppe genoss.

Die Zeugin K-B. konnte überhaupt keine näheren Angaben zu dem Ruf des Klägers machen, den dieser in der Putzgruppe gehabt haben soll. Gleiches gilt für den Zeugen T.

Der Zeuge S. hat als Zeuge vom Hörensagen nur bestätigt, dass der Kläger wohl als militanter Schläger eingeschätzt wurde. Die Informanten dieser Einschätzung hat der Zeuge nicht bekannt gegeben. Informanten waren jedenfalls nicht die Zeugen K., F. und C.-B., die am ehesten aus eigener Anschauung zu dem Ruf des Klägers Stellung nehmen könnten. Ein „militanter“ Schläger ist aber auch nicht mit einem „passionierten“ Schläger gleichzusetzen. Während letzterer aus Leidenschaft und grundlos Gewalt anwendet, versteht sich ersterer als Kämpfer für die „gerechte Sache“. Die Motivation des Klägers an sich kannte der Zeuge nicht, so dass ihm nicht bekannt war, ob er ein passionierter Schläger war oder nicht.

Dagegen hat der Zeuge K. gerade bekundet, dass er nie etwas davon gehört habe, dass der Kläger im Ruf stand, körperlichen Auseinandersetzungen weniger aus dem Weg zu gehen als andere. Damit bestätigt der Zeuge, dass der Kläger gerade nicht den Ruf hatte, ein passionierter Schläger zu sein.

Gleiches gilt für C.-B., der bekundet hat, dass ihm der Kläger nicht als passionierter Schläger aufgefallen sei. Aus seiner Aussage lässt sich weiter entnehmen, dass er damals über die Vorgänge und Personen sehr informiert war, es ihm aber niemals zu Ohren gekommen sei, dass der Kläger den streitgegenständlichen Ruf gehabt hatte. Dieser Zeuge stand dem Kläger so nahe, dass er ihm vielmehr die Eigenschaft eines „passionierten Liebhabers“ zusprechen konnte.

Der Zeuge F. hat bekundet, dass er Kenntnis davon gehabt hätte, wenn der Kläger den streitgegenständlichen Ruf gehabt hätte. Der Aussage des Zeugen lässt sich damit entnehmen, dass der Kläger den Ruf des passionierten Schlägers gerade nicht hatte.

Der weiter benannte Zeuge K. war als Zeuge nicht mehr zu hören, da die Beklagte keine ausreichende ladungsfähige Anschrift des Zeugen angegeben hat. Die Adresse des Zeugen in Kabul enthält keine Hausnummer, so dass insoweit nicht ersichtlich ist, inwieweit dort eine Ladung zugestellt werden könnte. Bezüglich der weiter angegebenen Adresse in New York gilt, dass es sich laut eigenen Angaben der Beklagten um eine Postfachadresse handelt. Des Weiteren hat die Beklagte vorgetragen, dass sich der Zeuge seit Mitte Februar 2006 in Kabul aufhalte, dort seine Residenz sei und nicht in New York. Der Beklagten wurde durch Beschluss vom 21.3.2006 eine Frist gem. § 356 ZPO gesetzt. Innerhalb dieser Frist wurden nur die Anschriften in Kabul und New York mitgeteilt, so dass die Partei mit dem Beweismittel ausgeschlossen ist.

Im Übrigen ist aufgrund der bislang durchgeführten Beweisaufnahme und dem daraus gewonnenen Eindruck, dass kein Nachweis geführt werden konnte, dass der Kläger den Ruf hatte, ein passionierter Schläger zu sein, nicht davon

auszugehen, dass diese bislang gewonnene Überzeugung aufgrund nur einer weiteren Zeugenaussage dahingehend geändert werden könnte, dass diese das Gericht davon überzeugen würde, dass der Kläger doch tatsächlich in dem Ruf stand, ein passionierter Schläger zu sein. Auch aus diesem Grund war eine weitere Beweisaufnahme nicht mehr geboten.

Der von der Beklagten benannte Zeuge K. ist ebenfalls gem. § 356 ZPO als Beweismittel ausgeschlossen. Bezüglich dieses Zeugen war der Beklagten ebenfalls am 21.3.2006 eine Ausschlussfrist gesetzt worden. Innerhalb dieser Frist hat die Beklagte keine ladungsfähige Anschrift des Zeugen beigebracht.

Der von der Beklagten benannte Zeuge M. war als Zeuge nicht zu hören. Wie sich aus der Anlage zu dem Schriftsatz der Beklagten vom 6.4.2006 ergibt, kann der Zeuge bekunden, dass der Kläger sich durch besonders militante Sprüche „hervortat“. In den Diskussionsveranstaltungen habe er die Militarisierung der Szene gefordert. Ihm sei es darum gegangen, die Polizei in offener Feldschlacht zu besiegen. Der Kläger habe als Wortführer der Straßenmilitanz gegolten und sich als „großer Führer“ geriert. Daraus geht zwar hervor, wie sich der Kläger geäußert haben soll, nicht aber ob er wirklich in der Putzgruppe selbst den Ruf hatte, ein passionierter Schläger in dem oben genannten Sinne zu sein. Soweit die Beklagte im Schriftsatz vom 22.5.2006 nochmals vorträgt, der Zeuge sei zu hören, weil er darüber Auskunft geben könnte, welchen Ruf der Kläger in der „Szene“ genoss, kommt es nicht auf den Ruf in der „Szene“, sondern in der „Putzgruppe“ an.

Gleiches gilt für den weiter von der Beklagten benannten Zeugen B. Allein die Ausführungen des Zeugen B. in seinem Schreiben vom 8.12.2005 an die Frankfurter NEUE PRESSE, er kenne einen großen Teil der „Steinewerfer“ aus der sog. Putzgruppe und er solle als Zeuge im Prozess benannt werden, rechtfertigt es nicht, den Zeugen zu vernehmen. Aus dem Schreiben wird nicht erkennbar, inwiefern ein ehemaliger Stadtbezirksvorsteher zu dem Ruf des Klägers in der Putzgruppe Stellung nehmen kann.

Die Beklagte handelte nicht in Wahrnehmung berechtigter Interessen im Sinne des § 193 StGB. Ein berechtigtes Informationsinteresse der Öffentlichkeit darüber, ob der Kläger vor über 30 Jahren in der sog. „Putzgruppe“ den Ruf hatte, ein passionierter Schläger zu sein, besteht nicht. Der Kläger selbst ist – im Unterschied zu einem Teil der gehörten Zeugen – keine Person des öffentlichen Lebens. Zwar könnte man aufgrund der zeitgeschichtlichen Bedeutung der damaligen Ereignisse und der damals handelnden Personen auch heute noch ein öffentliches Interesse an der Darstellung der Mitglieder der Gruppierung, ihrer Entwicklung und ihrer heutigen Lebenssituation ggf. bejahen. Der Kläger wendet sich mit seiner Klage auch nicht dagegen, dass überhaupt über ihn berichtet wird. Dies würde aber nicht jede Berichterstattung erlauben und schon gar nicht eine über Tatsachen, bei denen ein Nachweis über die Wahrheit nicht geführt werden kann und die im Hinblick auf die damaligen Geschehnisse nicht von Bedeutung ist. Denn die Frage, welchen Ruf der Kläger in der Gruppe hatte, ist für eine historische Aufarbeitung sicher nicht von solcher Bedeutung.

Die Beklagte muss sich die Behauptung auch zurechnen lassen. Sie kann sich nicht dadurch entlasten, indem sie sich auf die von ihr benannten Textstellen

beruft. Die Beklagte hat sich die Inhalte dieser Texte zu eigen gemacht, so dass sie sich diese als eigene Behauptungen zurechnen lassen muss.

Es besteht die für den Unterlassungsanspruch notwendige Wiederholungsgefahr. Diese ist aufgrund der erfolgten Veröffentlichung im Magazin F. zu bejahen. Die Wiederholungsgefahr wurde auch nicht durch eine strafbewehrte Unterlassungserklärung ausgeräumt.

Der vom Kläger geltend gemachte Geldentschädigungsanspruch gem. § 823 I BGB i. V. m. Art. 1 und 2 GG ist jedoch unbegründet.

Voraussetzung für einen solchen Anspruch ist das Vorliegen einer schweren Persönlichkeitsverletzung, schuldhaftes Handeln des Verletzers, Fehlen der Möglichkeit, die verursachte Beeinträchtigung auf andere Weise zu befriedigen. Dabei sind die Art und Schwere der Beeinträchtigung, ihr Anlass und Beweggrund, der Grad des Verschuldens sowie der Präventionszweck zu berücksichtigen (vgl. Wenzel/Burkhardt, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 5. Aufl., § 14 Rn. 101; BVerfG, NJW 2004, 591).

Bei Abwägung der Umstände muss berücksichtigt werden, dass die Beklagte die von ihr zitierten Stellen nicht korrekt wiedergegeben hat und sie keinen Nachweis für ihre Behauptung führen konnte. Des Weiteren ist zu sehen, dass die Behauptung im Rahmen einer Berichterstattung mit dem Tod des Kabarettisten Matthias Beltz aufgestellt wurde und mit dieser in keinem direkten Zusammenhang stand außer einer gemeinsamen, aufsehenerregenden Vergangenheit, die bereits 30 Jahre zurück liegt. Auf der anderen Seite muss gesehen werden, dass weder der Kläger bildlich noch die streitgegenständliche Berichterstattung in dem Bericht an sich besonders ins Auge fällt. Zwar ist das Wort „Schläger“ fett und kursiv gedruckt, fällt aber unter dem die Seite dominierenden Bild, bei dem Blickfang der ehemalige Außenminister F. ist, nicht so ins Auge.

Es ist weiter insbesondere zu berücksichtigen, dass der Kläger sich aktiv an der damaligen politischen Bewegung beteiligt hat. So sagt der Kläger selbst von sich, dass er jemand war, der bereit war, für seine politische Meinung tatkräftig einzustehen. Das Gericht geht dabei auch davon aus, dass der Kläger durchaus an Demonstrationen und im Rahmen dieser Demonstrationen auch – von welcher Seite auch immer diese nun begonnen wurden – an Gewalttätigkeiten beteiligt war. Zwar hat der Kläger vorgetragen, dass er bislang keine Körperverletzung begangen habe, er nie wegen eines Körperverletzungsdelikts oder sonstigen Delikts angeklagt oder verurteilt worden sei. Seine Beteiligung an Straßenschlachten hat der Kläger aber nicht bestritten und auch nicht, sich im Rahmen dieser ggf. zur Wehr gesetzt zu haben. Insofern muss berücksichtigt werden, dass zwar kein Nachweis vorliegt, dass der Kläger im Ruf stand ein passionierter Schläger zu sein, jedoch ist die aktive Teilnahme an Straßenkämpfen in einer gewissen Nähe dazu zu sehen.

Des Weiteren ist zu beachten, dass der Geldentschädigungsanspruch subsidiär zu anderen zumutbaren und angemessenen Ausgleichsmöglichkeiten ist. Dabei beseitigt die Durchsetzung und ordnungsgemäße Veröffentlichung eines Widerrufs in der Regel das Bedürfnis nach Zuerkennung einer Geldentschädigung

jedenfalls dann, wenn sie unverzüglich erfolgt (Soehring, a. a. O., Rn. 32.28; vgl. auch Wenzel/Burkhardt, a. a. O., § 14 Rn. 120). Der Kläger hat aber von der Beklagten zu keiner Zeit einen Widerruf, Gegendarstellung bzw. Richtigstellung verlangt. Es kann auch nicht aufgrund der Tatsache, dass die Beklagte im Rahmen des zwischen den Parteien durchgeführten einstweiligen Verfügungsverfahrens den Antrag gestellt hat, Frist zur Erhebung der Hauptsacheklage zu bestimmen, davon ausgegangen werden, dass die Beklagte einen solchen verlangten Widerruf nicht abgedruckt hätte. Auch aufgrund des hier durchgeführten Verfahrens und der Ausschöpfung der zulässigen Verfahrensmittel kann man darauf nicht schließen. Auch die Tatsache, dass bei einem Widerruf die Äußerung nochmals abgedruckt wird, liegt in der Natur der Sache.

Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO, die der vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 11, 709 und 711 ZPO.

Dr. K

Z-M

B

Geschäftsnr.: 2-01 S 74/05

Lt. Protokoll verkündet
am 30.06.2006
d.P., JAe
als Urkundsbeamtin der
Geschäftsstelle



LANDGERICHT FRANKFURT AM MAIN

IM NAMEN DES VOLKES

U r t e i l

In dem Rechtsstreit

hat das Landgericht Frankfurt am Main – 1. Zivilkammer -

durch Richterin am Landgericht D,

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 05.04.2006 für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 09.02.2005 verkündete Urteil des Amtsgerichts Frankfurt am Main (Az. 32 C 3393/04-40) wie folgt abgeändert:

Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtlichen Schaden zu ersetzen, der dieser durch die Mitteilung an die Schufa Holding AG: „P. Bank, c/o Rechtsanwalt H. Konto in Abwicklung, Kontonummer XXXX, Saldo Fälligstellung € 153,00 am 26.08.2002, Kontonummer XXX, Konto ausgeglichen am 26.11.2002“ entstanden ist.

Die Kosten des Rechtsstreits hat die Beklagte insgesamt zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

Die Klägerin eröffnete im März 2000 bei der Beklagten ein Girokonto mit der Nummer XXXXXX. Auf dem von der Klägerin unterzeichneten Kontoeröffnungsantragsformular befand sich u.a. folgende Klausel: „Ich willige in die Übermittlung der in der Schufa-Erklärung auf der Rückseite genannten Daten an die für meinen Wohnsitz zuständige Schufa ein. Ich willige ferner ein, dass im Falle eines Wohnsitzwechsels die Daten an die dann zuständige Schufa übermittelt werden.“

Die Klägerin nutzte das Girokonto nicht. Im Jahr 2002 kam es zu einem Negativsaldo von EUR 132,92, weil die Beklagte in der Zwischenzeit die Kontoführungsgebühren für das Girokonto abgebucht hatte. Die Beklagte forderte die Klägerin mehrfach auf, den Saldo auszugleichen, die Klägerin reagierte hierauf jedoch nicht. Daraufhin kündigte die Beklagte mit Schreiben vom 03.07.2002 das Girokonto mit Wirkung zum 20.08.2002. Im Kündigungsschreiben wurde die Klägerin darauf hingewiesen, dass die Kontokündigung der Schufa mitgeteilt werde, sofern die Klägerin vor Ablauf der Kündigungsfrist ihr Konto nicht ausgleichen würde, hinsichtlich des genauen Wortlautes wird auf die Anlage K 2, Bl. 10 d.A. Bezug genommen.

Nachdem die Klägerin auch auf dieses Kündigungsschreiben nicht reagierte, beauftragte die Beklagte Rechtsanwalt R. H. mit dem Einzug der Forderung, die zuzüglich aufgelaufener Zinsen zu diesem Zeitpunkt EUR 153,21 betrug. Mit Schreiben vom 02.09.2002 (Anlage K 3, Bl. 13) wurde die Klägerin von Rechtsanwalt H. nochmals zur Zahlung aufgefordert, woraufhin sie den Kontostand am 04.11.2002 durch Zahlung an Rechtsanwalt H. ausglich.

Die Beklagte meldete diesen Vorgang der Schufa mit dem aus dem Urteilstenor ersichtlichen Wortlaut, die diesen Datensatz in ihren Bestand aufnahm.

Den Bestimmungen der Schufa entsprechend, wurde die Eintragung zum 31.12.2005 gelöscht.

Zwischen der Klägerin und der Schufa Wiesbaden wurde vor dem Landgericht Wiesbaden (Az.: 8 T 10/04) am 19.10.2004 ein Vergleich mit dem Inhalt geschlossen, dass die Schufa den streitgegenständlichen Datensatz bis zum rechtskräftigen Abschluss dieses Verfahrens (zunächst geführt vor dem Landgericht Frankfurt am Main unter dem Aktenzeichen 2-05 O 115/04) sperrt.

Die Klägerin hat behauptet, durch die Meldung über die Kündigung des Girokontos durch die Beklagte an die Schufa seien ihr im geschäftlichen Verkehr Nachteile entstanden. So habe sich die C. Gießen aufgrund der Mitteilung der Klägerin, dass es den streitgegenständlichen Schufa-Eintrag gebe, geweigert, für sie ein Girokonto zu führen. Weiter sei sie aufgrund des Schufa-Eintrags daran gehindert gewesen, für den Erwerb einer Eigentumswohnung als Alterssicherung einen Kredit über etwa EUR 105.000,-- aufzunehmen.

Sie hat die Ansicht vertreten, die Beklagte habe die berechtigten Interessen der Klägerin nicht berücksichtigt, als sie die Schufa-Meldung veranlasste. Die Meldung sei angesichts des offenen Saldos in Höhe von rund EUR 153,-- unverhältnismäßig.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, die streitgegenständliche Mitteilung an die Schufa zu widerrufen und weiter festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr sämtlichen Schaden zu ersetzen, der ihr durch diesen Eintrag entstanden ist.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage insgesamt abzuweisen.

Sie hat die Ansicht vertreten, sie sei ihrerseits verpflichtet gewesen, auch aufgrund der geringfügigen Forderung der Schufa die Kontokündigung zu melden.

Mit seinem Urteil, auf dessen tatsächliche Feststellungen gemäß § 540 I 1 ZPO Bezug genommen wird, hat das Amtsgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung wird

ausgeführt, dass die Beklagte berechtigt war, das vertragswidrige Verhalten der Klägerin unabhängig von der Höhe der offenen Forderung an die Schufa zu melden, da der Kündigungsgrund – der fehlende Ausgleich des Negativsaldos – auf Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungsunwilligkeit der Klägerin schließen lasse. Das Sammeln und zur Verfügung stellen derartiger Information an die Kreditgebende Wirtschaft sei Aufgabe der Schufa und diene u.a. auch dem Schutz der Kreditnehmer vor übermäßiger Verschuldung. Der Meldung der Beklagten an die Schufa hätten auch keine zu berücksichtigenden berechtigten Interessen der Klägerin entgegengestanden, insbesondere sei die Meldung trotz der Höhe der Forderung verhältnismäßig. Dies ergebe sich daraus, dass das Zahlungsverhalten der Klägerin auf ihre nachhaltige Zahlungsunwilligkeit schließen lasse.

Mit ihrer Berufung rügt die Klägerin, dass im amtsgerichtlichen Urteil die Schufa-Meldung als verhältnismäßig qualifiziert wird, die Beklagte die Meldung nicht nach einer individuellen Interessenabwägung vorgenommen habe und sich im erstinstanzlichen Urteil keine Ausführungen zum Feststellungsantrag der Klägerin finden.

Die Beklagte verteidigt das erstinstanzliche Urteil.

Die Parteien haben im Termin zur mündlichen Verhandlung im Berufungsverfahren am 05.04.2006 hinsichtlich des Löschantrags den Rechtsstreit übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt, nachdem die Eintragung durch die Schufa zum 31.12.2005 durch den inzwischen eingetretenen Zeitablauf gelöscht worden war. Die Klägerin verfolgt ihren Feststellungsantrag auch im Berufungsverfahren weiter.

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung hat hinsichtlich des Feststellungsantrags, des ursprünglichen Antrags zu 2., auch in der Sache Erfolg.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der geltend gemachte Feststellungsantrag zulässig ist, da die Klägerin das gemäß § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse daran hat, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr den – möglichen – materiellen Schaden zu ersetzen, der ihr aus der streitgegenständlichen Schufa-Meldung entstanden ist. Zwar hat die Klägerin bislang nur im Ansatz vorgetragen, dass ihr möglicherweise ein finanzieller Schaden dadurch

entstanden ist, dass sie aufgrund der Schufa-Meldung zunächst vom Erwerb einer Eigentumswohnung zur Alterssicherung abgesehen hat. Um das Feststellungsinteresse im Sinne des § 256 Abs. 1 ZPO zu bejahen, ist es jedoch ausreichend, dass die Möglichkeit eines Schadenseintritts besteht, dagegen ist nicht erforderlich, dass eine hinreichende Schadenswahrscheinlichkeit begründet ist (BGH Urteil vom 16.01.2001, Aktenzeichen VI ZR 381/99, zitiert nach JURIS dort Randziffer 7 unter Hinweis auf BGHZ 116, 60 (75) mit weiteren Nachweisen).

Der geltend gemachte Feststellungsantrag ist auch begründet, da die Mitteilung der Beklagten an die Schufa über die Kontokündigung wegen des offenen Betrages in Höhe von EUR 153,21 einen rechtswidrigen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der Klägerin gemäß §§ 823, 1004 analog BGB darstellt.

Entgegen der Ansicht des Amtsgerichts standen der Meldung der Beklagten berechnete Interessen der Klägerin entgegen, da bei der Abwägung der Interessen der Kreditgebenden Wirtschaft und den Interessen des Bankkunden angesichts der weitreichenden Folgen für die Bonität des Kunden die Veranlassung eines Schufa-Eintrags wegen einer offenen Forderung nach einer Kontokündigung in Höhe von EUR 153,21 nicht dem Gebot der Verhältnismäßigkeit entspricht. In der Rechtsprechung werden Kredit- oder Kontokündigungen als sog. „weiche“ Negativmerkmale für die Bonität eines Kunden bezeichnet, deren Übermittlung an die Schufa zulässig ist, sofern der Forderungsbetrag über einer Bagatellgrenze liegt (OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 15.11.2004, Az. 23 U 155/03, zitiert nach JURIS,- Forderung in Höhe von EUR 10.000,-- ist jedenfalls nicht geringfügig; Bayerisches Oberlandesgericht, Urteil vom 12.09.2001, Az. 1 U 62/01, zitiert nach JURIS – bei einer offenen Forderung in Höhe von DM 233,-- sei eine Meldung zulässig; AG Wiesbaden, Urteil vom 16.01.2004, Az. 93 C 5938/03-40 und 93 C 5938/03, zitiert nach JURIS – Meldung eines zögerlichen Ausgleichs nach Schließung eines Girokontos mit einem Sollsaldo von EUR 650,--). In den zitierten Entscheidungen wird ausgeführt, dass das Offenlassen eines Saldos in geringerer Höhe zwar kaum auf die Zahlungsunfähigkeit, jedoch auf eine Zahlungsunwilligkeit des Bankkunden hindeute und dieses unzuverlässige, nicht vertragsgerechte Verhalten des Kunden trotz geringer Forderungshöhe Gegenstand einer Schufa-Meldung sein dürfe. Dieser Argumentation schließt sich das erkennende Gericht für den vorliegenden Fall nicht an. Den Rückschluss auf eine mögliche Zahlungsunfähigkeit läßt der nicht rechtzeitige Ausgleich einer Forderung von EUR 153,-- nicht zu. Die verspätete

Zahlung lässt jedoch auch weiter keinen, zumindest keinen hinreichend sicheren, Rückschluss auf eine mögliche Zahlungsunwilligkeit der Klägerin zu. Die Klägerin hat vorgetragen, die verzögerte Zahlung beruhe auf ihrem nachlässigen Umgang mit der berechtigten Forderung der Beklagten. Sie habe diesem Vorgang angesichts der geringen Forderungshöhe keine große Bedeutung beigemessen und die Forderung der Beklagten deshalb „aus dem Auge verloren“. Dieses – unstreitige – Verhalten der Klägerin lässt nicht darauf schließen, dass sie nicht willens war, die berechnete Forderung der Beklagten auszugleichen, sondern dass sie diesem Vorgang nicht die erforderliche Sorgfalt widmete. Ein solches Verhalten liegt unter der Schwelle der Zahlungsunwilligkeit eines Bankkunden und stellt damit kein „weiches“ Negativmerkmal für das Zahlungsverhalten der Klägerin dar. Demzufolge stellt die Meldung einer Kontokündigung wegen einer Forderung in Höhe von EUR 153,21 keine verhältnismäßige Reaktion der Beklagten nach Abwägung der Interessen der Klägerin und den Interessen der Kreditgebenden Wirtschaft dar.

Soweit die Klägerin in ihrer Berufung rügt, dass das erstinstanzliche Urteil keine Ausführungen zu ihrem Feststellungsantrag enthalte, so ist dies nicht zu beanstanden, sondern folgerichtig, nachdem das Amtsgericht die Klage insgesamt abgewiesen hat, weil die Schufa-Meldung durch die Beklagte nicht das Persönlichkeitsrecht der Klägerin verletzt habe. Damit blieb für eine Erörterung der Feststellung möglicher Schäden durch das Amtsgericht mangels dort angenommener Rechtsgutverletzung naturgemäß kein Raum.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 91 a ZPO. Der Beklagten waren die Kosten des Rechtsstreits nach der übereinstimmenden Erledigungserklärung auch hinsichtlich des ursprünglichen Klageantrags zu 1. aufzuerlegen, mit dem die Klägerin ihren Anspruch auf die Löschung der streitgegenständlichen Schufa-Meldung verfolgte. Wie oben ausgeführt, verletzte die Schufa-Meldung die Persönlichkeitsrechte der Klägerin, so dass es unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes billigem Ermessen entspricht, der Beklagten auch die Kosten aufzuerlegen, die durch den ursprünglichen Klageantrag zu 1. entstanden sind.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Ziff. 10 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Ziff. 1 oder 2 ZPO nicht gegeben sind. Wie der Klägervertreter im Termin zur mündlichen Verhandlung

unwidersprochen ausgeführt hat, hat die Schufa in jüngster Vergangenheit ihre internen Regelungen dahingehend geändert, dass die Grenze für Eintragungen nunmehr bei Forderungen ab etwa 1.000,-- bis 1.200,-- EUR liegt. Somit werden Rechtsstreite wegen der Eintragung aufgrund geringfügiger Forderungen in Zukunft nicht mehr geführt werden müssen, so dass die Zulassung der Revision zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung in dieser Frage durch eine höchstrichterliche Entscheidung nunmehr nicht mehr erforderlich ist.

D

ANEXO III: SENTENCIAS (ESPAÑOL)



AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN 15ª

ROLLO Nº 589/2010-2ª

J. MERCANTIL 6 BARCELONA

J. ORDINARIO 199/2009

ES COPIA

SENTENCIA Núm. 301/2011

Ilmos. Sres.:

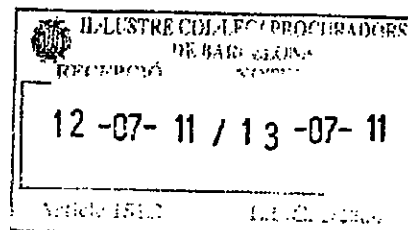
D. IGNACIO SANCHO GARGALLO

Dª. MARTA RALLO AYEZCUREN

D. LUIS GARRIDO ESPA

Barcelona, 7 de julio de 2011.

Vistos en grado de apelación, ante la Sección 15ª de esta Audiencia Provincial, los autos de juicio ordinario número 199/2009, en materia de propiedad intelectual, seguidos ante el Juzgado Mercantil número 6 de Barcelona, a instancia de SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE), representada por el procurador don Francisco Javier Manjarín Albert y defendida por el letrado don José Luis Marco Blasco, contra don _____, representado por el procurador don Jordi Fontquerni Bas y defendido por el letrado don Javier de la Cueva González Coter. La Sala conoce de estos autos en virtud del recurso de apelación interpuesto por SGAE, contra la sentencia de 22 de abril de 2010.





ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte dispositiva de la sentencia impugnada es del tenor siguiente: *“1. Desestimo íntegramente la demanda formulada por SGAE contra absolviendo a éste de todos los pedimentos formulados en su contra. 2. Se imponen las costas de esta instancia al actor”*.
2. SGAE interpuso recurso de apelación contra la citada sentencia. Admitido en ambos efectos y emplazadas las partes, se remitieron los autos a esta Sección 15ª. Comparecidos los litigantes, se siguieron los trámites legales y se señaló para votación y fallo el día 23 de marzo de 2011.

Ponente: la magistrada Marta Rallo Ayezuren.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. I. SGAE demandó a _____ y solicitó sentencia que declarara que el demandado estaba llevando a cabo, al menos desde el 1 de julio de 2007 hasta la fecha de la demanda (2 de marzo de 2009), de modo ilegítimo, la comunicación pública (mediante puesta a disposición) y la reproducción de obras musicales del repertorio de SGAE, a través del sitio web www.indice-web.com, de titularidad del _____ infringiendo con ello los derechos de la demandante, al carecer de la preceptiva licencia o autorización.

En la demanda, se solicitaba también: 1) La cesación de la utilización en el sitio mencionado, o en cualquier otro en el que pueda operar el demandado, de las obras musicales del repertorio de SGAE; 2) La suspensión de los servicios prestados por la entidad de intermediación IBERICAHOST C.B. al demandado, respecto del sitio web citado; 3) La indemnización a la actora de los daños y perjuicios que se acreditaran, por la comunicación pública y reproducción en el periodo de 1 de julio de 2007 a la presentación de la demanda y 4) la indemnización a la actora en la suma de 1.546,28 euros, IVA incluido, por el importe de las investigaciones efectuadas con carácter previo a la demanda.

II. La sentencia desestimó la demanda, en síntesis, por entender que el sitio web del demandado tiene como función la de servir de índice o catálogo de sitios web, proporcionando solamente un enlace, de forma que la descarga de contenidos protegidos, si se produce, se verifica de una forma completamente externa y ajena a índice-web, que no almacena ningún tipo de contenidos audiovisuales. Según el Sr. magistrado, el sitio web del demandado facilita u orienta a los usuarios de Internet en la búsqueda de obras que luego van a ser objeto de intercambio a través de las redes P2P y nuestro derecho no prohíbe ese favorecimiento u orientación mediante enlaces, en la búsqueda de archivos que contengan obras protegidas para lograr su



posterior descarga a través de las citadas redes P2P. Por ello, la sentencia concluye que el sistema de enlaces desarrollado por el en este caso no constituye distribución ni reproducción ni comunicación pública. La sentencia añade que la mera referencia en la demanda al artículo 13 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información (LSSI), sin más especificación, no puede fundamentar una condena con base en el artículo 17 de la LSSI, que dejaría en indefensión al demandado.

2. La sentencia es objeto de apelación por la demandante, SGAE. El recurso afirma:
 - 1) La sentencia sólo examina la actividad del demandado consistente en la provisión de enlaces a páginas accesibles mediante redes P2P y omite examinar otras posibilidades de acceso a obras protegidas que facilita la web del demandado, *mediante descargas directas* y también operaciones de *streaming* de obras alojadas en el servidor externo Megaupload que utiliza el demandado.
 - 2) Contra lo sostenido en la sentencia del juzgado mercantil, se ha acreditado la participación activa del demandado como prestador de: a) un servicio de control y provisión de enlaces a páginas de terceros que alojan contenidos musicales protegidos y b) de un servicio de redireccionamiento a un servidor que aloja contenidos que otros le han enviado y que el demandado ha autorizado que se alojen en un sitio que sólo él ha seleccionado y contratado. Ello implica, según la demandante apelante, la infracción de los derechos de autor (de reproducción y comunicación al público).
 - 3) Toda provisión de enlaces a través de redes o plataformas P2P implica necesariamente una previa reproducción y comunicación pública de las obras objeto de enlace, que constituye infracción.
 - 4) La LSSI (artículo 13, en relación con el artículo 17 LSSI y el artículo 14.2 de la Directiva 2000/31) establece la responsabilidad civil del demandado por los enlaces que publica en su web, ya que el demandado no está amparado por la excepción del artículo 17.1 LSSI. No hay indefensión alguna para el demandado si se aplica esa norma que fue expresamente invocada en la demanda.
 - 5) La ausencia de ánimo de lucro y de actividad económica del demandado no ampara su actuación vulneradora de los derechos de autor, como da a entender la sentencia, ya que no le sería de aplicación en ningún caso el régimen de exención del artículo 17.1 LSSI. Para su aplicación, es requisito indispensable que los servicios prestados constituyan actividad económica, lo que, según la alegación del demandado, recogida en la sentencia, no concurriría en el caso.
 - 6) Con independencia de lo anterior, en todo caso debería estimarse la acción de cesación de la actividad de enlaces a contenidos protegidos, conforme a los artículos 138.3º y 139 LPI, para impedir un daño o su agravación. Lo mismo es aplicable a la cesación de los servicios de alojamiento de la web del demandado prestados por la empresa IBERICAHOST C.B.



7) Finalmente, con carácter subsidiario, se solicita la no imposición de costas, por tratarse de un caso novedoso, que suscita dudas de hecho y de derecho.

3. La primera de las alegaciones del recurso atañe a la delimitación adecuada de la controversia. Según SGAE, el juez mercantil se habría limitado a analizar la actividad del demandado consistente en la provisión de enlaces a páginas accesibles mediante redes P2P y habría omitido examinar otras posibilidades de acceso a obras protegidas, mediante *descargas directas* y también operaciones de *streaming* de obras alojadas en el servidor externo Megaupload que utiliza el demandado.

La alegación es contestada por el demandado, que atribuye a SGAE un cambio de demanda. Según el apelado, la causa de pedir, en el escrito inicial del juicio, vino constituida exclusivamente por el hecho de que administraba una página web en la que podían hallarse *elinks*, es decir, enlaces a archivos compartidos por usuarios de la red *edonkey* que pueden ser descargados desde programas como *emule*. Así, la demandante consideraría que la actividad de enlazar obras que se intercambian en redes P2P supone la explotación de determinados derechos de propiedad intelectual. La parte demandada apelada sostiene que, en el recurso de apelación, la actora cambia radicalmente el objeto de discusión y se refiere a un servidor llamado Megaupload, sugiriendo la posibilidad de que fuera el propio demandado quien subiera los archivos a ese servidor externo. Con ello variaría el objeto del litigio incluyendo, junto al enlace a obras alojadas en los discos duros de usuarios de la red eDonkey, la posibilidad de que las obras enlazadas pudieran alojarse en servidores externos como el mencionado.

No podemos aceptar enteramente ninguna de las dos lecturas sobre el objeto del juicio. Por lo que respecta a la tesis de la demandante apelante, SGAE, consideramos que las operaciones de *streaming*, es decir, de escucha sin descarga, no se alegaron en la demanda, ni con ese término ni con ningún otro que describa la actividad en cuestión. La demanda se refirió exclusivamente –y de manera insistente– al hecho de que la web del demandado permitía la descarga de obras musicales. El objeto del proceso no viene determinado sólo por lo que se pide –aquí, cesación e indemnización–, sino por la causa de pedir. Y en casos como el de autos, en que se acciona por la infracción de derechos de propiedad intelectual, la causa de pedir viene dada por la calificación jurídica de la infracción –se alega reproducción y comunicación pública (puesta a disposición) no autorizadas– y por la identificación de las actuaciones concretas llevadas a cabo por el demandado que se consideran constitutivas de la infracción: el aspecto fáctico de la causa de pedir. Incumbe a la actora alegar en la demanda los hechos por los que acciona. Por tanto, el juez mercantil hizo bien en no examinar lo relativo al *streaming*, que, por la misma razón, no examinaremos en esta segunda instancia, conforme a lo dispuesto en el artículo 456 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) –*en virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho*



de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia.

Tampoco podemos acoger íntegramente la tesis de la parte demandada en su escrito de oposición al recurso, que limita el objeto del litigio a las descargas mediante programas de intercambio P2P. Como se ha dicho, en la demanda no sólo se invocaba, como actuación infractora, la descarga de archivos desde este tipo de redes –en realidad, la demanda, como el informe pericial que acompaña, no contiene una sola mención a las redes P2P, con esta o con otra denominación-, sino que se invocaba, en general, sin más detalles, la descarga de archivos musicales desde la propia web del demandado, “directamente o redireccionando a otra de modo automático”. Imprecisiones a un lado, así debió de entenderlo también, en su momento, la parte demandada, cuya contestación, negando rotundamente la descarga de obras desde la web del demandado y su condición de mero intermediario de la sociedad de la información, remite al informe pericial que adjunta y en el que se hace constar que la web www.indice-web.com publica enlaces a otros servidores o a otras redes P2P donde se encuentran almacenados los contenidos (f. 180). Así lo entendió adecuadamente el juez mercantil cuando examinó en la sentencia no sólo la descarga por usuarios de redes P2P, sino también la de quienes la efectúan en otros sitios web mediante los enlaces de la web del demandado.

Es cierta, pues, en esencia, la afirmación de la parte apelada de que –no discutido que el demandado administra una web de enlaces, sin alojar obra alguna– el litigio quedaría limitado a una cuestión estrictamente jurídica: si enlazar una obra que el demandado no aloja puede suponer una infracción de derechos de propiedad intelectual y, en concreto, si puede suponer copia o comunicación pública, en la modalidad de puesta a disposición, de dicha copia. Ello, obviamente, dentro de los términos –alegaciones y pruebas– en que ha sido planteado por las partes este concreto litigio.

4. En la siguiente alegación del recurso, SGAE afirma que se ha acreditado la participación activa del demandado en la oferta de contenidos musicales, por cuanto no se limita, como argumenta el juzgador de instancia, a crear un índice que favorece y orienta a los usuarios para acceder a las redes de intercambio de archivos P2P, sino que toma parte, directa y personalmente, en la selección, clasificación, filtrado y organización de esos archivos en su página web, de modo que sólo él decide qué contenidos se enlazan y cómo los presenta en su web, complementándolos con una foto de la portada del disco, la relación de temas que se incluyen en cada enlace, un comentario ilustrativo sobre el grupo musical y el archivo enlazado, un control de descargas de cada archivo y un ranking de los archivos más descargados o valorados.

La sentencia del juzgado mercantil, en su fundamento de derecho segundo, declara probado que:



- El sitio web del demandado, www.indice-web.com, ofrece enlaces para descargas en redes P2P u otros sitios web.
- En el sitio web www.indice-web.com, no se almacena ningún tipo de contenidos audiovisuales, sino que se publican enlaces a otros servidores o a redes P2P donde se encuentra almacenados los contenidos.
- En las redes P2P las transmisiones se realizan entre usuarios de la red, sin ninguna intervención de , www.indice-web.com.
- Los servicios prestados por www.indice-web.com son gratuitos y no existe ninguna clase de publicidad (esta puntualización responde a la alegación de la demanda y a la afirmación del informe pericial que acompañaba, de que, en todos los apartados de la página web, aparecía constantemente publicidad, mayoritariamente de contenido sexual, que con toda seguridad proporcionaba los beneficios económicos al demandado. SGAE no mantiene la alegación en la segunda instancia y no se ha acreditado –ni siquiera alegado– ni que la página web demande pago a los usuarios, ni que efectúe publicidad ni tampoco que obtenga otros rendimientos indirectos, por ejemplo, a modo de comisión por transmisión a tercero, para publicidad, de los datos de quienes acceden a la página).

A la vista del informe pericial de la parte demandada, más explícito que el de la demandante, pueden añadirse, en relación con la página web del , los siguientes datos, no discutidos en ninguna de las dos instancias:

- Desde la página a la que se accede mediante la URL www.indice-web.com, pulsando en el enlace “entrar”, se llega a la página de portada <http://www.indice-web.com/index.php>, que muestra los contenidos del web.
- Para acceder a todo el sitio web es necesario un código de usuario y una contraseña que se obtiene de manera gratuita mediante un formulario accesible desde el enlace “*puedes registrarte aquí*” de la página de portada.
- El sitio principal utiliza los sitios web auxiliares www.forosindice.com y www.indice-juegos.com.
- Los servicios y contenidos del web son: chat, foros, juegos, manuales, *elinks* (enlaces a contenidos en redes P2P, en este caso, a la red utilizada por el programa *eMule*) y “enlaces a descargas directas” (descargas de archivos desde otros servidores diferentes a los de [indice-web](http://www.indice-web.com)).
- La página que, como declara probado el juez mercantil, no almacena contenidos audiovisuales, contiene enlaces a contenidos almacenados exteriormente al propio servidor. El perito distingue dos tipos de enlaces:
 - 1) Los enlaces *elinks*, a contenidos almacenados en la red P2P *eDonkey2000 (ED2K)* que pueden ser descargados con el programa *eMule*
 - 2) Los que denomina “enlaces de descargas directas”, a contenidos almacenados en los sitios siguientes: www.megaupload.com, www.rapidshare.com, www.ziddu.com, www.load.to, www.uploadbox.com, www.efeme.com.



5. Como resulta de la prueba pericial, el principal uso de las redes P2P es el de compartir archivos (cadenas de bits) en Internet. Los archivos compartidos los pone el usuario en un directorio de su ordenador conocido por el programa P2P. Cuando un usuario busca un archivo lo puede hacer utilizando su programa P2P (por ejemplo, búsqueda con *eMule*), pero es muy útil que esta búsqueda se realice a través de enlaces publicados en páginas web. Cuando se pulsa uno de estos enlaces, en el navegador de Internet: 1) Se abre el programa P2P (si no está instalado, se visualizará un mensaje de error y no se producirá ninguna descarga); 2) Se producirá una búsqueda en función de la información del enlace y 3) Se iniciará el intercambio entre particulares, en que el oferente del archivo es un usuario distinto a la web que aloja el enlace.

Atendidos los anteriores datos fácticos, no desvirtuados, debemos mantener las consideraciones expuestas en la sentencia de esta Sección 15ª, de 24 de febrero de 2011, en relación, concretamente, con los enlaces a contenidos la red P2P, en un caso de la misma naturaleza.

En una red de archivos compartidos P2P, quien dispone de un archivo musical o de una película y lo introduce en una carpeta de archivos compartidos, a la que cualquiera puede tener acceso mediante un programa cliente P2P, además de llevar a cabo un acto de reproducción no amparado por la excepción del artículo 31.2 LPI, pues no cabría hablar de un uso privado, está poniendo estos archivos a disposición del público y, por ello, realiza un acto de comunicación pública previsto en el artículo 20.2.i) LPI. Pero el titular de la página web que facilita el enlace, además de la previa selección de los archivos, aunque contribuye indirectamente a esta infracción de los derechos de propiedad intelectual afectados por la comunicación pública, no lleva a cabo directamente estos actos. No realiza ninguna reproducción, ya que se limita a suministrar el link, a ofrecer un enlace, a través del cual, eso sí, se podrá llevar a cabo un posterior acto de comunicación pública del archivo compartido. El ofrecimiento del enlace no supone un acto de disposición del archivo, razón por la cual no cabe hablar de la “puesta a disposición” en que consiste la actividad tipificada en la letra i) del artículo 20.2 LPI, como acto de comunicación pública. La puesta a disposición tiene lugar en los ordenadores de los usuarios donde se halla la obra y desde donde se puede descargar a través de programas cliente P2P. Son, por tanto, estos usuarios quienes realizan la puesta a disposición.

Cuando un usuario acude a la página de enlaces y pulsa en un link, se ejecuta el programa cliente que ese usuario tiene instalado en su ordenador (p. e. *eMule*) y se inicia la descarga del archivo desde los ordenadores donde la obra se halla puesta a disposición. En esa descarga, los datos no pasan por el servidor donde se aloja el sitio web de enlaces, de modo que el usuario que descarga no recibe los datos (la obra) a través del sitio de enlaces, sino directamente desde los ordenadores que



alojan ese archivo. No hay, pues, ni siquiera una participación en la transmisión que pudiera entenderse como una suerte de retransmisión.

Por lo expuesto, compartimos también, en el caso en examen, las conclusiones de la sentencia impugnada (fundamento de derecho tercero), de que el sitio web índice-web.com ofrece exclusivamente enlaces para descargas en redes P2P -u otros sitios web-, sin almacenar ningún tipo de contenidos audiovisuales y sin intervenir en las transmisiones realizadas en las redes P2P, y de que, teniendo en cuenta el concepto legal de reproducción (entendemos que a ese concepto se refiere la sentencia, aunque, por mero error, habla de distribución, que no se invocó en la demanda) y de comunicación pública, puede decirse que la labor de enlazar sin intervenir en la descarga no entra dentro del núcleo de lo que constituye reproducción (del artículo 18 LPI, “*se entiende por reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación y la obtención de copias de todo o de parte de ella*”) ni comunicación pública, ésta última, en la modalidad concreta denunciada en la demanda, del artículo 20.2.i) LPI, según el cual son actos de comunicación pública “*la puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y el momento que elija*”. El sitio web del demandado facilita u orienta a los usuarios de Internet la búsqueda de obras que luego van a ser objeto de intercambio a través de las redes P2P, pero en nuestro derecho ese favorecimiento no constituye ni reproducción ni puesta a disposición de la obra.

6. La anterior conclusión, que la sentencia impugnada desarrolla extensamente en relación con los enlaces a las redes P2P, en correspondencia a la especial atención dedicada a lo largo del proceso –desde la contestación a la demanda- a tales enlaces, el Sr. magistrado la hace extensiva, por razones idénticas, a los enlaces que los litigantes –y el sitio web en cuestión, según el dictamen pericial aportado por la demandada y también, según el dictamen complementario aportado, tardíamente, por la demandante- han denominado “enlaces de descargas directas”, es decir, aquellos enlaces del sitio índice-web.com que no dirigen a redes de archivos compartidos P2P, sino a contenidos almacenados en determinados sitios de la red, exteriores al propio servidor, consistentes en servidores de gran capacidad, como www.megaupload.com –y otros, antes mencionados.

Las consideraciones de la sentencia de la primera instancia relativas a que el sitio web del demandado ofrece solamente enlaces a otros sitios web y no almacena ningún tipo de contenidos audiovisuales las aplica igualmente el juez mercantil a estos otros enlaces, sin que en el recurso contenga argumentos que desvirtúen la corrección de tales consideraciones.

Concretamente, el recurso no cuestiona que en el sitio del demandado no se alojan los archivos que son objeto de las llamadas “descargas directas”. La dinámica



de estos enlaces del sitio índice-web.com del demandado sería la de que, al pulsarlos, el usuario accedería a la página del servidor de gran capacidad (megaupload u otro) y, una vez allí, pulsando de nuevo, iniciaría la descarga del contenido interesado. No se requeriría en este caso que el ordenador tuviera instalado el programa eMule. Así resulta del informe pericial complementario aportado a los autos por SGAE. Por tanto, la descarga del archivo se produce desde un sitio web diferente del sitio del demandado y el usuario puede advertirlo. Pese a su denominación, no se trata de descargas directas desde el sitio del enlace, sino que éste *redirecciona* –como se dice en la demanda- a otro distinto.

Acreditado, por tanto, en estos autos, mediante las periciales de ambas partes, que no se trata de verdaderas descargas directas desde la página del demandado y no aportada ninguna otra prueba que permita una valoración distinta, debe confirmarse la sentencia también en su enjuiciamiento de estos enlaces. Por ello, deben desestimarse los motivos 2) y 3) del recurso de apelación.

7. El siguiente motivo de apelación invoca el artículo 13 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información (LSSI), en relación con el artículo 17 LSSI y el artículo 14.2 de la Directiva 2000/31. Según la actora apelante, con arreglo a dichas normas, el demandado sería responsable civil por los enlaces que publica en su web, ya que no está amparado por la excepción del artículo 17.1 LSSI.

El Sr. magistrado expuso, en la parte final de la argumentación de la sentencia, que la mera referencia en la demanda al artículo 13 de la LSSI (*Responsabilidad de los prestadores de los servicios de la sociedad de la información. 1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley. 2. Para determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación, se estará a lo establecido en los artículos siguientes*), sin más especificación, no podía servir para fundar una condena con base en el artículo 17 de la propia LSSI, que generaría indefensión a la parte demandada.

No pueden modificarse las alegaciones iniciales, a partir de las que se delimitó el debate del juicio. SGAE afirmó, en su demanda, que las acciones ejercitadas eran las de cesación e indemnización previstas en la LPI, por los actos de reproducción (artículo 18 LPI) y comunicación pública (artículo 20.2.i) LPI) in consentidas, llevados a cabo por _____ en su sitio índice-web.com. La actora no exigió al demandado responsabilidad civil por ningún otro concepto. La invocación del artículo 13.1 LSSI, en el apartado de legitimación pasiva de los fundamentos de derecho de la demanda, lo fue a los solos efectos de fundamentar la legitimación del demandado –al que atribuyó la condición de proveedor de contenidos. No se alegó el artículo 13.2, referido a la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación, ni los artículos siguientes, singularmente el 17, invocado en esta



segunda instancia, y que, en realidad, no regula la responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, sino su exención de responsabilidad por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, cuando se cumplan los requisitos que asimismo establece el precepto.

Por tanto, deben desestimarse los motivos 4º y 5º del recurso.

8. En el motivo 6º, la parte apelante sostiene que, en todo caso, debería estimarse la acción de cesación de la actividad de enlaces a contenidos protegidos, conforme a los artículos 138.3º y 139 LPI, para impedir un daño o su agravación. Pide también la cesación de los servicios de alojamiento de la web del demandado prestados por la empresa Ibericahost C.B. Se trata, pues, de dos peticiones distintas.

El artículo 139. 1. LPI prevé que el cese de la actividad ilícita podrá comprender: *“h) La suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico”*.

El artículo 138 LPI establece que las medidas de cesación específicas contempladas en el artículo 139.1.h) LPI, *“podrán también solicitarse, cuando sean apropiadas, contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir derechos de propiedad intelectual reconocidos en esta ley, aunque los actos de dichos intermediarios no constituyan en sí mismos una infracción, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Dichas medidas habrán de ser objetivas, proporcionadas y no discriminatorias”*.

Acerca de la cesación, en su demanda, SGAE solicitó: 1) la condena del demandado a cesar en la utilización en el sitio www.indice-web.com o cualquier otro de las obras musicales del repertorio SGAE y 2) la condena “a la suspensión de los servicios prestados por la entidad de intermediación IBERICAHOST C.B. al demandado respecto del sitio www.indice-web.com, toda vez que el demandado se vale de ellos para infringir los derechos patrimoniales de autor de comunicación pública en su modalidad de puesta a disposición, y de reproducción de obras musicales en su página web.”

La petición 1), condena a la cesación en la utilización del repertorio por el demandado, no se acordó, por no apreciarse tal uso. El pronunciamiento, conforme a lo expuesto en los fundamentos de derecho anteriores, debe mantenerse.

La petición 2), condena a la suspensión de los servicios de la tercera entidad IBERICAHOST C.B., debe denegarse, ya que, como también se ha expuesto, no se ha considerado infractora la actividad de intermediación del demandado y, por tanto, falta el presupuesto necesario.

La demandante no solicitó en la demanda la petición de condena que plantea en el recurso, de cesación de la actividad del demandado, de enlaces a contenidos



protegidos, por prestar servicios a terceros infractores que se valen del intermediario para infringir derechos de propiedad intelectual. De nuevo, se produce una alteración de la causa de pedir que, de admitirse, generaría indefensión de la parte demandada, la cual, atendida la configuración del proceso, no ha podido defenderse al respecto. Por ello, como en el caso resuelto por esta Sección 15ª, en la sentencia de 24 de febrero de 2011, debemos desestimar la pretensión y el motivo de apelación que la vehicula.

9. Sí consideramos procedente acoger el último motivo, subsidiario, del recurso de apelación de SGAE, que solicita la no imposición de costas, por tratarse de un caso novedoso, que suscita serias dudas de hecho y de derecho. Así lo consideramos, teniendo en cuenta, por un lado, la complejidad de las normas legales aplicadas, que pueden ser objeto de interpretaciones no coincidentes, y, por otro, la ausencia de precedentes judiciales, en España, sobre la materia. Las decisiones judiciales traídas al juicio por las partes se dictaron en la jurisdicción penal. Por ello, no se impondrán las costas de ninguna de las dos instancias (artículos 394.1 y 398.1 LEC).

FALLAMOS

ESTIMAMOS exclusivamente en cuanto al pronunciamiento de costas el recurso de apelación interpuesto por SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE), contra la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil número 6 de Barcelona, el 22 de abril de 2010, en el juicio ordinario número 199/2009, seguido a instancia de SGAE, contra

CONFIRMAMOS la sentencia del juzgado en todo lo demás.

No se imponen las costas de ninguna de las dos instancias del juicio.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas preparar recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los cinco días siguientes al de su notificación conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Firme esta resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio para su cumplimiento.

Así por ésta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Marginal: 2267811	Nº Resolución: 446/2010	Nº Recurso: 549/2010
Tipo: Sentencia	Jurisdicción: Civil	Fecha: 21/12/2010
Tribunal: Audiencia Provincial de Gerona/Girona	Sala:	Sección:
Procedimiento: Recurso de apelación		
Ponente: FERNANDO LACABA SANCHEZ		
A favor de: Administración Autonómica		

Resumen AMPARO DE UN MENOR.- Condiciones de los padres para asumir el cuidado de sus hijos.-

Se desestima el recurso de apelación interpuesto contra sentencia desestimatoria dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Girona, sobre impugnación de Medida en la que se acordaba el amparo de un menor. La Sala declara que los propios padres que ahora impugnan lo resuelto, estuvieron contestes con la necesidad de atención inmediata del menor, si bien con el lógico rechazo a la medida administrativa. Frente a todo ello, el recurso no logra desvirtuar ninguno de los motivos recogidos en la Sentencia en orden a acreditar lo erróneo del acuerdo judicial, se limita a realizar interpretaciones "pro domo sua" que, por ahora, no son de aplicación al menor. Por consiguiente, la decisión acordada fue correcta y estuvo justificada; sin perjuicio de que posteriormente se acrediten condiciones para asumir el cuidado de sus hijos a fin de obtener así la custodia pretendida, lo que no es objeto del presente expediente.

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION PRIMERA

GIRONA

APELACION CIVIL

Rollo nº: 549/2010

Autos: oposición medidas en protección de menores(art.780 nº : 1823/2009

Juzgado Primera Instancia 3 Girona (ant.CI-8)

SENTENCIA Nº 446/2010

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE

Don Fernando Lacaba Sánchez

MAGISTRADOS

Doña María Isabel Soler Navarro

Don Fernando Ferrero Hidalgo

En Girona, veintiuno de diciembre de dos mil diez

VISTO , ante esta Sala el Rollo de apelación nº 549/2010, en el que ha sido parte apelante D. Luis Angel y Dª.

Eduarne , representada esta por la Procuradora Dª. ESTHER SIRVENT CARBONELL, y dirigida por la Letrada Dª.

MONTSE SAAVEDRA HERRERA; y como parte apelada la GENERALITAT DE CATALUNYA - DEPARTAMENT

D'ACCIÓ SOCIAL I CIUTADANIA - SERVEI D'ATENCIÓ A LA INFÀNCIA I ADOLESCÈNCIA, representada y dirigida por el LETRADO DE LA GENERALITAT, siendo parte el MINISTERIO FISCAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado Primera Instancia 3 Girona (ant.CI-8), en los autos nº 1823/2009, seguidos a instancias de D. Luis Angel y Dª. Eduarne , representados por la Procuradora Dª. ESTHER SIRVENT CARBONELL, y bajo la dirección de la Letrada Dª. MONTSE SAAVEDRA HERRERA, contra la GENERALITAT DE CATALUNYA - DEPARTAMENT D'ACCIÓ SOCIAL I CIUTADANIA - SERVEI D'ATENCIÓ A LA INFÀNCIA I ADOLESCÈNCIA, bajo la dirección del LETRADO DE LA GENERALITAT, con intervención del MINISTERIO FISCAL, se dictó sentencia cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así: " FALLO : Que desestimando la demanda de oposición interpuesta por D. Luis Angel y Dña. Eduarne , representados por la Procuradora Sra. Sirvent y asistidos de la Letrado Sra. Saavedra, contra GENERALITAT DE CATALUNYA, DEPARTAMENT DE ACCIÓ SOCIAL Y CIUDADANÍA, SERVICIOS TERRITORIALES DE ATENCIÓN A LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA, representada y asistida por la Letrado de la Generalitat, siendo parte el Ministerio Fiscal. debo declarar y declaro que NO HALUGAR a dejar sin efecto la resolución administrativa de 8 de septiembre de 2009 que declaró la situación de desamparo de Heraclio ,

manteniéndose dicha situación administrativa en la forma decretada por la resolución de fecha 2 de febrero de 2010 expresamente consentida.

No se hace pronunciamiento sobre costas ".

SEGUNDO.- La relacionada sentencia de fecha 13 de mayo de 2010 , se recurrió en apelación por la parte demandante, por cuyo motivo se elevaron los autos a esta Audiencia y se han seguido los demás trámites establecidos en la LEC.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTO siendo Ponente el lltmo. Sr. Magistrado D. Fernando Lacaba Sánchez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la recurrida en todo aquello que no se oponga a lo que se dice a continuación.

PRIMERO .- Declarada la situación de desamparo del menor Heraclio en Resolución Administrativa de 8 de septiembre de 2009 la oposición deducida en contra de esta declaración mediante el presente Expediente ha de ir dirigida a acreditar que en la fecha de esta decisión el meritado menor no se encontraba entonces carente de las atenciones necesarias para calificar una situación de desamparo, de manera que la asunción de la tutela por la Administración no estaba justificada.

Las circunstancias concurrentes cuando se dictó tal resolución llevan a afirmar que el menor estaba desatendido y carecía de los cuidados precisos en niño de tan corta edad, encontrándose en una situación de desamparo conforme a lo dispuesto en el art. 172 C.Civil que la califica por la privación de la necesaria asistencia moral o material.

El Código de Familia en el art. 166 establece que la entidad pública debe tomar las medidas necesarias para lograr la protección efectiva de los menores desamparados, de acuerdo con los principios y el procedimiento establecidos en la legislación sobre protección de los menores. La Ley 37/91, de 30 diciembre y su Reglamento 2/1997, de 7 enero, en su art. 2 apartado 2 .a) y b) dice que se considera que el menor está desamparado cuando las personas a las cuales corresponde por ley el ejercicio de las funciones de guarda del menor están imposibilitadas para ejercerlas o cuando se aprecie cualquier forma de incumplimiento o cumplimiento inadecuado de los deberes de protección del menor.

Este condicionante normativo concurre en este caso porque se aprecian los presupuestos para una intervención de la administración en interés del menor al apreciarse que no estaba debidamente atendido, como explica la sentencia impugnada en argumentación no contradicha en el recurso que ahora se examina.

SEGUNDO .- De las pruebas practicadas, tal como vienen explicadas en la sentencia apelada, se desprende la situación de desamparo del menor, apreciando por parte de los progenitores un grave incumplimiento y ejercicio inadecuado de los deberes de cuidado y protección establecidos en la ley para la guarda de los menores. Así resulta de los Informes obrantes en el Expediente Administrativo destacando la situación de los padres frágil y problemática en relación con los abuelos, a lo que no es ajena la situación de disminución física del 47% en la madre y de un 36% en el padre; dicho de otra manera, desde los primeros instantes del nacimiento del menor, ya se detectó una situación de peligro del mismo que ni siquiera aconsejaba una situación de acogimiento en familia extensa dada la situación de enfrentamiento de la madre con su padre. Es mas, los propios padres que ahora impugnan lo resuelto, estuvieron contestes con la necesidad de atención inmediata del menor, si bien con el lógico rechazo a la medida administrativa. Frente a todo ello, el recurso no logra desvirtuar ninguno de los motivos recogidos en la Sentencia en orden a acreditar lo erróneo del acuerdo judicial, se limita a realizar interpretaciones "pro domo sua" que, por ahora, no son de aplicación al menor.

Por consiguiente, la decisión acordada fue correcta y estuvo justificada; sin perjuicio de que posteriormente se acrediten condiciones para asumir el cuidado de sus hijos a fin de obtener así la custodia pretendida, lo que no es objeto del presente expediente.

TERCERO .- No procede hacer imposición de costas a pesar de ser desestimado el recurso dadas las connotaciones de orden público, ajeno al principio dispositivo que presenta el contenido del presente recurso. (art.398 L.Enj.Civil).

VISTOS los preceptos legales y demás aplicables.

FALLO

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Girona en fecha 13 de mayo de 2010, confirmando dicha resolución.

Sin imposición de costas.

Líbrense testimonios de la presente resolución para su unión al Rollo de su razón y remisión al Juzgado de procedencia, junto con las actuaciones originales.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado - Ponente D. Fernando Lacaba Sánchez, celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de lo que certifico.

Marginal: 2380207	Nº Resolución: 87/2012	Nº Recurso: 54/2010
Tipo: Sentencia	Jurisdicción: Civil	Fecha: 20/02/2012
Tribunal: Tribunal Supremo	Sala: Sala Primera	Sección:
Procedimiento: Recurso casación-Derechos Fundamentales		
Ponente: JUAN ANTONIO XIOL RIOS		
A favor de: Consumidor		

Resumen DERECHO AL HONOR.- Información publicada sobre la muerte de varias personas en un albergue.- Interés público muy elevado.- Diligencia del profesional de la información.- Se declara haber lugar al recurso de casación interpuesto contra Sentencia estimatoria de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª, sobre derecho al honor.

La Sala declara que en el análisis de los Derechos fundamentales en colisión, hay que partir de la prevalencia del Derecho a la libertad de información en un estado democrático de Derecho.

La información publicada tenía un interés público muy elevado; se llevó a cabo por parte del profesional de la comunicación una labor de investigación diligente; la falta de identificación de las fuentes resultaba razonable, sin que se tuviera el deber de identificarlas, al no tratarse de un supuesto de reportaje neutral, y sin que la existencia de inexactitudes desvirtúen esta prevalencia.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Febrero de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen indicados, los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal que con el n.º 54/2010 ante la misma penden de resolución, interpuestos por la representación procesal de D. Rosendo , D.ª Olga y de la entidad mercantil Difusora de Información Periódica, S.A., aquí representados por el procurador D. Luis Pozas Osset, contra la sentencia de fecha 19 de octubre de 2009, dictada en grado de apelación, rollo n.º 183/2009, por la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3 .ª, dimanante de procedimiento de juicio ordinario n.º 179/2005, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Vinaroz. Habiendo comparecido en calidad de parte recurrida la procuradora D.ª Teresa Castro Rodríguez, en nombre y representación de D. Benito . Es parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Vinaroz dictó Sentencia de 20 de enero de 2009 en el juicio ordinario n.º 179/2005, cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Desestimo íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora Dña. M.ª Ángeles Bofill Fibla en nombre y representación de D. Benito contra Dña. Olga, D. Rosendo y contra la mercantil Difusora de Información Periódica, S.A.

»Las costas del presente procedimiento se imponen a D. Benito .»

SEGUNDO.- La Sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

«Primero. En el presente procedimiento, se ejercita por la parte actora acción sobre protección de los Derechos fundamentales de honor e intimidad personal de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo en relación con el artículo 18 de la Constitución Española, contra la autora del artículo en el que se basa la reclamación, el director de la revista en que dicho artículo fue publicado, así como contra la mercantil editora de la revista anterior , entendiéndose que dicho artículo, vulnera los más elementales Derechos de la personalidad del demandante al contener informaciones falsas que lesionan su Derecho al honor, no habiéndose realizado con diligencia alguna por parte de su autora.

»Frente a ello, la parte demandada no considera apreciable vulneración alguna de los Derechos del demandante, entendiéndose que el artículo fue redactado con la máxima diligencia, y conteniendo el mismo, información veraz

»Segundo. Se reclama por la lesión del Derecho fundamental al honor protegido por la Ley Orgánica 1/1982 y, constitucionalmente por el artículo 18 de la Constitución Española .

»Tal y como se ha venido estableciendo por la jurisprudencia de forma pacífica y, recogida tal doctrina en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de fecha 17 de marzo de 2006 o 17 de julio de 2006, 3 de octubre de 2005 o 20 de enero de 2006 entre otras, existe un importante cuerpo de doctrina sobre esta materia. Así , la

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2004, con cita de la de 12 de julio de 2004, establece que "Como base teórica o dogmática a la presente cuestión, es necesario resaltar que el Tribunal Constitucional, ha venido diferenciando desde la Sentencia 104/1986, de 17 de julio, entre la amplitud de ejercicio de los Derechos reconocidos en el artículo 20.1 de la Constitución, según se trate de libertad de expresión (en el sentido de emisión de juicios personales y subjetivos, creencias, pensamientos y opiniones), y libertad de información (en cuanto a la narración de hechos). Con relación a la primera, al tratarse de la formulación de "pensamientos, ideas y opiniones" (artículo 20.1.a CE), sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción que viene solo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten necesarias para la exposición de las mismas (ST.S. 105/1990, de 6 de junio, STEDH de 23 de abril de 1992).

»Asimismo, en este sentido, hay que decir que cuando surge la colisión entre los Derechos fundamentales de libertad de información y expresión de un lado y el Derecho fundamental al honor, de otro, la jurisprudencia (sigue diciendo el Tribunal Supremo), se ha decantado por el seguimiento de las siguientes directrices:

»a) que la delimitación de la colisión entre tales Derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos.

»b) que la tarea de ponderación o proporcionalidad ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los Derechos denominados de la personalidad, del artículo 18 de la Constitución Española, ostenta el Derecho a la libertad de expresión y de información.

»Por ello y, en conclusión, hay que decir que, para que se pueda dar la referida preeminencia del Derecho fundamental a expresar opiniones y a informar es preciso que concurren ineludiblemente las siguientes situaciones:

»a) Un interés general y la relevancia pública de la información divulgada, como presupuesto de la misma idea que noticia y como indicio de correspondencia de la información con un interés general en el conocimiento de los hechos sobre los que versa (SSTC 107/1988, 171/1990, 197/1991, 214/1991, 20/1992, 40/1992, 85/1992, 41/1994, 138/1996 y 3/1997).

»b) Que en consecuencia, el Derecho a informar se ve disminuido esencialmente si no se refiere a personalidades públicas que, al haber optado libremente por tal condición, deben soportar un cierto riesgo en el tema (STC 138/1996);

»c) Que la información ha de ceñirse a una información que sea veraz, y así será la información comprobada y contrastada según los cánones de la profesionalidad informativa (SSTC 6/1998 y 3/1997) y, la ausencia de expresiones injuriosas o difamantes, aparte de que se respete la delimitación del llamado "reportaje neutral" o sea, sin incorporar datos que excedan de la fuente de información, conteniendo alusiones improcedentes (S. de 22 de enero de 2002 y 11 de febrero de 2004).

»Tercero. Partiendo de lo anteriormente expuesto y, aplicándolo a las circunstancias concretas del presente caso, resulta obvia la concurrencia de un interés general en el asunto que da lugar al artículo periodístico de cuya veracidad se duda. El hecho del fallecimiento de 18 personas en la localidad de La Todolella durante la noche del 6 de febrero de 2005, adquirió una gran relevancia ostentando toda la información relacionada con el mismo, un gran interés que sobrepasó incluso las fronteras nacionales por la gravedad de lo ocurrido y, sobre todo, por las consecuencias ya sobradamente conocidas.

»D. Benito, Alcalde de la localidad de Morella, prácticamente pegada a La Todolella y, diputado del PSPV-PSOE en las Cortes Valencianas, es sin duda, un personaje público y de gran relevancia en la provincia de Castellón e incluso en la comunidad Valenciana, ostentando por tanto sus actuaciones y manifestaciones, un evidente interés público que adquiere una gran trascendencia, pudiendo incluso afirmarse, que ostenta una innegable influencia política y social y, en mayor medida en la localidad de la que es Alcalde desde hace años y, en la totalidad de la comarca a la que pertenecen Morella y La Todolella, por ser él mismo, natural de allí.

»Como puede observarse, los comentarios referidos al demandante incluidos en el artículo periodístico, versan sobre esa influencia del demandante en la comarca, sobre la amistad y conocimiento por parte del mismo con algunas de las personas fallecidas y con la persona que sobrevivió y organizadora del cumpleaños que se celebraba en el albergue e, igualmente, sobre la vinculación de sus familiares más directos con los medios de comunicación de mayor influencia en la comarca de Els Ports.

»El demandante afirma que se le imputa la concesión de la correspondiente licencia para la celebración de la fiesta en el albergue cuando el mismo, carece de competencias al tratarse La Todolella, de una población con Ayuntamiento independiente y autónomo con sus propias competencias. Sin embargo, el artículo afirma que la

realización de la fiesta y la utilización del albergue, tuvieron lugar sin licencia alguna, mencionando un "permiso" que salió del consistorio de Morella pero, como afirmación obtenida por la periodista de terceras personas de la población que, así se lo comunicaron; todo ello, en el clima de silencio que, a pesar de ello existía en la comarca. Precisamente ese silencio es otro de los hechos controvertidos en cuanto, según interpreta el actor, se imputa a un miedo de los habitantes de la población hacia su persona y, derivado del control que tanto él mismo como su familia, ostenta sobre la gente. Si se analiza detalladamente el tenor literal del artículo periodístico, se observa que dichas afirmaciones no proceden de la periodista sino que, en su labor de investigación y comprobación, habiéndose personado en la localidad de Morella, algunos de los vecinos hablaron con ella y, entre otras cosas y, así aparece debidamente entrecomillado, le dijeron "Esto es como el País Vasco" o, "si sale algo publicado, sabrán a por quien ir". Todas las referencias a ese silencio de los habitantes de la localidad, viene referido a comentarios realizados por terceras personas y que la periodista refleja, teniendo en cuenta que en relación al control de los medios de comunicación por familiares del alcalde, no ha sido un hecho negado por el propio actor y, sí ha quedado debidamente acreditado mediante la documentación aportada en los respectivos escritos de contestación a la demanda según la cual, Radio Els Ports-Cadena Ser, es la única emisora que se capta, así como la televisión local, Localia y, la edición de una revista llamada Noticias en la que también intervienen dichos familiares. El que se mencione la inclinación ideológica de dichos medios, no es más que un hecho que, carece de valoración subjetiva alguna y, en menor medida, puede suponer una imputación que el tenor del artículo no recoge, máxime atendiendo a las comprobaciones realizadas que han supuesto incluso la incorporación de la investigación referida a la titularidad de tales medios a través del Registro Mercantil.

»El artículo periodístico y, en general los medios de comunicación, publican noticias e informaciones y, en relación a este hecho, fueron muchas, tal y como queda probado con toda la documentación aportada, las recogidas por los distintos medios. En buena parte y, con referencia al presente artículo de la revista Época y a su difusión posterior por otros medios, recogen informaciones facilitadas por terceros, en este caso, referidas a un personaje político profesional y vinculado al hecho narrado por su condición profesional así como por ser una persona de relevancia en la comarca amigo de gran parte de los fallecidos y del organizador de la fiesta, hechos objetivos y, que analizados en conciencia, no contienen imputación alguna ni interpretación subjetiva de unas manifestaciones realizadas por vecinos de la población, por un miembro de la asociación Independiente de la Guardia Civil o, por el padre de una de las personas fallecidas, con las que la propia periodista y, según ha quedado acreditado con la prueba practicada, se entrevistó, habló e incluso comprobó mediante su desplazamiento a la localidad.

»Cuarto. Como ya se ha dicho, el desgraciado fallecimiento de 18 personas en la localidad de La Todolella, fue un hecho de gran relevancia y, por supuesto de interés general que determinó durante mucho tiempo, un seguimiento importante de la noticia y de todos los acaecimientos posteriores derivados de la misma, así, el entierro de los fallecidos, la evolución de la causa judicial, el Estado de los habitantes de la población y de otras localidades cercanas a las que pertenecían los afectados. Se trata de un hecho notorio y, probado además por la abundante documentación sobre tal noticia incorporada por las partes a las actuaciones y, que también ha servido de fuente para el artículo controvertido. El silencio de los habitantes fue una constante durante tiempo, se puso de relieve en todos los medios de comunicación y, así se recoge en multitud de informaciones, de hecho, el propio Alcalde de La Todolella, en su declaración en el acto del juicio, ratificó que durante mucho tiempo, la gente del pueblo no quería hablar para poder olvidar antes lo ocurrido, ratificando dicho hecho la propia periodista que, personada en el lugar, obvió incluso identificarse como periodista, tal y como ella misma reconoció en su interrogatorio para lograr de este modo, obtener mayor información dada la reacción negativa de la gente ante ellos por su voluntad firme de no decir nada sobre lo ocurrido.

»La misma suerte debe correr la noticia relacionada, como ya se ha expuesto, con la familia del Alcalde de Morella y su vinculación con los medios informativos existentes en la comarca. Dicho hecho, fue corroborado por la periodista con la documentación aportada y que acredita su realidad, así como incluso, acudiendo al Registro Mercantil para probar su veracidad. Fuera de ello, ninguna valoración subjetiva se contiene de tal hecho más que la conveniencia, según una persona de la población, de que llegaran otros medios hasta la localidad de Morella y otras poblaciones cercanas.

»En relación a la concesión de licencia para la apertura del albergue y la celebración de la fiesta por el Alcalde de Morella y ahora demandante, ninguna mención expresa en tal sentido contiene el artículo que, menciona un "permiso" relacionado con la amistad del mismo con el organizador pero, como bien se pone de relieve en la contestación a la demanda, niega que tal licencia existiera, mencionando la no reclamación de responsabilidades al Ayuntamiento (en ningún momento menciona el de la localidad de Morella) y, las palabras de algunas personas

de la población entrecomilladas y sin valoración alguna de las mismas.

»Del análisis del abundante material existente, del contenido del artículo y de las manifestaciones de la demandada en el programa radiofónico mencionado por la parte actora y que reproduce y explica el contenido de su propio artículo, no se desprende que se haya vulnerado el Derecho al honor del actor, ni que se haya infringido la diligencia profesional periodística en la publicación de noticias obtenidas de fuentes propias, como el catedrático de Barcelona, el miembro de la Asociación Independiente de la Guardia Civil o el padre de una de las fallecidas, la búsqueda de información propia, como la inexistencia de otras emisoras de radio en la comarca que las relacionadas con la familia del Alcalde de Morella, la reseña de otros medios o, la recepción y transcripción de lo manifestado por terceros, citados en la información como habitantes de la población.

»Quinto. Debe tenerse en cuenta la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de febrero de 2001 cuya doctrina es fundamental cuando se trata de salvaguardar un Derecho fundamental, estableciendo la misma, que "el honor, como objeto del Derecho consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución, es un concepto jurídico indeterminado cuya delimitación depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento, y de ahí que los órganos judiciales dispongan de un cierto margen de apreciación a la hora de concretar en cada caso qué deba tenerse por lesivo del Derecho fundamental que lo protege (SSTC 180/1999 de 11 de octubre ; 297/2000, de 11 de diciembre, f.7). Apesar de ello, este tribunal no ha renunciado a definir el contenido constitucional abstracto del Derecho fundamental al honor, y ha afirmado que este ampara la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que puedan hacerla desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o al ser tenidas en el concepto público por afrentosas. Por ello, las libertades del artículo 20.1.a) y d) CE, ni protegen la divulgación de hechos que, defraudando el Derecho de todos a recibir información veraz, no son simples rumores, invenciones o insinuaciones carentes de fundamento, ni dan cobertura constitucional a expresiones formalmente injuriosas e innecesarias para el mensaje que se desea divulgar, en las que simplemente su emisor exterioriza su personal menosprecio o animosidad respecto del ofendido. Por el contrario, el carácter molesto o hiriente de una opinión o información, o la crítica evaluación de la conducta personal o profesional de una persona o el juicio sobre su idoneidad profesional, no constituyen de suyo una ilegítima intromisión en su Derecho al honor, siempre claro está, que lo dicho, escrito o divulgado no sean expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de la persona a quien se refieran (SSTC 105/1990 de 6 de junio, 171/1990 de 12 de noviembre, 172/1990 de 12 de noviembre, 190/1992 de 16 de noviembre, 123/1993 de 31 de mayo, 170/1994 de 7 de junio, 3/1997 de 13 de enero, 1/1998 de 12 de enero, 46/1998 de 2 de marzo, 180/1999, 112/1990 de 5 de mayo, 282/2000). Abundando en este concepto constitucional de honor, en íntima conexión con la dignidad de la persona, artículo 10.1 de la Constitución, hemos afirmado que el artículo 18.1 CE, otorga rango constitucional a no ser escarnecido o humillado ante sí mismo o ante los demás (STC 85/1992 de 8 de junio). Ciertamente, como todos los Derechos constitucionales, el honor también se encuentra limitado, especialmente por los Derechos a informar y a expresarse libremente. Pero hemos reiterado en nuestra jurisprudencia, que el artículo 20.1.a) C.E., no garantiza un pretendido Derecho al insulto (SSTC 105/1990 de 6 de junio, 85/1992 de 8 de junio, 336/1993 de 15 de noviembre, 42/1995 de 13 de febrero, 173/1995 de 21 de noviembre, 176/1995 de 11 de diciembre, 204/1997 de 25 de noviembre, 200/1998 de 14 de octubre, 134/1999 de 15 de julio, 11/2000 de 17 de enero, pues la "reputación ajena", en expresión del artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH, caso Ligens de 8 de julio de 1986, caso Barfod de 22 de febrero de 1989, caso Castells, de 23 de abril de 1992), constituye un límite al Derecho a expresarse libremente y de la libertad de información. En suma, el Derecho al honor opera como límite insoslayable que la misma Constitución (artículo 20.4 CE) impone al Derecho a expresarse libremente, prohibiendo que nadie se refiera a una persona de forma insultante o injuriosa, o atentando injustificadamente contra su reputación haciéndola desmerecer ante la opinión ajena".

»Cuando existe, como aquí ocurre, un conflicto entre el Derecho a la libertad de información y el Derecho al honor, contamos también con un cuerpo consolidado de doctrina del Tribunal Constitucional que, como dice la STC de 19 de abril de 2004, recordada por la STC de 18 de octubre de 2004, es "coincidente en lo sustancial con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Dicha doctrina parte de la posición especial que en nuestro ordenamiento ocupa la libertad de información puesto que a través de este Derecho no solo se protege un interés individual sino que su tutela entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático (STC 21/2000 y las allí citadas). Ahora bien, de ello no se deduce un valor preferente o prevalente de este Derecho cuando se afirma frente a otros Derechos

fundamentales (SSTC 42/1995 de 13 de febrero, 11/2000 de 17 de enero). De ahí que hayamos condicionado la protección constitucional de la libertad de información, a que esta se refiera a hechos con relevancia pública, en el sentido de noticiables, y a que dicha información sea veraz (SSTC 138/1996 de 16 de septiembre, 144/1998, 21/2000 , 112/2000 y 76/2002, de 8 de abril). En la doctrina de este tribunal sobre la veracidad , se parte de que este requisito constitucional "no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, sino a negar la protección constitucional a los que transmiten como verdaderos, bien simples rumores, carentes de toda constatación, o bien meras invenciones o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente; todo ello sin perjuicio de que su total exactitud pueda ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado (SSTC 6/1988 de 21 de enero , 105/1990 de 6 de junio, 171/1990 de 12 de noviembre, 172/1990 de 12 de noviembre, 40/1992 de 30 de marzo, 232/1992 de 14 de diciembre, 240/1992 de 21 de diciembre, 15/1993 de 18 de enero, 178/1993 de 31 de mayo , 320/1994 de 28 de noviembre, 76/1995 de 22 de mayo, 6/1996 de 16 de enero, 28/1996 de 26 de febrero, 3/1997 de 13 de enero, 144/1998 , 134/1999, 192/1999 de 25 de octubre). La razón de ella, se encuentra en que, como hemos señalado en muchas ocasiones, cuando la Constitución requiere que la información sea "veraz", no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas como estableciendo un deber de diligencia sobre el informador a quien se le puede y debe exigir que lo que transmite como 'hechos' haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos (SSTC 6/1988, 28/1996, 52/1996 de 26 de marzo, 3/1997 , 144/1998). De este modo, el requisito de la veracidad deberá entenderse cumplido en aquellos casos en los que el informador haya realizado con carácter previo a la difusión de la noticia una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y la referida indagación la haya efectuado con la diligencia que es exigible a un profesional de la información". (SSTC 21/2000, 46/2002 de 25 de febrero, 52/2002 de 25 de febrero, 148/2002).

»Hemos señalado asimismo que esa diligencia no puede precisarse a priori y con carácter general , pues depende de las características concretas de la comunicación de que se trate por lo que su apreciación dependerá de las circunstancias del caso (SSTC 240/1992 , 28/1996, entre otras muchas). En este sentido , hemos establecido algunos criterios que deben tenerse en cuenta para el cumplimiento de este requisito constitucional, señalando que el nivel de diligencia exigible "adquirirá su máxima intensidad, cuando la noticia que se divulga pueda suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere" (SSTC 240/1992, 178/1993, 28/1996, 192/1999). De igual modo, ha de ser un criterio que debe ponderarse el del respeto a la presunción de inocencia (SSTC 219/1992 de 3 de diciembre). También debe valorarse a efectos de comprobar si el informador ha actuado con la diligencia que le es constitucionalmente exigible cuál sea el objeto de la información , pues no es lo mismo la "ordenación y presentación de hechos que el medio asume como propia" o "la transmisión neutra de manifestaciones de otro". Sin descartar además la utilización de otros muchos criterios que pueden ser de utilidad a estos efectos, como son, entre otros, los que se aluden en la STC 240/1992 y se reiteran en la STC 28/1996, en concreto, "el carácter del hecho noticioso, la fuente que proporciona la noticia, las posibilidades efectivas de contrastarla, etc." (STC 21/2000).

»Finalmente , hemos afirmado que no es canon de la veracidad la intención de quien informa, sino su diligencia , de manera que la forma de narrar y enfocar la noticia no tiene que ver ya propiamente con el juicio de la veracidad de la información, por más que sí deba tenerse en cuenta para examinar si, no obstante ser veraz, su fondo y forma puede resultar lesivos del honor de un tercero (STC 192/1999).

»Sexto. La aplicación de todo lo expuesto a este caso en concreto , permite concluir que no puede prescindirse del interés público de la noticia dadas las circunstancias del sujeto (Alcalde de Morella y Diputado de las Cortes Valencianas); y el objeto de la misma (el fallecimiento de 18 personas por inhalación de monóxido de carbono en un albergue de La Todolella, localidad muy próxima a Morella, perteneciente a la misma comarca, vinculada estrechamente a la misma y, de la que eran naturales varios de los fallecidos). La lectura del artículo y la audición del programa radiofónico, no permite deducir expresiones injuriosas, insultantes , vejatorias ni informaciones falsas, no pudiéndose efectuar reproche alguna a la informadora reproduciendo en su artículo lo manifestado por terceras personas, contrastando algunos de los datos incluso con registros públicos, acudiendo al lugar de los hechos y, hablando con personas relacionadas con los hechos de manera directa y transcribiendo lo expuesto por ellas mismas , conteniendo en ocasiones el artículo, informaciones ya expuestas en otros medios de comunicación por la relevancia y eco del hecho concreto.

»Por todo lo anterior, no puede sino concluirse que no hay lesión del Derecho al honor de D. Benito, no pudiendo reprocharse a los demandados, negligencia alguna causante del perjuicio reclamado.

»Séptimo. En relación a las costas del presente procedimiento, prevé el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que "En los procesos declarativos , las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones...", excepcionando únicamente que el tribunal aprecia serias dudas de hecho o de Derecho. En el presente caso , no se aprecia por esta Juzgadora duda alguna que permita justificar una no imposición de costas al demandante que, habiendo interpuesto una reclamación por entender lesionado su Derecho fundamental al honor, ha visto rechazada su pretensión, por lo que, en consecuencia , se imponen las costas a la parte demandante, en este caso, D. Benito .»

TERCERO.- La sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Castellón dictó Sentencia de 19 de octubre de 2009, en el rollo de apelación n.º 183/2009, cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Que estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación procesal de don Benito contra la Sentencia dictada por la Sra. Juez titular del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Vinaroz en fecha veinte de enero de dos mil nueve, en autos de juicio ordinario seguidos con el número 179 de 2005, la revocamos y acordando la estimación sustancial de la demanda formulada por el mismo contra doña Olga, don Rosendo y la mercantil Difusora de Información Periódica S.A. , declaramos la existencia de una vulneración del Derecho al honor de don Benito por las afirmaciones relativas al mismo vertidas en el artículo de la revista Época publicado en el n.º 1040, correspondiente a la semana del 18 al 24 de febrero de 2005 , en su edición nacional, titulado "La Ley del silencio, epitafio de los muertos en Todolella" así como en las ediciones de las Comunidades de Castilla León, Comunidad Valenciana y en la edición de Baleares y su página Web, condenando a los demandados solidariamente a entregar cuantos soportes técnicos que contengan la información vertida en dicho artículo tengan a su disposición para su destrucción, a publicar a su costa esta Sentencia en la revista Época en la misma página en que se publicó el artículo y sin añadido ni aditamento alguno y abonar al actor en concepto de indemnización por daños morales la suma de seis mil euros (6.000). Todo ello con expresa condena en costas de la primera instancia a la parte demandada.

»No se hace expresa declaración sobre costas de la alzada.»

CUARTO.- La Sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

«No se aceptan los expuestos en la Sentencia apelada que se sustituyen por los que se dirán para resolver el recurso de apelación:

»Primero. Se alza el demandante, don Benito, contra la Sentencia dictada en primera instancia, impugnando el pronunciamiento desestimatorio de la acción de tutela de su Derecho al honor formulada en su demanda contra doña Olga , periodista que redactó el artículo publicado en el n.º 1040 del la revista Época correspondiente a la semana de 18 al 24 de febrero de 2005 en su edición nacional y en las de las Comunidades de Castilla León, Comunidad Valenciana y Baleares, y además reproducido parcialmente en la edición digital de 1 de marzo de 2005, titulado "La Ley del silencio, epitafio de los muertos en Todolella", así como contra don Rosendo y la mercantil Difusora de Información Periódica S.A. director y editora respectivamente de la revista referida.

»En la demanda se formulaba la pretensión referida a que se declarara la existencia de una vulneración del Derecho al honor del actor con la publicación de información inveraz que se recoge en el artículo de la revista Época y la petición de condena solidaria de los demandados a entregar cuantos soportes técnicos relacionados con la información vertida tuvieran a su disposición y a publicar la Sentencia en la revista Época, así como a indemnizar al actor por perjuicios y daños morales causados en la suma de 400.000 euros , cantidad que se decía que se cedía prorrateada entre los familiares de las víctimas fallecidas en el albergue de La Todolella en las personas de sus herederos, y que se impusiera a los demandados el pago de las costas procesales.

»La pretensión actora se fundaba sustancialmente en que en el artículo de la revista objeto del litigio se recogía información que no se ajustaba a la realidad recogiéndose hechos radicalmente falsos y que significaban un auténtico desprecio a la verdad, imputando al actor, en su condición de Alcalde de Morella , la concesión irregular del permiso para realizar la fiesta que se celebró en el albergue ubicado en la población de La Todolella, pese a que el albergue carecía de licencia de actividad y debido a tener amistad personal con quien organizaba la fiesta. También se decía en la demanda que carecía de fundamento atribuirle una situación de un silencio impuesto, la asimilación a las condiciones vividas en el País Vasco y la persecución de quienes osaran hablar y discrepar y al control de los medios de comunicación por parte del demandante a través de sus hermanos.

»La juez de instancia expone la doctrina del Tribunal Constitucional que define el contenido constitucional del Derecho al honor y recoge los criterios que deben tenerse en cuenta cuando resulta afectado por una información publicada en un medio de difusión para valorar si la comunicación cumple los requisitos determinantes de una

situación en la que ha de prevalecer la libertad de información.

»Y llega a la conclusión de que así sucede en este caso concreto partiendo del interés general existente respecto del hecho objeto del artículo periodístico, el fallecimiento de 18 personas en la localidad de La Todolella durante la noche del 6 de febrero de 2005, que adquirió gran relevancia informativa por la gravedad de lo ocurrido y sus consecuencias, la condición de personaje público y de gran relevancia en la provincia de Castellón del actor, Alcalde de la localidad de Morella, prácticamente pegada a la de La Todolella, y diputado del PSPV-PSOE en las Cortes Valencianas, de quien se puede afirmar que ostenta una innegable influencia política y social, en la localidad de la que es Alcalde desde hace años y en la totalidad de la comarca a la que pertenecen Morella y La Todolella, por ser él natural de allí.

»Y analizando el contenido del artículo de la revista e interpretando que sus comentarios referidos al demandante versan sobre esa influencia del mismo en la comarca, sobre su amistad con algunas de las personas fallecidas y con la persona que sobrevivió y organizadora del cumpleaños que se celebraba en el albergue y sobre la vinculación de sus familiares más directos con los medios de comunicación de mayor influencia en la comarca de Els Ports, se afirma por la Juzgadora de instancia que en el artículo se menciona que la utilización del albergue y la fiesta tuvieron lugar sin licencia alguna y con un "permiso" que salió del consistorio de Morella pero como afirmación obtenida por la periodista de terceras personas de la población que así se lo comunicaron.

»Respecto a las referencias al silencio de los habitantes de la población, razona la Juzgadora de instancia que la periodista se limita a reproducir lo manifestado por terceras personas, recogiendo debidamente entrecomillado lo que le dijeron, que se transcribe: "Esto es como el País Vasco" o "si sale algo publicado, sabrán a por quien ir", y que en relación al control de los medios de comunicación por familiares del Alcalde, no ha sido negado por el actor, quedando acreditado mediante la documentación aportada con los escritos de contestación a la demanda, según la cual Radio Els Ports-Cadena Ser es la única emisión que se capta, así como la televisión local Localia y la revista llamada Noticias, en la que también intervienen dichos familiares.

»Concluye la juez "a quo" que en el artículo periodístico se recogen informaciones facilitadas por terceros, hechos objetivos, razonando que analizados en conciencia no contienen imputación alguna ni interpretación subjetiva de unas manifestaciones realizadas por vecinos de la población, por un miembro de la Asociación Independiente de la Guardia Civil o por el padre de una de las fallecidas, con las que queda acreditado que la periodista autora del reportaje se entrevistó, habló y comprobó incluso mediante su desplazamiento a la localidad.

»La parte apelante pretende la revocación de la Sentencia de instancia y que se acuerde la estimación de su demanda, formulando con carácter subsidiario la pretensión de que se acuerde la no imposición al actor de las costas de la instancia

»Segundo. Se alega para fundar el recurso, en primer lugar, que en el artículo objeto de la demanda no se respeta la exigencia de veracidad en la información, faltando a la verdad al afirmar que del Consistorio de Morella, del que es Alcalde el demandante, resaltando su pertenencia al PSV-PSOE, partió el permiso para la fiesta en un albergue, sin licencia, ni seguro de responsabilidad civil, que dio lugar a la muerte de 18 personas por inhalación de monóxido de carbono, alegando que esta afirmación se contiene de manera destacada en el artículo, con letras de un tamaño superior al resto del artículo y junto a una fotografía del demandante, sonriente, y el emblema del PSPV-PSOE al fondo.

»Se insiste en que el triste y luctuoso fallecimiento de 18 jóvenes se produjo en un albergue de La Todolella, población que tiene su propio consistorio, completamente autónomo, con su Alcalde al frente, y que las licencias y permisos le son de su estricta competencia, y que una afirmación como la antes referida resulta radicalmente falsa, al no existir vinculación orgánica o institucional entre el Ayuntamiento de La Todolella y el de Morella, por lo que resulta de absoluta imposibilidad que de este último partiera ninguna suerte de permiso, que es tanto como autorización o licencia no formal para la apertura o el desarrollo de actividad alguna de un albergue que no pertenece al término municipal de Morella.

»También se dice en el recurso que esta información no aparece entrecomillada ni en boca de terceras personas, sino que por el contrario, de su redacción y ubicación se desprende que es una valoración, conjetura o insinuación, sin asidero real alguno, de la periodista y que resulta gratuita y atentatoria a la dignidad del demandante.

»Además se argumenta que a la ausencia de veracidad objetiva del artículo se une una veracidad subjetiva por haberse omitido el deber de diligencia que el canon constitucional exige para amparar incluso informaciones erróneas, no habiendo acudido la periodista a la localidad de La Todolella, ni habiendo corroborado su información con el alcalde de esta población ni con el propio demandante.

»Vistas las alegaciones del recurso, aunque suponga reiteración del contenido de la doctrina jurisprudencial que aparece ya expuesta en la Sentencia de instancia, consideramos necesario por su relevancia para decidir el supuesto enjuiciado recordar el contenido de la relativa al elemento de veracidad en los supuestos en que, como aquí ocurre, existe conflicto entre el Derecho a la información y la libertad de expresión.

»Como ya señalábamos en nuestra anterior Sentencia número 352 de 13 de julio de 2007, contamos con un cuerpo consolidado de doctrina del Tribunal Constitucional que, como dice la STC de 19 de abril de 2004 (RTC 2004\61), recordada por la STC de 18 de octubre de 2004 (RTC 2004\171), es "coincidente en lo sustancial con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el art. 10.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (RCL 1999\1190 y 1572) (STC 144/1998, de 30 de junio [RTC 1998\144], F. 2). Dicha doctrina parte de la posición especial que en nuestro ordenamiento ocupa la libertad de información puesto que a través de este Derecho no solo se protege un interés individual sino que su tutela entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del estado democrático (STC 21/2000 [RTC 2000\21], F. 4 y las allí citadas). Ahora bien de ello no se deduce el valor preferente o prevalente de este Derecho cuando se afirma frente a otros Derechos fundamentales (SSTC 42/1995, de 13 de febrero [RTC 1995\42], F. 2; 11/2000, de 17 de enero [RTC 2000\11], F. 7). De ahí que hayamos condicionado la protección constitucional de la libertad de información, a que ésta se refiera a hechos con relevancia pública, en el sentido de noticiables, y a que dicha información sea veraz (SSTC 138/1996, de 16 de septiembre [RTC 1996\138], F. 3; 144/98 [RTC 1998\144], F. 2; 21/2000 [RTC 2000\21], F. 4; 112/2000 [RTC 2000\112], F. 6; 76/2002, de 8 de abril [RTC 2002\76], F. 3) (...). En la doctrina de este Tribunal sobre la veracidad se parte de que este requisito constitucional «no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, sino a negar la protección constitucional a los que transmiten como hechos verdaderos, bien simples rumores, carentes de toda constatación, o bien meras invenciones o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente; todo ello sin perjuicio de que su total exactitud puede ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado (SSTC 6/1988, de 21 de enero [RTC 1988\6], 105/1990, de 6 de junio [RTC 1990\105], 171/1990, de 12 de noviembre [RTC 1990\171], 172/1990, de 12 de noviembre [RTC 1990\172], 40/1992, de 30 de marzo [RTC 1992\40], 232/1992, de 14 de diciembre [RTC 1992\232], 240/1992, de 21 de diciembre [RTC 1992\240], 15/1993, de 18 de enero [RTC 1993\15], 178/1993, de 31 de mayo [RTC 1993\178], 320/1994, de 28 de noviembre [RTC 1994\320], 76/1995, de 22 de mayo [RTC 1995\76], 6/1996, de 16 de enero [RTC 1996\6], 28/1996, de 26 de febrero [RTC 1996\28], 3/1997, de 13 de enero [RTC 1997\3], 144/1998 [RTC 1998\144]; 134/199 [RTC 1999\134]; 192/1999, de 25 de octubre [RTC 1999\192]). La razón de ello se encuentra en que, como hemos señalado en muchas ocasiones, cuando la Constitución requiere que la información sea "veraz" no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas como estableciendo un deber de diligencia sobre el informador a quien se le puede y debe exigir que lo que transmite como "hechos" haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos (SSTC 6/1988 [RTC 1988\6]; 28/1996 [RTC 1996\28]; 52/1996, de 26 de marzo [RTC 1996\52], 3/1997 [RTC 1997\3]; 144/1998 [RTC 1998\144]). De este modo, el requisito de la veracidad deberá entenderse cumplido en aquellos casos en los que el informador haya realizado con carácter previo a la difusión de la noticia una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y la referida indagación la haya efectuado con la diligencia que es exigible a un profesional de la información» (STC 21/2000 [RTC 2000\21], F. 5; reiterada en las posteriores SSTC 46/2002, de 25 de febrero [RTC 2002\46], F. 6; 52/2002, de 25 de febrero [RTC 2002\52], F. 6; 148/2002 [RTC 2002\148], F. 5).

»Hemos señalado asimismo que esa diligencia no puede precisarse a priori y con carácter general, pues depende de las características concretas de la comunicación de que se trate por lo que su apreciación dependerá de las circunstancias del caso (S.S.T.C. 240/1992 [RTC 1992\240], F. 7; 28/1996 [RTC 1996\28], F. 3, entre otras muchas). En este sentido, hemos establecido algunos criterios que deben tenerse en cuenta para el cumplimiento de este requisito constitucional, señalando que el nivel de diligencia exigible «adquirirá su máxima intensidad, "cuando la noticia que se divulga puede suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere" (240/1992 [RTC 1992\240], F. 7; 178/1993 [RTC 1993\178], F. 5; 28/1996 [RTC 1996\28], F. 3; 192/1999 [RTC 1999\192], F. 4). De igual modo ha de ser un criterio que debe ponderarse el del respeto a la presunción de inocencia (SSTC 219/1992, de 3 de diciembre [RTC 1992\219], F. 5; 28/1996 [RTC 1996\28], F.3)» (STC 21/2000 [RTC 2000\21], F. 6; reiterados en la STC 52/2002 [RTC 2002\52], F. 6). También debe valorarse a efectos de comprobar si el informador ha actuado con la diligencia que le es constitucionalmente exigible cuál sea el objeto de la información, pues no es lo mismo «la ordenación y presentación de hechos que el medio asume como propia» o «la transmisión neutra de manifestaciones de otro»

(STC 28/1996 [RTC 1996\28]). Sin descartar además la utilización de otros muchos criterios que pueden ser de utilidad a estos efectos , como son, entre otros, los que se aluden en la STC 240/1992 (RTC 1992\240) y se reiteran en la STC 28/1996 (RTC 1996\28), en concreto, «el carácter del hecho noticioso , la fuente que proporciona la noticia, las posibilidades efectivas de contrastarla, etc.» (STC 21/2000 [RTC 2000\21], F. 6). Finalmente, hemos afirmado que no es canon de la veracidad la intención de quien informa, sino su diligencia, de manera que la forma de narrar y enfocar la noticia no tiene que ver ya propiamente con el juicio de la veracidad de la información, por más que sí deba tenerse en cuenta para examinar si , no obstante ser veraz, su fondo y su forma pueden resultar lesivos del honor de un tercero (STC 192/1999 [RTC 1999\192] , F. 6)".

»Pues bien, aplicando esta doctrina jurisprudencial al presente caso, tras el examen y nueva valoración de las pruebas practicadas en la primera instancia, atendiendo especialmente al contenido del artículo periodístico escrito, que fue publicado en la revista *Época* de la semana del 18 al 24 de febrero de 2005, (documento n.º 1 aportado con la demanda, correspondiente a la edición nacional, páginas 30 y 31) y a la difusión de su contenido por parte de su autora en el programa radiofónico *A Fondo* de radio *Intereconomía* emitido en fecha 17 de febrero de 2005 (grabación en CD aportada como documento n.º 6 con la demanda y transcripción aportada como documento n.º 7), y atendiendo a lo manifestado por la misma , la codemandada Sra. Olga, en la prueba de interrogatorio practicada en el presente procedimiento judicial, consideramos que asiste plenamente la razón a la parte apelante, no compartiendo la Sala el criterio de la Sentencia de instancia, siendo el criterio del tribunal que la información que se contiene en el artículo periodístico, difundida por escrito y radio, relativa al comportamiento del actor , no es ajustada a la realidad, lesionando su Derecho al honor, conclusión que se alcanza por las razones que seguidamente se expondrán.

»En el artículo periodístico difundido por escrito se contiene una imputación de hechos que no se corresponden con la realidad, haber otorgado el actor don Benito en su condición de Alcalde del Ayuntamiento de Morella un permiso para la realización de una fiesta en un albergue de La Todolella que carecía de licencia de actividad debido a su amistad personal con el organizador del evento y , posteriormente, infundir miedo a sus vecinos para lograr su silencio y con ello la ocultación a la opinión pública de su irregular comportamiento para no asumir responsabilidades por el fallecimiento de 18 personas.

»Y de las propias manifestaciones de la autora del artículo periodístico, en la prueba de interrogatorio, se desprende que la misma era consciente de que la información que se difundía no se ajustaba a la realidad, actuando con total falta de rigor profesional y vulnerando el Derecho al honor del actor al imputar al mismo un comportamiento reprochable a todas luces, que constituye una agresión ilícita a su dignidad personal y reputación social.

»Así , vemos que en el referido artículo no solo se recogen entrecomilladas frases que según su autora, la codemandada Sra. Olga, se corresponden con manifestaciones de una persona vecina de Morella, sin recoger su identidad, de las que se desprende que fue la relación de amistad de don Benito , Alcalde de Morella, con el organizador de la fiesta, la razón por las que se modificó la inicial negativa del Ayuntamiento a autorizar la realización de la fiesta en el albergue. Su contenido es el siguiente: "El cumpleaños iba a celebrarse el fin de semana anterior. Primero se les dijo que no, pero al final el Ayuntamiento accedió..." "Bueno , se les advirtió de que no funcionaba la calefacción, que haría frío. Pero insistieron y como Ismael es amigo de Borja pues..."

»Además, se expone como propia de la periodista la afirmación de que el "permiso" para la "fiesta" en el albergue se concedió por el Ayuntamiento de Morella, tal y como se alega en el recurso, junto a una fotografía del actor y con el contenido siguiente: " Borja es Alcalde de Morella (PSPV-PSOE). De su consistorio partió el "permiso" para la "fiesta" en un albergue sin licencia ni seguro de responsabilidad civil.

»No mencionando en ningún lugar del artículo que existía ayuntamiento en La Todolella ni haciendo referencia a la identidad de su Alcalde, distinta de la del actor, pese a que la periodista conocía perfectamente su existencia al tiempo de redactar el artículo, como reconoció en la prueba de interrogatorio practicada en el juicio , en la que afirmó que para la redacción del artículo se desplazó a Morella, no acudiendo a La Todolella, porque sus fuentes le informan de que la verdadera historia estaba en Morella y en Borja, admitiendo que sabía que Todolella tenía su propio Consistorio y Alcalde, incluso su nombre y adscripción política, y que era este Alcalde según sus fuentes quien había ya denegado el permiso para hacer la fiesta inicialmente, exponiendo como única justificación para no aportar esta información en su artículo que: "Todas las fuentes de información con las que contacto me están contando que la verdadera historia radica en Borja y en Morella y eso es lo que yo cuento. Así es como debo contarlo. Mi obligación no es contar que el Alcalde de Todolella es otra persona".

»A la omisión consciente del dato de que La Todolella tenía su propio Consistorio y Alcalde distinto del actor, se

une que en el artículo se recoge una afirmación que también contribuye a que cualquier lector llegue a la conclusión equivocada de que el único que intervino , como Alcalde de Morella , para inicialmente denegar el permiso y luego concederlo, fue el actor, ya que se dice que: "Los habitantes de Morella , término al que pertenece Todolella, no hablan de lo sucedido en el albergue durante la noche del 6 de febrero. No es solidaridad. Es miedo. Que entierre la verdad junto con los 18 fallecidos".

»Por último, también resulta significativo que la autora del artículo escrito repitió parcialmente su contenido en el programa de radio AFondo, Radio Intereconomía, emitido en fecha 17 de febrero de 2005, en el que afirmó que Todolella era término municipal de Morella y que fue el Alcalde de Morella Borja, socialista, quien decidió abrir el albergue para que su amigo, el famoso para su pesar Ismael , celebrara ahí el cumpleaños, imputándole expresamente su responsabilidad en que el albergue se abriera sin licencia de actividad y en la ocultación de este hecho.

»Y aunque es cierto que en el número siguiente de la revista Época, de la semana del 5 de febrero al 4 de marzo de 2005 (documento n.º 19 aportado por la codemandada Sra. Olga con su contestación (folio 408 y siguientes), se rectificó el contenido del artículo objeto de este litigio, se hizo de forma insuficiente, limitándose a recoger al final de su página 4 lo siguiente: "Aclaración: En el artículo "La Ley del silencio, epitafio de los muertos en Todolella" (n.º 1040), se dice que Todolella es término municipal de Morella, cuando es independiente."

»Pudo entonces la autora del artículo , al rectificar su errónea información anterior, decir que Todolella tenía su propio Ayuntamiento y Alcalde y no lo hizo, contrariamente a lo que manifestó por la misma en la prueba de interrogatorio practicada en el acto del juicio, en la que dijo literalmente que: "En cualquier caso en el número siguiente hubo una aclaración en que se decía que eran dos Ayuntamientos distintos con dos Alcaldes distintos".

»A la consciente ocultación de datos que determinan que la información difundida no fuera veraz debemos añadir que ni siquiera puede a nuestro juicio llegarse a la convicción de que las frases que se recogen entrecomilladas en el artículo se correspondan a lo que se le dijo por algún vecino de Morella de forma literal, que es lo que según dijo la periodista en la prueba de interrogatorio practicada en el juicio se limitó a transcribir, puesto que no se facilita la identidad del vecino que según el artículo dice la frase entrecomillada que hemos recogido antes y tampoco la del que dice lo siguiente: "Esto es como el País Vasco, si sale algo publicado , sabrán a por quien ir" y "Los socialistas lo controlan todo en la comarca. Borja tiene dos hermanos metidos en la radio (Els Ports Cadena Ser) esta es la única emisora que se capta por aquí. La televisión Localia TV, también la controlan ellos. Editan una revista que sale los viernes, Noticias y la controlan por completo. Con un deje de esperanza añade "En unos meses parece que van a conceder una licencia para una emisora de la COPE, pero en Villafranca Castellón".

»También debemos señalar que no se aporta ningún elemento probatorio respecto del hecho que se atribuye al actor y a sus familiares consistente en un comportamiento dirigido a impedir la libertad de expresión de los vecinos para ocultar su responsabilidad en el grave suceso que se produjo en el albergue, no recogiendo, como hemos dicho, los nombres y apellidos de las personas que hacen referencia a esta situación a través de manifestaciones entrecomilladas que se recogen en el artículo , y ni siquiera habiendo aportado al procedimiento judicial la autora del artículo las grabaciones a las que hizo referencia en la prueba de interrogatorio practicada en el acto del juicio, en la que afirmó que de todas las fuentes con las que habló hay grabaciones , no constituyendo base alguna para esta grave imputación el único dato acreditado, que un familiar del actor era el director de la emisora Els Ports Radio y administrador en dos empresas de comunicación, como se acredita con la documentación aportada por la codemandada Sra. Olga con su contestación a la demanda (documentos n.º 5, n.º 13 y n.º 14).

»Por lo que respecta a las testificales practicadas en la continuación del juicio, en la vista celebrada en fecha 27 de marzo de 2007 , hay que decir que nada aportan en cuanto a corroborar la veracidad de la información ni justifican en modo alguno la diligencia de la autora del reportaje. No hemos podido conocer en su integridad el contenido de la vista al no haberse remitido soporte de grabación audiovisual, siendo requerido el Juzgado de instancia para ello (folios 547 y 552) que contestó que no constaba la grabación y tampoco la aportaron las partes, pero ello no nos impide conocer las declaraciones en lo que resulta necesario para resolver el recurso, al constar recogidas con la suficiente extensión en el acta redactada por la secretaria judicial (folios 444 y siguientes) en la que se recoge que el propio Alcalde de La Todolella manifestó que no tenía conocimiento de que el Alcalde de Morella hubiera otorgado permiso alguno y que no recordaba haberse entrevistado con la periodista autora del artículo y que el agente de la Guardia Civil representante de la Asociación Independiente de la Guardia Civil, quien dijo haberse entrevistado telefónicamente con la periodista, manifestó que él no declaró lo que en el artículo se recoge entrecomillado con el contenido siguiente: "Por tanto, ni el Ayuntamiento de Morella ni el albergue disponen de

seguro de responsabilidad civil".

»Por todo lo expuesto concluimos que si se ha vulnerado el Derecho al honor del demandante ahora recurrente al contenerse en el artículo periodístico que es objeto del pleito información no veraz que la periodista asume como propia y apreciar que no se ha cumplido por la periodista el deber de contrastar la información recibida de sus fuentes, no quedando acreditado siquiera que se recibió realmente con el contenido que se recoge entrecomillado y se difunde, atentando la información no veraz a la dignidad personal y reputación en el ámbito social y profesional del actor, sin que la condición de personaje público del mismo sea determinante para que no se aprecie la existencia de una intromisión ilegítima al honor cuando lo que se trasmite es una información no veraz que le desmerece y no aparece contrastada con datos objetivos (en este sentido Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de octubre de 2008 y la en ella citada, de fecha 7 de marzo de 2003).

»Tercero. Concluyendo la Sala que existe una intromisión ilegítima en el honor del actor, procede revocar la Sentencia de instancia y estimar la demanda en cuanto a la pretensión declarativa de la efectiva existencia de la vulneración, lo que determina que siendo acogida la pretensión formulada con carácter de principal en el recurso no sea ya necesario entrar en el examen de la subsidiaria referida solo a la condena al pago de las costas al actor. En cuanto a las peticiones de condena, debemos partir de que conforme a lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1982 de protección civil del Derecho al honor a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, el contenido de la tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate, el restablecimiento al perjudicado en el pleno disfrute de sus Derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores, mencionando de forma expresa las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, el reconocimiento del Derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados.

»La primera petición del suplico de la demanda en este caso se refiere a la entrega de los soportes técnicos relacionados con la información vertida que tengan a su disposición los demandados solicitando que sean destruidos e inutilizados todos aquellos relacionados con el citado artículo, eliminándose de hemerotecas y demás archivos en los que se encontrasen.

»Debemos acoger esta petición, si bien matizando y concretando, dada la generalidad de los términos en que se formula la solicitud de la parte actora ahora apelante sobre este extremo en el suplico de la demanda, que con este pronunciamiento de condena lo que se trata es impedir intromisiones ulteriores mediante futuras publicaciones de las afirmaciones inveraces del artículo periodístico que apreciamos que han vulnerado el Derecho al honor del actor y esta finalidad preventiva se consigue mediante la condena a entregar aquellos soportes cuyo contenido sea el propio reportaje que ha integrado el objeto de este litigio y que estén a disposición de los demandados, para su destrucción, no comprendiéndose, por tanto, la de aquellos que pudieran encontrarse en hemerotecas y demás archivos de los que sean titulares terceros ajenos a este pleito.

»También acogemos la petición de condena a la publicación de esta Sentencia en la revista *Época*, en la misma página en que en su día se publicó el artículo, y ello en los términos en que se formula en el suplico de la demanda, es decir, sin añadido ni aditamento alguno, siendo la difusión de esta Resolución medida idónea para reparación del daño causado junto a la indemnización pecuniaria que también se solicita y que se estima procedente conceder.

»Ahora bien, por lo que se refiere a la cuantía de la indemnización que debemos determinar ahora en la alzada, consideramos que la solicitada en la demanda de 400.000 euros que ahora se reproduce en el recurso es excesiva, y estimamos procedente fijar a favor del actor ahora recurrente la suma de 6.000 euros, que se considera adecuada para resarcirle del daño moral causado.

»En el apartado tercero del precepto legal antes citado se establece que la existencia del perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima y que la indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o Audiencia del medio a través del que se haya producido, y también se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.

»En el presente supuesto la cuantía la fijamos atendiendo a la gravedad de la lesión por el contenido de la información no veraz y su amplia difusión.

»Pese a que desconocemos la concreta tirada de la revista *Época* en la fecha de publicación del artículo litigioso, ya que solo contamos como elemento probatorio con las manifestaciones de su director en la prueba de interrogatorio, quien dio una cifra aproximada, de 25.000 ejemplares, careciendo igualmente de datos objetivos respecto de la Audiencia del programa de radio en el concreto día que se reprodujo en parte su contenido, no

quedando tampoco acreditado el beneficio que haya obtenido la parte demandada como consecuencia de la agresión ilegítima al honor del demandante, apreciamos que la información que lesiona el Derecho al honor del actor ha llegado a un número amplio de destinatarios atendiendo a que su publicación se ha hecho a través de diversos medios de comunicación, escrita, radio e incluso por Internet ya que también se reprodujo en la revista *ÉpocaDigital* del 1 de marzo de 2005 (documento n.º 2 aportado con la demanda).

»Por tanto fijamos en concepto de indemnización por daño moral a favor del actor la suma de 6.000 euros, cantidad que consideramos adecuada para la reparación del daño moral causado en el caso enjuiciado y que es la máxima que hemos considerado procedente para el resarcimiento del perjuicio moral en otros casos en que hemos examinado en que se apreciaba lesión del Derecho al honor (Sentencias de esta Sala n.º 336 de fecha 5 de diciembre de 2003 y n.º 369 de 23 de julio de 2007) sin que en el presente caso apreciemos que concurren circunstancias que determinen que se fije otra suma Superior.

»Y por último, debemos señalar que consideramos procedente la imposición de costas de la instancia a la parte demandada, siguiendo el mismo criterio que el mantenido por esta Sala en anteriores resoluciones, entre ellas la Sentencia n.º 369 de 23 de julio de 2007 y las anteriores n.º 352 de fecha 13 de julio de 2007 y n.º 366 de fecha 8 de julio de 2005, ya que entendemos que debe considerarse que las pretensiones básicas de la demanda han sido estimadas cuando se estima la pretensión principal declarativa de la existencia de la intromisión ilegítima formulada al ejercitar la acción de protección del Derecho al honor, sin que la circunstancia de que se fije una cantidad inferior a la solicitada en concepto de indemnización por daño moral comporte que cada parte deba soportar las costas causadas a su instancia, ya que estimamos que la petición de indemnización de daños y perjuicios es una pretensión accesoria y además, tenemos en cuenta la dificultad de cuantificar la indemnización cuando tiene por finalidad el resarcimiento de daño moral.

»Así pues, la estimación de la demanda ha sido sustancial, siendo reiterada la doctrina jurisprudencial que considera que en este caso deben imponerse las costas a la parte demandada, pudiendo citar al respecto, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de octubre de 2003, en la que se recordaba que "Esta Sala tiene declarado en numerosas Sentencias, de ociosa cita, que para la aplicación del principio general del vencimiento ha de considerarse que el ajuste del fallo a lo pedido no ha de ser literal sino sustancial, de modo que, si se entendiera que la desviación en aspectos meramente accesorios debería excluir la condena en costas, ello sería contrario a la equidad, como justicia del caso concreto, al determinar que tuvo necesidad de pagar una parte de las costas quien se vio obligado a seguir un proceso para ser realizado su Derecho, lo que, por lo antes explicado, determina el perecimiento de este apartado".

»Cuarto. Procede, conforme a todo lo expuesto, la estimación parcial del recurso de apelación formulado por la parte actora, don Benito, lo que comporta no hacer expresa declaración de las costas derivadas de su recurso (artículo 398.2 de la L.E.Civil).»

QUINTO.- En el escrito de interposición de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal presentados por la representación procesal de D. Rosendo, D.ª Olga y de la entidad mercantil Difusora de Información Periódica, S.A, se formulan los siguientes motivos:

Motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal «Al amparo del artículo 469.1.3º de la LEC, se denuncia la infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso arts. 147, 187, 374 y 376 del mismo cuerpo legal) que determina la nulidad de la Sentencia o, cuando menos, produjo la indefensión de esta parte»

Este motivo se funda, en síntesis en lo siguiente: la Sentencia recurrida realiza una nueva valoración de la prueba testifical sin haber dispuesto el vídeo por pérdida o extravío judicial, produciéndose una infracción de normas y exclusión de garantías que producen indefensión y deben conllevar la nulidad de actuaciones. Considera que las vistas han de ser grabadas como garantía y que así se realizó, pero que la grabación del 27 de marzo de 2007 se perdió, por lo que no se contó con el registro de las pruebas personales ni con la intermediación con la que cuenta el juez de primera instancia. Considera que la testifical de la Guardia Civil es trascendente para el devenir del procedimiento pues acredita la diligencia de la periodista y que las notas del acta carecen de la extensión y detalle necesarios para sustituir a la grabación.

Motivo segundo «Al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC se denuncia vulneración de Derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la CE ».

Este motivo se funda, en síntesis en que la vulneración procesal antes denunciada conculcó también los Derechos fundamentales a la defensa, a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva.

Motivo único del recurso de casación «Al amparo del art. 477.1 de la LEC, se denuncia la infracción del artículo 7.7

de la LO 1/82, de 5 de mayo, de protección civil del Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y la conculcación del artículo 20.1 d) de la Constitución ».

El motivo se funda, en síntesis en que la Sentencia recurrida ha realizado una errónea ponderación del conflicto entre el honor y los Derechos a la información y a la libertad de expresión. La parte recurrente considera que la información difundida no puede calificarse de inequívocamente injuriosa o vejatoria al no imputarse nada al demandante y que el artículo publicado es ejercicio legítimo de la libertad de expresión en el que se permite formular razonadamente conjeturas a partir de unos datos fácticos veraces que no pueden ser valoradas desde la exigencia de la veracidad (ST.C. 171/90). Destaca el interés público del asunto y la ausencia de expresiones insultantes siendo la motivación del artículo realizar una crónica política, propia del contexto , de un personaje con proyección pública.

Termina solicitando de la Sala «Que remita los autos a la Sala Primera del Tribunal Supremo para su Resolución, a la que esta parte suplica que:

»1º.- Estime el recurso extraordinario por infracción procesal y acuerde la nulidad de actuaciones que se deduce del vicio procesal denunciado o acuerde practicar la prueba que se solicita mediante segundo Otrosí y, a su vista, case y anule la Sentencia recurrida y dicte nueva Sentencia por la que desestime íntegramente la demanda y absuelva de todos sus pedimentos a mis representados, con imposición de las costas de ambas instancias a la parte actora;

»2º.- Yo directamente estime el recurso de casación y case y anule la Sentencia recurrida y dicte nueva Sentencia por la que desestime íntegramente la demanda y absuelva de todos sus pedimentos a mis representados, con imposición de las costas de ambas instancias a la parte actora.

»3º.- Y en cualquier caso, con imposición de costas a quien se oponga al presente recurso.»

SEXTO.- Por auto de 13 de julio de 2010 se acordó admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

SÉPTIMO.- En el escrito de oposición al recurso de casación presentado , la representación procesal de D. Benito formula en síntesis, las siguientes alegaciones:

Al motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal, la parte recurrida se opone por resultar la petición de nulidad de actuaciones contradictoria con la petición de prueba a través del artículo 471 de la L.E.C. . Señala que la falta de grabación no le ha ocasionado indefensión, que la parte recurrente tuvo conocimiento de la ausencia de la grabación con anterioridad a la resolución del recurso de apelación y no denunció la infracción procesal y que el acta levantada por el Secretario Judicial recoge datos que permiten conocer el alcance de la declaración del testigo. Considera que el tribunal no basó su decisión en una nueva valoración de las pruebas , sino en la aplicación de la doctrina constitucional sobre la protección al honor en casos en los que basándose en datos objetivos, la información no supera el canon de veracidad.

Al recurso de casación, la parte recurrida se opone señalando que el Derecho de información y expresión tiene límites en su ejercicio, uno de los cuales es la veracidad que opera de forma distinta en los dos Derechos fundamentales y que en el presente caso la diligencia de la periodista no se ha producido ya que la propia periodista era consciente de que la información que se difundía no se ajustaba a la realidad, que se ocultaron datos y no llegó a acreditar que las informaciones dadas por vecinos fueran reales pues no aportó al procedimiento las grabaciones, sin que el carácter público del demandante pueda justificar la imputación de conductas reprochables.

Termina solicitando de la Sala «Que tenga por presentado este escrito , junto con sus copias, se sirva admitirlo y en virtud de lo expuesto en el mismo tenga por formulada impugnación al recurso de casación interpuesto por los recurrentes contra la Sentencia dictada por la Sala tercera, de la audiencia de Castellón, en fecha 19 de octubre de dos mil nueve, y, previos los trámites legales oportunos, acuerde desestimar la pretensión de los recurrentes de práctica alguna de prueba en esta instancia, en concreto la testifical interesada, así como la desestimación del recurso de casación interpuesto , ratificando íntegramente la Sentencia dictada por la Sala Tercera, de la Audiencia de Castellón, en fecha 19 de octubre de dos mil nueve, con imposición de costas a los recurrentes.»

OCTAVO.- El Ministerio Fiscal interesa la desestimación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos. En cuanto al recurso extraordinario por infracción procesal se opone al haber contado la Sala con el material probatorio necesario para fijar los hechos, sin que la falta de grabación le haya producido indefensión a la parte recurrente, al no haber formulado protesta alguna. En cuanto al recurso de casación, considera que el artículo falta a la verdad en cuanto a la concesión del permiso concluyendo la existencia de un clima coactivo de «ley del silencio» que se impone a los habitantes de la comarca, lo que le lleva a apreciar la

existencia de Intromisión en el Derecho al honor del recurrido.

NOVENO.- Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 8 de febrero de 2012 , en que tuvo lugar.

DÉCIMO.- En los fundamentos de esta Resolución se han utilizado las siguientes siglas jurídicas:

CE, Constitución Española.

F.J., fundamento jurídico.

LOPJ, Ley Orgánica del Poder Judicial.

LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

LPDH, Ley Orgánica 1/1982 , de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

RC, recurso de casación.

SS.T.C. , Sentencias del Tribunal Constitucional.

S.S.T.S., Sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

STC, Sentencia del Tribunal Constitucional.

S.T.S., Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

Ha sido ponente el magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Resumen de antecedentes .

1. D. Benito, alcalde de la localidad de Morella y diputado del PSPV-PSOE en las Cortes Valencianas, interpuso demanda de juicio ordinario para la protección de su honor contra D.ª Olga como periodista, D. Rosendo como director de la revista Época y contra la sociedad editora Difusora de Información Periódica S.A., por la publicación en la revista Época la semana del 18 al 24 de febrero de 2005, de un artículo titulado « La ley del silencio, epitafio de los muertos en Todolella» en relación con el fallecimiento de 18 personas por inhalación de monóxido de carbono en un albergue de La Todolella en el que, según el demandante , se vertían informaciones falsas y tendenciosas contra él, imputándole, en su condición de alcalde de la localidad de Morella y por su amistad personal con quién organizaba la fiesta, la concesión irregular del permiso para la celebración de la fiesta que tuvo lugar en el albergue La Todolella, pese que el albergue carecía de licencia de actividad, infundiendo posteriormente miedo a su vecinos para lograr su silencio. Dicha información fue reproducida en Época Digital y en el programa «A Fondo » de radio Intereconomía el 17 de febrero de 2005.

2. El juzgado de Primera Instancia número 2 de Vinaroz desestimó la demanda. Se consideró que no se había producido una lesión del honor del demandante ya que el asunto tenía (i) interés general por el hecho del fallecimiento de 18 personas en la localidad de La Todolella el 6 de febrero de 2005 y por la relevancia de la persona sobre la que se hablaba en el artículo; (ii) que la información era veraz al provenir de terceras personas y haber actuado la periodista con diligencia profesional en la búsqueda de información.

3. La Audiencia Provincial de Castellón estimó el recurso de apelación interpuesto por el demandante y estimó la demanda interpuesta al considerar que en el artículo se contenía una imputación de hechos que no se correspondía con la realidad. Se atribuyó a la periodista una falta de diligencia por no informar de la identidad de sus fuentes, omitir que La Todolella tenía su propio consistorio y alcalde , y no aparecer la información contrastada con datos objetivos.

4. Los demandados interpusieron recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, este último al amparo del ordinal 1.º del artículo 477.1 de la LEC .

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.-Enunciación de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal.

El motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal se introduce con la siguiente fórmula «Al amparo del artículo 469.1.3.º de la LEC , se denuncia la infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso (arts. 147, 187 , 374 y 376 del mismo cuerpo legal) que determina la nulidad de la Sentencia o, cuando menos, produjo la indefensión de esta parte».

Este motivo se funda , en síntesis en lo siguiente: la Sentencia recurrida realizó una nueva valoración de la prueba testifical sin haber dispuesto del vídeo por pérdida o extravío judicial, produciéndose así una infracción de las normas citadas y una exclusión de garantías que ha producido indefensión y debe conllevar la nulidad de actuaciones. Considera que las vistas han de ser grabadas como garantía y que así se realizó, pero que la

grabación del 27 de marzo de 2007 se perdió, por lo que no se contó con el registro de las pruebas personales ni con la intermediación con la que cuenta el juez de primera instancia. Considera que la testifical de la Guardia Civil es trascendente para el devenir del procedimiento pues acredita la diligencia de la periodista y que las notas del acta carecen de la extensión y detalle necesarios para sustituir a la grabación.

El motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal se introduce con la siguiente fórmula «Al amparo del artículo 469.1.4º de la LEC se denuncia vulneración de Derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la C.E. ».

Este motivo se funda, en síntesis en que la vulneración procesal antes denunciada conculcó también los Derechos fundamentales a la defensa, a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva.

Ambos motivos, al plantear en esencia la misma infracción procesal desde la perspectiva de la nulidad y desde la de la indefensión, serán examinados conjuntamente.

Ambos motivos deben ser desestimados.

TERCERO .- Denegación de prueba.

El artículo 471 de la LEC , permite solicitar con el escrito de interposición«la práctica de alguna prueba que se considere imprescindible para acreditar la infracción o vulneración producida, así como la celebración de vista ».

La parte recurrente solicita en el segundo otrosí de su escrito de interposición del recurso extraordinario por infracción procesal, al amparo del artículo 471 de la LEC, la práctica de la testifical del agente de la Guardia Civil para acreditar la diligencia de la periodista en la búsqueda de la verdad material informativa.

La prueba solicitada por la parte recurrente no va dirigida a acreditar la infracción que se alega en el recurso por infracción procesal, esto es, la pérdida o extravío de la grabación de la vista y sus consecuencias jurídicas, sino, como la propia parte recurrente señala, trata de acreditar la veracidad de la noticia. Esta prueba ha de ser denegada porque consta en las actuaciones , y así lo reconoce la Sentencia recurrida, que la grabación del acto de la vista celebrada el segundo día, no está disponible en el momento de dictar Sentencia, por lo que no es necesaria su acreditación, pudiendo realizarse el análisis de las consecuencias jurídicas de esta falta a través de la Resolución de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal.

CUARTO .- Pérdida o extravío de la grabación del acto de la vista.

A) La infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso solo pueden constituir motivo de un recurso extraordinario por infracción procesal cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión, según impone el artículo 469.1.3.º LEC (SSTS de 30 de septiembre de 2009, RC n.º 846/2004, 13 de enero de 2010, RC n.º 2668/2004).

B) Según el artículo 469.2 LEC , sólo procederá el recurso extraordinario por infracción procesal cuando, de ser posible , esta o la vulneración del artículo 24 CE se hayan denunciado en la instancia. (SSTS 12 de noviembre de 2008, RC n.º 113/2003, 16 de diciembre de 2008 RC n.º 2635/2003, 14 de octubre de 2009, RC n.º 1008/2005, 16 de noviembre de 2009 , RC n.º 2210/2005, y 29 de diciembre de 2009, RC n.º 1869/2005). La inobservancia de este requisito excluye la indefensión, por cuanto esta no concurre si la parte ha incurrido en ella por su propia actuación (STC 57/1984, de 8 de mayo).

C) Esta Sala se ha pronunciado sobre la nulidad por ausencia de grabación del acto de la vista en las STS de 22 de diciembre de 2009 (RC núm. 1591/2005) y en la STS de 12 de septiembre de 2011 (RC núm. 2102/2008) declarando que «[I] a nulidad de actuaciones, que se acoge en alguna de estas resoluciones, es una medida excepcional y de interpretación restrictiva por lo que es necesario para apreciarla que se haya producido una efectiva indefensión a las partes en litigio y esta indefensión no se produce cuando , como aquí sucede, existe un acta previa levantada por la secretaria judicial, de conformidad a lo dispuesto en los arts. 187.2 y 145 LEC , en la que se recoge todo el contenido de las pruebas de tal forma que la fallida grabación queda suficientemente suplida con su lectura[...].».

D) La aplicación de esta doctrina al caso planteado debe conllevar a la desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal en sus dos motivos por las siguientes razones: a) la parte recurrente no denunció esta infracción procesal en el momento en el que tuvo conocimiento de la misma. Así, en la providencia de 31 de julio de 2009, notificada a su representación procesal el 1 de septiembre de 2009, se puso en conocimiento de las partes que no se había podido facilitar ni por el Juzgado de primera instancia ni por las partes la grabación de la vista celebrada el 27 de marzo y se dejaron las actuaciones pendientes de señalamiento para la deliberación y votación. Realizado este con fecha de 1 de septiembre de 2009 , se notificó a la parte recurrente ese mismo día. La parte recurrente conoció, por tanto, el 1 de septiembre de 2009 que el asunto se iba a deliberar el 5 de octubre de 2009 sin la copia de la grabación de 27 de marzo de 2007 y no recurrió esta Resolución, denunciando la infracción

alegada por primera vez a través de este recurso extraordinario por infracción procesal; b) la alegada infracción no le ha producido indefensión, conforme a la doctrina anteriormente expuesta, desde el momento en el que el acto del juicio dispone de un acta levantada por el secretario judicial lo suficientemente extensa para impedir la aplicación de la medida excepcional que supone la nulidad, cuya interpretación ha de ser restrictiva; c) la incidencia de la falta de grabación y la interpretación de la testifical del guardia civil, en la que la parte recurrente centra toda su argumentación, tampoco es relevante para declarar la indefensión en cuanto a la acreditación de la veracidad de la noticia, pues la sentencia recurrida no solo ha atendido a esta testifical para acreditar la falta de diligencia de la periodista, sino que ha tenido también en cuenta la documental aportada y las propias declaraciones de la periodista, pruebas que constan en las actuaciones, pues hay que recordar que el acto del juicio se celebró en dos sesiones, de las que solo se ha producido el extravío de la segunda sesión. No se trata, por tanto, de un supuesto en el que la Audiencia Provincial haya basado su decisión en elementos probatorios ausentes en las actuaciones, sino que la valoración realizada por el tribunal ha sido una valoración conjunta de la prueba, de la que la testifical reseñada por la parte recurrente valorada a través del acta del secretario judicial, es un elemento más, pero no el único que llevó a la desestimación de sus pretensiones.

La STC 142/2011 de 26 de septiembre establece los requisitos para considerar la existencia de vulneración a un proceso con todas las garantías en el ámbito del proceso penal, cuando se condena a quien ha sido absuelto en la instancia mediante la apreciación de pruebas que exigen la inmediatez del órgano judicial. En el ámbito civil, la STC 215/2005 de 12 de septiembre consideró vulnerado este Derecho por la intervención de una magistrada que no había asistido al acto de la vista en un procedimiento relativo a calificación de la quiebra en el que la apelación tuvo una tramitación esencialmente oral. En este caso, y salvando las diferencias entre los procedimientos penales y civiles, la resolución de la audiencia Provincial no exigía la inmediatez de la prueba testifical que destaca la parte recurrente para determinar la existencia o no de veracidad de la noticia, ya que se contaba con elementos suficientes para realizar la valoración jurídica de los hechos como la documental aportada, los interrogatorios de parte y el acta levantada por el fedatario judicial.

Lo que la parte recurrente plantea no es un supuesto de indefensión, sino su disconformidad con una valoración probatoria. Esa disconformidad con la valoración jurídica del requisito de veracidad, debe canalizarse a través del recurso de casación, por lo que será en este recurso donde se examinarán los requisitos necesarios para determinar la licitud o no del artículo enjuiciado, al existir en las actuaciones elementos suficientes para realizar esta valoración jurídica.

Por todo ello, el recurso extraordinario por infracción procesal, debe ser desestimado.

QUINTO.-Desestimación del recurso.

No considerándose procedentes los motivos en que se funda el recurso extraordinario por infracción procesal, procede entrar en el examen del recurso de casación, con arreglo a la DF 16.ª, LEC con imposición de costas a la parte recurrente, por imponerlo así el artículo 398 LEC.

Recurso de casación

SEXTO.-Enunciación del motivo único del recurso de casación.

El motivo único del recurso de casación se introduce con la siguiente fórmula «Al amparo del art. 477.1 de la LEC, se denuncia la infracción del artículo 7.7 de la LO 1/82, de 5 de mayo, de protección civil del Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y la conculcación del artículo 20.1 d) de la Constitución».

El motivo se funda, en síntesis en que la Sentencia recurrida ha realizado una errónea ponderación del conflicto entre el honor y los Derechos a la información y a la libertad de expresión. La parte recurrente considera que la información difundida no puede calificarse de inequívocamente injuriosa o vejatoria al no imputarse nada al demandante y que el artículo publicado es ejercicio legítimo de la libertad de expresión en el que se permite formular razonadamente conjeturas a partir de unos datos fácticos veraces que no pueden ser valoradas desde la exigencia de la veracidad (STC 171/90). Destaca el interés público del asunto y la ausencia de expresiones insultantes siendo la motivación del artículo realizar una crónica política, propia del contexto, de un personaje con proyección pública.

Este motivo ha de ser estimado.

SÉPTIMO.-Facultades del Tribunal de casación para valorar los hechos.

Cuando la Resolución del recurso de casación afecta a Derechos fundamentales, como ocurre en el caso examinado, esta Sala no puede partir de una incondicional aceptación de las conclusiones probatorias obtenidas por las Sentencias de instancia, sino que debe realizar, asumiendo una tarea de calificación jurídica, una valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible infracción de los

Derechos fundamentales alegados, sin limitarse a considerar el error en la valoración de la prueba que pueda haber sido planteado por los estrechos cauces que permite la vía del recurso extraordinario por infracción procesal (SSTS, entre otras, de 7 de diciembre de 2005, 27 de febrero de 2007 y 25 de febrero de 2008, RC núm. 395/2001).

Este es el criterio que se admite , entre otras resoluciones, por la STC 100/2009, de 27 de abril de 2009, la cual , anulando el ATS de 24 de mayo de 2005, RC núm. 2766/2001, declara (FJ 6), entre otros extremos, que «la falta de veracidad de la información (en el sentido que corresponde a este término, cuando se enjuicia la constitucionalidad del ejercicio del Derecho de información) y el carácter vejatorio o no de las opiniones emitidas por el autor de los artículos periodísticos son cuestiones de estricto carácter jurídico, vinculadas a la ponderación sustantiva de los Derechos fundamentales en conflicto».

OCTAVO.-La colisión entre el Derecho al honor y la libertad de expresión e información.

A) El artículo 18.1 CE garantiza el Derecho al honor como una de las manifestaciones de la dignidad de la persona, proclamada en el artículo 10 CE .

El Derecho al honor, según reiterada jurisprudencia , se encuentra limitado por las libertades de expresión e información. Esta limitación afecta también al Derecho al honor en su modalidad relativa al prestigio profesional. La libertad de expresión, reconocida en el art. 20 CE , tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información (SSTC 104/1986, de 17 de julio y 139/2007, de 4 de junio), porque no comprende la narración de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo. La libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo. No siempre es fácil separar la expresión de pensamientos , ideas y opiniones garantizada por el Derecho a la libertad de expresión de la simple narración de unos hechos garantizada por el Derecho a la libertad de información, toda vez que la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos, y a la inversa (SSTC 29/2009, de 26 de enero, FJ 2, 77/2009, de 23 de marzo, FJ 3).

Cuando concurren en un mismo texto elementos informativos y valorativos es necesario separarlos, y solo cuando sea imposible hacerlo habrá de atenderse al elemento preponderante (STC 107/1988 , de 8 de junio , 105/1990 y 172/1990).

La limitación del Derecho al honor por la libertad de expresión e información tiene lugar cuando se produce un conflicto entre ambos Derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación , teniendo en cuenta las circunstancias del caso (SSTS de 13 de enero de 1999, 29 de julio de 2005 y 22 de julio de 2008).

B) La técnica de ponderación exige valorar, en primer término, el peso en abstracto de los respectivos Derechos fundamentales que entran en colisión.

Desde este punto de vista, (i) la ponderación debe respetar la posición prevalente que ostenta el Derecho a la libertad de información y expresión sobre el Derecho al honor por resultar esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático (STS 11 de marzo de 2009, RC n.º 1457/2006).

La protección constitucional de las libertades de información y de expresión alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción (SSTC 105/1990 , de 6 de junio , FJ 4, 29/2009, de 26 de enero, FJ 4).

(ii) También se debe tener en cuenta que la libertad de expresión, según su propia naturaleza, comprende la crítica de la conducta de otro , aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige (S.S.T.C. 6/2000, de 17 de enero, F. 5 ; 49/2001, de 26 de febrero, F. 4 ; y 204/2001, de 15 de octubre, F. 4), pues así lo requieren el pluralismo , la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe «sociedad democrática» (SSTEDH de 23 de abril de 1992 , Castells c. España, § 42, y de 29 de febrero de 2000, Fuentes Bobo c. España, § 43).

C) La técnica de ponderación exige valorar también el peso relativo de los respectivos Derechos fundamentales que entran en colisión. Desde el punto de vista de la información, (i) la ponderación debe tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general o se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública (STC 68/2008 ; SS.T.S. 25 de octubre de 2000, 14 de marzo de 2003, RC n.º 2313/1997 , 19 de julio de 2004, RC n.º 5106/2000, 6 de julio de 2009, RC n.º 906/2006), pues entonces el peso de la libertad de información es más intenso, como establece el artículo 8.2.a) LPDH en relación con el Derecho a la propia imagen aplicando un principio que debe referirse también al Derecho al honor. En

relación con aquel Derecho, la ST.S. 17 de diciembre de 1997 (no afectada en este aspecto por la STC 24 de abril de 2002) declara que la «proyección pública» se reconoce en general por razones diversas: por la actividad política , por la profesión, por la relación con un importante suceso , por la trascendencia económica y por la relación social, entre otras circunstancias. En suma , la relevancia pública o interés general de la noticia constituye un requisito para que pueda hacerse valer la prevalencia del Derecho a la libertad de información cuando las noticias comunicadas o las expresiones proferidas redunden en descrédito del afectado; (ii) la libertad de información, dado su objeto de puesta en conocimiento de hechos, cuando comporta la transmisión de noticias que redundan en descrédito de la persona , para que pueda prevalecer sobre el Derecho al honor exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones y no se presta a una demostración de exactitud (STC 50/2010 de 4 de octubre). Por veracidad debe entenderse el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información, con el transcurso del tiempo, puede más adelante ser desmentida o no resultar confirmada (SSTC 139/2007, 29/2009, de 26 de enero , F.J. 5). Cabe el denominado reportaje neutral (STC 76/2002, de 8 de abril), el cual exige que las declaraciones recogidas sean por sí noticia y se pongan en boca de personas determinadas responsables de ellas y que el medio informativo sea mero transmisor de tales declaraciones sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia ni reelaborarlas o provocarlas; en este caso la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración; (iii) la transmisión de la noticia o reportaje no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado, porque, como viene reiterando el TC, la CE no reconoce un hipotético Derecho al insulto (SST.C. 112/2000, 99/2002, 181/2006 , 9/2007, 39/2007, 56/2008 de 14 de abril ; S.S.T.S. 18 de febrero de 2009, RC n.º 1803/04, 17 de junio de 2009, RC n.º 2185/06). El requisito de la proporcionalidad no obliga a prescindir de la concisión propia de los titulares o de las demás particularidades propias del lenguaje informativo oral o escrito, salvo cuando, más allá de las necesidades de concisión del titular, en éste se contengan expresiones que , sin conexión directa con el resto de la narración, sean susceptibles de crear dudas específicas sobre la honorabilidad de las personas (S.T.C. 29/2009 , de 26 de enero, FJ 5).

NOVENO.-Aplicación de la anterior doctrina al caso enjuiciado.

La aplicación de los criterios enunciados al caso examinado conduce a las siguientes conclusiones:

A) En primer lugar, es necesario deslindar los Derechos fundamentales en conflicto en el presente caso, pues los requisitos necesarios para que su ejercicio sea legítimo difieren, conforme a la doctrina anteriormente expuesta, según se esté ante la libertad de expresión o la libertad de información. La Sentencia recurrida ha considerado que el conflicto en el artículo enjuiciado se produce entre la libertad de información y el honor del demandante y desde esta perspectiva , ha declarado que la falta de veracidad de la información suministrada, determina la prevalencia del honor del demandante. La parte recurrente, compuesta por el medio informativo, director y periodista autora del artículo, enfoca el recurso de casación desde la perspectiva de la colisión entre el honor del demandante y la libertad de expresión y la libertad de información, y considera que el interés público del asunto y la ausencia de expresiones injuriosas deben mantener la prevalencia de la libertad de expresión.

Un análisis del artículo enjuiciado permite afirmar que el elemento preponderante es la comunicación de datos al lector en relación al siniestro producido en un albergue de Todoella. El artículo versa sobre lo que el titular anuncia como «La ley del silencio, epitafio de los muertos en Todoella» y resulta aclarado por el párrafo destacado en su parte izquierda en el que se destaca el silencio por miedo en torno al siniestro acaecido en esta población.

El artículo parte de los hechos del siniestro y comunica que existe una falta de información a los medios de comunicación y una falta de reclamación , hasta el momento, de responsabilidades. A continuación introduce el nombre del demandante, Borja, es decir, D. Benito, al que identifica por ser alcalde de Morella y diputado del PSPV-PSOE en las Cortes Valencianas e informa, mediante frases entrecuilladas , de la amistad del alcalde con algunos de los que fueron al albergue y de que el Ayuntamiento accedió a la fiesta, pese a que en un principio se había negado. En la frase «pero insistieron y como Ismael (Ismael) es amigo de Borja pues...» se explican las razones de la concesión. Esta frase ha de ser puesta en relación con el párrafo destacado en la parte izquierda del artículo, junto a la fotografía del demandante, en el que se afirma « Borja es alcalde de Morella (PSPV-PSOE). De su consistorio partió el "permiso" para la "fiesta" en un albergue sin licencia ni seguro de responsabilidad civil». Se informa, por tanto, de la existencia de una autorización informal o «permiso», entrecuillándolo , para la celebración de una fiesta. Se está informando también de la existencia de silencio en torno al siniestro en la población. A continuación, se desarrolla el artículo explicando las razones del silencio y atribuyendo la causa del

miedo a hablar al control socialista en la comarca. Informa también de la reclamación de responsabilidades que va a iniciar el padre de una de las fallecidas, identificándolo y recoge declaraciones del Sindicato independiente de la Guardia Civil.

La colisión se produce, por tanto, entre la libertad de información del medio de comunicación por la transmisión de datos, y el Derecho al honor del demandante por su relación con los mismos.

B) Delimitados los Derechos, desde un punto de vista abstracto, debe considerarse como punto de partida la posición prevalente que, como se ha expresado, ostenta el Derecho a la información en su máxima expresión, por ejercitarse por profesionales de la información en el cauce institucionalizado de los medios de comunicación, y examinar si, de acuerdo con las circunstancias concurrentes, en el terreno del peso relativo de los Derechos que entran en colisión, esta prevalencia puede hacerse valer frente al Derecho al honor de la parte demandante..

El examen del peso relativo de ambos Derechos en colisión depara las siguientes conclusiones:

Desde la perspectiva de la libertad de información:

(i) Interés público

No se ha cuestionado por las partes el interés público del asunto. Este interés es elevado, pues el fallecimiento de dieciocho personas en un albergue de Todolella por inhalación de monóxido de carbono supone una tragedia que trasciende del ámbito local dado el gran número de fallecidos. El esclarecimiento de las circunstancias de este siniestro interesa a la sociedad, a la que resulta también interesante desde la perspectiva de formación de opinión pública la inexistencia de información al respecto cuando esta se atribuye a un miedo a hablar y a un control político de los medios informativos.

Desde esta perspectiva, la libertad de información debe prevalecer sobre el honor del demandante dado el elevado interés público del asunto.

(ii) Veracidad

El núcleo fundamental para determinar en este caso la existencia de un ejercicio legítimo de la libertad de información, es la veracidad de los datos transmitidos, como señala la parte recurrida en su escrito de oposición.

La Sentencia de la Audiencia Provincial, aquí recurrida, ha declarado la falta de veracidad del artículo publicado basándose en (i) la falta de identificación de terceros a los que se atribuye manifestaciones que son entrecuilladas en el artículo; (ii) la omisión en el artículo de la existencia del Ayuntamiento de Todolella.

Esta Sala discrepa de la calificación jurídica de veracidad realizada por la Sentencia recurrida. En primer lugar, (a) en cuanto a la falta de identificación de los autores de las declaraciones, esta Sala en SSTS de 1 de diciembre de 2010 (RC núm. 809/2007) ha declarado que el informador no tiene el deber de hacer constar sus fuentes, salvo en los supuestos de reportaje neutral. En este caso el problema no se centra en determinar si se está ante un reportaje neutral, pues ni la Sentencia recurrida ha basado su decisión en esta exención, ni puede considerarse como tal, ya que la información ha sido completamente reelaborada en el artículo asumiéndola como propia, sin que la forma de narrar y enfocar la noticia tenga que ver propiamente con el juicio de veracidad (STC 25 de octubre de 1999, Recurso n.º 4242/1995) Se trata de calificar si la actitud de la periodista en la búsqueda de la información ha sido diligente. Y en este sentido, no puede considerarse que la falta de identificación de las fuentes en este caso sea un comportamiento negligente de la periodista, pues resulta razonable que en un artículo en el que el tema central gira en torno al silencio de una población que tiene miedo a ser identificada, precisamente sea una actitud diligente la del profesional de la comunicación que no identifica sus fuentes protegiendo el anonimato y la seguridad de las mismas.

En segundo lugar, (b) en cuanto al error relativo a la pertenencia de Todolella al término municipal de Morella, omitiendo que Todolella tenía ayuntamiento propio, hay que determinar si este error es sustancial en la información y por tanto, determina que la información no cumpla el requisito de veracidad, o por el contrario, se trata de una inexactitud que no afecta al requisito aquí examinado. Esta Sala considera que la información se centraba en dos datos: el silencio de una población y en la existencia de un «permiso» para la «fiesta» en la que tuvo lugar el siniestro. El entrecuillado del permiso que se realiza en el artículo denota que en ningún momento se trataba de un permiso oficial, y se insinúa que se dio por el demandante por razones de amistad. Esta es la información y el error relativo a que Todolella tenía su propio Ayuntamiento no afecta a la esencia de la noticia, pues el permiso está centrado en una persona. Tampoco esta omisión afecta a la esencia de lo informado en cuanto al silencio de la población, pues con independencia de los términos municipales, lo que se transmitió es el sentir de una población y el ambiente que se respiraba en una comarca a raíz del siniestro.

Partiendo de la razonabilidad de la no-identificación de las fuentes y de la existencia de un error no sustancial para la información, esta Sala considera que en el supuesto aquí enjuiciado se ha realizado una labor de averiguación

de los hechos de forma diligente: la periodista que elaboró la noticia acudió al lugar de los hechos, se entrevistó con fuentes fiables, como los propios habitantes de la comarca en la que tuvo lugar el siniestro, ofreció la versión de uno de los padres de la fallecida y acudió a uno de los sindicatos de la Guardia Civil, como el propio artículo expone. Comprobó datos mercantiles para contrastar la información relativa a la relación familiar de los medios de comunicación de la zona con el demandante, estando acreditado que un familiar era director de una emisora de radio y administrador de dos empresas de comunicación.

Desde esta perspectiva, la libertad de información debe mantener su prevalencia.

(iii) Juicio de proporcionalidad

Las referencias en el artículo a D. Benito no pueden considerarse desproporcionadas en la transmisión de la información. La primera, relativa al hecho de que estaba destrozado por la amistad con algunos de los asistentes, no es objetivamente injuriosa. Se le identifica por su cargo político, lo que tampoco añade nada injurioso. Se dice también que tiene familiares metidos en la radio, tras hablar del control socialista en la comarca. Esta última información ha sido contrastada como cierta. Se dice que Bartolo, el chico que celebraba el cumpleaños, es su amigo y se deja intuir que esta amistad fue la causante del «permiso» extraoficial, pero ni siquiera se llega a afirmar que fuera él directamente el que dio el supuesto permiso.

Los datos proporcionados permiten afirmar que lo difundido fue el sentir de una población con miedo a hablar en un siniestro en el que habían fallecido demasiadas personas, en un momento en el que se especulaba sobre las razones del siniestro y la búsqueda de sus responsables. Este es el sentir que transmitió el artículo, tras la labor de investigación llevada a cabo por su autora. Las referencias que en el artículo se hacen al Sr. Benito tampoco pueden descartar la prevalencia de la libertad de información sobre el honor del demandante.

En conclusión, en el análisis de los Derechos fundamentales en colisión, hay que partir de la prevalencia del Derecho a la libertad de información en un estado democrático de Derecho. La información publicada tenía un interés público muy elevado; se llevó a cabo por parte del profesional de la comunicación una labor de investigación diligente; la falta de identificación de las fuentes resultaba razonable, sin que se tuviera el deber de identificarlas, al no tratarse de un supuesto de reportaje neutral, y sin que la existencia de inexactitudes, desvirtúen esta prevalencia.

Por todo ello, el recurso debe ser estimado.

DÉCIMO.-Estimación del recurso de casación.

Según el artículo 487.2.º de la L.E.C., si se tratare de los recursos de casación previstos en los números 1.º y 2.º del apartado 2 del artículo 477, la Sentencia que ponga fin al recurso de casación confirmará o casará, en todo o en parte, la Sentencia recurrida.

Estimándose fundado el recurso procede, en consecuencia, casar la Sentencia recurrida y, de conformidad con lo razonado, desestimar el recurso de apelación interpuesto, confirmando la Sentencia de primera instancia que desestimó la demanda.

UNDÉCIMO.-Costas del recurso de casación

Sobre las costas de este recurso de casación y del de apelación debe decidirse aplicando el régimen establecido en los artículos 394.1, en relación con el 398 LEC declarando no haber lugar a la imposición de las costas del recurso de casación, imponiendo las del recurso de apelación a la parte que lo interpuso.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

1. Declaramos no haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal y haber lugar al recurso de casación interpuestos por la representación procesal de D. Rosendo, D.ª Olga y de la entidad mercantil Difusora de Información Periódica, S.A, contra la Sentencia dictada en grado de apelación, rollo n.º 183/2009, por la audiencia Provincial de Castellón, sección 3.ª, de fecha 19 de octubre de 2009, cuyo fallo dice «Fallamos.

»Que estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación procesal de don Benito contra la Sentencia dictada por la Sra. Juez titular del juzgado de Primera Instancia número 2 de Vinaroz en fecha veinte de enero de dos mil nueve, en autos de juicio ordinario seguidos con el número 179 de 2005, la revocamos y acordando la estimación sustancial de la demanda formulada por el mismo contra doña Olga, don Rosendo y la mercantil Difusora de Información Periódica S.A, declaramos la existencia de una vulneración del derecho al honor de don Benito por las afirmaciones relativas al mismo vertidas en el artículo de la revista Época publicado en el n.º

1040, correspondiente a la semana del 18 al 24 de febrero de 2005, en su edición nacional , titulado "La Ley del silencio, epitafio de los muertos en TodoIella" así como en las ediciones de las Comunidades de Castilla León, Comunidad Valenciana y en la edición de Baleares y su página Web, condenando a los demandados solidariamente a entregar cuantos soportes técnicos que contengan la información vertida en dicho artículo tengan a su disposición para su destrucción, a publicar a su costa esta Sentencia en la revista Época en la misma página en que se publicó el artículo y sin añadido ni aditamento alguno y a abonar al actor en concepto de indemnización por daños morales la suma de seis mil euros (6.000). Todo ello con expresa condena en costas de la primera instancia a la parte demandada.

»No se hace expresa declaración sobre costas de la alzada».

2. Casamos la Sentencia recurrida, que declaramos sin valor ni efecto alguno.

3. En su lugar, desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Benito contra la Sentencia dictada por la Sra. Juez titular del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Vinaroz en fecha veinte de enero de dos mil nueve, en autos de juicio ordinario seguidos con el número 179 de 2005 , que resulta confirmada en su fallo, con imposición de las costas del recurso de apelación a la parte que lo interpuso.

4. Se imponen las costas del recurso extraordinario por infracción procesal a la parte que lo ha interpuesto.

5. No ha lugar a la imposición de las costas del recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia , que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA. pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos , mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Rios, Francisco Marin Castan, Jose Antonio Seijas Quintana , Francisco Javier Arroyo Fiestas, Xavier O'Callaghan Muñoz Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Marginal: 2269419

Nº Resolución: 460/2010

Nº Recurso: 197/2010

Tipo: Sentencia

Jurisdicción: Civil

Fecha: 21/12/2010

Tribunal: Audiencia Provincial de Barcelona

Sala: Civil

Sección:

Procedimiento: Recurso apelación LEC 2000

Ponente: IGNACIO SANCHO GARGALLO

A favor de: Demandado

Resumen **COMPETENCIA DESLEAL.-** No se produce si, mediante la inducción a sustituir la distribución de productos a través de otra empresa, no se hace con la finalidad de perjudicar a la anterior distribuidora, sino con la de obtener un beneficio propio por el cambio de distribuidor.-

Se desestima el recurso de apelación interpuesto contra Sentencia desestimatoria del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona, sobre competencia desleal de un ex-empleado de la demandada. La Sala declara que no se reprueba la captación de clientes que antes lo eran de otra sociedad, mediante la inducción a que terminen sus respectivas relaciones contractuales con esta última, buscando con ello el beneficio propio, sino que, sin beneficio directo propio, lo único que se persiga provocando la resolución del contrato, sea colapsar a la competidora y eliminarla del mercado. En el caso, está claro que el demandado, si persuade a las empresas extranjeras que antes distribuían en España sus productos a través de la demandante de que dejen de hacerlo con ella y que pasen a hacerlo con otra sociedad, a la cual él mismo se incorpora, no lo hace con el objeto principal de eliminar a la demandante del mercado, aunque a la postre esto ocurra, sino para beneficiarse de la distribución y representación de aquellas empresas, a través de otra sociedad. Por ello, debe mantenerse la sentencia desestimatoria de instancia, con la salvedad de que, habiendo sido desestimada la demanda, deben ser impuestas las costas a la demandante.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN 15ª

rollo nº 197/10-2ª

JUICIO ORDINARIO Nº 504/2006

JUZGADO MERCANTIL Nº 3 DE BARCELONA

SENTENCIA Núm. 460/2010

Ilmos. Sres.

IGNACIO SANCHO GARGALLO

MARTA RALLO AYEZCUREN

JUAN F. GARNICA MARTIN

En la ciudad de Barcelona, a veintiuno de diciembre de dos mil diez

Vistos en grado de apelación, ante la Sección 15ª de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de juicio ordinario núm. 504/2006, seguidos ante el Juzgado mercantil núm. 3 de Barcelona a instancia de NORTH, S.A., representada por el procurador Jaume Guillem Rodríguez, contra Onesimo , representado por el procurador Ignacio López Chocarro. Estos autos penden ante esta Sala en virtud del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la parte actora, contra la sentencia dictada el día 22 de septiembre de 2009 .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor siguiente: "Desestimando la demanda interpuesta por la representación en autos de la mercantil NORTH, S.A. se absuelve a don Onesimo de lo pretendido de contrario. Cada parte hará frente a sus costas y las comunes por mitad".

SEGUNDO: La representación procesal de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la citada sentencia. Admitido a trámite en ambos efectos, se elevaron los autos a esta Sala, previo emplazamiento de las partes. Una vez comparecidas éstas, se siguieron los trámites legales, en el curso de los cuales se señaló para la votación y fallo del recurso el día 24 de noviembre de 2010.

Ponente el Ilmo. Sr. IGNACIO SANCHO GARGALLO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La sentencia dictada en primera instancia desestima las acciones de competencia desleal que la actora ejercita contra quien había trabajado para ella como jefe de ventas, Onesimo , al no apreciar que hubiera incurrido en alguna conducta contraria a las exigencias de la buena fe contenidas en el art. 5 LCD , ni constitutiva de un supuesto de inducción a la infracción de los deberes contractuales básicos por parte de clientes de NORTH, para con ésta (art. 14 LCD).

La sentencia es recurrida en apelación por NORTH, quien, como primer motivo, aduce que ha existido un error en la valoración de la prueba, pues no se han tenido en cuenta las siguientes pruebas: 1º la declaración del legal representante de la mercantil HOS-TECHNIK GmbH, en el sentido de que, a instancia del Sr. Onesimo , dejaron de trabajar con NORTH y pasaron a hacerlo con GOYCASA (que luego pasó a denominarse NASIKA PRODUCTOS, S.A, y que es donde trabaja en la actualidad el Sr. Onesimo); 2º El fax enviado por Onesimo a FLEXO, S.L. AVON AUTOMITIVE, el 21 de diciembre de 2005, para comunicarle que GOYCASA pasaba a ser el nuevo agente de la mercantil KETTLIZ-CHEMIE GmGH, empresa de la cual había sido agente NORTH antes de la marcha del Sr. Onesimo , así como la contestación de AVON.

El recurso insiste en que el breve lapso de tiempo que discurre entre que el Sr. Onesimo se da de baja de NORTH y empieza a trabajar para GOYCASA (luego NASIKA), apenas tres días laborables, muestra que, ya desde antes, el Sr. Onesimo había estado negociando su incorporación a NASIKA y que, utilizando información privilegiada que conocía como jefe de ventas, indujo a empresas con las que NORTH tenía contratos de agencia y distribución para que resolvieran sus contratos, en beneficio de NASIKA. Finalmente, reitera los argumentos vertidos en la demanda sobre los perjuicios sufridos por NORTH y la procedencia de su indemnización.

SEGUNDO: No ha resultado controvertido que la actora (NORTH, S.A.) fuera una entidad que se dedicaba como actividad principal a la importación y distribución de productos químicos industriales. El Sr. Onesimo es titular del 10% de las acciones de esta sociedad y, hasta el 16 de septiembre de 2005, fue su jefe de ventas. En esa fecha, causó baja voluntaria, para incorporarse al cabo de unos días (el 22 de septiembre de 2005), como jefe de ventas, a la entidad NASIKA PRODUCTS, S.A, nombre actual de GOMAS Y CALZADOS, S.A (GOYCASA).

Tampoco se discute que, hasta septiembre de 2005, NORTH tenía contratos de agencia y relación de distribución con diferentes clientes, como eran GOYCASA, KETTLITZ, HYDRO POLYMERS, HOS-TECHNIK y SICA. Con posterioridad a la marcha del Sr. Onesimo , estas entidades resolvieron sus contratos con NORTH.

i) NORTH, desde finales de los años 90 hasta finales de 2005, se había hecho cargo de la distribución de productos de la entidad española GOYCASA en el territorio de Cataluña. La demanda afirma que fue nombrada agente comercial con carácter de exclusividad a través de un acuerdo verbal, pero no existe prueba de ello. En realidad, lo que sí consta es que, durante el periodo comprendido entre el primer trimestre de 1999 y el tercer trimestre de 2005, NORTH realizó funciones de agente y distribuidor de GOYCASA, y así se desprende de las facturas aportadas con la demanda (ff. 33-102).

ii) La entidad KETTLITZ , que desde 1989 tenía relación comercial con NORTH en virtud del contrato de agencia de 30 de enero de 1989 (ff. 103 y ss.), remitió a NORTH dos comunicaciones (de 27 de septiembre y de 4 de noviembre) en las que le informaba de que seguiría prestando sus servicios como agente y distribuidor de sus productos en exclusiva en España hasta el 31 de diciembre de 2005, y que, a partir del 1 de enero de 2006, sería GOYCASA quien actuaría como agente y distribuidor en España (ff. 108-115).

iii) Por su parte, la empresa HYDRO POLYMERS tenía suscrito con NORTH un contrato de agencia de fecha 19 de agosto de 1994 (ff. 140 y ss.), por tiempo indefinido, por el que NORTH asumía la exclusiva de la distribución en España de los productos de aquélla. HYDRO POLYMERS, a través de una carta fechada el día 25 de noviembre de 2005 (ff. 151-152), también comunicó a NORTH su decisión de no renovar el contrato de agencia para el año 2006.

iv) En el año 2002, NORTH comenzó a distribuir en España productos de la entidad HOS-Technik , aunque no consta ningún documento en el que se instrumentara el contrato, pero sí facturas correspondientes a estos servicios de distribución (ff. 153 y ss.). También esta entidad, HOS-Technik, después de la marcha del Sr. Onesimo de NORTH, resolvió su relación comercial, pasando a tenerla con GOYCASA.

v) Según la demanda, en el año 2002, SOCIÉTÉ INDUSTRIELLE ET CHEMIQUE DE L' AISNE (SICA) y NORTH concertaron una relación de agencia y distribución, en virtud de la cual NORTH pasó a distribuir los productos de SICA en España, siendo su duración de carácter indefinido. No obstante, tampoco se ha aportado el documento en que se instrumentó esta relación contractual, aunque sí las facturas que ponen en evidencia la relación comercial propia del contrato de agencia o de distribución existente entre las partes (ff. 165-190). Y también acredita esta relación la información contenida en la web de SICA, según la actualización de 4 de diciembre de 2004, que menciona como agente en España a NORTH (ff. 191-193). Consta aportado a los autos una carta, fechada el 22 de

noviembre de 2005, por la que SICA comunica a NORTH que cesaba en su relación comercial con ella, y añade que ello es debido a la marcha del Sr. Onesimo (ff. 194-195). En concreto, afirma (según la traducción al castellano) que "nos ha sorprendido y desagradado la marcha del Sr. Onesimo, que lamentamos mucho dado que juntos hemos desarrollado buenas relaciones de confianza con muchos clientes españoles".

Por otra parte, en la página web de NASIKA (actual denominación de GOYCASA), aparecen como empresas representadas: KETTLITZ, HYDRO POLYMERS, HOS-TECHNIK y SICA, y respecto de cada una de ellas se informa sobre los concretos productos que se distribuyen (ff. 305 y ss.).

Son, pues, hechos acreditados que, después de la marcha del Sr. Onesimo de la empresa titularidad de NORTH: 1º el Sr. Onesimo pasó a desarrollar las mismas funciones de jefe de ventas en GOYCASA; 2º GOYCASA resolvió su relación de distribución de productos en Cataluña con NORTH; 3º las empresas extranjeras KETTLITZ, HYDRO POLYMERS, HOS-TECHNIK y SICA resolvieron también sus respectivas relaciones comerciales de agencia y distribución de sus productos en España con NORTH, y la encomendaron, a partir del año 2006, a GOYCASA (actualmente denominada NIKASA).

TERCERO: La demanda imputa al demandado actos de competencia desleal que sin mucha precisión incardina en el art. 14 LCD. Parece que se refiere a la inducción a la infracción de deberes contractuales básicos, del apartado primero, pero en algún momento de la demanda, genéricamente, se refiere también al apartado 2 de dicho art. 14 LCD.

El art. 14 LCD, como recuerda la STS 23 de mayo de 2007, "comprende tres modalidades de ilícito competencial consistentes en la inducción a la infracción de los deberes contractuales (ap. 1), la inducción a la terminación regular del contrato (ap. 2) y el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena (figura ésta que se recoge con la anterior en el ap. 2, pero que no se corresponde con la rúbrica del precepto que se refiere a "inducción a la infracción contractual"). La modalidad del apartado uno sólo exige la inducción, en tanto las otras dos modalidades requieren que, además, concorra alguna de las circunstancias que expresa".

En realidad, respecto de la primera modalidad, no sólo es preciso acreditar la inducción, sino, lo primero de todo, si ha existido una infracción de deberes contractuales básicos por parte de terceros. Ha quedado acreditado que, cuando menos cinco entidades tenían relaciones comerciales de agencia y distribución con NORTH antes de que el Sr. Onesimo dejara de ser su jefe de ventas: GOYCASA, KETTLITZ, HYDRO POLYMERS, HOS-TECHNIK y SICA. También consta acreditado que estas relaciones de agencia y distribución cesaron a finales de 2005, coincidiendo con la marcha del Sr. Onesimo. E igualmente se ha demostrado que GOYCASA, empresa para la que empezó a trabajar como jefe de ventas el Sr. Onesimo, asumió la distribución y representación de productos de las otras entidades (KETTLITZ, HYDRO POLYMERS, HOS-TECHNIK y SICA).

Qué duda cabe que si GOYCASA dejó de distribuir sus productos en Cataluña a través de NORTH, fue porque contrató al Sr. Onesimo, quien se encargaría a partir de entonces de hacerlo dentro de su propia organización empresarial; y que si KETTLITZ, HYDRO POLYMERS, HOS-TECHNIK y SICA traspasaron su representación de NORTH a GOYCASA fue porque el Sr. Onesimo pasó de una empresa a otra, pues, en realidad, como se desprende de la carta remitida por SICA, para la distribución de sus productos se fiaban sobre todo de la relación que el Sr. Onesimo tenía con los clientes o destinatarios finales de los mismos. En este sentido también es muy significativa la declaración de Heinz Schwarz, representante de HOS-TECHNIK, cuando afirma que decidieron no continuar trabajando con NORTH, y pasar a hacerlo con GOYCASA, a petición del Sr. Onesimo, que "era o iba a ser el Director Comercial" (f. 556).

Podríamos discutir si ello supone o no una inducción a la resolución de sus relaciones contractuales con NORTH, pero, en cualquier caso, para que la simple inducción pueda encuadrarse dentro del apartado 1 del art. 14, es preciso que se acredite que la resolución de aquellas relaciones contractuales ha supuesto una infracción de deberes contractuales básicos, de lo cual nada concreto se afirma en la demanda ni durante el proceso se acredita. La actora debería haber analizado cada relación contractual en concreto, para hacer ver qué deberes contractuales en concreto fueron infringidos por cada uno de aquellos comitentes al resolver sus respectivas relaciones contractuales. No corresponde a este tribunal presumir estos extremos, porque ello, entre otras consecuencias, traería consigo colocar a la otra parte en una situación de indefensión, ya que no habría podido alegar y acreditar la inexistencia de esas "concretas" infracciones de deberes contractuales básicos. Dicho de otro modo, la mera resolución de los contratos de agencia y distribución, que es lo que ha quedado probado, junto a las razones de dicha resolución, no tiene que suponer por sí ninguna infracción contractual por parte de los comitentes. La actora debía justificar por qué supusieron una infracción contractual y no lo ha hecho.

CUARTO: De las otras dos modalidades, la inducción a la terminación regular del contrato y el aprovechamiento en

beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena, debemos descartar esta última, pues la demanda se refiere siempre a la inducción, y porque ya hemos advertido en el fundamento jurídico anterior que no ha quedado acreditada la infracción contractual ajena.

Por lo que respecta a la inducción a la terminación regular del contrato, para que pueda considerarse acto de competenciales desleal, debe ir acompañada de alguna circunstancia especial que haga desmerecer la conducta, como, por ejemplo, que se hubiera realizado mediando engaño o la intención de eliminar del mercado a NORTH, u otra análoga. Pero estas circunstancias deben ser apuntadas y justificadas por la actora, y en la demanda tan sólo se hace una referencia ligera al comienzo de la página 3: el demandado, " con su actuación induce a los clientes de mi mandante a resolver los contratos de agencia y distribución, que en exclusiva tenían suscritos con ella, tal y como se probará con la documentación que se aporta en la presente demanda; tratando de esta manera eliminar a mi mandante como competidor en el mismo segmento del mercado, actuando por ello con una evidente mala fe ".

Es un hecho acreditado y documentado que NORTH, al perder la representación y distribución de empresas como las citadas (GOYCASA, KETTLITZ, HYDRO POLYMERS, HOS-TECHNIK y SICA), perdió su negocio y devino en situación de insolvencia, siendo más tarde declarada en concurso de acreedores. Pero el hecho de que esta inducción a empresas extranjeras a la terminación de sus relaciones contractuales con NORTH, por parte del Sr. Onesimo , llevara consigo a la postre la eliminación del mercado de NORTH no significa que fuera ese el fin primordial buscado con la inducción a la resolución de relaciones contractuales. Contando con la dificultad de conocer la finalidad de una conducta, puede advertirse que la inducción a la terminación de esas relaciones contractuales no concluía allí, sino que iba encaminada a continuar la distribución de productos con otra sociedad española, GOYCASA. Lo que se perseguía de manera inmediata no era la eliminación del mercado de NORTH, sino que aquellas empresas pasaran a distribuir sus productos a través de otra empresa. El matiz tiene su importancia, pues no se reprueba la captación de clientes que antes lo eran de otra sociedad, mediante la inducción a que terminen sus respectivas relaciones contractuales con esta última, buscando con ello el beneficio propio, sino que, sin beneficio directo propio, lo único que se persiga provocando la resolución del contrato sea colapsar a la competidora y eliminarla del mercado. En nuestro caso, está claro que el demandado si persuade a las empresas extranjeras que antes distribuían en España sus productos a través de NORTH, de que dejen de hacerlo con ella y que pasen a hacerlo con otra sociedad, a la cual él mismo se incorpora, no es con el objeto principal de eliminar a NORTH del mercado, aunque a la postre esto ocurra, sino para beneficiarse de la distribución y representación de aquellas empresas, a través de otra sociedad.

Por otra parte, conviene no perder de vista que si estas empresas extranjeras dejan de confiar la representación y distribución de sus productos a NORTH y la traspasan a GOYCASA es porque de quien se fían y en quien confían para el éxito de la distribución de sus productos en España es del Sr. Onesimo , en atención a su estrecha relación con los clientes destinatarios de los productos. En esto consistiría la inducción, y en cualquier caso, aunque ello hubiera llevado aparejado la terminación regular de relaciones contractuales, no concurre ninguna circunstancia que motive la deslealtad.

QUINTO: La demanda y el recurso hacen referencia al art. 5 LCD . La demanda no argumenta con claridad por qué la conducta expuesta sería contraria a las exigencias de la buena fe y, por lo tanto, encuadrable en el art. 5 LCD . Tan sólo en los fundamentos jurídicos se hace la siguiente referencia: " el comportamiento del demandado representa una actitud de incumplimiento de la Ley, con pleno conocimiento de causa sobre los graves perjuicios a mi representada, por lo que desde el punto de vista procesal, ha de ser juzgado tal comportamiento como revelador de mala fe " (p. 12 de la demanda). No especifica en qué consiste el reseñado incumplimiento de la Ley, pues en la demanda, al margen de la Ley de Competencia desleal y, en concreto del art. 14 , no se menciona ninguna otra infracción. Y si lo que pretende es calificar la conducta de contraria a la buena fe por haber infringido el art. 14 LCD , entonces deberemos recordar la naturaleza que la jurisprudencia otorga al art. 5 LCD .

Como recuerda la STS 8 de octubre de 2007 , con cita de otras anteriores [SS de 24 de noviembre de 2006 (RJ 2007/262) y 23 de marzo de 2007 (RJ 2007/2317)], la cláusula general del artículo 5 LCD "no formula un principio abstracto que sea objeto de desarrollo y concreción en las normas siguientes, en las que van a ser tipificados los actos o comportamientos de competenciales desleal en particular, sino que establece una verdadera norma jurídica en sentido técnico, esto es, lo que la doctrina ha calificado como "una norma completa de la que derivan deberes jurídicos precisos para los particulares, tal y como sucede con el artículo 7.1 del Código civil (LEG 1889, 27)" . La cláusula general tipifica un comportamiento de competenciales desleal, dotado de sustantividad frente a los actos de competenciales desleal que la Ley ha estimado tipificar en concreto. Ello obliga al actor a concretar la razón por la cual

un determinado comportamiento contradice la exigencias de la buena fe, sin que sirva acumular la mención del precepto junto a la de otros tipos específicos de la Ley Competencia Desleal, en este caso los previstos en el art. 14 LCD , que es a la postre lo que el actor hace en su demanda.

Es cierto que en el recurso de apelación, al denunciar un error en la valoración de la prueba remitida por la TGSS, se hace alguna mención a la circunstancia de que el hecho de causar baja voluntaria en NORTH y en tres días laborales pasar a trabajar para GOYCASA supondría un acto contrario a la buena fe, pues es seguro que estando trabajando para NORTH habría negociado con GOYCASA su marcha. En sí mismo, no puede exigirse a un trabajador o directivo estar en paro o haber resuelto su relación laboral con una empresa, para empezar a negociar con otra su contratación. Es una práctica, no viciada en sí misma, que un trabajador, prestando servicios para una empresa, fuera del horario laboral y sin aprovecharse de sus medios, pueda buscarse otras perspectivas de trabajo. La deslealtad no puede basarse en esto, sino que hubiera podido radicar, como en otros casos, en el aprovechamiento del esfuerzo ajeno, pero nada de ello se adujo de forma mínimamente articulada en la demanda, y por ello no podemos entrar a juzgarlo.

SEXTO: Desestimado el recurso de apelación, procede imponer las costas de esta alzada a la parte apelante, de conformidad con el art. 398.1 LEC .

El Sr. Onesimo impugna la sentencia porque no está de acuerdo con la no imposición de costas, a pesar de que la demanda fue desestimada íntegramente. No le falta razón cuando argumenta que el único criterio legal para dejar de imponer las costas es la apreciación, por el tribunal, de serias dudas de hecho o de derecho. La sentencia no refiere la concurrencia de tales dudas, ni este tribunal las advierte mínimamente consistentes como para no imponer las costas.

FALLO

ODESESTIMAR el recurso interpuesto por la representación procesal de ONORTH, S.A. contra la Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona de 22 de 0septiembre de 2009, cuyo fallo consta transcrito en el hecho primero, y estimamos la impugnación formulada contra dicha sentencia 0por Onesimo ; y 0CONFIRMAMOS íntegramente la sentencia recurrida, con la única salvedad de condenar al pago de las costas de la primera instancia a la parte actora. También imponemos las costas generadas por su recurso de apelación a la parte apelante, sin que proceda hacer expresa condena respecto de la impugnación0.0

0

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas preparar recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los cinco días siguientes al de su notificación conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.0

Firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por ésta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, celebrando audiencia pública; doy fe.

Marginal: 2314391

Nº Resolución: 125/2010

Nº Recurso: 124/2009

Tipo: Sentencia

Jurisdicción: Civil

Fecha: 22/12/2010

Tribunal: Juzgado de lo Mercantil de Madrid

Sala:

Sección:

Procedimiento: Apelación, Concurso de acreedores

Ponente: ANA MARIA GALLEGO SANCHEZ

A favor de: Actor

Resumen CONTRATOS DE CESIÓN DE SUPERFICIE Y DE ARRENDAMIENTO DE ESTACIÓN DE SERVICIO Y DE EXCLUSIVA DE SUMINISTRO.- Vinculación entre ellos, por existir una causa negocial común.- La infracción del art.81 TCE, conlleva la nulidad de todo el grupo de contratos.-

Se estima la demanda interpuesta en reclamación de nulidad de contrato de cesión de superficie y de contrato de arrendamiento de estación de servicio y exclusiva de suministro.

La Sala declara que el contrato complejo suscrito entre las partes, está vinculado a un contrato tan típico como el de constitución de un Derecho real de superficie por cuanto las cláusulas o estipulaciones de ambos contratos formalmente independientes, tienen una causa negocial común, determinando que lo interpretado o resuelto en uno comprometa el otro, puesto que uno y otro son consecuencias de un proyecto causal único en términos de art. 1.274 CCiv E.D.L. 1889/1.

La resultancia de esto es que la catalogación del contrato de exclusiva desde el Derecho europeo de defensa de la competencia, trasciende al contrato de adquisición del superficie, cuya función es permitir durante un largo lapso temporal, tal que justifique el precio y la inversión comprometida, la exclusiva de suministro para una empresa preexistente.

Y en el presente caso, la infracción del art. 81 TCE, conlleva la nulidad, tanto del contrato de cesión del Derecho de superficie, como del contrato de arrendamiento de industria y exclusivo de venta.

JDO. DE LO MERCANTIL N. 12

MADRID

SENTENCIAS 00125/2010

Procedimientos PROCEDIMIENTO ORDINARIO 124 /2009

Sobre OTRAS MATERIAS

De D/ña. Ricardo TAYGRAO S.L.

Procurador/a Sr/a. DAVID GARCIA RIQUELME, DAVID GARCIA RIQUELME

Contra D/ña. REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS S.A.

Procurador/a Sr/a. JOAQUÍN FANJUL DE ANTONIO

SENTENCIA

En Madrid, a 22 de diciembre de 2010.

Doña Ana María Gallego Sánchez, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil N.º 12 de Madrid y su Partido, habiendo visto los presentes autos de Juicio Ordinario seguidos en este Juzgado al número 124/2009 a instancia de La mercantil TAYGRAO, S.L. y DON Ricardo, representados por el Procurador Don David García Riquelme y bajo la Dirección Letrada de Don Alfredo Hernández Pardo, Doña Susana Beltrán Ruíz y Don Gonzalo Grandes Hernández, contra la entidad mercantil REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A., representado por el Procurador Don Joaquín Fanjul de Antonio y bajo la Dirección Letrada de Doña Mercedes Villarrubia García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 3 de marzo de 2009, la mercantil TAYGRAO, S.L. y DON Ricardo, representados por el procurador Don David García Riquelme, formularon demanda de Juicio ordinario frente a la entidad mercantil REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A.

SEGUNDO.- Por Auto se admitió a trámite la demanda, dándose traslado de la misma a la parte demandada.

TERCERO.- La entidad mercantil REPSOL COMERCIAL de PRODUCTOS PETROLIFEROS, S.A. contestó a la demanda, oponiéndose a la misma.

CUARTO.- Señalada la audiencia, se celebró con la comparecencia de la debida representación y defensa de la parte actora y de la demandada, en ella la partes propusieron las pruebas que tuvieron por conveniente,

declarándose la pertinencia de diversa documental , testifical y pericial, del modo que consta en el acta y soporte audiovisual.

QUINTO.- La vista del Juicio Ordinario tuvo lugar el 13 de julio de 2010 y en ella se practicó la prueba declarada pertinente y se concluyó por las partes, quedando los autos pendientes de la práctica de Diligencia Final.

SEXTO.- En la sustanciación del procedimiento se han observado todas las prescripciones legales , salvo algunos plazos y términos procesales, debido a la propia complejidad del asunto así como la carga de trabajo de este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La mercantil TAYGRAO, S.L. y DON Ricardo formulan demanda de Juicio Ordinario frente a la entidad mercantil REPSOL COMERCIAL de PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A, en aplicación de los artículos 81. 1 y 2 del Tratado CE y del Reglamento CE nº 2790/99 y suplica Sentencia por la que:

- Declare, que el pacto de suministro en exclusiva contenido en el contrato de arrendamiento de estación de servicio y exclusiva de suministro de 1 de julio de 1997 suscrito por las partes, infringe el art. 81.1 del Tratado CE .
- Declare, en aplicación del art. 81.2 del Tratado CE la nulidad del Contrato Privado de cesión de superficie de 17 de enero de 1994, de la Escritura Publica de Cesión de Derechos de Superficie de 7 de abril de 1995 y del contrato de arrendamiento de estación de servicio y exclusiva de suministro de 1 de julio de 1997, desde el 1 de enero de 2002.
- Declare , en consecuencia , la obligación de TAYGRAO, S.L. de reintegrar a REPSOL la parte proporcional del precio pagado por el Derecho de superficie correspondiente al periodo no disfrutado y la parte de inversión en la construcción de la estación de la estación de servicio no amortizada, en la cantidad que provisionalmente (por cuanto al día de la fecha mi mandante continúa vinculada con REPSOL) se fija en 427.380,28 euros.
- Como consecuencia de la infracción del art. 81 del Tratado CE por parte de REPSOL , se condene a la demandada a indemnizar a TAYGRAO, por los daños y perjuicios ocasionados, con la cantidad que habrá de ser fijada en el periodo de ejecución de Sentencia , y a la vista de los que se practicará en el periodo probatorio, y cuyas bases, conforme a lo dispuesto por el art. 219 LEC, resultará de multiplicar el número de litros anuales suministrados por REPSOL a TAYGRAO desde el 1 de enero de 2002 hasta el día 4 de enero de 2010, por la diferencia media anual existente, para cada periodo, entre el precio medio anual de los suministros fijados por REPSOL a TAYGRAO (deducidos el importe de los Impuestos y de las comisiones) y los precios de venta medios anuales aplicados por otros proveedores del mercado debidamente autorizados a estaciones de servicio sin bandera y/o con contratos de suministros en exclusiva en régimen de reventa referenciado a Platt,s ubicadas en la Comunidad Valenciana. Cantidad resultante que habrá de ser incrementada con los intereses correspondientes.
- Además de la condena en costas a la demandada.

Teniendo en cuenta que en el acto de la Audiencia previa, se desistió del punto cuarto del suplico y se modifico el punto quinto.

En efecto , tal parte aduce la práctica contraria a las normas que rigen la competencia en que incurre REPSOL, contraviniendo reiteradamente , desde el 1 de enero de 2002 el art. 81.1 del Tratado CE . En concreto denuncia la práctica de exceder los límites de duración exigidos por las cláusulas de no competencia, sin que REPSOL procediera a la preceptiva adaptación de la misma en los términos y plazos exigidos por el Reglamento CE nº 2790/99 . Según tal parte, la consecuencia de esta no adaptación resulta ser la nulidad ex art. 81.2 del Tratado C.E. .. Finalmente alega que se le han ocasionado, en consecuencia, daños y perjuicios.

La demanda se opone a la demanda y suplica Sentencia desestimatoria de lo petitionado por la parte actora.

En primer lugar, aduce que el Contrato de arrendamiento de Estación de Servicio y Exclusiva de Suministro cumple las disposiciones del Derecho comunitario, tanto las previstas en el Reglamento CE Nº 1984/83, como las del posterior Reglamento Comunitario el nº 1790/99 .

También entiende que la eventual declaración de nulidad pretendida por la parte actora jamás podría alcanzar al Derecho de superficie.

Asimismo entiende que la duración pactada para la exclusiva del suministro es plenamente válida y ajustada a Derecho , atendiendo al dato de que REPSOL es titular del Derecho de superficie sobre los terrenos sobre los que está construida la estación de servicio, como a la inversión efectuada.

SEGUNDO.- La acción deducida por DON Ricardo se asienta en el denominado Derecho de la competencia, que tiene por objeto , en sucintos términos, garantizar jurídicamente, mediante un marco de prohibiciones, en el

mercado común de bienes, productos y servicios, la libertad concurrencial entre los diferentes empresarios oferentes de aquellos, con el fin de obtener la mayor eficiencia económica por competencia en las ofertas presentes en el mercado, en beneficio del propio sistema económico general y de los consumidores.

En concreto, tal parte alega afectación significativa de la competencia, desde la perspectiva del mercado comunitario. Se aduce que la concreta práctica denunciada es la de exceder los límites de duración exigidos para las cláusulas de no competencia, sin que REPSOL procediera a la preceptiva adaptación de la misma en los plazos y términos exigidos por el Reglamento (CE) N° 2790/99.

Las normas de defensa de la competencia se articulan en un doble sistema de fuentes, uno nacional, contenido básicamente por la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) y otro el comunitario europeo, basado en los arts. 81 y 82 TCEE, que disciplinan, en sus respectivos ámbitos, los diferentes aspectos del Derecho de la competencia, como son, en primer lugar, la represión de práctica colusorias entre empresas, o autorización de ciertas colusiones en supuestos excepcionales, en segundo lugar, la prohibición del abuso de posición de dominio, en tercer término, el control sobre concentraciones económicas, y en cuarto y último lugar, el control sobre ayudas públicas a ciertas actividades económicas concurrenciales.

Por tanto, la cuestión litigiosa se centra fundamentalmente en si el contrato enjuiciado es contrario al Derecho europeo de la competencia, y en concreto al art. 81.1 TCE y la normativa que lo desarrolla.

Aún cuando se han producido cambios por el Tratado de Lisboa en la nomenclatura del Tratado Constitutivo de la comunidad Europea (TFUE), también en la numeración (art. 101 TFUE), la presente Resolución se va a referir a las antiguas denominaciones y numeración, tal y como se aluden por las partes y siguiendo lo explicitado por la sentencia de la Iltma. AP. de Madrid, Sección 28ª, de fecha 30 de marzo de 2010.

La delimitación del ámbito de aplicación entre las normas nacionales y las comunitarias viene determinado por el criterio de afectación al mercado común constituido en la UE por el art. 2 TCEE, esto es, que la práctica comercial o económica objeto de examen a la luz de esta normativa, afecte o no al comercio entre los Estados miembros de la UE, tal cual refieren los arts. 81 y 82 TCEE. No puede confundirse este criterio con la exigencia de que en la práctica concurren en efecto relaciones jurídicas transfronterizas, sino que aún manteniéndose la afectación dentro de un solo Estado, cuando ésta abarque una parte sustancial de tal mercado nacional de modo que pueda tener influencia directa o indirecta en la libre circulación de bienes o servicios entre los Estados miembros, se estará ante un supuesto de aplicación del Derecho comunitario. Es decir, aquella regla de afectación se ha de interpretar en un sentido amplio, como indican las SsTJCE 1 de febrero de 1978 a. Miller, 29 de octubre de 1980 a.

Landewyck, o de 17 de julio de 1997 a. Ferriere Nord.

En este sentido cabe traer a colación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 16 de octubre de 2009: SEGUNDO.- Idénticas cuestiones a las planteadas en el presente litigio han sido resueltas recientemente por este Tribunal en sendas Sentencias de 23 de enero de 2009 EDJ 2009/15763 EDJ 2009/15764 por lo que se seguirá lo en ellas razonado para el enjuiciamiento del presente.

El artículo 81.1 del Tratado CE establece el principio general prohibitivo de los pactos colusorios entre empresas, es decir, de cualquier entendimiento entre éstas que puedan dar lugar a una eliminación o restricción de la competencia. Los requisitos para que opere la prohibición son los siguientes: 1º) que medie un entendimiento entre dos o más empresas; 2º) que con ello se afecte al comercio entre los Estados miembros de la CE (que la posible restricción de la competencia consecuencia de los actos colusorios pueda afectar al comercio entre los Estados miembros de la Comunidad Europea - Comunicación de la Comisión 2004/C 101/08 sobre directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los arts. 81 y 82 del Tratado, DOCE de 27 de abril de 2004); y 3ª) que el mencionado entendimiento entre empresas tenga por objeto o produzca el efecto de restringir la competencia o alterar el funcionamiento normal del sistema competitivo, de forma objetiva, por lo que se exige una restricción sensible, es decir, de cierta significación (deberá tratarse, en cualquier caso, de actos con un efecto relevante sobre el mercado, de modo que al analizar las posibles restricciones verticales a la competencia, como podría serlo en el caso objeto de litigio, es fundamental poder llegar a la conclusión de que la restricción afecte o pueda afectar a la competencia en el mercado en sentido objetivo, no bastando con constatar que un contrato de suministro en exclusiva no cumpla los requisitos del Reglamento de exención por categorías - en lo que se refiere a este litigio el Reglamento 1984/83 o el reglamento 2790/99 - para poder aplicar el artículo 81.1 del TCE y declarar por ese motivo la nulidad de la operación; porque la prohibición de colusiones sólo se aplica cuando ello puede producir una restricción sensible en el mercado - Comunicación de 22 de diciembre de 2001, de minimis, relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible, DOCE C 368).

Para analizar el requisito de la afectación del comercio comunitario, debemos recordar también la Sentencia de la Sección 28 de la AP de Madrid de 22 de enero de 2008, que el TJCE , en Sentencias de 30 de junio de 1966, caso *Société Technique Minière*, asunto 56/65, de 29 de octubre de 1980, caso *Van Landewyck/Comisión*, asuntos acumulados 209/78 a 215/78 y 218/78, apartado 170, de 11 de julio de 1985 , caso *Remia BV* y otros contra la Comisión de las Comunidades europeas, asunto 42/84, apartado 22, y de 17 de julio de 1997, caso *Ferriere Nord SpA* contra Comisión de las Comunidades Europeas, asunto C-219/95 p, apartado 20 EDJ 1997/15439 había señalado que "para que una decisión, acuerdo o práctica concertada pueda afectar al comercio entre Estados miembros, debe permitir prever con un grado de probabilidad suficiente , sobre la base de un conjunto de elementos de Derecho o de hecho, que pueden ejercer una influencia directa o indirecta, actual o potencial , en los flujos de intercambios entre Estados miembros, hasta el punto de hacer temer que puedan obstaculizar la realización de un mercado único entre los Estados miembros,". Esta línea jurisprudencial ha sido recogida posteriormente en el apartado 23 de las directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los arts. 81 y 82 TCE, de la Comunicación de la Comisión de 27 de abril de 2004 (2004/C 101/07).

Aunque los contratos de abanderamiento y suministro de productos petrolíferos tienen por lo general ámbito local, se ha considerado que producen efectos sobre el comercio entre Estados miembros. Como señala la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de marzo de 2005 EDD 2005/337613, los acuerdos de exclusiva contenidos en los contratos de abanderamiento "pueden operar como barreras de entrada al comercio en un Estado Miembro , siendo igualmente aplicable el art. 81.1 TCE ". El TJCE, en la Sentencia de 18 de marzo de 1970, asunto 43/69, ya admitió que un acuerdo entre empresas que contuviera restricciones de la competencia podía afectar al comercio entre Estados pese a que participasen en tal acuerdo empresas de un solo Estado miembro, y el acuerdo no afectase a las importaciones ni a las exportaciones entre Estados miembros. También el TJCE ha examinado con frecuencia la posible incompatibilidad con el Derecho comunitario de la competencia de contratos destinados a producir sus efectos en un solo Estado miembro sin descartar que pudieran quedar afectados por la nulidad de pleno Derecho del art. 81.1 - antiguo 85.1 TCE- , como es el caso de las Sentencias de 10 de noviembre de 1993 , caso *Petróleos de Portugal*, asunto C-39/92 EDJ 1993/14705 (que versa justamente sobre una cuestión prejudicial en relación a la posibilidad de exención de una cláusula de exclusiva en el suministro de carburantes en un contrato suscrito entre una distribuidora de carburantes y el titular de una estación de servicio, en base a los arts. 10 y siguientes del Reglamento 1984/83), o de 30 de abril de 1998, caso *Cabour*, asunto C-230/96 EDJ 1998/4186. Tanto más cuando según la jurisprudencia representada por la Sentencia parcialmente transcrita, y que ha servido para la elaboración de la Comunicación de la Comisión de 27 de abril de 2004, sobre Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado (2004/C 101/07), basta con que esta influencia o afectación sea potencial , no necesariamente real, o indirecta, no necesariamente directa.

Por tanto, no se puede ignorar que la posible restricción de la competencia consecuencia de los pretendidos actos colusorios podría afectar al comercio entre los Estados miembros de la Comunidad Europea (Comunicación de la Comisión 2004/C 101/08 sobre directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los arts. 81 y 82 del Tratado, DOCE de 27 de abril de 2004), atendiendo a la interpretación flexible de tal requisito, lo que significa admitir que una restricción que se realiza solamente dentro del territorio de un único Estado, como ocurriría en el caso objeto de este litigio, pudiera afectar al comercio entre los Estados miembros porque influyese en la posibilidad de importar un producto o por el riesgo que supone de compartimentar el mercado común. Por otra parte , son ya numerosas las resoluciones dictadas por este tribunal en las que, planteándose la nulidad de contratos de suministro en exclusiva de carburantes entre las compañías petroleras y una estación de servicio, se examina la relación a la luz del artículo 81 del Tratado y de su Derecho derivado por entender que concurre el presupuesto para su aplicación aquí analizado. Así , podemos citar, entre otras, las Sentencias de esta Sección 28ª de la AP de Madrid de 27 de octubre de 2006, 16 de noviembre de 2006 EDJ 2006/342850 , 31 de enero de 2007 EDJ 2007/64137, 6 de febrero de 2007, 22 de enero de 2008 y 3 de diciembre de 2008 E.D.J. 2008/300526".

TERCERO.- Veamos, con fecha de 17 de enero de 1994, Don Ricardo y REPSOL suscribieron el contrato privado de cesión de Derecho de superficie sobre terrenos y construcción de estación de servicios. De forma que se constituyó un Derecho de superficie sobre los terrenos propiedad de Don Ricardo a favor de REPSOL, con una duración de 40 años a contar desde la puesta en marcha de la estación de servicio a construir (Cláusula Primera Apartado a). En cuanto al canon superficiario , el mismo sería e 100.000 pesetas. Asimismo tal contrato contenía el compromiso por parte del ahora actor de construir sobre la finca una estación de servicio, que sería costeada por REPSOL , a precio alzado. También se pactó que, una vez construida la estación de servicio, la explotación de la

misma sería cedida al Sr. Ricardo o a la sociedad que éste constituyera por idéntico plazo que el Derecho de superficie.

Asimismo con fecha de 7 de abril de 1995, las partes suscribieron escritura pública de constitución de Derecho de superficie, cesión y venta de Derechos de construcción y licencia.

Finalmente, la sociedad constituida por Don Ricardo, TAYGRAO, S.L. y REPSOL suscribieron en fecha 1 de julio de 1997 contrato de arrendamiento de estación de servicio y exclusiva de suministro.

Obviamente y como después se expondrá, nos encontramos ante contratos que se hallan vinculados o coligados , formando una unidad de fin económico.

CUARTO.- Partiendo de tal situación fáctica , la actora aduce que nos encontramos ante un supuesto en que se produce una afectación significativa de la competencia. Así, habrá que estar a las exigencias que resultan de las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, concretamente de las Sentencias de los casos "Delimitis" (STJCE de 28 de febrero de 1991, asunto C-234/89) y "Neste" (STJCE de 7 de diciembre de 2000 , asunto C-214/99) EDJ 2000/37158.

Por tanto, la aplicabilidad de la prohibición contenida en el art. 81.1 TCE, en el caso de mercados difícilmente accesibles por la existencia de redes paralelas de acuerdos entre proveedores y distribuidores cuyas consecuencias sobre el mercado sean similares , depende de que el acuerdo esté suscrito por un proveedor cuya contribución al efecto acumulativo no sea insignificante, habida cuenta de su posición en el mercado (esto es, porque su cuota de participación en el mercado relevante no sea insignificante) y, además, de la duración de dichos contratos, que debe ser ponderada no con los plazos previstos en los Reglamentos de exención, como pretende la apelante, sino con "la duración media de los contratos generalmente celebrados en el mercado afectado". Se trata, pues , de dos requisitos cumulativos, de tal modo que si no se da el primero , huelga entrar a considerar si concurre el segundo. (S.A.P. de Madrid, sección 28, de fecha 16 de octubre de 2009)

Desde esta perspectiva cobra importancia la alegación de la importancia de la cuota de mercado que ocupa la demandada REPSOL, así un 42 %, alcanza el umbral requerido.

Con lo que cabe concluir que REPSOL ostenta una cuota de mercado suficiente para que la duración del pacto de exclusiva de suministro pueda afectar sensiblemente a la competencia.

QUINTO.- Como se ha indicado, se alega como infracción del Derecho de la libre competencia, la duración de los acuerdos contractuales que ligan a las partes. Y así, la parte actora considera que los acuerdos suscritos entre las partes infringen el art 81.1.1º TCE al convenirse el suministro de carburantes en exclusiva por un plazo de 40 años. De forma que debe recordarse que la actora suplica Resolución por la que se declare la nulidad del Contrato Privado de cesión de superficie de 17 de enero de 1994 , de la Escritura Pública de Cesión de Derechos de Superficie de 7 de abril de 1995 y del contrato de arrendamiento de estación de servicio y exclusiva de suministro de 1 de julio de 1997, desde el 1 de enero de 2002.

Partiendo de esa estructura compleja de la relación jurídica, la cuestión suscitada en torno a la duración del contrato debe analizarse de acuerdo a las previsiones del Reglamento CEE 1984/83 y del Reglamento CEE 2790/1999 .

Y así , el primero de ellos, en su artículo 10, declara "inaplicable el apartado I del artículo 85 del TCE a los acuerdos en los que sólo participen dos empresas y en los cuales una de ellas, el revendedor, se comprometa con la otra, el proveedor, como contrapartida de la concesión de ventajas económicas o financieras, a comprarle en exclusiva sus productos para su reventa en una estación de servicios". Ello no obstante el art 12 declara , a su vez, "inaplicable el artículo 10 a determinados tipos de acuerdo", entre los que se encuentran los "celebrados por una duración indeterminada o por más de 10 años" (apartado c/). Sin embargo el apartado segundo del citado artículo 12 expresamente dispone que "no obstante lo dispuesto en la letra c) del apartado 1, cuando el acuerdo se refiera a una estación de servicio que el proveedor haya arrendado al revendedor o cuyo usufructo le haya concedido de hecho o de Derecho, se le podrán imponer al revendedor las obligaciones de compra exclusiva y las prohibiciones de competencia contempladas en el presente título, durante todo el período durante el cual explote efectivamente la estación de servicio.

Así , en el caso que nos ocupa, la duración del suministro en exclusiva supera los 10 años; y la Sentencia del TSJCE de 2 de abril de 2009 (A. Total) , que resuelve la cuestión de competencia planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona, señala que ni en el articulado del Reglamento ni en su exposición de motivos se establece como requisito que el proveedor sea propietario tanto de la estación de servicio como del terreno en el que está construida (punto 52).

En cuanto a las ventajas económicas y financieras específicas reseñadas en el Reglamento 1984/83 , que

justifican la aplicación del Reglamento de exención, evitando que la práctica comercial caiga en la prohibición general, la Sentencia de 11 de septiembre de 2008 (asunto CEPSA) señala que "estas ventajas deben no sólo ser importantes para justificar una exclusividad en el suministro de una duración de 10 años -o superior, en caso de cesiones en usufructo o arrendamiento por parte del proveedor-, sino que también "deben servir para mejorar la distribución, facilitar la instalación o la modernización de la estación de servicio y reducir los costes de distribución".

Respecto de ello, REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS SA ha aportado el anexo al contrato de fecha 7 de mayo de 1997 (documento nº 14 de la contestación a la demanda) donde consta el acuerdo referente a que el importe total de la inversión en la construcción de la estación de servicio alcanzaría la cifra de 459.141,81 euros. Asimismo se aducen otras inversiones posteriores en tal estación de servicio, acompañándose facturas acreditativas de éstas y el documento nº 13 en el que la demandada cifra sus inversiones en la estación de servicio en la cantidad de 329.083,62 euros.

Tal cifra representa una importante cantidad en aquella fecha, cuantía fundamental para la puesta en marcha de la actividad económica desarrollada en la estación de servicio, permitiendo en condiciones correctas su acceso al mercado de la venta de carburante para automoción, con edificación de los elementos fundamentales de inmovilizado material de la misma.

Es decir, aquella inversión permitió a TAYGRAO, S.L. ingresar con éxito en el mercado de esta clase de producto, supuso el desembolso para hacerse con una infraestructura adecuada para esa clase de empresa y además ha permitido ejercerla con eficiencia durante más de 10 años. Estos indicios evidencian, art. 386 LEC, que se trató de una inversión suficientemente relevante e importante para superar los límites temporales Impuestos al pacto de exclusiva en el Reglamento 1984/83, sin que por TAYGRAO, S.L. y DON Ricardo se haya alegado ni acreditado lo contrario.

Pese a esa consideración, de que la inversión efectuada es de tal cuantía e importancia estratégica que permite cobijarla en la excepción a la excepción del citado Reglamento 1984/83, la situación cambia con el Reglamento 2790/1999, de la comisión, de 22 de diciembre de 1999, cuyo artículo 5, apartado a), excluye de la exención prevista en el artículo 2. a los acuerdos verticales que contengan cláusulas de no competencia cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años. Aún cuando el mismo precepto establezca que dicho límite temporal no se aplicará "cuando los bienes o servicios contractuales sean vendidos por el comprador desde locales y terrenos que sean propiedad del proveedor", la Sentencia del TSJCE de 2 de abril de 2009 obliga a realizar una interpretación literal del precepto, al señalar que "a efectos de la aplicación de la excepción que prevé el artículo 5, letra a), se exige que el proveedor sea propietario tanto de la estación que arrienda al revendedor como del terreno sobre el que aquélla está construida o que, en el caso de no ser propietario los arriende a terceros no vinculados con el revendedor" (puntos 66 y 69). (Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid de fecha 9 de febrero de 2010).

Al respecto de lo anterior ya se expuso la relación societaria existente entre las entidades TAYGRAO, S.L. y DON Ricardo, una propietaria del terreno y constitutiva del Derecho de superficie, y la otra cesionaria del arrendamiento de industria, que no cabe, a estos estrictos fines de aplicación del Derecho de la competencia, sino considerarlas como una unidad de actuación, como expresamente refiere la STS 5097/2009, de 30 de julio, pte. Maximiliano, al tratar un supuesto prácticamente idéntico en este punto, "examinadas las alegaciones de las partes y las circunstancias concurrentes se aprecia la existencia de importantes vínculos entre las empresas aclaras, las que por los lazos de parentesco próximo entre los comPonentes (padre e hijos) se pueden calificar de familiares o cerradas, coincidiendo además la identidad de objeto y que las facultades de administración se concentren en una persona que es precisamente el cabeza de la familia, siendo prácticamente irrelevantes las diferencias de composición accionarial y relativas a la Administración sufridos a lo largo de su existencia. Por consiguiente, el reducido número de socios, los vínculos de parentesco y la unidad negocial, cualesquiera que fueren los móviles para establecer y mantener la dualidad societaria, revelan que existe una vinculación entre las empresas con recíproco y absoluto control de una respecto de la otra. Hay Comunidad de intereses, identidad de objetivos, unidad de dirección y de decisión y control único. Entenderlo de otro modo implicaría consagrar construcciones artificiales que, en lo que aquí respecta, podrían permitir burlar la restricción de la normativa comunitaria europea en relación con Derecho de la competencia (ap. 59, "in fine", Comunicación de la Comisión de 13 de octubre 2000 sobre Directrices en relación Rto. CE 2790/1999, de 22 dic.). Y teniendo en cuenta que ha transcurrido el plazo de adaptación previsto en el Reglamento -hasta el 31 de diciembre de 2001 -, es evidente que a partir de dicha fecha los acuerdos suscritos entre las partes también infringen el artículo 81.1º del TCE en lo relativo a la duración de la

exclusiva, como supuesto de invalidez sobrevenida.

SEXTO.- El efecto prevenido en Derecho para la infracción del art. 81.1º TCE es la nulidad de pleno Derecho de los acuerdos prohibidos, todo ello de conformidad con el apartado segundo de dicho precepto, de forma coincidente con la consecuencia general prevista en el art. 6.3 CC, para los actos que infrinjan las normas prohibitivas o imperativas.

En el caso que nos ocupa, la demandada aduce que "la causa en las que se basa la demanda para solicitar la declaración de nulidad no se deriva de la escritura de constitución a favor de nuestra mandante del Derecho de Superficie, sino únicamente del contrato de arrendamiento de industria y exclusiva de suministro", por lo que concluye que "la eventual estimación de esta pretensión de nulidad nunca podría alcanzar al Derecho de superficie del que nuestra mandante era titular.

Ahora bien, el conjunto de contratos firmados entre parte actora y demandada conforman un ejemplo de contratos vinculados, de modo que la invalidez o validez debe predicarse del conjunto, así como la de alguna de sus cláusulas influye o afecta al otro contrato en que puede no hallarse.

De forma que, constatada la unidad de interés económico social que perseguían las partes al concertarlos, se produce un fenómeno de causa negocial compleja única.

En su día se dijo: "Los contratos complejos toman elementos de distintos tipos contractuales, atípicos o no, y lo importante es tener en cuenta que la jurisprudencia no auspicia una tesis de absorción o prevalencia de uno sobre otro para su interpretación y aplicación, sino la utilidad de las normas y principios generales del Derecho de la contratación. En ocasiones, se trata el tipo mixto como al complejo (STS de 2 de febrero de 2001), aunque es cabal diferenciar lo mixto de lo complejo, en éste que no pueden diferenciarse las dos o más relaciones jurídicas que se integran (SSTS de 26 de enero de 1994 o 20 de junio de 1998).

En cualquier caso, este contrato complejo está vinculado a un contrato tan típico como el de constitución de un Derecho real de superficie, por cuanto las cláusulas o estipulaciones de ambos contratos formalmente independientes, tienen una causa negocial común, determinando que lo interpretado o resuelto en uno comprometa el otro, puesto que uno y otro son consecuencias de un proyecto causal único en términos de art. 1.274 CCiv E.D.L. 1889/1. La resultancia de esto es que la catalogación del contrato de exclusiva desde el Derecho europeo de defensa de la competencia, trasciende al contrato de adquisición del superficie, cuya función es permitir durante un largo lapso temporal, tal que justifique el precio y la inversión comprometida, la exclusiva de suministro para una empresa preexistente". Siguiendo en este punto lo razonado en Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Nº 2 de Bilbao de fecha 31 de octubre de 2008.

En el presente caso, la infracción del art. 81 TCE conlleva la nulidad, tanto del contrato de cesión del Derecho de superficie, como del contrato de arrendamiento de industria y exclusivo de venta.

SÉPTIMO.- Aduciendo por la demanda la improcedencia de la demanda a la vista de lo resuelto por la Decisión de 12 de abril de 2006 y por la Jurisprudencia de la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid, cabe traer a colación la Sentencia del juzgado de lo Mercantil nº 8 de Madrid, de fecha de 9 de febrero de 2010: Alcance de la Decisión de 12 de abril de 2006 de la Comisión.

Se reseña por REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS SA que la relación jurídica que da lugar a la controversia del presente litigio ha sido objeto de examen por las Autoridades Europeas de la competencia, esto es, la Comisión Europea, la cual ha resuelto que el tipo de contrato que liga a aquella con TAYGRAO, S.L. Y DON Ricardo no infringe las normas de la libre competencia.

En efecto, se siguió el Expediente Comp/b-1/38.348 ante la Comisión Europea, que fue resuelto mediante Decisión de fecha 12 de abril de 2006, a la luz del Reglamento CE 1/2003. Pero dicha Decisión se adoptó en el marco precisamente del citado Reglamento CE 1/2003, norma comunitaria que expresamente faculta a los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación directa de los artículos 81 y 82 del Tratado. Es cierto que aquella Decisión de 12 de abril de 2006, analiza el mercado de referencia y evalúa las prácticas más controvertidas, si bien, a la vista de los compromisos asumidos por REPSOL, que le vinculan, de acuerdo con el artículo 9 del Reglamento, la Comisión da por concluido el procedimiento sin pronunciarse sobre la existencia de la infracción. Pero no es menos cierto que la Decisión de 12 de abril de 2006 no tiene más valor que el interpretativo, a tomar en consideración para analizar los acuerdos impugnados y nada impide a los órganos jurisdiccionales nacionales considerar que la red de acuerdos de REPSOL sigue planteando problemas de competencia, por lo tanto, adoptar decisiones contra REPSOL respecto al mismo asunto al que se refiere la Decisión de la Comisión, es decir, la exclusión del mercado de referencia mediante contratos de exclusividad a largo plazo y el establecimiento de precios máximos de los carburantes.

Además, el examen de sometimiento de la relación jurídica que liga a las partes no queda limitado al contraste formal del texto del contrato con las normas reguladoras de la libre competencia, tal cual hace la Comisión en su Decisión de 12 de abril de 2006, sino a la valoración material de cuál es el verdadero desarrollo efectivo de las obligaciones de cada parte, y si en la práctica real la ejecución del contrato, ajustada o no a su texto, choca con las normas de libre competencia.

OCTAVO.- Una vez fijada que como consecuencia de los hechos arriba analizados lo procedente es la declaración de nulidad, el siguiente paso consistirá en determinar los concretos efectos inter partes de esa nulidad contractual. En efecto, la actora suplica que se condene a la demandada a indemnizar a TAYGRAO, por los daños y perjuicios ocasionados, con la cantidad que habrá de ser fijada en el periodo de ejecución de Sentencia, y a la vista de los que se practicará en el periodo probatorio, y cuyas bases, conforme a lo dispuesto por el art. 219 LEC, resultará de multiplicar el número de litros anuales suministrados por REPSOL a TAYGRAO desde el 1 de enero de 2002 hasta el día 4 de enero de 2010, por la diferencia media anual existente, para cada periodo, entre el precio medio anual de los suministros fijados por REPSOL a TAYGRAO (deducidos el importe de los Impuestos y de las comisiones) y los precios de venta medios anuales aplicados por otros proveedores del mercado debidamente autorizados a estaciones de servicio sin bandera y/o con contratos de suministros en exclusiva en régimen de reventa referenciado a Platt,s ubicadas en la Comunidad Valenciana. Cantidad resultante que habrá de ser incrementada con los intereses correspondientes.

En tal sentido, la liquidación de los efectos de la nulidad propuesta por la parte actora consistiría en la condena a la demandada al pago de los daños y perjuicios causados, que concreta en "la diferencia existente entre los precios efectivamente pagados por las Estaciones de Servicio de la actora (detráidas comisiones e Impuestos) a REPSOL en cumplimiento del contrato de arrendamiento de estación de servicio y exclusiva de suministro de 1 de julio de 1997, y los precios anuales que se acredite que fueron ofrecidos y/o abonados por otros operadores y/o suministradores autorizados a estaciones sin bandera y a revendedores en Platt,s de la Comunidad Valenciana, calculado sobre la totalidad de los litros de carburante y combustibles comprados por TAYGRAO a REPSOL desde el 1 de enero de 2002 y hasta el día indicado ex ante, con los intereses que dichas cantidades hubieran generado hasta el día del efectivo cumplimiento de la Sentencia que se dicte".

Así, si se pondera no sólo el escrito de demanda, sino también el escrito de la parte actora de fecha 5 de octubre de 2010, tal indemnización se concreta por la actora en la cantidad de 1.322.889,83 euros.

La posibilidad de reclamar daños y perjuicios ha sido avalada expresamente por la S.T.S. de 20 de noviembre de 2008. La posibilidad de reclamar daños y perjuicios está contemplada en el considerando 7º del Reglamento 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, al señalar que "los órganos jurisdiccionales nacionales desempeñan un cometido esencial en la aplicación de las normas comunitarias de competencia. Salvaguardar los Derechos subjetivos que emanan del Derecho comunitario al pronunciarse sobre los litigios entre particulares, por ejemplo mediante el resarcimiento de daños y perjuicios a los afectados por la Comisión de infracciones".

Asimismo en la Sentencia del TJCE de 20 de septiembre de 2001, en cuyo apartado 24 se indica que "la plena eficacia de aquel artículo 81 y, en particular, el efecto de la prohibición establecida en su apartado 1, se verían en entredicho de no existir la posibilidad de solicitar la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato susceptible de restringir o falsear el juego de la competencia", pudiendo "las acciones de indemnización ante los órganos jurisdiccionales nacionales contribuir sustancialmente al mantenimiento de una competencia efectiva en la Comunidad" (apartado 27). El Derecho Comunitario - continúa el apartado 31- no se opone a que, respetando los principios de equivalencia o efectividad, el Derecho Nacional deniegue a una parte el Derecho de obtener indemnización de la otra parte contratante cuando se haya comprobado que aquélla tiene una responsabilidad significativa en la distorsión de la competencia", fijando como elementos de apreciación, a tener en cuenta por el órgano jurisdiccional nacional, el contexto económico y jurídico en el que se hallan las partes, el poder de negociación y el respectivo comportamiento de las partes en el contrato; y, en particular, "se impone examinar si la parte que alega el perjuicio se hallaba en posición de inferioridad notoria con relación a la otra parte, de forma que habría visto seriamente restringidas, o incluso anuladas, tanto su libertad para negociar las cláusulas como su capacidad para evitar el perjuicio o limitar su cuantía" (apartado 33).

Por tanto, la delimitación y cuantificación de los concretos efectos de la nulidad contractual deben solventarse conforme a las normas del Derecho nacional aplicable. Y esa remisión reconduce a los arts. 1.303 y 1.306 CC. El primero de los preceptos citados dispone que "declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes". El art. 1306 CC, por su parte, distingue según que

medie culpa de parte de ambos contratantes, en cuyo caso "ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiere dado en virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido, o que la culpa esté de parte de un solo contratante. En este caso el "culpable" no podrá repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. "El otro, que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido.

Los daños y perjuicios reclamados por la parte actora, consistentes en la diferencia entre los precios efectivamente pagados por la estación de servicios de la demandante y los precios ofrecidos o abonados por otros operadores o por la propia REPSOL a otras estaciones de servicio en régimen de compra firme, tiene acomodo legal en el art. 1306.2º CC, precepto que permite al contratante extraño a la causa torpe reclamar "lo que hubiera dado". En definitiva, el perjuicio sufrido por la actora no es otro que la diferencia entre el margen comercial obtenido por cada litro comercializado de carburante y el margen que habría podido obtener de acceder libremente al mercado. De forma que, a la vista de la respuesta dada por las compañías ESERGUI, S.A, CEPESA ESTACIONES DE SERVICIO, S.A, B.P. OIL ESPAÑA, S.A, MEROIL, S.A, KUWAIT PETROLEUM ESPAÑA, S.A, cabe estar al cálculo efectuado por la parte actora en su escrito de alegaciones de fecha 5 de octubre de 2010. Así, 1.322.889,83 euros. NOVENO.- Llegados a este punto, debe recordarse que inicialmente se solicitaba en el suplico de la demanda: Declare, en consecuencia, la obligación de TAYGRAO, S.L. de reintegrar a REPSOL la parte proporcional del precio pagado por el Derecho de superficie correspondiente al periodo no disfrutado y la parte de inversión en la construcción de la estación de la estación de servicio no amortizada, en la cantidad que provisionalmente (por cuanto al día de la fecha mi mandante continúa vinculada con REPSOL) se fija en 427.380,28 euros. Con posterioridad, en el acto de la vista, se reconoció únicamente la cantidad pendiente de amortización. Sin embargo, debe recordarse que en el acto de la audiencia previa, si bien se aclaró la demanda, tal aclaración no afectó a lo peticionado en el punto referido, aún cuando en la página 22 de la demanda se exponía que tal cantidad había de ser minorada.

Ahora bien, no exponiéndose en la demanda ni aclarado este punto en la Audiencia previa, el criterio para fijar tal minoración, debe ser la parte actora quién cargue con las consecuencias de tal imprecisión.

De ahí que deba estimarse el punto 3 del suplico tal y como consta en la demanda.

DÉCIMO.- Ahora bien, ya se ha ponderado en esta Resolución circunstancias como que gracias al concierto de estos acuerdos, las actoras entraron en el negocio de las Estaciones de Servicio, la consecución de la construcción y puesta en marcha de una estación de servicio con una compromiso por parte de REPSOL de que el importe total de la inversión en la construcción de la estación de servicio alcanzaría la cifra de 459.141,81 euros, otras inversiones efectuadas, la renta fijada en el contrato de arrendamiento, concurrir en el mercado con una imagen de marca de reconocido prestigio, circunstancias éstas que también han de valorarse a la hora de la determinación de los daños y perjuicios.

Ciertamente, la parte actora reconoce en parte tal argumentación cuando en el mentado escrito de alegaciones con entrada en el Juzgado en fecha de 6 de octubre de 2010, se reconoce que ha de descontarse la cantidad pendiente de amortización.

Ahora bien, tal concepto de "cantidad pendiente de amortizar", en relación a la partida de construcción de la estación de servicios, deviene insuficiente, primero puesto que sólo se pondera uno de los parámetros valorados en esta Resolución y segundo, porque incluso de aceptar que sólo se valorase éste, difícilmente cabría aceptar que la construcción de la estación de servicio en relación al concreto procedimiento que nos ocupa se valorara sólo de acuerdo a criterios económico contables. Así, por ejemplo, no se incluye una tasación del valor de la estación de servicios en la actualidad, en relación al costo de la instalación.

Incluso de partir exclusivamente del Informe pericial aportado por REPSOL, tal cantidad alcanzaría los 199.975,98 euros, y éste, a su vez, vuelve a referirse al valor de amortización, pero no es una tasación.

De forma que si recordamos las S.S.T.S. 6-10-06 y 4-12-08, al declarar que la obligación de restitución de las prestaciones recibidas que establece el art. 1303 (en relación con el art. 1.124 CC), para cuando se declare la nulidad de una obligación, aplicable según la doctrina de esta Sala a los supuestos de Resolución contractual, aclarando las SSTs de 30 de noviembre de 1993 y 29 de septiembre de 1994, que la indemnización de daños y perjuicios procedente de la resolución y que prevé el precepto citado, exige que éstos sean ciertos y determinados, no siendo posible la condena por daños presuntos, siquiera a reserva de su determinación en ejecución de Sentencia, pudiendo quedar para ésta sólo su cuantificación, partiendo de la declaración de su existencia en Sentencia, y en relación con el lucro cesante, que su apreciación debe hacerse con un prudente criterio restrictivo, de modo que ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ventajas, sin que éstas sean dudosas

O contingentes y sólo fundadas en esperanzas.

De ahí, que también quepa aplicar la facultad moderadora judicial, ponderando cada uno de los parámetros tomados en consideración. Así, en cuanto a la inversión en la construcción en relación con su valoración actual, a lo que hay que añadir, las otras inversiones efectuadas, lo que no ha sido negado de contrario, y la concurrencia en el mercado imagen de marca de reconocido prestigio, de la que se ha venido beneficiando la parte, puesto que pensemos en la adquisición de clientela por tal circunstancia y aun teniendo en cuenta la dificultad de valorar esta cuestión, se ha de moderar la indemnización, partiendo de tales consideraciones.

Pues bien, además de haberse de partir de la cantidad 1.475.598,84 euros, habrá de descontarse un porcentaje del 25% de reducción de la cantidad como moderación de la indemnización, de acuerdo a los parámetros explicados, así, la adquisición de clientela junto con el uso de una imagen de marca, acceso al mercado, ponderación de la valoración actual de la estación de servicio, otras inversiones efectuadas por REPSOL e incluso el tiempo transcurrido desde que la parte pudo ejercer la acción.

De forma que resulta la cantidad de 956.642,145 euros.

De ahí que la cantidad alzadamente reconocida por la parte actora deba moderarse en un 25%. La cantidad determinada devengará, desde el momento de su determinación, el interés legal art. 576 L.E.C. .

DECIMOPRIMERO.- En materia de costas, ha de acogerse el principio general del vencimiento, así, la regla general prevista en el art. 394 LEC. Sin embargo, por la presente Resolución se produce una estimación parcial de la demanda, por lo que no ha lugar a condenar en costas a ninguna de las partes.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por La mercantil TAYGRAO, SL. y DON Ricardo, contra la entidad mercantil REPSOL COMERCIAL de productos PETROLÍFEROS, S.A.

- Declaro que el pacto de suministro en exclusiva contenido en el contrato de arrendamiento de estación de servicio y exclusiva de suministro de 1 de julio de 1997 suscrito por las partes, infringe el art. 81.1 del Tratado CE .

- Declaro, en aplicación del art. 81.2 del Tratado C.E. la nulidad del Contrato Privado de cesión de superficie de 17 de enero de 1994, de la Escritura Pública de Cesión de Derechos de Superficie de 7 de abril de 1995 y del contrato de arrendamiento de estación de servicio y exclusiva de suministro de 1 de julio de 1997, desde el 1 de enero de 2002.

- Declaro, en consecuencia, la obligación de TAYGRAO, S.L. de reintegrar a REPSOL la parte proporcional del precio pagado por el Derecho de superficie correspondiente al periodo no disfrutado y la parte de inversión en la construcción de la estación de la estación de servicio no amortizada, en la cantidad de 427.380,28 euros.

- Como consecuencia de la infracción del art. 81 del Tratado CE por parte de REPSOL, se condene a la demandada a indemnizar a TAYGRAO, por los daños y perjuicios ocasionados, con la cantidad de 956.642,145 euros. La cantidad determinada devengará, desde el momento de la presente Resolución, el interés legal art. 576 L.E.C. .

No ha lugar a condenar en costas a ninguna de las partes.

Contra esta Resolución cabe recurso de apelación para ante la ltima. audiencia Provincial de Madrid que se preparará por escrito ante este juzgado en el plazo de cinco días contados desde el día siguiente a su notificación, limitándose a citar la resolución apelada y a manifestar su voluntad de recurrir con expresión de los pronunciamientos que impugna,

De conformidad con lo dispuesto en la DISPOSICIÓN ADICIONAL 15ª PUNTO 6 Y 7 y la DISPOSICIÓN FINAL de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial por la que se modifica la L.O. 1/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; SE INDICA la necesidad de constitución de depósito para recurrir la presente Resolución; resultando precisa la consignación como depósito de 50 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN. Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el/la Sr/a. Juez que la suscribe, estando celebrando Audiencia pública en el mismo día de su fecha, doy fe en MADRID.

Marginal: 2269404 N° Resolución: 484/2010 N° Recurso: 397/2010
Tipo: Sentencia Jurisdicción: Civil Fecha: 23/12/2010
Tribunal: Audiencia Provincial de Lérida/Lleida Sala: Sección:
Procedimiento: Recurso de apelación
Ponente: ANA CRISTINA SAINZ PEREDA
A favor de: Demandado

Resumen DIVORCIO Y MEDIDAS.- Régimen de visitas.- Beneficio del menor.-

Se estima el recurso de apelación interpuesto contra sentencia dictada por el Juzgado de violencia sobre la mujer de Lleida, sobre divorcio y medidas. La Sala declara que por lo que se refiere al régimen de visitas, procede revocar la medida adoptada en la sentencia de primera instancia y resolver en el sentido acordado en el convenio regulador, teniendo en cuenta, en primer lugar, que con ocasión del procedimiento de modificación de medidas, el Ministerio Fiscal mostró su conformidad con la modificación, al estimar que las cláusulas del convenio no eran lesivas para los derechos del hijo menor. En segundo lugar, porque el amplio régimen fijado en el convenio es más favorable para el recurrente que el que interesa en su recurso, acomodándose a su disponibilidad en función de lo que le permitan sus obligaciones laborales. Y por último porque ambos litigantes han expresado reiteradamente su conformidad con este régimen integrado en el convenio, como un todo unitario, considerando la Sala que resultará beneficioso para el menor, habida cuenta que ya en el auto de medidas provisionales se estableció también un amplio régimen de visitas al existir acuerdo entre las partes sobre esta concreta medida.

**AUDIENCIA PROVINCIAL
DE LLEIDA**

Sección Segunda

El Canyaret, s/n

Rollo nº. 397/2010

Divorcio contencioso (art.770-773 Lec núm. 12/2008

Juzgado Instrucción 4 Lleida.Exclusivo violencia sobre la mujer

SENTENCIA nº 484/2010

Ilmos./as. Sres./as.

PRESIDENTE

D. ALBERT GUILANYA FOIX

MAGISTRADOS

D. ALBERT MONTELL GARCIA

DÑA. ANA CRISTINA SAINZ PEREDA

En Lleida, a veintitres de diciembre de dos mil diez

La Sección Segunda de esta Audiencia Provincial, constituida por los señores anotados al margen, ha visto en grado de apelación, las actuaciones de Divorcio contencioso número 12/2008, del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Lleida.Exclusivo violencia sobre la mujer, rollo de Sala número 397/2010, en virtud del recurso interpuesto contra la sentencia de fecha 10 de febrero de 2009. Es apelante Jose Luis, representado por la procuradora ASTRID NOTARIO RUIZ y defendido por la letrada Mª NEUS PRATS MESTRE. Es parte apelada María del Pilar, representada por la procuradora MONICA ARENAS MOR y defendida por el letrado ANTONI PALAU POYO. Es también parte EL MINISTERIO FISCAL. Es ponente de esta sentencia la IIMA. SRA. DÑA. ANA CRISTINA SAINZ PEREDA, Magistrada de esta Audiencia Provincial.

VISTOS,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La transcripción literal de la parte dispositiva de la Sentencia dictada en fecha 10 de febrero de 2009, es la siguiente: " FALLO :Que estimando en parte la demanda interpuesta por la Procuradora DOÑA MONICA ARENAS MOR en representación de Doña María del Pilar contra su esposo D. Jose Luis, declaro la disolución por divorcio del matrimonio formado por ambos cónyuges, con todos los efectos inherentes a dicha declaración y con

establecimiento de las siguientes medidas:

1º Atribución de la guarda y custodia del hijo menor común, Jordi, a la madre, manteniéndose compartida la patria potestad.

2º No ha lugar a establecer ningún régimen de comunicaciones y visitas del menor con el padre, en tanto subsista la actual situación de prisión del demandado. Una vez quede éste en libertad deberá ser nuevamente evaluada la situación por los técnicos del EATAV quienes aconsejarán la reanudación del régimen vigente desde el Auto de medidas provisionales o aconsejarán otro distinto mas adecuado al interés del menor.

3º Contribución del padre a la alimentación del menor en la cantidad de 500 euros mensuales, actualizables anualmente conforme a la variación del IPC de Cataluña y a ingresar dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe la madre. Deberá abonar, además, la mitad de los gastos de carácter extraordinario que resulten previamente acreditados, entre los que no se incluirán los derivados del tratamiento de la disminución que presenta actualmente el menor.

4º Establecimiento de una pensión compensatoria a favor de la demandante y a cargo del demandado de 300 euros mensuales, durante un periodo de 2 años, a satisfacer de la misma forma que la pensión de alimentos en favor del menor.

5º Fijación como compensación por desequilibrio económico generado por la contribución de la esposa al hogar y al negocio familiar de una indemnización de 125.000 euros a cargo del demandado.

6º Ha lugar a la división de cosa común respecto de todos los bienes que los cónyuges tienen en proindiviso, adjudicando a cada esposo el 50% del deposito a plazo y de la cuenta de valores, así como de la vivienda y anexos situada en la calle CALLE001 de Lleida.

No ha lugar a hacer especial imposición de costas a ninguna de las partes.

Firme que sea esta resolución, inscribese en el Registro Civil donde consta inscrito el matrimonio. [...]"

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia, Jose Luis interpuso un recurso de apelación que el Juzgado admitió y que fue impugnado por la parte contraria; seguidos los trámites pertinentes, remitió las actuaciones a esta Audiencia, Sección Segunda.

TERCERO.- La Sala decidió formar rollo y designar magistrada ponente a quien se entregaron las actuaciones para que, una vez deliberada, propusiera a la Sala la resolución oportuna. Se señaló el día 23 de diciembre de 2010 para la votación y decisión.

CUARTO.- En la tramitación de esta segunda instancia se han observado las prescripciones legales esenciales del procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ambas partes interponen recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el esposo Sr. Jose Luis impugnando los pronunciamientos relativos al régimen de visitas, pensión compensatoria y compensación económica del art. 41 C.F., y la esposa, Sra. María del Pilar, poniendo de manifiesto los hechos nuevos ocurridos tras la sentencia de primera instancia, solicitando que ésta se acomode a lo acordado por los litigantes en el convenio regulador suscrito por las partes en fecha 30 de julio de 2009 y ratificado a presencia judicial. El esposo se opone a esta petición alegando que en ningún momento se ha transformado el procedimiento de divorcio contencioso en mutuo acuerdo, y que el convenio que refiere la contraparte es nulo porque el Sr. Jose Luis lo firmó bajo las manipulaciones del letrado de la esposa, y con vicio en el consentimiento ante la errónea convicción de que el dinero quedaba repartido por iguales partes.

SEGUNDO.- La incuestionable existencia de los nuevos hechos a que alude la Sra. María del Pilar y su indudable relevancia para resolver los respectivos recursos exige analizar en primer término la naturaleza y efectos del convenio regulador suscrito por las partes en fecha 30-7-2009, es decir, una vez dictada sentencia de divorcio en primera instancia, destacando desde ahora que dicho convenio ha sido ratificado por ambos cónyuges a presencia judicial en dos ocasiones aunque en ninguna de ellas ha llegado a ser eficazmente aprobado judicialmente, como bien conocen las partes y esta Sala, al haber decretado muy recientemente (sentencia de 10-12-2.010) la nulidad de la sentencia dictada en el procedimiento de modificación de medidas instado de mutuo acuerdo, precisamente porque dicho procedimiento se tramitó en su integridad estando en trámite al mismo tiempo el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Jose Luis contra la sentencia de divorcio dictada en primera instancia.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de julio de 2004 recoge la consolidada doctrina

jurisprudencial sobre la naturaleza y eficacia jurídica del convenio regulador suscrito por los cónyuges, que se resume en lo siguiente: Los acuerdos alcanzados por ambos cónyuges en los convenios matrimoniales, en la medida en que se hallan referidos a cuestiones susceptibles de libre disposición (entre las que se encuentran las de contenido económico o patrimonial) se enmarcan, como dice la STS de 15 de febrero de 2002 "en el ejercicio de su autonomía privada (artículo 1255 CC)" con lo que estos acuerdos son "auténticos negocios jurídicos de derecho de familia (STS de 22 de abril de 1997), tienen carácter contractual, por lo que para su validez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general (artículo 1261 CC), además del cumplimiento de las formalidades especiales exigidas por la ley con carácter "ad solemnitatem o ad substantiam" para determinados actos de disposición. Se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, reconocida por la Jurisprudencia (sentencias, entre otras, de 26 enero de 1993 , 7 de marzo de 1995 , 22 de abril y 19 de diciembre de 1997 y 27 de enero y 21 de diciembre de 1998) y la doctrina registral (resoluciones de la DGRyN de 31 marzo y 10 de noviembre de 1995 y 1 septiembre de 1998), que no está condicionada en su validez y fuerza vinculante inter- partes a la aprobación y homologación judicial, porque como ya indicaba la STS de 22 de abril de 1997 que "deben distinguirse tres supuestos: en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el art. 90 CC .".

En el mismo sentido se pronuncia la STSJC de 18 de septiembre de 2008 que viene a reiterar los mismos criterios sentados en las SSTSJCS de 19-4-2004 y 22-6-2006 , destacando las diferencias entre el art. 78 del Código de Familia y el art. 90 del Código Civil , en el sentido que "la específica desaprobación del convenio cuando se descubren consecuencias gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges queda extramuros de la legislación catalana ", y añade que "...en la misma línea, hemos admitido la validez y eficacia de la renuncia a la pensión compensatoria, aun contenida en pacto privado entre los cónyuges no ratificado judicialmente, entre otras, en nuestras Sentencias núm. 26/2001 -de 4 de octubre -, núm. 20/2003 -de 2 de junio - y núm. 29/2006 -de 10 julio -, en la última de las cuales dijimos que "al margen de su fuerza ejecutiva, nada se opone a la validez de los acuerdos a que hubieren llegado privadamente los cónyuges en orden a regular los efectos de la ruptura matrimonial en el ejercicio de su libertad negocial, siempre que se trate de materias, como es el caso de la presente, sobre las que no existan limitaciones legales, morales o de orden público (art. 1.255 C.c.), siempre que se den los requisitos mínimos imprescindibles (art. 1.261 C.C.)... entre los cuales no se encuentra ninguno específico relativo a la forma (art. 1.278 C.c. en relación con el art. 1.280 C.C.), llegándose a admitir incluso que la renuncia de los derechos pueda ser tácita -entre otras, S TS 1ª 30 oct. 2001". Todo ello sin perjuicio del derecho de alimentos cuando proceda(SS TSJC núm. 21/2002 de 4 jul ., 20/2003 de 2 jun . y 29/2006 de 10 jul .) ..

En este aspecto, no son muy diferentes las consecuencias en el Derecho civil común, en el que el TS viene reconociendo efectos vinculantes entre los cónyuges otorgantes al convenio regulador, cuando concurren consentimiento, objeto y causa y no existen motivos de invalidez, aunque no haya sido objeto finalmente de aprobación judicial(SS TS 1ª 325/1997 de 22 abr ., 1151/1997 de 19 dic ., 31/1998 de 27 ene ., 1183/1998 de 21 dic . y 116/2002 de 15 feb .), incluyendo los pactos sobre atribución del uso de la vivienda conyugal (S TS 1ª 775/2006 de 11 jul .)..."

De lo anterior ha de concluirse que la aprobación judicial del convenio no es una "conditio iuris" para su validez y eficacia en general, sino que es una condición o requisito para que judicialmente y dentro del mismo proceso pueda ejecutarse lo que en él se pactó, de modo que como también indica la referida STSJC de 18-9-2008, el pacto suscrito entre las partes y no homologado judicialmente por el que los esposos litigantes regulen privada y libremente las consecuencias patrimoniales de su separación debe considerarse válido, y los interesados no pueden desligarse de él, pues ese acuerdo les obliga como ocurre con cualquier contrato.

TERCERO.- Trasladando estos criterios al supuesto enjuiciado hemos de reiterar nuevamente que el convenio regulador de fecha 30-7-2009 es de fecha posterior a la sentencia de primera instancia, conociendo ambos su contenido e incluso de fecha posterior a la interposición del recurso por parte del Sr. Jose Luis (así se hace constar expresamente en la "manifestación" quinta del convenio) y ha sido ratificado en dos ocasiones por ambos cónyuges a presencia judicial, por lo que con mayor razón habrá de predicarse su eficacia y validez en todo lo que se refiere a las consecuencias patrimoniales del divorcio.

No es admisible el argumento de que el Sr. Jose Luis firmó el convenio sin avisar a su representación letrada,

manipulado por la contraparte y concurriendo vicio del consentimiento ante la errónea convicción de que el dinero se repartía a partes iguales, a lo que añade que en el convenio se omite voluntaria e intencionadamente cualquier referencia al importe del depósito bancario de Ibercaja por importe de 250.000 euros. Hay que tener en cuenta que esta última cuestión -junto con la pensión compensatoria- constituye el principal punto de discrepancia entre las partes, en directa relación con la compensación económica por importe de 125.000 euros que en la sentencia de primera instancia se reconoce en favor de la Sra. María del Pilar, interesando el Sr. Jose Luis en su recurso que se deje sin efecto o, subsidiariamente, se fije en 25.000 euros, e igualmente que se deje sin efecto la obligación de satisfacer la pensión compensatoria de 300 euros mensuales durante dos años.

Pues bien, en relación con dicho depósito no es cierto que en el convenio se omita cualquier referencia al mismo, y ninguna duda podría plantearse al respecto pues se trata del único depósito conjunto que además, según dice el Sr. Jose Luis en su último escrito, constituye todos los ahorros fruto del trabajo de la pareja. En el pacto sexto del convenio que lleva la rúbrica "de la disolución, adjudicación de bienes comunes y pensiones entre cónyuges" se acuerda, por lo que ahora interesa, que el régimen económico de los cónyuges es el de separación de bienes, por lo que cada uno de ellos es propietario de los bienes y derechos, tanto activos como pasivos, que tuviesen con anterioridad a la celebración del matrimonio y de todos los adquiridos con posterioridad a título individual, por lo que cada uno de ellos ostenta la plena propiedad en exclusiva, y a fin de compensar cualquier tipo de desequilibrio en relación a su situación económica, con el compromiso de nada más pedirse ni reclamarse en concepto de pensión compensatoria, de alimentos o por razón del trabajo del art. 41 del Código de Familia de Cataluña, los esposos reunidos acuerdan el reparto de los bienes que actualmente poseen en proindiviso de acuerdo con los siguientes términos y adjudicaciones: 2º- adjudicar a la esposa la totalidad del saldo existente en el depósito a plazo concertado por las partes con Ibercaja, oficina de LLeida, carrer Corregidor Escofet,67, contrato nº NUM000, y todos los intereses que genere a partir del día de hoy.

Tampoco es admisible el argumento de que "la firma del convenio no significa ninguna declaración de voluntad ya que debe contextualizarse la situación de mi representado que habiendo estado privado de libertad, y engañado por su anterior letrado, no avisó a esta representación letrada para supervisar el convenio". Según consta en las actuaciones el cambio de asistencia letrada se produjo desde el 5-12-2008, en la fecha de la firma del convenio (30-7-2009) el Sr. Jose Luis ya disfrutaba del tercer grado penitenciario, desde enero de 2009, finalizando la condena en fecha 15-8-2009. Desde ese momento, y hasta que se procede a la primera ratificación judicial del convenio, el 15 de octubre de 2009, transcurren dos meses sin que efectuara la más mínima alegación sobre supuestas presiones o error sufrido al firmar el convenio. Nótese que en el acta de ratificación judicial consta que conoce el escrito de petición de divorcio de su matrimonio y el convenio regulador, mostrándose conforme con el contenido de dichos documentos, decisión que adopta libremente, sin que la misma haya sido condicionada por ninguna clase de violencia o coacción, por todo lo cual ratifica tanto la petición como el convenio que la acompaña. Y en los mismos términos se pronunció siete meses después de la primera ratificación, es decir, en fecha 13 de mayo de 2009, con ocasión del procedimiento de modificación de medidas tramitado al nº 51/10, en que nuevamente se ratificó, debiendo significarse que en ese momento ya habían transcurrido tres meses desde que se produjo el vencimiento del depósito a plazo de la entidad Ibercaja, en fecha 1 de febrero de 2010 (documento nº 26 de la demanda).

Con posterioridad, una vez dictada la sentencia que estimaba parcialmente la demanda de modificación de medidas, instó la nulidad de actuaciones, pero sin efectuar la más mínima alusión a un vicio en el consentimiento que invalidara su anterior proceder. Sólo fundaba la nulidad en la existencia de litispendencia dado que estaba en trámite el recurso de apelación interpuesto por esta parte contra la sentencia de divorcio. Tampoco lo alegó con ocasión del recurso de apelación formulado de contrario contra la sentencia dictada en el procedimiento de modificación de medidas, limitándose a adherirse a dicho recurso reiterando la solicitud de nulidad de actuaciones, por las mismas razones ya apuntadas. No puede admitirse, por tanto, el vicio en el consentimiento que quiere hacer valer el recurrente. Sobre las supuestas manipulaciones nada se ha acreditado, el error que refiere sobre el depósito bancario queda descartado ante la clara y expresa estipulación acordada al efecto en el convenio, y además nótese que el supuesto vicio de la voluntad lo refiere el Sr. Jose Luis "a la firma del convenio", pero resulta que con posterioridad a ese momento se ha ratificado a presencia judicial en dos ocasiones, con la seriedad, validez y licitud que debe presumirse en todo acto procesal, al igual que en todos los actos realizados, dentro o fuera del proceso, por personas adultas, capaces y con plena disponibilidad sobre sus bienes, siendo de aplicación lo dispuesto tanto en el art. 111-7 del Código Civil de Cataluña en lo que se refiere al principio de buena fe en las relaciones jurídico privadas (y el art. 247 de la LEC sobre la buena fe procesal) como la doctrina de los

actos propios recogida en el art. 111-8 a tenor del cual nadie puede hacer valer un derecho o una facultad que contradiga la conducta propia observada con anterioridad si ésta tenía un significado inequívoco del que se deriven consecuencias jurídicas incompatibles con la pretensión actual.

Por otro lado, no hay que olvidar que el convenio regulador se suscribe y ratifica como un todo unitario, cuando ya estaba dictada y recurrida la sentencia de divorcio de primera instancia y por tanto, para regular todos los efectos derivados de la disolución del vínculo matrimonial que, a su vez, habrían de sustituir a los decretados en dicha resolución judicial (por el mismo motivo se insta la modificación de medidas) de forma que no sólo se incluye la estipulación relativa al depósito bancario sino que al mismo tiempo se deja sin efecto la decisión judicial relativa a la pensión compensatoria en favor de la Sra. María del Pilar, (acordando que sin perjuicio de la aprobación judicial del convenio las partes aplicarán privadamente el convenio desde la fecha en que lo suscriben) y se atribuye al Sr. Jose Luis el pleno dominio del inmueble sito en la calle CALLE001 y la plaza de aparcamiento y trastero vinculados al mismo.

En consecuencia, de conformidad con la doctrina jurisprudencial expuesta procede desestimar el recurso de apelación planteado por el Sr. Jose Luis en lo que se refiere a los pronunciamientos relativos a la pensión compensatoria y compensación económica del art. 41 C.F., en el bien entendido que debe conferirse validez a lo acordado por los cónyuges en el convenio regulador de continua referencia en lo que a los aspectos patrimoniales se refiere, lo que en definitiva se traduce, a los efectos del presente recurso, en dejar sin efecto las medidas nº 4 y 5 de la sentencia de primera instancia, y revocar la nº 6 en lo que se refiere a la división de los bienes que los cónyuges tienen en proindiviso, que debe adecuarse a los términos del convenio

CUARTO.- También hemos de referirnos a aquellas otras cuestiones o medidas incluidas en el convenio regulador que quedan al margen de la libre disposición de los cónyuges, es decir, las relativas a la patria potestad, guarda y custodia, visitas paternofiliales y alimentos de los hijos menores, pues al tratarse de materias de orden público aunque los cónyuges pueden regularlas los Tribunales no están vinculados por dichos acuerdos sino que para su plena eficacia es necesaria la aprobación judicial, previa intervención del Ministerio Fiscal.

En el presente caso, la estipulación contenida en el convenio sobre patria potestad y custodia del hijo menor resulta coincidente con lo acordado en la sentencia de primera instancia, y lo mismo cabe decir en cuanto a la pensión alimenticia a cargo del Sr. Jose Luis (500 euros al mes actualizables anualmente con arreglo al IPC de Cataluña, y gastos extraordinarios por mitad), así como a la atribución del uso del domicilio familiar sito en la CALLE000 nº NUM001 - NUM002 - NUM003 a la Sra. María del Pilar que, además, es propietaria exclusiva de dicho inmueble. Ninguno de estos pronunciamientos ha sido objeto de recurso, por lo que nada cabe decir al respecto, debiendo mantenerse lo acordado en primera instancia.

Por lo que se refiere al régimen de visitas procede revocar la medida adoptada en la sentencia de primera instancia y resolver en el sentido acordado en el convenio regulador teniendo en cuenta, en primer lugar, que con ocasión del procedimiento de modificación de medidas nº 51/2010 el Ministerio Fiscal mostró su conformidad con la modificación al estimar que las cláusulas del convenio no eran lesivas para los derechos del hijo menor. En segundo lugar, porque el amplio régimen fijado en el convenio es más favorable para el Sr. Jose Luis que el que interesa en su recurso, acomodándose a su disponibilidad en función de lo que le permitan sus obligaciones laborales. Y por último porque ambos litigantes han expresado reiteradamente su conformidad con este régimen integrado en el convenio, como un todo unitario, considerando la Sala que resultará beneficioso para el menor, habida cuenta que ya en el auto de medidas provisionales se estableció también un amplio régimen de visitas al existir acuerdo entre las partes sobre esta concreta medida.

QUINTO.- Dada la especial naturaleza de las cuestiones debatidas y las particulares incidencias del presente procedimiento no procede efectuar especial pronunciamiento sobre costas en ninguna de las dos instancias. Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de DÑA. María del Pilar contra la sentencia dictada por el Juzgado de violencia sobre la mujer de Lleida en los autos de Divorcio nº 12/2008 y REVOCAMOS PARCIALMENTE la citada resolución, única y exclusivamente en los siguientes extremos:

-En cuanto al régimen de visitas, el Sr. Jose Luis podrá tener en su compañía al hijo menor los días que por descanso semanal cierre el negocio de bar-cafetería, los fines de semana que el trabajo se lo permita y durante los periodos vacacionales de verano los días que el padre pueda hacer vacaciones, con un máximo de treinta días,

concretando los días con una antelación mínima de un mes, y siempre que lo solicite a la Sra. María del Pilar con cuarenta y ocho horas de antelación, avisando por teléfono, y que no interrumpa los horarios de descanso, comidas y estudio del menor .

- Se deja sin efecto la pensión compensatoria y la compensación económica del art. 41 C.F .

.- En cuanto a los bienes que los cónyuges tienen en proindiviso se adjudica al Sr. Jose Luis el pleno dominio y propiedad de la vivienda sita en la CALLE001 nº NUM004 , planta NUM005 , puerta NUM006 , y la plaza de garaje y el trastero vinculado a la misma, asumiendo la obligación de hacerse cargo de todas las cargas y gravámenes que le afecten.

Se adjudica a la Sra. María del Pilar la totalidad del saldo existente en el depósito a plazo concertado por las partes con Ibercaja, oficina de LLeida, calle Corregidor Escofet nº67, contrato nº NUM000 , y todos los intereses generados a partir del 30- 7-2009.

La Sra. María del Pilar continuará haciéndose cargo en exclusiva del pago de la totalidad del saldo del préstamo hipotecario que grava la vivienda sita en la CALLE000 nº NUM001 , NUM002 - NUM003 .

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Jose Luis .

No procede efectuar especial pronunciamiento sobre costas en ninguna de las dos instancias.

Devuélvase las actuaciones al Juzgado de procedencia, con certificación de esta sentencia, a los oportunos efectos .

Así por nuestra sentencia, la pronunciamos mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por el Ilmo./a Sr./a. Magistrado Ponente, celebrando audiencia pública. DOY FE.

Marginal: 2255768	Nº Resolución: 873/2010	Nº Recurso: 1232/2007
Tipo: Sentencia	Jurisdicción: Civil	Fecha: 30/12/2010
Tribunal: Tribunal Supremo	Sala: Sala Primera	Sección:
Procedimiento: Recurso apelación LEC 2000		
Ponente: JUAN ANTONIO XIOL RIOS		
A favor de: Trabajador		

Resumen Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto contra sentencia desestimatoria de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 8.ª, sobre reclamación de cantidad. La Sala declara la existencia en el caso de Cosa Juzgada material, ante la identidad del título jurídico en virtud del cual se reclamó en los dos procesos.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Diciembre de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso extraordinario por infracción procesal que con el n.º 1232/2007 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de la entidad Promociones e Instalaciones Complutenses, S. A. en liquidación (PROCOMSA), aquí representada por la procuradora D.ª María del Mar Rodríguez Gil, contra la sentencia de 30 de marzo de 2007, dictada en grado de apelación, rollo n.º 384/2006, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 8.ª, dimanante de procedimiento de juicio de menor cuantía n.º 255/1997, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Torrelaguna. Habiendo comparecido en calidad de parte recurrida la procuradora D.ª Ana María Ariza Colmenarejo, en nombre y representación de D. Ezequiel, D.ª María Dolores, D. Gines y D.ª Angelina.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Torrelaguna dictó sentencia de 1 de septiembre de 2005 en el juicio de menor cuantía n.º 255/1997, cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Que desestimando la demanda interpuesta por la procuradora de los Tribunales D.ª Gema Piriz Chacón, en nombre y representación de la entidad Promociones e Instalaciones Complutenses, S. A. (PROCOMSA) contra D.ª María Dolores, D. Ezequiel, D. Gines y D.ª Angelina, debo absolver y absuelvo a D.ª María Dolores, D. Ezequiel, D. Gines y D.ª Angelina de los pedimentos realizados en su contra, con imposición de las costas a la parte actora».

SEGUNDO.- En los fundamentos jurídicos de la sentencia se contienen, en síntesis y en cuanto interesa para el recurso, las siguientes declaraciones:

1. La pretensión de la parte actora viene determinada por la reclamación de la cuantía de 64 437 942 pesetas o 387 279,83 euros a los demandados en virtud de la comunidad de bienes que existió entre los mismos por los conceptos que se relacionan.
2. La cuestión litigiosa se centra en primer término en determinar los efectos que los pronunciamientos contenidos en una sentencia anterior, de 24 de junio de 2002, de la Audiencia Provincial de Madrid, deben producir en el presente proceso.
3. Ha de analizarse la doctrina de la cosa juzgada, institución de orden público que es apreciable de oficio.
4. Se expone jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la cosa juzgada material.
5. En el juicio de menor cuantía 178/1997 se ejercitó por la actora una petición de condena al pago de unos gastos (aval bancario, trabajos topográficos, proyectos e ingeniería, licencias de obras, Registros de la Propiedad y publicaciones en el BOCAM), ocasionados a la actora en ejecución del objeto de la comunidad de bienes que constituyeron las partes el 8 de abril de 21994 y que fue resuelta unilateralmente por los demandados. En este segundo juicio de menor cuantía se ejercita una reclamación de cantidad con base en esa misma comunidad de bienes que existió entre las mismas partes procesales, por gastos de inversión, obras realizadas, limpieza, re-marcaación de viales, realización de salida de aguas sucias, entrega de materiales y colocación de tuberías e indemnización de daños y perjuicios.
6. Entre los dos procesos existe una identidad subjetiva y la misma causa de pedir que es la extinción de la comunidad de bienes existente entre las partes y la liquidación de la misma con el pago de los gastos ocasionados a la actora.

7. Este segundo proceso se refiere a reclamaciones por conceptos concretos que, si bien no fueron juzgados en el proceso anterior, están cubiertos por sus efectos porque son peticiones que debieron ser deducidas en ese proceso o son complementarias del mismo, como la indemnización de daños y perjuicios, existiendo un enlace entre las mismas que impide su posterior enjuiciamiento.

8. Todo ello sin perjuicio de que, en última instancia, las facturas aportadas a este juicio no han sido admitidas por sus emisores y no se han presentado otros medios probatorios como lo hubieran sido los libros de contabilidad.

9. En cuanto a la reclamación de los beneficios como cuantía que se ha dejado de percibir y que compensaría las pérdidas, debe tenerse en cuenta que la sentencia dictada en el juicio precedente declara que la parte actora carece ya de derecho a percibir beneficio alguno de los mismos por lo que, no teniendo derecho a los beneficios, éste tampoco puede ser el criterio que pudiera determinar la cuantía a recibir en concepto de indemnización. Hacer un pronunciamiento en materia de indemnización sería ir en contra del efecto de cosa juzgada al ser una petición accesoria y utilizar un criterio de contabilización que no corresponde.

TERCERO.- La Audiencia Provincial de Madrid, Sección 8.ª, dictó sentencia de 30 de marzo de 2007, en el rollo de apelación número 384/2006, cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por PROCOMSA frente a D.ª María Dolores, D. Ezequiel, D. Gines y D.ª Angelina contra la sentencia de 1 de septiembre de 2005 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Torrelaguna, debemos confirmar y confirmamos la referida resolución, con imposición de las costas procesales de la segunda instancia a la parte apelante».

CUARTO.- En los fundamentos jurídicos de la sentencia se contienen, en síntesis y en cuanto interesa para el recurso, las siguientes declaraciones:

1. «Contraste entre las dos demandas:

»En la anterior demanda, que fue estimada parcialmente en la sentencia de 29 de septiembre de 10998 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Torrelaguna, se ejercitó una acción de reclamación basada en la resolución de un contrato de comunidad de bienes existente entre las partes y que, por aplicación del artículo 393 CC, cada partícipe debía concurrir a los beneficios y a las cargas en proporción a su respectiva cuota.

»En la demanda que ahora se enjuicia, la reclamación de cantidad se hace en base a la disolución de una sociedad civil irregular -como ahora se califica alternativamente por la parte actora al contrato de fecha 8 de abril de 1994- y en consideración a lo que la actora ha tenido que afrontar de gastos con ocasión del proyecto de urbanización a que se refería aquel contrato. Se intenta, pues, por la actora dar a este pleito ulterior una cobertura jurídica diferente, aunque los hechos que están en su base son los mismos: el contrato de comunidad de bienes, su desistimiento inoportuno, la generación de unos gastos y la producción de unos perjuicios por lucro cesante».

2. La demanda del pleito anterior fue presentada el 17 de septiembre de 1997, y en esa fecha ya conocía o tenía la oportunidad de conocer todos los gastos afrontados como consecuencia del contrato así como los perjuicios que el desistimiento le hubiera podido causar.

3. Se expone la doctrina jurisprudencial sobre la cosa juzgada.

4. Se confirma el criterio de la sentencia de primera instancia, al apreciar la concurrencia de cosa juzgada, porque el instituto de la cosa juzgada integra el principio de preclusión que se ha de coherer con el derecho de tutela efectiva de la demandante y el derecho de seguridad jurídica de los demandados.

5. Las pretensiones de la entidad actora en los dos procesos tienen como base un mismo bien jurídico que es el derecho del comunero a compartir beneficios y ganancias en una comunidad de bienes, y la causa de pedir es idéntica en ambos procesos ya que el fundamento de ambas demandas es la sanción derivada de la resolución unilateral injustificada del convenio entre las partes. De modo que en el primer proceso se podrían haber concentrado todas las reclamaciones pues lo que se pretende en los dos procesos es desplegar todos los efectos de la resolución unilateral del contrato.

QUINTO.- En el escrito de interposición del recurso extraordinario por infracción procesal presentado por la representación procesal de la entidad Promociones e Instalaciones Complutenses, S. A. en liquidación (PROCOMSA), se formulan los siguientes motivos:

Con fundamento en los motivos del artículo 469.1.3.º y 4.º LEC.

Primero. «La interpretación del instituto de cosa juzgada realizada la sentencia impugnada es vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva y contraria a la jurisprudencia, siendo dicha interpretación totalmente injustificada al no haberse vulnerado en el caso concreto la seguridad jurídica de los demandados».

Se fundamenta este motivo, en lo sustancial, en las siguientes alegaciones:

1. Se incurre en una interpretación extensiva del instituto de cosa juzgada que es más grave en cuanto se realiza en un proceso planteado bajo la vigencia de la LEC 1881 al que no le son aplicables los preceptos sobre esta materia contenidos en la LEC.
2. Para el análisis de la cuestión debe partirse de la finalidad que persigue la construcción jurisprudencial de la cosa juzgada que no es otra que la protección del derecho a la seguridad jurídica recogido en el artículo 9.3 CE . Ahora bien, esta protección puede suponer una negación del acceso a la jurisdicción, como es el caso, lo que solo se justifica cuando efectivamente la seguridad jurídica de los demandados haya sufrido un daño efectivo.
3. No caben soluciones apriorísticas y ha de examinarse el caso concreto.
4. En el caso, la seguridad jurídica de los demandados no se ha visto afectada porque la finalidad de interponer varios procesos tiene su justificación en agilizar en lo posible el cobro de lo debido por los demandados.
5. En el suplico de la demanda del juicio que precedió al presente se hizo constar expresamente que, lo que en se reclamaba, se hacía la reclamación se hacía con independencia de la repercusión que proceda de otros pagos y gastos que puedan aparecer y de los gastos específicos de la sociedad y daños y perjuicios ocasionados. Es decir, desde un principio se indicó que aquella reclamación no comprendía todos los gastos y reclamaciones por lo que los demandados no pueden alegar ignorancia sobre esto.
6. También el hecho quinto de aquella demanda se hacía referencia a una futura reclamación de otros gastos.
7. Los demandados pudieron interesar la acumulación de las demandas si entendían que podía perjudicar a su derecho.

Segundo. «La interpretación del instituto de cosa juzgada debe hacerse en todo caso de forma restrictiva, dando la interpretación más favorable a la tutela judicial efectiva por exigencia de los artículos 24 CE 11.3 LOPJ, máxime cuando varias de las facturas reclamadas son de fecha posterior a la anterior demanda».

Se fundamenta este motivo, en lo sustancial, en las siguientes alegaciones:

1. Aunque no es aplicable la LEC, la sentencia impugnada cita los artículos 222 y 400 LEC . Es abundante la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales que sostiene una interpretación restrictiva de estos preceptos para evitar situaciones de verdadera denegación de justicia. Se citan sentencias de diferentes Audiencias Provinciales.
2. Al tiempo de interponer la demanda que precedió a la presente, la deuda no estaba liquidada y existen facturas de fecha posterior a la misma, lo que convierte este supuesto en dudoso y aconseja adoptar la tesis más favorable a la efectividad del derecho de tutela efectiva.
3. Se cita la STS de 29 de marzo de 1998 , de cuyo contenido se resalta la siguiente declaración: «la teoría según la cual la cosa juzgada cubre lo deducido en la demanda así como lo deducible debe ser desechada en absoluto, ya que el principio dispositivo que informa el proceso civil hace factible que cualquier titular de derechos pueda ejercitarlos en su totalidad o parcialmente, o sea solicitar todas o parte de las consecuencias de tal ejercicio. En otras palabras que mientras no exista una norma preclusiva que obligue al titular de varias acciones a ejercitarlas en concurso contra el oportuno demandado, no surtirá efectos de cosa juzgada la resolución de una de esas acciones, respecto del futuro ejercicio de otras».
4. Cita la STS de 6 de junio de 1998 , en la que se apreció la existencia de cosa juzgada por duplicidad injustificada de litigios.
5. No cabe la aplicación retroactiva de los artículos 222 y 400 LEC .
6. La interpretación de la sentencia impugnada vulnera el derecho de tutela efectiva y es contraria a los más elementales criterios de justicia porque favorece el enriquecimiento injusto de los demandados.
7. La conclusión de la sentencia impugnada que declara que en el momento de interposición de la demanda precedente la recurrente ya conocía todos los conceptos por los que se podía reclamar es arbitraria porque no tiene en cuenta el contenido del acuerdo entre las partes, que no preveía la emisión de factura alguna hasta la venta de los terrenos, ni la complejidad de la obra que, inicialmente, no iba a ser facturada. La sentencia se limita, sin prueba alguna, a hacer suposiciones para justificar su decisión.

Tercero. «Inexistencia de identidad de objetos y de causas de pedir».

Se fundamenta este motivo, en lo sustancial, en las siguientes alegaciones:

1. La propia sentencia de primera instancia, que no revoca la sentencia impugnada, reconoce que existe diversidad de objetos entre ambos litigios.
2. Cita la STS de 24 de septiembre de 2003 n.º 4046/1997 , que declara que no es preciso que se altere el hecho base de una demanda para que se altere la causa de pedir.
3. En el presente caso la indemnización de daños y perjuicios se fundamentó en el artículo 1706 CC y en la

determinación de la existencia de buena o mala fe en los demandados y en la consideración de si la renuncia se hizo en tiempo oportuno, mientras que el litigio precedente se basó en la doctrina del enriquecimiento sin causa y en la obligación de devolver unos gastos que has supuesto utilidad para los demandados.

Cuarto. «Imposibilidad de haber deducido las peticiones de esta demanda en el anterior proceso declarativo al no haberse emitido en dicha fecha las facturas que se reclaman y existencia de una manifiesta contradicción con la posición anterior de este juzgado y de la Audiencia Provincial».

Se fundamenta este motivo, en lo sustancial, en las siguientes alegaciones:

1. Contra la demandas se han interpuesto no dos, sino tres litigios, con origen en el mismo concierto, y un acto de conciliación pero ello no supone lesión para la seguridad jurídica de los demandados ni abuso de derecho por parte de la demandante.
2. Cuando se interpuso la segunda demanda -la previa a la presente, respecto a la que se ha apreciado cosa juzgada- ni el Juzgado ni la Audiencia Provincial apreciaron cosa juzgada.
3. En el juicio que precedió al presente no se incluyeron los gastos que ahora se reclaman porque la valoración no estaba realizada cuando se interpuso aquella demanda y así lo acreditan las facturas acompañadas que son de fecha posterior a aquella demanda.
4. En el desarrollo de la actividad pactada, la recurrente hizo dos clases de actuaciones: unas administrativas y otras de carácter constructivo. Las primeras se reclamaron en el litigio precedente y las segundas se reclaman en el presente proceso. Estas últimas se han liquidado después de presentarse la demanda en el proceso anterior porque se ha requerido tiempo para su liquidación al no llevar la empresa apelante una valoración diaria de lo realizado.

Termina la parte recurrente solicitando a la Sala «la anulación de la sentencia recurrida, dictando otra en su lugar por la que se ordene que se repongan las actuaciones al estado y momento en que se cometió la infracción, esto es, al trámite de dictar sentencia en este procedimiento».

SEXTO.- Por auto de 17 de marzo de 2009 se acordó admitir el recurso extraordinario por infracción procesal.

SÉPTIMO.- En el escrito de impugnación presentado por la representación procesal de D. Ezequiel , D.ª María Dolores , D. Gines y D.ª Angelina se formulan, en resumen, las siguientes alegaciones:

Primera. La sentencia impugnada es ajustada a Derecho porque, en contra de lo alegado en el recurso, sí concurre la excepción de cosa juzgada.

Segunda. La recurrente pretende dividir el único litigio existente entre las partes en tantos pelitos como sea de su interés. Es una conducta fraudulenta que ha sido apreciada en la sentencia impugnada.

Tercera. No es cierto, como se alega en el cuarto motivo del recurso, que no exista entre los dos procesos identidad de objeto y de causa de pedir porque en ambos concurren las siguientes circunstancias:

- a) La petición de un pronunciamiento sobre el contrato de comunidad de bienes o sociedad, en base al cual los demandados podrían o no estar obligados al pago de las sumas reclamadas.
- b) La necesidad de un pronunciamiento sobre el porcentaje del derecho y de las obligaciones de los demandados. En el procedimiento 178/1997 quedaron fijados por sentencia firme en un 35% mientras que en el presente proceso por la demandante se pide un 49%.
- c) Se comparten las conclusiones de la sentencia impugnada sobre la identidad de ambos procesos.

Cuarta. Sobre lo alegado en los motivos segundo y cuarto.

- a) Las facturas reclamadas en este proceso son de fecha posterior a la demanda del juicio precedente pero estas facturas fueron emitidas por la propia empresa con base en compras de material, suministros y trabajos facturados con anterioridad a la fecha de presentación de la demanda del juicio precedente.
- b) Una de las facturas, que recoge trabajos no realizados directamente por la recurrente, es de fecha anterior a la presentación de la demanda del juicio precedente.

OCTAVO.- Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 7 de diciembre de 2010, en que tuvo lugar.

NOVENO.- En esta resolución se han utilizado las siguientes siglas jurídicas:

CC, Código Civil.

CE, Constitución Española.

LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil .

LEC 1881, LEC 1881, Real Decreto de 3 de febrero de 1881 , de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

LOPJ, Ley Orgánica del Poder Judicial.

RC, recurso de casación.

SSTC, sentencias del Tribunal Constitucional.

SSTS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

STS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios, que expesa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Resumen de antecedentes.

1. La entidad actora, hoy recurrente, y los demandados firmaron un convenio en el que acordaron colaborar para el desarrollo urbanístico de unos terrenos. Los demandados aportaban los terrenos y la entidad recurrente aportaba el trabajo y los materiales. Los gastos de urbanización debían satisfacerse con los futuros beneficios de explotación de los terrenos. Dos años después los demandados unilateralmente se retiraron del pacto.
2. La entidad recurrente interpuso un juicio de menor cuantía -que se siguió ante el Juzgado de Primera Instancia de Torrelaguna con el n.º 178/1997 - reclamando, por distintos conceptos, gastos que había realizado durante la vigencia del acuerdo. En la demanda, la sociedad alegó que la reclamación se hacía con independencia de la futura repercusión de otros pagos y gastos que pudieran aparecer y de los gastos específicos de la sociedad y daños y perjuicios ocasionados. En este proceso se discutió sobre el porcentaje de los gastos reclamados que correspondía pagar a los demandados y sobre la realidad de las facturas reclamadas. Concluyó por sentencia que estimó parcialmente la demanda, fijando el porcentaje de los gastos que correspondía pagar a los demandados.
3. Antes de que concluyera por sentencia firme el juicio de menor cuantía 178/1997, se interpuso por la entidad recurrente frente a los mismos demandados la demanda que da origen al proceso en el que se suscita el presente recurso extraordinario por infracción procesal.
4. En la demanda de este proceso -seguida ante el Juzgado de Primera Instancia de Torrelaguna con el n.º 255/1997 -, la entidad recurrente reclamó otros gastos derivados de las actividades que había desarrollado la sociedad durante la vigencia del convenio y pidió la indemnización de los daños y perjuicios que le había causado la resolución unilateral del convenio por los demandados.
5. En la contestación a la demanda, los demandados alegaron, en cuanto ahora interesa, la excepción de litispendencia, con base en que las facturas que ahora se reclamaban ya habían sido reclamadas en el juicio 178/1997.
6. Tras la tramitación íntegra del proceso, en primera instancia, se dictó auto acordando la suspensión de las actuaciones hasta que recayera sentencia firme en el juicio 178/1997 .
7. Dictada sentencia firme en el juicio 178/1997 se alzó la suspensión y se dictó sentencia.
8. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda porque apreció, de oficio, la existencia de cosa juzgada. Declaró: a) entre los dos procesos hay identidad personal e identidad de causa de pedir, y b) el objeto del segundo litigio se refiere a gastos que, aunque no fueron reclamados en el primero, están cubiertos por los efectos de cosa juzgada porque son peticiones que debieron ser deducidas en aquel pleito o son peticiones complementarias del mismo, como es la petición de indemnización de daños y perjuicios, existiendo un enlace entre los objetos de ambos procesos que impide el enjuiciamiento posterior.
7. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la entidad actora que planteó, en cuanto ahora interesa, la inexistencia de cosa juzgada.
8. La sentencia de segunda instancia desestimó el recurso de apelación y confirmó la desestimación de la demanda por concurrir la excepción de cosa juzgada. Declaró: a) aunque no son de aplicación los artículos 222 y 400 LEC , la doctrina jurisprudencial permite apreciar cosa juzgada, b) la jurisprudencia sobre la cosa juzgada material declara la imposibilidad de mantener la incertidumbre litigiosa después de una demanda donde el actor pudo hacer valer todos los pedimentos que tenía contra el demandado, c) las peticiones de la entidad actora en el segundo juicio pudieron hacerse en el primero porque, aunque se han facturado con fecha posterior a la presentación de la primera demanda, corresponden a trabajos anteriores que fueron hechos durante la vigencia del convenio, d) la causa de pedir es idéntica en ambos procesos porque lo que se pretende en ellos es desplegar los efectos derivados de la resolución unilateral del contrato por los demandados.
9. Contra la sentencia dictada en segunda instancia se ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal por la representación procesal de la entidad demandante, que ha sido admitido.

SEGUNDO.-Enunciación de los motivos del recurso.

El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula:

«La interpretación del instituto de cosa juzgada realizada la sentencia impugnada es vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva y contraria a la jurisprudencia en la materia, siendo dicha interpretación totalmente injustificada al no haberse vulnerado en el caso concreto la seguridad jurídica de los demandados».

Se alega, en síntesis, que la sentencia impugnada ha realizado una interpretación extensiva del instituto de la cosa juzgada sin una norma que lo permita porque el presente proceso se tramita con arreglo a la LEC 1881, vulnerando el derecho de tutela efectiva de la recurrente porque le limita el acceso a la jurisdicción, sin que esta interpretación esté justificada porque el derecho a la seguridad jurídica de los demandados no se ve quebrantado por la interposición de la demanda que dio origen a este proceso ya que se dejó anunciada la posibilidad de este litigio en la demanda del juicio precedente, para la reclamación de los gastos no liquidados antes de aquel juicio y para la indemnización de daños y perjuicios.

El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula:

«La interpretación del instituto de cosa juzgada debe hacerse en todo caso de forma restrictiva, dando la interpretación más favorable a la tutela judicial efectiva por exigencia de los artículos 24 CE y 11.3 LOPJ, especialmente cuando varias de las facturas reclamadas son de fecha posterior a la anterior demanda».

Se alega, en síntesis, que: (i) al tiempo de interponer la demanda que precedió a la presente, la deuda no estaba liquidada y existen facturas de fecha posterior a la misma, lo que convierte este supuesto en dudoso a la hora de determinar su debe apreciarse cosa juzgada y aconseja adoptar la tesis más favorable a la efectividad del derecho de tutela efectiva, ya que las disposiciones de los artículos 222 y 400 LEC no le son aplicables y, en su caso, deben ser interpretadas restrictivamente, (ii) la sentencia impugnada vulnera el derecho de tutela efectiva y es contraria a los más elementales criterios de justicia porque favorece el enriquecimiento injusto de los demandados, y (iii) la conclusión de la sentencia impugnada que declara que en el momento de interposición de la demanda precedente ya conocía la recurrente todos los conceptos por los que se podía reclamar es arbitraria.

El motivo tercero se introduce con la siguiente fórmula:

«Inexistencia de identidad de objetos y de causas de pedir».

Se alega, en síntesis, que: (i) la propia sentencia de primera instancia, que se confirma por la sentencia impugnada, reconoce que existe diversidad de objetos entre ambos litigios, (ii) no es preciso que se altere el hecho base de una demanda para que se altere la causa de pedir y en el presente caso la indemnización de daños y perjuicios se fundamentó en el artículo 1706 CC y en la determinación de la existencia de buena o mala fe en los demandados y en la consideración de si la renuncia se hizo en tiempo oportuno, mientras que el litigio precedente se basó en la doctrina del enriquecimiento sin causa y en la obligación de devolver unos gastos que han supuesto utilidad para los demandados.

El motivo cuarto se introduce con la siguiente fórmula:

«Imposibilidad de haber deducido las peticiones de esta demanda en el anterior proceso declarativo al no haberse emitido en dicha fecha las facturas que se reclaman y existencia de una manifiesta contradicción con la posición anterior de este Juzgado y de la Audiencia Provincial».

Se alega, en síntesis, que: (i) en relación con el concierto que pactaron las partes litigantes no han sido dos los procesos, sino tres, sin que en el segundo de ellos -el que ha precedido a este litigio- se haya apreciado la existencia de cosa juzgada, porque esta sucesión de procedimientos no supone lesión para la seguridad jurídica de los demandados ni abuso de derecho por parte de la recurrente, (ii) en el juicio que precedió al presente no se incluyeron los gastos que ahora se reclaman porque la valoración no estaba realizada cuando se interpuso aquella demanda y así lo acreditan las facturas acompañadas que son de fecha posterior a aquella demanda, (iii) en el desarrollo de la actividad pactada, la recurrente hizo dos clases de actuaciones: unas administrativas y otras de carácter constructivo. Las primeras se reclamaron en el litigio precedente y las segundas se reclaman en el presente proceso y se han liquidado después de presentarse la demanda en el proceso anterior.

Los motivos deben ser desestimados.

TERCERO.-El alcance de la cosa juzgada.

A) Cualquiera que sea el alcance que se atribuya a las disposiciones transitorias 2.ª a 4.ª LEC, con arreglo al principio general de irretroactividad de las leyes procesales contenido en el artículo 2 LEC, los efectos de cosa juzgada de una sentencia dictada en un proceso iniciado bajo la vigencia de la LEC 1881 se rigen por ella, por lo que no se van a examinar las alegaciones del recurso relativas al alcance de los artículos 222 LEC y 400 LEC que, por otra parte, no han sido aplicados por la sentencia impugnada.

B) La sentencia impugnada ha apreciado la existencia de cosa juzgada con fundamento en la jurisprudencia de esta Sala que aplica los efectos negativos de la cosa juzgada cuando se plantea de nuevo una misma pretensión,

ya ejercitada en un proceso precedente, para suplir la omisión en el primer juicio de algún pedimento o cuando se promueve un segundo proceso para deducir pretensiones deducibles en el primero pero que no se formularon, como es el caso de peticiones complementarias tales como una indemnización de daños no solicitada. De la aplicación de estos criterios jurisprudenciales se ha inferido en la sentencia impugnada que los efectos negativos de cosa juzgada de la sentencia dictada en el proceso que precedió este juicio abarcaban a las reclamaciones ahora efectuadas.

C) Bajo la regulación de la LEC 1881, se encuentran ejemplos en la jurisprudencia en los que se rechaza, por contravenir el principio de cosa juzgada, el ejercicio de acciones fundadas en hechos o fundamentos jurídicos que hubieran podido ser alegados contra el demandado en un proceso anterior; siempre que los nuevos hechos o fundamentos se aleguen en sustento de una misma acción (SSTS de 6 de mayo de 2008, RC n.º 594/2001 , 29 de septiembre de 2010, RC n.º 594/2006).

La identidad de la acción no depende de la fundamentación jurídica de la pretensión, sino de la identidad de la causa petendi [causa de pedir], es decir, del conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora (STS de 7 de noviembre de 2007, RC n.º 5781/2000). La calificación jurídica alegada por las partes, aunque los hechos sean idénticos, puede ser también relevante para distinguir una acción de otra cuando la calificación comporta la delimitación del presupuesto de hecho de una u otra norma con distintos requisitos o efectos jurídicos. Por ello la jurisprudencia alude en ocasiones al título jurídico como elemento identificador de la acción, siempre que sirva de base al derecho reclamado (SSTS de 27 de octubre de 2000 y 15 de noviembre de 2001). Así, no se ha apreciado la cosa juzgada, aun tratándose de los mismos hechos, cuando se ejercitan acciones con presupuestos y consecuencias jurídicas distintas (v.g., la STS de 30 de enero de 2007, RC n.º 1147/2000 , no aprecia cosa juzgada entre un proceso por edificación de buena fe en terreno ajeno por el que se demanda la propiedad del terreno y un proceso posterior en que se demanda indemnización por el valor de lo edificado, la STS de 20 de marzo de 1998, RC n.º 241/1994 , no aprecia cosa juzgada entre un proceso en el que se pidió la condena a realizar y entregar una determinada obra y otro en el se solicitaba una indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento de lo contratado que establecía la prestación de la realización y entrega de la obra en cuestión).

Por el contrario, sí se apreció la cosa juzgada en la STS 30 de julio de 1996, RC n.º 3523/1992 , en la que se contemplaba un supuesto en el que se alegaban vicios o defectos de construcción existentes cuando se entabló el primer juicio, que eran conocidos de la actora, partiendo de la sustancial identidad entre las acciones de indemnización por defectos de la construcción ejercitadas en ambos procesos, en la STS de 28 de febrero de 1991 , respecto a cuestiones complementarias o implícitas en el objeto principal de controversia, basadas en hechos accesorios que no pueden ser alegados en otro proceso posterior para obtener una consecuencia jurídica que ya ha sido decidida, en la STS de 10 de junio de 2002 , RC n.º 3887/ 1996 que examinó un caso en el que se daba coincidencia entre lo pedido -daños y perjuicios- y la causa de pedir -la explotación del nombre comercial y del negocio hotelero- de ambos procesos, causados, en el primero de ellos, desde la interposición de la primera demanda hasta la sentencia, y en el segundo con posterioridad a dicha sentencia, pero sin ningún hecho jurídicamente relevante que integrara una nueva causa de pedir que justificara la nueva reclamación.

En la esencia de la inmutabilidad de la cosa juzgada está el principio de seguridad jurídica pues la vida jurídica no puede soportar una renovación continua del proceso. El ordenamiento jurídico prefiere el efecto preclusivo de la cosa juzgada como mal menor ante el principio de seguridad jurídica y este efecto preclusivo se da cuando el proceso terminado haya sido susceptible jurídicamente de un agotamiento del caso (STS de 24 de septiembre de 2003 , RC n.º 4046/ 1997), por lo que esta Sala ha declarado que para determinar la existencia de la identidad objetiva entre los procesos ha de tomarse en consideración lo deducido en el primer proceso y, además, lo que hubiera podido deducirse en él (SSTS de 26 de junio de 2006 , 28 de febrero de 2007 , 6 de mayo de 2008 y 17 de junio de 2009, RC n.º 2225/2004). La cosa juzgada imposibilita replantear indefinidamente un problema ante los Tribunales de Justicia (STS de 20 de abril de 2010, RC n.º 1896/2007), la cuestión que ya ha sido examinada y resuelta, ha quedado satisfecha y no existe razón válida para volver a ocuparse de ella.

D) En el recurso acontece lo siguiente: a) ambos procesos tienen su origen en la resolución unilateral por los demandados del convenio existente entre las partes, b) en el primer proceso, el n.º 178/1997 del Juzgado de Primera Instancia de Torrelaguna , se pidió la condena al pago de los gastos soportados por la actora, por diferentes conceptos, durante la vigencia de la relación contractual con los demandados, con fundamento en lo pactado en el contrato, y se discutió -en cuanto ahora interesa- sobre el porcentaje de dichos gastos que correspondía satisfacer a cada una de las partes, c) en el presente juicio, el n.º 255/1997 del Juzgado de Primera

Instancia de Torrelaguna , se pidió la condena al pago de una cantidad comprensiva (i) de los gastos soportados por la actora durante la vigencia de la relación contractual con los demandados, por diferentes conceptos distintos de los solicitados en el juicio precedente, con fundamento en lo pactado en el contrato, y (ii) del importe de la indemnización de los daños y perjuicios causados a la demandante por la resolución unilateral del contrato por los demandados concurriendo mala fe.

En consecuencia, en ambos procesos se ejercita la misma acción. Las pretensiones de los dos litigios están basadas en un mismo título como consideró la sentencia impugnada, pues todas derivan de la resolución unilateral del contrato por los demandados.

E) Las alegaciones efectuadas en los motivos deben ser rechazadas por aplicación de la doctrina expuesta y por las siguientes razones:

1. La apreciación de cosa juzgada no vulnera el derecho de tutela efectiva de la entidad recurrente porque este derecho se satisface mediante el acceso de las partes al proceso sin limitación de garantías ni impedimento alguno para alegar y demostrar en el proceso los propios derechos (SSTC 40/1994, de 15 de febrero , 198/2000, de 24 de julio), mediante la obtención de una respuesta judicial razonada, motivada y fundada en Derecho (SSTC de 24 de enero de 2003, RC n.º 2031/1997 , 6 de abril de 2006, RC 3555/1999 , de 24 de julio , 25 de mayo de 2010 , RC n.º 931 / 2005, y SSTC 220/1993, de 30 de junio , 198/2000, de 24 de julio), que no ha de ser necesariamente favorable para la parte.
2. No cabe invocar la doctrina del enriquecimiento injusto porque constituye justa causa la legitimación prestada por una regulación legal que lo admite o lo tolera en aras del interés social (STS de 18 de febrero de 2003 , de 16 de febrero de 2006, RC n.º 2557/1999).
3. No hay arbitrariedad en la sentencia impugnada cuando declara que la recurrente conocía todos los conceptos por los que podía reclamar a consecuencia de la resolución unilateral del contrato cuando interpuso el juicio precedente, dado que la recurrente ha manifestado que la división de las reclamaciones en varios litigios obedece a su conveniencia, para agilizar en lo posible el cobro de lo debido por los demandados, y la recurrente no ha alegado ningún hecho jurídico distinto del alegado en el juicio precedente -la resolución unilateral injustificada del contrato por los demandados- para fundamentar las reclamaciones efectuadas en el presente proceso, pues no tiene este carácter la emisión de unas facturas con fecha posterior al primer proceso.
4. La sentencia impugnada no reconoce que haya diversidad de objetos entre ambos litigios pues aplica la doctrina de esta Sala y declara que la recurrente ha intentado dar distinta cobertura jurídica a las pretensiones del presente juicio que pudieron ser planteadas en el precedente.
5. El fundamento de la reclamación de daños y perjuicios que se alegó en la demanda no impide apreciar cosa juzgada, pues, como ya se ha dicho, la identidad de la acción no depende de la fundamentación jurídica de la pretensión y en este caso no hay un título jurídico en el que se fundamente la petición de daños y perjuicios distinto del título jurídico por el que se siguió el juicio precedente.
6. La circunstancia de que en el juicio precedente no se apreciara la existencia de cosa juzgada respecto a otro juicio anterior no condiciona la decisión que sobre la cosa juzgada deba hacerse en el presente procedimiento.

CUARTO.-Desestimación del recurso y costas.

La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal comporta la procedencia de confirmar la sentencia impugnada de acuerdo con el artículo 487 LEC y de imponer las costas a la parte recurrente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 394 LEC , en relación con el artículo 398 LEC .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

1. Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de Procomsa contra la sentencia de 30 de marzo de 2007, dictada en grado de apelación, rollo número 384/2006, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 8.ª, cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Procomsa frente a D.ª María Dolores , D. Ezequiel , D. Gines y D.ª Angelina contra la sentencia de 1 de septiembre de 2005 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Torrelaguna , debemos confirmar y confirmamos la referida resolución, con imposición de las costas procesales de la segunda instancia a la parte apelante».

2. No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. Se imponen las costas de este recurso la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Rios. Jesus Corbal Fernandez. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel. Antonio Salas Carceller. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Marginal: 2377287

Nº Resolución: 25/2012

Nº Recurso: 652/2011

Tipo: Sentencia

Jurisdicción: Civil

Fecha: 23/01/2012

Tribunal: Audiencia Provincial de Cádiz

Sala:

Sección:

Procedimiento: Recurso apelación LEC 2000

Ponente: CARLOS ERCILLA LABARTA

A favor de: Actor

SENTENCIA nº: 25/2012

Ilmos. Sres.

Presidente

D. CARLOS ERCILLA LABARTA

Magistrados

D. ANGEL L. SANABRIA PAREJO

D. RAMON ROMERO NAVARRO

JUZGADO: Cadiz nº 4

Juicio Divorcio nº 170/11

Rollo Apelación Civil nº: 652

Año: 2.011

En la ciudad de Cádiz a día 23 de enero de 2012.

Vistos en trámite de apelación por la Sección Quinta de esta Ilma. Audiencia Provincial de Cádiz los autos del Recurso de Apelación Civil de referencia del margen, seguidos por Divorcio Contencioso 170/2011, en el que figura como parte apelante Ceferino , y parte apelada Valle .

; actuando como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON CARLOS ERCILLA LABARTA.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- Por el juzgado de Primera Instancia nº 4 de Cádiz se dictó sentencia con fecha 21-6-2011 cuya parte dispositiva dice: "FALLO: Que estimando la demanda formulada por la representación procesal de Doña Valle cntra Don Ceferino debo declarar y declaro la disolución , por divorcio, del matrimonio de los expresados, con todos los efectos legales inherentes, atribuyéndose el uso de la vivienda familiar a la actora y manteniéndose la pensión compensatoria fijada en el convenio regulador de la separación; debiéndose hacerse cargo ambos litigantes de las deudas gananciales por mitad. No se hace expreso pronunciamiento en costas.

2º.- Contra la antedicha Sentencia por la representación de, Ceferino se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que fue admitido a trámite por el Juez "a quo" remitiendo las actuaciones a esta audiencia Provincial, dándose traslado del referido escrito de apelación a la parte contraria por término legal para que pudiera formular escrito de oposición o impugnación, el cual una vez presentado fue unido a autos.

3º.- Recibidos los autos en esta Sala, se formó el correspondiente rollo, turnándose la ponencia , y no habiéndose solicitado la práctica de prueba en esta segunda instancia, se hizo entrega al Ilmo. Sr. ponente , para dictar la resolución procedente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º.- Se plantea en primer lugar por el apelante la cuestión relativa a la pensión compensatoria, y a este respecto, si bien en virtud de reconciliación de los conyuges y auto del juzgado se dejó sin efecto la citada pensión compensatoria y demas medidas economicas, de hecho la situación existente en relación a la esposa y la epoca de la separación no consta que se haya modificado, si bien es de tener en cuenta que la misma ya ha venido percibiendo dicha pensión desde la separación hasta el año 2009, en que se reconcilian, por lo cual si bien , es preciso mantener en sus términos económicos, la pensión compensatoria señalada en la sentencia de separación, atendiendo al tiempo transcurrido y la incorporación, si bien no excesivamente plena de la esposa al mercado laboral , determina que esa pensión compensatoria deba limitarse a dos años desde la fecha de la presente Resolución.

2º.- En cuanto al domicilio familiar, ya en la separación matrimonial acordada en el año 1999 se acordó atribuir a la

esposa el referido domicilio, consistente en una vivienda arrendada, hasta el punto en que ambas partes acordaban llevar a cabo las diligencias necesarias y firmar los documentos precisos para poner dicho arrendamiento a nombre de la esposa, lo cual, aunque no consta, debe haberse realizado. No obstante y tras la reconciliación se convierte de nuevo en domicilio conyugal, y como bien realiza el Juzgador de instancia atendiendo a las diferencias económicas entra ambos cónyuges, en particular los ingresos de los mismos, el interés más necesitado de protección es el de la esposa, por lo cual y en atención a ello, si bien con la limitación temporal indicada en la Resolución recurrida, es procedente mantener dicha atribución, no acreditando la parte a élante que su interés sea el más necesitado de protección.

3º.- En cuanto a las deudas gananciales, no aparece la existencia de las mismas, pues establecida la separación de bienes desde la fecha de la Sentencia de separación, el año 1.999, no consta que subsistan deudas anteriores a esa fecha, y en cuanto a las que hayan podido surgir posteriormente, las partes se encontraban ya en régimen de separación de bienes, por lo que la responsabilidad será la que se haya acordado o asumido en cada obligación en concreto. Ahora bien, no por ello es incorrecta la resolución de instancia, en cuanto que se refiere a deudas gananciales sin indicar cuales sean, por lo cual debe mantenerse dicho pronunciamiento si bien referido a deudas anteriores a 1.999, y en cuanto a la deuda existente con la entidad Caja de ahorros San Fernando, hoy Cajasol, habiendo asumido voluntariamente el marido el abono de la misma procede estar a dicho acuerdo, modificando la Resolución recurrida en dicho punto, todo ello sin hacer imposición de las costas de esta alzada. VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Ceferino contra la Sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado- del juzgado de Primera Instancia nº 4 de los de Cadiz en los autos de que este rollo trae causa, debemos revocar y revocamos parcialmente la misma, en el sentido de limitar la pensión compensatoria señalada en la sentencia de instancia a dos años desde la fecha de la presente resolución, estableciendo, asimismo, la obligación de D. Ceferino de abonar con carácter exclusivo la deuda existente con la entidad Cajasol, manteniendo el resto de la Resolución recurrida, todo ello sin hacer expresa imposición al apelante de las costas de esta alzada, acordando asimismo, la devolución del depósito constituido. Notifíquese la presente a las partes en el domicilio indicado a efectos de notificaciones en esta Ciudad, conforme al artículo 248, nº 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y con certificación de la presente, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia para la ejecución de lo resuelto.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá testimonio al rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Marginal: 2277512

Nº Resolución: 430/2010

Nº Recurso: 1232/2008

Tipo: Sentencia

Jurisdicción: Civil

Fecha: 27/12/2010

Tribunal: Juzgado de lo Mercantil de Valencia/Valencia

Sala:

Sección:

Procedimiento: Apelación, Concurso de acreedores

Ponente: SALVADOR VILATA MENADAS

A favor de: Actor

Resumen CONTRATO DE ESPONSORIZACIÓN Y PATROCINIO DEPORTIVO.- Incumplimiento, y obligación de indemnizar.-

Se estima la demanda promovida en solicitud de declaración de incumplimiento de contrato de esponsorización y patrocinio deportivo, de resolución del mismo, y de indemnización por dicho incumplimiento.

El Juzgado declara que la entidad demandada, ha incumplido radicalmente la prestación debida. No ha atendido los plazos de la obligación dineraria en los terminos comprometidos (en particular, el primero), no habiendo hecho entrega tampoco de los avales comprometidos para garantizar precisamente frente a la demandante el cumplimiento de tal prestación dineraria. Pretender que la parte in bonis, aquí actora, hubiere de esperar el vencimiento cronologico de la relacion negocial, resulta un sinsentido, cuando no existe garantía de cobro, pues ya se ha incumplido el primer pago y no se han entregado los avales. En todo caso, además, la diligencia de la parte in bonis, aquí actora, ha minimizado el coste de la indemnizacion de daños y perjuicios, a desenvolver en la nada desdeñable cifra de 1.000.000.- euros, lo que desde la perspectiva del obligado al pago no debe resultar baladí.

De la prueba practicada en el acto de la vista, resulta acreditado que no se entregan los avales. Se pretende enfatizar la relacion de confianza en cuyo marco se suscribe el contrato, y en descargo se aduce que a partir de Enero de 2009 resulta muy acuciante la situacion de crisis económica. Para desterrar la pretendida bondad de estos argumentos defensivos, baste considerar que la demandada incumple radicalmente la prestación a que venia obligada, no siendo dable que pueda reprochar (el incumplidor) a la adversa su falta de paciencia con fundamento en esa alegada relacion de confianza (ya quebrantada por tanto).

SENTENCIA Nº 430

En Valencia, a veintisiete de diciembre de dos mil diez.

VISTOS por el Ilmo. Sr. D. SALVADOR VILATA MENADAS, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil numero 1 de Valencia, los presentes autos de juicio declarativo ordinario, registrados con el numero 1232/2008 de los asuntos civiles de este Juzgado, siendo partes la entidad VALENCIA CLUB DE FUTBOL SOCIEDAD ANONIMA DEPORTIVA, representado por el Procurador Sr. Martin Pérez y con la asistencia del Letrado Sr. Morata Sanchez-Tarazaga, como parte demandante y la entidad PRODUCT MANAGEMENT COUNCIL S.L., representada por el Procurador Sra. Plaza Orozco y asistida del Letrado Sr. Casillas Font, como parte demandada, se procede,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

a dictar la presente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de la entidad VALENCIA CLUB DE FUTBOL SOCIEDAD ANONIMA DEPORTIVA se promovió demanda, que por reparto fué turnada a este Juzgado dando lugar a la formación de los presentes autos num. 1232/2008, frente a la ya citada demandada, interesando que tras los tramites procedimentales oportunos se dictase sentencia conteniendo los siguientes pronunciamientos:

- 1.- Se declare el incumplimiento del contrato de esponsorización y patrocinio deportivo de fecha 14 de diciembre de 2007 por parte de PMC respecto de las obligaciones esenciales contraídas con VCF en virtud del mismo.
- 2.- Se declare bien hecha y ajustada a Derecho la resolución unilateral del contrato suscrito por VCF con PMC en fecha 14 de diciembre de 2007, formalizada a través del Acta Notarial autorizada por el Notario de Valencia D. Alejandro Cervera Taulet en fecha 10 de septiembre de 2008, como consecuencia del incumplimiento grave de las obligaciones asumidas por PMC.

3.- Se condene a PMC a abonar a VCF la cantidad de 1.183.561,64.- euros en concepto de equivalente a metálico de la restitución de prestaciones ejecutadas por VCF durante la vigencia del contrato (1 de julio de 2008 a 10 de septiembre de 2008), más los intereses legales que en derecho procedan.

4.- Se condene a PMC a pagar a VCF la cantidad de 4.816.438,36.- euros más los intereses legales que en derecho procedan, en concepto de daños y perjuicios causados a VCF por el incumplimiento del contrato, siendo este importe el equivalente al daño emergente y el beneficio dejado de obtener por VCF como consecuencia de la resolución del contrato de esponsorización y patrocinio deportivo para la temporada 2008-09. Este cantidad se redujo en la petición deducida en informe final a la suma de 3.816.438,36.- euros de principal.

5.- Se condene a la mercantil demandada al pago de las costas procesales devengadas por el presente procedimiento, tanto por resultar su imposición preceptiva cuanto por la evidente temeridad y mala fe manifestadas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda respectiva más arriba mencionada, se emplazó a la parte demandada para que en veinte días compareciere en autos y la contestase, bajo apercibimiento de rebeldía, lo que vino verificado en legal forma, oponiéndose a la demanda adversa y formulándose demanda reconvenzional. Contestada por la actora inicial la reconveccion deducida, seguidamente se convocó a las partes al acto de la audiencia previa que se celebró con su asistencia en fecha 21 de enero de 2010, ratificando las partes sus respectivos escritos procesales y solicitando el recibimiento del pleito a prueba, admitiéndose los medios probatorios que se reputaron pertinentes y señalándose para que tuviere lugar el acto del juicio la audiencia del día 17 de mayo de 2010, señalamiento que vino suspendido proveyéndose en su lugar fecha para el día 9 de noviembre de 2010.

TERCERO.- Que en el acto de la audiencia previa se acordó el sobreseimiento del proceso respecto de la reconveccion deducida, decision que vino documentada por escrito por auto de 12 de mayo de 2010.

CUARTO.- Practicados los medios probatorios admitidos como pertinentes y útiles, con el resultado que quedó registrado en el correspondiente soporte audiovisual, por providencia de fecha 9 de noviembre de 2010 quedaron los autos conclusos para dictar sentencia.

QUINTO.- Que en la sustanciación de este procedimiento se han observado las formalidades legales pertinentes, a excepción del plazo para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ejercita la parte actora pretensión tendente a que se dicte resolución judicial por la que se admita como procedente la resolución contractual operada unilateralmente por razón del incumplimiento que se reprocha a la contraparte del cumplimiento de la prestación debida, impetrando en su consecuencia el pronunciamiento de condena dineraria que se reputa pertinente, en suma finalmente reducida a la cantidad total de 5.000.000.- euros toda vez que se consiguió contratar con tercera entidad que atendió pago de 1.000.000.- euros por lo que procede reducir en tal cuantía la suma inicialmente pretendida (en los terminos ya apuntados por el ordinal 4º del suplico de la demanda, si tal eventualidad se producía).

La parte demandada comparece oportunamente en las actuaciones y se opone a la demanda deducida de contrario, para impetrar el incumplimiento de la adversa, intentando sostener demanda reconvenzional que, previa denuncia de la actora inicial, vino sobreseida por el Juzgador en el acto de la audiencia previa, acuerdo que vino documentado por escrito en Auto de 12 de mayo de 2010.

El 14 de diciembre de 2007 la entidad Valencia Club de Fútbol SAD y la entidad PRODUCT MANAGEMENT COUNCIL S.L. suscriben contrato de esponsorización y patrocinio deportivo, que tiene por objeto la promoción de la imagen de la Fundación Valencia Experience, durante la temporada 2008/09, debiendo el patrocinador indicar el concreto signo distintivo a exhibir (en equipamiento deportivo, publicidad estatica y otros espacios) antes del día 2 de enero de 2008; la contraprestacion economica a atender por el patrocinador era de SEIS MILLONES DE EUROS, pagaderos en tres fracciones de dos millones de euros cada una de ellas, y debiendo entregar avales que garanticen tal prestación dineraria. El día 2 de enero de 2008 se firma el documento que se nomina como "Anexo al contrato de esponsorización y patrocinio deportivo suscrito en fecha 14 de diciembre de 2007" (documento num. 2 de la demanda), en cuyo exponendo III se enuncia que el signo a exhibir en el marco de la relacion comercial de que se trata será "VALENCIA EXPERIENCE".

SEGUNDO.- La facultad de resolver las obligaciones se encuentra implícita en las recíprocas cuando uno de los obligados no cumple la prestación debida. Se trata de un principio que en nuestro Derecho tiene su plasmación en

el artículo 1124 del Código civil, que faculta al contratante que ha cumplido su prestación a optar entre la resolución de la obligación y la postre del contrato de que aquella nace o el cumplimiento del contrato, con indemnización de daños y perjuicios en ambos casos. En interpretación de dicho precepto la jurisprudencia tiene declarado desde antiguo (así, Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1941, 24 de octubre de 1941, 3 de mayo de 1949, 5 de mayo de 1953, 1 de diciembre de 1966, 12 de diciembre de 1966, 17 de enero de 1975, 5 de noviembre de 1982, 9 de octubre de 1987, 5 de junio de 1989, 7 de noviembre de 1995, 8 de febrero de 1996, 20 de diciembre de 1997) lo siguiente:

- 1.- Que resuelto el contrato por la parte cumplidora y de no aquietarse la otra parte serán los Tribunales los que en cada caso concreto deberán declarar si procede o no tal resolución y sus efectos, debiéndose en principio devolverse las partes las recíprocas prestaciones desentrevadas (artículos 1295 y 1303 del Código civil).
- 2.- Que sólo puede pedir la resolución y, en su caso el cumplimiento, quien previamente ha cumplido su obligación o si su incumplimiento obedece al anterior de la otra parte.
- 3.- Que, en principio, para que el incumplimiento sea tal y pueda dar lugar a la resolución es precisa una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, lo que no implica necesariamente que sea doloso sino que basta que se frustrate el fin económico del contrato perseguido por la otra parte.
- 4.- Que el incumplimiento en sí mismo no lleva consigo sin más la indemnización de daños y perjuicios, sino que es preciso probar su existencia, el nexo causal con el incumplimiento y su cuantía, así como que sean ciertos no dudosos, ni contingentes o meramente posibles, hipotéticos o eventuales.

Ahora bien, es lo cierto que se observa una evolución en los criterios al respecto mantenidos por la más moderna jurisprudencia, de suerte que resulta presupuesto para la viabilidad de la acción, por un lado, que el accionante no haya incumplido las obligaciones que le concernían, salvo si ello ocurriera como consecuencia del incumplimiento anterior del otro y, por otro lado, que la parte adversa haya incumplido de forma grave las que le incumbían (así, Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1991, 19 de mayo de 1992, 15 de febrero de 1993, 24 de noviembre de 1995, 24 de enero de 2001). Así, se introduce un cambio relevante, de manera que ya no se exige para la viabilidad de la pretensión de resolución contractual la presencia del requisito subjetivo, a saber, de una conducta rebelde, sino que basta con que pueda atribuirse al contratante que se tacha de incumplidor una conducta contraria al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó. La moderna jurisprudencia señala que no es precisa, a efectos resolutivos, la presencia de una pertinaz y continuada conducta obstativa al cumplimiento sino que, antes bien, basta que el interesado en una vinculante relación obligacional, frente a la actuación del que cumple, no actúe de la misma manera sino que por el contrario desarrolle conductas de contradicción a lo establecido en el pacto negocial o de no prestación de lo debido, sin causa, razón o justificación para ello, eludiendo frontalmente los objetivos y finalidades del convenio así como las legítimas expectativas de la parte cumplidora; así las cosas, el elemento subjetivo, conformado por la conducta deliberadamente rebelde al cumplimiento, ha venido sustituido por el objetivo de la frustración del fin del contrato de manera que lo esencial para la resolución es que el incumplimiento impida la realización del fin del contrato o, lo que es lo mismo, que se malogren las legítimas expectativas y aspiraciones de la contraparte (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1993 y 22 de junio de 1995), no resultando preciso que el contratante incumplidor actúe con el ánimo deliberado de causar el incumplimiento sino con conducta, no sanada por justa causa, obstativa del cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1991, 16 de mayo de 1991 y 27 de febrero de 2004, y entre las más recientes, Sentencias de 26 de noviembre de 2007 y 12 de junio de 2008).

TERCERO.- Que evidentemente la parte in bonis no puede quedar esclava de la relación negocial que le vincula con la adversa, en cuyo marco aquélla ha cumplido la prestación esperada en tanto que se ve frustrada (la causa económica del contrato) por el incumplimiento de la adversa. En tal tesis, la parte in bonis ha diligenciado por conducto fehaciente (notarial) la resolución del contrato ex artículo 1124 del Código civil. Contrariamente a lo que se sostiene de contrario, la resolución viene operada, y si resulta contraria a Derecho, se desenvolverán las consecuencias pertinentes, pero se insiste, la parte in bonis no puede verse ligada por un nexo negocial radicalmente quebrantado por la contraparte.

La entidad PRODUCT MANAGEMENT COUNCIL S.L. ha incumplido radicalmente la prestación debida. No ha atendido los plazos de la obligación dineraria en los términos comprometidos (en particular, el primero), no habiendo hecho entrega tampoco de los avales comprometidos para garantizar precisamente frente a Valencia Club de Fútbol SAD el cumplimiento de tal prestación dineraria. Pretender que la parte in bonis, aquí actora, hubiere de esperar el vencimiento cronológico de la relación negocial resulta un sinsentido cuando no existe

garantía de cobro, pues ya se ha incumplido el primer pago y no se han entregado los avales. En todo caso además, la diligencia de la parte in bonis, aquí actora, ha minimizado el coste de la indemnización de daños y perjuicios a desenvolver en la nada desdeñable cifra de 1.000.000.- euros, lo que desde la perspectiva del obligado al pago no debe resultar baladí.

De la prueba practicada en el acto de la vista, en particular del interrogatorio de parte del legal representante de la demandada, Sr. Saez Tormo, pero también de la testifical, resulta acreditado que no se entregan los avales. Se pretende enfatizar la relación de confianza en cuyo marco se suscribe el contrato de 14 de diciembre de 2009, y en descargo se aduce que a partir de Enero de 2009 resulta muy acuciante la situación de crisis económica. Para desterrar la pretendida bondad de estos argumentos defensivos, baste considerar que la demandada incumple radicalmente la prestación a que venía obligada, no siendo dable que pueda reprochar (el incumplidor) a la adversa su falta de paciencia con fundamento en esa alegada relación de confianza (ya quebrantada por tanto). Es lo cierto que con fundamento en esa relación de confianza mutua concurrente en el momento de las negociaciones y al rubrica del contrato de 14 de diciembre de 2007 y su Anexo de 2 de enero de 2008, la entidad Valencia Club de Fútbol SAD no obstante no recibir en unidad de acto los avales, admitió continuar con la perfección del vínculo negocial. La razón de tal proceder en ese momento cronológico aparece como una obviada, por cuanto en principio las empresas del Sr. Saez Tormo parecen suponer una garantía bastante, no existiendo todavía un motivo decisivo que lleve a sospechar una situación diversa, y en todo caso además el muy exigente calendario marcado por el fabricante y proveedor de los equipamientos deportivos de los diversos equipos y para las diversas competiciones del Valencia Club de Fútbol (Nike), determina que así debiera ser, siendo la alternativa no contar con patrocinador alguno para la ropa deportiva.

Esto es, de ello no se deriva, per se, una actuación negligente por parte de los responsables de la entidad Valencia Club de Fútbol SAD, cuyos equipos al inicio de la temporada 2008/09 vistieron la ropa deportiva con el signo distintivo VALENCIA EXPERIENCE y que, correlativamente, sin embargo, se ven defraudados por el incumplimiento adverso. Como quiera que se persiste en la conducta incumplidora, en fecha 10 de septiembre de 2008 y por conducto notarial se intima la resolución contractual, habiéndose podido contratar todavía con un tercero -que sí prestó los avales pertinentes, como resulta de la prueba testifical practicada con D. Eliseo - la inserción publicitaria minimizándose con ello en alguna medida los daños padecidos (lo que se refleja asimismo en el concreto quantum pretendido por esta vía en esta sede). En última instancia, se ha generado la convicción del Juzgador en punto a la persistencia en la espera de la prestación efectiva de los avales, en la conducta de empleado de la entidad actora (el Sr. Manuel) que informaba positivamente en este sentido a los miembros del órgano de administración de la entidad, y bien entendido que por parte de Valencia Club de Fútbol SAD se reclamaba insistentemente la entrega de los avales pertinentes (vide testificales de Dña. Enriqueta y D. Jose Enrique), sin que en este sentido la participación del Presidente del Consejo firmando los contratos tenga más relevancia directa en cuanto que participe efectivo del negocio oneroso de que se trata que el de firmante en cuanto que representante orgánico de la entidad.

Procede por ello estimar la demanda rectora de las presentes actuaciones, y en cuanto al concreto quantum pretendido, considerando que la prestación dineraria comprometida por el patrocinador VALENCIA EXPERIENCE era de 6 millones de euros por esa temporada futbolística, y considerando que finalmente se consiguió contratar con tercero que abonó la suma de 1 millón de euros, razonablemente la actora podría reclamar en esta sede la nada desdeñable cifra de 5 millones de euros, suma en que puede cuantificarse por total el daño padecido por mor de la frustración del negocio por causa imputable a la adversa. Así se verifica precisamente el pedimento de la actora, desglosando partida por desenvolvimiento negocial efectivo en cuanto que se trata de la prestación desenvuelta en el iter temporal desde el inicio en el tiempo de la relación jurídico negocial en los términos pactados, a saber, 1 de julio de 2008, y hasta la fecha de la intimación de resolución contractual por conducto notarial, pretendiéndose por este concepto la cifra de 1.183.561,64.- euros (y que corresponde con la parte proporcional correspondiente a la duración total en relación con la cifra total), en tanto que se pretende el resto hasta cinco millones, esto es, la cifra de 3.816.438,36.- euros, por concepto de daños y perjuicios.

Pues bien, tal es procedente, y así las cosas, procede la estimación de la demanda rectora de las presentes actuaciones.

CUARTO.- De conformidad con lo establecido en los artículos 1100, 1101 y 1108 del Código civil, los artículos 339 y 341 del Código de Comercio, y el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento civil, debe condenarse además a la parte demandada al pago de los intereses legales devengados por la cantidad debida desde la fecha de interposición de la demanda inicial, a saber, 12 de noviembre de 2008, y hasta el completo pago de la deuda,

incrementados en la forma explicitada por el citado artículo 576 de la Ley procesal civil.

QUINTO.- Las costas procesales causadas deben venir impuestas a la parte demandada que resulta vencida ex artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, comprendidas asimismo aquéllas devengadas por consecuencia de la reconvencción intentada y que se ha sobreesido.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso enjuiciado.

FALLO

Que estimando como estimo la demanda promovida por el Procurador Sr. Martín Pérez en la representación que ostenta de su mandante VALENCIA CLUB DE FUTBOL SOCIEDAD ANONIMA DEPORTIVA contra la entidad PRODUCT MANAGEMENT COUNCIL S.L. se adoptan los siguientes pronunciamientos:

1.- Se declara ajustada a Derecho la resolución unilateral del contrato suscrito por VALENCIA CLUB DE FUTBOL SOCIEDAD ANONIMA DEPORTIVA con PRODUCT MANAGEMENT COUNCIL S.L. de fecha 14 de diciembre de 2007, por causa de incumplimiento de la parte aquí demandada, y que vino formalizada a través del Acta Notarial autorizada por el Notario de Valencia D. Alejandro Cervera Taulat en fecha 10 de septiembre de 2008.

2.- Se condena a PRODUCT MANAGEMENT COUNCIL S.L. a que abone a VALENCIA CLUB DE FUTBOL SOCIEDAD ANONIMA DEPORTIVA la cantidad de CINCO MILLONES DE EUROS (5.000.000.- euros) de principal, con más los intereses legales de la misma desde el día 12 de noviembre de 2008 y hasta el completo pago de la deuda.

3.- Se sobreesee el proceso respecto de la reconvencción intentada en esta sede, en los términos enunciados por escrito en Auto de 12 de mayo de 2010.

4.- Todo ello con imposición de la totalidad de las costas procesales causadas a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes en legal forma, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, que deberá prepararse en el plazo de cinco días, operándose el depósito que refiere la DA 15ª LOPJ.

Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

E./

PUBLICACION.- La anterior sentencia ha sido dictada y firmada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que la suscribe estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, extendiéndose la presente diligencia a los efectos del artículo 204 de la LEC. Doy fe.

Marginal: 2371721	Nº Resolución: 6/2012	Nº Recurso: 1939/2010
Tipo: Sentencia	Jurisdicción: Civil	Fecha: 23/01/2012
Tribunal: Tribunal Supremo	Sala: Sala Primera	Sección:
Procedimiento: Recurso casación-Derechos Fundamentales		
Ponente: JUAN ANTONIO XIOL RIOS		
A favor de: Demandado		

Resumen DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL.- Prevalencia del derecho a la intimidad personal frente a la libertad de información, la cual debe apreciarse mediante ponderación en función de las circunstancias concurrentes en cada caso.-

Se declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por uno de los demandados contra Sentencia parcialmente estimatoria de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 8ª, sobre derecho a la intimidad personal.

La Sala declara que el goce de pública celebridad, el hecho de que una relación personal sea conocida y que se hubiera publicado con anterioridad la revelación de aspectos concretos propios de la vida personal, no privan al afectado de la protección de estos Derechos fuera de aquellos aspectos a los que se refiera su consentimiento, y solo tiene trascendencia para la ponderación en el caso de que se trate de actos de sustancia y continuidad suficientes para revelar que el interesado no mantiene un determinado ámbito de su vida reservado para sí mismo o su familia (artículo 2 LPDH), circunstancia no concurrente en el presente caso.

Por ello, la consideración de las circunstancias concurrentes, conduce a estimar que la libertad de información no puede en este caso prevalecer sobre el Derecho a la intimidad personal de la demandante, pues el grado de afectación de la primera es muy débil y el grado de afectación del segundo es de gran intensidad.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Enero de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen indicados, el recurso de casación que con el n.º 1939/2010 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de D. Leoncio , aquí representado por la procuradora D.ª Blanca Ruiz Minguito contra la sentencia de fecha 19 de julio de 2010, dictada en grado de apelación, rollo n.º 688/2009, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 8 .ª, dimanante de procedimiento de juicio ordinario n.º 1336/2007, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 61 de Madrid . La parte recurrida, D.ª Salome no ha comparecido ante esta Sala. Es parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El juzgado de Primera Instancia n.º 61 de Madrid dictó Sentencia de 24 de febrero de 2009 en el juicio ordinario n.º 1336/2007, cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Estimo parcialmente la demanda interpuesta por la representación procesal de Salome contra Leoncio , Ediciones Zeta S.A. y Mateo y declaro que los demandados han vulnerado el derecho a la intimidad personal de la demandante mediante la publicación en la revista Intervú de las declaraciones enjuiciadas, en la forma y modo expuestos en los fundamentos de Derecho de la presente Sentencia y condeno a los demandados a abonar a la actora, con carácter solidario, la suma de dieciocho mil euros (18.000 euros), debiéndose publicar la presente Resolución en la revista Intervú, en la misma Sección , anuncio en portada y extensión que las declaraciones litigiosas. Cada parte habrá de satisfacer las costas causadas a instancia y las comunes por mitad.»

SEGUNDO.- La Sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

«Primero. La parte actora -personaje de proyección pública por su profesión de presentadora de televisión- solicita que se declare la vulneración por los demandados de su Derecho al honor e intimidad, por la difusión de unas declaraciones de quien fue su pareja, Leoncio , en la revista Intervú , relativas a aspectos de su vida en común, como las relaciones sexuales o determinados rasgos de su carácter que, en su opinión, la hacen parecer una persona histérica , maniática y tirana. Los Derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, reconocidos en el art. 18.1 C.E., a pesar de su estrecha relación en tanto que Derechos de la personalidad,

derivados de la dignidad humana y dirigidos a la protección del patrimonio moral de las personas, tienen, no obstante, un contenido propio y específico. Se trata, dicho con otras palabras, de Derechos autónomos, de modo que, al tener cada uno de ellos su propia sustantividad, la apreciación de la vulneración de uno no conlleva necesariamente la vulneración de los demás, ni ninguno de ellos tiene respecto de los demás la consideración de Derecho genérico que pueda subsumirse en los otros dos Derechos fundamentales que prevé este precepto constitucional, pues la especificidad de cada uno de estos Derechos impide considerar subsumido en alguno de ellos las vulneraciones de los otros Derechos que puedan ocasionarse a través de una imagen que muestre, además de los rasgos físicos que permiten la identificación de la persona, aspectos de su vida privada, partes íntimas de su cuerpo o que se la represente en una situación que pueda hacer desmerecer su buen nombre o su propia estima. En tales supuestos la apreciación de la vulneración del Derecho a la imagen no impedirá, en su caso, la apreciación de la vulneración de las eventuales lesiones del Derecho a la intimidad o al honor que a través de la imagen se hayan podido causar, pues, desde la perspectiva constitucional, el desvalor de la acción no es el mismo cuando los hechos realizados solo pueden considerarse lesivos del Derecho a la imagen que cuando, además, a través de la imagen puede vulnerarse también el Derecho al honor o a la intimidad, o ambos Derechos conjuntamente (SST.C. 156/2001, de 2 de julio, y 14/2003, de 28 de enero). Define la mejor doctrina científica el Derecho a la intimidad como aquel poder concedido a la persona sobre el conjunto de actividades que forman su círculo íntimo, personal y familiar, y que le permite excluir a los extraños de entrometerse en él y darle una publicidad que no desee el interesado. La intimidad es un Derecho de la personalidad (18.1 CE) con categoría de fundamental y que está separado del Derecho a la propia imagen y del mismo Derecho al honor y que comprende dos aspectos que la propia Constitución recoge, cuales son la intimidad personal y la intimidad familiar, predominando, como se infiere de la caracterización primeramente citada, el aspecto negativo o de exclusión; poder de exclusión "erga omnes" y poder también del titular del Derecho sobre la amplitud o restricción de los elementos del círculo de la intimidad, como ya dijese la Sentencia del Tribunal Constitucional de 30-10-1987; el Derecho a que se está haciendo mención se refiere y ciñe al aspecto de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas, que son, las mencionadas en el art. 7 de la Ley 1/1982.

»En torno al Derecho a la intimidad son múltiples los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que vienen a entender que se quebranta el mismo cuando se invade el respeto que merece el Derecho (Sentencia de 18-07-1988), e igualmente cuando se invade "la zona reservada de la persona y de su espíritu, catalogada como uno de los Derechos fundamentales y que constituye un acervo y patrimonio de la persona misma (STS de 13-03-1989). Sigue diciendo la misma sentencia que "el patrimonio que comprende la intimidad personal es extremadamente amplio y variado, sin que puedan sentarse reglas generales ni catálogos enunciativos de la misma; pero sí hace referencia a todos aquellos datos biológicos o espirituales o caracterológicos que componen el ser de una persona, como pueden ser los datos analíticos o profesionales de una persona determinada, cuya divulgación por el sujeto que los posee provoca una publicidad de los mismos".

»El Derecho a la intimidad viene delimitado por las propias leyes y por los usos sociales, atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia, debiendo conjugarse, como expresa la mejor doctrina científica, los factores social y personal, el primero en relación con el entorno y específica situación en que se mueva la persona afectada y el segundo en lo atinente a la posición pública, en su caso, que tuviese quien demanda la protección del propio Derecho a su intimidad personal. Nadie duda que la persona de posición política, social o económica es titular, obviamente, del Derecho a la intimidad, pero tal Derecho aparece debilitado frente al interés social de conocer datos que puedan tener proyección pública o evidente trascendencia social.

»Segundo. Respecto al Derecho al honor, la STS de 24/2/2000 señala que el concepto del honor deriva del propio concepto de la dignidad del ser humano, en el sentido de que es la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona, concepto que comprende un aspecto interno, subjetivo o dimensión individual, por uno mismo, y un aspecto externo, objetivo o dimensión y valoración social, por los demás, siendo tan relativo el concepto de honor que necesariamente debe compaginarse la inevitable subjetivación con las circunstancias objetivas, al objeto de evitar que una exagerada sensibilidad de una persona transforme en su interés conceptos jurídicos como el honor (en igual sentido, STS de 24/10/88 y especialmente STS de 16/3/90 y 17/5/90).

»En este concreto orden de cosas, como indica la STS de 21-6-2001, siendo el concepto de honor comúnmente aceptado y referido al concepto de dignidad, no es posible dar una definición que pueda incardinarse o tipificar cada caso que la infinita variedad de las conductas humanas produce en la realidad social. Así, la definición

doctrinal, aceptada jurisprudencialmente, como dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona, viene reflejada en el artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, y vuelve a destacar el aspecto interno, subjetivo o dimensión individual y el aspecto externo, objetivo o dimensión o valoración social. Lo que conviene resaltar es que el concepto de honor no es subjetivo puro, que daría lugar a que cada persona tuviera una idea distinta del honor dependiendo de su subjetividad o susceptibilidad, ni tampoco es puramente objetivo, que permita dar parámetros abstractos a los que deban adaptarse las situaciones humanas.

»Asimismo, es preciso destacar determinadas delimitaciones o matizaciones del concepto del honor. En primer lugar, por el contexto en que se producen las expresiones: tiene importancia para la calificación de las mismas el medio en que se vierten y las circunstancias que lo rodean. En segundo lugar, la proyección pública de la persona que se siente ofendida, que "al haber optado libremente por tal condición, deben soportar un cierto riesgo de una lesión de sus Derecho de la personalidad", tal como dijo la Sentencia del Tribunal Constitucional 165/1987, de 27 de octubre y, desde entonces, ha sido reproducida reiteradamente por Sentencias del TS. En tercer lugar, por la gravedad de las expresiones objetivamente consideradas, que no deben llegar al tipo penal, por un lado (pues en tal caso podría instarse un procedimiento ante la jurisdicción penal), ni tampoco ser meramente intrascendentes, por otro lado.

»Tercero. En el caso que nos ocupa, las declaraciones publicadas constituyen claramente un acto de intromisión ilegítima, por cuanto se refieren al aspecto de la sexualidad de la persona que se incardina en la esfera privada de la demandante, que queda a su exclusiva disposición, es decir, que es la única que puede difundirlo o autorizar que se difunda. Salvo este último supuesto, un tercero amparándose en el ejercicio de la información no puede hacerlo, careciendo de trascendencia, a estos efectos, porque se trate de un personaje público, ya que como señala la Sentencia de 7 de julio de 2004 no dejan de ser personas como las demás que pueden hacer valer sus Derechos a defender su intimidad contra los ataques que lesionen su ámbito propio y reservado.

»Estamos ante hechos que han de gozar de la oportuna protección por afectar a su intimidad, y que no pueden escudarse en la idea de que es una cuestión de interés general faltarles los elementos de trascendencia influencia decisiva en la vida social. A nadie, con un planteamiento lógico y respetando la libertad de los demás, le debe interesar, y los medios de comunicación dada la importancia de su actividad han de procurarlo, la vida de los demás, sobre todo en aspectos íntimos que excede de la faceta pública del personaje. Este hecho no invita, ni permite, a que se pueda bucear, indagar, investigar o descubrir cualquier aspecto de su vida que, desde un punto de vista social, no debe interesar. Evidentemente las personas que gozan de cierta notoriedad pública, tendrán una parte de su vida que obviamente será de conocimiento general, y así han de aceptarlo por su consustancialidad, pero exclusivamente la que se refiera a ese aspecto público, las restantes facetas deberán gozar de igual protección que el resto de los ciudadanos. No consta que la actora haya difundido o aireado previamente situaciones similares a la que aquí nos ocupa, resultando irrelevantes a dichos efectos sus mayores o menores intervenciones en diversos medios hablando de cuestiones relativas a su esfera privada, que no consustancial e íntima, siendo ambos aspectos a diferenciar. En el presente caso, la demandante es persona de proyección pública, pero pese a ello, los datos divulgados carecen de relevancia pública. Podrá decirse que es persona de frecuente aparición -en el ámbito de la llamada «prensa rosa» en que se mueve- en los medios de comunicación; podrá decirse que, incluso, en ocasiones utiliza o ha utilizado en beneficio de sus propios intereses esos medios de comunicación. También podrá decirse que en ocasiones ha divulgado datos de su vida privada y familiar; pero todo lo anterior no le impide acotar el ámbito de su intimidad personal y familiar, ámbito que opera como límite infranqueable del Derecho a la libre información.

»Es evidente que en el caso examinado se ha utilizado la intimidad de la actora con fines de provecho comercial, sin respetar su vida íntima, y, como se refiere en STS de 27 junio 2003, con relevante infracción del artículo 18--1 de la Constitución, que si bien no dice en qué consiste la intimidad, indudablemente hay que relacionarla con la dignidad de la persona y Derecho a la privacidad, como patrimonio personal y familiar propio, vivencial y existencial. Se lesiona este Derecho a la intimidad cuando, como aquí ocurre, se impone soportar una difusión periodística de datos reales o supuestos de su vida privada que afectan a su vida más íntima. El medio de difusión que aquí nos ocupa, no tiene trascendencia o interés público alguno, ni contribuye a formar una opinión pública libre, sino que entra dentro de lo que, en relación a la prensa escrita, el Tribunal Supremo ha denominado una publicación innecesaria (STS 11-12-1995 y 22-3-2001), pues ha de distinguirse lo que representa utilidad general informativa correcta, que puede interesar al público por la relevancia de las personas y del acontecimiento y está en consonancia con su actividad profesional, artística o social, del concepto, más restringido, y que la Ley censura al no prestar su autorización, que ha de referirse a aquella utilidad que solo se presenta como comercial, por no

darse la circunstancia de responder a suceso público alguno, y solo obedece a obtener una mayor difusión de la revista presentando a los lectores actividades íntimas de las personas.

»Por otro lado, la referencia que se hace por las demandadas a una previa divulgación por la prensa rosa sobre la relación sentimental de la demandante con su acompañante en el incidente que nos ocupa, obliga a recordar que el hecho de que los datos divulgados ya fueran de dominio público, por haberlos dado a conocer previamente otro u otros medios de comunicación no exime de la obligación de preservar el ámbito de intimidad de la persona afectada, pues su revelación constituye una nueva intromisión ilegítima en el Derecho a la intimidad, no siendo admisible eludir las exigencias impuestas al ejercicio de la información aludiendo a una infracción generalizada. La revelación de un hecho íntimo de una persona por un medio de comunicación no constituye una patente de curso para que todos los demás medios de comunicación puedan ya publicar ese hecho íntimo, y, además, no es lo mismo dar a conocer una relación sentimental que el hecho de que se describa con mayor o menor lujo de detalles las relaciones sexuales que dicha situación conlleva. En base a todo lo expuesto, procede estimar la demanda interpuesta en lo relativo a considerar producida una intromisión ilegítima en el Derecho a la intimidad de la demandante, no pudiendo tener la misma acogida la vulneración denunciada del Derecho al honor, pues las expresiones utilizadas carecen por sí mismas de la entidad suficiente para ello, teniendo en cuenta el actual contexto social, que impide que los comentarios vertidos puedan considerarse atentatorios a la buena reputación de la demandante, personaje público de frecuente aparición en la denominada "prensa rosa".

»Cuarto. Sentado lo anterior, corresponde determinar la cuantía de la indemnización que corresponde a la actora por la vulneración reseñada, habiéndose solicitado en la demanda la cantidad de 200.000 euros. Para resolver la cuestión planteada hemos de tener en cuenta que conforme al art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, la existencia del perjuicio se presume siempre que se acredite la intromisión ilegítima y la indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso la difusión o Audiencia del medio a través del que se haya producido la vulneración del Derecho, así como el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma. Pues bien, la actora no ha practicado ni propuesto prueba alguna sobre la incidencia psicológica que la difusión de las declaraciones tuvo para la demandante, por lo que, apareciendo como únicos datos objetivos que permitan una aplicación directa de los criterios del artículo 9.3 mencionado, las cifras de ingresos y gastos derivados de la publicación de los dos ejemplares de la revista *Interviú* en que el Sr. Leoncio relató sus denominadas "memorias sexuales", ha de valorarse la gravedad del ataque a la intimidad al producirse una agresión dentro de su círculo íntimo y los consiguientes perjuicios sociales y familiares originados, considerando adecuado el importe de 18.000 euros. Por otro lado, el art. 9.2 de la Ley Orgánica 1/1982 establece que la tutela judicial frente a la intromisión ilegítima comprenderá entre otras medidas la difusión de la Sentencia.

»Respecto a esta medida reparadora del Derecho fundamental vulnerado, debe guardar cierta proporcionalidad con la infracción al Derecho a la intimidad que se ha realizado, por lo que sí se considera adecuado a fin de restablecer dicho Derecho fundamental, el que se difunda dicha Sentencia en la revista *Interviú*, en la misma Sección, anuncio en portada y extensión que las declaraciones a través de las cuales se vulnera el Derecho a la intimidad de la demandante. Lo que no parece razonable es que la difusión de esta Sentencia, como mecanismo compensatorio que es, tendente al restablecimiento de los Derechos vulnerados, pase necesariamente por su publicación en tres periódicos de tirada nacional. Lo lógico y proporcional es difundir la rectificación por los mismos medios en que fue publicada. No consta que aquella tuviera difusión en otros medios de comunicación que se hicieran eco de su contenido hasta el punto de precisar que se difunda en términos de general conocimiento, cuando parece que la publicación en que aparecieron las declaraciones litigiosas dispone de un público de perfiles sociológicos bien determinados. En última instancia cabría pensar que una difusión mayor que la de la noticia ilícita, lo que provocaría sería un efecto indeseado cual es ampliar la difusión de los comentarios sobre la conducta de la demandante.

»Quinto. En relación a la condena de futuro interesada, solicitándose que se requiera a los codemandados para que en lo sucesivo se abstengan de hacer manifestaciones y publicar artículos que vulneren los Derechos al honor y a la intimidad de la parte actora, debe señalarse lo siguiente: es cierto que la Ley Orgánica 1/82 en su art. 9.2 contempla entre las consecuencias de la tutela ante la intromisión ilegítima en los Derechos que quedan bajo su protección, "la adopción de todas las medidas necesarias (...) para prevenir o impedir intromisiones ulteriores". A través de una interpretación literal del precepto podría pensarse que bajo su amparo es posible obtener una condena de futuro como la instada por la actora, pero tal condena es injustificable y carece de amparo legal en los concretos términos en que aparece formulada. Y es que es la propia existencia del ordenamiento, y en lo que aquí

interesa la LO 1/82 de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen, la que sirve de instrumento de prevención general frente a los ataques o vulneraciones a tales Derechos, sin que en nuestro sistema se prevea un sistema de actuación particularizada contra el autor de dichos ilícitos. Por otra parte, la reacción legal se produce siempre frente a hechos consumados, sin que existan, fuera de las medidas cautelares típicas que también se amparan en la presencia de un "fumus boni iuris" de la infracción, medidas predelictuales civiles. Es también de destacar que un pronunciamiento como el comentado afectaría de manera notable los Derechos de expresión e información de los demandados, coartándolos incluso a frente a eventuales cambios de circunstancias o situaciones a la enjuiciada, por lo que no puede tener acogida la petición estudiada.

»Sexto. En materia de costas, ha de ponerse de relieve la muy importante diferencia entre la cantidad que en concepto de indemnización por daños morales fue pedida en la demanda como indemnización, 200.000 euros, y aquella otra que en definitiva se concede en la Sentencia, 18.000 euros, por lo que mal puede sostenerse que haya existido una estimación esencial de la demanda, por lo que, a efectos de costas, deberá estarse a lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento, y siendo parcial la estimación, no se hará condena en las costas, aplicando el artículo la Ley de Enjuiciamiento.»

TERCERO.- La Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó Sentencia de 19 de julio de 2010, en el rollo de apelación n.º 688/2009, cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Leoncio, estimando parcialmente el recurso interpuesto por D.ª Salome y estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Ediciones Zeta, S.A. y D. Mateo contra la Sentencia de fecha 24 de febrero de 2009, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 61 de Madrid, debemos revocar y revocamos parcialmente la referida Resolución, dejando su Fallo en los siguientes términos:

"Estimo parcialmente la demanda interpuesta por la representación procesal de Salome contra Leoncio, Ediciones Zeta, S.A. y Mateo y declaro que los demandados han vulnerado el Derecho a la intimidad personal de la demandante mediante la publicación en la revista Interviu de las declaraciones enjuiciadas, en la forma y modo expuestos en los fundamentos de Derecho de la presente Sentencia y condeno a los demandados a abonar a la actora, con carácter solidario, la suma de sesenta mil euros (60.000 euros), debiéndose publicar el Fallo de esta Sentencia en la revista Interviu en la misma Sección y anuncio en portada. Cada parte habrá de satisfacer las costas causadas a instancia y la comunes por mitad".

»En cuanto a las costas de esta segunda instancia, solo se imponen al codemandado apelante Sr. Leoncio cuyo recurso ha sido totalmente desestimado.»

CUARTO.- La Sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

«Primero. Planteamiento de la apelación.

La Sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda al considerar que los demandados habían vulnerado el Derecho a la intimidad personal de la demandante y condenaba a estos a abonar solidariamente a la demandante la indemnización de 18.000 euros y a la publicación de la Sentencia.

»Frente a dicha Resolución recurren en apelación el codemandado autor de las declaraciones, la demandante, y la empresa editora con su director.

»El codemandado don Leoncio intenta apoyar su recurso en las siguientes alegaciones: 1) Inexistencia de vulneración del Derecho a la intimidad porque la misma Sentencia reconoce la relevancia pública que los litigantes han dado a su relación sentimental, porque la propia madre de la ahora litigante en su libro de memorias ha difundido episodios de máxima intimidad respecto de su hija, porque las manifestaciones imputadas al ahora apelante no han supuesto revelación de detalles o pormenorización de conductas concretas y se hacen además en un sentido completamente humorístico y cordial, tratándose de referencia genéricas a los actos que cualquier pareja puede realizar, sin que la intensidad o cuantificación de los mismos se corresponda con una revelación de un aspecto íntimo por cuanto que carece de los detalles inherentes a dicha actuación y, por otro lado, al haber tachado la demandante de falsas las manifestaciones del demandado ello quiere decir que no se ha revelado un aspecto cierto de la intimidad de la demandante; y 2) Falta de justificación y desproporción de la indemnización concedida en la Sentencia, tanto porque la demandante no ha practicado prueba alguna para acreditar el perjuicio que dice se le ha ocasionado como por el desinterés que significa el hecho de no haber comparecido personalmente al acto del juicio.

»La demandante doña Salome lo que impugna en su recurso es solo el pronunciamiento relativo a la

indemnización concedida en la Sentencia, al considerar que la Sentencia no ha tenido en cuenta circunstancias y hechos importantes a la hora de valorar el perjuicio, como es el hecho de la revelación de algo tan íntimo de la persona como es la sexualidad y que, por tanto, ha infringido lo dispuesto en el artículo 9.3 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad y a la Propia Imagen; además ha de ponderarse la difusión de la revista en que se publicaron las declaraciones y el beneficio obtenido por la misma, debiendo presumirse la existencia de perjuicio por el mero hecho de existir la intromisión en el Derecho a la intimidad de la demandante.

»Por su parte, la empresa Ediciones Zeta S.A. y don Mateo aduce, como primer motivo de impugnación, la inaplicación del artículo 304 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al no haber asistido personalmente la demandante al acto del juicio, lo que debería haber conllevado la estimación por el juez, por admisión tácita, de todos los hechos que le perjudican, desestimándose la demanda como si se tratase de una renuncia a la acción ejercitada o, al menos, reduciendo la condena a lo meramente simbólico dada la falta de interés demostrada por quien instó la acción. Como segundo motivo de recurso alega la inexistencia de intromisión ilegítima en la intimidad de la demandante por cuanto que, las memorias publicadas en la revista "Interviú" y que fueron realizadas por el codemandado D. Leoncio, son unas memorias realizadas en tono de humor y no muestran ningún detalle ni escabroso ni perteneciente a la intimidad de la demandante que vaya más allá de lo que ella, voluntaria y públicamente, había mostrado sin esconderse de la mirada ajena y de lo que había manifestado ante los medios de comunicación sobre su relación amorosa con el codemandado, todo ello sin olvidar que se trata de personajes públicos que deben soportar un cierto riesgo de sus Derechos de personalidad. Como segundo motivo, indica la apelante que el Juzgador de instancia debió aplicar la doctrina del reportaje neutral, por cuanto que la revista no hizo otra cosa que publicar, sin comentarios ni apostillas, las declaraciones o memorias de D. Leoncio. Y en tercer lugar, impugna el pronunciamiento indemnizatorio por considerar que, en casos similares, las indemnizaciones de los tribunales han sido inferiores y porque no se debe imponer la misma indemnización al medio que publica que al autor de las manifestaciones, de igual modo que la medida de publicación de la Sentencia debió dictarse en una extensión más moderada.

»Segundo. Sobre la existencia o no de intromisión en el Derecho a la intimidad de la demandante.

En este punto coinciden los recursos de los codemandados, por lo que daremos respuesta conjunta a las alegaciones efectuadas en aquellos.

»La razón fundamental por la que la Sentencia de instancia considera que ha existido intromisión en el Derecho a la intimidad de la demandante es que las manifestaciones publicadas en la revista "se refieren al aspecto de la sexualidad de la persona que se incardina en la esfera privada de la demandante, que queda a su exclusiva disposición".

»En este caso, los hechos que están a la base de la demanda son unas manifestaciones que el codemandado Sr. Leoncio hace sobre su vida o convivencia con la demandante Sra. Salome y que la codemandada Ediciones Zeta publicó bajo la dirección del codemandado Sr. Mateo.

»En tales manifestaciones -publicadas en el número 1637 de la revista Interviú correspondiente al 20 de agosto de 2007- se recogen, entre otras, las siguientes afirmaciones que la parte demandante considera de especial importancia para el enjuiciamiento del tema:

"Mi primera noche con Salome "

" Salome hizo el amor conmigo en un año más que en toda su vida"

" Nuestra primera noche fue en la suite de " Candida " en el hotel Conde Duque y hubo fuegos artificiales. Hicimos el amor nueve veces".

"No exagero si digo que hicimos el amor nueve veces. De hecho, en varias ocasiones Salome llegó a comentarme que en nuestro primer año como pareja había hecho el amor más que en toda su vida".

"Si estábamos en un restaurante, nos íbamos al lavabo a consumir; si nos subía la libido mientras dábamos un paseo en el coche, parábamos en la carretera para aliviarnos".

»Es evidente que lo que hace el codemandado Sr. Leoncio es exponer al público una serie de circunstancias que él recuerda de su relación sentimental con la demandante. Circunstancias que se refiere esencialmente no solo a la intimidad de él sino también a la intimidad de ella. La información que emite el Sr. Leoncio proviene de sí mismo, no de ningún testigo ni de la demandante. Lo que denota que está sacando a la luz, lo que nadie había visto. Es la pura intimidad lo que se publica, pero una intimidad que no es exclusiva de él sino que la comparte con ella. En la relación sentimental o sexual, precisamente porque tiene lugar entre dos personas, es muy difícil (por no decir imposible) separar el ámbito de intimidad de uno del ámbito de intimidad de la otra. De tal manera que

será muy difícil revelar la propia intimidad sin descubrir a la vez, o sin poner en riesgo, la intimidad de la otra persona. Por eso, sin duda, la Juzgadora de instancia incardinó la relación sexual dentro de la esfera privada de la demandante. Y no solo privada (que es mucho más amplia y expuesta), sino esfera íntima (más reducida y protegida).

»No solo por tradición o cultura, sino también por un sentimiento casi generalizado (por no decir innato) de la persona, el ámbito de la relación sexual ha estado siempre rodeado de una especial discreción y alejamiento. Con ser un comportamiento tan habitual y reiterado, la norma general es que su realización se ha movido en la esfera íntima; sin buscar tal vez un lugar concreto, pero sí un espacio a cubierto de observadores. Verdad es que, caídos ciertos tabúes, las costumbres se han flexibilizado y no se han puesto obstáculos a modos y formas de relación sexual que superan los espacios físicos tradicionales; pero aun así siempre lejos del ojo ajeno. De modo que es difícil, por no decir imposible, saber qué es lo que pasa en la relación sexual de una pareja, si no es porque alguno de ellos cuenta lo sucedido. Esa bilateralidad exige un especial cuidado a la hora de exponer las propias experiencias cuando una parte esencial de esas experiencias es otra persona que tiene todo el Derecho a seguir reservando en el ámbito de la intimidad ese tipo de vivencias.

»Ahora bien, desde el momento en que no se puede negar que una relación sexual es una realidad que pertenece al ámbito de la intimidad de la persona, su descubrimiento o revelación comporta una intromisión o vulneración del Derecho a la intimidad de la persona que ha participado en esa relación.

»Eso es lo que ha sucedido en el presente caso. El codemandado Sr. Leoncio, al revelar datos de su relación sexual con la demandante, estaba afectando y vulnerando el Derecho a la intimidad de esta.

»Este Derecho ya ha sido definido de forma homóloga y constante por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional en los siguientes términos:

STS Sala 1.ª de 8 febrero 2010

"De la intimidad personal ha dicho la jurisprudencia que "tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 Constitución Española), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o simples particulares. De suerte que el Derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no solo personal sino también familiar (Sentencias del Tribunal Constitucional 231/1988, de 2 de diciembre y 197/1991, de 17 de octubre), frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida. (Sentencia de 6 de noviembre de 2003, con cita de la de 22 de abril de 2.002 y también de las Sentencias del Tribunal Constitucional 231/1988, de 2 de diciembre, 197/1991, de 17 de octubre y 115/2.000, de 10 de mayo). En esta misma línea, la Sentencia de 26 de septiembre de 2008 recuerda que el Derecho a la intimidad "implica la existencia de un ámbito propio y reservado de la vida frente a la acción y el conocimiento de los demás referido preferentemente a la esfera estrictamente personal de la vida o de lo íntimo, imponiendo a los terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en esa esfera y la prohibición de hacer uso de lo conocido, salvo justificación legal o consentimiento del afectado".

»La demandante, como persona, tiene el Derecho a ser respetada en su intimidad, reservando para sí misma el poder de compartir o no compartir sus vivencias íntimas. Tratarla de otra manera, es decir sacando a la luz sin su consentimiento esas vivencias íntimas, supone no tratarla como persona y pisotear su dignidad humana.

»Y no es obstáculo ni atenuante alguno el hecho de que la demandante pueda tener la consideración de persona pública o famosa de la que -como tal- se conocen más aspectos personales que de una persona normal, porque como también dice el Tribunal Supremo:

STS Sala 1.ª de 8 febrero 2010

"No puede predicarse lo mismo, en orden al Derecho a la intimidad personal, que resulta vulnerado, pues aunque se trate de un personaje público y en cierto sentido notorio por sus actuaciones profesionales, ello no anula por completo la parcela privada de la intimidad personal y familiar que garantiza el artículo 18 de la Constitución a todas las personas de modo general, resultando en el presente caso las informaciones emitidas sin relevancia comunitaria y de interés público, pertenecientes al estricto ámbito de la intimidad, responden a fines exclusivamente comerciales, generado comentarios desviados respecto a su vida privada y sin que por ello resulte justificada su publicidad."

»Se puede decir que el respeto a la intimidad de la persona sea cual sea la situación en que esta se encuentre exige tanto la existencia de un canon socio-cultural de que no debe ser rebajado, como de un canon jurídico que no debe ser traspasado si no se quiere anular o hacer desaparecer el núcleo esencial del ser humano. Al menos hoy día, a la altura que estamos de la historia de la civilización, no se concibe que el individuo pueda vivir y

desarrollarse con dignidad si no tiene la posibilidad y la garantía - quizá habría que añadir la voluntad- de guardar para sí un espacio mínimo de intimidad y aislamiento. Y ese ámbito mínimo merece ser respetado por encima de la condición pública del personaje; solo si este -por desgracia- renunciase a esa reserva, cabría exculpar a quien revela la intimidad de esa persona que consiente o facilita que su intimidad se exponga al público.

»Pero nunca será un camino sin retorno. La persona que alguna vez ha revelado su intimidad no tiene por qué quedar marcada para siempre ni perder para siempre su dignidad , pudiendo colocar de nuevo las barreras que el Derecho le brinda para impedir a los terceros meterse en el espacio íntimo que quiere volver a recuperar.

»De ahí que no sean obstáculo suficiente para esta valoración las referencias que hacen los apelantes a la publicación que , tanto por parte de la demandante como por parte de su madre, se haya hecho de algunos aspectos relacionados con su vida personal. El límite de la revelación de lo personal o íntimo lo pone el propio individuo, no otra persona. El principio general que hay a la base del Derecho a la intimidad es que los demás deben abstenerse de entrar en ese ámbito de la otra persona. Y solo la persona podrá -si quiere y consiente- revelar algún aspecto de ese ámbito.

»Finalmente, no es asumible la tesis de la apelante que , ante la manifestación de la demandante de que lo dicho por el Sr. Leoncio es falso, sostiene que esa afirmación excluye de por sí la existencia de una intromisión en la intimidad. De lo que ocurre en la intimidad no es predicable nunca la veracidad ni la falsedad. La realidad queda en manos de quien o de quienes han protagonizado el acto íntimo. Ni siquiera el relato confidencial de lo ocurrido tendría por qué ser creído objetivamente. Quien recibe una confidencia puede "fiarse" o creer en lo que le dice el otro, pero no tiene más base para creer que la palabra del otro o la confianza que ese otro le inspira. De ahí que tanto la afirmación de que las cosas han sido así, como la afirmación de que las cosas no han sido así, son igual de válidas porque no son susceptibles de prueba, sino solo de creencia. Pero el Derecho se mueve en base a las alegaciones y las "pruebas" que las partes aportan.

»Debemos, por tanto, mantener la valoración que de los hechos ha realizado la Juzgadora de instancia al considerar que existe intromisión ilegítima en el Derecho a la intimidad de la demandante. Y en consecuencia se desestiman los motivos de recurso que la impugnaban.

»Tercero. Sobre la adecuación o no de la indemnización señalada por el juez de primera instancia.

En este punto la Sentencia de instancia, que cita expresamente el artículo 9.3 de la LO 1/1982 , parte del presupuesto legal de que si se acredita la existencia de intromisión ilegítima hay que presumir que existe perjuicio. En otras palabras, no es necesario que la demandante lleve a cabo prueba alguna sobre los perjuicios sufridos porque la ley -con esa presunción- la libera de tal carga.

»Ahora bien, como ese perjuicio normalmente se identifica con el daño moral, es sabida la dificultad que para los tribunales ha tenido siempre la tarea de cuantificar económicamente aquel.

»Seguramente, si se hiciera un barrido o cribado ("screening", se dice en el argot de las bases de datos) en la jurisprudencia se descubriría un amplio abanico en la determinación de las indemnizaciones por daño moral. Es cierto que en la LO 1/1982 se ofrecen algunos criterios nuevos para esa determinación: la difusión o Audiencia del medio a través cual se ha producido la vulneración, el beneficio obtenido por el causante de la lesión, circunstancias del caso y gravedad de la lesión. Pero aun así, la variedad de personas y situaciones que reflejan los distintos pronunciamientos judiciales hacen difícil una homogeneidad o unidad de criterio a la hora de conceder una indemnización. Como casos un tanto extremos podemos referir las siguientes Sentencias del Tribunal Supremo en las que , en un caso, la indemnización ha sido de 120.000 euros mientras que en otro fue de 30.000 euros:

STS Sala 1.ª de 16 octubre 2009

En el desarrollo de este motivo se mantiene que la indemnización acordada en la Sentencia recurrida de 120.000 euros a cada uno de los demandantes es escasa e insuficiente. Ni la Sentencia de la Audiencia Provincial ni esta Sala lo estiman así. El artículo 9.3 de la mencionada ley de 5 de mayo de 1982 E.D.L. 1982/9072 da unas pautas para valorar el etéreo daño moral: circunstancias del caso y gravedad de lesión, para cuyas pautas se tomarán en cuenta la difusión del medio y el beneficio que haya resultado probado. Este artículo no ha sido infringido, sino que lo ha aplicado, razonando y remitiéndose en parte a la Sentencia de primera instancia , cuya cuantía es aumentada. En el recurso no se acredita la infracción del mismo, sino simplemente la disconformidad con la cifra total, para lo que se explican los detalles de la versión que mantiene la parte. La cual no es compartida por esta Sala, que siempre ha mantenido un criterio de prudencia en orden a las cuantías de las indemnizaciones, no aceptándose en nuestro Derecho la sancionadora del ofensor, ni la enriquecedora de la ofendida. Tanto más cuanto unas indemnizaciones exageradas, como la que aquí se pretende, pueden dar lugar a la ruina económica

de entidades editoras con graves perjuicios a la libertad de prensa.

Tan solo cabría aceptar una revisión del quantum si la Sentencia recurrida no hubiera tenido en cuenta los parámetros que marca la ley, o hubiera denegado el Derecho plenamente o fijando una cantidad ridícula, o si es desproporcionada. Ninguno de los tres supuestos se da en el caso presente.

STS Sala 1ª de 8 febrero 2010

Segundo.- En el sentido que se deja sin efecto la declaración de vulneración del Derecho al honor de la demandante, manteniendo el pronunciamiento en orden a la vulneración del Derecho a la intimidad personal, reduciendo en consecuencia la cuantía indemnizatoria a la cantidad de treinta mil euros (30.000 euros).

»En el presente caso, este tribunal entiende que las circunstancias en que se produce la intromisión (en una revista de gran tirada) y la gravedad de la lesión (que ha tocado uno de los rincones más íntimos de la persona, su vida sexual) deben conducir a una indemnización superior a la determinada por la Juzgadora de instancia y que parece ajustado cifrar en 60.000 euros.

»Por lo que el recurso de la demandante debe ser estimado parcialmente y la Sentencia revocada también parcialmente en el sentido indicado.

»Cuarto. Sobre la aplicabilidad o no de la doctrina sobre el reportaje neutral.

Como bien sabe, sin duda, la empresa editora codemandada la doctrina sobre el reportaje neutral tiene que ver con la labor de ofrecer información a la ciudadanía. Y es una característica esencial del mismo la preexistencia de una información publicada que el medio en cuestión se limita a recoger y reproducir. Así lo ha entendido y lo viene entendiendo el Tribunal Supremo:

S.T.S. Sala 1ª de 16 octubre 2009

"La idea esencial del reportaje es que sea un mero transmisor de declaraciones o noticias, como dice la Sentencia del Tribunal Constitucional 136/2004, de 13 de septiembre EDJ 2004/116060 y de esta Sala, de 18 de mayo de 2007 EDJ 2007/32774; es decir, que el medio informativo es un mero transmisor -transcribe exactamente lo manifestado por su fuente- pero debe personalizar en concreto de quien partieron las manifestaciones vertidas, como matizan las Sentencias 30 de junio de 2006 EDJ 2006/98691 y 21 de julio de 2008 E.D.J. 2008/127996; y precisa la de 1 de octubre de 2008 EDJ 2008/185049, que es el que expone de forma objetiva una información aportada por terceros; el carácter de mero transmisor lo vuelve a destacar la Sentencia de 4 de diciembre de 2008 que resume la doctrina jurisprudencia y la del Tribunal Constitucional."

»En el presente caso, la revista Intervú no recogía manifestaciones del codemandado Sr. Leoncio que hubiera tomado de otro medio de comunicación o expresión. Publica lo que no había sido publicado. Se hace instrumento de revelación primera de las denominadas memorias del codemandado. No muestra una postura neutral ante el contenido de esas memorias sino que las toma, como primer receptor, de su protagonista y las ofrece a los lectores. Así lo corrobora la versión escrita de la página web de la revista Intervú (adjuntada como documento n.º 4 de la demanda) en la que se dice que el codemandado "relata para Intervú los momentos más gloriosos de su carrera sentimental. En esta primera entrega....". Es decir, la revista Intervú estaba siendo la primera en publicar las manifestaciones del codemandado, lo que, como es evidente, excluye la aplicación de la doctrina del reportaje neutral, como posible atenuante o eximente de su responsabilidad en la publicación de una intromisión a la intimidad.

»Por lo que el motivo debe ser desestimado.

»Quinto. Sobre la aplicación o no del artículo 304 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El artículo 304 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que está entre los que regulan la prueba de interrogatorio de las partes litigantes, no es de aplicación automática sino que concede al juez la facultad ("podrá considerar reconocidos...") de tener como probados los hechos en que dicha parte haya intervenido personalmente y le sean enteramente perjudiciales.

»Por la naturaleza y características de los hechos que están a la base de la demanda (hechos que a primera vista constituyen una intromisión en la intimidad de la demandante) es lógico pensar que la demandante pudiera adoptar la postura del silencio o de la no comparencia para no arriesgarse a ver más comprometida aún su intimidad con preguntas al respecto. Ya hemos dicho que en asuntos de este tipo no es posible llevar a cabo prueba sobre la veracidad de lo afirmado por quien ha revelado en primer lugar la intimidad porque esa prueba solo sería posible mediante la divulgación que la parte afectada hiciese de su propia intimidad. Y a eso no puede ser obligada.

»Y desde luego no hay ningún precepto que permita inferir, como intentan los codemandados apelantes, que la incomparencia de la demandante en el acto del juicio signifique una renuncia a la acción entablada en la

demanda. Como sostiene la doctrina jurisprudencial que interpreta el art. 6 del Código Civil, "la renuncia ha de ser expresa, no deducida de algo tan poco inequívoco como un silencio sobre la materia. Es doctrina de esta Sala, reiterada en multitud de Sentencias, que la renuncia, para su eficacia jurídica, ha de ser expresa o deducida de actos o hechos de los que se deduzca inequívocamente y sin ninguna ambigüedad" (ST.S. 19 diciembre 1997). Y en el presente caso, la simple incomparecencia de la demandante al acto del juicio no permite inferir la renuncia a su Derecho cuando -además- no ha dejado de participar en el proceso a través de su representante y de su dirección letrada.

»Por tanto, no hubo infracción procesal alguna en la Sentencia y el motivo debe ser desestimado.

»Sexto. Sobre la extensión de la publicación de la Sentencia.

En el fallo de la Sentencia se establece también como un componente de la Sentencia la obligación de los codemandados de "publicar la presente Resolución en la revista Intervú , en la misma sección, anuncio en portada y extensión que las declaraciones litigiosas". A este respecto la editora codemandada sostiene en su recurso que se trata de una "medida desmesurada" y que dicha medida debía de haber sido adoptada de forma más moderada y a los "meros fines de reparación", para lo que hubiera bastado con condenar a la publicación del "encabezamiento y fallo", como suele acordarse de forma habitual en nuestro tribunales.

»Como en toda medida a adoptar por un tribunal, una de las notas que debe ser tenida siempre en cuenta es la de la proporcionalidad. Es preciso respetar el equilibrio entre el daño que se ha producido y la medida de reparación que se adopta. Es cierto que en estos temas en que la vulneración de los Derechos de la persona se produce en el ámbito de los medios sociales de comunicación dejar la reparación en el ámbito meramente forense con la publicación de la Sentencia a las partes y poco más, la tutela judicial efectiva podría parecer a algunos un brindis al sol. Si la vulneración se ha hecho en público, la reparación debe realizarse también en ese mismo ámbito público. Los lectores de la revista que vieron y contemplaron el reportaje a que se refiere la demanda, deben tener ahora la oportunidad de conocer que los tribunales han declarado que aquello constituyó una intromisión ilegítima en la intimidad de doña Salome . Ahora bien, para conseguir este efecto no es necesario que la revista tenga que publicar el texto completo de la Sentencia (que, por otro lado, puede que no ofrezca un especial interés para los no versados en Derecho), sino que es suficiente con que los lectores conozcan que la justicia ha dado protección a la demandante frente a las manifestaciones del Sr. Leoncio publicadas por la revista Intervú que dirige don Mateo .

»Por ello, este tribunal de segunda instancia considera procedente estimar este motivo de recurso y modificar la Sentencia apelada en el sentido de ordenar la publicación de solo el fallo de la Sentencia.

»Séptimo. Costas procesales.

La desestimación del recurso del Sr. Leoncio lleva consigo la imposición de las costas procesales de la segunda instancia al mismo, según establece el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .»

QUINTO.- En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Leoncio, se formula el siguiente motivo de casación:

Motivo único:« Se formula al amparo del apartado 1 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se alega la vulneración del apartado 1 del artículo 18 de la Constitución Española, así como de la doctrina jurisprudencial aplicable a la cuestión debatida.»

El motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

La infracción denunciada se sustenta en los hechos probados admitidos como tales tanto por la Sentencia de primera instancia como por la de apelación, en virtud de los cuales se reconoce expresamente que las afirmaciones efectuadas por el recurrente en la revista Intervú son falsas, como así también se dijo por la demandante en su escrito de demanda. Esto implica que si la propia demandante considera que los hechos relatados por el demandado en la publicación objeto de litis son falsos e inveraces, difícilmente podrán constituir una revelación de la vida privada de la demandante, y correlativamente una vulneración de su Derecho a la intimidad, sino que por el contrario se corresponderán con un relato ficticio inventado por el recurrente, debiendo en consecuencia desestimarse la pretensión de la actora.

Si de las informaciones facilitadas por el demandado pudiera deducirse algún hecho no conocido por terceras personas ajenas a la pareja tales como determinadas circunstancias físicas que no son públicas, prácticas sexuales atípicas, actos particulares y concretos ejecutados en la intimidad o, en definitiva, cualquier dato que no se corresponda con una práctica normal o habitualmente realizada por cualquier persona dentro de una relación sentimental, si que pudiera entenderse producida una vulneración del Derecho a la intimidad, si bien esto no sucede en el caso que nos ocupa pues las manifestaciones del demandado entran dentro de los parámetros

socialmente admitidos como normales y adecuados en una relación sentimental libremente aceptada.

Además precisa que las manifestaciones efectuadas por el Sr. Leoncio se encuentran amparadas en el Derecho a la libertad de información y de expresión puesto que simplemente se relatan determinados aspectos generales de la relación sentimental que la demandante tuvo con el demandado, ahora recurrente, que en modo alguno representan una lesión de la dignidad de la demandante ni constituyen una ofensa hacia la misma.

En todo caso la demandante es un personaje público, extremo que implica que sus Derechos fundamentales en general y, en particular, el Derecho a la intimidad se vea limitado con respecto al resto de personas anónimas. Es más dentro del ámbito familiar su madre ha publicado sus memorias, en las que ya revela aspectos y sucesos de la vida íntima de la demandante que resultan de mayor trascendencia que los imputados al demandado. Incluso la propia demandante ha sido partícipe y ha consentido imágenes con mayor afección al área sexual de su personalidad que las manifestaciones que son objeto de este procedimiento.

Las declaraciones publicadas constituyen un relato general de determinados episodios de la relación sentimental que mantuvo con la demandante, sin revelación de detalles o pormenorización de conductas concretas y en un sentido humorístico y cordial, sin ánimo de lesionar su intimidad u ofenderla de algún modo.

Aun cuando los titulares de la publicación parezcan anunciar un contenido llamativo y de mayor trascendencia, en realidad de la lectura de las expresiones contenidas en la misma se observa que consisten en referencias genéricas a los actos que cualquier pareja puede realizar, sin que la cuantificación de los mismos pueda representar una revelación de un aspecto íntimo si carece de los detalles inherentes a dicha actuación.

En otro orden de cosas, pone de manifiesto que la cantidad fijada en concepto de indemnización de daños y perjuicios resulta total y absolutamente desproporcionada e injustificada, teniendo en cuenta que no existe ni un solo elemento objetivo ofrecido por la demandante o fijado por la Audiencia Provincial para incrementar el importe determinado en su momento en la Sentencia de primera instancia, lo que implica una infracción del artículo 9.3 LPDH.

Añade que la demandante no desplegó la más mínima actividad argumentativa o probatoria para fundamentar el hipotético daño causado, cuando por el contrario sí que existe prueba de los evidentes beneficios profesionales y económicos que le ha proporcionado a la misma aparecer en distintos medios de comunicación.

Termina solicitando de la Sala «que, por presentado este escrito, con sus copias, se sirva admitirlo, teniendo por interpuesto y formalizado recurso de casación contra la Sentencia N.º 335 dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid en fecha 19 de julio de 2010 dictando Sentencia, a su vez, previa la tramitación procesal correspondiente, por la que, estimando el presente en todas sus partes, case la resolución recurrida, y en base a los argumentos expuestos dicte nueva Sentencia desestimando en su integridad la demanda rectora de autos de conformidad con los mismos, con expresa imposición de costas a la parte actora.»

SEXTO.- Por auto de 24 de mayo de 2011 se acordó tener por desistido a Ediciones Zeta, S.A. y D. Mateo del recurso de casación por ellos formalizado, con expresa imposición de las costas a dicha parte recurrente y pérdida del depósito constituido

SÉPTIMO.- Por auto de 24 de mayo de 2011 se acordó admitir el recurso de casación interpuesto por D. Leoncio.

OCTAVO.- El Ministerio Fiscal interesa la desestimación del recurso de casación interpuesto al informar, en resumen, lo siguiente:

En el motivo de casación se alegan dos cuestiones:

1.ª Que las afirmaciones publicadas en la revista *Intervú* se han declarado falsas por la Sentencia recurrida por lo que si no reflejan la realidad tampoco pueden constituir una revelación de la vida privada de la demandante, añadiendo que el amparo constitucional protege la actividad de determinados profesionales y en general el ejercicio de los Derechos de expresión u opinión (artículo 20 CE) habiéndose vulnerado la extensión y alcance de la protección prevista en el artículo 18 de la CE en relación al Derecho a la intimidad ya que las personas públicas tienen en cierta forma restringidos sus Derechos fundamentales. Añade que las revelaciones hechas por el recurrente constituyen un relato general de determinados episodios de la relación sentimental que mantuvo con la demandante, sin revelación de detalles o pormenorización de conductas concretas.

2.ª En el mismo motivo ataca el importe de la indemnización que considera desproporcionada ya que la demandante no ha desplegado la mínima actividad probatoria, existiendo prueba en contrario en orden a justificar los evidentes beneficios profesionales y económicos que le ha proporcionado a la demandante el aparecer en distintos medios de comunicación.

Estima el Ministerio Fiscal que la afirmación que se hace en el recurso acerca de que las manifestaciones publicadas en la revista *Intervú* se han declarado falsas, es una afirmación no ajustada a la realidad, en cuanto que la Sentencia que se recurre lo que dice textualmente es que "no es asumible la tesis de la apelante que, ante

la manifestación de la demandante de que lo dicho por el Sr. Leoncio es falso, sostiene que esa afirmación excluye de por sí, la existencia de una intromisión en la intimidad. De lo que ocurre en la intimidad no es predicable nunca la veracidad ni la falsedad. Los argumentos que se alegan son una reproducción de los ya expuestos en el recurso de apelación y a los que se dio ya respuesta en la Sentencia recurrida. Cabría la estimación del recurso si alguno de los presupuestos de ponderación alegados por el recurrente no se hubiesen tenido en cuenta por la Audiencia. Si bien del examen del recurso se ve que todos los parámetros de ponderación que se denuncian como infringidos, ya se pusieron en conocimiento de la audiencia Provincial y fueron tratados y resueltos por ella, no siendo este recurso más que una fiel reproducción de lo ya alegado ante el Tribunal de Apelación y resuelto en la Sentencia que se recurre. De lo expuesto se deduce que el juicio ponderativo ha sido llevado a cabo extensamente, tanto por el Juzgado de Instancia como por la Audiencia Provincial y sus conclusiones no pueden calificarse de extemporáneas, arbitrarias o absurdas, sino más bien adecuadas a los postulados de la doctrina emanada de esta Sala y del Tribunal Constitucional. Cosa distinta es que las conclusiones a las ha llegado el Tribunal no sean acordes con los intereses de los recurrentes.

El recurso al repetir la argumentación ya desechada por la Sentencia de segunda instancia, se desenvuelve como un alegato de instancia, en el que se trata de volver a insistir sobre los mismos, atacando los hechos y la resultancia probatoria. Las afirmaciones de la Sentencia constituyen hechos probados, excluidos de la casación en cuanto en el recurso de casación no tienen cabida no ya solo las cuestiones de índole fáctica, sino también los meros alegatos tendentes a imponer una resultancia probatoria o el resultado de una labor interpretativa o valorativa diferente a la del Tribunal de instancia y presentados como una alternativa que la parte recurrente esgrime como la que debe acogerse por ser la correcta, cuando no es sino la que, simplemente conviene a sus tesis e intereses. Semejante planteamiento no se compeadece con el carácter extraordinario del recurso de casación, en el que prevalece la finalidad de control de la aplicación de la norma y de creación de doctrina jurisprudencial, lo que, se insiste, exige plantear al Tribunal Supremo cuestiones jurídicas de un modo preciso y razonado, sin apartarse de los hechos, sin someter a la Sala valoraciones particulares a partir de los hechos que interesan al recurrente, pues en tales casos no subyace en puridad el conflicto jurídico que justifica el recurso de casación, en atención a sus funciones y finalidades.

El segundo apartado del motivo único del recurso de casación se refiere a la cuantía de la indemnización concedida, al considerarla excesiva en proporción al daño moral sufrido por la demandante y a las ganancias obtenidas por la actora tanto en su campo profesional como económicamente al aparecer en distintos medios de comunicación. Se añade que la actora no ha desplegado ninguna actividad probatoria para fundamentar el hipotético daño ocasionado.

En relación con el cuántum indemnizatorio, es reiterada la jurisprudencia de esta Sala que dice que la realidad del daño razonablemente apreciado en la instancia y el alcance del mismo en orden a la cuantía de la indemnización fijada, ambos como cuestión de hecho reservados al criterio del Tribunal a quo, han de ser respetados salvo concurrencia de error material o jurídico. Por tanto el cuántum indemnizatorio es una cuestión que corresponde fijar al juez a quo sin que sea dable revisarla, como cuestión de hecho, salvo que no se cumplan los parámetros marcados en el artículo 9.3 LPDH. Desde esta óptica no cabe duda de que la Sentencia de apelación tiene suficiente argumentación para fundamentar la cuantía del resarcimiento. En el presente caso, se ha hecho la valoración de los criterios legales a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En el breve espacio dirigido a impugnar el cuántum solo se alega la falta de actividad probatoria de la demandante, olvidando que acreditada la intromisión ilegítima, se presume que existe perjuicio por imperativo legal y que por lo tanto no es necesario que la parte demandante lleve a cabo prueba alguna sobre los perjuicios sufridos. En el recurso pues no se acredita infracción alguna de los parámetros fijados por el artículo 9.3 LPDH, sino simplemente una disconformidad con la cifra fijada por la Sentencia recurrida.

NOVENO.- Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 10 de enero de 2012, en que tuvo lugar.

DÉCIMO.- En los fundamentos de esta Resolución se han utilizado las siguientes siglas jurídicas:

CE, Constitución Española.

F.J., fundamento jurídico.

LOPJ, Ley Orgánica del Poder Judicial.

L.E.C., Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

LPDH, Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

RC, recurso de casación.

SS.T.C., Sentencias del Tribunal Constitucional.

S.S.T.S., Sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera , si no se indica otra cosa).

STC, Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

Ha sido Ponente el magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Resumen de antecedentes.

1. D.^a Salome formuló demanda de juicio ordinario, en defensa de su derecho al honor y a la intimidad personal contra D. Leoncio, por las manifestaciones que este realizó sobre algunos aspectos de su vida en común, tales como las relaciones sexuales o determinados rasgos de su carácter que, en su opinión, le hacen parecer una persona histérica, maniática y tirana, las cuales fueron publicadas por Ediciones Zeta, S.A. , bajo la dirección de D. Mateo, en la revista *Intervú* el día 20 de agosto de 2007, solicitando que se declare que tales hechos constituyen una intromisión ilegítima en el Derecho al honor y en la intimidad de la demandante, reclamando una indemnización por daños morales de 200 000 euros, la publicación de la Sentencia en tres periódicos de difusión nacional y en la revista *Intervú*, así como que se requiera a los demandados para que se abstengan en lo sucesivo de hacer manifestaciones y publicar artículos que vulneren sus Derechos fundamentales. En tales manifestaciones , se recogían, entre otras, las siguientes afirmaciones que la demandante consideraba de especial importancia:

«Mis memorias sexuales»

«Mi primera noche con Salome .»

« Salome hizo el amor conmigo en un año más que en toda su vida.»

«Nuestra primera noche fue en la suite de " Candida " en el hotel Conde Duque y hubo fuegos artificiales. Hicimos el amor nueve veces.»

«No exagero si digo que hicimos el amor nueve veces. De hecho, en varias ocasiones Salome llegó a comentarme que en nuestro primer año como pareja había hecho el amor más que en toda su vida.»

«Si estábamos en un restaurante, nos íbamos al lavabo a consumir; si nos subía la libido mientras dábamos un paseo en el coche, parábamos en la carretera para aliviarnos.»

2. El juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, declaró que los demandados habían vulnerado el Derecho a la intimidad personal de la demandante y les condenó a abonar solidariamente a la actora la suma de 18 000 euros y a la publicación de la Sentencia en la revista *Intervú* . Se fundó, en síntesis, en que (a) las declaraciones publicadas se refieren al aspecto de la sexualidad de la persona que se incardina en la esfera privada de la demandante , siendo esta la única que puede difundirlo o autorizar que se difunda, quedando a su exclusiva disposición; (b) los datos divulgados carecen de interés general pese a que se refieran a una persona de proyección pública; (c) no consta que la demandante haya aireado previamente aspectos similares a los que nos ocupan; (d) atendiendo a las cifras de ingresos y gastos derivados de la publicación donde se divulgaron las denominadas «memorias sexuales» y a la gravedad de la lesión se fija una indemnización de 18 000 euros; (e) la difusión de la Sentencia en la revista *Intervú* en la misma sección, anuncio en portada y extensión es proporcional con la lesión al Derecho a la intimidad causada.

3. La audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación formalizado por D. Leoncio y estimó parcialmente los recursos de apelación formalizados por la parte actora, D.^a Salome , y por la parte demandada, Ediciones Zeta, S.A. y D. Mateo, revocando la Sentencia de primera instancia en el sentido de fijar como indemnización la suma de 60 000 euros y de publicar en la revista *Intervú* tan solo el fallo de la Sentencia. Se fundó, en síntesis en que: (a) el Sr. Leoncio al revelar datos de su relación sexual con la demandante está afectando y vulnerando la intimidad de esta, sin que el hecho de que ella sea una persona pública o que con anterioridad ella o su madre hayan publicado algunos aspectos relacionados con su vida personal legitime tal actuación;(b) no es aplicable la doctrina del reportaje neutral pues la revista *Intervú* no recogía manifestaciones del codemandado Sr. Leoncio que hubiera tomado de otro medio de comunicación, sino que publica en primicia algo que no había sido publicado antes y no muestra una postura neutral ante el contenido de esas memorias sino que las toma de su protagonista y las ofrece a sus lectores;(c) teniendo en cuenta que la intromisión se produce en una revista de gran tirada, que los datos divulgados afectan a la esfera más íntima de la persona, su vida sexual , se estima adecuado incrementar el importe de la indemnización concedida y fijarla en 60 000 euros; (d) no es necesario publicar el texto íntegro de la

sentencia para reparar el daño sufrido, siendo suficiente con la publicación del fallo.

4. Contra esta Sentencia interpusieron recurso de casación los demandados, si bien los codemandados Ediciones Zeta, S.A. y D. Mateo desistieron de su recurso, siendo únicamente admitido el recurso de casación presentado por D. Leoncio al amparo del artículo 447.2.1.º LEC, por versar el proceso sobre la protección de Derechos fundamentales.

SEGUNDO.-Enunciación del motivo único.

El motivo único se introduce con la siguiente fórmula:

«Se formula al amparo del apartado 1 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se alega la vulneración del apartado 1 del artículo 18 de la Constitución Española, así como de la doctrina jurisprudencial aplicable a la cuestión debatida.»

El motivo se funda, en síntesis, en que las afirmaciones efectuadas por el recurrente en la revista *Interviú* se han declarado falsas por las Sentencias de instancia, por lo que difícilmente podrán constituir una revelación de la vida privada de la demandante, y correlativamente una vulneración de su Derecho a la intimidad, especialmente cuando las manifestaciones del demandado: (a) entran dentro de los parámetros socialmente admitidos como normales y adecuados en una relación sentimental libremente aceptada; (b) se encuentran amparadas en el Derecho a la libertad de información y de expresión puesto que simplemente se relatan determinados aspectos generales de la relación sentimental que la demandante tuvo con el demandado, sin revelación de detalles o descripción de conductas concretas; (c) la demandante es un personaje público y tanto ella como su madre han revelado aspectos y sucesos de su vida íntima. Finalmente se ataca el cuántum de la indemnización por considerarla injustificada y desproporcionada, especialmente cuando la demandante no desplegó la más mínima actividad argumentativa o probatoria para fundamentar el hipotético daño causado, existiendo prueba en contrario en orden a justificar los evidentes beneficios profesionales y económicos que le ha proporcionado a la misma aparecer en distintos medios de comunicación.

El motivo debe ser desestimado.

TERCERO.-La ponderación entre la libertad de información y el Derecho a la intimidad personal de la demandante.

A) El artículo 20.1.a) y d) CE, en relación con el artículo 53.2 CE, reconoce como Derecho fundamental especialmente protegido mediante los recursos de amparo constitucional y judicial el Derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción y el Derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, y el artículo 18.1 CE reconoce con igual grado de protección el Derecho a la intimidad personal y familiar.

La libertad de expresión, reconocida en el artículo 20 CE, tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información (SSTC 104/1986, de 17 de julio, y 139/2007, de 4 de junio), porque no comprende como esta la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo. La libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo. No siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones garantizada por el Derecho a la libertad de expresión de la simple narración de unos hechos garantizada por el Derecho a la libertad de información, toda vez que la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa (SSTC 29/2009, de 26 de enero, FJ 2, 77/2009, de 23 de marzo, FJ 3).

El reconocimiento del Derecho a la intimidad personal y familiar tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (artículo 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o simples particulares, de suerte que atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no solo personal sino también familiar (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, y 197/1991, de 17 de octubre), frente a la divulgación del mismo por terceros y a la publicidad no querida (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, 197/1991, de 17 de octubre, y 115/2000, de 10 de mayo), evitando así las intromisiones arbitrarias en la vida privada, censuradas por el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

El Derecho a la intimidad personal y familiar, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información.

La limitación del Derecho a la intimidad personal y familiar por la libertad de expresión o de información, tiene lugar cuando se produce un conflicto entre tales Derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (respecto del Derecho a la intimidad personal y familiar, SSTC 16 de enero de 2009, Pleno, RC n.º 1171/2002, 15 de enero de 2009, RC n.º 773/2003, 6 de

noviembre de 2003, RC n.º 157/1998). Por ponderación se entiende, tras la constatación de la existencia de una colisión entre Derechos , el examen de la intensidad y trascendencia con la que cada uno de ellos resulta afectado , con el fin de elaborar una regla que permita, dando preferencia a uno u otro, la resolución del caso mediante su subsunción en ella.

B) Cuando se trata de la libertad de información, la técnica de ponderación exige valorar, en primer término, el peso en abstracto de los respectivos Derechos fundamentales que entran en colisión.

Desde este punto de vista, la ponderación debe respetar la posición prevalente que ostenta el Derecho a la libertad de información sobre el Derecho a la intimidad personal por resultar esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático (STS 11 de marzo de 2009, RC n.º 1457/2006).

La protección constitucional de la libertad de información alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa , entendida en su más amplia acepción (S.S.T.C. 105/1990, de 6 de junio, FJ 4, 29/2009, de 26 de enero, FJ 4). Este criterio jurisprudencial es hoy admitido expresamente por el artículo 11 CDFUE, el cual, al reconocer los Derechos a la libertad de expresión y a recibir y comunicar información , hace una referencia específica al respeto a la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.

C) La técnica de ponderación exige valorar, en segundo término, el peso relativo de los respectivos Derechos fundamentales que entran en colisión.

Desde esta perspectiva:

(i) La ponderación debe tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general en cuanto puede contribuir al debate en una sociedad democrática cuando se proyecta sobre personas que desempeñan un cargo público o tienen una personalidad política y ejercen funciones oficiales o se trata, simplemente de satisfacer la curiosidad humana por conocer la vida de personas con notoriedad pública que no ejerzan tales funciones (SSTEDH 1991/51, Observer y Guardian, 2004/36, Plon , Von Hannover y Alemania, SS.T.C. 115/2000 y 143/1999 y SSTs de 5 de abril de 1994, 7 de diciembre de 1995, 29 de diciembre de 1995, 8 de julio de 2004 y 21 de abril de 2005).

(ii) la libertad de información, dado su objeto de puesta en conocimiento de hechos, cuando comporta la transmisión de noticias que redundan en descrédito de la persona , para que pueda prevalecer sobre el Derecho al honor exige que la información cumpla el requisito de la veracidad , a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones. Este requisito resulta de menor trascendencia cuando se afecta al Derecho a la intimidad personal.

(iii) Cuando la difusión de datos de carácter privado afecta no solo al personaje público , sino también a terceras personas, debe valorarse en qué medida la difusión de los datos relativos a estas está justificada por razón de su carácter accesorio en relación con el personaje público al que se refiere, la necesidad de su difusión para ofrecer la información de que se trate y la aceptación por el tercero de su relación con la persona afectada como personaje público.

(iv) La prevalencia del Derecho a la información sobre el Derecho a la imagen es mayor que sobre el Derecho a la intimidad, por cuanto en relación con la vida privada de las personas debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad con el interés público en los aspectos de esta que se difunden y la forma en que tiene lugar la difusión (STS 19 de marzo de 1990).

(v) La ponderación entre los Derechos en conflicto debe efectuarse teniendo en cuenta si la publicación de los datos de la vida privada está justificada por los usos sociales, o hay base para sostener que el afectado adoptó pautas de comportamiento en relación con su ámbito íntimo que permita entender que, con sus propios actos, lo despojó total o parcialmente del carácter privado o doméstico (STS de 6 de noviembre de 2003, RC n.º. 157/1998).

CUARTO. -Aplicación de la anterior doctrina al caso enjuiciado.

La aplicación de los criterios enunciados al caso examinado conduce a la conclusión de que , frente a la intromisión en el Derecho a la intimidad personal de la demandante, atendidas las circunstancias del caso, no puede prevalecer la libertad de información y, en consecuencia, debe apreciarse la existencia de una vulneración del Derecho a la intimidad personal. Esta conclusión, conforme con el dictamen del Ministerio Fiscal, se funda en los siguientes razonamientos:

A) En el terreno abstracto, existiendo una colisión entre la libertad de información y el Derecho a la intimidad personal, debe considerarse como punto de partida la posición prevalente que , como se ha expresado, ostenta el Derecho a la libre información (en su máxima expresión, por ejercitarse por profesionales de la información en el

cauce institucionalizado de los medios de comunicación) y examinar si, de acuerdo con las circunstancias concurrentes, en el terreno del peso relativo de los Derechos que entran en colisión, esta prevalencia puede hacerse valer frente al Derecho a la intimidad de la parte demandante.

B) El examen del peso relativo de los Derechos en colisión depara las siguientes conclusiones:

(i) La parte recurrente afirma que la demandante es un personaje público. Un examen de las circunstancias del caso revela que la demandante puede ser considerada como una persona con proyección pública, en el sentido de gozar de notoriedad en función de la actividad profesional que desarrolla como periodista y comunicadora. Sin embargo el carácter público de la demandante es un hecho que no ha sido discutido. Otra cosa es su interés público desde el punto de vista informativo. En el presente caso, la información difundida incide en aspectos íntimos de la pareja al darse detalles de su relación sexual con la demandante y de aspectos o comportamientos de la convivencia común, sin conexión alguna con la actividad desarrollada por la demandante. En consecuencia, el interés general de la información publicada en el caso de autos, deviene exclusivamente del interés que suscita el conocimiento de la vida de personas con notoriedad pública social. Tampoco el reportaje estaba directamente encaminado a la formación de la opinión pública, por lo que desde la perspectiva del interés público del asunto, el grado de afectación de la libertad de información es débil frente a la protección del Derecho a la intimidad.

(ii) La parte recurrente insiste en que la información transmitida es falsa como así se reconoce por la Sentencia recurrida y por la propia demandante, lo que impide considerar que se ha producido una revelación de la vida privada de esta y correlativamente una vulneración de su Derecho a la intimidad.

Esta argumentación no puede ser admitida, pues como así se indica por el Ministerio Fiscal, tales afirmaciones no se ajustan a la realidad en cuanto que la Sentencia que se recurre lo que dice precisamente es que dicha tesis del recurrente no es admisible pues de lo que ocurre en la intimidad no es predicable nunca la veracidad o la falsedad, siendo este requisito irrelevante en orden a apreciar una lesión del Derecho a la intimidad.

La postura mantenida al respecto por la Audiencia Provincial está en consonancia con la doctrina de esta Sala y del T.C. que declara sobre los Derechos a la intimidad personal y familiar que el criterio para determinar la legitimidad o ilegitimidad de las intromisiones, no es el de la veracidad, sino el de la relevancia pública del hecho divulgado, es decir, que su comunicación a la opinión pública, aun siendo verdadera, resulte necesaria en función de interés público del asunto sobre el que se informa de ahí que resulte indiferente si la noticia fue, en este caso, veraz o no, pues la intimidad no es menos digna de respeto por el hecho de que resulten veraces las informaciones relativas «a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre» (artículo 7.3 de dicha Ley Orgánica), ya que, tratándose de la intimidad, la veracidad no es paliativo, sino presupuesto, en todo caso, de la lesión (SSTS de 21 de marzo de 2011 y 27 de octubre de 2011 y SSTC 197/1991, de 17 octubre, F.J. 2, y 115/2000, de 10 mayo, FJ 7).

Por tanto el requisito de la veracidad resulta de menor trascendencia cuando se afecta el Derecho a la intimidad personal, como sucede en el caso que nos ocupa, remitiéndonos a lo expuesto anteriormente en cuanto al interés público del asunto sobre el que se informa.

(iii) La demandante goza de celebridad social y no se ha puesto en cuestión la afectación de Derechos de otras personas que hayan sido objeto con carácter accesorio de la información publicada.

(iv) Si bien pudiera despertar interés en general en publicaciones o en programas de entretenimiento el conocimiento de la vida de la demandante, la información ofrecida por quien fue su pareja durante un tiempo revela innecesariamente una serie de datos íntimos de su vida en común, como las relaciones sexuales, dando detalles sobre su frecuencia, duración e intensidad, aspectos que indudablemente pertenecen a la esfera más privada de una persona invadiendo gratuitamente la intimidad de esta sin justa causa (S.T.S. de 27 de octubre de 2011, RC n.º 1933/2009).

Desde este punto de vista, en suma, la afectación del Derecho a la intimidad personal es muy elevada frente a la protección del Derecho a la libertad de información.

v) De acuerdo con la valoración efectuada por la Sentencia recurrida no existe prueba alguna de que la demandante consintiera la revelación de los aspectos de su vida privada que fueron objeto de publicación, ni que con anterioridad hubiera dado lugar mediante sus pautas de comportamiento en relación con su ámbito íntimo a entender que los hechos divulgados se hallaban total o parcialmente privados de tal carácter. En efecto el goce de pública celebridad, el hecho de que una relación personal sea conocida y que se hubiera publicado con anterioridad la revelación de aspectos concretos propios de la vida personal, no privan al afectado de la protección de estos Derechos fuera de aquellos aspectos a los que se refiera su consentimiento y solo tiene trascendencia para la ponderación en el caso de que se trate de actos de sustancia y continuidad suficientes para revelar que el

interesado no mantiene un determinado ámbito de su vida reservado para sí mismo o su familia (artículo 2 LPDH), circunstancia no concurrente en el presente caso.

Este factor, resulta , en consecuencia, irrelevante para la ponderación.

En conclusión, la consideración de las circunstancias concurrentes conduce a estimar que la libertad de información no puede en este caso prevalecer sobre el Derecho a la intimidad personal de la demandante , pues el grado de afectación de la primera es muy débil y el grado de afectación del segundo es de gran intensidad. No se advierte, pues , que la Sentencia recurrida , cuya valoración es totalmente acorde con todo lo aquí razonado, incurra en la infracción que se le reprocha.

QUINTO.-Valoración del daño moral.

Esta Sala viene reiterando que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales no tiene acceso a la casación , pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba (SST.S. de 19 de octubre de 1990, 18 de julio de 1996, 14 de julio de 2000, 15 de marzo de 2001), solo susceptible de revisión por error notorio o arbitrariedad , cuando existe una notoria desproporción (S.S.T.S. de 20 de octubre de 1988, 19 de febrero de 1990, 19 de diciembre de 1991, 25 de febrero de 1992, 15 de diciembre de 1994, 24 de marzo de 1998, 23 de noviembre de 1999 , 5 de diciembre de 2000, 31 de enero de 2001, 25 de enero de 2002, 10 de junio de 2002, 3 de febrero de 2004, 28 de marzo de 2005 , recurso de casación núm. 4185/989 de junio de 2005, 21 de abril de 2005, 17 de enero de 2006, 27 de febrero de 2006, 5 de abril de 2006, 9 de junio de 2006, 13 de junio de 2006, 16 de noviembre de 2006) o se comete una infracción del Ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la determinación de la cuantía (SST.S. de 15 de febrero de 1994, 18 de mayo de 1994 , 21 de diciembre de 2006).

La Sentencia recurrida para la fijación de la cuantía de la indemnización pondera, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.3 LPDH, entre las circunstancias concurrentes la gravedad de la noticia divulgada y el medio utilizado y estima que la noticia transmitida es gravemente atentatoria a la intimidad de la demandante por los aspectos que se revelan y por el medio utilizado, una revista de gran tirada que pudo llegar a conocimiento de numerosas personas. En consecuencia incrementa y fija en 60 000 el importe de la indemnización a satisfacer por los daños morales causados.

Esta Sala considera que la fundamentación de este aspecto en el motivo de casación que tratamos es insuficiente para desvirtuar lo expuesto, pues no se aportan datos objetivos que, en aplicación de los criterios previstos en la LPDH, pueda justificar el incumplimiento o la defectuosa aplicación de los criterios establecidos en la LPDH o la notoria desproporción de la indemnización concedida.

SEXTO. - Desestimación del recurso.

La desestimación del recurso de casación comporta la procedencia de confirmar la Sentencia impugnada de acuerdo con el artículo 487 LEC y de imponer las costas a la parte que interpuso el recurso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 394 L.E.C. , en relación con el 398 LEC .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

1. Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Leoncio, contra la Sentencia dictada en grado de apelación , rollo n.º 688/2009, por la audiencia Provincial de Madrid, sección 8.ª, de 19 de julio de 2010, cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Que , desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Leoncio , estimando parcialmente el recurso interpuesto por D.ª Salome y estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Ediciones Zeta, S.A y D. Mateo contra la Sentencia de fecha 24 de febrero de 2009, dictada por el juzgado de Primera Instancia n.º 61 de Madrid, debemos revocar y revocamos parcialmente la referida resolución, dejando su Fallo en los siguientes términos:

"Estimo parcialmente la demanda interpuesta por la representación procesal de Salome contra Leoncio, Ediciones Zeta, S.A y Mateo y declaro que los demandados han vulnerado el derecho a la intimidad personal de la demandante mediante la publicación en la revista Interviu de las declaraciones enjuiciadas, en la forma y modo expuestos en los fundamentos de Derecho de la presente Sentencia y condeno a los demandados a abonar a la actora, con carácter solidario , la suma de sesenta mil euros (60.000 euros), debiéndose publicar el Fallo de esta

Sentencia en la revista Intervú en la misma Sección y anuncio en portada. Cada parte habrá de satisfacer las costas causadas a instancia y la comunes por mitad".

»En cuanto a las costas de esta segunda instancia, solo se imponen al codemandado apelante Sr. Leoncio cuyo recurso ha sido totalmente desestimado.»

2. No ha lugar a casar por el motivo formulado la Sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. Se imponen las costas del recurso de casación a la parte que lo ha interpuesto.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATI.V.A. pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Rios. Francisco Marin Castan. Jose Antonio Seijas Quintana Francisco Javier Arroyo Fiestas. Roman Garcia Varela. Xavier O'Callaghan Muñoz Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos , estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo , en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Marginal: 2356912	Nº Resolución: 13/2012	Nº Recurso: 2038/2008
Tipo: Sentencia	Jurisdicción: Civil	Fecha: 23/01/2012
Tribunal: Tribunal Supremo	Sala: Sala Primera	Sección:
Procedimiento: Recurso casación-Derechos Fundamentales		
Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA		
A favor de: Demandado		

Resumen RESPONSABILIDAD EN LA CONSTRUCCIÓN.- Vicios ruinógenos y defectos de acabado.- Valoración de las pruebas.-

Se declara no haber lugar al recurso de casación formulado frente a Sentencia estimatoria de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, sobre acción de responsabilidad por vicios en la construcción.

La Sala declara que el recurso no solo incurre en una valoración interesada de la prueba en relación con la acreditación o no de los vicios o defectos constructivos de los que resulta responsable la recurrente, sino que, bajo la apariencia de plantear cuestiones de naturaleza jurídica, como las referidas a la calificación de los vicios como ruinógenos o de simple acabado, desconoce el fundamento de la Resolución que impugna, que mantiene y refuerza la argumentación de instancia distinguiendo lo que son vicios ruinógenos y defectos de simple acabado, que por su concreción y carácter secundario o accesorio son ajenos a las funciones propias de los técnicos, identificando el título de imputación que corresponde a cada uno de los agentes que intervinieron en la construcción, del que resulta la responsabilidad que les imputa, bien de forma individual, bien solidaria, por estar comprometida la actividad de todos ellos en el daño a través del contrato o del incumplimiento del artículo 1591 del CC.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Enero de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, como consecuencia de autos de juicio ordinario 861/05, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número dos de Benidorm, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la representación procesal de Sistemas Yespol Internacional S.L., la procuradora doña Carmen Armesto Tinoco. Habiendo comparecido en calidad de recurrido el procurador don Jorge Deleito García, en nombre y representación de Comunidad de Propietarios del EDIFICIO000 .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- La Procuradora doña Teresa Cortés Claver , en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios del EDIFICIO000, interpuso demanda de juicio ordinario, contra Sistemas Yespol Internacional S.L., don Oscar y doña Dulce y alegando los hechos y fundamentos de Derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara Sentencia por la que: a) se declare la responsabilidad solidaria de los hoy demandados por todos los vicios y defectos existentes en el EDIFICIO000, de Benidorm (Alicante), sito en la CALLE000 nº NUM000 y descritos en el hecho segundo de la presente demanda y en el informe pericial elaborado por los Arquitectos don Jesús Manuel y don Arturo (documento nº 2 que se acompaña). b) Y, por tanto se condene solidariamente a los hoy demandados: 1.- A que por mediación de una empresa constructora realicen , en el plazo de cuatro meses, u otro diferente que estime S.Sª, a contar desde la fecha en que se les notifique la Sentencia que recaiga en las presentes actuaciones en el EDIFICIO000, sito en Benidorm (Alicante), CALLE000 nº NUM000, las obras de reparación necesarias para solucionar definitivamente todos los vicios y defectos, así como sus causas, existentes en dicho edificio y descritos en el hecho segundo de esta demanda y en el informe pericial que se acompaña como documento nº 2 . 2.- Al abono de las costas ocasionadas en las presentes actuaciones. c) SUBSIDIARIAMENTE a las peticiones contenidas en los apartados a) y b) de este suplico , para el improbable supuesto de que no se estime la responsabilidad solidaria de todos los hoy demandados, se declare la responsabilidad mancomunada de éstos, en las proporciones que se estime , por los vicios y defectos de que adolece el EDIFICIO000, de Benidorm (Alicante), CALLE000 nº NUM000 , y descritos en el hecho segundo de esta demanda y en el informe pericial que se acompaña como documento nº 2 y por tanto, se condene a los

demandados mancomunadamente en las proporciones que se estime a que por mediación de una empresa constructora realicen, en el plazo de cuatro meses, u otro diferente que estime Su Señoría, a contar desde la fecha en que se les notifique la Sentencia que recaiga en las presentes actuaciones, en dicho edificio, las obras de reparación necesarias para solucionar definitivamente todos los vicios y defectos, así como sus causas, existentes en dicho edificio y descritos en el hecho segundo de esta demanda y en el informe pericial que se acompaña como documento nº 2. d) Y para el improbable supuesto de que S.Sª estimase la absolución de alguno o algunos de los hoy demandados, no se haga, con respecto al improbable demandado o demandados absueltos, expresa imposición de costas a la parte demandante, por los motivos alegados en el hecho Quinto y fundamento Jurídico VII de esta demanda.

2.- El Procurador don Juan Fernández de Bobadilla Moreno, en nombre y representación de Sistemas Yespol Internacional S.L., contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de Derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia mediante la cual: A) Se declare la libre absolución de mi representada, en cuanto a que los defectos recogidos en el dictamen pericial aportado junto al presente escrito no son responsabilidad de esta. De forma subsidiaria: B) Se declare la responsabilidad mancomunada de los diferentes agentes intervinientes de la construcción, en las proporciones que se estime de acuerdo al desarrollo de la prueba por los defectos habidos en el EDIFICIO000 recogidos en el dictamen pericial aportado junto a este escrito como documentos nº 2 y por tanto se condene a los codemandados en la proporción que se estime a la reparación de los mismos conforme se recoge en el citado dictamen. De forma subsidiaria, para el caso de que no se pudiera individualizar las responsabilidades: B) Se declare la responsabilidad solidaria de los hoy demandados por todos los defectos existentes en el EDIFICIO000, recogidos en el dictamen pericial aportado junto a este escrito como documento número 2 y por tanto se condene a los codemandados a la reparación de los mismos de forma solidaria, conforme se recoge en el citado dictamen. Todo ello con imposición de costa a la actora en el caso de absolución de mi representada, de conformidad con lo dispuesto en el art. 394.

El Procurador don Miguel Martínez Gómez, en nombre y representación de doña Dulce, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia por la que se declare no haber lugar a la demanda seguida frente a mi representada, desestimandola en su integridad, con expresa imposición de costas a la parte demandante.

El Procurador don Vicente Flores Feo, en nombre y representación de don Rubén, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de Derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia por la que se desestime íntegramente todas y cada una de las pretensiones recogidas en el escrito de demanda en relación con nuestro representado con expresa imposición de costa a la parte actora.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del juzgado de Primera Instancia número 2 de Benidorm, dictó Sentencia con fecha 18 de octubre de 2007, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: DEBO ESTIMAR Y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora Teresa Cortés Claver en nombre y representación de COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DEL EDIFICIO000 frente a los demandados, DEBO CONDENAR Y CONDENO:

- 1) a SISTEMAS YESPOL INTERNACIONAL S L (con relación a los defectos enumerados en el fundamento 3º de esta Resolución) a reparar a su costa (y en los términos expuestos en el fundamento 5º de esta Resolución) los siguientes defectos:
- a) Defecto recogido en el apartado 1.B. consistente en defectos en el anclaje de la celosía de láminas verticales de plástico, defectos de planeados y restos de la anterior fachada.
 - b) Defecto recogido en el apartado 5.8. consistente roturas y desprendimientos en pavimento de mármol blanco sobre la cubierta del local subterráneo (junto a la CALLE000).
 - c) Defecto recogido en apartado 6.8. relativo a defectos en muro perimetral.
 - d) Defecto recogido en el apartado 8.8. relativo a la falta de pintura de muro perimetral.
 - e) Defecto recogido en apartado 8.G. relativo a listón de madera en cubierta
 - f) Defecto recogido en apartado 8.H. relativo a defecto en el rematado en el encuentro lateral entre paneles de aluminio y obra de fábrica.
 - g) Defecto recogido en apartado 8.K. defecto relativo a restos de clavos en fachada.
- 2) a SISTEMAS YESPOL INTERNACIONAL S.L. y Dulce, solidariamente y con relación a los defectos enumerados en el fundamento 3º de esta Resolución o reparar a su costa (y en los términos expuestos en el fundamento 5º de esta Resolución) los siguientes defectos reparar a su costa:
- a) Defecto apreciado en apartado 1.A. relativo a grietas horizontales en fachada por defectuosa colocación del

ladrillo caravista al no haberse colocad  apoyado en 1/3 y volando 2/3.

b) defecto recogido en el apartado 2.A. relativo a defectos en anclaje de techos plásticos y 2 C relativo a defectos en lo banda de escayola perimetral (por derivarse los defectos de éste del defectuoso anclaje de los techos).

c) defecto recogido en apartado 3.G. relativo a defectos de impermeabilización en muro lateral del sótano porque se ha aplicado pintura bituminosa en bloque de hormigón sin revestir.

3) a Oscar y con relación a los defectos enumerados en el fundamento 3  de esta Resolución a reparar a su costa los siguientes defectos reparar a su costa

a) Defecto previsto en el apartado 7.B. consistente en omitir la compartimentación del garaje con el edificio en aplicación de la normativa contra incendios.

b) Defecto previsto en el apartado 7 E consistente en situar las salidas de las columnas secas en los recintos de escalera o vestíbulos previos a ellas

4) a SISTEMAS YESPOL INTERNACIONAL S.L., Dulce y a Oscar, solidariamente, y con relación a los defectos enumerados en el fundamento 3  de esta Resolución a reparar a su costa (y en los términos expuestos en el fundamento 5  de esta Resolución) los siguientes defectos reparar a su costo:

a) defecto previsto en el apartado 1.A. relativo a grietas verticales aparecidas en el ladrillo caravista por la omisión en el proyecto de juntas y, en todo caso, por no haber sido ejecutadas pese a la diferencia de densidad de los materiales puestos en contacto, a saber, ladrillo caravista sobre hormigón y ladrillo caravista.

b) defecto previsto en apartado 3 A. relativo a defectos de impermeabilización en cubierta del fecha del aparcamiento del sótano.

No se hace expresa condena en costas, cada parte abonará las causadas a su instancia.

Se dicto auto de aclaración con fecha siete de noviembre de 2007 cuya parte dispositiva dice: Acuerdo subsanar los errores advertidos en el Fallo de la Sentencia n  1141/07 de fecha 18 de octubre de 2007 , dictado en el presente procedimiento 861/05 en el sentido siguiente :

1.- En el apartado 1) cuando se dice que se condena a Sistemas Yespol Internacional S.L. a reparar a su costa diversos efectos deben incluirse, además, los siguientes:

h) defecto recogid  en el apartado 4.A.,relativo a defectos de compactación del jardín de la piscina.

i) defecto recogido en el apartado 5.A. relativo a hundimientos en pavimento de m rmar blanco sobre solera de hormigón que hay junto al jardín debido a una defectuosa compactación del terreno y agrietamiento de muro de cierre.

j) defecto recogido en apartado 6.A. relativo a defectos en pendientes del aparcamiento situado en cota O.

k) defecto recogido en apartado 7.A relativo a división del edificio infringiendo las normas contra incendios.

l) defecto recogido en apartado 3.B. relativo a realización de rozas profundas en vigas.

ll) defecto recogido en apartado 7.F. relativo a la obturación de patinillos.

m) defecto recogido en apartado 9.B. relativo a cajas desfondadas.

n) defecto recogido en apartado 9.D. relativo a defectos en el anclaje de montante de abastecimiento de agua potable en dos últimas plantas.

 n) defecto recogido en apartado 9.E. relativo a defectos en la fijación de las canalizaciones de evacuación del agua de condensación de los aparatos de aire acondicionado.

2.- Asimismo , debe añadirse un apartado 5) donde se diga que "DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a todos los demandados de la obligación de reparar los defectos siguientes:

a) defecto recogido en apartado 2.B relativo a luminarias oxidadas en pasillos.

b) defecto recogido en el apartado 1.C. relativo a junquillos desprendidos de la fachada.

c) defecto recogido en el apartado 8 A., relativo a zona de urbanización exterior carece de pavimento.

d) defecto recogido en el apartado 8.C consistente en pavimeinto sin rematar perimetralmente.

e) defecto recogido en apartado 8.J relativo a vierteguas de los balcones.

f) defecto recogido en apartado 8 LL relativo a acabado en peldaños.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la Comunidad de Propietarios del EDIFICIO000 de Benidorm y Sistemas Yespol Internacional S.L., la sección Octava de la audiencia Provincial de Alicante, dictó Sentencia con fecha 18 de septiembre de 2008 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: Con estimación parcial del recurso de apelación deducido por la Comunidad de Propietarios del EDIFICIO000 de Benidorm y con desestimación del recurso de apelación deducido por la codemandada Sisternas Yespol Internacional, S.L. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Benidorm de fecha

dieciocho de octubre de dos mil siete, aclarada mediante Auto de fecha siete de noviembre de dos mil siete, en las actuaciones de que dimana el presente Rollo, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS la mencionada Resolución y, en su lugar, que estimando sustancialmente la demanda promovida por la Procuradora Doña Teresa Cortés. Claver, en nombre y representación de Comunidad de Propietarios del. EDIFICIO000 de Benidorm contra Sistemas Yespol Internacional, S.L. Don Oscar y Doña Dulce,

1) debemos de condenar y condenamos a

1) sistemas Yespol Internacional, S.L. en relación a los defectos enumerados en el fundamento 3º de la Sentencia de instancia a reparar a su costa en los términos expresados en el fundamento 5º de esa Sentencia los siguientes defectos:

- a) defecto recogido en el apartado 5.B consistente en roturas Y desprendimientos en pavimento de mármol sobre la cubierta del local subterráneo (junto a la CALLE000).
- b) defecto recogido en el apartado 6.B relativo a defectos en muro pe
- c) defecto recogido en el apartado 8.6 relativo a falta de pintura del muro perimetral.
- d) defecto recogido en el apartado 8.G relativo a listón de madera en cubierta.
- e) defecto recogido en el apartado 8.H relativo a defecto en el rematado en el encuentro lateral entre paneles de aluminio y obra de fábrica.
- f) defecto recogido en el apartado 8.K relativo a restos de clavos en fachada.
- g) defecto recogido en el apartado 7.A relativo a la división del edificio infringiendo las normas contra incendios.
- h) defecto recogido en el apartado 3.B relativo a la realización de rozas profundas en las vigas.
- i) defecto recogido en el apartado 7.F relativo a la obturación de platinillos.
- j) defecto recogido en el apartado 9.D relativo a defectos en el anclaje de montante de abastecimiento de agua potable en dos últimas plantas.
- k) defecto recogido en el apartado 1 .D del ordinal segundo de la fundamentación jurídica de esta Resolución con arreglo a la reparación allí indicada,

2) Sistemas Yespol Internacional, S.L. y a Doña Dulce, solidariamente y en relación a los defectos enumerados en el fundamento 3º de la Sentencia de instancia a reparar a su costa en los términos expresados en el fundamento 5º de esa Sentencia los siguientes defectos:

- a) defecto apreciado en el apartado 1 A relativo a grietas horizontales en fachada por defectuosa colocación de ladrillo caravista.
- b) defecto recogido en el apartado 2 relativo a defectos de anclaje de techos plásticos y 2.C relativo a la banda de escayola perimetral.
- c) defecto recogido en el apartado 3.G relativo a defectos de impermeabilización en muro lateral del sótano.
- d) defecto recogido en el apartado 4.A relativo a defectos de compactación del jardín de la piscina.
- e) defecto recogido en el apartado 5.A relativo a hundimientos en pavimento de mármol blanco sobre solera de hormigón situado junto al jardín.
- f) defecto recogido en el apartado 9.B relativo a cajas desfondadas.
- g) defecto recogido en el apartado 9.E relativo a defectos en la fijación de las canalizaciones de evacuación del agua de condensación de los aparatos de aire acondicionado.

3) Sistemas Yespol Internacional, S.L. y a Don Oscar, solidariamente y en relación al defecto enumerado en el apartado 1.B de fundamento 3º de la Sentencia de instancia consistente en defectos en el anclaje de la celosía de láminas verticales de plástico, defectos de planeidad y restos de la anterior fachada, a reparar a su costa en los términos expresados en el fundamento 5º de esa Sentencia.

4) Oscar y en relación a los defectos enumerados en apartado 3º de la Sentencia de instancia a reparar a su costa en los términos expresados en el fundamento 5º de esa Sentencia los siguientes defectos:

- a) defecto previsto en el apartado 7.B consistente en omitir la compartimentación del garaje con el edificio en aplicación de la normativa Contra incendios.
- b) defecto previsto en el apartado 7.E consistente en situar las salidas de las columnas secas en los recintos de escalera o vestíbulos previos a ellas.

5) Sistemas Yespol Internacional, S.L. a Doña Dulce y a Don Oscar, solidariamente y en relación a los defectos enumerados en el fundamento 3º de la Sentencia de instancia a reparar a su costa en los términos expresados en el fundamento 5º de esa sentencia los siguientes defectos:

- a) defecto previsto en el apartado 1 .A. relativo a grietas verticales a en el ladrillo caravista de la fachada sur.

b) defecto previsto en el apartado 3.A relativo defectos de impermeabilización en la cubierta del techo del aparcamiento del sótano.

c) defecto previsto en el apartado 6.A relativo a defectos en pendientes de aparcamiento situado en cota cero.

II) debemos de absolver y absolvemos a los demandados del resto de peticiones de reparación contenidas en la demanda.

III) debemos condenar y condenamos a los demandados al pago de (las costas causadas a la actora en la instancia.

Respecto de las costas causadas en esta alzada se imponen a Sistema Yespol Internacional, S.L. las originadas por su recurso, sin efectuar especial imposición a ninguna de las partes de las costas causadas por el recurso deducción por la comunidad actora.

TERCERO.- 1.- Contra la expresada Sentencia preparó y después interpuso recurso de casación la representación procesal de Sistemas Yespol Internacional S.L. con apoyo en diversos motivos, todos ellos al amparo del ordinal 2º del art. 477.2. L.E.C. por superar el procedimiento la cuantía de 150.000 euros legalmente exigida por la LEY 2000 para acceder a la casación, alegando la existencia de la infracción del art. 1591 del Código Civil por cuanto entiende que se atribuye responsabilidad por vicios ruinosos en supuestos en los que no existe tal vicio y en otras circunstancias se le atribuye responsabilidad cuando la responsabilidad debiera ser de otro de los intervinientes en el proceso constructivo.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 12 de enero de 2010 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el Procurador don Jorge Deleito García, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios del EDIFICIO000 presentó escrito de impugnación al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día once de enero del 2012, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La comunidad de Propietarios del EDIFICIO000, sito en la CALLE000 nº NUM000, de Benidorm, demandó a la promotora, la constructora y los arquitectos técnicos y Superiores que habían intervenido en la edificación, interesando la condena solidaria de todos ellos a ejecutar la reparación de los graves defectos y daños constructivos apreciados en la misma, según se detalla en el informe pericial y, subsidiariamente, para el caso de que no fuera ello estimado, se interesó la responsabilidad mancomunada en las proporciones que se estime y la condena mancomunada a ejecutar tales obras de reparación, mediante una empresa constructora.

La sentencia de Instancia estimó parcialmente la demanda agrupando los defectos en bloques en atención a la ubicación de cada uno de los defectos observados. En relación con los mismos, aprecia la existencia de la mayor parte de los defectos constructivos para encajarlos en el concepto amplio de ruina del artículo 1591 del Código Civil, recordando que no equivale a derrumbamiento del edificio, sino a defectos que hagan inhábil el edificio para el uso al que estaba destinado, de los que responden de uno u otro modo los intervinientes en el proceso constructivo. Aprecia, asimismo, otros defectos que califica de acabado o de mala terminación, de los que debe responder la promotora-constructora del edificio Sistemas Yespol Internacional, S.L., tanto por la vía de la responsabilidad contractual como por la vía de la responsabilidad decenal. Recurrida en apelación la Sentencia por la parte actora y la codemandada Sistemas Yespol Internacional, S.L., la audiencia Provincial de Alicante dictó la Resolución que ahora se recurre en la que estimó en parte el recurso interpuesto por la actora, que pretendió la condena solidaria de los demandados respecto de alguno de los defectos denunciados. En cuanto al recurso planteado por la codemandada Sistem Yespol Internacional, SL fue desestimado en su totalidad.

Recurre en casación la promotora-constructora al amparo del ordinal 2º del artículo 477.2 L.E.C. .

SEGUNDO.- El recurso se sostiene fundamentalmente por infracción del artículo 1591 del Código Civil por cuanto entiende, de un lado, que se atribuye al recurrente responsabilidad por vicios ruinosos en supuestos en los que no existe tal vicio y, de otro, que se le imputa responsabilidad derivada del trabajo de otro de los intervinientes en el proceso constructivo. En lo estrictamente formal, el recurso de plantea bajo la formula FUNDAMENTOS, en el que a partir del fundamento número cuatro, y hasta el octavo, desarrolla una serie de alegaciones sin la fundamentación suficiente sobre la infracción del ordenamiento jurídico que se dice infringida y en algún caso sin

indicación de la norma sustantiva, como ocurre en el sexto e incluso en el octavo , o con referencia a problemas que nada tienen que ver con el recurso de casación, como el que contiene el quinto, referido al principio de rogación, o el séptimo, por la contravención del principio de la justicia rogada, el carácter dispositivo y el derecho de defensa (tutela judicial) - artículo 24 C.E. - , ajenos a este recurso. Lo que se formula es un recurso de casación y no de apelación en el que bastaba al apelante con exponer las alegaciones en que basa la impugnación , citar la resolución apelada y señalar los pronunciamientos que impugna (artículo 458 LEC). El carácter excepcional del recurso de casación por razón de la cuantía exige una fundamentación suficiente sobre la infracción del ordenamiento jurídico alegada y comporta la necesidad de una interpretación rigurosa de esta modalidad para que mantenga su finalidad de unificación de la aplicación de la ley civil y mercantil, y no se convierta en una vía de acceso al T.S. carente de justificación institucional, como ocurre en este caso en el que el recurso no solo incurre en una valoración interesada de la prueba en relación con la acreditación o no de los vicios o defectos constructivos de los que resulta responsable la recurrente, sino que , bajo la apariencia de plantear cuestiones de naturaleza jurídica como las referidas a la calificación de los vicios como ruinógenos o de simple acabado, desconoce el fundamento de la Resolución que impugna , que mantiene y refuerza la argumentación de instancia distinguiendo lo que son vicios ruinógenos y defectos de simple acabado que por su concreción y carácter secundario o accesorio son ajenos a las funciones propias de los técnicos, identificando el título de imputación que corresponde a cada uno de los agentes que intervinieron en la construcción del que resulta la responsabilidad que les imputa, bien de forma individual, bien solidaria, por estar comprometida la actividad de todos ellos en el daño a través del contrato o del incumplimiento del artículo 1591 del CC .

Se desestima, por tanto, el recurso.

TERCERO.- Conforme al artículo 398.1 , en relación con el artículo 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil procede imponer las costas del recurso a la parte recurrente.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

No ha lugar al recurso de casación formulado por la representación procesal de la mercantil Sistemas Yespol Internacional S.L, frente a la Sentencia dictada por la sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, de fecha 18 de septiembre de 2008, con expresa imposición de las costas a la parte recurrente.

Líbrense a la mencionada audiencia la certificación correspondiente , con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos .

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATI.V.A. pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos , mandamos y firmamos Francisco Marín Castán. Jose Antonio Seijas Quintana.Francisco Javier Arroyo Fiestas.Roman Garcia Varela.Xavier O'Callaghan Muñoz.Firmado y Rubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio Seijas Quintana, ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo , en el día de hoy, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Marginal: 2370963

Nº Resolución: 1/2012

Nº Recurso: 124/2009

Tipo: Sentencia

Jurisdicción: Civil

Fecha: 23/01/2012

Tribunal: Tribunal Supremo

Sala: Sala Primera

Sección:

Procedimiento: Recurso casación-Derechos Fundamentales

Ponente: JUAN ANTONIO XIOL RIOS

A favor de: Trabajador

Resumen MODIFICACIÓN DE MEDIDAS.- Pensión compensatoria.- Extinción acordada en proceso de divorcio con fundamento en el cese de la causa que la motivó, por la posibilidad real que tenía la esposa de acceder al mercado laboral, reincorporándose a su puesto de trabajo fijo como personal estatutario.- Se declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra Sentencia estimatoria de la Sección 24ª de la audiencia Provincial de Madrid, sobre modificación de medidas, en solicitud de supresión de la pensión compensatoria.

La Sala declara que pese a los argumentos expuestos en sentido contrario, lo cierto es que la Sentencia recurrida no aprecia ningún impedimento o incapacidad física o psíquica de la recurrente para trabajar como enfermera (al disponer de puesto fijo como personal estatutario en la Clínica Puerta de Hierro de Madrid), lo que implica que la superación del desequilibrio económico estaba a partir de entonces en su mano, y no dependía, tan siquiera, del éxito en la búsqueda de empleo.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Enero de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación que con el n.º 124/2009, ante la misma pende de resolución, interpuesto por D.ª Trinidad, aquí representada por la procuradora D.ª Carmen Palomares Quesada, contra la sentencia de 6 de noviembre de 2008, dictada en grado de apelación, rollo n.º 1004/08, por la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dimanante de autos de divorcio contencioso n.º 875/07, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 23 de Madrid. Es parte recurrida D. Alejandro, que ha comparecido representado por la procuradora D.ª Ana Fuentes Hernangómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El juzgado de Primera Instancia n.º 23 de Madrid dictó Sentencia de 25 de abril de 2008, en el juicio de divorcio contencioso n.º 875/07 cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Estimar la demanda interpuesta por D.ª Trinidad, representada por la Procuradora D.ª María del Carmen Palomares Quesada, contra D. Alejandro, representado por la Procuradora D.ª Ana Fuentes Hernangómez, y decretar la disolución por divorcio del matrimonio contraído por los mismos el día 6 de septiembre de 2001, con todos los efectos legales inherentes a esta declaración y con mantenimiento de las estipulaciones del convenio que fueron aprobadas judicialmente en la Sentencia de separación del procedimiento n.º 225/03.

»No se hace especial pronunciamiento sobre las costas procesales.

SEGUNDO.- En relación con la única cuestión controvertida en casación, la Sentencia contiene, en síntesis, los siguientes fundamentos de Derecho:

En el suplico de la demanda se interesa, además de la declaración de divorcio, que se mantengan las medidas definitivas acordadas en la separación, según convenio regulador (la separación fue consensuada), donde se pactó una pensión por desequilibrio a favor de la esposa de 3 005 euros mensuales. Los cónyuges expresaron su voluntad de mantener en caso de divorcio la citada pensión, en dicha cuantía, salvo que concurrieran las circunstancias previstas en los artículos 100 y 101 CC.

El esposo demandado solicita la extinción de la pensión o, subsidiariamente, que se reduzca a 1 000 euros mensuales a percibir por un tiempo de dos años.

La controversia versa sobre el mantenimiento o supresión de la pensión compensatoria. Su presupuesto es el desequilibrio económico que para uno de los cónyuges puede significar la separación o el divorcio en relación con la posición del otro, y que lleva a un empeoramiento en su situación anterior al matrimonio. Es verdad que una alteración sustancial de la fortuna de uno y otro cónyuge según expresa el artículo 100 CC puede suponer la

extinción o modificación de la pensión reconocida.

De la prueba practicada resulta que la enfermedad del demandado (infarto agudo de miocardio no ha sido óbice para que los rendimientos de la sociedad de responsabilidad limitada en que participa aumentaran considerablemente, siendo también titular de dos vehículos de alta gama y de varios inmuebles. Queda probado que el demandado, de profesión cirujano cardiovascular, es el dueño de la próspera Cardio Fast S.L., a través de la cual recibe sus ingresos, y que su conexión con esta sociedad es indudable, hasta el punto de que la pensión compensatoria se pagaba mediante transferencia bancaria con cargo a cuenta de la citada mercantil. Todo ello supone que, a pesar de la enfermedad, cuyo remedio ha precisado y aconseja la disminución de su ritmo de trabajo, los resultados económicos de la sociedad que administra se han visto incrementados, lo que, unido también a las rentas declaradas en el I.R.P.F. del año 2006, demuestra que dispone de recursos suficientes para mantener la pensión compensatoria cuya supresión se pretende.

En relación con la esposa demandante queda acreditado que es enfermera y pertenece al personal estatutario fijo de la comunidad de Madrid desde el 12 de mayo de 1980, y que se encuentra en situación administrativa de excedencia voluntaria por interés particular desde el 24 de enero de 1990 hasta la actualidad, sin que conste que haya solicitado su reincorporación al servicio activo. En este sentido, el demandado no ha probado el supuesto pacto verbal existente entre ambos cónyuges, por el cual la esposa se habría comprometido a reincorporarse al mercado laboral y a dejar de percibir la pensión compensatoria, por lo que no existen razones para apreciar la renuncia a dicho Derecho.

De conformidad con los informes médicos obrantes resulta que la demandante se haya en tratamiento psicofarmacológico por un cuadro depresivo mayor que le fue diagnosticado tras su separación conyugal, habiendo tenido un intento de suicidio el 8 de noviembre de 2007. Además, presenta una ambliopía profunda en el ojo Derecho, secundaria a un estrabismo, sin posibilidades de recuperación visual, y se aconseja la vigilancia del ojo izquierdo por padecer una miopía magna con degeneraciones retinianas periféricas y con una maculopatía por múltiples episodios de coroidopatía central serosa, todo lo cual dificulta su incorporación a su trabajo, del que seguramente solicitó la excedencia para dedicarse al cuidado de sus hijos y familia.

Descartada la incorporación a su puesto de trabajo, existen razones para considerar que la situación económica de la esposa debe continuar siendo la que disfrutaba antes de la separación y el divorcio, pues con la pensión compensatoria se pretende, en cierta medida, perpetuar tras la ruptura de la convivencia conyugal la situación económica habida durante la misma.

TERCERO.- La sección 24.ª de la audiencia Provincial de Madrid dictó Sentencia de 6 de noviembre de 2008, en el rollo de apelación n.º 1004/08, cuyo fallo dice:

«Fallamos:

»Que estimando el recurso de apelación interpuesto por D. Alejandro, representado por la Procuradora Dª Ana Fuentes Hernangómez, contra la Sentencia de fecha 25 de abril de 2008, del Juzgado de Primera Instancia número 23 de Madrid, dictada en el proceso de divorcio n.º 875/07, seguido con Dª Trinidad, representada por la Procuradora Dª Carmen Palomares Quesada, debemos revocar y revocamos la indicada resolución en el sentido de dar por extinguida la pensión compensatoria en su día señalada a favor de la Sra. Trinidad, y desde la fecha de la Sentencia de 25 de abril de 2008, confirmándose el resto de los pronunciamientos de la Sentencia de instancia; y sin que proceda hacer pronunciamiento de condena en costas en esta alzada a ninguno de los litigantes».

CUARTO.- En relación con la única cuestión controvertida en casación, la Sentencia contiene, en síntesis, los siguientes fundamentos de Derecho:

La pensión compensatoria tiene como presupuesto fáctico el desequilibrio económico que para uno de los cónyuges deriva de la ruptura. Para apreciar el empeoramiento debemos comparar el status económico durante el matrimonio con la situación posterior del cónyuge que pide la pensión. Dado que toda ruptura tiene una incidencia negativa en la economía de ambos miembros de la pareja, la mayoría de la doctrina considera que el reequilibrio no significa igualdad de patrimonios, sino hallarse cada uno de ellos, de forma autónoma, en la posición económica que le corresponde según sus propias actitudes y capacidades para generar recursos económicos. Sentado cuanto antecede, del estudio de las actuaciones y de la valoración de la prueba en su conjunto, resulta que procede estimar el recurso del exmarido y declarar extinguida la pensión de la Sra. Trinidad pues la pensión compensatoria del artículo 97 CC no es dable a favor de persona que posee una importante cualificación profesional y con un puesto fijo de trabajo, encontrándose en situación de excedencia como enfermera por interés particular, no siendo de recibo que su exmarido, que sufrió un infarto agudo de miocardio, deba subvenir las necesidades de la demandante cuando esta posee una importante cualificación profesional y un puesto laboral

que le permite hacerlo por sí misma , no constando su incapacidad para el ejercicio profesional.

QUINTO.- La representación procesal de D^a. Trinidad formula recurso de casación, al amparo del artículo 477.2.3º LEC, por existencia de interés casacional, articulado en tres motivos.

El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula:

«Primero. Inexistencia de modificación de las circunstancias existentes en el momento del establecimiento de la pensión compensatoria».

El motivo se funda, en síntesis, en lo siguiente:

La Sentencia recurrida declara que la pensión no es dable a quien , por tener un puesto de trabajo fijo e importante cualificación profesional, puede subvenir por sí misma sus propias necesidades.

La recurrente lleva más de 17 años retirada de su actividad laboral en situación de excedencia. Esto significa que su inserción en el mercado laboral no va a ser fácil , debido al enorme reciclaje que tendría que realizar. Es ilusorio que pueda desenvolverse autónomamente y superar el desequilibrio en un plazo de tiempo determinado.

Una vez fijada la pensión en separación de mutuo acuerdo, no puede pretenderse en proceso de divorcio posterior la extinción inmediata de tal Derecho pues el artículo 101 CC exige el cese de la causa que lo motivó y dicha causa no ha cesado ya que la situación de excedencia en el trabajo ya existía cuando se aprobó el convenio y se dictó Sentencia de separación de mutuo acuerdo.

Por tanto, la AP acuerda la extinción de la pensión sin concurrir los supuestos de hecho normativos previstos en los artículos 100 y 101 CC .

El motivo segundo se introduce con la fórmula:

«Segundo. Existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, que versan sobre concesión a la esposa de la pensión compensatoria vitalicia para paliar el desequilibrio económico existente después de la separación. Sentencia que fundamentan el interés casacional del presente recurso».

El motivo se funda, en síntesis, en lo siguiente:

Cita y extracta la S.TS de 10 de febrero de 2005 .

Cita y extracta la SSAP de Salamanca de 23 de junio de 1998 ; La Coruña, de 9 de noviembre de 2007 ; de las Islas Baleares (Sección 3ª) , de 25 de abril de 2002, y la S.TS de 17 de octubre de 2008 .

La Sentencia recurrida da por extinguida la pensión sin tomar en cuenta la grave situación de desequilibrio que se le genera con respecto a la situación constante el matrimonio, que es precisamente lo que intenta paliar el artículo 97 CC .

El motivo tercero se introduce con la fórmula:

«Tercero. Incapacidad de la recurrente para reincorporarse al mercado laboral. Mantenimiento de los ingresos del Sr. Alejandro . No se ha producido cambio alguno de las circunstancias que dieron lugar al establecimiento de la pensión».

El motivo se funda, en síntesis, en lo siguiente:

La Sentencia recurrida otorga relevancia al infarto sufrido por el exmarido, pero no atiende a la realidad de la enfermedad de la demandante , en tratamiento psicofarmacológico por un cuadro depresivo diagnosticado tras la separación, además de una ambliopía profunda en el ojo Derecho sin posibilidad de recuperación visual, con miopía magna con degeneraciones retinianas periférica, que hacen que no esté en situación idónea para incorporarse al mercado laboral. Por el contrario, la enfermedad del esposo no es óbice para que su fortuna siga incrementándose a través de su empresa.

Termina la parte solicitando de esta Sala «[...] dicte Sentencia sobre el recurso de casación, casando en todo la Sentencia recurrida, resolviendo sobre el caso, y declarando lo que corresponda según lo solicitado por esta parte demandante recurrente [...]».

SEXTO.- Mediante auto de 9 de febrero de 2010 se acordó admitir el recurso de casación , por interés casacional (artículo 477.2.3º L.E.C.).

SÉPTIMO.- En el escrito de oposición al recurso, formulado por D. Alejandro, constan, en síntesis, las siguientes alegaciones:

Al motivo primero:

Es consolidada la doctrina que permite en el juicio de divorcio analizar nuevamente las circunstancias que fueron tratadas en el anterior juicio de separación, de forma que las medidas acordadas en este no deben necesariamente instaurarse como definitivas ni son vinculantes. En el momento de la separación los hijos eran menores de edad y quedaron al cargo de la madre. En el momento del divorcio los hijos ya gozan de total

independencia, no precisando de ningún cuidado materno ni dedicación. A mayor abundamiento, con posterioridad a la separación el marido sufrió un infarto que le impidió trabajar como antes. Además, la Sra. Trinidad está capacitada para trabajar en cualquier trabajo y de hecho trabaja en una farmacia en Villaviciosa de Odón, percibiendo 1 500 euros mensuales. La pensión compensatoria no es una renta vitalicia.

Al motivo segundo:

La jurisprudencia citada, sobre la concesión de una pensión compensatoria vitalicia, no es aplicable al supuesto enjuiciado.

En contradicción, se citan y extractan las SSAP de Valencia, de 10 de julio de 2007 ; León, 1 de febrero de 2007 ; La Coruña , 9 de febrero de 2007, y Madrid, de 22 de abril y 22 de mayo de 2007 .

Al motivo tercero:

Quedó acreditado en el procedimiento que la Sra. Trinidad no sufría ninguna enfermedad invalidante. También que juega al golf, va al gimnasio, conduce su propio vehículo, tiene un piso y una plaza de garaje en Marbella y un piso y plaza de garaje en Madrid y desde 2008 trabaja en una farmacia.

Termina la parte solicitando de esta Sala «[...] dicte sentencia, desestimando íntegramente el recurso interpuesto, con expresa condena en costas a la parte recurrente».

OCTAVO.- Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 10 de enero de 2012, en que tuvo lugar.

NOVENO.- En esta Resolución se han utilizado las siguientes siglas:

AP , Audiencia Provincial

ATS, auto del Tribunal Supremo (Sala Primera si no se indica otra cosa).

AAT.S., autos del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

CC, Código Civil.

CE , Constitución Española.

FD, fundamento de Derecho

LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

SAP, Sentencia de Audiencia Provincial

SSAP, Sentencias de Audiencias Provinciales.

S.T.S. , Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

S.S.T.S., Sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera , si no se indica otra cosa).

Ha sido ponente el magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos , que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Resumen de antecedentes.

1. D.^a Trinidad formuló demanda de divorcio contencioso contra su marido, D. Alejandro, interesando el mantenimiento de las medidas acordadas en juicio de separación, según convenio regulador, en particular , la pensión compensatoria fijada a su favor por cuantía de 3 005 euros mensuales.
2. A esta pretensión se opuso el marido, que solicitó su extinción o , subsidiariamente su disminución hasta la suma de 1 000 euros al mes, y el establecimiento de un límite temporal de dos años para su percepción. En apoyo de estas pretensiones adujo, en síntesis, que las circunstancias tomadas en cuenta para su reconocimiento en convenio regulador habían cambiado sustancialmente, principalmente, por la disminución de ingresos del marido a consecuencia de verse obligado a reducir su trabajo tras sufrir un infarto agudo de miocardio, por el hecho de que los dos hijos del matrimonio habían alcanzado la mayoría de edad, y porque la esposa no tenía impedimento físico alguno para reincorporarse a su puesto de trabajo de enfermera, en el que se encontraba en situación de excedencia voluntaria.
3. El juzgado estimó la demanda y mantuvo la pensión compensatoria reconocida en Sentencia de separación. Fundó esta decisión en la necesidad de perpetuar tras la ruptura de la convivencia conyugal la misma situación económica habida durante la misma , una vez que consideró probado que el marido, cirujano cardiovascular, pese a sufrir un infarto, había sido capaz de mantener e incluso incrementar sus ingresos (a través de la sociedad que administraba) y que, por el contrario, la esposa , por su estado de salud (depresiones que le habían conducido a un intento de suicidio, y múltiples problemas visuales) no estaba en condiciones de reincorporarse a su puesto de trabajo.
4. La AP estimó el recurso del exmarido y revocó la Sentencia apelada en el sentido de declarar extinguida la

pensión. Sus principales argumentos fueron: a) la decisión a tomar sobre las medidas definitivas inherentes al divorcio no puede estar vinculada por la decisión adoptada en el anterior pleito de separación; b) la razón de ser de la pensión compensatoria es el desequilibrio económico que para uno de los cónyuges puede significar la separación o el divorcio en relación con la posición del otro, y que lleva a un empeoramiento de la situación anterior en el matrimonio, lo que obliga a comparar estatus económico del matrimonio con la situación económica del cónyuge que solicita la pensión, sin que su función de restaurar el equilibrio suponga una igualdad de los patrimonios de ambos, sino hallarse cada uno de ellos, de forma autónoma, en la posición económica que le corresponda según sus actitudes y capacidades para generar recursos; c) la pensión compensatoria no procede en supuestos como el enjuiciado en que la solicitante se encuentra en disposición de trabajar y subvenir por sí misma sus necesidades (enfermera en situación de excedencia voluntaria, no estaba incapacitada para cualquier otro trabajo), sin que el marido, tras su infarto, se encuentre obligado a sufragar el nivel de vida que tenía durante el matrimonio.

5. Contra dicha Sentencia formuló la parte actora y apelante el presente recurso de casación por interés casacional, el cual ha sido admitido.

SEGUNDO.-Enunciación de los motivos primero, segundo y tercero del recurso de casación.

Los tres motivos del recurso se introducen, respectivamente, con la fórmula siguiente:

«Primero. Inexistencia de modificación de las circunstancias existentes en el momento del establecimiento de la pensión compensatoria».

«Segundo. Existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, que versan sobre concesión a la esposa de la pensión compensatoria vitalicia para paliar el desequilibrio económico existente después de la separación. Sentencia que fundamentan el interés casacional del presente recurso».

«Tercero. Incapacidad de la recurrente para reincorporarse al mercado laboral. Mantenimiento de los ingresos del Sr. Alejandro. No se ha producido cambio alguno de las circunstancias que dieron lugar al establecimiento de la pensión».

Todos los motivos expuestos, cuya vinculación justifica su examen y respuesta conjunta, combaten la decisión de la AP de declarar extinguida la pensión compensatoria sobre la base de negar un cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su reconocimiento en pleito de separación. En particular, en el motivo primero se argumenta que la AP declaró extinguida la pensión pese a que no puede apreciarse el cese de la causa que motivó su reconocimiento cuando la situación de excedencia en que se encuentra ya existía al aprobarse el convenio regulador de la separación. En el segundo se intenta justificar el interés casacional del recurso con fundamento en la existencia de doctrina contradictoria relativa a la posible concesión de la pensión solicitada en estas circunstancias. En el tercero se alude a la incapacidad de la parte recurrente para reincorporarse al mercado laboral y al hecho de que el exmarido, pese a su enfermedad, haya mantenido su mismo nivel de ingresos, circunstancias ambas que evidencian, para la recurrente, la subsistencia de la situación que se valoró para su inicial reconocimiento.

Los tres motivos deben ser desestimados.

TERCERO.-Control en casación de la decisión de la Audiencia Provincial respecto de la fijación y duración de la pensión compensatoria.

1. Entre las más recientes, las SSTS de 22 junio de 2011 [RC n.º 1940/2008] y 19 de octubre de 2011 [RC n.º 1005/2009] resumen la doctrina de esta Sala sobre la naturaleza de la pensión compensatoria, en particular, respecto del concepto de desequilibrio y del momento en que este debe producirse. Según se afirma, por desequilibrio ha de entenderse un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. Al constituir finalidad legítima de la norma legal colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial, es razonable entender, de una parte, que el desequilibrio que debe compensarse ha de tener su origen en la pérdida de Derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia, y, de otra, que dicho desequilibrio que da lugar a la pensión debe existir en el momento de la separación o del divorcio, y no basarse en sucesos posteriores, que no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acreditaba cuando ocurrió la crisis matrimonial.

2. Partiendo de la concurrencia de desequilibrio, en la medida que la ley no establece de modo imperativo el carácter indefinido o temporal de la pensión, constituye igualmente doctrina consolidada:

(i) que su fijación en uno y otro sentido dependerá de las específicas circunstancias del caso, particularmente, las que permiten valorar la idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico, siendo única condición para su establecimiento temporal que no se resienta la función de restablecer el equilibrio que constituye su razón de ser (SSTS de 17 de octubre de 2008 [RC n.º 531/2005 y RC n.º 2650/2003], 21 de noviembre de 2008 [RC n.º 411/2004], 29 de septiembre de 2009 [RC n.º 1722/2007], 28 de abril de 2010 [RC n.º 707/2006], 29 de septiembre de 2010 [RC n.º 1722/2007], 4 de noviembre de 2010 [RC n.º 514/2007], 14 de febrero de 2011 [RC n.º 523/2008] y 27 de junio de 2011 [RC n.º 599/2009]).

(ii) que esta exigencia o condición obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas de entre las comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 CC , que según la doctrina de esta Sala, fijada en S.T.S. de 19 de enero de 2010 , de Pleno [RC n.º 52/2006], luego reiterada en SS.TS de 4 de noviembre de 2010 [RC n.º 514/2007], 14 de febrero de 2011 [RC n.º 523/2008] y 27 de junio de 2011 [RC n.º 599/2009], entre las más recientes , tienen la doble función de actuar como elementos integrantes del desequilibrio y como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión, las cuales permiten valorar la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y, alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio , juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre.

(iii) que las conclusiones alcanzadas por el tribunal de apelación, ya sea en el sentido de fijar un límite temporal a la pensión, ya en el de justificar su carácter vitalicio, deben ser respetadas en casación siempre que aquellas sean consecuencia de la libre y ponderada valoración de los factores a los que se refiere de manera no exhaustiva el artículo 97 CC y que han de servir tanto para valorar la procedencia de la pensión como para justificar su temporalidad, siendo posible la revisión casacional únicamente cuando el juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio en función de los factores concurrentes se muestra como ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los apuntados por la jurisprudencia (SS.TS de 9 y 17 de octubre de 2008 [RC n.º 516/2005 y RC n.º 531/2005], mencionadas por las más recientes de 28 de abril de 2010 [RC n.º 707/2006] y 4 de noviembre de 2010 [RC n.º 514/2007]).

3. Por lo que se refiere a su extinción posterior, esta Sala (S.S.T.S. de 3 de octubre de 2008 , [RC n.º 2727/2004] y 27 de junio de 2011 [RC n.º 599/2009]) consideró, en síntesis, que cualquiera que sea la duración de la pensión « nada obsta a que, habiéndose establecido, pueda ocurrir una alteración sustancial de las circunstancias», lo que deja expedita la vía de los artículos 100 y 101 CC, siempre , lógicamente, que resulte acreditada la concurrencia del supuesto de hecho previsto en dichas normas. Por tanto, constituye doctrina jurisprudencial que el reconocimiento del Derecho, incluso de hacerse con un límite temporal, no impide el juego de los artículos 100 y 101 CC «si concurren en el caso enjuiciado los supuestos de hecho previstos en dichas normas - alteración sustancial y sobrevenida de las circunstancias anteriores (artículo 100 CC) o la convivencia del perceptor con una nueva pareja o el cese de las causas que determinaron el reconocimiento del Derecho (artículo 101 CC)-».

Si bien se ha declarado (SST.S. de 3 de octubre de 2008 [RC n.º 2727/2004] y de 27 de junio de 2011 [RC n.º 599/2009]) que no es posible poner fin a la pensión reconocida por el mero transcurso del tiempo en su percepción, o por las consecuencias que en el plano económico puedan haber resultado de la liquidación del régimen económico matrimonial (en el primer caso, porque lo relevante no es el dato objetivo del paso del tiempo sino la posibilidad de superar la situación de desequilibrio que justificó la concesión del Derecho; en el segundo , porque el hecho de que la esposa fuera adjudicataria de bienes como resultado de liquidarse la sociedad de gananciales no implica un incremento de su fortuna ya que la liquidación sólo provoca la concreción del haber ganancial); constituye doctrina actual que la pasividad, el interés insuficiente demostrado por la esposa con su conducta, en orden a la obtención de un empleo que le permitiera alcanzar una situación de independencia económica, resulta determinante a la hora de apreciar la situación objetiva de superación del desequilibrio o de estar en disposición de hacerlo, dado que no resulta jurídicamente aceptable repercutir en el esposo pagador de la pensión las consecuencias negativas derivadas de la falta de acceso a un empleo por la pasividad de la esposa en su búsqueda y obtención (STS de 15 de junio de 2011 [RC n.º 1387/2009]).

CUARTO.-Aplicación de la doctrina anterior al supuesto enjuiciado.

La doctrina mencionada determina que deba rechazarse el motivo y confirmarse la decisión de la AP, con fundamento en las siguientes razones:

(i) El reconocimiento del Derecho a pensión en juicio anterior de separación no constituía óbice para declarar su extinción en el posterior pleito de divorcio, de considerarse acreditado -como así ha ocurrido- el supuesto de hecho

normativo a que se refiere el artículo 101 CC (esto es, por desaparición o cese de la causa -el desequilibrio- que lo motivó).

(ii) La recurrente sustenta su recurso en una contemplación de la pensión compensatoria que resulta ajena a su concepción legal y jurisprudencial, pues su finalidad no es perpetuar, a costa de uno de sus miembros, el nivel económico que venía disfrutando la pareja hasta el momento de la ruptura, sino que su objeto es lograr reequilibrar la situación dispar resultante de aquella, no en el sentido de equiparar plenamente patrimonios que pueden ser desiguales por razones ajenas a la convivencia, sino en el de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial. Y para este fin, es razonable entender, como se dijo, que el desequilibrio que debe compensarse debe tener su origen en la pérdida de Derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia, de manera que carece de interés a tal efecto el desequilibrio cuyo origen no se encuentra en esa mayor dedicación a la familia y a los hijos, inversamente proporcional a la disponibilidad para estudiar y desarrollar una actividad profesional, sino en la diferente aptitud, formación o cualificación profesional de cada uno de los miembros de la pareja al margen de aquella.

(iii) Consecuencia de lo anterior es que, pese a haberse apreciado una situación inicial de desequilibrio, que generó Derecho a pensión, pueda también después apreciarse que el tiempo transcurrido entre la sentencia de separación y la de divorcio ha sido suficiente para que la esposa, dadas las circunstancias, se reincorpore a su puesto de trabajo fijo como enfermera, y con ello subvenir por sí misma a sus necesidades. En este sentido debe recordarse que en casación resulta obligado respetar los hechos probados en la instancia, por corresponder a la AP la fijación del sustrato fáctico en que se asienta el juicio jurídico a cuya revisión se contrae este recurso, sin que le esté permitido a la parte recurrente marginar dichos hechos, ni formular sus propias conclusiones probatorias, o partir de otros diferentes de los declarados probados. Y pese a los argumentos expuestos en sentido contrario, lo cierto es que la Sentencia recurrida no aprecia ningún impedimento o incapacidad física o psíquica de la recurrente para trabajar como enfermera (al disponer de puesto fijo como personal estatutario en la Clínica Puerta de Hierro de Madrid), lo que implica que la superación del desequilibrio estaba a partir de entonces en su mano y no dependía, tan siquiera, del éxito en la búsqueda de empleo.

El hecho de que el marido haya mantenido el mismo nivel de ingresos pese a sufrir un infarto, además de que solo aparece corroborado por el Juzgado, no determina por sí mismo la subsistencia del desequilibrio que justifica la concesión y el mantenimiento de la pensión compensatoria a favor de la esposa, pues también se ha dicho que solo procede compensar el desequilibrio con origen en la pérdida de Derechos económicos o legítimas expectativas a consecuencia de la mayor dedicación al cuidado de la familia del cónyuge perceptor, y no el que, como es el caso, tiene su causa en una superior preparación o cualificación profesional, en una larga experiencia laboral en una profesión como la de cirujano y en la consiguiente mayor remuneración de la actividad profesional realizada por el cónyuge menos desfavorecido. No puede olvidarse que una cosa es que la dedicación de la esposa a la familia le haya privado durante los años de excedencia de los ingresos correspondientes a su empleo y de alcanzar sus expectativas de desarrollo profesional como enfermera, y otra, bien distinta, que sea posible equiparar esa pérdida con los ingresos que ha venido percibiendo y percibe su exmarido por el ejercicio de una actividad profesional como la de cirujano, más cualificada y, por ello, mucho mejor retribuida (la diferencia de ingresos no tiene su origen en el matrimonio pues habría sido la misma si la esposa, en lugar de dedicarse a la familia, hubiera trabajado todo este tiempo, hasta su disolución).

QUINTO.-Desestimación del recurso y costas.

Al no encontrarse fundado el recurso, procede su desestimación, con imposición de costas a la parte recurrente, por aplicación del artículo 398.1 L.E.C., en relación con el artículo 394 LEC.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

1. Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.^a Trinidad, contra la Sentencia de 6 de noviembre de 2008, dictada en grado de apelación, rollo n.º 1004/08, por la sección 24ª de la audiencia Provincial de Madrid, dimanante de autos de divorcio contencioso n.º 875/07, del juzgado de Primera Instancia n.º 23 de Madrid, cuyo fallo dice:

«Fallamos:

»Que estimando el recurso de apelación interpuesto por D. Alejandro, representado por la Procuradora D^a Ana Fuentes Hernangómez, contra la Sentencia de fecha 25 de abril de 2008, del Juzgado de Primera Instancia número 23 de Madrid, dictada en el proceso de divorcio n.º 875/07, seguido con D^a Trinidad, representada por la Procuradora D.^a Carmen Palomares Quesada, debemos revocar y revocamos la indicada resolución en el sentido de dar por extinguida la pensión compensatoria en su día señalada a favor de la Sra. Trinidad, y desde la fecha de la Sentencia de 25 de abril de 2008, confirmándose el resto de los pronunciamientos de la Sentencia de instancia; y sin que proceda hacer pronunciamiento de condena en costas en esta alzada a ninguno de los litigantes».

2. No ha lugar a casar por los motivos formulados la Sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. Se imponen las costas de este recurso a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATI.V.A. pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Ríos. Francisco Marín Castan. Jose Antonio Seijas Quintana Francisco Javier Arroyo Fiestas. Roman Garcia Varela. Xavier O'Callaghan Muñoz Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Marginal: 2371000	Nº Resolución: 16/2012	Nº Recurso: 268/2009
Tipo: Sentencia	Jurisdicción: Civil	Fecha: 26/01/2012
Tribunal: Tribunal Supremo	Sala: Sala Primera	Sección:
Procedimiento: Recurso apelación LEC 2000		
Ponente: JOSE RAMON FERRANDIZ GABRIEL		
A favor de: Actor		

Resumen RECLAMACIÓN DE CANTIDAD.- Daños causados por retraso en entrega de mercancías, enviadas por transporte marítimo en régimen de conocimiento de embarque.- Recurso de casación que plantea cuestiones ajenas a la cuestión litigiosa.-

Se declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra Sentencia desestimatoria de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, sobre reclamación de cantidad, por daños causados por retraso en el transporte de mercancía.

La Sala declara que se ha de desestimar el recurso de casación, dado que las razones por las que el Tribunal de apelación estimó el recurso de la demandada y desestimó la demanda, nada tienen que ver con las cuestiones en ellos planteadas.

La "ratio decidendi" de la Sentencia apelada, estriba fundamentalmente en que no se ha probado en el proceso que la porteadora se hubiera comprometido a poner a disposición de la compradora en determinado plazo la carga, - ni siquiera que hubiera conocido que la destinataria lo había convenido con quien se la vendió.-

Y las cuestiones planteadas en el recurso de casación por la recurrente, aunque se refirieran a este tipo de transporte, no guardan relación con los argumentos de la Sentencia recurrida, de modo que su fallo subsistiría con plena fuerza aunque se estimaran aquellas.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Enero de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por Cementval, SL, representada por la Procurador de los Tribunales doña Gemma García Miquel, contra la Sentencia dictada el diecisiete de noviembre de dos mil ocho, por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, que resolvió el recurso de apelación interpuesto, en su día, contra la que había pronunciado el Juzgado de lo Mercantil número Dos de Valencia. Ante esta Sala compareció el Procurador de los Tribunales don Francisco García Crespo, en representación de Cementval, SL, como parte recurrente. Es parte recurrida Misr Edco Shipping Co., representada por la Procurador de los Tribunales doña Adela Cano Lantero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por medio de escrito registrado por el Juzgado Decano de Valencia el día ocho de noviembre de dos mil seis, la Procurador de los Tribunales doña Gemma García Miquel, obrando en representación de Cementval, SL, interpuso demanda de juicio ordinario contra MSR Edco Shipping.

En dicha demanda la representación procesal de Cementval, SL alegó, en síntesis y en lo que interesa para la decisión del litigio, que, a principios del año dos mil seis, dicha sociedad convino con la portuguesa Graça Capital, SA, la compra de una importante partida de clinker para fabricar cemento portland en Sagunto, la cual debía ser puesta a su disposición en el puerto de Valencia. También alegó que el contrato de compraventa contenía la cláusula CFR, por la que la vendedora se obligó a abonar los costes del transporte hasta el puerto de destino. Que Graça Capital, SA contrató el transporte marítimo de la carga desde el puerto chino de Rizhao, hasta el de Valencia, recibiendo Cementval, SL un ejemplar del conocimiento de embarque, firmado por un agente de la demandada, en el que aparecía como buque de transporte el Edco Star, perteneciente a MSR Edco Shipping.

Añadió la representación procesal de la compradora que ésta convino con la vendedora una fecha de entrega de la carga, que le era esencial para no detener el proceso de fabricación del cemento en su fábrica, como demostraban varios correos electrónicos cruzados entre ambas. Que era lógico suponer que la vendedora comunicó esa misma fecha a la porteadora - lo que debió determinar las condiciones del transporte, según supone -. Que, no obstante, en el conocimiento de embarque no se expresó el día de entrega de la carga en el puerto de Valencia, pero sí

aquel en que tuvo lugar el embarque: el veintiocho de abril de dos mil seis.

También alegó que esa falta de indicación expresa de la fecha de entrega de la carga en el puerto de destino no podía significar otra cosa que el que la misma debía producirse en un tiempo que, valorando las circunstancias, fuera razonable. Que, de acuerdo con dichos criterios, en condiciones normales, la entrega debería haberse efectuado el veintisiete de mayo de dos mil seis - según un dictamen pericial que acompañaba - o, a lo más tardar, el uno de junio del mismo año.

Que la ruta que debía seguir el buque Edco Star implicaba atravesar el canal de Suez. Que al hacer escala en Port Said, el buque fue retenido por la autoridad competente, durante mes y medio, por falta de documentos y, al fin, de navegabilidad.

Que esa retención determinó que el buque, con la carga, no arribase al puerto de Valencia hasta el cuatro de agosto de dos mil seis, esto es, dos meses después de la fecha esperada por la compradora como razonable. Que Cementval, SL había sufrido daños y perjuicios como consecuencia del retraso, cuya realidad e importe resultaban de un dictamen pericial que acompañaba a la demanda y que derivaban, en parte, de que se había visto obligada a acudir al mercado para adquirir el producto que necesitaba en sustitución del comprado y no recibido. Añadió que el siete de agosto de dos mil seis solicitó y obtuvo el embargo preventivo del buque, medida cautelar que se alzó el diez de octubre de dos mil seis, al presentar la representación del buque embargado una garantía. Que a la cuestión litigiosa eran aplicables el Convenio de Bruselas de 25 de agosto de 1924, con las modificaciones habidas en 1968 y 1979 - Reglas de la Haya/Visby - y la Ley de Transporte Marítimo de 22 de diciembre de 1949, por virtud de incorporar el conocimiento de embarque una cláusula paramount, por la que la relación quedaba sometida a las reglas de La Haya/Visby o al derecho interno que las incorporase.

Con esos antecedentes, la representación procesal de la demandante interesó del Juzgado de lo Mercantil competente una Sentencia que condenase a la demandada " a abonar a mi principal la cantidad de: setecientos cincuenta y tres mil novecientos ochenta y ocho dólares USA con ochenta y cinco céntimos (753.988,85 \$), más cuatrocientos cincuenta y ocho mil ochocientos cincuenta y siete euros con siete céntimos (458.857,07 ?). Todo ello más los intereses legales y costas del procedimiento ".

SEGUNDO. La demanda fue repartida al Juzgado de lo Mercantil número Dos de Valencia, que la admitió a trámite por auto de diez de noviembre de dos mil seis, conforme a las reglas del juicio ordinario, con el número 702/06.

El mencionado Juzgado emplazó a la demandada que se personó en las actuaciones, representada por la Procurador de los Tribunales doña Inmaculada Albors Méndez, la cual, en desempeño de tal representación, contestó la demanda.

La representación procesal de la demandada alegó en el escrito de contestación que la demandante había llevado a cabo una actuación irregular para la práctica del embargo preventivo del buque. Que, además, la contratación del transporte no se celebró como había indicado la parte actora, dado que Graça Capital, SA, la vendedora de la carga, celebró un contrato de fletamento por viaje con Sinochart, para el transporte de la mercancía desde Rizhao, China, a Valencia, siendo ésta naviera la que suscribió un contrato de fletamento por viaje con Grand Max Marine Limited y ésta otro de fletamento por viaje redondo con MISR Edco Shipping.

Añadió que no intervino en pacto alguno sobre la fecha de entrega de la carga en el puerto de destino, la cual, además, no se reflejó en el conocimiento de embarque - lo que, por otro lado, no era necesario para poder pactar los portes -. Que, en definitiva, fue totalmente ajena a los términos del contrato de compraventa entre Graça y Cementval, SL y desconoció totalmente que la compradora hubiera exigido que la entrega se efectuara en una fecha determinada.

Que lo que sucedió es que el buque, que había salido de Rizhao el treinta de mayo de dos mil seis, con destino a Valencia, en perfectas condiciones de navegabilidad, hizo escala en Port Said para repostar combustible y allí fue retenido por la autoridad portuaria a fin de efectuar inspecciones, como consecuencia de las que se tuvo que hacer reparaciones, exigidas por Lloyds, lo que determinó la retención durante tiempo, en el que como porteadora actuó con diligencia en la custodia de la carga.

Que el cuatro de agosto de dos mil seis el buque llegó a Valencia y la porteadora procedió a la descarga de modo inmediato.

Que, según las reglas de La Haya-Visby no la porteadora respondía por el retraso en la entrega ni ello se había pactado en el conocimiento de embarque.

Que, a mayor abundamiento, no había relación causal entre el retraso y los daños, destacando que la demandada, en su caso, debió haber interesado un traslado de la carga a otro buque. Que los daños reclamados no se habían probado y, en todo caso, los negaba, especialmente a la vista de que el dictamen aportado por la

actora con su demanda lo había redactado un empleado de la misma.

Con esos antecedentes, en el suplico del escrito de contestación la representación procesal de la demandada interesó del Juzgado de lo Mercantil número Dos de Valencia " una Sentencia por medio de la cual desestime la demanda en los términos expuestos con imposición a la actora de las costas".

TERCERO. Celebrados los actos de Audiencia previa y del juicio, el Juzgado de lo Mercantil número Dos de Valencia dictó Sentencia, con fecha treinta de abril de dos mil ocho, con la siguiente parte dispositiva: "Fallo. Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la mercantil Cementval , SL, representada por la Procurador doña Gemma Sra. Gema García Miquel, contra MSR Edco Shipping, representada por la procurador doña Inmaculada Albors Méndez, debo condenar y condeno a la demandada a que haga pago a la actora de la cantidad de doscientos ochenta y seis mil ciento treinta y siete dólares USA (286.137 \$), más los intereses legales desde la interposición de la demanda. Todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas a ninguna de las partes personadas, costeando cada una las de su instancia y las comunes por mitad".

CUARTO. Las representaciones procesales de Cementval, SL y de MSR Edco Shipping recurrieron en apelación la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número Dos de Valencia de treinta de abril de dos mil ocho .

Cumplidos los trámites , las actuaciones se elevaron a la Audiencia Provincial de Valencia, en la que se turnaron a la Sección Novena de la misma , que tramitó el recurso de apelación, con el número 420/08, y dictó Sentencia el diecisiete de noviembre de dos mil ocho, con la siguiente parte dispositiva: "Fallo. Se estima el recurso de apelación interpuesto por MSR Edco Shipping y se desestima el planteado por Cementval, SL, contra la Sentencia dictada el treinta de abril de dos mil ocho por el juzgado de lo Mercantil número Dos de Valencia , que se revoca y, en su lugar, se desestima la demanda interpuesta por Cementval , SL contra la primera recurrente, por las razones expuestas, sin expresa imposición de las costas causadas a ninguna de las partes recurrentes".

QUINTO. La representación procesal de Cementval, SL preparó e interpuso recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación contra la Sentencia de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia de diecisiete de noviembre de dos mil ocho .

Cumplidos los trámites, dicho Tribunal, por providencia de dos de febrero de dos mil nueve, mandó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, la cual , por auto de veinte de abril de dos mil diez, decidió: "1º) Admitir el recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, interpuestos por la representación procesal de la entidad mercantil Cementval , SL, contra la Sentencia dictada ,con fecha diecisiete de noviembre de dos mil ocho, por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Novena) , en el rollo de apelación número 420/2008 , dimanante del juicio ordinario número 702/2006 del Juzgado de lo Mercantil número Dos de Valencia".

SEXTO. El recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto, por la representación procesal de Cementval, SL, contra la sentencia de la sección Novena de la audiencia Provincial de Valencia de diecisiete de noviembre de dos mil ocho , se compone de un único motivo en el que la recurrente, con apoyo en los ordinales segundo y tercero del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia:

ÚNICO . La infracción del artículo 217, apartado 2 y 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

SÉPTIMO . El recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Cementval, SL, contra la Sentencia de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia de diecisiete de noviembre de dos mil ocho , se compone de tres motivos en los que la recurrente, con apoyo en el ordinal segundo del apartado 2 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , denuncia:

PRIMERO . La infracción del artículo 1101, en relación con el 3, apartado 1, del Código Civil .

SEGUNDO . La infracción del artículo 1544, en relación con el 1104 , del Código Civil .

TERCERO . La infracción de los artículos 6 y 8 de la Ley de 22 de diciembre de 1949 , de transporte marítimo en régimen de conocimiento de embarque.

OCTAVO. Evacuado el traslado conferido al respecto, la Procurador doña Adela Cano Lantero, en nombre y representación de Misr Edco Shipping Co, impugnó el recurso, solicitando se declarase no haber lugar al mismo.

NOVENO. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública , se señaló como día para votación y fallo del recurso el once de enero de dos mil doce, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido ponente el magistrado Excmo. Sr. D. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Las litigantes debatieron en las instancias sobre si la demandada, MSR Edco Shipping, debía responder, como porteadora, frente a la demandante, Cementval, SL , destinataria de la carga - un producto

destinado a la fabricación de cemento portland - que fue transportada por mar, desde el puerto chino de Rizhao al español de Valencia, conforme al régimen del conocimiento de embarque, por haberla entregado en el punto de destino con un retraso de dos meses respecto del día en el que normalmente debería haberlo hecho, a causa de la forzosa retención del buque - Edco Star - en Port Said, por decisión de la autoridad portuaria.

Dos datos más completan el supuesto litigioso. Uno, implícitamente afirmado en las Sentencias de las dos instancias, consiste en que no se ha probado en el proceso que la porteadora se hubiera comprometido a poner a disposición de la compradora en determinado plazo la carga - ni siquiera que hubiera conocido que la destinataria lo había convenido con quien se la vendió -. Otro, silenciado en las dos Sentencias, pero con indudable trascendencia sobre el régimen jurídico del transporte, deriva de que el conocimiento de embarque, extendido en abril de dos mil seis, incluyera una cláusula "paramount".

La Sentencia de primer grado estimó en parte la demanda de Cementval, SL - en la que ésta había reclamado la indemnización a que entendía tenía derecho -.

La de segundo grado, por el contrario, la desestimó por unas razones que poco tienen que ver con los aspectos sustantivos del conflicto, resumidamente relatados y a los que nos hemos de referir, necesariamente, pues sobre ellas se proyectan tanto el único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, como los tres del recurso de casación interpuestos por la demandante.

En síntesis, la Sentencia de apelación - tras afirmar que " el planteamiento efectuado por el demandante tenía visos de prosperabilidad, al menos parcial " - contiene las siguientes declaraciones determinantes - y por las que dicho planteamiento "no puede ser acogido " -:

1ª) Una alegación complementaria formulada por Cementval, SL en la audiencia previa - en el sentido de que MSR Edco Shipping respondió a sus reclamaciones con la indicación de diversas fechas continuas de la esperada llegada del buque Edco Star al puerto de destino, las cuales resultaron falsas y trajeron como consecuencia un incremento del daño por ella sufrido - no podía ser admitida, al ser la demanda el escrito en el que el fundamento histórico de la pretensión debería haber sido introducido en el proceso.

2ª) Con carácter general, en el transporte marítimo en régimen de conocimiento de embarque, el porteador responde por el retraso en la entrega de la carga, aunque no se hubiera obligado a efectuarla en determinada fecha, siempre que hubiera sido superado con creces el plazo que, según las circunstancias concurrentes, se considere normal.

3ª) Ello supuesto, el retraso con el que el buque Edco Star llegó al puerto de Valencia fue, " desde luego, muy importante ".

4ª) La decisión del juzgado de lo Mercantil de reducir a la mitad la indemnización reclamada en la demanda - por el hecho de haberse probado que los daños alegados por Cementval, SL habían sido causados no sólo por el retraso del buque Edco Star, sino también por el de otro de la misma porteadora que transportaba el mismo tipo de carga y sobre el que la demanda no contenía alegación alguna -, carece de justificación sustantiva y procesal.

4ª) Como consecuencia de ello, se hacía necesaria una determinación de daños los causados a la destinataria de la carga exclusivamente por el retraso del buque Edco Star y esa operación no podía reservarse para la fase de ejecución de Sentencia por impedirlo los artículos 209, apartado 4, y 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

5ª) Por último y sólo a mayor abundamiento, Cementval, SA había llegado a un acuerdo con la vendedora del producto transportado, Graça Capital, SA, por virtud del cual habría de obtener una reparación del daño.

Es decir y en resumen, el Tribunal de apelación desestimó la pretensión de condena deducida en la demanda por dos razones de índole procesal - además de por la sustantiva últimamente mencionada -:

La primera, consistente en la improcedencia de incluir en el fundamento fáctico de la Sentencia otros hechos que no fueran el retraso del Edco Star y los daños producidos con su tardía llegada al puerto de Valencia.

La segunda consistente en la necesidad de separar los daños causados con ese retraso de los que lo fueron por el otro buque y en el impedimento que significan los artículos 209, apartado 4, y 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para reservar la liquidación para la ejecución de Sentencia.

Esa es la ratio de la decisión recurrida y a ella hay que entender referidos los motivos de los recursos de la demandante que seguidamente examinamos.

I. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL DE CEMENTVAL, SL.

SEGUNDO. En el primero de los motivos de su recurso extraordinario por infracción procesal, Cementval, SL denuncia la infracción de los apartados 2 y 3 del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil - con apoyo en los apartados segundo y tercero del artículo 469 de la misma Ley -.

Afirma la recurrente que el Tribunal de apelación no había respetado las reglas sobre la carga de la prueba

contenidas en el artículo 217, tanto al atribuirle la de probar el carácter doloso o culposo de la tardanza en la arribada del buque Edco Star al puerto de Valencia, cuanto al exigirle que hubiera alegado en la demanda el incumplimiento por la demandada del deber de fiel información, en relación con tan prolongado retraso.

En esta última parte de la argumentación del motivo se refiere la recurrente a la negativa del Tribunal de apelación a considerar introducido válidamente en el proceso el comportamiento de la porteadora al transmitirle noticias inexactas sobre la previsible fecha de entrega de la carga

No haremos referencia alguna a la cuestión, que en el motivo también plantea la demandante, sobre las condiciones que debe tener el retraso en la entrega para constituir causa de responsabilidad de la porteadora, ya que no es propia de este recurso procesal.

TERCERO. El problema de la carga de la prueba sólo surge en caso de ausencia de elementos de juicio susceptibles de fundar la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes.

Sólo en ese caso y por la prohibición del "non liquet", se hace necesario aplicar unas reglas que permitan identificar a la parte sobre la que han de recaer las consecuencias de la falta de prueba del supuesto de hecho de la norma cuya aplicación se pretende.

Por ello, las reglas que se trata sólo se infringen cuando, por no haberse considerado probados los hechos necesitados de demostración, se atribuyen las consecuencias del defecto a quién, según ellas, no le correspondía sufrir la imputación de la ausencia o deficiencia probatoria - sobre ello, Sentencias 376/2010, de 14 de junio, 333/2011, de 9 de mayo, entre otras muchas -.

Poniendo en relación la expuesta doctrina con las características del caso enjuiciado, hay que concluir negando que la carga de la prueba resulte alterada cuando el Tribunal desestima la demanda por razones distintas de la falta o la insuficiente demostración de un dato necesitado de ella, que es lo que ha acontecido aquí, ya que la Audiencia Provincial - tras afirmar que, en abstracto, el retraso puede ser fuente de responsabilidad, así como que el de la arribada del buque Edco Star al puerto de Valencia había sido considerable y, al fin, que la pretensión deducida por la demandante debería, en principio, prosperar - se negó a condenar a la porteadora porque, siendo necesaria - por las razones antes expuestas - una determinación de los daños derivados de esa específica demora - distinta de la referida a otro buque no mencionado en la demanda -, la liquidación no podía remitirse a la fase procesal ejecución de Sentencia, por impedirlo los artículos que quedaron mencionados.

Por otro lado, la carga de la prueba no se ha de confundir con la antecedente de alegar los hechos que vayan a integrar la causa petendi, regida por el principio de aportación de parte, según el que corresponde a los litigantes introducir en el proceso aquellos en los que - probados o tratados según las reglas del onus probandi - deberá basarse la Sentencia.

En conclusión, el Tribunal de apelación no ha infringido esas reglas, dado que - en respuesta a la primera argumentación en que se basa el motivo - no desestimó la demanda porque la demandante no hubiera demostrado el carácter doloso o culposo del incumplimiento de la porteadora, sino por haber decidido aplicar los artículos 209, apartado 4, y 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil - tras declarar demostrado un considerable retraso y no mencionar causa alguna de exoneración de la porteadora -. Y - en respuesta a la segunda argumentación - porque inadmitir alegaciones complementarias de un demandante puede ser, en hipótesis, contrario a lo que dispone el artículo 426 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero no a las reglas de la carga de la prueba.

El motivo se desestima.

II. RECURSO DE CASACIÓN DE CEMENTVAL, SL.

QUINTO. En el motivo primero de su recurso de casación, denuncia Cementval, SL la infracción del artículo 1101 del Código Civil, en relación con el artículo 3, apartado 1, del mismo texto.

Alega la recurrente que el Tribunal de apelación había distinguido entre un retraso explícito - en el sentido de producido habiendo pacto de entrega en determinado tiempo - y otro implícito - en el de producido en ausencia de pacto y por superación anormal del razonablemente exigible al porteador - sin justificación alguna, dado que ambos constituían incumplimiento y obligaban a indemnizar los daños causados al acreedor.

En el motivo segundo la norma que la sociedad demandante señala como infringida es la del artículo 1544 del Código Civil, en relación con la del primer párrafo del artículo 1104 del mismo texto.

Alega que el contrato de transporte obligaba a la porteadora a una prestación de resultado y que, por tanto, la demandada debía haberle ofrecido un medio alternativo de transporte que supliera al inutilizado durante dos meses por la retención en Port Said del buque Edco Star.

Añade que la más importante causa de los daños sufridos por ella fue el retraso del Edco Star y que la aportación del atribuible al otro buque había sido considerablemente menor.

En el tercer motivo denuncia la infracción de los artículos 6 y 8 de la Ley de 22 de diciembre de 1949 , de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque.

Alega que el Tribunal de apelación había infringido las reglas de la carga de la prueba de las causas de exoneración de la porteadora.

SEXTO. Los tres motivos se han de desestimar, dado que las razones por las que el Tribunal de apelación estimó el recurso de la demandada y desestimó la demanda nada tienen que ver con las cuestiones en ellos planteadas.

Se expuso al principio cual fue la " ratio decidendi " de la Sentencia apelada. Y se indicó que, el fundamento de Derecho quinto de dicha resolución expresaba cuales eran los obstáculos que impedían estimar - ni siquiera en parte - la demanda.

Las cuestiones planteadas en estos motivos por la recurrente, aunque se refirieran a este tipo de transporte, no guardan relación con los argumentos de la Sentencia recurrida, de modo que su fallo subsistiría con plena fuerza aunque estimáramos aquellos.

Lo ya expuesto hacer innecesaria más insistencia, según entendemos.

III. RÉGIMEN DE LAS COSTAS DE LOS RECURSOS.

SÉPTIMO. Las costas de los recursos que desestimamos quedan a cargo de la recurrente, en aplicación de los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por lo expuesto , en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español y su Constitución.

FALLO

Declaramos no haber lugar a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, interpuestos por Cementval, SL, contra la Sentencia dictada, con fecha diecisiete de noviembre de dos mil ocho, por la sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia .

Las costas de los recursos desestimados quedan a cargo de la recurrente.

Librese a la mencionada audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATI.VA. pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos , mandamos y firmamos .-Jesus Corbal Fernandez.-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Encarnacion Roca Trias.-Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- Firmado y rubricado.-

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel, ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Marginal: 2380200

N° Resolución: 29/2012

N° Recurso: 495/2011

Tipo: Sentencia

Jurisdicción: Civil

Fecha: 27/01/2012

Tribunal: Audiencia Provincial de Granada

Sala:

Sección:

Procedimiento: Recurso apelación LEC 2000

Ponente: JOSE MALDONADO MARTINEZ

A favor de: Actor

Resumen DIVORCIO Y MEDIDAS.- Pensión compensatoria.- Circunstancias concurrentes, suficientes para su establecimiento con carácter indefinido.-

Se estima parcialmente el recurso de apelación formulado contra Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número Dos de Guadix, sobre divorcio y medidas.

La Sala declara que en el caso contemplado, aunque la recurrente tiene la titulación de profesora de enseñanza escolar, no la ha ejercido durante su matrimonio, cuenta ahora con 51 años de edad, y tiene la custodia del menor hijo de los litigantes, a lo que deben añadirse circunstancias externas, como la dificultad de acceder al mercado laboral específico de la recurrente en estos tiempos de crisis económica, de modo que existen razones suficientes para establecer la pensión compensatoria con carácter indefinido, y sin perjuicio de que un futuro acceso al mercado laboral pueda suponer una modificación, o incluso extinción, de dicha pensión compensatoria.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA

SECCIÓN QUINTA

ROLLO N° 495/2011 - AUTOS N° 877/2009

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 2 GUADIX

ASUNTO: Divorcio Contencioso

PONENTE SR. JOSÉ MALDONADO MARTÍNEZ

S E N T E N C I A N Ú M. 29/2012

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. JOSÉ MARÍA JIMÉNEZ BURKHARDT.

D. ANTONIO MASCARÓ LAZCANO.

D. JOSÉ MALDONADO MARTÍNEZ.

En la Ciudad de Granada, a veintisiete de enero de dos mil doce.

La Sección Quinta de esta Audiencia Provincial constituida con los Ilmos. Sres. al margen relacionados ha visto en grado de apelación -rollo n° 495/2011- los autos de Divorcio Contencioso n° 877/2009 del Juzgado de Primera Instancia n° 2 de Guadix, seguidos en virtud de demanda de Don Federico contra Doña Laureano, siendo parte igualmente el MINISTERIO FISCAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Que, por el mencionado juzgado se dictó sentencia en fecha veintiuno de enero de dos mil once, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimando la demanda de disolución matrimonial por divorcio promovida por la Procuradora Sra. Molina Rodríguez, en nombre y representación de D. Federico, contra su esposo Dña. Laureano, así como la demanda acumulada formulada por ésta, 1. Debo declarar y declaro disuelto por divorcio el matrimonio formado por los cónyuges anteriormente mencionados, con todos los efectos legales. 2. Se atribuye el uso y disfrute del domicilio conyugal sito en C/ HOSPITAL000 n° NUM000 de Guadix a Dña. Laureano e hijo, hasta tanto se venda el mismo, o se lleve a cabo la liquidación de la sociedad de gananciales. 3. Se fija en concepto de pensión alimenticia a favor de la hija la suma de 400 euros, gastos extraordinarios al 50%, y pensión compensatoria a favor de Dª Laureano, la suma de 400 euros mensuales, durante un período de seis años, cantidad satisfacer los cinco primeros días de cada mes, cantidades que se actualizaran anualmente conforme con la variación del IPC que emite el INE u Organismo que lo sustituya. 4 En cuanto al régimen de visitas a favor del progenitor no custodio, dado la edad del hijo se deja al libre arbitrio de los progenitores, caso de desacuerdo el padre podrá estar con sus hijo, fines de semana alternos desde el viernes a las 19,30 horas hasta el domingo a la misma hora en invierno, y en verano desde las 19,30 hasta las 21 horas recogiénolas entregándolas en el

domicilio materno. Un mes de las vacaciones estivales , y en Semana Santa y Navidad por mitad , alternando cada año los días señalados, eligiendo el período a disfrutar la madre los años pares y el padre los impares, los períodos con en Navidad del 24 al 31 de diciembre y del 31 de diciembre al 6 de enero, y en Semana Santa desde el viernes de Dolores al miércoles Santo a las 13,00 horas y desde éste al Domingo de Resurrección. 5 No se hace especial pronunciamiento sobre costas." .

SEGUNDO .- Que contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada , al que se opuso la parte contraria no habiendo formulado escrito alguno el Ministerio Fiscal; y una vez elevadas las actuaciones a este Tribunal se siguió el trámite prescrito y se señaló día para la votación y fallo, con arreglo al orden establecido para estas apelaciones.

TERCERO .- Que, por este Tribunal, se han observado las formalidades legales en ésta alzada. Siendo ponente el lltmo. Sr. magistrado D. JOSÉ MALDONADO MARTÍNEZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteadas sendas demandas de divorcio por ambos litigantes, Sr. Federico y Sra. Laureano , se acumularon las mismas y se dicto Sentencia por la que se acordó el divorcio y se adoptaron determinadas medidas, acatadas por el Sr. Federico pero combatidas por su cónyuge, en los puntos que seguidamente se consignan.

En primer término se alega incongruencia de la sentencia en la medida en que no se ha pronunciado sobre el régimen de guarda del menor hijo de los litigantes, hoy de 17 años de edad, lo que es cierto y aunque pueda deducirse implícitamente del hecho de atribuir la vivienda familiar a la progenitora y al hijo, lo cierto es que conviene hacer un pronunciamiento expreso de dicha medida , y en tal sentido se acordará en el fallo la atribución a la progenitora, como además acordaron las partes en el acto de la vista.

En segundo lugar se alega asimismo incongruencia por no haberse pronunciado la Sentencia sobre las litisexpensas, lo que asimismo es cierto, aunque dicha pretensión deba ser rechazada, pues como señalaba esta Audiencia Provincial en Sentencias de 25 de Octubre de 2.000 y 29 de Noviembre de 2.004, y esta Sala en Sentencia de 18 de Mayo de 2.007, la regulación de las mismas en el ámbito matrimonial esta ligada a las medidas provisionales o provisionales de los artículos 103 y 104 del código civil, dentro del concepto mas amplio de las cargas del matrimonio, y , en este concepto amplio, dentro del ámbito del régimen económico matrimonial, vienen establecidas en el art. 1.318 párrafo 3º del código civil, que las supedita a tres requisitos: que el cónyuge que las pide carezca de recursos suficientes, que litigue contra el otro cónyuge sin mediar mala fe o temeridad, y, finalmente, que la posición económica del cónyuge a quien se piden impida la concesión del beneficio de asistencia jurídica gratuita. En el caso contemplado, procede mantener el pronunciamiento de la Sentencia de instancia , dado que no se cumple el último de dichos requisitos en el sentido que lo entiende la jurisprudencia, pues para que la posición del otro cónyuge le impida la concesión del beneficio de justicia gratuita es preciso que se haya solicitado y que no se haya concedido atendiendo a los recursos del otro cónyuge en los términos que lo expresa la citada Ley, y es patente que la recurrente no ha pedido la concesión de dicho beneficio, por lo que, aun superando los ingresos del esposo el doble del salario mínimo interprofesional, al no superar el cuádruplo cabía la posibilidad de que el Tribunal hubiese hecho uso de lo dispuesto en el artículo 3.3. en relación al artículo 5 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita otorgando el beneficio al tratarse de litigio entre cónyuges con intereses contrapuestos (Sentencia de la audiencia Provincial de Alicante de 24 de septiembre de 2.001). En consecuencia, no puede pedir las litisexpensas quien ha rechazado obtener el beneficio de Justicia gratuita, cuanto más que los ingresos del otro cónyuge no habrían sido obstáculo legal absoluto para conseguirlo , dado que están dentro de los parámetros legalmente establecidos para que le hubiera sido otorgado.

Por último se alega incongruencia al no haberse pronunciado la Sentencia sobre la contribución del esposo a las cargas del matrimonio, a cuyo efecto debe señalarse como tiene dicho esta Sala en Sentencias de 24 de Octubre de 2.008 y 18 de Septiembre de 2.009, que en sede de procedimiento de divorcio, las medidas que se adopten sustituyen a las adoptadas con anterioridad -en su naturaleza de provisionales-, y ello a los efectos de que surtan efecto hacia el futuro, por lo que la expresión "cargas del matrimonio" a que se refiere el artículo 91 del código civil , debe entenderse circunscrita a las que tiene tal carácter de las enumeradas seguidamente en los artículos 92 a 96, entre las que no se encuentran las interesadas , pues los bienes a los que afectan ya no están sometidos a las limitaciones que la vigencia del matrimonio le impone, cualquiera que fuere el régimen económico que lo rija, - que era la razón del pronunciamiento judicial en sede de medidas provisionales , esto es, en tanto el vínculo

matrimonial desplegaba todos sus efectos en el ámbito económico-, sino que, desde el momento de la Sentencia, se disuelve el régimen económico - artículos 95, 1.392 y 1.415 del código civil - y, para el caso de que hubiera regido la sociedad de gananciales -como es el caso-, los bienes que integraron el patrimonio común, se constituyen tras la Sentencia en comunidad "postganancial", sujeta a sus propias reglas, que son las que rigen la Comunidad ordinaria de bienes de los artículos 392 y siguientes del Código Civil (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Diciembre de 2.006), distintas a las de la sociedad de gananciales. La Sentencia de esta Sala de 7 de Diciembre de 2.007, se abstuvo de pronunciarse sobre quien de los cónyuges afrontaba el pago de determinados prestamos a cargo de la sociedad de gananciales o sobre la atribución de una vivienda que no era la familiar pero que era de carácter ganancial a uno de los esposos , lo que asimismo puede predicarse del uso de un vehículo automóvil de carácter ganancial. En consecuencia, procede desestimar esta pretensión.

SEGUNDO.- Otra cuestión objeto de recurso es la relativa al pago de los gastos extraordinarios del hijo de los litigantes que la Sentencia dispone que sean sufragados al cincuenta por ciento por cada progenitor , discrepando de ello la recurrente quien entiende que deben ser sufragados totalmente por el progenitor , aludiendo a que así se acordó verbalmente en el acto del juicio.

Hay que señalar que no consta con claridad si hubo acuerdo sobre la asunción de la obligación de asumir el progenitor los gastos extraordinarios, pero en todo caso, ha de señalarse con las Sentencias de esta Sala de 14 de Diciembre de 2.007 y 20 de Marzo de 2.009 que la distinción entre gastos ordinarios y extraordinarios ha de ponerse en relación con el concepto y contenido de la obligación de alimentos de los artículos 93, 142 y 154 del código civil, en el que ha de partirse de su naturaleza de "indispensables", que, por ello, se opone a lo que es conveniente o, mas claramente , a lo superfluo. Cuando se otorga una pensión alimenticia a los hijos, se entienden incluidos dentro de ella todos los gastos, ordinarios y extraordinarios, que entran dentro del concepto de "indispensables", entendiéndose por ordinarios los periódicos y corrientes y por extraordinarios los no periódicos, aunque como se dice, dentro de ellos se encuentran los "indispensables" referidos al sustento, habitación, vestido , asistencia medica, educación e instrucción, embarazo y parto , en su caso (art. 142 del código civil). Todos los demás gastos que hayan de acometerse, bien porque sean convenientes , bien incluso porque atiendan a otras finalidades de mero recreo , diversión o placer, tienen la consideración de extraalimenticios, aun cuando, como esta cuestión permite el pacto entre los cónyuges, cabe la posibilidad de llegar a un acuerdo sobre lo que entra dentro de esta parcela de gastos, fuera de la obligación de alimentos, bien con carácter previo , bien por acuerdo simultáneo a la decisión sobre el referido gasto, generando en tal caso obligación exigible.

En el caso de autos , al no constar con claridad la asunción exclusiva de tal obligación por el progenitor, debe rechazarse la pretensión de la actora, y aunque deba admitirse la existencia de gastos extraordinarios a satisfacer al cincuenta por ciento cada cónyuge, al haberlo dispuesto la Sentencia y acatado el progenitor, nada se dice del contenido u objeto de la obligación, de modo que para evitar futuros conflictos y haciendo uso de las facultades que a tal efecto otorga al Juez el art. 91 del código civil, procede determinar que tal obligación quedará limitada a los gastos extraalimenticios consistentes en largas enfermedades , operaciones quirúrgicas no cubiertas por la seguridad social y gastos de educación superior, y solo será exigible si hay acuerdo entre los cónyuges y, a falta de dicho acuerdo, si así lo decide el Juez a petición de uno de los cónyuges en ejecución de Sentencia.

TERCERO.- La última de las cuestiones que plantea la apelante es la limitación temporal de la pensión compensatoria, a cuyo efecto debe señalarse la corrección de la doctrina jurisprudencial expuesta en la Sentencia recurrida, y que ya esta Audiencia Provincial venía aplicando en Sentencias de 19 de Febrero y 9 de Julio de 2.002. La anterior doctrina no supone , de ningún modo, que en todo caso haya de fijarse un carácter temporal a la pensión. Ello solo será posible ponderando las circunstancias del caso concreto y, en particular, las posibilidades reales del cónyuge acreedor de iniciar o reanudar la actividad laboral o de acopiar recursos. La Sentencia antes calendada de 9 de Julio de 2.002, estableció una limitación temporal de 3 años en persona que tenia estudios Superiores que no había ejercitado durante su matrimonio, que su edad era inferior a los cuarenta años y tenia la custodia de un menor de 10 años; la de 16 de Julio de 2.002, no limito temporalmente la pensión en persona de similares capacidades y edad pero que tenia la custodia de sus dos menores hijos; la de 18 de Mayo de 2.007, no estableció limitación alguna en una señora que tenia 56 años de edad y que había ejercitado sus capacidades laborales de idiomas de forma esporádica; la de 25 de Enero de 2.008 no estableció limitación para una persona que tenia capacidad laboral de tipo administrativo, pero mermada por su edad y condiciones de salud así como por la atribución de la guarda y custodia del hijo de los litigantes y de la dedicación al cumplimiento de dicha obligación.

En el caso contemplado , aunque la recurrente tiene la titulación de profesora de enseñanza escolar, no la ha

ejercido durante su matrimonio, cuenta ahora con 51 años de edad , y tiene la custodia del menor hijo de los litigantes, a lo que deben añadirse circunstancias externas como la dificultad de acceder al mercado laboral específico de la recurrente en estos tiempos de crisis económica , de modo que existen razones suficientes para establecer dicha pensión con carácter indefinido y sin perjuicio de que un futuro acceso al mercado laboral pueda suponer una modificación, o incluso extinción , de la pensión compensatoria.

CUARTO.- Habiéndose desestimado el recurso, procede imponer las costas de la alzada al apelante, de conformidad a los artículos 394 y 398 de la L.E.C. .

QUINTO.- Procede resolver de conformidad con lo dispuesto en la D. Adicional decimoquinta apartado 8 de la Ley 1/2009 de 3 de Noviembre .

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, este Tribunal dispone, el siguiente

FALLO

Que estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por el procurador Don Miguel Ángel García de Gracia en la representación de Doña Laureano contra la Sentencia de veintiuno de enero de dos mil once dictada por el juzgado de Primera Instancia número Dos de Guadix en autos de proceso matrimonial de divorcio número 877/2009 de los que dimana este rollo, debemos revocar y revocamos dicha resolución en el particular relativo a la limitación temporal de la pensión compensatoria, manteniéndose el derecho de la demandada a la misma en la misma cuantía pero sin limitación temporal. Se confirma la Sentencia en sus demás pronunciamientos, si bien ha de agregarse:

-Se otorga la guarda y custodia del hijo de los litigantes a la progenitora y la patria potestad a ambos progenitores.

-Los gastos extraordinarios, a satisfacer al cincuenta por ciento por cada cónyuge , quedaran limitados a los extraalimenticios consistentes en largas enfermedades, operaciones quirúrgicas no cubiertas por la seguridad social y gastos de educación superior, y solo serán exigibles si hay acuerdo entre los cónyuges y, a falta de dicho acuerdo, si así lo decide el Juez a petición de uno de los cónyuges en ejecución de Sentencia.

No se hace imposición de las costas de esta alzada.

Devuélvase el depósito constituido.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. magistrado D. JOSÉ MALDONADO MARTÍNEZ , ponente que ha sido en estos autos , estando celebrando audiencia pública la sección Quinta de esta Ilma. Audiencia Provincial en el día de su fecha.-

EL/LA SECRETARIO/A

Marginal: 2380240	Nº Resolución: 24/2012	Nº Recurso: 149/2011
Tipo: Sentencia	Jurisdicción: Civil	Fecha: 27/01/2012
Tribunal: Audiencia Provincial de Madrid	Sala:	Sección:
Procedimiento: Recurso de apelación		
Ponente: ALBERTO ARRIBAS HERNANDEZ		
A favor de: Actor		

Resumen RECLAMACIÓN DE CANTIDAD POR ASEGURADORA A TRANSPORTISTA DE MERCANCIAS QUE RESULTARON ROBADAS.- Responsabilidad del transportista, por no adoptar las más elementales medidas de seguridad.-

Se estima sustancialmente el recurso de apelación interpuesto por Aseguradora contra Sentencia desestimatoria del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, sobre reclamación de cantidad a transportista de unas mercancías.

La Sala declara que no cabe sostener que se esté en el caso ante un suceso de fuerza mayor o caso fortuito, pues es del todo previsible que pueda producirse la sustracción de la mercancía cuando se deja cargada en un camión aparcado en la vía pública durante la noche, y no sólo es previsible sino que, además, es evitable adoptando elementales medidas de seguridad como era aparcar el vehículo en alguna zona dotada de medidas de vigilancia como, sin la menor duda, existen en las inmediaciones de la capital de España o, en el peor de los casos, como no es infrecuente en la práctica, pernoctando el propio conductor en el camión en zonas concurridas por otros vehículos en iguales circunstancias, en lugar de dejarlo aparcado en un polígono industrial aunque estuviera próximo a una zona residencial, sin que, por otra parte, hubiera una especial vigilancia policial como resulta del informe de la Policía Local de Torrejón de Ardoz.

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 28

MADRID

SENTENCIA: 00024/2012

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN 28

C/ General Martínez Campos nº 27.

Teléfono: 91 4931988/89

Fax: 91 4931996

ROLLO DE APELACIÓN Nº 149/11.

Procedimiento de origen: Juicio Ordinario nº 443/2.008.

Órgano de Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid.

Parte recurrente: "ZURICH INSURANCE PLC, SUCURSAL EN ESPAÑA" (antes, "ZURICH ESPAÑA CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A")

Procurador: Doña María Esther Centoria Parrondo.

Letrado: Doña Carmen Aguilar Ponce de León.

Parte recurrida: "GARNÉS Y PÉREZ, S.L."

Procurador: Don Javier González Fernández

Letrado: Don Jorge Somoza Martín.

Parte recurrida: Everardo

Procurador: Don Ignacio Argós Linares.

Letrado: Don Enrique Castelló Solbes.

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. GREGORIO PLAZA GONZÁLEZ

D. ENRIQUE GARCÍA GARCÍA

D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ

SENTENCIA Nº 24/2012

En Madrid, a veintisiete de enero de dos mil doce.

En nombre de S.M. el Rey, la Sección Vigesima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados antes relacionados, ha visto el recurso de

apelación, bajo el núm. de rollo 149/11, interpuesto contra la sentencia de fecha 7 de octubre de 2009 dictada en el juicio ordinario núm. 443/08 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid .

Han sido partes en el recurso, como apelante, la mercantil "ZURICH INSURANCE PLC, SUCURSAL EN ESPAÑA" (antes, "ZURICH ESPAÑA CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A."); y como apelados, la entidad "ALLIANZ SEGUROS Y REASEGUROS, S.A." "GARNÉS Y PÉREZ, S.L." y DON Everardo , todos ellos representados y defendidos por los profesionales antes relacionados.

Es magistrado ponente don ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada por la representación de la entidad ZURICH INSURANC.E. PLC , SUCURSAL EN ESPAÑA" (antes, "ZURICH ESPAÑA CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.") contra la mercantil "GARNÉS Y PÉREZ, S.L." y DON Everardo, en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión , suplicaba que se dictase sentencia por la que se condenase de forma solidaria a los demandados al pago de la cantidad de 89.851,32 euros de principal con sus intereses desde la interpelación judicial.

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes el juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid dictó Sentencia con fecha 7 de octubre de 2009 por la que desestimó la demanda absolviendo a los demandados de todos los pedimentos contra ellos formulados, con expresa condena en costas a la parte actora.

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la parte demandante se interpuso recurso de apelación al que se opusieron los demandados, que admitido por el mencionado Juzgado y tramitado en forma legal ha dado lugar a la formación del presente rollo ante esta sección de la audiencia Provincial de Madrid, que se ha seguido con arreglo a los de su clase , señalándose para su deliberación y votación el día 26 de enero de 2012.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia de primera instancia desestima la demanda formulada por la entidad ZURICH INSURANC.E. PLC , SUCURSAL EN ESPAÑA" (antes, "ZURICH ESPAÑA CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.") contra la mercantil "GARNÉS Y PÉREZ, S.L." y don Everardo en su respectiva calidad de transportista contractual y efectivo.

La actora, como aseguradora de la entidad "COEDIS , S.L." , ejercitaba por subrogación, al amparo del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro, la acción de reclamación de daños y perjuicios como consecuencia de la pérdida de la mercancía al haber sido sustraída, junto con el camión en el que se efectuó el transporte desde las instalaciones de la cargadora en Molins de Reins (Barcelona) hasta sus almacenes en la localidad de Torrejón de Ardoz, cuando el vehículo estaba aparcado durante la noche junto a las dependencias del propio cargador en el lugar de destino.

En esencia, la Sentencia considera que la sustracción se produjo en virtud de un robo con fuerza que libera de responsabilidad a los transportistas al no apreciar negligencia alguna en su actuación por el hecho de dejar aparcado el camión junto a las instalaciones del destinatario , el propio cargador, al ser una práctica habitual, siendo conocido por la cargadora, asegurada en la entidad demandante, que era además la que planificaba la ruta de modo que los vehículos, por razón de la distancia, llegaban a su destino cuando las instalaciones estaban cerradas, sin que nunca se hubieran exigido especiales medidas de seguridad , contando el camión en el que se efectuó el transporte, de reciente adquisición, del oportuno sistema antibloqueo , llave codificada y un sistema antirrobo.

Frente a la Sentencia se alza la parte demandante que interesa su revocación y la íntegra estimación de la demanda, al rechazar que el siniestro integre un supuesto de fuerza mayor o caso fortuito , tachando de grave negligencia la conducta del conductor del camión al dejar sin vigilancia alguna el vehículo cargado con la mercancía en la vía pública mientras pernoctaba en su domicilio, correspondiendo al transportista y no al cargador adoptar las medidas de vigilancia para evitar la sustracción.

SEGUNDO.- Dadas las alusiones que los apelados efectúan en sus respectivos escritos de oposición al ámbito de la valoración de la prueba en segunda instancia resulta necesario recordar que el recurso de apelación es un

recurso ordinario, no extraordinario, por lo que no cabe reducir la labor del tribunal ad quem en la valoración de la prueba a la corrección de aquellos extremos manifiesta y flagrantemente irrazonables, ilógicos, erróneos o equivocados de la Sentencia apelada, lo que supone desvirtuar, por limitarlo excesivamente, el sentido del recurso de apelación y la función del tribunal de segunda instancia, ante el que se produce una devolución plena de la causa, si bien constreñida por los términos en que se produce el debate en segunda instancia (artículo 465.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), además de, como ya le sucedía al tribunal a quo, por aquellos en que quedó definida la litis en la primera instancia (art. 456.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), máxime cuando se graban y pueden visionarse por el tribunal los actos orales desarrollados ante el juez.

Con mayor precisión aún, dada la autoridad de quien emana la Resolución, lo expresa nuestro Tribunal Constitucional en su Sentencia de nº 21/2003, de 10 de febrero de 2003 y las que en ella se citan, al recordar: ". es preciso traer a colación nuestra reiterada doctrina, relativa a que el recurso de apelación confiere plenas facultades al órgano judicial ad quem para resolver cuantas cuestiones se le planteen, sean de derecho o de hecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un novum iudicium (entre otras, SS.T.C. 194/1990, de 29 de noviembre de 1990, FJ 5; 21/1993, de 18 de enero de 1993, FJ 3; 323/1993, de 8 de noviembre de 1993; 272/1994, de 17 de octubre de 1994, F.J. 2; y 152/1998, de 13 de julio de 1998, FJ 2). El Juez o Tribunal de apelación puede, así, valorar las pruebas practicadas en primera instancia y revisar la ponderación que haya efectuado el Juez a quo, pues en esto consiste, precisamente, una de las finalidades inherentes al recurso de apelación" (énfasis añadido).

En el mismo sentido la sentencia del Tribunal Constitucional nº 212/2000, de 18 de septiembre de 2000, calificó con precisión la apelación en estos términos: ". la segunda instancia se configura, con algunas salvedades en la aportación del material probatorio y de nuevos hechos (arts. 862 y 863 L.E.C.), como una revisio prioris instantiae, en la que el Tribunal superior u órgano ad quem tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el Juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (quaestio facti) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (quaestio iuris), para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso, con dos limitaciones: la prohibición de la reformatio in peius, y la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación (tantum devolutum "quantum" appellatum) (AT.C. 315/1994, de 21 de noviembre, y S.S.T.C. 3/1996, de 15 de enero, y 9/1998, de 13 de enero)."

En definitiva, limitar la revisión de la valoración probatoria efectuada por el juez de primera instancia a los supuestos en que se haya procedido de manera ilógica, arbitraria o irracional, incurre en el error de aplicar a la Audiencia Provincial, que es un órgano de segunda instancia, y al recurso de apelación, que es un recurso ordinario, la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en referencia al recurso de casación y actualmente al recurso extraordinario por infracción procesal, que es un recurso extraordinario a través del cual ejerce la función de control que le es propia y que, a diferencia de la apelación, no posibilita una nueva valoración de la prueba practicada, ni una revisión de la misma, de no mediar una formal impugnación por infracción procesal; doctrina que, por respeto al cometido propio de los órganos de instancia, mantiene la prevalencia en casación de sus conclusiones probatorias de no mostrarse ilógicas, absurdas o arbitrarias.

No cabe extrapolar, por tanto, a los tribunales de segunda instancia la doctrina del Tribunal Supremo, según la cual: ". la valoración de la prueba es competencia de la Sala de instancia, y que sólo es revisable en casación, como se ha dicho, por la vía de error de Derecho en la apreciación de la prueba, lo que exige que se señale el concreto precepto valorativo que ha sido infringido, y que se precise el concepto en que lo ha sido, dado que, en todo caso, el recurso de casación no es una tercera instancia, y se han de mantener, en principio, las apreciaciones probatorias de la instancia en cuanto no resulten ilógicas, arbitrarias o absurdas, salvo que se combatan adecuadamente por la vía señalada" (Sentencia de 12 de febrero de 2008 con cita de la de 29 de octubre de 2007, 10 de febrero de 2005 y 23 de mayo de 2005, entre otras).

Por lo demás, lo que realmente se cuestiona en el recurso no es una cuestión de hecho sino de interpretación jurídica consistente en valorar si la sustracción, en las circunstancias en que se produjo que, en esencia, no son discutidas supone un comportamiento negligente del conductor o, en su caso, un supuesto de fuerza mayor o caso fortuito.

TERCERO.- Como ya hemos indicado en numerosas resoluciones, Sentencias de 30 de marzo de 2009, 24 de abril de 2009 y 17 de diciembre de 2010, entre otras muchas, en el contrato de transporte nacional de mercancías por carretera, como es el caso de autos, la obligación que incumbe al transportista es de resultado: entregar la mercancía sin daño alguno en el lugar de destino y en el plazo pactado, de modo que si esto no se produce se

presume la culpa de aquél.

El transportista responde en caso de pérdida, avería o retraso, salvo que medie causa legal para que opere la exoneración de responsabilidad (artículo 363 en relación al 361, ambos del Código de Comercio, aplicables al supuesto de autos por razones temporales), en concreto, caso fortuito, fuerza mayor o vicio propio de la carga. La carga de acreditar la concurrencia de una causa de exoneración incumbe al transportista, por lo que si no la demuestra no podrá eludir su responsabilidad.

En este contexto, reviste especial interés el supuesto de pérdida ocasionada por robo de la mercancía en los vehículos de los transportistas. Como ya hemos tenido ocasión de señalar en Sentencias de este tribunal 3 de abril de 2008, 16 de abril de 2010, 28 de mayo de 2010 y 17 de diciembre de 2010, entre otras muchas, debe distinguirse a estos efectos entre el robo con violencia o intimidación en las personas y el robo con fuerza en las cosas.

Cuando el robo se comete empleando violencia o de intimidación sobre las personas, los precedentes jurisprudenciales apuntan a la apreciación de causa de exoneración de responsabilidad utilizando el criterio flexible de dar cabida dentro del concepto de fuerza mayor al caso fortuito (en este sentido, las dos Sentencias de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de junio de 2004).

En los demás casos debe prestarse especial atención a la valoración de las circunstancias concurrentes, pero habitualmente suele entenderse que, salvo prueba suficiente de que se adoptaron medidas de seguridad de acuerdo con las exigencias de un criterio de diligencia profesional, como es la exigible al transportista, debería apreciarse la responsabilidad de éste (así, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2003 y las Sentencias de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de julio de 2004 y 11 de enero de 2007, de la sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia de 3 de enero de 2007 y de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Asturias de 4 de noviembre de 2003).

Ahora bien, superado el estadio de imputación de responsabilidad al transportista, cuando de lo que se trata es, en una fase ulterior, de la determinación del quantum indemnizatorio, la excepción la constituye la apreciación de dolo o culpa grave para eludir los límites indemnizatorios previstos en la normativa sectorial, por lo que está justificado un tratamiento del problema que resulte congruente con tal finalidad, lo que ha de entenderse igualmente predicable del supuesto en que lo que se pretende es soslayar el plazo prescriptivo establecido con carácter general en dicha normativa. Si el transportista prueba que la carga ha sido objeto de robo, no resultará suficiente para imputarle automáticamente dolo o culpa grave que en un entorno de normalidad no hubiera agotado todas las medidas imaginables para impedir tal hecho delictivo, sino que será preciso la constatación de que medió por su parte, bien un anormal comportamiento intencional, bien una negligencia de tal gravedad que resulte de difícil justificación para un profesional del sector.

En el supuesto de autos, dado que no se discute que la indemnización reclamada no excede de los límites cuantitativos fijados en la Ley de Ordenación de Transporte Terrestre de 30 de julio de 1987 y en su reglamento de desarrollo, aprobado por el Real decreto 1211/1990, la cuestión debatida no excede de la primera fase de análisis antes apuntada, siendo sólo necesario apreciar dolo o culpa grave para superar los límites cuantitativos de la indemnización, lo que no es el caso.

CUARTO.- En el supuesto de autos no se discute que la sustracción de la mercancía se produjo junto con la del propio vehículo cuando se encontraba estacionado en la vía pública durante la noche, sin vigilancia alguna, en las inmediaciones de las instalaciones del destinatario de las mercancías violentando el sistema de arranque y antibloqueo, mientras el conductor pernoctaba en su domicilio a la espera de la apertura de las instalaciones para efectuar la descarga.

Desde luego, no cabe sostener que nos encontremos ante un suceso de fuerza mayor o caso fortuito pues es del todo previsible que pueda producirse la sustracción de la mercancía cuando se deja cargada en un camión aparcado en la vía pública durante la noche y no sólo es previsible sino que, además, es evitable adoptando elementales medidas de seguridad como era aparcar el vehículo en alguna zona dotada de medidas de vigilancia como, sin la menor duda, existen en las inmediaciones de la capital de España o, en el peor de los casos, como no es infrecuente en la práctica, pernoctando el propio conductor en el camión en zonas concurridas por otros vehículos en iguales circunstancias, en lugar de dejarlo aparcado en un polígono industrial aunque estuviera próximo a una zona residencial, sin que, por otra parte, hubiera una especial vigilancia policial como resulta del informe de la Policía Local de Torrejón de Ardoz (folio 345).

Resulta irrelevante que el cargador no hubiera exigido especiales medidas de seguridad para efectuar el transporte, pues para evitar la sustracción no resultaban precisas.

Tampoco es relevante que el cargador fuera el que fijara el horario de salida del vehículo, de modo que, por razón de la distancia, la llegada a destino deba producirse cuando ya estaban cerradas las instalaciones para efectuar la descarga, pues corresponde al transportista la custodia de la mercancía y también adoptar las medidas adecuadas para evitar la sustracción lo que, en modo alguno, es incompatible con la observancia del descanso reglamentario por parte del conductor del vehículo.

La frecuencia con la que se efectuaban transportes similares por encargo de la mercantil asegurada por la entidad demandante y el conocimiento del cargador de que los vehículos quedaban aparcados en las inmediaciones de sus instalaciones a la espera de su apertura para la descarga a la seis de la mañana, no traslada el riesgo de la sustracción al cargador, siendo el transportista, como profesional de dicha actividad, el que debe adoptar las medidas de seguridad adecuadas para custodiar la mercancía durante el transporte y éste no concluye hasta la entrega de la mercancía al destinatario. Por lo demás, la cargadora nunca autorizó a los transportistas para que los vehículos quedaran sin vigilancia en el exterior de sus instalaciones tal y como indicó en la prueba testifical el Director de Logística de la entidad "COEDIS, S.L."

QUINTO.- El cargador y, en consecuencia, el asegurador subrogado, tiene acción no sólo contra el transportista contractual, que nace del contrato de transporte, sino también contra el transportista efectivo que con su negligencia en la ejecución material del transporte origina el daño reclamado incurriendo en responsabilidad extracontractual frente al cargador.

Respecto a la cuantía de la indemnización, la actora reclama la suma de 89.851,32 euros, importe satisfecho a su asegurado (documento nº 11 de la demanda). Dicho importe es el resultado de deducir del capital asegurado (90.151,32 euros) la franquicia pactada (300,51 euros), redondeando ésta al prescindir de los 51 céntimos de euros, como se indica en la demanda.

La actora no es que no sepa restar, como descortésmente le reprocha la dirección letrada de don Enrique Castelló Solbes, sino que en la página 5 de la demanda comete un error de transcripción al consignar como capital asegurado la cifra de 90.151,64 euros, cuando realmente es de 90.151,32 euros (documento nº 1 de la demanda). En todo caso, aun cuando la diferencia resulta despreciable, la aseguradora no debe trasladar a los demandados la condonación de parte de la franquicia a su asegurado: 51 céntimos de euro, de modo que la responsabilidad de los demandados debe quedar fijada en la suma de 89.850,81 euros, lo que no determina una estimación parcial de la demanda sino su estimación, al menos, sustancial.

SEXTO.- El importe de la condena devengará el interés legal desde la presentación de la demanda en aplicación de los artículos 1.100 y 1.108 del Código Civil, interés que se incrementará en dos puntos desde la fecha de esta Resolución de conformidad con el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SÉPTIMO.- En materia de costas, en los supuestos de estimación sustancial de la demanda nada impide aplicar el principio del vencimiento que inspira el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y así imponer las costas a la parte demanda (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2003, 17 de julio de 2003, 24 de enero de 2005, 26 de abril de 2005, 6 y 9 de junio de 2006 y 9 de julio de 2007).

Por otra parte, al estimarse también más que sustancialmente el recurso de apelación, no procede condenar al pago de las costas originadas con el mismo a ninguno de los litigantes, todo ello en aplicación del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,

FALLO

En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:

1.- Estimar sustancialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora doña María Esther Centoria Parrondo en nombre y representación de la mercantil "ZURICH INSURANC.E. PLC, SUCURSAL EN ESPAÑA" (antes, "ZURICH ESPAÑA CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.") contra la Sentencia dictada el día 7 de octubre de 2009 por el juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, en el procedimiento ordinario núm. 443/08 del que este rollo dimana.

2.- Revocar la resolución recurrida y, en su lugar, estimamos sustancialmente la demanda interpuesta en representación de la entidad "ZURICH INSURANCE PLC, SUCURSAL EN ESPAÑA" (antes, "ZURICH ESPAÑA CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.") contra la mercantil "GARNÉS Y PÉREZ, S.L.", representada por el Procurador don Javier González Fernández y DON Everardo, representado por el Procurador don Ignacio Argós Linares, y, en consecuencia:

a) Condenamos solidariamente a los demandados a que satisfagan a la actora la cantidad de 89.850 ,81 euros (OCHENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA EUROS CON OCHENTA Y UN CÉNTIMOS), suma que devengará un interés anual igual al del interés legal del dinero desde la fecha de la presentación de la demanda que se incrementará en dos puntos desde la fecha de esta Resolución.

b) Imponemos a la parte demandada las costas causadas en primera instancia.

3.- No hacemos expresa imposición de las costas derivadas del recurso de apelación.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilustrísimos Señores Magistrados integrantes de este Tribunal.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado ponente en el mismo día de su fecha , de lo que yo el/la Secretario certifico.

Marginal: 2370970	Nº Resolución: 18/2012	Nº Recurso: 49/2009
Tipo: Sentencia	Jurisdicción: Civil	Fecha: 30/01/2012
Tribunal: Tribunal Supremo	Sala: Sala Primera	Sección:
Procedimiento: Recurso casación-Derechos Fundamentales		
Ponente: ENCARNACION ROCA TRIAS		
A favor de: Demandado		

Resumen RENUNCIA A DERECHOS HEREDITARIOS HECHA DE FORMA PARCIAL.- Incorporación posterior por el heredero cesionario de una nueva finca al caudal relicto.- Nulidad de la aceptación efectuada sin la concurrencia del heredero renunciante.-

Se desestima el recurso de casación presentado contra Sentencia estimatoria de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 2ª, sobre impugnación de operaciones particionales de herencia.

La Sala declara que la parte recurrente pretende que se anule la Sentencia porque a su entender sí concurrió el consentimiento del hermano en la cesión de los bienes de la herencia, y que en cualquier caso, no se habría aplicado la regla de la caducidad contenida en el art. 1301 CC.

La parte recurrente incurre de forma clara en el vicio casacional consistente en hacer supuesto de la cuestión, porque pretende imponer su interpretación de las escrituras firmadas entre los hermanos en relación a la cesión de los Derechos hereditarios que correspondían al primero en la herencia de su madre, olvidando que:

1º El documento privado otorgado por las mismas partes que habían intervenido en la cesión, había determinado su alcance y significado, estando ambas partes de acuerdo en limitarla a una parte de los bienes relictos.

2º La falta de consentimiento en relación a la escritura de adición de la herencia otorgada en 1999 es cierta, ya que al haber cedido uno de los hermanos solo una parte de los bienes hereditarios, se requería de nuevo su consentimiento, como así se declaró en la Sentencia recurrida.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Enero de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 2ª, por D. Amadeo , representado por el Procurador de los Tribunales D. Antonio Gómez Armario, contra la Sentencia dictada, el día 14 de octubre de 2008, por la referida Audiencia y Sección en el rollo de apelación nº 116/2008 , que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Sanlúcar de Barrameda, en el procedimiento ordinario nº 768/2003. Ante esta Sala comparecen el Procurador D. Luciano Rosch Nadal en nombre y representación de D. Amadeo , en calidad de parte recurrente. La Procuradora Dª Teresa Castro Rodríguez, en nombre y representación de D. Emiliano , personándose en calidad de parte recurrida. Por diligencia de ordenación de fecha 7 de julio de 2010 se tuvo por formalizada la sucesión procesal, y por personado al Procurador D. Luciano Rosch Nadal en nombre y representación de las "HERMANAS DE LA COMPAÑÍA DE LA CRUZ" en concepto de recurrentes y como herederas del fallecido recurrente D. Amadeo .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número uno de Sanlúcar de Barrameda, interpuso demanda de juicio ordinario , D. Emiliano , contra D. Amadeo . El suplico de la demanda es del tenor siguiente: ".... dicte en su día Sentencia por la que se CONDENE al demandado D. Amadeo a estar y pasar por los siguientes pronunciamientos:

1.- A que se reconozca que los bienes que dejó en herencia Doña Zulima a sus hijos eran:

a).- Participación indivisa de una participación determinada de finca urbana: una mitad indivisa de parte determinada de la casa sita en Sanlúcar en CALLE000, antes DIRECCION000 núm. NUM000 - NUM001 de gobierno , que linda por la derecha con la de los herederos de Bartolomé, núm. NUM002 de dicha calle; por la izquierda, con la núm. NUM003 de D. Eduardo y por el fondo con la de Gerardo , hoy propiedad de Doña Tatiana . Compuesta y formada por dos accesorias y hueco de escalera principal, con superficie de 30'15 metros cuadrados, cuyas accesorias se encuentran a la derecha de la parte principal de entrada a la finca, una de ellas

con puerta a la calle de su situación y otra, la del fondo con la puerta al zaguán o casa-puerta por donde tiene su casa núm. NUM002 de herederos de Doña Tatiana, izquierda zaguán o servicio común de entrada a todas las participaciones y por el fondo participación que se describe con la letra B y que se vende a Doña María Antonieta . Se encuentra inscrita en el Registro de la Propiedad de esta ciudad, al tomo NUM004 , libro NUM005, folio NUM006, finca NUM007, inscripción I6ª.

b).- Participaciones indivisas de finca rústica. Una participación (de) una mitad indivisa, así como otra de una séptima parte indivisa de la mitad indivisa restante (es decir , en total, ocho catorceavas partes indivisas) sobre una suerte de navazo de hoyo y baldo, situado en este término (Sanlúcar) y pago de la Bayoneta, de cabida de trescientos setenta estadales y dieciocho medio céntimos de otra, equivalentes a cincuenta y un áreas y cuarenta centiáreas, que linda según el Registro: por el Levante con finca de David ; por el Poniente con otra de Florian ; por el Norte con la segunda segregada que se adjudicó a Sonia ; y por el Sur con finca de Landelino . INSCRIPCIÓN: Al tomo NUM008, libro NUM009, folio NUM009, finca NUM010 , inscripciones 8ª y 9ª TITULO: Adquirió la causante dichas participaciones por adjudicación que se les hizo por herencia de su padre Don Torcuato mediante escritura otorgada en esta ciudad el 11 de enero de 1.916 ante su entonces Notario D. José Luis Ruiz.

2.- A cumplir con lo estipulado en el contrato privado suscrito con su hermano, D. Emiliano, y que se firmó en fecha 14 de febrero de 1.990 (documento núm. 8 de la demanda) declarando que la cesión de los Derechos hereditarios que efectuó el actor D. Emiliano a su hermano Amadeo se limitaba exclusivamente a los que le pudieran corresponder sobre una participación determinada de finca urbana, parte determinada de la casa de la casa sita en ésta ciudad, en CALLE000, antes DIRECCION000 núm. NUM000 - NUM001 de gobierno (reseñada en el apartado a).- del punto 1 anterior).

3.- A que en congruencia con lo anterior se declare nula la escritura de cesión de Derechos hereditarios otorgada ante el Notario D. Francisco García Serrano en fecha 14 de febrero de 1.990 número de protocolo 178) y formalizada entre D. Amadeo Y D. Emiliano (documento núm.4 de la demanda).

4. A que igualmente y a resultas de todo lo anterior se declare la nulidad de las operaciones de inventario, avalúo, partición , adjudicación y aceptación de la herencia de Doña Zulima, efectuada por D. Amadeo, así como de los documentos públicos en los que esta se protocolizó escrituras públicas fechadas el 28 de agosto de 1.990 y el 25 de mayo de 1.999 (documentos núms. 9 y 10 de la demanda).

5.- A que se proceda a la cancelación en el Registro de la Propiedad de las inscripciones de los bienes a que se refieren las escrituras declaradas nulas así como de todos los asientos registrales que puedan resultar contradictorios con esta declaración de nulidad.

6.- A que subsidiariamente se declare la nulidad relativa o anulabilidad de las mencionadas operaciones particionales, incluidas las adjudicaciones correspondientes realizadas por el demandado respecto de la herencia de Doña Zulima , con retroacción igualmente de todas las cosas de la herencia al momento anterior al inventario y se proceda a la cancelación en el Registro de la Propiedad de las inscripciones de los bienes adjudicados al demandado así como de todos los asientos registrales que puedan resultar contradictorios con esta declaración.

7.- A que se condene en cualquier caso a D. Amadeo al pago de las costas del presente procedimiento".

Admitida a trámite la demanda fue emplazado el demandado , alegando la representación de D. Amadeo, los hechos y fundamentos de Derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando:"...dicte en su día Sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda rectora del procedimiento, tanto por lo que concierne a la petición de declaración de nulidad radical de los negocios jurídicos a que se refiere, como por cuanto concierne a la petición subsidiaria de anulabilidad o nulidad relativa , declarando a ésta última acción, además de improcedente, expresamente prescrita; todo ello, con expresa condena en todas las costas que resulten causadas a la parte actora".

Convocadas las partes a la celebración de la Audiencia Previa, esta tuvo lugar en el día y hora señalado, con asistencia de ambas partes debidamente asistidas y representadas, solicitándose en dicho acto el recibimiento a prueba del pleito. Seguidamente con fecha 15 de abril de 2005, se dictó auto que fue aclarado por el de 28 de abril, fijándose la cuantía del procedimiento y estimando la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario , interponiéndose contra dicho auto recurso de reforma y subsidiario de apelación siendo confirmado por Resolución dictada en fecha 30 de octubre de 2006 , por la sección 5ª de la Audiencia Provincial de Cádiz. Devueltos los autos se acordó dar traslado de la demanda a la entidad ROCHDALE SOCIEDAD COOPERATIVA ANDALUZA, contestando la demanda mediante el oportuno escrito alegando los hechos y fundamentos de Derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando:"...se dicte en su día una Sentencia, por la que desestime íntegramente la demanda rectora del procedimiento , tanto por lo que concierne a la petición principal de

declaración de nulidad radical de los negocios jurídicos a que se refiere, como por cuanto concierne a la petición subsidiaria de anulabilidad o nulidad relativa, declarando a ésta última acción, además de improcedente, expresamente prescrita; todo ello con expresa condena en todas las costas que resulten causadas a la parte actora".

Contestada la demanda se acordó convocar a las partes a la Audiencia Previa, la que tuvo lugar en el día y hora señalados, y habiéndose solicitado el recibimiento a prueba del procedimiento, se señaló día y hora para la celebración del Juicio Oral, practicándose la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El juzgado de Primera Instancia nº 1 de Sanlúcar de Barrameda dictó Sentencia, con fecha 12 de noviembre de 2007, y con la siguiente parte dispositiva: " Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador D. Ignacio Farfante Martínez Pardo en representación de D. Emiliano, quien comparece asistido del Letrado Sr. Fernández Reyes, contra D. Amadeo representado por el Procurador D. Cayetano García Guillén y asistido del letrado Sr. Moreira, y contra la entidad ROCHDALE SOCIEDAD COOPERATIVA ANDALUZA, representada por el Procurador D. Santiago García Guillén y asistida del Letrado Sr. Real, en consecuencia, debo declarar y declaro:

- a) Que los bienes que dejó en herencia D Zulima a sus hijos eran: participación indivisa de una participación determinada de finca urbana sita en Sanlúcar, en la CALLE000, inscrita en el Registro de la Propiedad de esta ciudad, al tomo NUM004, libro NUM005, folio NUM006, finca NUM007, inscripción 168; y Participaciones indivisas de finca rústica: Una participación de una mitad indivisa, así como otra de un séptima parte indivisa de la mitad indivisa restante sobre una suerte de navazo de hoyo y baldo, situado en el término municipal de Sanlúcar en el pago de la Bayoneta, inscrita al tomo NUM008, libro NUM009, folio NUM009, finca NUM010 inscripciones 8ª y 9ª.
- b) Que lo recogido en la escritura pública de cesión de Derechos de fecha 14 de febrero de 1.990 se completa con lo reseñado en el documento de idéntica fecha firmado por D. Emiliano y D. Amadeo, en el sentido de que la cesión que D. Emiliano hacía a favor de su hermano D. Amadeo era parcial y respecto de la participación indivisa de la finca urbana sita en la CALLE000 de Sanlúcar de Barrameda, finca registral NUM007, y no sobre la 1/6 parte indivisa de la finca rústica nº NUM010, condenado al demandado 1). Amadeo a cumplir lo estipulado en el contrato privado suscrito con su hermano D. Emiliano, de fecha 14 de febrero de 1.990.
- c) Que procede acordar la nulidad de la escritura pública de inventario, avalúo, partición, adjudicación y aceptación de la herencia de Dª Zulima, efectuada por D. Amadeo en fecha 25 de mayo de 1.999.
- d) Que la entidad Rochdale Sociedad Cooperativa Andaluza no puede ser mantenida en la adquisición que realizó a D. Amadeo mediante escritura pública de fecha 12 de junio de dos mil tres, a no tener la condición de tercer adquirente de buena fe.
- e) Que se proceda a la cancelación en el Registro de la Propiedad de las inscripciones que en relación con la finca rústica situada en el término municipal de Sanlúcar en el pago de la Bayoneta, inscrita al tomo NUM008, libro NUM009, folio NUM009, finca NUM010 inscripciones 8 y 9 deriven de las escrituras públicas de fecha 25 de mayo de 1.999 y de fecha 12 de junio de dos mil tres, así como de todos los asientos registrales que puedan resultar contradictorios con esta declaración de nulidad.
- f) Que se impone a los demandados el pago de las costas ocasionadas en el presente procedimiento.

Notifíquese la presente resolución a las partes".

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpusieron recurso de apelación Rochdale S. Coop. And y D. Amadeo. Sustanciada la apelación, la Sección 2ª de la audiencia Provincial de Cádiz, dictó Sentencia, con fecha 14 de octubre de 2008, con el siguiente fallo: " PRIMERO.- Que estimando parcialmente los recursos de apelación sostenidos en esta instancia por Amadeo y por la entidad ROCHDALE SOCIEDAD COOPERATIVA ANDALUZA, contra la sentencia de fecha 12/noviembre 2007 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Sanlúcar de Barrameda en la causa ya citada, revocamos la misma en el sentido de:

- 1º.- Confirmar los pronunciamientos contenidos en los apartados a), b) y c) de la Sentencia recurrida.
- 2º.- Revocar el pronunciamiento contenido en su apartado d) y, en consecuencia, absolvemos a ROCHDALE SOCIEDAD COOPERATIVA ANDALUZA de todas las pretensiones deducidas en su contra.
- 3º.- Revocar y aclarar el pronunciamiento contenido en su apartado e) que ha de quedar como sigue: Que se proceda a la cancelación en el Registro de la Propiedad de los asientos nº 14 y 15 respecto de la finca rústica situada en el término municipal de Sanlúcar de Barrameda en el Pago de la Bayoneta, inscrita al tomo NUM008, libro NUM009, folio NUM009, finca registral nº NUM010.
- 4º.- No haber lugar a realizar expresa condena en costas respecto de las causadas en la 1ª Instancia.
- 5º.- Fijar la cuantía del procedimiento en la suma de 150.855 euros".

TERCERO. Anunciado recurso de casación por D. Amadeo, el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte representada por el procurador D. Luciano Rosch Nadal lo formalizó articulándolo en los siguientes motivos:

Primero.- Infracción por aplicación indebida del art. 1261.1º del Código Civil .

Segundo.- Infracción por vulneración de los arts. 1261 y 1301 del Código Civil .

Tercero.- Infracción por vulneración del art. 1281, inciso primero del Código Civil .

Cuarto.- Vulneración de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, según la cual , producido el hecho sucesorio, antes de la partición, ningún heredero tiene poder de disposición sobre los bienes concretos del inventario.

Quinto.- Vulneración del art. 20 , párrafos 1 º y 2º de la Ley Hipotecaria .

Por Resolución de fecha 17 de diciembre de 2008, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

CUARTO. Recibidos los autos y formado el presente rollo, se personó el Procurador D. Luciano Rosch Nadal en nombre y representación de D. Amadeo, en concepto de recurrente. La Procuradora Dª Teresa Castro Rodríguez , se personó en nombre y representación de D. Emiliano, en concepto de parte recurrida., y poniendo en conocimiento de esta Sala el fallecimiento del recurrente. Por diligencia de ordenación de fecha 7 de julio de 2010 se tuvo por formalizada la sucesión procesal, y por personado al Procurador D. Luciano Rosch Nadal en nombre y representación de las "HERMANAS DE LA COMPAÑÍA DE LA CRUZ" en concepto de recurrentes. Por escrito de 20 de septiembre de 2010 la indicada representación aportó testamento otorgado por D. Amadeo acreditativo de que las "HERMANAS DE LA COMPAÑÍA DE LA CRUZ" eran las herederas del recurrente.

Admitido el recurso por auto de fecha 16 de noviembre de 2010 y evacuado el traslado conferido al respecto, la Procuradora Dª. Teresa Castro Rodríguez, en nombre y representación de D. Emiliano, impugnó el mismo , solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el once de enero de dos mil doce, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido ponente el magistrado Excm. Sra. Dª. Encarnacion Roca Trias ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los hechos probados.

1º Los padres de los litigantes, en sus respectivos testamentos , nombraron herederos a sus hijos por partes iguales.

Como consecuencia de la apertura de las respectivas sucesiones se produjeron los siguientes negocios jurídicos , que se declaran probados:

- i) Por escrituras de 1988 y 1990, los hermanos Antonio, Emiliano, Concepción y Mª del Carmen cedieron a su hermano D. Amadeo los Derechos y acciones correspondientes a la herencia de la madre Dª Zulima .
 - ii) D. Emiliano cedió también a su hermano D. Amadeo por escritura de 14 febrero 1990 sus Derechos hereditarios , aunque en documento privado de fecha 14 febrero 1990, es decir , en la misma fecha de la escritura de cesión, D. Emiliano y D. Amadeo declararon lo que se transcribe: "que la parte que D. Emiliano vende a D. Amadeo respecto de la herencia de su madre, Dª Zulima, se trata exclusivamente de la que corresponde sobre la siguiente parte determinada de la finca: una participación determinada de la casa sita en esta ciudad en la CALLE000 [....]. Que, por tanto , el Sr. D. Emiliano, se reserva los posibles Derechos hereditarios que pudieran corresponderle, si existieren o se conocieren posteriormente a la fecha de este contrato, respecto de otros posibles bienes que fueren de la propiedad de su madre Dª Zulima ". Se añade que como consecuencia,"queda modificada y aclarada la escritura de CESION DE DERECHOS HEREDITARIOS, otorgada en esta ciudad , en el día de hoy ante Notario [...] en el sentido que se contiene en el presente documento".
 - iii) El 28 agosto 1990, D. Amadeo firmó escritura de aceptación y adjudicación del único bien relicto, consistente en una finca urbana situada en Sanlúcar de Barrameda.
 - iv) El 25 mayo 1999, D. Amadeo suscribió una escritura denominada de adición de herencia, porque se había producido una omisión en la aceptación realizada en la de 28 agosto 1990. En ella se describen y adjudican las participaciones indivisas de una finca rústica sita en El Pago de la Bayoneta, en Sanlúcar de Barrameda.
 - v) El 12 junio 2003 esta finca fue vendida a la entidad ROCHDALE, SOCIEDAD COOPERATIVA ANDALUZA.
- 2º D. Emiliano demandó a su hermano D. Amadeo . Pidió que se declarase la nulidad de la aceptación de la

herencia efectuada en 1990 y de la adjudicación efectuada en 1999. A tal efecto solicitó que: a) se reconociera que la herencia de su madre , incluía las partes indivisas de la casa en Sanlúcar y de la finca del pago de la Bayoneta; b) se declarara la validez del contrato privado en el que se limitaba la cesión de Derechos efectuada por el demandante a su hermano D. Amadeo ; c) se declarara la nulidad de la escritura de cesión de Derechos y de las operaciones particionales, y d) subsidiariamente, que se declarara la anulabilidad de estas operaciones incluidas las adjudicaciones. D. Amadeo contestó oponiéndose a la demanda.

3º La Sentencia del juzgado de 1ª instancia e instrucción nº 1 de Sanlúcar de Barrameda estimó la demanda. De acuerdo con los documentos aportados al litigio, concluía que: a) la escritura de cesión de Derechos de 1990, quedaba completada con el documento privado de la misma fecha, donde D. Emiliano hacía constar que la cesión realizada a favor de su hermano era parcial y se limitaba a los Derechos sobre la finca urbana situada en Sanlúcar de Barrameda;b) la escritura de aceptación de la herencia de agosto de 1990 era válida, porque se ajustó a la cesión efectuada; c) la escritura de adición de 1999 no fue válida, porque en ella faltaba el consentimiento del demandante D. Emiliano , coheredero de la finca rústica situada en el Pago de la Bayoneta;d) D. Amadeo actuó de mala fe al vender la finca a ROCHDALE , una vez revalorizada como consecuencia del cambio de calificación urbanística y sin hacer caso de los requerimientos notariales del demandante;e) la adquirente ROCHDALE no actuó de buena fe, de modo que no puede ser protegida por el art 34 LH .

En consecuencia, esta Sentencia declaró: a) que los bienes relictos de Dª Zulima consistían en la participación en la finca urbana de Sanlúcar de Barrameda y en la de la finca rústica situada en el Pago de la Bayoneta;b) la cesión efectuada por D. Emiliano a D. Amadeo fue parcial y referida solo a la finca urbana de Sanlúcar;c) procedía anular la escritura de 25 mayo 1999; d) no procedía mantener en la adquisición a ROCHDALE, cancelándose las inscripciones que derivaran de las escrituras de 25 mayo 1999 y de compraventa, de 12 junio 2003.

3º D. Amadeo recurrió en apelación. La Sentencia de 1ª instancia fue confirmada por la SAP de Cádiz, sección 2ª, de 14 octubre 2008 . En relación al problema de fondo, único subsistente en casación, la Sentencia recurrida argumentó que: a) el negocio formal de cesión de D. Emiliano a D. Amadeo se limitó a una parte del caudal hereditario , de modo que "[...] la cesión efectuada el día 14/febrero/1990, por compleja que fuera su documentación , obedecía con claridad a la intención de las partes de transferir exclusivamente los Derechos hereditarios que D. Emiliano tuviera sobre la finca registral nº NUM010 " , lo que deriva de las pruebas aportadas, por lo que se confirmaron los pronunciamientos de la Sentencia recurrida con respecto a la cesión de los Derechos hereditarios y a la nulidad de acto particional contenido en la escritura pública de 15 mayo 1999; b) la Sentencia ahora recurrida absolvió a ROCHDALE porque "ni se ha demandado a Rochdale SCA -que recordemos, es emplazada con la misma demanda inicial- en acción enderezada a declarar la nulidad de su adquisición de la finca litigiosa por título de compraventa, ni registralmente se ha pretendido finalmente combatir su titularidad. Debe ser, por tanto, absuelta no ya , que también, de los pedimentos dirigidos específicamente contra el codemandado, sino de los nonatos pedimentos nunca ejercitados en su contra, pero estimados por la Jueza quo".

4º D. Amadeo, sustituido procesalmente por fallecimiento, por sus herederas Hermanas de la Compañía de La Cruz, presenta recurso de casación, al amparo del art. 477.2,2 LEC . Fue admitido por auto de esta Sala de 16 noviembre 2010 .

Figura el escrito del demandante recurrido , que se opone al recurso.

SEGUNDO. Se van a examinar conjuntamente los motivos primero y segundo del recurso de casación.

Motivo primero . Infracción por aplicación indebida, del art. 1261.1 CC . La Sentencia recurrida anula únicamente la escritura de adición de la herencia, por falta de consentimiento de D. Emiliano, cuando no se requería , ya que al haberse mantenido la validez de las anteriores cesiones de Derechos, no era necesario otro consentimiento.

Además, D. Emiliano había apoderado al recurrente con carácter irrevocable para intervenir en las correspondientes operaciones particionales, incluida la liquidación de la sociedad de gananciales.

Motivo segundo. Infracción por vulneración de los arts. 1261 y 1301 CC . Se está privando de eficacia a la cesión de Derechos, porque al no haber una causa de nulidad radical, supone una clara vulneración del plazo establecido en el art. 1301 CC .

Los motivos primero y segundo se desestiman.

La parte recurrente pretende en estos dos motivos que se anule la Sentencia porque a su entender sí concurrió el consentimiento de D. Emiliano y que en cualquier caso, no se habría aplicado la regla de la caducidad contenida en el art. 1301 CC . La parte recurrente incurre de forma clara en el vicio casacional consistente en hacer supuesto de la cuestión, porque pretende imponer su interpretación de las escrituras firmadas entre los hermanos Emiliano y Amadeo en relación a la cesión de los Derechos hereditarios que correspondían al primero en la herencia de su

madre olvidando que:

1º El documento privado otorgado por las mismas partes que habían intervenido en la cesión, había determinado su alcance y significado, estando ambas partes de acuerdo en limitarla a una parte de los bienes relictos.

2º La falta de consentimiento en relación a la escritura de adición de la herencia otorgada en 1999 es cierta, ya que al haber cedido D. Emiliano solo una parte de los bienes hereditarios, se requería de nuevo su consentimiento, como así se declaró en la Sentencia recurrida.

TERCERO.Motivo tercero. Infracción por vulneración del art. 1281.1 CC. La Sentencia recurrida incurre en incompatibilidad porque o bien se declara válida la escritura pública y con ello la cesión de Derechos hereditarios, o bien el documento privado, con lo que la cesión es solo parcial. Con ello la Sentencia incurre en incongruencia. El motivo no se estima.

Dos son las razones para su desestimación:

1ª Debe recordarse la constante y unánime doctrina de esta Sala relativa a que la interpretación de los contratos corresponde al órgano jurisdiccional de instancia y solo puede ser combatida en casación si ha sido ilógica, arbitraria, errónea, absurda y contraria a Derecho (ver, por todas, la ST.S. 421/2011, de 13 junio). Pues bien, nada de esto ocurre en la Sentencia recurrida, que parte de la literalidad de los términos del contrato celebrado entre las partes en documento privado, reproducidos en el F.J. 1º de esta Sentencia, en el que se dejó completamente fijado el alcance de la cesión de Derechos hereditarios realizada por D. Emiliano a favor de D. Amadeo.

2ª La argumentación de la parte recurrente concluye con que la Sentencia resulta incongruente por los resultados a que lleva su interpretación de los documentos discutidos. Si la recurrente se refiriera realmente a la incongruencia en su sentido técnico, debería haberla denunciado por medio de recurso extraordinario por infracción procesal, amparado en el art 469.1, 2 LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la Sentencia, y fundado en el art. 218 L.E.C. En realidad, lo que pretende es decir que la sentencia es incoherente y esta cuestión ha sido ya argumentada en el anterior razonamiento.

CUARTO.Motivo cuarto. Vulneración de la doctrina jurisprudencial de acuerdo con la que, producido el hecho sucesorio, antes de la partición, ningún heredero tiene poder de disposición de los bienes concretos del inventario. Se plantea aquí la validez de la cesión de los bienes concretos de la herencia antes de la partición, aunque añade que la cuestión es si no habiéndose practicado la partición, el actor solo tenía una cuota abstracta de Derechos sobre la masa hereditaria y no podía disponer sobre los bienes concretos de la misma, ni para venderlos, ni para reservárselos, puesto que solo el acto particional puede concretar aquellos Derechos. La Sentencia recurrida anula por la vía de los hechos, la cesión de Derechos hereditarios efectuada por el actor, con el argumento de que fue modificada en un documento privado, lo que vulnera abiertamente la doctrina jurisprudencial sobre la indisponibilidad de bienes concretos de la herencia antes de que se produzca la partición.

El motivo no se estima.

Se incurre de nuevo en producir un supuesto de la cuestión. No se ha vulnerado la jurisprudencia que se cita, dos Sentencias de esta Sala y una de una audiencia Provincial, que no se identifica, que lo que señalan es que nadie puede disponer de lo que no tiene. Lleva razón la parte recurrente en que antes de la partición solo se ostenta una cuota abstracta sobre los bienes hereditarios; pero olvida que en la herencia de que se trata se sabía con certeza la existencia de un bien único y se dudaba de la existencia de otros. El renunciante, ahora recurrido, precisamente limitó su declaración de renuncia al único bien identificado en el caudal relicto, que no hizo extensiva a los que pudieran aparecer, de modo que cumplió escrupulosamente la doctrina de esta Sala alegada, sin mucha fortuna, en este motivo.

Esta Sala se ve obligada a recordar que únicamente corresponde el concepto de jurisprudencia a las Sentencias de esta Sala, no a las de las Audiencias provinciales, como se ha dicho ya en otras resoluciones.

QUINTO.Motivo quinto. Vulneración del art. 20.1 y 2 LH. La declaración de la Sentencia recurrida relativa a la cancelación de las inscripciones 14 y 15 respecto a la finca rústica el Pago de la Bayoneta vulnera el art 20 LH y con él, el principio de tracto sucesivo, porque se cancelan las inscripciones relativas al Derecho de la parte recurrente, pero no las del adquirente posterior que trae causa del mismo, con lo que se produce una situación absurda.

El motivo quinto se desestima.

La cancelación de las inscripciones 14 y 15 es un efecto de la estimación de la demanda. De acuerdo con la declaración de nulidad de la escritura de adición de la herencia, de 1999, no puede permanecer en el Registro de la propiedad ninguna inscripción relativa a este título, que no puede producir efectos dada su nulidad. Lo mismo ocurre con una cancelación del usufructo, contenido en la inscripción 15.

La Sentencia recurrida no se pronuncia sobre el segundo problema planteado en este asunto, es decir la venta a un tercero de la parte aceptada por el demandado; se limita a declarar que no puede pronunciarse sobre esta cuestión, al no haber sido objeto de la demanda ni haberse discutido en este pleito. De haberse efectuado lo contrario, se habría incurrido en incongruencia y lesionado los Derechos a la tutela judicial efectiva del adquirente. SEXTO. La desestimación de todos los motivos del recurso de casación presentado por la representación procesal de Hermanas de la Compañía de La Cruz, sucesoras del demandado D. Amadeo, determina la de su recurso.

Se imponen a la parte recurrente las costas de su recurso , de acuerdo con lo establecido en los arts. 398.1 y 394.1 LEC .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

1º Se desestima el recurso de casación presentado por la representación procesal de Hermanas de la Compañía de La Cruz, sucesoras del demandado D. Amadeo, contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 2ª, de 14 octubre 2008, dictada en el rollo de apelación nº 116/2008 .

2º No ha lugar a casar por los motivos formulados la Sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3º Se imponen a la parte recurrente, Hermanas de la Compañía de La Cruz, las costas de este recurso.

Líbrese a la mencionada audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia , que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATI.V.A. pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Jesus Corbal Fernandez.-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Encarnacion Roca Trias.- Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- Firmado y rubricado.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el EXCMA. SRA. Dª. Encarnacion Roca Trias , ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Marginal: 2373857

Nº Resolución: 63/2012

Nº Recurso: 127/2009

Tipo: Sentencia

Jurisdicción: Civil

Fecha: 09/02/2012

Tribunal: Tribunal Supremo

Sala: Sala Primera

Sección:

Procedimiento: Recurso apelación LEC 2000

Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA

A favor de: Consumidor

Resumen ACCIDENTE DE TRÁFICO.- Atropello de caballos por un vehículo.- Compensación de culpas.-

Se desestima el recurso de casación formulado contra Sentencia parcialmente estimatoria de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba, sobre reclamación de cantidad, por daños producidos en un accidente de tráfico.

La Sala declara que en un sistema de responsabilidad como el previsto en la LRCSVM, se debe limitar necesariamente la responsabilidad del conductor por negligencia de la víctima, en razón a una ausencia, sino total, si parcial, de relación causal entre su conducta y el resultado producido, con evidente reflejo en cuanto al alcance de la responsabilidad civil dimanante de aquélla, como hicieron las Sentencias de ambas instancias, cuyas conclusiones se admiten.

La demandante, desde el momento en que se incorpora a la carretera, asume en parte y de forma consciente el riesgo creado por la conducción de un caballo. Este riesgo finalmente se materializó mediante su atropello, estando a su alcance haberlo evitado de haber circulado por el arcén, que lo había en el tramo en que el accidente ocurre, y con algún dispositivo de iluminación o reflectante, como también pudo evitarlo el conductor del turismo, de haber sido más cauteloso a la hora de descubrir la presencia de los jinetes, dado que no era un factor sorpresivo, ya que era romería.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Febrero de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos de casación e infracción procesal contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba, como consecuencia de autos de juicio ordinario nº 319/2007, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número dos de Montoro, cuyos recursos fueron preparados ante la citada Audiencia por la representación procesal de doña Celia, la procuradora doña Mercedes Caro Bonilla. Habiendo comparecido en calidad de recurrido el procurador don Antonio Ramón Rueda López, en nombre y representación de la entidad mercantil Allianz Cia de Seguros y Reaseguros S.A. No han comparecido don Bernardino ni don Eugenio.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El Procurador don Leonardo López Rodríguez, en nombre y representación de doña Celia y de don Eugenio interpuso demanda de juicio ordinario, contra don Bernardino y Compañía Aseguradora Allianz y alegando los hechos y fundamentos de Derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara Sentencia por la que se declare la responsabilidad solidaria de los citados demandados en el accidente de tráfico origen de la demanda, y en consecuencia les condene de forma solidaria al abono de la indemnización en concepto de lesiones y perjuicios de toda índole a favor de los actores, que en el caso de doña Celia asciende a la suma de setecientos cincuenta y nueve mil setecientos veinte euros con ochenta y seis céntimos (759.720,86 euros) y a don Eugenio en la cantidad de cuatro mil quinientos treinta y tres euros con ocho céntimos (4.533,08 euros), así como que sea condenada la aseguradora al abono de los intereses moratorios que serán los del art. 20 de la Ley del Contrato del Seguro, todo ello con expresa imposición de las costas procesales.

2.- El Procurador don José Angel López Aguilar, en nombre y representación de la Compañía de Seguros Allianz S.A, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia por la que se absuelva a mi representada de las pretensiones de la parte actora, con imposición a ésta de las costas, y, subsidiariamente, para el supuesto de que se estime parcialmente la demanda, se condene a Allianz, S.A. a pagar a don Eugenio la cantidad que resulte por sus 15 días de lesiones, aplicando el baremo de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguros en la Circulación de Vehículos a Motor del año 2002 y subsidiariamente del año 2003, y por los daños materiales que reclama, con deducción del tanto por ciento de culpa por su acreditada falta de cuidado que coadyuvó a la producción del siniestro y a doña Celia en la cantidad que resulte por los días de baja y secuelas fijados en el informe de sanidad

del Médico Forense de 5.10.2004 con aplicación del baremo del año 2002, y subsidiariamente del año 2004, con deducción del porcentaje que prudentemente fije el Juzgador en función al tanto de culpa que igualmente se fije por su acreditada falta de cuidado que coadyuvó a la producción del siniestro, sin intereses moratorios y sin costas.

Por el procurador don José Angel López Aguilar, en nombre y representación de la don Bernardino contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de Derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia por la que se absuelva a mi representado de las pretensiones de la parte actora, con imposición a ésta de las costas, y subsidiariamente para el supuesto de que se estime parcialmente la demanda, se condene a mi representado, solidariamente con Allianz S.A, a pagar don Eugenio la cantidad que resulte por sus 15 días de lesiones, aplicando el baremo de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor del año 2.002, y subsidiariamente del año 2.003, y por los daños materiales que reclama, con deducción del tanto por ciento de culpa por su acreditada falta de cuidado que coadyuvó a la producción del siniestro, y a D Celia en la cantidad que resulte por los días de baja y secuelas fijados en el informe de sanidad del Médico Forense de 5-10- 2.004, con aplicación del baremo del año 2.002, y subsidiariamente del año 2.004, con deducción del porcentaje que prudentemente fije el Juzgador en función al tanto de culpa que igualmente se fije por su acreditada falta de cuidado que coadyuvó a la producción del siniestro, sin intereses moratorios y sin costas.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número dos de Montoro, dictó Sentencia con fecha 16 de abril de 2006, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO Se estima parcialmente la demanda presentada por don Leonardo López Rodríguez, en nombre y representación de doña Celia y don Eugenio, contra don Bernardino y la Compañía Aseguradora Allianz, condenando a estas última solidariamente a indemnizar a doña Celia con la cantidad de cincuenta y siete mil setecientos veintinueve euros con veintinueve céntimos (57.729,29 euros) y a don Eugenio con la cantidad de dos mil doscientos sesenta y seis euros con cincuenta y cuatro céntimos (2.286,54 euros) más los intereses legales del artículo 20 L.C.S.

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de Celia y Eugenio y Allianz S.A y don Bernardino, la sección Primera de la audiencia Provincial de Córdoba, dictó Sentencia con fecha 14 de noviembre de 2008, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: Que desestimando íntegramente el recurso interpuesto por la representación procesal de doña Celia y don Eugenio y estimando el recurso interpuesto por la representación procesal de la entidad Aseguradora Allianz S.A, y de don Bernardino, ambos contra la Sentencia de fecha 16 de abril de 2008 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Montoro, en los autos de Juicio Ordinario nº 319/07, debemos revocar y revocamos la misma en el solo sentido de que las cantidades que deberán abonar los demandados son a doña Celia en la cantidad de 53.962,48 euros y a don Eugenio n 2.219,51 euros manteniendo íntegro el resto de los pronunciamientos, y todo ello sin hacer especial declaración sobre las costas de esta alzada devengadas por la interposición de ambos recursos.

TERCERO.- 1.- Contra la expresada Sentencia preparó y después interpuso recurso extraordinario por infracción procesal la representación procesal de doña Celia con apoyo en los siguientes MOTIVOS: PRIMERO.- Infracción de los artículos 217 y 218 L.E.C., al carecer de la necesaria motivación se articula en dos submotivos, en el Primero (a) concerniente a las conclusiones sobre las causas del accidente y grado de responsabilidad, por infracción de los arts 217 y 218 LEC, al carecer de la necesaria motivación e infringiendo las normas de valoración de la prueba, pues en al argumentación aunque aprecia acertadamente la Sentencia objeto de recurso que no existe cosa juzgada material, no obstante acepta los hechos de la sentencia penal del Juicio de Faltas, con falta de motivación, y no respetando las normas de carga de al prueba considerando que además los valora conforme postulados propios del proceso penal. En el Segundo (b), en lo concerniente a la valoración de las secuelas, estima que se ha aplicado de forma ilógica la prueba de presunciones, al estimar probado la Sentencia que la Sra. Celia no precisa de ayuda de terceros en las actividades más esenciales de la vida diaria, sobre la base de unos informes de detectives privados, cuando ha quedado acreditado que precisa y usa efectivamente silla de ruedas.

El RECURSO DE CASACIÓN se articula en los siguientes MOTIVOS.- PRIMERO.- Se alega vulneración de los arts 1902 CC y concordantes de la Ley de Responsabilidad Civil y seguro en al circulación de Vehículos de Motor, en su redacción dada por Ley 30/1 995 en relación con su Baremo Anexo, por indebida aplicación de la Tabla VI capítulo 1 cabeza, neurosis postraumática, en lo concerniente a la clasificación de la dolencia padecida por mi representada. SEGUNDO Se alega vulneración de los arts 1902 CC y concordantes de la Ley de Responsabilidad

Civil y seguro en al circulación de Vehículos de Motor, en su redacción dada por Ley 30/1995 en relación con su Baremo Anexo, por incorrecta aplicación del perjuicio estético , solicitando 24 puntos. TERCERO.- Se alega vulneración de los arts 1902 CC y concordantes de la Ley de Responsabilidad Civil y seguro en al circulación de Vehículos de Motor, en su redacción dada por Ley 30/1995 en relación con su Baremo Anexo por incorrecta aplicación de la Tabla VI Factores de Corrección por lesiones permanentes, perjuicios económicos. CUARTO.- Se alega vulneración de los arts 1902 CC y concordantes de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en al circulación de Vehículos de Motor, en su redacción dada por Ley 30/1995 en relación con su Baremo Anexo por no aplicación Tabla VI (Factores de corrección por indemnizaciones por lesiones permanentes), Daños Morales. , al no reconocer ninguna secuela con puntuación superior a 75 puntos. QUINTO.- Se alega vulneración de los arts 1902 CC y concordantes de la Ley de Responsabilidad Civil y seguro en al circulación de Vehículos de Motor, en su redacción dada por Ley 30/1995 en relación con su Baremo Anexo Tabla IV Factores de corrección, Grandes Inválidos , postulando la indemnización de 300.926,82 euros. SEXTO.- Se alega indebida aplicación del art 127 del reglamento General de Circulación apartados b y e, pues había circunstancias sociales, un festejo popular que justificaba un relajamiento en la exigencia de reflectantes y circulación por el arcén de los caballos. SEPTIMO.- Se alega incorrecta aplicación del art 1.1 párrafo 4º y apartado 7º del Anexo sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor en cuanto al sistema de compensación de culpas por ser el aplicado contrario a los criterios de ponderación lógica y racionalidad.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 9 de febrero de 2010 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el Procurador don Antonio Ramón Rueda López, en nombre y representación de Compañía de Seguros Allianz S.A, presentó escrito de impugnación al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 31 de enero del 2012, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doña Celia y don Eugenio , interpusieron demanda frente a don Bernardino y la Compañía Aseguradora Allianz, S.A en reclamación de 759.720 ,86 euros y 4.533,08 euros para una y otro, respectivamente, y de los intereses del artículo 20 LCS , en base al artículo 1902 CC, por las graves lesiones que sufrieron al alcanzar el vehículo que conducía el demandado a los caballos montados por los actores.

La Sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a los demandados a pagar solidariamente 57.729,29 euros a Doña Celia y 2. 266.54 euros a don Eugenio, más los intereses del artículo 20 LCS .

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por las partes demandantes y demandadas. La Sentencia de la audiencia Provincial de Córdoba desestimó íntegramente el recurso de doña Celia y de don Eugenio y estimó el de los demandados. Como consecuencia revocó la de 1ª instancia en el solo sentido de que la cantidad a abonar a Doña Celia es la de 53.962.48 euros y la de 2.219.51 euros a don Eugenio, manteniendo el resto de pronunciamientos.

La Sentencia estimó los recursos en el sentido de no apreciar cosa juzgada material respecto de la Sentencia penal absolutoria dictada en juicio previo a estas actuaciones , como hizo la Sentencia del juzgado , pero admite los hechos probados de la de primera instancia para mantener la concurrencia de culpas, al 50 %, y sostener que Doña Celia sufre a resultas del accidente un trastorno de conversión o somatomorfo asimilable en el Baremo a una neurosis postraumática de la Tabla VI y un perjuicio estético moderado, sin alcanzar la gran invalidez.

La representación procesal de doña Celia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.

SEGUNDO.- Se articula en dos submotivos, en el primero (a) concerniente a las conclusiones sobre las causas del accidente y grado de responsabilidad, por infracción de los artículos 217 y 218 L.E.C., y, particularmente , el artículo 1.1, párrafo segundo, de la Ley del Automóvil, al carecer la Sentencia de la necesaria motivación e infringir las normas de valoración de la prueba, pues en al argumentación, aunque aprecia acertadamente que no existe cosa juzgada material, acepta no obstante los hechos de la Sentencia penal del Juicio de Faltas, con falta de motivación y sin respetar las normas de carga de al prueba.

En el segundo (b), en lo relativo a la valoración de las secuelas, considera que se ha aplicado de forma ilógica la prueba de presunciones (artículo 386.1), al estimar acreditado la Sentencia que la Sra. Celia no precisa de ayuda de terceros en las actividades más esenciales de la vida diaria, sobre la base de unos informes de detectives privados, cuando ha quedado acreditado que precisa y usa efectivamente silla de ruedas.

Ambos se desestiman.

El recurso ofrece su particular versión sobre la forma de producirse el accidente y de valorarse las secuelas, a partir de la cita de una normativa que nada tiene que ver con una ni otra cuestión, y lo que realmente se combate es la significación jurídica de los hechos que la Sentencia tiene en cuenta para resolver, como constitutivos de la existencia de una culpa compartida, y esta significación forma parte del juicio jurisdiccional de la casación (SSTS 10 de junio y 26 de noviembre de 2010).

En primer lugar, el artículo 217 de la LEC se refiere a la carga de la prueba y el artículo 218.2 a la motivación, mientras que el artículo 1 de la Ley del Automóvil nada tiene que ver con la valoración de la prueba, sino con el criterio de imputación de responsabilidad que deriva de daños a las personas causados con motivo de la circulación fundado en el principio objetivo de la creación de riesgo.

Que la Sentencia tenga en cuenta la relación de hechos declarados probados de la Sentencia penal no implica que se hayan infringido ninguno de los preceptos que se mencionan, pues una cosa es que no exista cosa juzgada material y otra que el tribunal no pueda valorar las pruebas que las partes incorporaron al pleito. Pero es que, además, no es cierto. La Sentencia recurrida no aplica la doctrina de la carga de la prueba ni se limita a aceptar los hechos del juicio penal, lo que acepta, tanto por remisión, como por análisis propio, son tanto estos como aquellos que resultan de un análisis detallado de la prueba practicada en el juicio sobre la forma de producirse el accidente, con acierto o sin el pero en ningún caso de la forma que se dice en el motivo, y el hecho de que pueda no haberse extendido a todas las pruebas, dando razón del valor que a cada una otorga, no afecta a la motivación.

En segundo lugar, la Sentencia no infringe las normas sobre presunciones en lo concerniente a las secuelas sufridas por la recurrente porque no las utiliza. Lo que la Sentencia valora son los informes de detectives privados y los tres informes periciales que constan en la causa: del Médico Forense, del Doctor Maximino propuesto a instancia de la actora, y del Doctor Tomás propuesto a instancia de los demandados; además de los informes emitidos por el Hospital Nacional de Paraplégicos de Toledo y el Instituto Guttmann.

RECURSO DE CASACIÓN.

TERCERO.- Se formulan siete motivos. En el primero, se alega vulneración de los artículos 1902 CC y concordantes de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de Vehículos de Motor, en su redacción dada por Ley 30/1995, en relación con su Baremo Anexo, por indebida aplicación de la Tabla VI capítulo 1 (cabeza), neurosis postraumática en lo concerniente a la clasificación de la dolencia padecida por Doña Celia.

Se desestima.

El motivo no solo no contradice reiteradísima jurisprudencia de esta Sala que rechaza fórmulas genéricas como "y siguientes", "y concordantes" u otras similares, al ser una carga del recurrente la debida identificación de las normas infringidas (SSTS 24-1-01, 18-4-02, 20-10-04, 12-7-06, 17-12-10, 16-9-11, entre otras muchas), sino que además la patología que sufre la Sra. Celia es distinta de la que se quiere hacer valer al ser de naturaleza psiquiátrica, por lo que la ubicación en el Capítulo VI de la Tabla VI, que lleva por título médula espinal, carece de sentido puesto que ninguna lesión medular, completa o incompleta, ha podido advertirse, de acuerdo con la prueba que valora. El motivo hace supuesto de la cuestión para, sin alterar los hechos, tratar de ofrecer una solución jurídica distinta a la que resulta de los mismos. "Por mucho que lo pretenda la recurrente de forma lógicamente interesada, dice la Sentencia, no encuentra apoyo alguno, ni siquiera en el informe Don. Maximino, propuesto a su instancia, para acoger su pretensión: nos encontramos ante un trastorno de conversión o somatomorfo, y tal secuela en modo alguno puede asimilarse a la paraplejía."

CUARTO.- El motivo se plantea de la misma forma que el anterior: vulneración de los artículos 1902 CC y concordantes de la Ley de Responsabilidad Civil y seguro en la circulación de Vehículos de Motor, en su redacción dada por Ley 30/1995 en relación con su Baremo Anexo, por incorrecta aplicación del Perjuicio estético, solicitando 24 puntos.

Se desestima.

Es doctrina reiterada de esta Sala que aun siendo posible revisar en casación la aplicación de la regla conforme a la cual debe establecerse -en este caso el Baremo anexo a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor-, en los casos en que se haya inaplicado, se haya aplicado indebidamente o se

haya aplicado de forma incorrecta, en ningún caso, en cambio, puede ser objeto de examen en casación la ponderación y subsiguiente determinación del porcentaje de la cuantía indemnizatoria fijada por la norma para cada concepto que el tribunal de instancia haya efectuado en atención al concreto perjuicio que consideró acreditado (SSTS 6 de noviembre 2008 ; 22 de junio 2009, 15 de diciembre de 2010 , 27 de septiembre 2011).

QUINTO.- En el motivo tercero se postula una simple corrección aritmética del factor de corrección aplicado y reconocido en la Sentencia, que no es propia del recurso de casación, sino, en su caso, del de aclaración de la Sentencia, mientras que en el cuarto y en el quinto se denuncia la no aplicación de la Tabla IV , en su apartado de daños morales complementarios , y la incorrecta aplicación de la Tabla VI en su apartado de grandes inválidos, cuando las secuelas que padece la recurrente no alcanzan los 75 puntos, ni la recurrente tiene la condición de gran inválido.

SEXTO.- En el sexto se alega indebida aplicación del artículo 127 del reglamento General de Circulación, apartados b y e , pues había circunstancias sociales, un festejo popular, que justificaba un relajo en la exigencia de reflectantes y circulación por el arcén de los caballos.

Se desestima.

El rechazo se justifica porque lo que realmente se denuncia en el motivo es la infracción de normas reglamentarias , es decir, normas de rango inferior a la ley, que no pueden servir de base a un recurso de casación (S.S.T.S. de 30 de diciembre de 1998, 26 de septiembre de 2000 y 4 de julio 2002).

OCTAVO.- En el motivo séptimo se alega incorrecta aplicación del artículo 1.1 párrafo 4º y apartado 7º del Anexo sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor en cuanto al sistema de compensación de culpas por ser el aplicado contrario a los criterios de ponderación lógica y racionalidad.

Se desestima

Nada más lejos de la realidad que la Sentencia haya aplicado la compensación de culpas con los criterios que refiere el motivo.

Dice la sentencia de 26 de noviembre 2010 , con cita de numerosas resoluciones de esta misma sala , lo siguiente: "El art. 1.1 I y II LRCSVM 1995 establece un criterio de imputación de la responsabilidad derivada de daños a las personas causados con motivo de la circulación fundado en el principio objetivo de la creación de riesgo por la conducción. El régimen de responsabilidad por daños personales derivados de la circulación (artículo 1.1 II LRCSVM 1995) solamente excluye la imputación cuando se interfiere en la cadena causal la conducta o la negligencia del perjudicado (cuando los daños se deben únicamente a ellas) o una fuerza mayor extraña a la conducción y al funcionamiento del vehículo , salvo, en el primer caso, que concurra también negligencia del conductor, pues entonces procede la equitativa moderación de la responsabilidad y el reparto de la cuantía de la indemnización (artículo 1.1 IV LRCSVM 1995) (S.S.T.S. 12 y 16 de diciembre de 2008), declarando la ST.S. 25 de marzo 2010 que "La existencia de una conducta negligente por parte del perjudicado da lugar a una moderación de la responsabilidad del conductor según en el artículo 1.2 LRCSVM. Esta limitación se justifica en que, fundándose la responsabilidad del conductor por daños a las personas en el riesgo objetivo creado por la circulación (artículo 1.1 LRCSVM), el legislador considera que la negligencia del perjudicado constituye una circunstancia susceptible de ser apreciada objetivamente , la cual, según su grado de relevancia, determina que no sea imputable al conductor en todo o en parte el resultado dañoso producido (STS 12 de diciembre de 2008, RC núm. 2479/2002)". En suma, la limitación de la responsabilidad del conductor por negligencia de la víctima obedece a una ausencia total o parcial de relación causal entre su conducta y el resultado producido , y, en consecuencia, afecta al alcance de la responsabilidad civil dimanante de aquélla, cualquiera que sea el tipo de indemnización procedente y la persona que deba percibirla

En este caso, el recurso soslaya las conclusiones probatorias alcanzadas por la Audiencia Provincial para dar relevancia al atestado de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil y defender la culpa exclusiva del conductor del automóvil. Dice la Sentencia recurrida que el conductor del vehículo conducía de forma desatenta y a una velocidad inadecuada, como viene recogido en dicho atestado , y que los caballistas van por vía insuficientemente iluminada, cuando ya se había puesto el sol, sin señalización alguna que sirviera para advertir su presencia al resto de los usuarios. La circulación ofrece, sin duda, circunstancias complejas, especialmente en algunas carreteras, a partir de una presencia combinada de vehículos de distinta naturaleza , potencial y riesgo: ciclistas, motoristas, motociclistas, peatones y, como en este caso , personas montadas a caballo. Todos ellos crean un riesgo previsible de daño y aunque en la LRCSVM este riesgo se impute exclusivamente al conductor de vehículos a motor, ello no supone desconocer la conducta desarrollada por la víctima. En un sistema de responsabilidad como el previsto en la LRCSVM, se debe limitar necesariamente la responsabilidad del conductor por negligencia de la

víctima en razón a una ausencia, sino total, si parcial de relación causal entre su conducta y el resultado producido, con evidente reflejo en cuanto al alcance de la responsabilidad civil dimanante de aquélla , como hicieron las Sentencias de ambas instancias, cuyas conclusiones se admiten.

La demandante , desde el momento en que se incorpora a la carretera, asume en parte y de forma consciente el riesgo creado por la conducción de un caballo. Este riesgo finalmente se materializó mediante su atropello, estando a su alcance evitarlo de haber circulado por el arcén, que lo había en el tramo en que el accidente ocurre, y con algún dispositivo de iluminación o reflectante, como también pudo evitarlo el conductor del turismo, de haber sido más cauteloso a la hora de descubrir la presencia de los jinetes dado que no era un factor sorpresivo, ya que era romería.

NOVENO.- Se desestiman los recursos y se imponen las costas a la recurrente, de conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398 , ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por lo expuesto , en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

Desestimar los recursos formulados por la Procuradora Doña Carmen María Moreno Reyes, en la representación que acredita de Doña Celia, contra la Sentencia dictada por la sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba de 14 de Noviembre de 2008, con expresa imposición de las costas causadas a la recurrente. Líbrese a la mencionada audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos , mandamos y firmamos Francisco Marín Castán .Jose Antonio Seijas Quintana.Francisco Javier Arroyo Fiestas. Roman Garcia Varela. Xavier O'Callaghan Muñoz Firmado y Rubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio Seijas Quintana, ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Marginal: 2380250

Nº Resolución: 50/2012

Nº Recurso: 522/2011

Tipo: Sentencia

Jurisdicción: Civil

Fecha: 09/02/2012

Tribunal: Audiencia Provincial de Valladolid

Sala:

Sección:

Procedimiento: Recurso apelación LEC 2000

Ponente: MIGUEL ANGEL SENDINO ARENAS

A favor de: Consumidor

Resumen CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES .- Reclamación de cantidad.- Incuestionable realidad y liquidez de la obligación de pago reclamada por la actora.-

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada frente a Sentencia parcialmente estimatoria del Juzgado de Primera Instancia Numero 11 de Valladolid, sobre reclamación de cantidad.

La Sala declara que frente a la incuestionable realidad y liquidez de la obligación de pago reclamada por la actora, el incumplimiento y la eventual deuda que la demandada pretende hacer valer, vía excepción, como causa de inexigibilidad, carece de toda seguridad y certeza, pues por lo que se refiere a defectos y deficiencias en los kioscos entregados, la actora ha aportado la prueba demostrativa de su reparación y compensación, que el Juzgador ha valorado con buen sentido (factura de abono y partes de trabajo firmados de conformidad,) y por lo que se refiere a la no entrega de otro kiosco, basta leer el documento en cuestión, para ver que en el no se recoge la obligación o compromiso que afirma la recurrente, es decir, la fabricación y entrega de un kiosco sin coste alguno para ella.

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

VALLADOLID

SENTENCIA: 00050/2012

RECURSO DE APELACION (LECN)522/2011

SENTENCIA Nº 50/2012

ILMO. SR. PRESIDENTE

D. JOSE JAIME SANZ CID

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

D. MIGUEL ANGEL SENDINO ARENAS

D. ANGEL MUÑIZ DELGADO

En Valladolid a nueve de Febrero de dos mil doce.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 003, de la Audiencia Provincial de VALLADOLID, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0002706 /2009, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 11 de VALLADOLID, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000522 /2011, en los que aparece como parte apelante, TIENDAS LA RAPA SL, representado por el Procurador de los tribunales, D^a. MARIA YOLANDA GUTIERREZ IGLESIAS, asistido por el Letrado D^a. EVA VICTORIA BENITO AGUNDEZ, y como parte apelada, TALENT FOR 2005, representado por el Procurador de los tribunales, D^a. TATIANA GONZALEZ RIOCEREZO, asistido por el Letrado D. JOSE VAQUERO TURIÑO, sobre reclamación de cantidad, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. D. MIGUEL ANGEL SENDINO ARENAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 11 de VALLADOLID, se dictó sentencia con fecha 17 de junio de 2011, en el procedimiento Juicio ORDINARIO 2706/2009 del que dimana este recurso. Se aceptan los antecedentes de Hecho de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- La expresada Sentencia contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento: "Que estimando parcialmente la demanda presentada por la Procuradora Sra. González Rocerezo, en nombre y representación de Talent For 2005 S.L. contra Tiendas la Rapa S.L. debo condenar a dicha demandada a abonar a la actora la cantidad de cinco mil ciento cuarenta y un euros con sesenta y cuatro céntimos (5.141 ,64 ?) más los intereses legales desde el 20 de marzo de 2009, así como el pago de las costas procesales". Que ha sido recurrido por la representación procesal de TIENDAS LA RAPA SL, habiéndose opuesto la parte contraria.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a esta audiencia Provincial para la Resolución del recurso de apelación

interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, señalándose la Audiencia del día 1 de febrero de 2012, para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La representación procesal de la mercantil demandada TIENDAS DE LA RAPA S.L. recurre en apelación la Sentencia de instancia que estima la demanda interpuesta contra ella por TALENT FOR 2005 S.L. y condena a dicha demanda a que abone a la actor la suma de 5.141,64 Euros mas intereses legales desde el 20 de marzo y costas, correspondiente a parte del precio debido por unos trabajos de construcción de sendos kioscos que le fueron encargados por la demandada en la segunda mitad del año 2008. Alega como motivos de su recurso, resumidamente; errónea valoración judicial de la prueba practicada y especialmente el documento numero 9 aportado con la contestación a la demanda , ya que en contra de lo concluye, ha quedado acreditado, no solo la existencia de desperfectos o deficiencias de los kioscos entregados por la actora sino también el incumplimiento por parte de esta del compromiso de entregar otro kiosco sin coste para la demandada, por lo que la deuda pretendida no resulta vencida ni líquida ni exigible, e incluso no existe deuda alguna, ya que lo adeudado por la demandada a la excede con creces , lo que se le reclama de adverso; infracción, por aplicación indebida de lo dispuesto en el artículo 1.100 C Civil, orden al devengo de intereses moratorios en las obligaciones recíprocas, e infracción de lo dispuesto , en orden a las costas procesales, en el artículo 394 de la LECivil . Pide por todo ello se dicte nueva Sentencia que revoque la de instancia y desestime la demanda o subsidiariamente se deje sin efecto los pronunciamientos referidos al pago de intereses legales moratorios y a la condena en costas procesales. Se opone la demandante a este recurso solicitando su desestimación y la íntegra confirmación de la Sentencia apelada.

SEGUNDO. El primero de los motivos planteados por la recurrente se circunscribe, según lo dicho, a determinar si el Juzgador de la instancia ha incurrido o no en la errónea valoración que denuncia. No cuestiona propiamente la realidad de la deuda a cuyo pago es condenado por la Sentencia apelada, deuda que en todo caso ha quedado debidamente acreditada a tenor de la documental (facturas , y pagaré) aportada por la actora junto con el interrogatorio de D. Millán, como bien explica y argumenta el Juzgador de instancia en el apartado segundo del fundamento segundo de su Sentencia que por consiguiente compartimos y refrendamos, sino que cuestiona el carácter vencido líquido y exigible de dicha deuda por haber incurrido la actora en un incumplimiento de las obligaciones contraídas (existencia de defectos y deficiencias en los kioscos entregados y faltar al compromiso de entregar a la demandada un kiosco sin coste alguno).

Pues bien, teniendo en cuenta que corresponde a la demandada recurrente, de conformidad con las reglas del artículo 217.2 LEC, el deber procesal de acreditar debidamente la existencia del incumplimiento contractual que imputa a la actora como hecho impeditivo o extintivo de la obligación de pago que esta reclama y acredita, la conclusión a la que llega este tribunal, tras examinar el contenido del documento al que alude la demandada recurrente y resto de las pruebas practicadas, en modo alguno difiere de la alcanzada y explicada por la Sentencia de instancia a lo largo de su Fundamento Primero que hemos refrendado.

Frente a la incuestionable realidad y liquidez de la obligación de pago reclamada por la actora , el incumplimiento y la eventual deuda que la demanda pretende hacer valer, vía excepción, como causa de inexigibilidad, carece de toda seguridad y certeza, pues por lo que se refiere a defectos y deficiencias en los kioscos entregados, la actora ha aportado la prueba demostrativa de su reparación y compensación, que el Juzgador ha valorado con buen sentido (factura de abono y partes de trabajo firmados de conformidad,) y por lo que se refiere a la no entrega de otro kiosco, basta leer el documento en cuestión para ver que en el no se recoge la obligación o compromiso que afirma la recurrente , es decir, la fabricación y entrega de un kiosco sin coste alguno para ella. Se limita señalar de forma un tanto vaga e imprecisa, literalmente: "Queda pendiente la realización y entrega de un kiosco por parte de la mercantil Talent for 2005 a Tiendas la Rapa S.L", pero nada dice, y bien pudo hacerlo, respecto a que dicha entrega , no entrañara gasto o coste alguno para la demandada, o, que se condicionaba a algún proyecto o ubicación concreta o a un tamaño determinado, ni tan siquiera que de alguna manera dicha entrega se vinculaba supeditaba al pago de la deuda que en esa fecha se reconoció en favor de la actora y para cuyo abono, la demandada, sin hacer reserva ni objeción ninguna, libró un pagaré por el total importe a que ascendía la misma, 13.425,84 Euros.

TERCERO. Desestimamos por lo dicho el recurso de apelación y confirmamos la Sentencia de instancia en todos sus pronunciamientos incluido el referido al pago de intereses moratorios y costas procesales , ya que el hecho de

que la sentencia haya rebajado en una muy pequeña porción la suma reclamada (284,20 Euros +226 Euros, de un total 5651,84 Euros) no impide que el deudor, en relación con dicha suma, sea condenado al abono de intereses moratorios desde que fue extrajudicialmente requerido de pago, (Art.1.100 C Civil) de conformidad con la moderna doctrina jurisprudencial que ha venido suavizando el rigor de la aplicación del brocardo "in illiquidis non fit mora" (S.S.T.S. de 5 de marzo de 1992 ; 17 de febrero de 1994, 18 de febrero de 1994 ; 21 de marzo de 1994, 19 de junio de 1995 ; 9 de diciembre de 1995 , y 27 de febrero de 1996 entre otras muchas) y que, respecto de la doctrina tradicional, se caracteriza fundamentalmente por atender más a la realidad incuestionable del adeudo, que al aspecto secundario de la cantidad reclamada; como tampoco impide que en materia de costas sea condenado, en aplicación del principio general de vencimiento objeto , pues propiamente no estamos ante una estimación parcial de la demanda, sino prácticamente total o sustancial de la misma, como bien argumenta la Sentencia apelada que por ello también debe ser confirmada en estos dos pronunciamientos.

Las costas originadas por esta Alzada se imponen a la parte demandada recurrente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación;

FALLO

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada frente a la Sentencia de fecha 17 de junio de 2011 dictada en juicio Ordinario 2706/2009 seguido ante el juzgado de Primera Instancia Numero 11 de Valladolid, y CONFIRMAMOS dicha resolución imponiendo a la parte recurrente las costas originadas por esta Alzada.

De conformidad con lo dispuesto en el apartado noveno de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según redacción de la Ley Orgánica 1/2009, publicada el día 4 de noviembre y vigente desde el día siguiente , acordamos, también, la pérdida para el recurrente del depósito constituido al haberse inadmitido su recurso, debiéndose dar a aquel el destino previsto en dicha disposición.

sentencia susceptible de recurso de casación por interés casacional a interponer ante esta Sala, para su Resolución por el Tribunal Supremo, en plazo de 20 días desde su notificación.

Así , por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos , mandamos y firmamos.



Marginal: 2371729

Nº Resolución: 26/2012

Nº Recurso: 275/2009

Tipo: Sentencia

Jurisdicción: Civil

Fecha: 30/01/2012

Tribunal: Tribunal Supremo

Sala: Sala Primera

Sección:

Procedimiento: Recurso apelación LEC 2000

Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA

A favor de: Demandado

Resumen RESPONSABILIDAD CIVIL.- Lesiones causadas en el manejo de explosivos.- Culpa exclusiva de la víctima.-

Se desestima el recurso de casación formulado contra Sentencia desestimatoria de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Asturias, sobre reclamación de cantidad.

La Sala declara que es hecho probado de la Sentencia que el demandante, en la condición de ingeniero técnico de minas, con la especialidad de laboreo y explosivos, fue contratado para llevar la dirección facultativa de la obra, siendo responsable de que se cumplieran las medidas de seguridad en el manejo de explosivos, tanto en su activación como destrucción, lo que llevó a cabo a partir de un plan de voladuras que tenía a su disposición, y que era suficiente para el desarrollo de dicha actividad en la forma que figuraba en aquella documentación.

Asumió como tal el riesgo que finalmente se materializó, al no alejarse a la distancia mínima de seguridad del lugar donde se había prendido fuego a los trozos de cordón detonante. No es posible, por tanto, poner a cargo de la empresa a la que prestaba servicio el grave resultado producido -juicio de reproche subjetivo- pues nada omitió para un buen desarrollo de los trabajos que, de haberlo tenido en cuenta el demandante, hubiera evitado el accidente lesivo.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Enero de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Séptima con sede en Gijón de la Audiencia Provincial de Asturias, como consecuencia de autos de juicio ordinario nº 248/2006, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Gijón, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la representación procesal don Rodolfo, la procuradora doña Maria Dolores de la Plata. Habiendo comparecido en calidad de recurrido la procuradora doña Isabel Julia Corujo, en nombre y representación de Ferpi, Transportes y Obras S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- La Procuradora doña Carmen Menendez Alvarez, en nombre y representación de don Rodolfo, interpuso demanda de juicio ordinario, contra la entidad mercantil Ferpi, Transportes y Obras Sociedad Anónima y la entidad mercantil ACS, Proyectos, Obras y Construcciones Sociedad Anónima y alegando los hechos y fundamentos de Derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara Sentencia por la que estimando la presente demanda en todas sus partes, se condene a los demandados, la entidad mercantil Ferpi, Transportes y Obras Sociedad Anónima y ACS, Proyectos, Obras y Construcciones Sociedad Anónima conjunta y solidariamente; o alternativamente de forma mancomunada y por iguales partes o en las partes que señale el Juzgador, o alternativamente, aquel de los demandados, que resulte culpable de la prueba que se practique; a pagar a mi representado, don Rodolfo, la cantidad de ochocientos cincuenta y nueve mil novecientos cuarenta y dos euros con treinta y cuatro céntimos (859.942,34 euros), con los intereses que en Derecho correspondan, y a satisfacer las costas judiciales.

2.- El Procurador don Juan Ramón Suárez García, en nombre y representación de Dragados S.A (antes denominada ACS Proyectos Obras y Construcciones S.A), contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de Derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia por la que desestimando la susodicha demanda se absuelva libremente a mi poderdante de las pretensiones contra ella deducidas por el demandante, con imposición de costa a este último.

El Procurador don Abel Celemín Viñuela, en nombre y representación de la mercantil Ferpi, Transportes y Obras S.A, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación,

terminó suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia a medio de la cual se desestime íntegramente la demanda formulada de contrario acogiendo la falta de responsabilidad de los codemandados en los hechos con expresa imposición de las costas procesales al actor.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Gijón, dictó Sentencia con fecha 29 de septiembre de 2006 , cuya parte dispositiva es como sigue:FALLO: Estimo en parte la demanda deducida a instancias de don Rodolfo en cuanto se refiere a la demanda Ferpi Transportes y Obras S.A, en consecuencia , la condeno a indemnizarle en la cantidad de doscientos treinta y siete mil setenta y nueve euros con setenta y tres céntimos de euros (237.079,63 euros) , aumentada en el interés previsto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Con desestimación, en lo demás, de la misma demanda, en cuyos particulares absuelvo a la referida demanda. Y desestimó íntegramente la misma demanda en cuanto afecta a la también demandada A.C.S Proyectos Obras y Construcciones, hoy Dragados S.A Y en consecuencia, la absuelvo de cuantas pretensiones se contienen en aquella. Debiendo cada cual soportar las costas causadas a su instancia y las comunes , de haberlas, por mitad.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de Ferpi Transportes y Obras S.A, la Sección séptima de la Audiencia Provincial de Gijón, dictó Sentencia con fecha 22 de septiembre de 2008, cuya parte dispositiva es como sigue:FALLAMOS: Se desestima la impugnación de la Sentencia formulada por la representación de don Rodolfo, y, estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de Ferpi Transportes y Obras S.A contra la Sentencia de fecha 29 de septiembre de 2006, dictada en autos de Juicio Ordinario núm 248/06 seguidos en el Juzgado de Primera Instancia núm 10 de Gijón , debemos revocar y revocamos dicha Resolución , y en su lugar se acuerda; " Se desestima la demanda interpuesta por don Rodolfo contra Ferpi Transportes y Obras S.A y ACS Proyectos, Obras y Construcciones S.A (hoy Dragados S.A) absolviendo a la demandada de todas las pretensiones contenidas en la misma, con imposición de las costas de primera instancia al demandante en los términos expuestos en el cuanto de los fundamentos de Derecho de la presente resolución. En cuanto a las costas causadas en esta segunda instancia, las de la impugnación de la Sentencia se imponen al impugnante, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las del recurso de apelación.

TERCERO .- 1.- Contra la expresada Sentencia preparó y después interpuso recurso extraordinario por infracción procesal la representación procesal de don Rodolfo , con apoyo en los siguientes MOTIVOS: PRIMERO.- Infracción del art. 24 de la Constitución al no haber entrado la Resolución recurrida a conocer del contenido de la impugnación de la Sentencia de primera instancia.SEGUNDO .- Infracción de los arts. 289.1, 365, 367, 369, 370, 372 y 373 de la LEC y del art. 24 de la Constitución, al haber asumido la declaración del trabajador que constaba en atestado policial, a fin de argumentar sobre la culpa exclusiva de la víctima sin que dicha declaración fuera averada en el juicio, bajo el principio de contradicción.

La misma representación interpuso recurso de casación con apoyo en los siguientes MOTIVOS: PRIMERO.- Resulta procedente el recurso de casación por razón de la cuantía y por la infracción del artículo 1902 del Código Civil .SEGUNDO .- Se alega que la Sentencia aplica la doctrina de la culpa exclusiva de la víctima a una persona que utiliza el método de destrucción de explosivos impuesto y habitual en la empresa y por consiguiente se opone la doctrina de la responsabilidad por riesgo según la cual las consecuencias dañosas de ciertas actividades o conductas debe hacer sobre la que ha creado el peligro para un tercero. TERCERO.- Se alega que la Sentencia ignora la doctrina de que la cualificación del trabajador no exime a la empresa de impartir las debidas instrucciones y supervisar la tarea cuando esta entraña riesgo.CUARTO.- Se argumenta sobre la rigurosa prueba del nexo causal y la inversión de la carga de la prueba , art. 216.6. L.E.C. .QUINTO .-Se argumenta sobre las costas impuestas en primera instancia, artículo 398 LEC .

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo , por auto de fecha seis de abril de 2010 se acordó:

1º) INADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesales de don Rodolfo, contra la Sentencia dictada, con fecha 22 de septiembre de 2008, por la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7 con sede en Gijón), en el rollo de apelación nº 153/2007, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 248/2006 del Juzgado de 1 Instancia nº 10 de Gijón, respecto a las infracciones alegadas en los motivos cuarto y quinto del escrito de interposición.

2º) ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesales de don Rodolfo, contra la sentencia dictada , con fecha 22 de septiembre de 2008, por la audiencia Provincial de Asturias (sección 7 con

sede en Gijón), en el rollo de apelación nº 153/2007, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 248/2006 del Juzgado de 1 Instancia nº 10 de Gijón , respecto a las infracciones alegadas en los motivos primero, segundo y tercero del escrito de interposición.

3º) ADMITIR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuesto por la representación procesal de don Rodolfo, contra la Sentencia dictada, con fecha 22 de septiembre de 2008, por la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7 con sede en Gijón), en el rollo de apelación nº 153/2007, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 248/2006 del Juzgado de 1º Instancia nº 10 de Gijón .

Dese traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la Procuradora doña Isabel Julia Corujo, en nombre y representación de Ferpi , Transportes y Obras S.A presentó escrito de impugnación al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 17 de enero del 2012, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Rodolfo, hoy recurrente, formuló demandada de juicio ordinario frente a Ferpi Transportes y Obras, S.A., y ACS Proyectos, Obras y Construcciones S.A. (en la actualidad Dragados, S.A.) , en reclamación de cantidad por las lesiones sufridas, al producirse una explosión trabajando para la empresa codemandada Ferpi, subcontratada por ACS, en las obras de construcción de un tramo de autovía A-6 (Tamón-Villaalegre), cuando procedía a la destrucción de los restos de cordón detonante sobrante de las voladuras.

La Sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda deducida frente a FERPI, al apreciar la concurrencia de culpas , y la desestimó íntegramente respecto a la codemandada ACS.

Frente a dicha Resolución se preparó recurso de apelación por la codemandada condenada y por la actora, si bien únicamente fue formalizado por FERPI, al que se opuso la actora, impugnado también la Sentencia, impugnación a la que se opuso la codemandada alegando su improcedencia por extemporánea.

La audiencia Provincial desestimó la impugnación efectuada por la parte actora y estimó le recurso de apelación interpuesto por FERPI, revocando la Sentencia recurrida acordando desestimar la demandada. Para la Audiencia no es admisible que quien en principio fue apelante principal, pueda después, cuando ese recurso ha quedado desierto, plantear sus discrepancias con la Resolución a través de la vía de la impugnación de la Sentencia.

En lo que respecta al fondo del asunto , rechaza los argumentos de culpa compartida equivalente de la Sentencia apelada, señalando que lo único cierto y probado es que no intervino culpa o negligencia alguna por parte de la entidad demandada, sino que el accidente fue debido exclusivamente a la falta de una elemental precaución por parte del accidentado, persona cualificada, Ingeniero Técnico de Minas, con la especialidad de laboreo y explosivos, de no alejarse, una vez prendido fuego, a la distancia mínima de seguridad , permaneciendo en el momento de la deflagración muy próximo a la misma.

Frente a la anterior Resolución se formaliza recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación al amparo de los ordinales 2º y 3º del artículo 477.2 de la LEC, siendo la vía del ordinal 2º el cauce casacional adecuado al tratarse de un procedimiento tramitado en atención a la cuantía y superar el límite legal.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL .

SEGUNDO.- Se formulan dos motivos. En el primero se alega la infracción del artículo 24 de la Constitución al no haber entrado la resolución recurrida a conocer del contenido de la impugnación de la Sentencia de primera instancia.

Se desestima.

La cita del artículo 24 CE se hace para denunciar la infracción de las normas del ordenamiento jurídico procesal que debió haber sido aplicada, sin la cita imprescindible de un concreto precepto procesal. El Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que ampara el artículo 24 de la Constitución comprende el derecho a obtener una Resolución motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de la solicitud dirigida al órgano judicial, y esta respuesta ha sido dada con absoluta corrección en la instancia, sin que nada tenga que ver aquella tutela constitucional con la interpretación que la Sentencia hizo con absoluta corrección del artículo 461 de la LEC, al que parece anudar la recurrente el motivo. Del artículo 461.2 L.E.C. se desprende que la impugnación de la Sentencia sólo puede plantearla "quien inicialmente no hubiera recurrido", y esta condición no la tenía el recurrente que preparó el recurso de apelación, que luego se declaró desierto , y que no puede subsanarlo después mediante la

impugnación, entre cuyas funciones no está la de corregir las omisiones o incumplimientos padecidos al formular el recurso de apelación.

TERCERO.- En el segundo motivo se alega la infracción de los artículos 289.1, 365, 367, 368, 370, 372 y 373 de la LEC, y del artículo 24 de la Constitución, al haber asumido la Sentencia la declaración del trabajador que constaba en atestado policial, a fin de argumentar sobre la culpa exclusiva de la víctima sin que dicha declaración fuera averada en el juicio, bajo el principio de contradicción.

El motivo no permite conocer como y de que forma se han vulnerado los preceptos que se citan en el motivo que, además, vienen referidos a cuestiones tan variadas como a la forma de practicarse las pruebas y a la prueba de testigos en aspectos tales como el juramento o promesa, preguntas generales, contenido y admisibilidad de las preguntas, examen del testigo, intervención de las partes y careo; todo ello para denunciar que la declaración de un determinado testigo no fue averada en el juicio cuando la Sentencia toma su declaración de la prueba documental aportada por el propio recurrente como parte integrante de las diligencias penales previas seguidas con motivo del accidente.

RECURSO DE CASACIÓN.

CUARTO.- El recurso de casación se desarrolla en cinco motivos, si bien el primero se destina a señalar la procedencia del recurso de casación por razón de la cuantía y por la infracción del artículo 1902 del Código civil sin más razonamientos, mientras que el tercero y el cuarto han sido inadmitidos.

En el segundo se alega que la Sentencia aplica la doctrina de la culpa exclusiva de la víctima a una persona que utiliza el método de destrucción de explosivos impuesto y habitual en la empresa, y por consiguiente se opone la doctrina de la responsabilidad por riesgos según la cual las consecuencias dañosas de ciertas actividades o conductas debe recaer sobre el que ha creado el peligro para un tercero, mientras que en el tercero se alega que la sentencia ignora la doctrina de que la cualificación del trabajador no exime a la empresa de impartir las debidas instrucciones y supervisar la tarea, cuando ésta entraña riesgo.

Ambos se desestiman.

Es cierto que en casos de actividades especialmente peligrosas, como la que se desarrollaba por la víctima, no es suficiente el cumplimiento de las normas y Reglamentos, debiendo el empresario extremar su diligencia. Ahora bien, el riesgo que deriva de la manipulación de explosivos lo creó el propio lesionado, que lo conocía como parte de su actividad, pues no hubo ningún incremento o agravación imprevisible, desproporcionado o distinto del que figuraba en el manual de empleo de explosivos editado por la Unión Española de Explosivos, ni en particular en la ficha de seguridad del fabricante. Es hecho probado de la Sentencia que Don Rodolfo, en la condición de ingeniero técnico de minas, con la especialidad de laboreo y explosivos, fue contratado para llevar la dirección facultativa de la obra, siendo responsable de que se cumplieran las medidas de seguridad en el manejo de explosivos, tanto en su activación como destrucción lo que llevó a cabo a partir de un plan de voladuras que tenía a su disposición y que era suficiente para el desarrollo de dicha actividad en la forma que figuraba en aquella documentación.

Asumió como tal el riesgo que finalmente se materializó al no alejarse a la distancia mínima de seguridad del lugar donde se había prendido fuego a los trozos de cordón detonante. No es posible, por tanto, poner a cargo de la empresa a la que prestaba servicio el grave resultado producido -juicio de reproche subjetivo- pues nada omitió para un buen desarrollo de los trabajos que, de haberlo tenido en cuenta, hubiera evitado el accidente lesivo. La responsabilidad prevista en el artículo 1.902 del Código Civil no se funda única y exclusivamente en la situación de riesgo sino que exige la culpa o negligencia del demandado como presupuesto de su obligación de reparar el daño (S.S.T.S. 13 de marzo de 2.002, 4 de julio y 6 de septiembre de 2.005, 25 de enero de 2006, 7 de enero de 2.008, entre otras). Y si bien es cierto que la técnica de inversión de la carga de la prueba tiene su ámbito de aplicación precisamente en ese elemento subjetivo de la culpa o negligencia, también lo es que en todo caso (imputación objetiva o subjetiva), es preciso que se pruebe la existencia del nexo causal, correspondiendo la carga de la prueba al perjudicado que ejercita la acción.

QUINTO.- Se desestiman ambos recursos y se imponen las costas a la recurrente, de conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

Desestimar los recursos por infracción procesal y de casación formulados por la Procuradora Doña María Dolores de la Plata Corbacho, en la representación que acredita de d. Rodolfo, contra la Sentencia dictada por la sección

Séptima de la Audiencia Provincial de Asturias de 22 de Septiembre de 2007, con expresa imposición de las costas causadas al recurrente.

Líbrese a la mencionada audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia , que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATI.V.A. pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Francisco Marín Castan.Jose Antonio Seijas

Quintana.Francisco Javier Arroyo Fiestas Roman Garcia Varela .Xavier O'Callaghan Muñoz.Firmado y Rubricado.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio Seijas Quintana, ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Marginal: 2380249

Nº Resolución: 12/2012

Nº Recurso: 12/2010

Tipo: Sentencia

Jurisdicción: Civil

Fecha: 31/01/2012

Tribunal: Audiencia Provincial de Almería

Sala:

Sección:

Procedimiento: Recurso apelación LEC 2000

Ponente: JESUS MARTINEZ ABAD

A favor de: Aseguradora

Resumen RECLAMACIÓN DE CANTIDAD.- Daños derivados de accidente de tráfico.- No cabe imputar de forma indubitada la responsabilidad del evento dañoso a la automovilista demandada.-

Se desestima el recurso de apelación deducido contra Sentencia desestimatoria del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de El Ejido, sobre reclamación de daños y perjuicios por un accidente de tráfico.

La Sala declara que no cabe imputar de forma indubitada la responsabilidad del evento dañoso a la automovilista demandada ni, correlativamente, puede descartarse la ausencia de negligencia en la conductora del vehículo del actor, a quien incumbía acreditar los hechos en que se sustenta su pretensión, de conformidad con el art. 217.2 de la LEC, lo que acarrea inexorablemente la improsperabilidad de la acción ejercitada, tal y como acertadamente resolvió el Juzgado de instancia.

SENTENCIA12/12

=====

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D^a. TÁRSILA MARTÍNEZ RUIZ

MAGISTRADOS:

D. JESÚS MARTÍNEZ ABAD

D^a. SOLEDAD JIMÉNEZ DE CISNEROS CID

=====

En la Ciudad de Almería a Treinta y uno de Enero de dos mil doce.

La Sección Tercera de esta Audiencia Provincial, ha visto y oído en grado de apelación, rollo número 12/2010, los autos de Juicio Verbal nº 123/2009 procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de El Ejido, entre partes, de una como demandante- apelante, D. Vicente, representado por la Procuradora D^a. María Alicia de Tapia Aparicio y dirigida por la Letrada D^a. María Dolores del Águila del Águila y, de otra como demandada-apelada, la entidad aseguradora "FIATC Seguros, S.A.", representada por el Procurador D. Javier Romera Galindo y dirigida por el Letrado D. Enrique Romera Galindo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la Sentencia apelada como relación de trámites y antecedentes del procedimiento.

SEGUNDO.- Por la Sra. Juez del juzgado de 1ª Instancia nº 5 de El Ejido, en los referidos autos se dictó Sentencia con fecha 7 de octubre de 2009 que desestima totalmente la demanda e impone al actor las costas del procedimiento.

TERCERO.- Contra la referida sentencia y por la representación procesal de la parte actora se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación, mediante escrito en el que se solicitó se dicte nueva Sentencia que estime íntegramente las pretensiones de la demanda con imposición de costas a los demandados por las razones expuestas en dicho escrito.

CUARTO.- El recurso deducido fue admitido en ambos efectos, dándose traslado del mismo a la parte apelada, que solicitó la confirmación de la mencionada resolución con imposición de costas a la parte recurrente.

QUINTO.- A continuación, se elevaron las actuaciones a este Tribunal donde, formado y registrado el correspondiente Rollo, se turnó de ponencia y, no habiéndose solicitado prueba en esta segunda instancia, ni habiéndose estimado necesaria la celebración de vista, se señaló el pasado día 30 de enero para deliberación, votación y fallo.

SEXTO.- En la tramitación de esta alzada se han observado las prescripciones legales.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. magistrado D. JESÚS MARTÍNEZ ABAD.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la Sentencia de instancia, que desestima totalmente la pretensión indemnizatoria deducida en la demanda, en resarcimiento de los daños materiales sufridos por el vehículo propiedad del demandante a resultas de la colisión con el turismo conducido por la demandada y asegurado con la compañía codemandada, hecho ocurrido en la calle La Tundra de la localidad de El Ejido el día 25 de septiembre de 2008 sobre las 8.30 horas, interpone la parte actora recurso de apelación a fin de que se revoque la Resolución combatida, y en su lugar, se estimen íntegramente los pedimentos de la demanda.

La parte demandada-apelada, en trámite de oposición al recurso, solicitó la confirmación de la Sentencia combatida.

SEGUNDO.- Alega la recurrente, como único motivo de impugnación, el error en la valoración de la prueba en que a su juicio habría incurrido la Resolución de instancia al no atribuir a la conductora codemandada la responsabilidad de la colisión origen de los daños cuya indemnización se reclama.

En este sentido, conviene puntualizar que la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, a propósito de la valoración de la prueba, remite en su art. 376 a las reglas de la sana crítica, matizando que deberán tenerse en cuenta la razón de conocimiento del testigo, circunstancias que en ellos concurren y en su caso el resultado de una posible tacha. A esta libre valoración de la prueba se ha referido reiteradamente el Tribunal Supremo (SS. 28-11-1.992 y 11-4-1.998) proclamando que las reglas de la sana crítica a las que deberá acudirse para realizar la valoración, si bien no están codificadas han de entenderse como las más elementales directrices de la lógica humana. Y en orden al alegado error en la valoración de la prueba y a las facultades revisoras del Tribunal de apelación constituye también doctrina jurisprudencia reiterada (SS 2-12-1.997, 30-7-1.998 y 3-3-1.999) que la apreciación de la prueba testifical es facultad discrecional del Juzgador de instancia, operando como límites valorativos las conclusiones obtenidas de las mismas que se evidencien arbitrarias, irracionales o contrarias a la razón de ciencia y demás circunstancias de los testigos de Ponentes. En definitiva, y partiendo de la ventaja que para el Juez "a quo" supone la inmediatez que le permite presenciar personalmente el desarrollo de los hechos, la revisión de la sentencia deberá centrarse en comprobar que aquélla aparece suficientemente expresada en la resolución recurrida y que las conclusiones fácticas a los que así llegue no pongan de manifiesto un error evidente o resulten incompletas, incongruentes o contradictorias, sin que por lo demás sea lícito sustituir el criterio del Juez "a quo" por el criterio personal e interesado de la parte recurrente.

A este respecto, es preciso recordar que conforme a doctrina consolidada de la mayoría de las Audiencias Provinciales, cuando se trata de accidentes de tráfico y dentro de los límites del aseguramiento obligatorio, hay que distinguir, en orden a la valoración de la carga de la prueba y de las excepciones oponibles, entre los daños materiales y los personales, y así cuando de aquéllos se trata, rige en toda su amplitud el principio culpabilístico consagrado en el art. 1902 del C.C. y ello por mor de lo dispuesto en el párrafo 3º del art. 1.1 de la Ley sobre Responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor, según el cual: "en el caso de daños en los bienes, el conductor responderá frente a terceros cuando resulte civilmente responsable según lo dispuesto en los artículos 1902 y siguientes del Código Civil...", de modo que el actor, para que prospere su demanda habrá de probar los requisitos del art. 1902 Cc.

Así pues, en los supuestos de responsabilidad civil por daños únicamente materiales causados en accidentes de circulación y, en concreto, en los supuestos de colisión de vehículos, la prueba del daño y de la relación de causalidad entre el mismo y la acción negligente que se atribuye al conductor contrario incumbe al demandante, porque no es aplicable la teoría de la responsabilidad por riesgo ni la inversión de la carga de la prueba. Téngase presente que el presupuesto esencial de la acción fundada en la culpa extracontractual o aquiliana, recogida en el art. 1902 CC, radica en la existencia de una imprudencia como causa eficiente de un resultado lesivo o dañoso o en términos de la moderna doctrina, en previsibilidad y evitabilidad de tal resultado mediante una conducta exigible, lo que traducido al presente supuesto implica verificar si alguno de los conductores incurrió en tal tipo de negligencia, siendo quien sostiene la falta de diligencia aquél que debe justificar el proceder descuidado y culpable, conforme a las reglas que rigen el «onus probandi» en base a lo dispuesto en el art. 217 de la L.E.C.; toda vez que el principio de la responsabilidad cuasi-objetiva basado en la doctrina de creación del riesgo sólo es predicable cuando exclusivamente o con carácter primordial, una de las partes lo crea, lo que obviamente no acontece cuando dos vehículos de motor se hallan en circulación, ya que el riesgo inherente a ambos es idéntico, como pareja su potencial peligrosidad y así lo declara la jurisprudencia (ss.T.S. 15 abril 1992, 5 octubre 1993, 29 abril 1994, 17 junio 1996, y 6 de marzo de 1998 entre otras).

TERCERO.- Desde las anteriores premisas de orden normativo y jurisprudencial, la revisión en la alzada del material probatorio obrante en autos permite alcanzar una conclusión coincidente con la sostenida por la Juez de instancia en el Tercer Fundamento Jurídico de su Resolución, pues las pretensiones actoras devienen improsperables a tenor de la orfandad probatoria en que se asientan los hechos constitutivos de la demanda, ya que manteniendo los conductores implicados versiones opuestas en cuanto a la forma en que se produjo la colisión, no ha sido capaz el demandante de articular una prueba sólida e irrefutable respecto de las tres circunstancias esenciales definitorias del siniestro: 1) cuál de las dos conductoras implicadas no prestó la atención y diligencia necesaria para prevenir y evitar el siniestro; y, 2) si la colisión se produjo cuando el vehículo de los demandados, efectuando maniobra de estacionamiento marcha atrás, se interpuso en la trayectoria del contrario que circula inmediatamente detrás -como sostiene la parte apelante- o, por el contrario, se produjo cuando este último golpeó al que le precedía, el cual había terminado prácticamente de aparcar, como aseguran los demandados, no existiendo en autos una sola prueba mínimamente solvente, ya sea objetiva (atestado o diligencias preventivas policiales) o personal (testigo presencial) que avale la tesis defendida por el ahora recurrente, habida cuenta que el testigo supuestamente imparcial propuesto por la parte actora incurrió en contradicciones en el interrogatorio judicial respecto de lo que manifestó en la declaración jurada que se acompañó a la demanda como documento nº 3, pues si en este afirmó que se encontraba "parado entre Av. Príncipes de España y calle La Tundra", lo que podría indicar que circulaba en un vehículo que en aquel momento se había detenido en una intersección, en el juicio aseguró que en esos momentos caminaba para recoger su coche que había dejado aparcado en la calle donde se produjo la colisión, lo que hace más inexplicable aun si cabe su anterior versión de que estaba parado cuando ocurrieron los hechos.

Por otra parte, dicho testimonio presenta importantes lagunas que debilitan su eficacia probatoria, como ha tenido ocasión de comprobar esta Sala mediante el visionado de la grabación del juicio, ya que ni fue capaz de concretar mínimamente los daños sufridos por el automóvil del demandante ni, lo que es más importante, tampoco pudo precisar si el vehículo contrario había terminado prácticamente la maniobra de estacionamiento cuando sobrevino la colisión.

Así pues, no cabe imputar de forma indubitada la responsabilidad del evento dañoso a la automovilista demandada ni, correlativamente, puede descartarse la ausencia de negligencia en la conductora del vehículo del actor, a quien incumbía acreditar los hechos en que se sustenta su pretensión, de conformidad con el art. 217.2 de la LEC, lo que acarrea inexorablemente la improsperabilidad de la acción ejercitada, tal y como acertadamente resolvió el Juzgado de instancia.

CUARTO.- En consecuencia, el recurso ha de ser rechazado, manteniéndose en su integridad la Sentencia apelada por ser plenamente ajustada a derecho, pronunciamiento que acarrea la imposición a la parte apelante de las costas causadas en esta alzada (art. 398.1 en relación con el 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

VISTAS las disposiciones citadas y demás de pertinente y general aplicación

FALLO

Que con DESESTIMACIÓN del recurso de apelación deducido contra la Sentencia dictada en fecha 7 de octubre de 2009 por la Sra. Juez del juzgado de Primera Instancia nº 5 de El Ejido en autos de Juicio Verbal de que deriva la presente alzada, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la expresada resolución, con imposición a la parte recurrente de las costas ocasionadas en esta alzada.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia acompañados de certificación literal de la presente Resolución a efectos de ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada que fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman, estando celebrando audiencia Pública el mismo día de su fecha, de todo lo cual doy fe.

Marginal: 2380229	Nº Resolución: 32/2012	Nº Recurso: 329/2010
Tipo: Sentencia	Jurisdicción: Civil	Fecha: 31/01/2012
Tribunal: Audiencia Provincial de Cuenca	Sala:	Sección:
Procedimiento: Recurso apelación LEC 2000		
Ponente: JOSE EDUARDO MARTINEZ MEDIAVILLA		
A favor de: Empresa		

Resumen RECLAMACIÓN DE CANTIDAD.- Daños por supuesta avería telefónica.- Validez de la prueba testifical impugnada.- En ningún momento se consignó protesta formal por la práctica de esa prueba.-

Se desestima el recurso de apelación interpuesto contra Sentencia desestimatoria del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Motilla del Palancar, sobre reclamación de cantidad.

La Sala declara que para que pudiera prosperar la nulidad pretendida de la prueba testifical, debería constar la reclamación practicada para la subsanación tan pronto como fue conocida la irregularidad, con la consiguiente protesta formal en el supuesto de que no se hubiera producido la subsanación pedida; pues de no ser así, podría hacerse depender de la parte interesada el resultado final del proceso, con evidente perjuicio para los demás intereses en juego.

Y la parte recurrente, en ningún momento consignó su protesta formal por la práctica de la prueba testifical.

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

CUENCA

SENTENCIA: 00032/2012

Sentencia.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CUENCA

Apelación Civil nº 329/2010.

Juicio Ordinario nº 174/2009.

Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Motilla del Palancar.

SENTENCIA Nº 32/2012.

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. Antonio Díaz Delgado.

Magistrados:

D. José Eduardo Martínez Mediavilla.

D. Ernesto Casado Delgado.

Ponente: Sr. Martínez Mediavilla SENTENCIA num. 32/2012

En Cuenca, a 31 de Enero de dos mil doce.

Vistos ante esta Audiencia Provincial, en trámite de recurso de apelación nº 329/2010, los autos de Juicio Ordinario nº 174/2009 procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Motilla del Palancar, iniciados a instancia de D^a. Emma, representada en la instancia por la Procuradora de los Tribunales D^a. Cristina Poves Gallardo y dirigida por el Letrado D. Javier Gallén Matas, contra la entidad TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., representada en la instancia por la Procuradora de los Tribunales D^a. María del Carmen Martínez Ruiz y asistida por el Letrado D. Luis Aranda Alonso, sobre reclamación de cantidad, (17.817,63 ?), en virtud de recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D^a. Emma contra la Sentencia dictada en primera instancia, por el ya referido Juzgado, en fecha 19 de Mayo de dos mil diez; habiendo sido Ponente el Ilmo. Sr. D. José Eduardo Martínez Mediavilla.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el juzgado de Primera Instancia nº 1 de Motilla del Palancar se dictó Sentencia, en fecha 19 de Mayo de dos mil diez, en cuyo Fallo se estableció lo siguiente:

"Que desestimando íntegramente la demanda presentada por la Procuradora Sra. Poves Gallardo, en nombre de D^{ña}. Emma contra la COMPAÑÍA TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU, representada por la Procuradora Sra. Martínez Ruiz, debo absolver a la demandada de todos los pedimentos formulados en su contra, condenando a la actora al pago de las costas causadas en esta instancia".

Segundo.- Notificada la anterior resolución a las partes, por la representación procesal de D^a. Emma se preparó e interpuso contra la misma recurso de apelación, en el que interesaba la revocación de la sentencia impugnada y que se dictase nueva Resolución por la que se estimara íntegramente la demanda; todo ello con imposición de las costas de primera instancia a la parte demandada.

Tercero.- Admitido a trámite el recurso de apelación, y dado el correspondiente traslado del escrito de interposición, la representación procesal de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., presentó escrito de oposición al recurso; interesando la confirmación de la Sentencia de instancia, con imposición a la parte recurrente de las costas correspondientes a la alzada.

Cuarto.- Recibidas las actuaciones en esta audiencia Provincial, se procedió a formar el correspondiente Rollo de apelación; asignándole el número 329/2010. Se turnó la ponencia y finalmente se señaló para deliberación, votación y fallo el día 31 de Enero de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El recurso de apelación objeto de análisis se basa, en síntesis, en lo siguiente:

1. Nulidad de la prueba sobre la que se fundamenta la desestimación de la demanda. Vulneración del artículo 225.3 de la L.E.Civil.

La prueba testifical propuesta por la parte demandada, y admitida, se refería a los empleados de ITT que efectuaron la reparación; y en el acto de juicio se presentó el Sr. Jose Francisco, Delegado Provincial en Albacete de ITT. En consecuencia, la prueba se desarrolló faltando a lo previsto en los artículos 282 y 362 de la L.E.Civil; resultando nula de pleno Derecho al haber comparecido como testigo quien carecía de las circunstancias de identificación previstas en el apartado segundo del artículo 362 de la L.E.Civil, (la prueba venía referida a los empleados que efectuaron la reparación y, sin embargo, compareció un ejecutivo que desde su oficina dio por cerrada la incidencia al considerar que no existía avería alguna). Todo lo expuesto resulta bastante para considerar nula de pleno derecho la prueba practicada y, consiguientemente, entender no ajustada a Derecho la afirmación contenida en la fundamentación jurídica de la Sentencia de considerar probada la reparación de la avería en virtud del testimonio prestado por quien no fue propuesto como testigo por la parte demandada.

2. Vulneración del artículo 217.3 de la L.E.Civil y error en la valoración de la prueba.

Se articula tal motivo como subsidiario del anterior; para el caso de no prosperar la nulidad invocada. La interpretación que hace el Juzgador de instancia de la prueba testifical es sesgada; y ello atendiendo a la totalidad de las manifestaciones del testigo. Con dicho testimonio no se consigue acreditar de contrario la efectiva reparación de la avería.

Existe una errónea valoración del conjunto de la prueba practicada, pues con la misma queda suficientemente acreditada la realidad del daño y que el mismo se debió a una avería en el sistema telefónico.

Segundo.- El primero de los motivos de recurso debe rechazarse; y ello por lo siguiente:

A. Para que pudiera prosperar la nulidad pretendida de la prueba testifical debería constar la reclamación practicada para la subsanación tan pronto como fue conocida la irregularidad, con la consiguiente protesta formal en el supuesto de que no se hubiera producido la subsanación pedida; pues de no ser así podría hacerse depender de la parte interesada el resultado final del proceso, con evidente perjuicio para los demás intereses en juego, (sentencia del Tribunal Constitucional 30/1986, de 20 de Febrero).

B. Los Tribunales ordinarios vienen rechazando la nulidad cuando la parte no ha efectuado protesta por la práctica de una prueba que, en su opinión, incurría en defectos, (en tal sentido, Sentencia, por ejemplo, de la audiencia Provincial de Avila, sección 1^a, de 20.03.2003, recurso 113/2003).

C. Y la parte recurrente en ningún momento consignó su protesta formal por la práctica de la prueba testifical. Así se comprueba en la grabación de la vista, ya que:

-en el minuto 10,55 hizo constar su protesta por la negativa a la práctica del careo; no por la práctica de la prueba testifical en la forma en la que se llevó a cabo;

-y en el minuto 5,45 simplemente indicó, con relación a la testifical, que "... la prueba es totalmente inútil...".

Tercero.- El segundo de los motivos de recurso también debe rechazarse; y ello por lo siguiente:

Según reiterado y constante criterio Jurisprudencial, y de esta Sala, la valoración probatoria es facultad de los Tribunales sustraída a los litigantes, que sí pueden aportar las pruebas que la normativa legal autoriza, pero en forma alguna tratar de imponerla a los Juzgadores, pues no puede sustituirse la valoración que el Juzgador de instancia hizo de toda la prueba practicada por la valoración que realiza la parte recurrente, función que

corresponde única y exclusivamente al Juzgador a quo y no a las partes, habiendo entendido igualmente la jurisprudencia que el Juzgador que recibe la prueba puede valorarla de forma libre, aunque nunca de manera arbitraria, transfiriendo la apelación al Tribunal de segunda instancia el conocimiento pleno de la cuestión, pero quedando reducida la alzada a verificar si en la valoración conjunta del material probatorio se ha comportado el Juez a quo de forma ilógica, arbitraria, contraria a las máximas de experiencia o a las normas de la sana crítica, o si, por el contrario, la apreciación conjunta de la prueba es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso, (S.S.T.S. de 26.01.1998 y 15.02.1999). Pues bien, sabido es que la obligación que el artículo 120.3 de la Constitución, en relación con el artículo 24.1 del mismo Texto, impone a los Tribunales de motivar debidamente las Resoluciones por ellos dictadas en el ejercicio de su Jurisdicción con el fin de dar a conocer a las partes las razones de las decisiones judiciales y propiciar su crítica a través de los recursos, permite, según ha señalado reiterada doctrina emanada tanto del Tribunal Constitucional, (Sentencias del T. Cons., por ejemplo, 231/97, 116/98 ó 187/2000), como de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, (Sentencias, por ejemplo, de 2 y 23 de Noviembre de 2001), la motivación por remisión a una resolución anterior, cuando la misma se estime adecuada, y precisamente porque en ella se exponen argumentos correctos y bastantes que fundamentaban la decisión adoptada, ya que no cabe duda que en tales supuestos, y como precisa la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, por ejemplo, de 20.10.1997, subsiste la motivación de la Resolución puesto que se asume explícitamente por el otro Juzgado o Tribunal. Y en el caso de autos asumimos explícita e íntegramente las argumentaciones del Juzgador de instancia; considerando por ello que la valoración de la prueba llevada a cabo por el mismo ha sido correcta, máxime teniendo en cuenta lo siguiente:

-el testigo propuesto por la parte demandada fue contundente al indicar que la incidencia quedó definitivamente zanjada a las 16,12 horas del 21.12.2008, (minuto 4,32 de la grabación del juicio), y que él comprobó que la línea funcionaba, (minuto 4,44 de la grabación), porque de hecho se contestó al teléfono, (minuto 5,05 de la grabación), manifestaciones que ponen de relieve, por un lado, que la parte demandada sí ha acreditado la efectiva solución de la incidencia, (por lo que no se ha vulnerado el artículo 217.3 de la L.E.Civil), y, por otro lado, que el daño sufrido por la parte actora no fue debido a un problema de la línea telefónica, ya que la incidencia había quedado solventada a las 16,12 horas del 21.12.2008, (como ya se ha dicho), y la alteración en las condiciones ambientales de las naves se produjo con posterioridad a dicho momento, en concreto entre la noche del día 21 y la madrugada del día 22 de Diciembre de 2008, (como se especifica en el primer párrafo del hecho tercero de la demanda), habiéndose agregado por el ya referido testigo que no le constaba que con posterioridad a la solución de la incidencia se hubiese realizado otro aviso por la parte demandante, (minuto 5,20 de la grabación).

Cuarto.- La desestimación del recurso de apelación comportará, por un lado, la imposición de las costas de la alzada a la parte recurrente, (art. 398.1 de la L.E.Civil en relación con el art. 394.1 del mismo Texto Legal), y, por otro lado, la pérdida del depósito de 50 ? efectuado por la misma parte para apelar, (Disposición Adicional 15ª de la L.O.P.J.).

Vistos los preceptos legales invocados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que desestimando como desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Dª. Emma contra la Sentencia dictada por el juzgado de Primera Instancia nº 1 de Motilla del Palancar en fecha 19 de Mayo de dos mil diez, en el Juicio Ordinario nº 174/2009, del que dimana el Rollo de Apelación nº 329/2010, declaramos que debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS ÍNTEGRAMENTE LA RESOLUCION RECURRIDA; con imposición a la parte recurrente de las costas procesales devengadas en la presente alzada.

Se declara la pérdida del depósito de 50 ? efectuado por la parte recurrente para la apelación; al cual se le dará el destino legal.

Notifíquese esta sentencia a las partes; haciéndoles saber que es firme y que frente a ella no cabe recurso.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Marginal: 2371709

Nº Resolución: 20/2012

Nº Recurso: 165/2009

Tipo: Sentencia

Jurisdicción: Civil

Fecha: 31/01/2012

Tribunal: Tribunal Supremo

Sala: Sala Primera

Sección:

Procedimiento: Recurso casación-Derechos Fundamentales

Ponente: RAFAEL GIMENO-BAYON COBOS

A favor de: Demandado

Resumen DERECHO SOCIETARIO.- Responsabilidad de Administradores.- Falta de adaptación de los Estatutos a lo dispuesto en la LSA.-

Se desestima el recurso de casación interpuesto por los Administradores codemandados contra Sentencia estimatoria de la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid, sobre reclamación de cantidad, solidariamente, contra una Sociedad y sus Administradores.

La Sala declara que, además de que el recurso habría de desestimarse, por su defectuosa formulación, se ha de resaltar que la disposición transitoria tercera del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, dispone en el número 1 que las mismas deberán adaptar sus estatutos a lo dispuesto en la Ley, si estuvieran en contradicción con sus preceptos, antes del 30 de junio de 1992 y, en el número 3, que "[t]ranscurridos los plazos a que se refieren los apartados anteriores sin haberse adoptado e inscrito las medidas en ellos previstas, los administradores y, en su caso, los liquidadores responderán personal y solidariamente entre sí y con la sociedad de las deudas sociales".

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Enero de dos mil doce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto los recursos de casación interpuestos por don Narciso y doña Reyes y por don Roque contra la sentencia dictada por la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid el día veintitrés de octubre de dos mil ocho, en el recurso de apelación 158/2007, dimanante del juicio ordinario 1390/2003, del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Madrid.

Han comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente don Narciso y doña Reyes representados por el Procurador de los Tribunales don ANTONIO ALBALADEJO MARTÍNEZ.

También ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente don Roque, representado por el Procurador de los Tribunales don ANTONIO MARTÍN FERNÁNDEZ.

En calidad de parte recurrida ha comparecido COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS Y REASEGUROS DE CRÉDITO Y CAUCIÓN S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales doña MARÍA IRENE ARNÉS BUENO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: LA DEMANDA Y SU ADMISIÓN A TRÁMITE

1. La Procuradora doña MARÍA IRENE ARNÉS BUENO, en nombre y representación de COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS Y REASEGUROS DE CRÉDITO Y CAUCIÓN S.A., interpuso demanda contra SNELL INTERNACIONAL SA, don Narciso, doña Reyes y don Roque.

2. La demanda contiene el siguiente suplico:

AL JUZGADO SUPLICO: Que teniendo por presentado este escrito y con los documentos que se acompañan y sus copias, se sirva admitirlo y en su virtud, acuerde tenerme por parte en la representación en que comparezco y deo acreditada, se dé traslado de la demanda y documentos a los codemandados, emplazándoles para que comparezcan y contesten a la demanda en el plazo legal si a su derecho conviniere, para en su día, previos los trámites legales, incluido el recibimiento a prueba del presente juicio, se dicte Sentencia por la que estimando la demanda, se condene a la codemandada SNELL INTERNACIONAL SA a pagar a la demandante la cantidad de TRESCIENTOS SETENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS TREINTA CON ONC.E. EUROS (373.830,11 euros) con más intereses legales y costas, e igualmente se condene solidariamente a los integrantes del Consejo de administración de la codemandada, DON Narciso -PRESIDENTE-, DOÑA Reyes -VICEPRESIDENTE- y DON Roque -CONSEJERO SECRETARIO- como responsables solidarios, al pago de la cantidad reclamada a la COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS Y REASEGUROS DE CRÉDITO Y CAUCIÓN SA, todo ello más los intereses legales y costas.

3. La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia 10 de Madrid que la admitió a trámite, siguiéndose el procedimiento con el número 1390/2003 de juicio ordinario.

SEGUNDO: LAS CONTESTACIONES

4. En los expresados autos compareció SNELL INTERNACIONAL SA, EN LIQUIDACIÓN, representada por el Procurador de los Tribunales don JAVIER DEL CAMPO MORENO , que contestó a la demanda y suplicó al Juzgado que dictase Sentencia en los siguientes términos:

SUPLICO.- Que tenga por presentado este escrito y sus copias en la presentación procesal que ostento, se me tenga por personado en tiempo y forma n nombre y representación de la mercantil Snell Internacional S.A En Liquidación y por formulada contestación a la demanda, y tras los trámites legales oportunos dicte Sentencia por la que desestime la demanda con imposición de las costas a la parte actora, por los motivos expuestos en los hechos y fundamentos de Derecho del presente escrito.

5. También se personaron don Narciso y doña Reyes, representados por el Procurador de los Tribunales don ANTONIO ALBALADEJO MARTÍNEZ, que contestó a la demanda y suplicó al Juzgado que dictase Sentencia en los siguientes términos:

SUPLICO: Que tenga por presentado este escrito y sus copias en la representación procesal que ostento y en consecuencia se tenga por contestada en tiempo y forma la demanda , y tras los trámites legales oportunos interesamos se dicte Resolución estimando las excepciones procesales alegadas por esta parte con expresa imposición de costas a la actora, y para el caso de que no se estimasen dichas excepciones interesamos del Juzgado se dicte Sentencia desestimatoria de la demanda en el sentido de absolver a mis mandantes dé la condena de pago que se pide en el suplico de la demanda, con expresa imposición de costas a la parte actora.

6. Finalmente compareció don Roque, representado por el Procurador de los Tribunales don ANTONIO MARTÍN FERNÁNDEZ, que contestó a la demanda y suplicó al Juzgado que dictase Sentencia en los siguientes términos:

SUPLICO AL JUZGADO.- Que, habiendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo , y tener por CONESTADA la demanda planteada de contrario, tenerme por comparecido y parte en nombre de mi representado DON Roque, entendiéndose conmigo las sucesivas diligencias, y en su día, previos los trámites legales oportunos , se dicte Sentencia, absolviendo de los pedimentos de la demanda a mi representado, con imposición de costas a la actora, por ser de hacer en justicia que pido.

TERCERO: LA SENTENCIA DE LA PRIMERA INSTANCIA

7. En los repetidos autos 1390/2003 de juicio ordinario del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Madrid, recayó Sentencia el día cinco de junio de dos mil seis cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLO: Que estimando en parte la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Dña. M^a Irene Arnes Bueno en representación de COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS Y REASEGUROS DE CRÉDITO Y CAUCIÓN SA contra SNELL INTERNACIONAL SA, representada por el Procurador de los Tribunales D. Javier del Campo Moreno y contra los miembros de su Consejo de Administración, D. Narciso, D^a Reyes, representados por el Procurador de los Tribunales D. Antonio Albaladejo Martínez, y D. Roque, representado por el Procurador de los Tribunales D. Antonio Martín Fernández, debo condenar y condeno a SNELL INTERNACIONAL SA a abonar a la parte actora la cantidad de TRESCIENTOS SETENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS TREINTA CON ONCE EUROS (373.830,11 euros), más los intereses legales del fundamento jurídico quinto.

Y debo absolver y absuelvo a D. Narciso, D^a Reyes y D. Roque de todos los pedimentos contra ellos deducidos en la demanda.

Sin expresa imposición de las costas procesales causadas.

Así por esta mi Sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo".

CUARTO: LA SENTENCIA DE APELACIÓN

8. Interpuestos sendos recursos de apelación contra la anterior Resolución por las representaciones de COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS Y REASEGUROS DE CRÉDITO Y CAUCIÓN S.A. y de SNELL INTERNACIONAL S.A. -ésta por vía de impugnación del recurso de contrario- y seguidos los trámites ante la Sección 28^a de la Audiencia Provincial de Madrid con el número de recurso de apelación 158/2007, el día veintitrés de octubre de dos mil ocho recayó Sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:

F A L L O

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de la COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS Y REASEGUROS DE CRÉDITO Y CAUCIÓN SA contra la Sentencia dictada el 5 de junio de 2000 por el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Madrid , en el juicio ordinario nº 1390/2003 del que este rollo dimana, y

desestimando el recurso planteado por vía de impugnación por la representación de SNELL INTERNACIONAL SA contra dicha Resolución, debemos revocar y revocamos en parte la misma , quedando el fallo del litigio en los siguientes términos:

1º) confirmamos la condena impuesta en primera instancia por principal e intereses a SNELL INTERNACIONAL SA, si bien el importe de los intereses legales se incrementará para ésta en dos puntos desde la fecha de la Sentencia del Juzgado (5 de junio de 2000).

2º) condenamos a D. Narciso, Dª Reyes, representados por el Procurador de los Tribunales D. Antonio Albaladejo Martínez, y D. Roque a responder , de modo solidario, ante la COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS Y REASEGUROS DE CRÉDITO Y CAUCIÓN SA de la citada deuda por importe de TRESCIENTOS SETENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS TREINTA CON ONCE EUROS (373.830,11 euros) , y, por tanto, al pago de la misma, más los intereses legales devengados desde la interpelación judicial hasta la fecha de la presente Resolución (23 de octubre de 2008), elevándose el tipo aplicable en dos puntos desde esta última hasta que se produzca el pago.

3º) Imponemos a todos los citados demandados el pago de las costas ocasionadas en la primera instancia a la parte actora.

4º) No efectuamos expresa imposición de las costas correspondientes a la apelación planteada por la COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS Y REASEGUROS DE CRÉDITO Y CAUCION S.A.; y

5º) Imponemos a SNELL INTERNACIONAL SA las costas derivadas de su apelación.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los ilustrísimos señores Magistrados integrantes de este tribunal.

9. La Sentencia de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de veintitrés de octubre de dos mil ocho, fue aclarada por auto de dieciocho de noviembre de dos mil ocho , cuya parte dispositiva es como sigue:

DISPONEMOS: Proceder a rectificar dicho error material expuesto en el antecedente de esta resolución, en el sentido de que en el fallo de la misma, donde figura que la fecha de la Sentencia del juzgado es 5 de junio de 2000 debe decir y leerse en lo sucesivo 5 de junio de 2006 .

Contra esta Resolución no cabe interponer recurso alguno.

Así por este auto lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados arriba referenciados.

QUINTO: LOS RECURSOS

10. Contra la expresada sentencia dictada en el recurso de apelación 158/2007 por la sección 28ª de la audiencia Provincial de Madrid el día veintitrés de octubre de dos mil ocho, el Procurador de los Tribunales don ANTONIO ALBALADEJO MARTÍNEZ, en nombre y representación de don Narciso y doña Reyes interpuso recurso de casación con apoyo en los siguientes motivos:

Primero: Vulneración de la disposición transitoria tercera del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, en relación con el artículo 1838 del Código Civil .

Segundo: Vulneración de lo dispuesto en los artículos 1.100, 1.101 y 1.108 del Código Civil .

11. También recurrió el Procurador de los Tribunales don ANTONIO MARTÍN FERNÁNDEZ , en nombre y representación de don Roque, cuyo recurso de casación se basa en los siguientes motivos:

Primero: Vulneración de la disposición transitoria tercera del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, en relación con el artículo 1838 del Código Civil .

Segundo: Vulneración de lo dispuesto en los artículos 1.100, 1.101 y 1.108 del Código Civil .

SEXTO: ADMISIÓN DE LOS RECURSOS Y OPOSICIÓN

12. Recibidos los autos en esta Sala Primera del Tribunal Supremo se siguieron los trámites oportunos con el número de recurso de casación 165/2009.

13. Personados don Narciso y doña Reyes bajo la representación del Procurador don ANTONIO ALBALADEJO MARTÍNEZ y don Narciso bajo la representación del Procurador don ANTONIO MARTÍN FERNÁNDEZ, el día dos de febrero de dos mil diez , la Sala dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

LA SALA ACUERDA

1º) ADMITIR LOS RECURSOS DE CASACIÓN interpuestos por D. Narciso, Dña. Reyes, y D. Roque contra la Sentencia dictada , en fecha 23 de Octubre de 2008, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18), en el rollo nº 158/2007 , dimanante del juicio ordinario nº 1.390/2003, del Juzgado de 1ª Instancia nº 10 de Madrid .

2º) Habiéndose personado en el presente rollo la parte recurrida, entréguese copia del escrito de interposición del recurso de casación formalizado, con sus documentos adjuntos , a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que, en el plazo de VEINTE DÍAS, formalice su oposición por escrito, durante los cuales estarán de manifiesto

las actuaciones en la Secretaría.

14. El referido auto fue aclarado por otro de once de mayo de dos mil diez cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

LA SALA ACUERDA

RECTIFICAR EL Auto de 2 de Febrero de 2010 y corregir el error material consistente en reflejar que la Procuradora Dña. MARÍA IRENE ARNÉS BUENO se persona en calidad de recurrente, y DISPONER que la Procuradora Dña. MARÍA IRENE ARNÉS BUENO, en nombre y representación de la entidad CRÉDITO Y CAUCIÓN, CIA ESPAÑOLA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A se persona en calidad de RECURRIDO.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos.

15. Dado traslado de los recursos, la Procuradora doña IRENE ARNÉS BUENO en nombre y representación de COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS Y REASEGUROS DE CRÉDITO Y CAUCIÓN SA presentó sendos escritos de impugnación con base en las alegaciones que entendió oportunas.

SÉPTIMO: SEÑALAMIENTO

16. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día once de enero de dos mil doce, en que ha tenido lugar.

Ha sido ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayon Cobos, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

NOTA PREVIA: Las Sentencias que se citan son de esta Sala Primera del Tribunal Supremo si no se indica lo contrario.

PRIMERO: RESUMEN DE ANTECEDENTES

1. Hechos

17. Los hechos que ha tenido en cuenta la Sentencia recurrida, integrados en lo menester, en lo que interesa a efectos de esta Sentencia y en síntesis, son los siguientes:

- 1) El 3 de mayo de 1990, la compañía SNELL INTERNACIONAL, S.A pactó con el Gobierno Vasco el suministro e instalación de una galería de tiro móvil, modelo "HOBO RANGE".
- 2) A raíz de las graves anomalías en el diseño y funcionamiento de la galería de tiro, el Gobierno Vasco procedió a resolver unilateralmente el contrato.
- 3) Desestimados los sucesivos recursos interpuestos contra dicha resolución, por auto de 15 de abril de 2002 se acordó la inadmisión del recurso de casación interpuesto contra la Sentencia del Tribunal superior de justicia del País Vasco.
- 4) El 1 de abril de 2003 la COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS Y REASEGUROS DE CRÉDITO Y CAUCIÓN SA, en calidad de avalista de SNELL INTERNACIONAL SA, tuvo que desembolsar a favor de la Tesorería General del País Vasco, en abril de 2003, la cantidad de 373.830,11 euros.

18. También tienen interés los siguientes hechos

- 1) La compañía SNELL INTERNACIONAL, S.A., constituida en el año 1984 bajo el régimen de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, tenía como socios fundadores y miembros del Consejo de administración hasta el 16 de mayo de 2003, a don Narciso y doña Reyes y don Roque
- 2) El 30 de junio de 1992 SNELL INTERNACIONAL, S.A, no había adaptado sus estatutos al Real decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, lo que tuvo lugar por acuerdo adoptado en la junta general de 16 de mayo de 2003 en la que se acordó la disolución y liquidación de la sociedad.

2. Posición de la demandante

19. La demandante, de forma acumulada, interesó la condena de la compañía avalada al pago de la cantidad satisfecha en cumplimiento del aval, y la de los administradores a responder de la deuda contraída por la sociedad.

3. Posición de las demandadas

20. La compañía demandada sostuvo la correcta ejecución del contrato que le vinculaba con el Gobierno Vasco y que COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS Y REASEGUROS DE CRÉDITO Y CAUCIÓN SA, no le comunicó el pago realizado, a fin de reclamar de aquél la devolución del material entregado y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

21. Los administradores demandados se opusieron a la demanda y suplicaron su desestimación en los términos

que se transcriben en el antecedente de hecho segundo de esta Sentencia.

4. La Sentencia de la primera instancia

22. La Sentencia de la primera instancia estimó la demanda contra SNELL INTERNACIONAL, S.A. y desestimó la interpuesta contra los administradores don Narciso y doña Reyes, don Roque, habida cuenta de que antes de la interposición de la demanda la sociedad había adoptado el acuerdo de disolverse.

5. La Sentencia de la segunda instancia

23. La Sentencia de la segunda instancia, por un lado, estimó el recurso interpuesto por COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS Y REASEGUROS DE CRÉDITO Y CAUCIÓN SA y condenó a los administradores codemandados y, por otro, desestimó el interpuesto por vía de impugnación por SNELL INTERNACIONAL, S.A.,

6. Los recursos

24. Contra la expresada Sentencia, por un lado, don Narciso y doña Reyes y, por otro, don Roque interpusieron sendos recursos de casación idénticos, por lo que serán analizados conjuntamente.

SEGUNDO: PRIMER MOTIVO DE LOS RECURSOS

1. Enunciado y desarrollo de los motivos

25. El primero de los motivos de los recursos interpuestos por don Narciso y doña Reyes y por don Roque se enuncia en los siguientes términos:

Por vulneración de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de la Ley de Sociedades Anónimas (R.D. 1564/1989, de 22 de diciembre) en relación con el art. 1838 del CC.

26. En su desarrollo los recurrentes afirman que SNELL INTERNACIONAL, S.A. estaba disuelta antes de la interposición de la demanda y que la Disposición Transitoria Tercera, apartado 4, de la Ley de Sociedades Anónimas establece una excepción a la responsabilidad de los administradores por la no adaptación de los estatutos a la nueva Ley.

27. También sostienen que, hasta el 16 de mayo de 2003, no existían deudas sociales ni pagos pendientes a terceros, ya que no se había requerido fehacientemente el pago de los avales.

28. Finalmente, afirman que la Sentencia recurrida vulnera el principio de equidad recogido en el artículo 3.2 del Código Civil, porque sanciona del mismo modo a los administradores de una sociedad que no se adapta nunca a la nueva legislación de Sociedades Anónimas que a aquellos administradores, que aunque sea fuera de plazo, han legalizado la situación societaria en aplicación de la disposición transitoria 3ª párrafo 4.

2. Valoración de la Sala

2.1. La imprecisión de los motivos.

29. Esta Sala ha declarado en innumerables Sentencias que el recurso de casación exige claridad y precisión, con tratamiento separado de cada cuestión mediante el motivo correspondiente, lo que se traduce, no sólo en la necesidad de que su estructura sea muy diferente a la de un mero escrito de alegaciones, sino también en el consiguiente rechazo de motivos en los que se mezclen cuestiones de hecho y de derecho, o sustantivas y procesales, o jurídicas cuando sean heterogéneas entre sí, lo que es determinante de la desestimación del motivo que nada más en el enunciado se refiere al artículo 1838 del Código Civil y constituye una acumulación por acarreo de argumentos heterogéneos -disolución de la sociedad antes de la interposición de la demanda, inexistencia de deudas sociales antes de la disolución y aplicación de la equidad-, máxime, cuando ignora los hechos que sirven de punto de partida a la Sentencia recurrida -la existencia de deudas de la sociedad-.

2.2. La responsabilidad por no adaptar.

30. Aunque lo expuesto es suficiente para desestimar el primer motivo de ambos recursos, añadiremos que la disposición transitoria tercera del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, dispone en el número 1 que las mismas deberán adaptar sus estatutos a lo dispuesto en la Ley, si estuvieran en contradicción con sus preceptos, antes del 30 de junio de 1992 y, en el número 3, que "[t]ranscurridos los plazos a que se refieren los apartados anteriores sin haberse adoptado e inscrito las medidas en ellos previstas, los administradores y, en su caso, los liquidadores responderán personal y solidariamente entre sí y con la sociedad de las deudas sociales".

31. Esta previsión no queda desvirtuada por lo que se dispone en el número 4 "[a] partir del 31 de diciembre de 1995, no se inscribirá en el Registro Mercantil documento alguno de sociedad anónima hasta tanto no se haya inscrito la adaptación de sus estatutos a lo dispuesto en esta Ley, si estuvieran en contradicción con sus preceptos. Se exceptúan los títulos relativos a la adaptación a la presente Ley, al cese o dimisión de administradores, gerentes, directores generales y liquidadores, y a la revocación o renuncia de poderes, así como a la transformación de la sociedad o a su disolución y nombramiento de liquidadores y los asientos ordenados por la autoridad judicial o administrativa", ya que en ella no se regula una causa de exclusión o de exoneración de la

responsabilidad de la contraída según el número 3, sino el cierre del Registro Mercantil, a partir del 31 de diciembre de 1995, a documentos y títulos de sociedad anónima hasta tanto no se haya inscrito la adaptación, excepción hecha de los que enumera, entre ellos los relativos a su disolución, de tal forma que carece de razonabilidad la tesis de las recurrentes, que no se deduce del precepto gramatical, teleológica ni sistemáticamente y que está huérfana de todo apoyo doctrinal y jurisprudencial.

32. También añadiremos que, por un lado, en el motivo no se razona por qué los administradores no deben responder de las deudas posteriores al acuerdo de disolución, pese a que la norma no distinga entre las contraídas antes o después del mismo y, por otro, que se confunde la génesis de la deuda con el requerimiento de su pago y se hace tabla rasa de los hechos que sirven de punto de partida a la Sentencia recurrida -los cuales permanecen incólumes en casación-, la cual declara que el 1 de abril de 2003, antes de que adoptase el acuerdo de disolución, la avalista pagó al acreedor de la avalada la deuda que esta tenía.

33. Finalmente, la pretensión de que el cumplimiento tardío del deber de adaptación tiene efectos exoneratorios por razones de equidad, carece del más mínimo sustento, según la Sentencia 946/2011, de 30 de diciembre, que cita, entre otras, la 490/2006, de 22 de mayo, y la 425/2005, de 10 de junio de 2005, cuya tesis es reiterada posteriormente en las Sentencias 160/2008, de 29 de febrero, y 329/2008, de 13 de mayo, según las que es doctrina reiterada de esta Sala que "del tenor literal de la DT tercera LSA se desprende con claridad que el incumplimiento de la obligación que determina la responsabilidad solidaria entre sí y con la sociedad de los administradores por todas las deudas sociales se produce no solamente cuando el acuerdo de adaptación de los estatutos no se produce en el plazo establecido (que finió el 30 de junio de 1992), sino también cuando dentro del mismo no tiene lugar válidamente la inscripción de la escritura de adaptación o al menos la correspondiente presentación en el Registro Mercantil, que dé lugar a extender el asiento de presentación, siempre que éste se mantenga vigente hasta que se produzca la inscripción definitiva".

TERCERO: SEGUNDO MOTIVO DE LOS RECURSOS

1. Enunciado y desarrollo de los motivos

34. El segundo motivo de los recursos se enuncia en los siguientes términos:

Por vulneración de lo dispuesto en los artículos 1.100, 1.101, y 1.108 del Código Civil

35. En su desarrollo los recurrentes afirman, por un lado, que la Sentencia condena al abono de los intereses moratorios pese a que la obligación de pago no surgió hasta tanto no hubo Sentencia firme que lo declarase, por lo que no puede hablarse de mora en el cumplimiento de una obligación que no ha nacido y, por otro, que, de acuerdo con el principio "in illiquidis non fit mora", para que exista condena al abono de intereses moratorios se tiene que haber determinado la obligación principal mediante Sentencia firme o Resolución que ponga fin al proceso.

36. También sostienen que la deuda que se reclama a los administradores de SNELL INTERNACIONAL, S.A. deriva de una responsabilidad extracontractual, dado que la cantidad reclamada tiene su origen en una póliza de fianzamiento suscrita por COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS Y REASEGUROS DE CRÉDITO Y CAUCIÓN S.A. y SNELL INTERNACIONAL SA, por lo que los administradores de la sociedad son ajenos a la misma y no puede imputárseles el pago de intereses moratorios por el incumplimiento de una obligación no nacida.

2. Valoración de la Sala

2.1. La imprecisión de los motivos.

37. De nuevo el motivo constituye un acarreo de alegatos heterogéneos -generación de intereses antes del nacimiento de la obligación de pago, iliquidez de la deuda vinculada a la inexistencia de condena al pago y naturaleza extracontractual de la deuda- que constituyen simples afirmaciones de parte, ya que:

- 1) La negativa de la deuda no basta para impedir que aquella devengue intereses moratorios, ya que, como declara la Sentencia 691/2011, de 18 de octubre, reproduciendo la 139/2009, de 10 marzo, "el brocardo in illiquidis non fit mora ha sido matizado en su aplicación por la jurisprudencia de esta Sala y así, entre las más recientes, las Sentencias de 16 de noviembre de 2007, 19 de mayo y 11 de septiembre de 2008 destacan su necesario sometimiento al canon de razonabilidad en la oposición para decidir acerca de la procedencia de condenar o no al pago de intereses ".Según la Sentencia 265/2009, de 6 abril, que reproduce la de 22 de julio de 2008, con cita de otras muchas, "la jurisprudencia actual rechaza el automatismo en la aplicación del principio in illiquidis non fit mora, a la vez que se valora la razonabilidad de la oposición del deudor a aceptar como debida la cantidad que se le reclama ", y en el presente caso la cantidad reclamada coincide exactamente con la cantidad concedida.
- 2) La responsabilidad de SNELL INTERNACIONAL SA frente a COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE SEGUROS Y REASEGUROS DE CRÉDITO Y CAUCIÓN S.A. deriva del contrato de fianza y el artículo 1838 del Código Civil

dispone que "[L]a indemnización (que el deudor, debe pagar al fiador que paga por él) comprende: (...) 2º Los intereses legales de ella (la cantidad total de la deuda) desde que se haya hecho saber el pago al deudor , aunque no los produjese para el acreedor".

3) Si a lo que se refieren los recurrentes es a que la responsabilidad de los administradores es extracontractual, para rechazar el alegato, ante la inexistencia de razonamiento alguno que trate de justificar la tesis del motivo, hay que recordar que la norma, cuando concurre el supuesto de hecho previsto en ella, dispone que " los administradores y, en su caso, los liquidadores responderán personal y solidariamente entre sí y con la sociedad de las deudas sociales".

CUARTO: COSTAS

38. Procede imponer las costas de los respectivos recursos a las recurrentes, de acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1 , ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con expresa declaración de temeridad , dada la absoluta falta de sustento legal, doctrinal y jurisprudencial de ambos recursos.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

Primero: Desestimamos el recurso de casación interpuesto por don Narciso y doña Reyes representados por el procurador de los Tribunales don ANTONIO ALBALADEJO MARTÍNEZ contra la Sentencia dictada por la sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid el día veintitrés de octubre de dos mil ocho, en el recurso de apelación 158/2007, dimanante del juicio ordinario 1390/2003, del juzgado de Primera Instancia número 10 de Madrid.

Segundo: Imponemos a los expresados recurrentes don Narciso y doña Reyes las costas del recurso que desestimamos, con expresa declaración de temeridad a tales efectos.

Tercero: Desestimamos el recurso de casación interpuesto por don Roque representado por el Procurador de los Tribunales don ANTONIO MARTÍN FERNÁNDEZ, contra la Sentencia dictada por la Sección 28 de la audiencia Provincial de Madrid el día veintitrés de octubre de dos mil ocho, en el recurso de apelación 158/2007 , dimanante del juicio ordinario 1390/2003, del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Madrid.

Cuarto: Imponemos al recurrente por don Roque las costas causadas por el recurso casación que desestimamos, con expresa declaración de temeridad a tales efectos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATI.V.A. pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Firmado y Rubricado.- Juan Antonio Xiol Ríos .-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.-Antonio Salas Carceller .-Encarnacion Roca Trías.- Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el EXCMO. SR. D. Rafael Gimeno-Bayon Cobos, ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo , en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Marginal: 2380222	Nº Resolución: 30/2012	Nº Recurso: 258/2011
Tipo: Sentencia	Jurisdicción: Civil	Fecha: 02/02/2012
Tribunal: Audiencia Provincial de Guadalajara	Sala:	Sección:
Procedimiento: Recurso apelación LEC 2000		
Ponente: ISABEL SERRANO FRIAS		
A favor de: Actor		

Resumen RESOLUCIÓN DE CONTRATO DE COMPRA DE VIVIENDA- El retraso en la entrega de la misma, no constituía elemento esencial cuyo incumplimiento determinara la resolución del contrato.-

Se estima el recurso de apelación interpuesto contra sentencia parcialmente estimatoria del Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Guadalajara, sobre resolución de contrato de compra, de vivienda, por retraso del vendedor en la entrega de la misma.

La Sala declara que ni de los términos del contrato ni de la actuación de las partes contratantes se infiere que quisieran asignar a la estipulación relativa al plazo de entrega de la vivienda un carácter esencial, cuyo incumplimiento determine la Resolución contractual pretendida por la compradora, por lo que el plazo fijado no constituía un elemento esencial del contrato, llano es colegir que su incumplimiento no provoca automáticamente la Resolución del mismo, otorgando una facultad a la parte, que no fue ejercitada, entendiéndose el silencio del comprador como conocedor y consentidor de la demora, y solo meses después del requerimiento para escriturar, expresa su voluntad de resolver, lo que evidencia asimismo lo intrascendente del retraso.

En suma, ni el plazo de entrega se reputa esencial en el contrato, ni el retraso producido se considera de una gravedad que integre causa resolutoria automática.

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

GUADALAJARA

SENTENCIA: 00030/2012

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 de GUADALAJARA

Domicilio: PASEO FERNANDEZ IPARRAGUIRRE NUM. 10

Tfno.: 949-20.99.00

Fax: 949-23.52.24

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 258 /2011

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 6 de GUADALAJARA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000450 /2010

Apelante: INDALOHENARES, S.L.U.

Procurador: FRANCISCA ROMAN GOMEZ

Abogado: ELISAM. IÑIGUEZ DE LA TORRE

Apelado: FINCAS ROMAN NUÑEZ, S.L.

Procurador: MARIA DEL CARMEN LOPEZ MUÑOZ

Abogado: ANA Mª ARTIGUEZ CONIL

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

Dª ISABEL SERRANO FRÍAS

D. MANUEL EDUARDO REGALADO VALDÉS

D. JOSE AURELIO NAVARRO GUILLÉN

S E N T E N C I A N° 30/12

En Guadalajara, a dos de febrero de dos mil doce.

VISTO en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de GUADALAJARA, los Autos de Procedimiento Ordinario 450/10 , procedentes del JUZGADO DE 1ª INSTANCIA N° 6, a los que ha correspondido el Rollo nº 258/11, en los que aparecen como parte apelante: INDALOHENARES, S.L.U., representado por la Procuradora de los tribunales Dª FRANCISCA ROMAN GOMEZ, y asistido por la Letrada Dª. ELISA M. IÑIGUEZ DE LA TORRE y como parte apelada FINCAS ROMAN NUÑEZ, S.L., representado por la Procuradora de los tribunales Dª. MARIA DEL CARMEN LOPEZ MUÑOZ, y asistido por la Letrada Dª. ANA Mª ARTIGUEZ CONIL, sobre Resolución contractual y reclamación de cantidad siendo Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Dª. ISABEL SERRANO FRÍAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los correspondientes de la Sentencia apelada.

SEGUNDO.- En fecha 22/03/2011 se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda formulada por la entidad FINCAS RAMON NUÑEZ S.L. representada por la Procuradora Sra. María del Carmen López Muñoz frente a la entidad INDALOHENARES S.L.U. declaro resultado el contrato celebrado entre las partes de fecha 27 de junio de 2005, y condeno a la entidad INDALOHENARES S.L.U a abonar a la actora la cantidad de veintisiete mil setecientos euros (27700 euros) en concepto de cantidades entregadas a cuenta por la compradora incrementada en el 6% de interese anual calculado desde la fecha en que se abonaron las cantidades entregadas a cuenta. Cada parte abonara las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".

TERCERO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación de INDALOHENARES, S.L.U., se interpuso recurso de apelación contra la misma; admitido que fue, emplazadas las partes y remitidos los autos a esta audiencia, se sustanció el recurso por todos sus trámites , llevándose a efecto la deliberación y fallo el pasado día 31 de enero.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado las prescripciones legales con inclusión del plazo para dictar Sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se planteaba en la demanda origen de estas actuaciones la Resolución del contrato de compraventa suscrito con fecha 27 de junio de 2005 entre los contendientes amparándose la actora y compradora en el incumplimiento de la obligación de entrega del inmueble en el plazo estipulado aludiendo a la frustración del fin del contrato y el imputable únicamente a la vendedora. Con este presupuesto instaba la Resolución contractual y la devolución de las cantidades entregadas con el interés del 6% y de forma subsidiaria con la devolución únicamente del 50% de las mismas. Frente a esta pretensión se opone la condición de promotor inmobiliario del adquirente, el conocimiento por el mismo de los plazos de entrega y el incumplimiento por el comprador de la obligación de elevar a escritura publica el contrato, entendiéndose así que el vínculo contractual se encuentra rescindido por incumplimiento del comprador. La Sentencia objeto del presente recurso examina con detalle los distintos incidentes en la relación contractual, las comunicaciones cruzadas entre los mismos con ocasión de la demora en la entrega prevista para principios de 2007 estando autorizada contractualmente una prórroga de dos meses, constando el otorgamiento de la licencia de primera ocupación el 25 de julio de 2007 y requiriendo a la compradora al otorgamiento de escritura el 18 de septiembre de 2007. Acreditados estos extremos y prescindiendo de llamadas telefónicas negadas por las partes en cuanto las circunstancias de la ejecución y la admisión o al menos conocimiento por la compradora del retraso en la entrega, surge como primera y básica cuestión la del incumplimiento del plazo de entrega y su carácter esencial, materia que aborda la Juzgadora en el fundamento de derecho tercero de su Resolución comenzando por efectuar una correcta mención a la doctrina jurisprudencial sobre la trascendencia que ha de tener el retraso o mora del vendedor para que suponga un incumplimiento contractual determinante de la Resolución del vínculo, concluyendo que en supuesto examinado el plazo pactado es un elemento esencial de la venta y ello fundamentalmente por cuanto en el contrato se consignó que el incumplimiento del plazo de entrega faculta a la compradora a pedir la Resolución del contrato , refiriéndose además al hecho de que otros compradores resolvieron en aquellas fechas, septiembre de 2007.

Es el primer punto a despejar la cuestión relativa a si el plazo había o no sido elevado por voluntad de las partes al carácter de esencial y , de no ser así, si el incumplimiento indudablemente producido en lo que al plazo de entrega se refiere, faculta a la compradora para resolver el contrato. Por la indudable relación que guarda con el supuesto de hecho que nos ocupa, no puede obviarse lo que ya ha dicho esta Audiencia cuando se han sometido a su consideración controversias semejantes a la que nos ocupa y, en concreto, lo afirmado en la Sentencia de fecha 8 de enero del año 2.009 . Allí se dijo que "Cabe insistir por último en que (así, las SS. de esta Sala de 7 octubre 1994 [RJ 1994444] y 15 octubre 1999), para que el simple retraso en la ejecución de una prestación sea equiparado a un verdadero y propio incumplimiento y pueda dar lugar, en las obligaciones recíprocas , al efecto resolutorio, es necesario que el término o plazo convenido haya sido elevado, por la voluntad expresamente declarada de las partes, o por exigencias derivadas de la naturaleza de la obligación o del comprobado interés de las partes, decisivos a la hora de otorgar el consentimiento perfeccionador del contrato , a la categoría de elemento

o condición esencial del mismo, de tal manera que el retraso conduzca a una frustración del fin práctico perseguido con el negocio y el cumplimiento tardío se convierta en relativamente imposible, al carecer ya de todo interés para el acreedor".

En los mismos términos la Sentencia de esta Audiencia de fecha 30 de junio del año 2.008 "se ha de recordar que es reiterada la doctrina que señala que el retraso en la entrega , salvo supuestos excepcionales, no supone un incumplimiento objetivo y básico, sino, a lo sumo, un cumplimiento defectuoso, a los fines de aplicación del art. 1124 C.C ., S.TS 13-12-2002 . En parecida línea, S.TS 7-3-1995 , que apunta que el mero retraso no es equiparable al incumplimiento y no frustra el fin perseguido, sin perjuicio de que, si aquel hubiere producido un daño pudiera surgir la obligación de indemnizar".

En su consecuencia, solo en los supuestos en los que el cumplimiento puntual de la obligación se haya elevado a la categoría o condición esencial del contrato, de tal manera que el retraso conduzca a una frustración del fin práctico perseguido y el cumplimiento tardío se convierta en relativamente imposible, solo en tales casos, se insiste, y no en el de cualquier retraso en el cumplimiento de las obligaciones, podrá la contraparte interesar la Resolución contractual. Es cierto que recoge el contrato la facultad de resolver del comprador en el supuesto de retraso en la terminación pero también lo es que solo tras ser requerido para elevar a público el documento manifiesta su voluntad de resolver , siendo lo relevante que la causa de Resolución no opera de forma automática, ni se acredita que la obra no estuviera finalizada.

Como se analizaba en la Sentencia de esta audiencia de 6 de abril de 2011 lo pactado por las partes es la posibilidad de resolver el contrato por los compradores consecuencia del incumplimiento del plazo de entrega por la vendedora con los presupuestos legalmente establecidos, lo que nos lleva al examen del artículo 1.124 del CC y jurisprudencia que lo interpreta, lo que se efectuaba en la Resolución mencionada en los siguientes términos "La remisión de las partes a los requisitos legalmente previstos para la Resolución contractual hace que la controvertida cláusula no contenga propiamente una condición resolutoria expresa o "pacto de lex commissoria" y sí y en definitiva una condición implícita "ex artículo 1.124 del CC ".

También ya mayor abundamiento hemos dicho con anterioridad en esta Audiencia (Sentencia de fecha 17 de marzo del año 2.010) que "Se plantea en suma en esta alzada si a las condiciones resolutorias expresas les resulta o no aplicable la doctrina jurisprudencial establecida en relación con las implícitas. La ST.S. de fecha 7 de junio de 1.996 cuando establece que "Como tal cláusula resolutoria expresa, esta estipulación está sujeta a la doctrina jurisprudencial interpretativa del art. 1.124 del CC (citado por el recurrente en el motivo); doctrina correctamente aplicada en la Sentencia recurrida , cuando exige su examen y sanción por los Tribunales, en los supuestos en que la Resolución del contrato es impugnada y resistida por la parte contraria, al no contar con la necesaria fuerza coactiva la simple voluntad de los particulares.

En la sentencia de 8 de enero del año 2.009 . Se dijo que "hay que mencionar que el art. 1124 del Código Civil, y tanto suponga éste una verdadera condición, o una condición tácita o sobrevenida como sostiene la doctrina moderna , es tendencia jurisprudencial reiterada, que salvo probados motivos para una resolución unilateral, debe evitarse la ruptura del vínculo contractual, facilitando de este modo , que lo querido por las partes en su día, por el principio de la autonomía de sus voluntades al que el Ordenamiento jurídico español rinde culto, se corone consecuentemente , de ahí que el legislador al permitir que la facultad de resolver las obligaciones va implícita en las recíprocas o bilaterales cuando uno de los obligados no cumple lo que debe, para que llegue a buen fin dicha condición debe tener la certeza de que el incumplimiento tenga tal importancia que justifique la Resolución de lo convenido (S.S.T.S. 18-11-1970 [RJ 1970820] y 15-4-1981 [RJ 1981655]) , con suficiente entidad y manifestando indubitadamente por una voluntad rebelde (SS. 30-4-1969 [RJ 1969309], 11-6-1969 [RJ 1969421] y 5-7-1970 [RJ 1970225]), y con decidido y serio ánimo de incumplir, y no mero retraso o similares. En esta línea se han pronunciado asimismo las distintas Audiencias Provinciales pudiendo citarse a título de ejemplo la Sentencia Audiencia Provincial núm. 252/2000 Toledo (sección 1), de 4 julio Recurso de Apelación núm. 377/1999 . AC 2000141 que consigna como la acción resolutoria, implícita en las obligaciones sinalagmáticas , que establece el art. 1124 del CC, ofrece un carácter extraordinario o excepcional frente al principio fundamental de la contratación que exige favorecer la subsistencia del vínculo comercial y el cumplimiento de lo válidamente pactado (art. 1091 CC), estando condicionada su estimación a la concurrencia de una serie de requisitos que presuponen un incumplimiento injustificado, grave y culpable de su obligación por parte del accionado, de manera que no basta con cualquier infracción o defecto en la ejecución de la prestación, sino que se exige un incumplimiento relevante o cualificado que justifique la extinción de la relación obligatoria".

En esta línea viene considerando la jurisprudencia que se da esa nota de gravedad cuando se frustra la finalidad

del negocio o el interés del acreedor , al entregarse una "aliud pro alio", esto es, una cosa distinta a la convenida, existiendo una diversidad sustancial , o no apta para su destino propio, dándose entonces una diferencia funcional, que produce la insatisfacción total del acreedor por inhabilidad del objeto; y la nota de imputabilidad cuando se manifiesta , bien una voluntad deliberadamente rebelde del deudor al cumplimiento de lo convenido, bien un hecho o conducta optativo del mismo que lo impide de modo absoluto, definitivo e irreformable (SS.T.S. 12 abril 1945 [RJ 194558], 23 noviembre 1964 [RJ 1964453], 24 enero 1976 [RJ 19760], 7 febrero 1983 [RJ 198364] , 22 octubre 1985 [RJ 1985963, 30 marzo 1992 [RJ 1992307], 30 abril 1994 [RJ 1994949] , 16 marzo 1995 [RJ 1995658] y 7 febrero 1996 [RJ 1996344]), sin que sea necesario el dolo o una resistencia tenaz y persistente, ya que basta la constatación de un inequívoco y objetivo incumplimiento (SS. 16 junio 1992 [RJ 1992141], 20 junio 1993 [RJ 1993378] y 3 mayo 1994 [RJ 1994560]), pudiendo revelarse la voluntad de incumplir por una prolongada inactividad o pasividad del deudor (SS. 4 marzo 1986 [RJ 1986098], 5 junio 1989 [RJ 1989298] y 18 marzo 1991 [R.J. 1991265])".

En otro orden de cosas resulta irrelevante a la finalidad revocatoria pretendida, cuál haya podido ser la actitud de la parte demandada en relación con otros compradores y los acuerdos que haya podido alcanzar con éstos, máxime en cuanto en esos supuestos se menciona como motivo de la Resolución" causas personales de los compradores"y además responden a la voluntad resolutoria expresada por los compradores antes de manifestar la vendedora estar en disposición de entregar la vivienda.

Finalmente y en lo que se refiere a los requisitos que el retraso en la entrega debe cumplir para que integre incumplimiento contractual nos dice la tantas veces repetida Resolución que "Cabe insistir por último en que (así, las SS. de esta Sala de 7 octubre 1994 [RJ 1994444] y 15 octubre 1999) , para que el simple retraso en la ejecución de una prestación sea equiparado a un verdadero y propio incumplimiento y pueda dar lugar, en las obligaciones recíprocas, al efecto resolutorio, es necesario que el término o plazo convenido haya sido elevado , por la voluntad expresamente declarada de las partes, o por exigencias derivadas de la naturaleza de la obligación o del comprobado interés de las partes, decisivos a la hora de otorgar el consentimiento perfeccionador del contrato, a la categoría de elemento o condición esencial del mismo, de tal manera que el retraso conduzca a una frustración del fin práctico perseguido con el negocio y el cumplimiento tardío se convierta en relativamente imposible, al carecer ya de todo interés para el acreedor".

Trasladando la doctrina anterior al caso que se examina en esta alzada se hace preciso señalar que el carácter esencial o no del plazo de entrega de la vivienda, puede inferirse bien de los propios términos del contrato , bien de la actuación de las partes contratantes tras el vencimiento de aquel. Examinado el contrato lo cierto es que en el mismo no se otorga una relevancia tal al plazo de entrega de la vivienda, que determine el carácter esencial del mismo. El hecho de que se establezca una cláusula que otorgue la facultad de resolver por incumplimiento del plazo de entrega y finalización de la obra no otorga a dicho plazo, por tan sola circunstancia, el carácter de esencial. En consecuencia, estima la Sala que ni en el contrato se señala el carácter esencial del plazo de entrega , ni cabe deducir éste de prueba alguna Examinemos ahora si la actuación de las partes determina que el plazo de entrega se considere esencial, resultando imprescindible para ello valorar las manifestaciones y comunicaciones efectuadas entre los contratantes no siendo hasta diciembre de 2007 cuando denuncia la compradora la demora en la entrega de la vivienda y se insta la Resolución, habiendo previamente comunicado con fecha 18 de junio del mismo año a la parte compradora información sobre la ampliación de la hipoteca y emplazada la misma en la notaria con fecha 18 de septiembre al efecto de elevar el contrato a escritura pública. Por otra parte , no se aducen ni menos aún justifican por la demandante la presencia de inconvenientes relevantes derivados de la no entrega, que pudieran hacer pensar que la extemporánea Resolución del contrato extrajudicialmente pretendida, obedeciera a otras razones distintas de la simple y mecánica aplicación de una cláusula contractual. En definitiva, ni de los términos del contrato ni de la actuación de las partes contratantes se infiere que quisieran asignar a la estipulación relativa al plazo de entrega de la vivienda un carácter esencial, cuyo incumplimiento determine la Resolución contractual pretendida por la compradora, lo que inexorablemente comporta la estimación del recurso de apelación en el extremo que se examina y en los términos que a continuación se expondrán.

SEGUNDO.- Lo anteriormente razonado bastaría para desestimar la demanda en los términos pretendidos por la demandante pues si se reputa que el plazo fijado no constituía un elemento esencial del contrato, llano es colegir que su incumplimiento no provoca automáticamente la Resolución del mismo otorgando una facultad ala parte que no fue ejercitada entendiéndose el silencio concedor y consentidor de la demora y solo meses después de el requerimiento para escriturar expresas u voluntad d resolver lo que evidencia asimismo lo intrascendente del retraso.. En suma, ni el plazo de entrega se reputa esencial en el contrato , ni el retraso producido se considera de

una gravedad que integre causa resolutoria automática.

TERCERO.- Rechazada la pretensión resolutoria y no habiéndose formulado demanda reconventional solo cabe desestimar la misma que se deducía en la demanda con imposición a la demandante de las costas de la instancia y sin hacer pronunciamiento de las devengadas en esta alzada.

Vistos los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que estimando el recurso interpuesto debemos revocar y revocamos la resolución de instancia absolviendo a la demandada de las pretensiones frente a la misma formuladas con imposición a la actora de las costas de la instancia sin hacer pronunciamiento de las devengadas en esta alzada, Restitúyase al apelante el depósito constituido para la interposición del recurso de apelación.

Cumplidas que sean las diligencias de rigor, con testimonio de esta Resolución, remítanse las actuaciones al juzgado de origen para su conocimiento y ejecución, debiendo acusar recibo.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretario certifico.

Marginal: 2371719	Nº Resolución: 27/2012	Nº Recurso: 1589/2009
Tipo: Sentencia	Jurisdicción: Civil	Fecha: 03/02/2012
Tribunal: Tribunal Supremo	Sala: Sala Primera	Sección:
Procedimiento: Recurso casación-Derechos Fundamentales		
Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA		
A favor de: Actor		

Resumen ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE DELITO.- Responsabilidad civil subsidiaria del Ente empleador del autor material de la infracción penal.- Relación de dependencia en en cuyo desarrollo se produce una infracción penal -dolosa o culposa-.

Se estima el recurso de casación formulado por la demandante contra Sentencia parcialmente estimatoria (en cuanto solo condena a uno de los dos codemandados), de la Sección Undécima de la Audiencia Provincial de Valencia, sobre reclamación de cantidad.

La Sala declara que el hecho de excederse el codemandado de las atribuciones o funciones en la entidad de la que era su director general, en contra, incluso, de una prohibición expresa, no puede excluir la responsabilidad del Ente demandado. Lo que la ley quiere es que, en aquellos supuestos en que se da una relación de dependencia o servicio en cuyo desarrollo se produce una infracción penal -dolosa o culposa-, responda el Ente para el cual actuaban los responsables penales directos, sin otra exigencia que la dependencia, entendida en un sentido amplio y muy general, esté o no presente una negligencia de la institución o una deficiencia estructural de la misma.

Se trata, en definitiva, de una efectiva realización del principio de seguridad jurídica incorporado al Derecho Penal, pero con criterios jurídico-privatísticos (STS -Sala 2ª- 23 de abril de 1990), que pone a disposición de las víctimas de un delito un doble patrimonio: el del autor del delito -principal-, y el de quien le emplea -subsidiario-, como en este caso, por la cobertura y la garantía que representa para terceros una empresa vinculada a la Comunitat Valenciana, sin la cual posiblemente no se hubiera cometido.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Febrero de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Undécima de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia de autos de juicio ordinario 1178 /2007, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 23 de Valencia, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la representación procesal KBC Bank (KBC), la procuradora doña Elena González-Paramo Martínez-Murillo. Habiendo comparecido en calidad de recurrido el procurador don Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación del Instituto Valenciano de la Exportación S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- El Procurador don Emilio Sanz Osset , en nombre y representación de KBC Bank (KBC), interpuso demanda de juicio ordinario, contra Instituto Valenciano de la Exportación S.A (IVEX) y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara Sentencia por la que estimando la demanda , condene a los demandados a pagar solidariamente, o en su defecto al Ixex subsidiariamente, a mi representada la cantidad de un millón ochocientos setenta y cinco mil trescientos treinta y cuatro euros y cincuenta y ocho céntimos (1.875.334,58 euros) más los intereses que se devenguen desde la interposición de esta demanda, así como al abono de todas las costas que se causen en este pleito.

2.- El Procurador don Ricardo Martín Pérez, en nombre y representación de Instituto Valenciano de la Exportación S.A, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de Derecho que consideró de aplicación , terminó suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia por la que se absuelva a mi principal de todos los pedimentos de la demanda, con expresa imposición de las costas a la demandante, por el principio de vencimiento y por ser preceptivo.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del juzgado de Primera Instancia número 23 de Valencia, dictó Sentencia con fecha 4

de junio de 2008, cuya parte dispositiva es como sigue:**FALLO:** Que estimando íntegramente la demanda deducida por la mercantil KBC BANK, representada por el Procurador don Emilio Sanz Osset , contra don Eladio, declarado en rebeldía, debo condenar y condeno a dicho demandado al pago a la actora de la cantidad de un millón ochocientos setenta y cinco mil trescientos treinta y cuatro euros con cincuenta y ocho céntimos (1.875.334,56 euros), más los intereses legales desde la fecha de la interpretación judicial, imponiéndose al Sr. Eladio las costas del procedimiento. Y desestimando íntegramente la demanda deducida por la mercantil KBC Bank, representada por el Procurador don Emilio Sanz Osset, contra el Instituto Valenciano de la Exportación S.A. (IVEX), representado por el procurador don Ricardo Manuel Martín , debo absolver y absuelvo a dicha mercantil de las pretensiones contra la misma articuladas, imponiéndose a la parte actora las costas de la demandada absuelta. **SEGUNDO .-** Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de KBC BANK la sección Undécima de la audiencia Provincial de Valencia, dictó Sentencia con fecha 12 de mayo de 2009 , cuya parte dispositiva es como sigue:**FALLAMOS:**

Primero.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Emilio Sanz Osset, en nombre y representación de KBC Bank, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 23 de Valencia, el día 4 de junio de 2008 , en el Juicio Ordinario seguido con el número 1178/2007.

Segundo.- Confirmar íntegramente dicha resolución.

Tercero.- Imponer al apelante las costas de esta alzada.

TERCERO .- 1.- Contra la expresada Sentencia preparó y después interpuso recurso de casación la representación procesal de KBC-Bank con apoyo en los siguientes **MOTIVOS:** **PRIMERO.-** Infringe el artículo 1092 del Código Civil , en relación con el artículo 122 del Código Penal de 1995, y con los artículos 112 y 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como la jurisprudencia que los interpreta. **SEGUNDO.-** Infringe el artículo 1092 del Código Civil, en relación con el artículo 120 4º del Código Penal de 1995, y con los artículos 112 y 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como la jurisprudencia que los interpreta.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 15 de junio de 2010 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

Ha sido ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El procedimiento se inicia por demanda de juicio ordinario en reclamación de 1.875.334,58 €, en concepto de responsabilidad civil subsidiaria derivada de los delitos de estafa y falsedad documental cometidos por el director general de Instituto Valenciano de Exportación (IVEX), Eladio, como consecuencia de la emisión de unas letras de cambio descontadas que avaló el IVEX en fraude de las entidades bancarias. Justifica su demanda en el hecho de que en el procedimiento penal ejercitó la acción penal y civil por responsabilidad derivada de delito contra los demandados y, sin embargo, esta personación fue rechazada al no ser considerado perjudicado. Se dijo que había cobrado del IVEX en vía civil y que el pago extinguía las obligaciones , incluidas las del delito. Y así fue inicialmente porque en un juicio ejecutivo se le dio la razón que luego dejó sin efecto el Tribunal Constitucional y posteriormente la audiencia Provincial, que consideró nulos los avales de IVEX y obligó a la ahora actora a devolver lo que había percibido con motivo de la ejecución provisional de la primera Sentencia de apelación; todo ello en un momento en que simultáneamente se había entablado un proceso penal en el que intervinieron las entidades bancarias perjudicadas por el descuento de las letras, incluida la ahora actora, hasta que se vio expulsada del mismo, así como el IVEX, a la que se incluyó como parte perjudicada por los delitos cometidos por quien fué su director general.

La demanda se formuló contra el Sr. Eladio, a quien se reclama el importe de los perjuicios ocasionados por su actuación delictiva , y subsidiariamente contra el IVEX por haberse aprovechado de los efectos del delito cometido por quien fue su director general.

La Sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda respecto del Sr Eladio, pero absolvió a IVEX al no constar el aprovechamiento de los efectos del delito y ser desconocedor del mismo.

La Sentencia de apelación desestimó el recurso de la demandante y confirmó la Sentencia de primera instancia. Considera que faltando el requisito de la condena en el juicio penal por no haberse dirigido acción alguna contra la demandada no cabe en vía civil la directa declaración de esa receptación, sino existió reserva de acciones civiles. Se exige que el perjudicado por un delito se haya reservado en el proceso penal todas las acciones civiles para

ejercitarlas en el civil correspondiente, requisito que no concurre en cuanto el actor ejerció la acción civil por vía ejecutiva y por tanto no hizo la mencionada reserva.

La parte demandante interpone recurso de casación.

SEGUNDO.- Se formulan dos motivos de casación. En el primero se denuncia la infracción del artículo 1092 CC, en relación con el artículo 122 del Código Penal de 1995 y con los artículos 112 y 116 Ley de Enjuiciamiento Criminal. Se alega por la recurrente que ejerció la acción por receptación civil y de responsabilidad civil derivada de delito, al entender que existe conexión o vinculación entre el delito cometido por el Sr. Eladio y el beneficio obtenido por IVEX, por lo que debe resarcirse de los daños causados hasta el límite de su participación, sin que pueda alegarse que, dado que no se dirigió acción civil contra IVEX en el proceso penal, no puede ahora ejercitarla en vía civil, al faltar el requisito de procedibilidad de reclamación de responsabilidad en el proceso penal, ya que sostiene la falta de pronunciamiento sobre la responsabilidad civil en aquel procedimiento, permite su enjuiciamiento en el presente litigio.

El segundo motivo alega la infracción del artículo 120.4 del CP, en relación con los mismos artículos, reiterada en este caso al ejercicio de acción de responsabilidad civil subsidiaria derivada de delito, ya que el Sr. Eladio cometió el delito como director general de IVEX y la falta de pronunciamiento sobre esta cuestión en el proceso penal no impide que pueda conocerse en este litigio, antes al contrario, es esa falta de pronunciamiento lo que habilita la presente reclamación.

TERCERO.- La resolución de ambos motivos requiere hacer algunas precisiones previas:

(i) La responsabilidad civil subsidiaria se genera por la existencia de responsabilidad penal por parte del acusado, de tal forma que no puede exigirse, sin la previa declaración de la existencia de un hecho punible por los Tribunales de la jurisdicción penal. La STS de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1996 señala lo siguiente: "la responsabilidad civil ex delicto nace directamente del delito, y queda concretamente definida y consumada su existencia por el solo hecho de la condena penal, sin necesidad de ninguna otra justificación o prueba, y este nacimiento se produce aunque después conozca de la misma el Juez Civil, por no haberse sustanciado en el proceso penal; o dicho de otro modo, es una consecuencia obligada nacida directamente del delito".

(ii) Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se rigen por las disposiciones Código Penal.

(iii) Cuando, en el proceso penal, el perjudicado no se haya reservado la acción civil para ejercitarla en un proceso civil posterior, lo resuelto por la sentencia penal condenatoria, en cuanto a la responsabilidad civil derivada del delito, es vinculante (cosa juzgada) para la jurisdicción de este orden, al haber quedado ya agotada o consumida ante la jurisdicción penal la acción civil correspondiente (entre otras, SSTS de 4 de noviembre de 1991, 24 y 31 de octubre y 9 de diciembre de 1998, 29 de diciembre 2006). Los posibles defectos de la Sentencia penal no pueden ser corregidos en la vía civil, ni, menos aún, las omisiones o defectos de planteamiento de la parte acusadora luego demandante, especialmente si quien se considera perjudicado "tuvo ocasión de hacerlo en el procedimiento penal y, sin embargo, no lo hizo" (SSTS 25 de septiembre 2000, 13 de mayo 2004, 21 de enero de 2000, 24 de julio 2008).

(iv) Los conceptos de responsable civil subsidiario y tercero perjudicado por el delito son compatibles entre sí, de suerte que pueden recaer a un tiempo en una misma persona o entidad. El fundamento de esta compatibilidad se encuentra en la necesidad de que no se celebren varios procesos que pudieran originar Sentencias contradictorias, lo que constituiría un grave atentado contra la seguridad jurídica. Los diferentes problemas de un mismo acontecimiento o de acontecimientos no separables han de ser objeto del mismo procedimiento para evitar que su tramitación separada de lugar a resoluciones diferentes que pudieran ser contradictorias (SS.T.S. - Sala 2ª de 1 de noviembre 1980; 6 de mayo 1993 y 31 de marzo 2006).

Pues bien, la Sentencia dictada en el proceso penal tiene como base la condena de quien fue director general del avalista de las letras, IVEX, pero no pertenece a las que según la doctrina de esta Sala puede vincular a los tribunales de la jurisdicción ordinaria civil en lo que aquí se enjuicia. Es cierto que en el proceso penal previo la demandante no ejerció ninguna de las acciones que en este pleito formula puesto que fue separado del mismo al haber ejercitado sus acciones en un juicio ejecutivo en el que cobró el importe de las cambiales. Ocurre, sin embargo, que el Tribunal Constitucional decretó la nulidad de la Sentencia en virtud de la cual se había producido el pago y la nueva Sentencia dictada en el juicio ejecutivo posterior desestimó la acción ejecutiva formulada por KBC-BANF, con lo que tuvo que devolver todo lo que había recibido en ejecución provisional. Es decir, dicha entidad recuperó la condición de perjudicada pero sin tiempo ni ocasión procesal para ejercitar sus Derechos en el juicio penal en el que se había personado, en el que tampoco nadie de los que se habían personado había

ejercitado contra el IVEX como responsable civil subsidiario, lo que le permite hacerlo en este juicio. Lo contrario, además, produciría una evidente vulneración de lo dispuesto en el artículo 24.1 de la CE, pues se negaría a la parte actora su Derecho a obtener la tutela efectiva de unos Derechos y de unos intereses legítimos perjudicados por conductas ajenas.

Nada hay, por tanto, que impida, en casos como el presente, a quien no ha cobrado por causas ajenas a su actuación procesal, poder ejercitar las oportunas acciones civiles contra quienes fueron causa del perjuicio económico experimentado pues contra el IVEX no hubo petición ni consiguientemente pronunciamiento de responsabilidad civil subsidiaria. Lo único que se exige es que se den los requisitos que la ley impone en estos casos contra quien contribuyó a la producción de un resultado económicamente lesivo, que propiamente no nace del delito, sino de los hechos que lo constituyen, con el efecto de poder hacerle responsable de la restitución de la cosa y del resarcimiento del perjuicio o daño patrimonial originado (artículo 116 CP).

CUARTO.- La aplicación del artículo 122 del CP, sobre el que se sustenta la primera de las acciones, exige el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1º) que exista una persona, física o jurídica que hubiere participado de los efectos de un delito o falta, en el sentido de haberse aprovechado de ellos por título lucrativo, por lo que quedan excluidas las adquisiciones en virtud de negocios no susceptibles de esta calificación jurídica; 2º) el adquirente debe tener meramente conocimiento de la adquisición e ignorar la existencia de la comisión delictiva de donde provienen los efectos, a fin de impedir la aplicación del «crimen receptationis» en concepto de autor, cómplices y encubridor; 3º) la valoración antijurídica de la transmisión de los objetos y su reivindicabilidad se ha de hacer de acuerdo con la normativa que regula el tráfico jurídico, y la determinación del resarcimiento se realizará por la cuantía de la participación (S.S.T.S. -Sala 2ª- de 30 de marzo de 2000 ; 26 de enero 2010 ; 15 de julio de 2011, entre otras).

La atribución a la recurrente de responsabilidad civil por su participación en los efectos del delito a título lucrativo mediante el descuento de las letras utilizado para reducir la deuda contraída con ARAB BANK y por el dinero obtenido por FOR.D. por la compra de productos para obtener Derechos de compensación en Túnez pagados con las letras de cambio, encuentra las dificultades propias del ámbito en que se desenvuelve, como es recurso de casación, puesto que de los hechos probados de la Sentencia no se desprende el enriquecimiento que le hayan ocasionado tales operaciones en mérito al cual se postula la condena de la mercantil demandada.

QUINTO. - La segunda acción se sostiene en la condena del quien fue director general de IVEX. La Sentencia niega que el demandado deba responder subsidiariamente en base a la condena penal que recayó sobre el Sr. Eladio de acuerdo con el principio que impide que el Juez civil vuelva a conocer las cuestiones que se han sometido a la jurisdicción penal, y que se concreta en la afirmación siguiente: "si la acción civil ha sido ejercitada y no renunciada, ni reservada, no cabe acudir a un procedimiento posterior, con la finalidad de revisar la Sentencia penal para introducir las responsabilidades civiles que en aquella no tuvieron dicha calificación".

Admitiendo, por lo razonado anteriormente, que esta opción procesal era posible, dispone el artículo 120.4 C.P. que son también responsables civiles, en defecto de los que lo sean criminalmente, "las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios". Reiterada jurisprudencia de la Sala segunda precisa lo siguiente: "Se regula, con su incorporación al Código Penal, un régimen de responsabilidad subsidiaria personal y objetiva, en tanto en cuanto, y a diferencia de lo que sucede en el apartado primero del precepto en relación con la responsabilidad de los padres o tutores, respecto de los delitos cometidos por los mayores de dieciocho años en las circunstancias en él expresadas, no se exige que haya habido por parte del empresario culpa o negligencia" (SST.S. 17 de marzo de 2010 ; 3 de marzo 2011). Pues bien, el hecho de excederse de las atribuciones o funciones en la entidad de la que era su director general, en contra, incluso, de una prohibición expresa, no puede excluir la responsabilidad del IVEX. Lo que la ley quiere es que, en aquellos supuestos en que se da una relación de dependencia o servicio en cuyo desarrollo se produce una infracción penal -dolosa o culposa- responda el ente para el cual actuaban los responsables penales directos, sin otra exigencia que la dependencia, entendida en un sentido amplio y muy general, esté o no presente una negligencia de la institución o una deficiencia estructural de la misma. Se trata, en definitiva, de una efectiva realización del principio de seguridad jurídica incorporado al Derecho Penal, pero con criterios jurídico-privatísticos (STS -Sala 2ª- 23 de abril de 1990), que pone a disposición de las víctimas de un delito un doble patrimonio: el del autor del delito -principal-, y el de quien le emplea -subsidiario-, como en este caso por la cobertura y la garantía que representa para terceros una empresa vinculada a la Comunitat Valenciana, sin la cual posiblemente no se hubiera cometido.

SEXTO.- Las consecuencias económicas de las que deberá responder subsidiariamente la demandada son aquellas a las que ha sido condenado Eladio en la Sentencia del juzgado, ratificada por la Audiencia Provincial, a partir de una estimación ponderada y objetiva de los daños y perjuicios que ha ocasionado con su ilícito proceder a la actora, cuyo contenido se determina, por otra parte, en atención a los mismos criterios que se tuvieron en cuenta en la Sentencia penal para indemnizar a las demás entidades asimismo perjudicadas que intervinieron en el proceso.

SEPTIMO.- En cuanto a costas, se imponen a la demandada las de la 1ª Instancia y no se hace especial declaración de las causadas por el recurso de apelación y de casación, en correcta aplicación de lo dispuesto en los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

Estimar el recurso de casación formulado por el procurador d. Emilio Sanz Osset, en la representación que acredita de KBC Bank (KBC), contra la Sentencia dictada por la sección Undécima de la Audiencia Provincial de Valencia de 12 de mayo de 2009, la que casamos en el sentido de condenar a la demandada Instituto Valenciano de la Exportación, S.A (IVEX) a abonar subsidiariamente a la recurrente la cantidad de un millón ochocientos setenta y cinco mil trescientos treinta y cuatro euros y cincuenta y ocho céntimos (1.875.334,58 Euros), a que fue condenado Eladio, más los intereses que se devenguen desde la interposición de la demanda hasta su pago. Se mantiene en todo lo demás; con expresa imposición de las costas de 1ª Instancia a la recurrente y sin declaración especial de las causadas por los recursos de apelación y de casación.

Líbrese a la mencionada audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Francisco Marín Castán. Jose Antonio Seijas Quintana. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Roman García Varela. Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y Rubricado.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio Seijas Quintana, ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Marginal: 2373882	Nº Resolución: 36/2012	Nº Recurso: 2057/2010
Tipo: Sentencia	Jurisdicción: Civil	Fecha: 06/02/2012
Tribunal: Tribunal Supremo	Sala: Sala Primera	Sección:
Procedimiento: Recurso casación-Derechos Fundamentales		
Ponente: ENCARNACION ROCA TRIAS		
A favor de: Actor		

Resumen IMPUGNACIÓN POR EL PADRE BIOLÓGICO DEL PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN DEL MENOR.- No necesidad de asentimiento del padre del menor, al concurrir en el mismo causa de privación de la patria potestad.-

Se estima el recurso de casación formulado por la representación procesal de los padres adoptantes contra Sentencia parcialmente estimatoria de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22ª, sobre necesidad del consentimiento del padre biológico para la adopción del menor.

La Sala declara que resulta probada la desatención al niño. Efectivamente, aparte del hecho del tardío reconocimiento efectuado mediante una declaración judicial en ejercicio de una acción de filiación por parte del padre biológico, éste no se ocupó del niño desde el momento del nacimiento, en que fue declarado en situación de desamparo, ni consta que después de la inscripción de la filiación en virtud de la Sentencia tomara ninguna medida para hacerse cargo del hijo. Además, los antecedentes del padre en relación al episodio de violencia con la madre embarazada, propiciaban que debiera extremarse la protección del menor.

Por todo ello, y de acuerdo con la doctrina de la STS 565/2009, de 31 de julio, procede concluir que el progenitor estaba incurso en causa de privación de la patria potestad, y por tanto no se requiere su asentimiento a la adopción proyectada.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Febrero de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, los recursos de casación interpuestos ante la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, por la Letrada de la Comunidad de Madrid en representación y defensa de la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid, y por la procuradora Dª Silvia Albadalejo Díaz-Alabart, en nombre y representación de los adoptantes propuestos por la comisión de Tutela del menor de la Comunidad de Madrid, del menor Roman , contra la Sentencia dictada, el día 22 de enero de 2010, por la referida Audiencia y Sección, en el rollo de apelación nº 1378/2008 , que resolvió la demanda sobre petición de asentimiento en la adopción de su hijo menor Roman , seguida ante el Juzgado de Primera Instancia nº 80 de Madrid, en los autos nº 317/2008. Ante esta Sala comparece la Procuradora Dª. Silvia Albaladejo Díaz-Alabart, en nombre y representación de los adoptantes propuestos por la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid, al tiempo que la Letrada de la Comunidad de Madrid, personándose ambos en concepto de partes recurrentes. El procurador D. Felipe Juanas Blanco, en nombre y representación de D. Anselmo , presentó escrito el día 11 de enero de 2011, personándose en concepto de parte recurrida.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 80 de Madrid, D. Anselmo, interpuso demanda de reconocimiento de asentimiento de adopción de su hijo menor de edad Roman . El suplico de la demanda es del tenor siguiente: "... se dicte Sentencia por la que se estime la demanda y se declare el Derecho de Anselmo, en tanto que progenitor del menor objeto del expediente a asentir con carácter necesario a la adopción de su hijo menor , Roman), con expresa condena en costas a la Comisión de Tutela de la Comunidad de Madrid".

Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, alegando la Procuradora Dª Silvia Albaladejo Díaz Alabart, en nombre y representación de los ADOPTANTES propuestos por la COMISIÓN DE TUTELA DEL MENOR DE LA COMUNIDAD DE MADRID Roman, los hechos y fundamentos de Derecho que estimó de aplicación al caso , para terminar suplicando:"... se dicte Sentencia por la que se desestime la demanda y se declare que el padre biológico del menor incurso en causa de privación de patria potestad".

La Letrada de la Comunidad de Madrid, en representación y defensa de la Comisión de Tutela del Menor de la

Comunidad de Madrid, presentó escrito alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso y terminó suplicando: "...se deniegue la solicitud del reclamante referida a la necesidad de recabar su asentimiento en el procedimiento de adopción, del que el presente aparece como "incidente suspensivo", y ello por todo lo argumentado en el cuerpo de este escrito".

Contestada la demanda y dados los oportunos traslados, se acordó convocar a las partes a la Vista prevenida en la L.E.C. , practicándose en dicho acto las pruebas declaradas pertinentes y con el resultado que consta en autos. El Ministerio Fiscal emitió el correspondiente informe.

El juzgado de Primera Instancia nº 80 de Madrid dictó Sentencia, con fecha 31 de julio de 2008, y con la siguiente parte dispositiva:" FALLO: Que desestimando, como desestimo la demanda formulada por el Procurador Sr. Juanas Blanco, en nombre y representación de D. Anselmo, sobre la necesidad de contar con su asentimiento para la adopción de su hijo Roman , debo declarar y declaro no ser necesario el asentimiento del demandante para la adopción de su hijo menor, debiendo ser citado en el referido expediente únicamente para ser oído. Sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes".

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación D. Anselmo . Sustanciada la apelación, la sección 22ª de la audiencia Provincial de Madrid, dictó Sentencia, con fecha 22 de enero de 2010, con el siguiente fallo: " Que estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Felipe Juanas Blanco en nombre y representación de D. Anselmo contra la sentencia dictada en fecha 31 de julio de 2008 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 80 de Madrid en los autos de Adopción nº 317/08 entre el antedicho y la Comisión de Tutela del Menor y los Adoptantes debemos REVOCAR Y REVOCAMOS la citada resolución en el sentido de que declaramos el Derecho del demandante a asentir con carácter necesario a la adopción de su hijo menor Roman, sin hacer expresa imposición de costas".

La representación de D. Anselmo , presentó escrito solicitando complemento de la Sentencia, dictándose con fecha 24 de septiembre de 2010 , auto que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente:"Que NO HA LUGAR AL COMPLEMENTO DE RESOLUCIÓN solicitando por el Procurador Don Felipe Segundo Juanas Blanco en nombre y representación de Don Anselmo, sin hacer expresa imposición de costas".

TERCERO. Anunciados recurso de casación por los Adoptantes propuestos por la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid, y dicha parte representada por la Procuradora de los Tribunales Dª. Silvia Albaladejo Diaz Alabart lo formalizó en base a los siguientes motivos:

Primero.- Infracción del art. 39 de la CE , y el art. 2 de la LO 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor y la jurisdicción concordante.

Segundo.- . Infracción del art. 177.2.2º del Código Civil, en relación con lo dispuesto en los arts. 170 y 154 del Código Civil .

La Comunidad de Madrid, por medio de su Letrada, formalizó recurso de casación en base a los siguientes motivos:

Primero.- Vulneración del art. 177.2.2º del C. Civil

Por Resolución de fecha 17 de noviembre de 2010, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

CUARTO. Recibidos los autos y formado el presente rollo se personó la Procuradora Dª. Silvia Albaladejo Díaz-Alabart, en nombre y representación de los adoptantes propuestos por la Comisión de Tutela del Menor de la comunidad de Madrid, al tiempo que la Letrada de la Comunidad de Madrid, personándose ambos en concepto de partes recurrentes. El Procurador D. Felipe Juanas Blanco, en nombre y representación de D. Anselmo , presentó escrito el día 11 de enero de 2011 , personándose en concepto de parte recurrida.

Admitido los recursos y evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador D. Felipe S. Juanas Blanco, en nombre y representación de D. Anselmo, impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el dieciocho de enero de dos mil doce, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido ponente el magistrado Excm.a. Sra. Dª. Encarnación Roca Trias,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los hechos probados

1º De las relaciones entre Dª Rosario y D. Anselmo nació un niño, Roman, el 19 octubre 2006. No se inscribió la filiación paterna. La madre manifestó su voluntad de dejar al niño bajo la tutela de la Comunidad de Madrid para su

posterior adopción. La Comisión de tutela del menor de dicha Comunidad declaró el desamparo y asumió la tutela.

2º D. Anselmo fue condenado en fecha 6 junio 2006, por el Juzgado de violencia contra la mujer nº 4 de Madrid, como autor de un delito de maltrato con atenuante de drogadicción, cometido en la persona de la madre Dª Rosario, al conocer el embarazo.

3º Después del nacimiento del niño, D. Anselmo interpuso una demanda de reclamación de paternidad, que fue resuelta de forma positiva por Sentencia de 4 octubre 2007 . A pesar de todo ello , no llegó a tener contacto con el menor.

4º La Comisión de tutela del menor de la Comunidad de Madrid dio al niño en acogimiento familiar preadoptivo e inició los trámites de la adopción. El Sr. Anselmo solicitó la suspensión del procedimiento y que se tramitara el incidente regulado en el Art. 781 LEC, a los efectos de poder prestar su asentimiento para la adopción, según lo establecido en el Art. 177.2, 2 CC . A ello se opuso la Comisión de tutela del menor, considerando que el padre se hallaba incurso en causa de privación de la patria potestad, por lo que , de acuerdo con el Art. 177 CC, no podía prestar tal consentimiento.

5º La Sentencia del juzgado de 1ª instancia nº 80 de Madrid, de 31 julio 2008, desestimó la demanda incidental. La necesidad de prestar el asentimiento para la adopción depende de si el padre estaba incurso en causa de privación de la patria potestad , "[...]porque el protagonismo que en dicho negocio familiar debe atribuirse a los padres del adoptando viene anudado a la pérdida o vigencia de la patria potestad y, en definitiva, al cumplimiento o desatención de los deberes paterno-filiales en que consiste" ; b) no se exige que los incumplimientos hayan sido dolosos, "porque no se trata de sancionar al progenitor que pueda considerarse indigno, sino de amparar los Derechos e intereses del hijo, ante una situación de riesgo o abandono [...]"; c) "[...] el momento en que hay que apreciar si el padre está incurso o no en causa de privación de la patria potestad es el del desamparo y en aquel momento, que no es otro que el del nacimiento del menor, lo estaba" . Resumiendo los hechos ocurridos, acabó considerando que el niño hubiera estado desprotegido desde el nacimiento hasta la declaración de la filiación , porque el padre no había cumplido sus obligaciones de protección y por ello, estaba incurso en causa de privación de la potestad y no debía concurrir prestando el asentimiento para la adopción.

6º La SAP, Sección 22, de Madrid, de 22 enero 2010, estimó el recurso de apelación formulado por D. Anselmo . Entendió: a) que debe atenderse prioritariamente al interés del menor; b) que de la conducta del apelante se desprende que "estuvo imposibilitado para asumir las obligaciones inherentes a la patria potestad recogidas en el artículo 154 del Código Civil , pues legalmente no era el padre y después existía un obstáculo legal para la asunción por parte de éste de los deberes recogidos en la norma citada, pues el menor había sido declarado en situación de desamparo";c) que después del nacimiento del menor inicia "una intensa actividad tendente a determinar la filiación y a asumir sus obligaciones como padre , por lo que no se le puede considerar incurso en causa legal de privación de la patria potestad" ; d) por ello y dadas las circunstancias del caso "no podemos atender a la doctrina tradicional que mantiene que el momento concreto en que debe tenerse en cuenta si los padres biológicos están o no incurso en causa legal de privación de la patria potestad es aquel en el que se decreta el desamparo" , porque debe examinarse en el concreto contexto en que se produce, y e) finalmente la condena por una agresión a la madre no puede determinar "que éste tenga una conducta agresiva permanente, asimismo tampoco se desprende de la conducta que tuviera intención de hacer daño al feto".

7º Interponen recurso de casación los adoptantes propuestos por la Comisión del Menor de la Comunidad de Madrid y la Comunidad de Madrid por medio del Instituto Madrileño del Menor y la Familia. Ambos recursos fueron admitidos por el auto de esta Sala, de 3 mayo 2011 . Figura la oposición de la parte recurrida y el informe del Ministerio Fiscal, que apoya ambos recursos.

SEGUNDO.Motivo primero . Infracción del Art. 39 C.E. y el Art. 2 LO 1/1996, de 15 marzo, de protección jurídica del menor y la jurisprudencia que los ha interpretado. Señala que debe primarse el interés del menor. La sentencia recurrida no justifica si la solución que propone es la forma más adecuada de proteger dicho interés, ya que éste aconseja que continúe el procedimiento de adopción. El padre biológico es un completo desconocido para el niño y sería sumamente pernicioso para él no continuar con el procedimiento. La Sentencia se aparta de la jurisprudencia recaída en casos similares al concluir que el padre debe asentir la adopción , cuando la protección del menor aconsejaba mantener la línea interpretativa de la sala, puesto que el carácter voluntario o no de la conducta es indiferente a la hora de evaluar si un menor está o no en situación de desamparo.

El motivo se estima .

En Sentencias recientes, se ha declarado que la vulneración del interés del menor permite entrar a examinar el

recurso de casación y que ello ocurre cuando la Sentencia recurrida no haya tenido en cuenta el principio para tomar la decisión más adecuada conforme a dicho interés. Así la STS 800/2011, de 14 noviembre dice que "Esta Sala ha recordado que el recurso de casación debe examinar únicamente si en las decisiones relativas al interés del menor el Juez ha aplicado correctamente el principio de protección de dicho interés a la vista de los hechos probados en la Sentencia que se recurre (SSTS 579/2011 , de 22 julio ; 578/2011, de 21 julio y 641/2011, de 27 septiembre , entre otras)". La STS 565/2009 , de 31 de julio argumentó que "[...]el Derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de Derecho o interés preponderante , sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. La adecuación al interés del menor es, así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores", por lo que las Sentencias posteriores han aplicado la doctrina declarada en aquella resolución.

Aparentemente, la Sentencia recurrida ha decidido tomando en cuenta dicho interés al encabzarse el F.J. 2 con una declaración general sobre el mismo. Pero ello no debe hacernos olvidar que los criterios utilizados a continuación no se ajustan a ninguno de los que esta Sala ha venido utilizando a modo de concreción de lo que debe entenderse incluido bajo este principio general y que han sido recogidos en la STS 623/2009, de 8 octubre y repetidos en las Sentencias posteriores.

La vulneración del principio del interés del menor obliga a esta Sala a entrar a examinar las diferentes cuestiones que plantean los dos recursos de casación.

TERCERO. El motivo segundo de este recurso de casación, coincide con el motivo único del presentado por la Comunidad de Madrid por medio del Instituto Madrileño del Menor y la Familia. Por ello se resumen a continuación y se van a resolver conjuntamente.

1º Motivo segundo del recurso de casación de los adoptantes. Infracción del Art. 177.2 CC, en relación con los Arts. 170 y 154 CC y la interpretación de la jurisprudencia en cuanto a la no necesidad de que el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad , sea necesariamente voluntario. Cita la STS de 23 mayo 2005 . Desde su nacimiento, 16-10-2006 , hasta el momento de la determinación de la filiación paterna, el niño se encontró en una completa situación de desamparo, porque sus progenitores no cumplieron con las obligaciones inherentes a la patria potestad, por lo que estaban incurso en causa de privación. El padre podría haber reconocido al niño inmediatamente del nacimiento, por otros medios más rápidos que la acción judicial, por lo que este retraso produjo que el actor no estuviese en condiciones de cumplir los deberes de la patria potestad durante al menos un año y en concreto , en el momento en que tuvo lugar la declaración de desamparo del menor.

2º Motivo único del recurso de la comunidad de Madrid por medio del Instituto Madrileño del Menor y la Familia. Infracción del Art. 177.2,2 CC por resolver el asunto de cuál es el momento a considerar para decidir si el padre biológico, en supuestos de privación de la patria potestad, debe o no asentir el procedimiento de adopción de su hijo. Ello implica también la vulneración de las normas relativas al interés del menor, en el contexto de la adopción. Además el interés casacional viene justificado por la doctrina constante contenida en las S.S.T.S. de 20 enero 1993 , 23 mayo 2005, 24 abril 2000, 31 julio 2009 y 25 junio 1994 . La doctrina del TS es unánime en considerar que el momento en que debe determinarse si el padre estaba o no incurso en causa de privación de la patria potestad es el de la declaración de desamparo. Dado que hasta la Sentencia de declaración de la paternidad, el Sr. Anselmo estuvo imposibilitado de asumir sus obligaciones como padre, estaba incurso en causa de privación , por lo que no debe concurrir asintiendo.

Ambos motivos se estiman.

Resulta difícil establecer reglas concretas sobre los temas que presenta el art. 177.1 CC, en relación con el art. 170 CC, es decir, cómo y cuándo debe concurrir una causa de privación de la patria potestad que hará innecesario que el progenitor incurso en ella, preste su asentimiento para la adopción. De entrada, debe recordarse el art. 9.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del niño, de 28 noviembre 1989, que establece que en todo procedimiento relacionado con la separación del menor de sus padres, "se ofrecerá a todas las partes interesadas la posibilidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones".

A este respecto resulta significativo el razonamiento de la S.T.C. 58/2008 , de 28 de abril . Después de alegar las reglas del Convenio de 1989, dice que "[...] no puede perderse de vista que la decisión a adoptar, precisamente por la flexibilidad con la que el legislador regula este tipo de procesos, ha de atender esencialmente a las circunstancias concretas del caso y a la relación que los distintos procedimientos (declaración de desamparo, tutela automática de la entidad pública de protección de menores , constitución de los diversos tipos de

acogimiento, adopción, así como las correspondientes impugnaciones judiciales de éstos), guardan entre sí por referirse a un mismo menor y, con frecuencia, a sus progenitores biológicos y a los adoptantes o posibles adoptantes".

En consecuencia, la interpretación que debe darse a la expresión del art. 177, 2, 2º CC pasa por dar contenido a la frase "incurso en causa legal para tal privación".

CUARTO. Esta Sala ha dicho que la cláusula general sobre el significado del incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad exige una amplia facultad discrecional del juez para su apreciación, de manera que esta disposición ha de ser interpretada de acuerdo con las circunstancias del caso, "[...]sin que pueda prevalecer una consideración objetiva exclusivamente de su supuesto de hecho" (STS 523/200, de 24 mayo). Se ha señalado que constituye causa legal para la privación de la patria potestad la omisión de los deberes contenidos en el art. 154 CC, de modo que la STS 998/2004, de 11 octubre confirmaba una Sentencia de privación porque el padre solo había pagado algunas mensualidades de pensión y ello porque la madre las había reclamado, o cuando el padre entregó su hija a la administración por no poder atenderla (S.T.S. 384/2005 , de 23 mayo). O bien, cuando el padre había cometido un delito de parricidio contra la madre (SST.S. 10/1993, de 20 enero y 415/2004, de 24 abril).

Vistos ya los casos en que se produce una causa de pérdida de la patria potestad por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, a continuación debe prestarse atención al momento en que debe concurrir y ello a los solos efectos de la prestación del asentimiento del padre que el art. 177.2 CC exige para la constitución de la adopción. La declaración de desamparo del menor se produce precisamente por el incumplimiento por su padre de sus deberes y mientras se mantenga el incumplimiento, se mantendrá la declaración de desamparo, con las medidas complementarias. De aquí que cuando un menor esté protegido por medio de la declaración de desamparo, se está produciendo un incumplimiento de los deberes inherentes a la potestad y corresponderá demostrar lo contrario a quien lo niegue.

Finalmente, hay que señalar que es indiferente que la causa del incumplimiento sea subjetiva u objetiva, aunque las circunstancias de cada caso deberán llevar a las correctas conclusiones en aplicación de la regla de la protección del interés del menor.

QUINTO. De acuerdo con los anteriores argumentos, debe examinarse a continuación cuáles son las circunstancias concurrentes en el presente litigio:

1º Resulta probada la desatención al niño. Efectivamente, aparte del hecho del tardío reconocimiento efectuado mediante una declaración judicial en ejercicio de una acción de filiación por parte del padre, éste no se ocupó del niño desde el momento del nacimiento, en que fue declarado en situación de desamparo, ni consta que después de la inscripción de la filiación en virtud de la Sentencia tomara ninguna medida para hacerse cargo del hijo.

2º Los antecedentes del padre en relación al episodio de violencia con la madre embarazada propiciaban que debiera extremarse la protección del menor.

Por todo ello y de acuerdo con la doctrina de la STS 565/2009, de 31 de julio, procede concluir que el progenitor estaba incurso en causa de privación de la patria potestad y por tanto no se requiere su asentimiento a la adopción proyectada.

SEXTO. La estimación de los recursos de casación comporta la anulación de la Sentencia recurrida. En consecuencia esta Sala asume la instancia y acuerda reponer la Sentencia pronunciada por el Juzgado de 1ª instancia nº 80 de Madrid, de 31 julio 2008, que desestimó la demanda formulada por la representación procesal de D. Anselmo.

SÉPTIMO. La estimación del recurso de casación formulado por la representación procesal de los padres adoptantes contra la SAP, sección 22, de Madrid, de 22 enero 2010, determina la de su recurso de casación y la no imposición de las costas del mismo, en virtud de lo dispuesto en el art. 398.1 L.E.C.

Asimismo, la estimación del recurso de casación formulado por la representación procesal de la Comunidad de Madrid a través del Instituto Madrileño del Menor y la Familia, contra la SAP, Sección 22ª, de Madrid, de 22 enero 2010, determina la de su recurso de casación y la no imposición de las costas del mismo, en virtud de lo dispuesto en el art. 398.1 LEC.

Dada la naturaleza de este tipo de procedimientos, no se imponen las costas de la 1ª Instancia ni de la apelación. Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

1º Se estima el recurso de casación formulado por la representación procesal de los padres adoptantes contra la

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, de 22 enero 2010 , dictada en el rollo de apelación nº 1379/2008 .

2º Se estima el recurso de casación formulado por la representación procesal de la comunidad de Madrid a través del Instituto Madrileño del Menor y la Familia, contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22ª, de 22 enero 2010 , dictada en el rollo de apelación nº 1379/2008 .

3º Se casa y anula la Sentencia recurrida.

4º En su lugar se repone la Sentencia dictada por el juzgado de 1ª instancia nº 80 de Madrid, de 31 julio 2008, cuyo FALLO dice:" Que desestimando, como desestimo la demanda formulada por el procurador Sr. Juanas Blanco, en nombre y representación de D. Anselmo, sobre la necesidad de contar con su asentimiento para la adopción de su hijo Roman, debo declarar y declaro no ser necesario el asentimiento del demandante para la adopción de su hijo menor, debiendo ser citado en el referido expediente únicamente para ser oído. Sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes".

4º No se imponen las costas de los recursos de casación a ninguna de las partes.

5º No se imponen las costas de la 1ª Instancia ni las de la apelación.

Librese a la mencionada audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia , que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATI.V.A. pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Juan Antonio Xiol Ríos.- Jesus Corbal Fernandez.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Encarnacion Roca Trias.- Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el EXCMA. SRA. Dª. Encarnacion Roca Trias, ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Marginal: 2380203 N° Resolución: 48/2012 N° Recurso: 478/2010
 Tipo: Sentencia Jurisdicción: Civil Fecha: 06/02/2012
 Tribunal: Audiencia Provincial de La Coruña/A Coruña Sala: Sección:
 Procedimiento: Recurso apelación LEC 2000
 Ponente: ANTONIO MIGUEL FERNANDEZ MONTELLS Y FERNANDEZ
 A favor de: Demandado

Resumen DIVISION DE COSA COMUN.- Local cuya división material, dada su superficie y el número de copropietarios, lo haría inservible para el bien que le es propio.-

Se desestima el recurso de apelación interpuesto contra Sentencia estimatoria del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Betanzos, sobre acción de división de un local.

La Sala declara que no habiéndose desvirtuado los razonamientos dados en la Sentencia apelada para proceder a la venta en pública subasta del local litigioso, con intervención de licitadores extraños, ante la falta de acuerdo de su adjudicación a uno de los propietarios indemnizando a los demás, y tratándose de una finca, local de 567,80 metros cuadrados de superficie, que ante el número de copropietarios del mismo, lógicamente la división material la haría inservible para el fin que le es propio, con detrimento económico del bien, en estas circunstancias no se puede estimar el recurso de apelación.

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

A CORUÑA

SENTENCIA: 00048/2012

BETANZOS Nº 1

ROLLO 478/10

S E N T E N C I A

Nº 48/12

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION CUARTA

ILTMOS.SRES. MAGISTRADOS:

JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG

CARLOS FUENTES CANDELAS

ANTONIO MIGUEL FERNÁNDEZ MONTELLS Y FERNÁNDEZ

En A Coruña, a seis de febrero de dos mil doce

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 004, de la Audiencia Provincial de A CORUÑA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000253 /2008 , procedentes del JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de BETANZOS, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000478 /2010, en los que aparece como parte demandada-apelante, Salvadora , representada en primera instancia por el Procurador de los Tribunales SR. SR. ABA VEIGA y representado en esta instancia por el Procurador de los tribunales, Sr./a. RAFAEL FRANCISCO PÉREZ LIZARRITURRI, asistido por el Letrado D. JOSE PORTO VAZQUEZ, y como parte demandante-apelada, Pedro Miguel , Aurelio y Ana representada en primera instancia por el Procurador de los Tribunales SR. SANCHEZ PRESEDO, asistido por el Letrado D. FERNANDO PLACER GARCIA, y los demandados declarados en situación procesal de rebeldía DOÑA Eugenia Y DOÑA Susana , DON Horacio , DOÑA Tamara , DOÑA Adelaida , DOÑA Candida Y DOÑA Enriqueta y DOÑA Salvadora , sobre DIVISION DE COSA COMUN.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la Resolución apelada, dictada por EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 1 DE BETANZOS de 22-12-09 su parte dispositiva literalmente dice: "estimando íntegramente la demanda formulada por Aurelio, Ana Y Pedro Miguel, asistidos por el letrado SR. PLACER GARCIA y representados por la Procuradora SRA SANCHEZ PRESEDO contra los demandados, Eugenia, Susana, DOÑA Marí Trini (Eugenia Y Susana), Susana, (Horacio , Adelaida, Tamara, Candida Enriqueta), todos ellos en situación procesal, y Salvadora, asistida por el Letrado SR. PORTO VAZQUEZ y representada por el Procurador SR. ABA VEIGA, DEBO DECLARAR Y DECLARO la procedencia de la acción de

división de cosa común ejercitada sobre la finca que se describe como local sito en la AVENIDA000 n° NUM000 planta NUM001 NUM002, inscrita en el Registro de la Propiedad de Betanzos al tomo NUM003, libro NUM004 , folio NUM005, de la finca NUM006, declarando el fin de la situación de proindiviso sobre dicha finca; dado que la división material es imposible o desmerece enormemente el valor del bien, se acuerda que su venta se realice en pública subasta con admisión de licitadores extraños a fin de que el precio que se obtenga se reparta entre las partes en función de sus cuotas de participación en la comunidad.

Todo ello con imposición de costas a la parte demandada Salvadora y sin especial imposición de costas a los demás codemandados".

SEGUNDO.- Contra la referida resolución por la demandada se interpuso recurso de apelación para ante la audiencia Provincial que les fue admitido, elevándose los autos a este Tribunal, pasando los autos a ponencia para Resolución.

TERCERO.- Ha sido ponente el lltmo. Sr. magistrado D. ANTONIO MIGUEL FERNÁNDEZ MONTELLS Y FERNÁNDEZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se interpone recurso de apelación por la codemandada Doña Salvadora , contra la Sentencia dictada en fecha 22 de diciembre de 2009, por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Betanzos , que estimó la demanda interpuesta, declarando proceder a la venta en publica subasta determinado local con intervención de licitadores extraños, repartiendo el precio que se obtenga entre los condueños en función de sus cuotas de participación en la Comunidad. Contra dicho pronunciamiento judicial se alza la codemandada referida, en un escueto escrito de interposición del recurso , que en tres párrafos separados contenidos en un folio, formula las siguientes alegaciones, practica de la totalidad de la prueba propuesta y denegada en primera instancia; la consideración de la finca como materialmente divisible, realidad que no pudo acreditar por la denegación de prueba; y nulidad de actuaciones por cuanto se ha hecho saber al Juzgado la existencia de otro pleito que se sigue en el juzgado de Primera Instancia nº 2 de Betanzos sobre retracto de plazas de garaje en la misma finca.

SEGUNDO .- La acción que se ejercita con la demanda es la de división de cosa común partiendo de la situación de copropiedad, al amparo del artículo 400 del Código Civil que, recogiendo una tradición que proviene del Derecho Romano, consagra la facultad que tiene todo copropietario de pedir en cualquier tiempo la división de la cosa común ya que el Código, siguiendo la aludida tradición romanista, considera que las situaciones de comunidad son antieconómicas y por ello propicia la extinción de las mismas , y por tanto que la división de la cosa común requiere por imperativo del artículo ya citado, y la doctrina jurisprudencial, que la actora ostente la cualidad de copropietario, y que esté en situación de Comunidad que se ostenta en el caso con los demandados , lo que en definitiva no se cuestiona, si su carácter de indivisible, que se estima de tal modo en la Sentencia apelada, razón de su venta en publica subasta.

Estimada la demanda, se aquietan todos los demandados, salvo Doña Salvadora, quien no formuló contestación a la demanda en momento procesal oportuno, es en la audiencia previa al juicio cuando su representación procesal propone prueba , entre otras, pericial, cuyo objeto era la posibilidad de división de la finca objeto del proceso, así como que ya se encuentra dividida en plazas de garaje independientes.

Como ya decíamos en nuestra sentencia de fecha 23 de octubre de 2008, "El art. 24.2 de la C.E. atribuye , por primera vez, en nuestro ordenamiento jurídico, el rango de fundamental al Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, de manera tal que los litigantes, que tienen la carga de la justificación de los hechos en los que fundan sus pretensiones y resistencias , se ven amparados por la protección que les dispensa la Carta Magna para proponer y obtener la práctica de aquellas pruebas pertinentes necesarias para cumplir con tan indeclinable exigencia legal.

Tal Derecho fundamental, cuya fuerza normativa se extiende a todos los órdenes jurisdiccionales, no supone el Derecho de las partes a la proposición ilimitada de los medios de prueba que pretendan utilizar en defensa de sus pretensiones, sino que la admisibilidad de los mismos se haya condicionada al cumplimiento del requisito de la pertinencia (STC 168/1991 , de 19 de julio ; 211/1991 , de 11 de noviembre ; 233/1992, de 14 de diciembre ; 351/1993, de 29 de noviembre ; 131/1995 , de 11 de septiembre ; 1/1996, de 15 de enero ; 116/1997, de 23 de junio ; 190/1997, de 10 de noviembre ; 198/1997, de 24 de noviembre ; 205/1998, de 26 de octubre ; 232/1998, de 1 de diciembre ; 96/2000 , de 10 de abril, FJ 2 y 165/2001, de 16 de julio), entendiendo por tal la relación entre los hechos probados y el "thema decidendi" (STC 26/2000, de 31 de enero, FJ 2; 73/2001 , de 26 de marzo, FJ 2;

165/2001, de 16 de julio, FJ 2).

En segundo término, se trata de un derecho fundamental de configuración legal, de manera tal que su manto protector únicamente se despliega en aquellos casos en que las pruebas pertinentes estén permitidas por la Ley y se hayan solicitado respetando la legalidad procesal, en cuanto al tiempo y forma de su proposición (STC 149/1987, de 30 de septiembre ; 212/1990, de 20 de diciembre ; 87/1992 , de 8 de junio ; 94/1992, de 11 de junio ; 1/1996 ; 190/1997 ; 52/1998, de 3 de marzo ; 26/2000, FJ 2 ; 140/2000 , de 29 de mayo ; 173/2000, de 26 de junio ; 186/2000, de 10 de julio ; 19/2001, de 29 de enero, FJ 4º; 165/2001, de 16 de julio); siendo, por lo tanto , únicamente admisibles los medios de prueba autorizados por el ordenamiento jurídico (S.S.T.C. 101/1989, de 5 de junio ; 233/1992, de 14 de diciembre ; 89/1995, de 6 de junio ; 131/1995 ; 164/1996, de 28 de octubre ; 189/1996, de 25 de noviembre ; 89/1997 , de 10 de noviembre ; 190/1997 ; 96/2000, FJ 2 ; 165/2001, de 16 de julio , FJ 2), sin que exista un Derecho a la recepción de las pruebas ilícitas, obtenidas mediante la violación de los Derechos fundamentales de las personas por la colisión que ello derivaría con el Derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 y 14 CE), amén de la posición preferente de los Derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables (ST.C. 50/2000, de 28 de febrero).

La vulneración del art. 24.2 de la Carta Magna no abarca las meras infracciones de la legalidad procesal, sino que es preciso asimismo que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente, o lo que es lo mismo , que sea "decisiva en términos de defensa" (SS.T.C. 1/1996, de 15 de enero, FJ 2 ; 219/1998 , de 17 de diciembre, FJ 3 ; 101/1999, de 31 de mayo , FJ 5 ; 26/2000, FJ 2 ; 45/2000, F.J. 2 ; 165/2001, de 16 de julio ; 208/2001, 22 de octubre); tarea que precisa la necesaria actividad del quejoso que, en definitiva, deberá asumir la carga de la alegación y justificación de que la prueba no practicada ha mermado su Derecho de defensa, sin que la tarea de verificar si la misma era decisiva, a tales efectos , corresponda asumirla de oficio al Tribunal (STC 1/1996, de 15 de enero ; 164/1996, de 28 de octubre ; 218/1997, de 4 de diciembre ; 45/2000, FJ 2).

La anterior exigencia se proyecta, en sendos planos de causalidad lógica, en uno de ellos de relación entre el hecho que se pretendía probar y la inadmisión o práctica de la prueba propuesta con esa finalidad; y el segundo la incidencia que tal prueba hubiera podido tener en el desenlace final del proceso si se hubiera llevado a efecto , de manera que se acredite que la prueba omitida hubiera podido incidir favorablemente en los intereses legítimos de la parte que invoca la lesión de dicha garantía constitucional; pero dejemos que sea el propio Tribunal, máximo intérprete de la Carta Magna, el que nos explique, con sus propias palabras, los mentados requisitos , sirviendo, para ello, como botón de muestra la Sentencia 165/2001, de 16 de julio entre otras".

Y en el presente caso, respecto a la prueba documental y testifical denegada su practica , lo cierto es que no se fundamenta en el recurso de apelación, salvo su mera invocación genérica, en que ha mermado su Derecho de defensa, no se justifica que la prueba no practicada era relevante para la decisión del litigio. Otro tanto cabe aducir respecto a la alegación de la existencia de un pleito que se sigue en Juzgado distinto, sobre retracto de plazas de garaje en la misma finca registral, en la que ostenta la apelante únicamente el 60% de dos diecinueveavos partes, la falta de fundamentación de tal alegación conlleva a que no se comprenda su argumentación, ni la posibilidad de que se puedan dictar Sentencias contradictorias como se alega.

Por lo que se refiere a la prueba pericial, que tendría sentido en cuanto a la declaración de indivisión , la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil exige a las partes que en sus escritos de demanda y contestación aporten dictámenes periciales o soliciten la designación judicial de perito. Dado que la parte aquí recurrente no contestó a la demanda, su propuesta en el trámite de la Audiencia previa debe considerarse extemporánea. Nos encontramos ante un trámite preclusivo, cuyo incumplimiento -como aquí acaeció- no podrá ser subsanado posteriormente so pena de nulidad, por tratarse de un principio de orden publico, de la resolución que así aceptara o consintiera, pues , como se afirma jurisprudencialmente, el significado del principio de preclusión es la sanción de imposibilidad legal de que se produzcan los efectos propios de un acto procesal cuando este no se ha llevado a cabo dentro del plazo establecido, constituyendo un efecto automático que deriva directamente de la Ley.

En definitiva, no habiéndose desvirtuado los razonamientos dados en la Sentencia apelada para proceder a la venta en publica subasta del local litigioso, con intervención de licitadores extraños, ante la falta de acuerdo de su adjudicación a uno de los propietarios indemnizando a los demás. Ya que se trata de la finca registral nº NUM006, sita en planta NUM001, de 567,80 metros cuadrados de superficie , siendo importante el numero de copropietarios del mismo, lógicamente la división material la haría inservible para el fin que le es propio, con detrimento económico del bien, y en estas circunstancias no podemos estimar el recurso de apelación.

TERCERO.- Por todo ello procede desestimar el recurso formulado por la parte codemandada y confirmar la Sentencia recurrida con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante, de conformidad con

lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey y por la autoridad concedida por el Pueblo Español.

FALLO

Con desestimación del recurso de apelación interpuesto por la representación de Doña Salvadora, contra la Sentencia dictada en fecha 22 de diciembre de 2009 , por el juzgado de Primera Instancia nº 1 de Betanzos, confirmamos la precitada resolución, con expresa imposición de las costas originadas en esta alzada a la parte apelante.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir, y dése su destino legal.

Contra esta Sentencia cabe recurso de casación y, en su caso, extraordinario por infracción procesal ante la Sala 1ª del Tribunal Supremo, por razón de interés casacional , siempre que concurran los presupuestos legales para su admisión, a interponer ante este Tribunal en el plazo de veinte días a contar desde la notificación de esta sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia de la que se llevará certificación al rollo de Sala lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Resolución por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo Secretario doy fe.

Marginal: 2373898	Nº Resolución: 46/2012	Nº Recurso: 336/2009
Tipo: Sentencia	Jurisdicción: Civil	Fecha: 07/02/2012
Tribunal: Tribunal Supremo	Sala: Sala Primera	Sección:
Procedimiento: Recurso casación-Derechos Fundamentales		
Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA		
A favor de: Consumidor		

Resumen RESPONSABILIDAD CIVIL.- Compensación de culpas.- Caída de un trabajador.- Supuesto de la cuestión.-

Se desestima el recurso de casación formulado por la parte demandante contra Sentencia parcialmente estimatoria de la Sección Undécima de la Audiencia Provincial de Valencia, sobre reclamación de cantidad, como indemnización por daños producidos por una caída del trabajador recurrente.

La Sala declara que lo cierto es que el demandante recibió el manual de seguridad y por tanto conocía las medidas de seguridad a adoptar, sin que se haya demostrado la existencia de una orden concreta de la empresa al trabajador para que utilizase ese medio. Lo que ocurrió es que se subió al cajón de la carretilla para alzarse al lugar donde había que reparar la avería, asumiendo y aceptando un riesgo, en este caso de caída, de forma no solo inadecuada laboralmente, sino además peligrosa por su poca seguridad, y desde un punto de vista causal relevante, si se tiene en cuenta que el hecho de subir en el cajón, sometió a la carretilla a una finalidad para la que no estaba construida e incidió en la caída de la misma, ante el mayor peso que soportó y su distribución. Y

lo que no puede el recurrente es transformar estos hechos en este recurso, para conseguir una calificación jurídica distinta de los mismos a partir de la valoración de un testigo que manifestó que la carretilla volcó porque la rueda de atrás se salió fuera de la acera donde estaba subida, y que la diferencia de altura existente entre la acera y la calzada fue lo que provocó el desnivelado. La denuncia incide en el vicio procesal de hacer supuesto de la cuestión.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Febrero de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Undécima de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia de autos de juicio ordinario 113/2004, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Xátiva, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la representación procesal de don Juan, el procurador don Juan Carlos Estévez Fernández-Belmonte. Habiendo comparecido en calidad de recurridos el procurador don Carmelo Olmos Gómez, en nombre y representación de Madremia S.L, el procurador don Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de Instalaciones de tendidos Telefónicos S.A y el procurador don Antonio Ramón Rueda López, en nombre y representación de Allianz Compañía de Seguros y Reaseguros S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El procurador don Juan Santamaria Bataller, en nombre y representación de don Juan, interpuso demanda de juicio ordinario, contra don Clemente, la Mercantil Madremia S.L., la mercantil ITETE S.A y la mercantil Telefónica de España S.A.U. y alegando los hechos y fundamentos de Derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara Sentencia por la que se condene a los demandados: 1º.- Al pago solidario de la suma de 916.359,72 euros. 2º.- Al pago de los intereses legales desde la fecha de 20 de diciembre de 2001. 3º.- Al pago de las costas originadas en el presente procedimiento.

2.- El Procurador don Francisco Ruiz Hernández, en nombre y representación de don Clemente, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de Derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia por la que se absuelva a su representado de las pretensiones de la demanda con los demás pronunciamientos inherentes a dicha absolución.

La Procuradora doña María José Diego Vicedo, en nombre y representación de la mercantil Instalaciones de Tendidos Telefónicos (ITETE) S.A, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de Derecho que

consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia por la que se desestime la demanda interpuesta por la representación de don Antonio Juan, absolviendo a mi mandante de los pedimentos solicitados frente a ella , e imponiendo las costas al demandante.

La Procuradora doña María Pilar Torregrosa Medina, en nombre y representación de Madremia S.L, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia por la que se absuelva a mi mandante y se impongan las costas a quien proceda.

La Procuradora doña María José Diego y Vicedo, en nombre y representación de Telefónica de España Sau, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de Derecho que consideró de aplicación , terminó suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia por la que se desestime la demanda interpuesta contra mi determinante es la conducta que debe condenarse causalmente determinante de un eventual resultado lesivo posteriormente producido y fue la infracción del deber objeto de cuidado y de previsibilidad atribuible al trabajador, fué de mayor entidad que la predicable de su empresa, en cuantía fue el quien determinó en exclusiva la forma y circunstancias de su realización determinando en última instancia el accidente producido.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Xátiva, dictó Sentencia con fecha 20 de agosto de 2007, cuya parte dispositiva es como sigue:FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por Juan frente a Clemente . Madremia S.L, ITETE S.A y Telefónica de España SAU.

-Condeno a los codemandos Clemente y Madremia S.L. a abonar. solidariamente , al demandante, la cantidad en concepto de principal de 200.000 euros.

-Condeno a los codemandados Clemente y Madremia S.L. a abonar los intereses legales de tal cantidad desde la fecha de interposición de la demanda y hasta su completo pago. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Con fecha 14 de septiembre de 2007 se dicto de aclaración cuya parte dispositiva dice: Se aclara la sentencia de 20 de agosto de 2007 , de forma que en el fallo de la misma debe contra expresamente la desestimación integra de la demanda en cuanto a los codemandados ITETE (instalaciones de Tendidos Telefónicos) S.A y Telefónica de España SAU y consecuentemente que las costas ocasionadas como consecuencia de la intervención de tales demandadas en el pleito serán a cargo del demandante Juan, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 394.1 de la LEC .

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de don Juan, por don Clemente, y por Madremia S.L, la sección Undécima de la audiencia Provincial de Valencia, dictó Sentencia con fecha 25 de septiembre de 2008 , cuya parte dispositiva es como sigue:FALLAMOS:

PRIMERO.-Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procurador de los Tribunales doña María José Montesinos Pérez, en nombre y representación de don Juan, contra la Sentencias dictada por el juzgado de Primera Instancia número 3 Xativa, el día 20 de agosto de 2007, en el Juicio Ordinario seguido con el número 113/2004.

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la Procurador de los Tribunales doña María José Juan Baixauli , en nombre y representación de don Clemente, contra la citada Sentencia.

Desestimar el recuso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Rosa Selma García Faria, en nombre y representación de la mercantil Madremia S.L., contra la citada Sentencia.

SEGUNDO.- Revocar parcialmente dicha resolución, en el sentido de aumentar a la suma de 300.000 euros , la cantidad que los demandados condenados deben satisfacer al actor, manteniendo el resto de los pronunciamientos del fallo.

TERCERO.- No hacer declaración sobre las costas del actor apelantes e imponer a los otros apelantes las costas derivadas de sus recursos en esta alzada.

TERCERO .- 1.- Contra la expresada Sentencia preparó y después interpuso recurso de casación la representación procesal de don Juan con apoyo en los siguientesMOTIVOS:PRIMERO.- Al amparo del nº 2.2º del artículo 477 LEC, por interpretación incorrecta de la responsabilidad extracontractual del art. 1902 del Código Civil, y su relación con la concurrencia de culpas. SEGUNDO .- Al amparo del nº 2.2º del artículo 477 LEC por vulneración de la normativa sobre responsabilidad contractual establecida en los artículos 1101 , 1108 y concordantes del Código Civil, en relación con los arts. 4, 14 y 15 de la Ley Prevención de Riesgos Laborales . TERCERO.- Al amparo del nº 2.2º del artículo 477 L.E.C. de la responsabilidad de Telefónica de España, como contratista de ITETE S.A, empleador del lesionado.CUARTO .- Al amparo del nº 2.2º del artículo 477 LEC , por violación del

principio de reparación integral del daño.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 27 de abril de 2010 se acordó:

1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación de don Juan, contra la Sentencia dictada el día 25 de septiembre de 2008 , dictado por la Audiencia Provincial de Valencia Sección 11 en el rollo 353/2008 dimanante de juicio ordinario 113/2004 del Juzgado de Primera Instancia n 3 de Xativa en lo que se refiere al MOTIVO PRIMERO.

2º) No admitir el recurso respecto a los restantes motivos.

Dese traslado a las partes para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el Procurador don Antonio Ramón Rueda López , en nombre y representación de Allianz Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. el Procurador don Juan Antonio García San Miguel y Orueta, en nombre y representación de la entidad mercantil Telefónica de España SAU, el Procurador don Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de Instalaciones de Tendidos Telefónicos S.A. (ITETE) y el Procurador don Carmelo Olmos Gómez, en nombre y representación de la mercantil Madremia S.L, presentaron escritos de impugnación al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 24 de enero del 2012, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Quien ahora recurre, Don Juan, reclamó los daños y perjuicios ocasionados (916.359,72 ?), como consecuencia de las lesiones sufridas el día 20 diciembre de 2001 , mientras realizaba su trabajo como instalador- reparador de las líneas ADESL para la entidad ITETE,SA, subcontratada de la Telefónica de España SAU , en las instalaciones de la empresa Madremía, SL, a resultas del cual se subió a una carretilla elevadora conducida por Don Clemente para arreglar una avería situada a una altura a la que no podía acceder por medio de la escalera que portaba, de la que se cayó.

La Sentencia de 1ª Instancia estimó parcialmente la demanda, tanto en lo referido a la cuantía de la reclamación, como con respecto a alguno de los demandados que fueron absueltos, condenando a D. Clemente y a la mercantil Madremia, S.L. , a que le abonasen solidariamente la suma de 200.000 ?.

La representación de la parte actora formuló recurso apelación al entender, primeramente, que se había interpretado de forma incorrecta la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del C.C, en lo referido a la concurrencia de culpas, que recoge la Sentencia, pues quedó claro que quien ofreció la carretilla fue el codemandado D. Clemente y que ésta volcó porque la rueda de atrás se salió de la acera. La sentencia de la audiencia Provincial mantuvo la del juzgado , salvo en la cuantía de la indemnización, que elevó hasta la cifra de 300.000 euros.

SEGUNDO.- Ha sido admitido el recurso de casación únicamente respecto al primer motivo, en el que se acusa la infracción del artículo 1902 del Código Civil . Sin embargo, lo que se denuncia en el motivo no es tanto un error de derecho en la aplicación de la norma, como efecto de una equivocada calificación jurídica de los hechos que conforman el criterio de imputación formulado contra los demandados, sino los hechos mismos. Lo que la Sentencia dice es que no comparte la afirmación del actor de que el hecho de subir al cajón no fue la causa de las lesiones sino que aquella devino de la actuación negligente del conductor de la carretilla cuando operó inadecuadamente la máquina y que por tanto la conducta del perjudicado fue irrelevante. Lo cierto es que el demandante recibió el manual de seguridad y por tanto conocía las medidas de seguridad a adoptar, sin que se haya demostrado la existencia de una orden concreta de la empresa al trabajador para que utilizase ese medio. Lo que ocurrió es que se subió al cajón de la carretilla para alzarse al lugar donde había que reparar la avería , asumiendo y aceptando un riesgo , en este caso de caída, de forma no solo inadecuada laboralmente , sino además peligrosa por su poca seguridad, y desde un punto de vista causal relevante, si se tiene en cuenta que el hecho de subir en el cajón, sometió a la carretilla a una finalidad para la que no estaba construida e incidió en la caída de la misma, ante el mayor peso que soportó y su distribución.

Y lo que no puede el recurrente es transformar estos hechos, en este recurso para conseguir una calificación jurídica distinta de los mismos a partir de la valoración de un testigo que manifestó que la carretilla volcó porque la rueda de atrás se salió fuera de la acera donde estaba subida y que la diferencia de altura existente entre la acera

y la calzada fue lo que provocó el desnivelado. La denuncia incide en el vicio procesal de hacer supuesto de la cuestión, que consiste en partir de hechos distintos de los que ha tenido en cuenta la Sala, sin conseguir previamente su modificación a través del recurso pertinente.

TERCERO.- Se desestima el recurso y se imponen las costas a la recurrente, de conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398 , ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

Desestimar el recurso de casación formulado por la Procuradora Doña María José Montesinos Pérez, en la representación que acredita de d. Juan, contra la Sentencia dictada por la sección Undécima de la Audiencia Provincial de Valencia de 25 de septiembre de 2008, con expresa imposición de las costas causadas al recurrente. Líbrese a la mencionada audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia , que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATI.V.A. pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Francisco Marin Castan .José Antonio Seijas Quintana. Francisco Javier Arroyo Fiestas.Roman Garcia Varela. Xavier O'Callaghan Muñoz.Firmado y Rubricado.-

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio Seijas Quintana, ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Marginal: 2380197

N° Resolución: 30/2012

N° Recurso: 73/2011

Tipo: Sentencia

Jurisdicción: Civil

Fecha: 08/02/2012

Tribunal: Audiencia Provincial de Huesca

Sala:

Sección:

Procedimiento: Recurso apelación LEC 2000

Ponente: ANTONIO ANGOS ULLATE

A favor de: Demandado

Resumen ARRENDAMIENTOS URBANOS .- La arrendataria recurrente no hizo uso en tiempo oportuno, es decir, antes de devolver la posesión del local a la arrendadora, de la facultad de retirar las mejoras reconocida al usufructuario en el artículo 487 del Código civil.-

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la demandante y reconvenida contra sentencia del Juzgado de 1ª instancia e instrucción número 2 de Huesca, desestimatoria de demanda, y estimatoria de reconvenición, sobre reclamación de cantidad.

La Sala declara que la arrendataria recurrente no hizo uso en tiempo oportuno de la facultad de retirar las mejoras reconocida al usufructuario en el artículo 487 del Código civil (al que se remite su artículo 1573, conforme a la aplicación supletoria recogida en el artículo 4.3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994), es decir, antes de devolver la posesión del local a la arrendadora.

Por tanto, aun suponiendo hipotéticamente que era posible retirar los elementos más importantes que configuran la instalación de aire acondicionado sin detrimento de la cosa arrendada, el citado artículo 487 no autoriza a retirar mejoras, como la instalación de que se habla, después de la pérdida de la posesión merced a la resolución de mutuo acuerdo del contrato de arrendamiento, ni mucho menos hasta el punto de imponer a la adversa la carga de retirar el material a su costa y de entregarlo a la hoy apelante.

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

HUESCA

SENTENCIA: 00030/2012

A. Civil 73/2011 S080212.2U

Sentencia Apelación Civil Número 30

PRESIDENTE

SANTIAGO SERENA PUIG

MAGISTRADOS

GONZALO GUTIÉRREZ CELMA

ANTONIO ANGÓS ULLATE

En Huesca, a ocho de febrero de dos mil doce.

En nombre del Rey, la Audiencia Provincial de Huesca ha visto el recurso de apelación planteado en los autos de juicio ordinario número 553/2009 seguidos ante el Juzgado de primera instancia e instrucción número 2 de Huesca, sobre reclamación de cantidad. TRANSFORMACIONES DE MATERIAS NATURALES, S.L. los promovió, como demandante, dirigida por el letrado Carlos J. Pérez Serrano y representada por la procuradora María Fernanda Pérez Serrano, contra CONSTRUCCIONES SARVISÉ, S.A., como demandada, defendida por el letrado Miguel Ángel Clemente Jiménez y representada por la procuradora Esther del Amo Lacambra. Se hallan pendientes ante este Tribunal en virtud del presente recurso de apelación, tramitado al número 73 del año 2011, e interpuesto por la demandante, TRANSFORMACIONES DE MATERIAS NATURALES, S.L. Es ponente de esta sentencia el Magistrado ANTONIO ANGÓS ULLATE.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Damos por reproducidos los que contiene la Sentencia apelada.

SEGUNDO : El indicado Juzgado de primera instancia e instrucción, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó la sentencia apelada el día 25 de noviembre de 2010, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"FALLO

Que DESESTIMANDO la demanda interpuesta por la Procuradora [de] los Tribunales Sra. Pérez Serrano, en

nombre y representación de la mercantil 'TRANSFORMACIONES DE MATERIAS NATURALES, S.L.', asistida por el Letrado Sr. Pérez Serrano, siendo parte demandada la también mercantil CONSTRUCCIONES SARVISÉ, S.A., representada por la Procuradora de los tribunales Sra. Del Amo Lacambra y defendida por el Letrado Sr. Clemente Jiménez sustituido en el acto de la vista del juicio por su compañero, Sr. Rabanaque Lanuza, debo ABSOLVER Y ABSUELVO a la mencionada demandada de todas las pretensiones ejercitadas frente a ella en la demanda, con imposición del pago de las costas procesales a la parte actora.

Que ESTIMANDO ESENCIALMENTE la demanda reconvenicional interpuesta por la Procuradora de los tribunales Sra. del Amo Lacambra, en nombre y representación de [la] mercantil CONSTRUCCIONES SARVISÉ, S.A., asistida por el letrado Sr. Clemente Jiménez, sustituido en el acto de la vista del juicio por su compañero, Sr. Rabanaque Lanuza, siendo parte demandada reconvenicional la también mercantil ' TRANSFORMACIONES DE MATERIAS NATURALES, S.L.', representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Pérez Serrano y defendida por el Letrado Sr. Pérez Serrano, debo condenar y condeno a la mencionada demandada a que abone a la actora la cantidad de QUINIENTOS CINCUENTA Y SIETE EUROS CON VEINTIDÓS CÉNTIMOS (557,22 euros), más los intereses legales correspondientes, de acuerdo con lo indicado en el fundamento de derecho Cuarto de la presente resolución, con imposición de las costas procesales a la parte demandada reconvenicional [...].

TERCERO : Contra la anterior Sentencia, la demandante, TRANSFORMACIONES DE MATERIAS NATURALES, S.L., anunció recurso de apelación. El Juzgado lo tuvo por preparado y emplazó a la parte apelante por veinte días para que interpusiera el recurso, lo cual efectuó mediante la presentación del oportuno escrito, en cuya súplica interesó a esta Sala lo siguiente: "[...] revoque la [Sentencia] de instancia, estimando íntegramente la demanda con los pronunciamientos inherentes a su estimación ". A continuación, el juzgado dio traslado a las otras partes para que presentaran escrito de oposición al recurso, en su caso, de impugnación de la Resolución apelada en lo que pudiera serles desfavorable. En esa fase, la demandada, CONSTRUCCIONES SARVISÉ, S.A., se opuso al recurso. Seguidamente, el Juzgado, tras emplazar a las partes por término de treinta días, remitió los autos a este Tribunal, en donde quedaron registrados al número 73/2011. No habiéndose propuesto prueba ni solicitado vista, la Sala acordó que el asunto quedara pendiente de deliberación, votación y fallo, a cuyo efecto señalamos el día de hoy. En la tramitación de esta segunda instancia, no se han cumplido los plazos procesales por la atención prestada a otros asuntos pendientes ante este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO : La actora interesa en su recurso la estimación de su demanda, como hemos dicho. En ella solicita que se declare la facultad de retirar los elementos muebles correspondientes a las máquinas de retorno e impulsión del aire acondicionado -que colocó, vigente el arrendamiento, en el local propiedad de la otra parte-; y que se condene a la demandada a retirar el material a su costa y entregarlo a la hoy apelante. Subsidiariamente, pide en la demanda que se condene a CONSTRUCCIONES SARVISÉ, S.A. a abonar a la actora la cantidad de 8.989,35 euros en concepto de precio cierto y actual de los elementos que, siendo propiedad de TRANSFORMACIONES DE MATERIAS NATURALES, S.L., son retenidos por la demandada.

SEGUNDO : En cuanto a la primera pretensión, la arrendataria no hizo uso en tiempo oportuno de la facultad de retirar las mejoras reconocida al usufructuario en el artículo 487 del Código civil (al que se remite su artículo 1573, conforme a la aplicación supletoria recogida en el artículo 4.3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994), es decir, antes de devolver la posesión del local a la arrendadora. Por tanto, aun suponiendo hipotéticamente que era posible retirar los elementos más importantes que configuran la instalación de aire acondicionado sin detrimento de la cosa arrendada, el citado artículo 487 no autoriza a retirar mejoras, como la instalación de que hablamos, después de la pérdida de la posesión merced a la resolución de mutuo acuerdo del contrato de arrendamiento, ni mucho menos hasta el punto de imponer a la adversa la carga de retirar el material a su costa y de entregarlo a la hoy apelante. El contrato de arrendamiento permitía al arrendatario realizar cuantas obras, reformas e instalaciones considerara convenientes o necesarias (cláusula sexta), pero en su estipulación décima declara, cuando se refiere a la devolución del local tras la extinción del contrato por cualquier causa, que el arrendatario cumplirá con devolver el local en las condiciones y estado que se encuentre " en dicho momento ". Precisamente, cuando se acordó resolver voluntariamente el contrato, la instalación de aire acondicionado seguía en el local; y el pacto suscrito por los litigantes para la Resolución del contrato de arrendamiento no hace ninguna salvedad sobre ese extremo. Además, la retirada de las máquinas y demás elementos del aire acondicionado no sería inocua ni gratuita, sino que implicaría, como informa el perito de la demandada, y partiendo de que la preinstalación solo

sirve para ese concreto modelo de aire acondicionado: la desconexión eléctrica, la aspiración previa, por bombeo, de todas las tuberías del líquido refrigerante y su traslado a un gestor de residuos autorizado, el desmontaje parcial del falso techo, el desmontaje de las máquinas, su traslado, reconstruir el techo fijo y el desmontable, todo ello por personal especializado, con el suministro del material necesario y repaso de pinturas, todo lo cual podría suponer un coste de 2.735 euros más I.V.A.; y no vemos razones jurídicas para imponer esa actividad y gasto a la demandada, ni tampoco para que -ya sin ninguna garantía- sea la demandada la autorizada a entrar nuevamente al local y a efectuar toda la actividad aludida para la retirada del aire acondicionado.

La actora tampoco tiene Derecho a recibir una indemnización por el valor actualizado de la instalación de aire acondicionado, de acuerdo con todo lo expuesto y porque el repetido artículo 487 sienta expresamente el principio de no indemnizabilidad a favor del usufructuario (arrendatario en nuestro caso), como consecuencia de las mejoras realizadas, cuando utiliza la expresión "pero no tendrá por ello derecho a indemnización".

Por todo ello, procede desestimar el recurso.

TERCERO : Debemos imponer a la parte apelante las costas de esta segunda instancia, puesto que el recurso es desestimado y no apreciamos en el caso serias dudas de hecho ni de Derecho (artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que se remite su artículo 398.1). Asimismo, debemos disponer la pérdida del depósito constituido para recurrir, en cumplimiento de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

FALLO

FALLAMOS : DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la demandante, TRANSFORMACIONES DE MATERIAS NATURALES, S.L., contra la sentencia referida, que CONFIRMAMOS íntegramente. Imponemos a la parte apelante las costas de esta alzada. Disponemos asimismo la pérdida del depósito constituido para recurrir. Sin perjuicio del derecho de las partes a intentar cuantos recursos consideren legalmente procedentes, contra esta resolución pueden haber, en su caso, los recursos de casación y de infracción procesal, a interponer ante esta misma audiencia Provincial en un plazo de veinte días.

No tífiquese y devuélvase los autos originales al juzgado de su procedencia, con un testimonio de esta Resolución, para que tenga lugar la ejecución y cumplimiento de lo resuelto.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá un testimonio al rollo de Sala, definitivamente juzgando en esta segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



Marginal: 2380238

Nº Resolución: 42/2012

Nº Recurso: 191/2011

Tipo: Sentencia

Jurisdicción: Civil

Fecha: 08/02/2012

Tribunal: Audiencia Provincial de Toledo

Sala:

Sección:

Procedimiento: Recurso apelación LEC 2000

Ponente: GEMA ADORACION OCARIZ AZAUSTRE

A favor de: Demandado

Resumen NULIDAD DE TESTAMENTO.- Otorgante que no podía leerlo por sí.- El testamento se otorgó con la concurrencia de un solo testigo idóneo.- Nulidad por defecto de forma.-

Se desestima el recurso de apelación interpuesto contra sentencia estimatoria del Juzgado de 1ª Instancia Núm. 5 de Illescas, sobre solicitud de declaración de nulidad de un testamento.

La Sala declara que no se discute, como no podía ser de otro modo, la inidoneidad de uno de los testigos que concurrieron al otorgamiento por ser conyuge de la hija de una de las designadas herederas, (art 682 del C. Civil), ante lo cual el hecho de que por sí renunciara a leer el testamento y lo leyera solo el otro testigo (el idóneo) como se alega en el recurso, es irrelevante, porque el art 697 exige la concurrencia al otorgamiento en toda su unidad de acto de dos testigos idóneos, no de uno solo idóneo que es lo que aquí ocurrió, y ello independientemente de que por sí lean el testamento o lo renuncien, lo que ya es indiferente.

El caso es que el testamento se otorgo por persona que no podía leerlo por si, con la concurrencia de un solo testigo idóneo, por lo que es nulo, por defecto de forma en su otorgamiento.

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

TOLEDO 00042/2012

Rollo Núm. 191/2.011.-

Juzgado de 1ª Inst. Núm. 5 de Illescas.-

J. Ordinario Núm. 402/2.009.-

SENTENCIA NÚM. 42

AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO

SECCION PRIMERA

Ilmo. Sr. Presidente:

D. MANUEL GUTIÉRREZ SÁNCHEZ CARO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. EMILIO BUCETA MILLER

D. URBANO SUÁREZ SÁNCHEZ

Dª GEMA ADORACIÓN OCARIZ AZAUSTRE

En la Ciudad de Toledo, a ocho de febrero de dos mil doce.

Esta Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de TOLEDO, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados que se expresan en el margen, ha pronunciado, en NOMBRE DEL REY, la siguiente,

SENTENCIA

Visto el presente recurso de apelación civil, Rollo de la Sección núm. 191 de 2.011, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 5 de Illescas, en el juicio ordinario núm. 402/09, en el que han actuado, como apelantes Dª Asunción, Dª Evangelina y D. Florencio, representados por la Procuradora de los Tribunales Sra. Gómez de Salazar y defendidos por el Letrado Sr. Torres Villamor; y como apelados Dª Ruth y OTROS, representados por el Procurador de los Tribunales Sr. Vaquero Montemayor y defendidos por el Letrado Sr. Gómez López

Es Ponente de la causa la Ilma. Sra. Magistrada Dª GEMA ADORACIÓN OCARIZ AZAUSTRE, que expresa el parecer de la Sección, y son,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por el juzgado de 1ª Instancia Núm. 5 de Illescas, con fecha 5 de noviembre de 2.010, se dictó sentencia en el procedimiento de que dimana este rollo, cuya PARTE DISPOSITIVA dice: "Estimar la demanda interpuesta por Dª Ruth, D. Teodulfo, Dª Delfina y Dª Leonor, D. Aurelio y Dª Adelina y D. Eliseo contra Dª Evangelina

y D^a Josefa y D. Florencio, y, en consecuencia, declarar la nulidad del testamento abierto otorgado por D^a Esperanza el día seis de marzo de dos mil siete bajo el n^o 572 de su protocolo ante el Notario D. Manuel Nebot Sachís y declarar que el testamento aplicable a la sucesión de la mencionada D^a Esperanza es el otorgado por ésta ante el Notario de Toledo D. Ignacio Carpio González el día 12 de noviembre de 1997 bajo el número 3134 de su protocolo; todo ello con imposición de costas a los demandados".

SEGUNDO: Contra la anterior Resolución y por D^a Asunción, D^a Evangelina y D. Florencio, dentro del término establecido, tras anunciar la interposición del recurso y tenerse por interpuesto, se articularon por escrito los concretos motivos del recurso de apelación, que fueron contados de igual forma por los demás intervinientes, con lo que se remitieron los autos a ésta audiencia, donde se formó el oportuno rollo, quedando los autos vistos para deliberación y resolución.-

SE CONFIRMAN Y RATIFICAN los antecedentes de hecho, fundamentos de derecho y fallo de la Resolución recurrida, en cuanto se entienden ajustados a Derecho, por lo que, en definitiva, son

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se alza la parte apelante contra la Sentencia apelada que declaró la nulidad del testamento de la fallecida D^{ña}. Esperanza alegando en esencia, en el ámbito procesal, la infracción del art 265 de la L.E.C. por admitir a la demandante un documento aportado en la audiencia previa que se alega que pudo y debió aportarse con la demanda (informe médico sobre el padecimiento por la tEstadora de ceguera) y la testifical de la doctora que lo emitió, que se centro en opiniones médicas propias de una prueba pericial, y en cuanto al fondo alegando error en la valoración de la prueba por la que determinó la Sentencia apelada que la tEstadora era ciega, alegando que en la causa existía prueba cumplida de lo contrario, así como que el testigo actuante por cuya inidoneidad se pide la nulidad del testamento, no fue advertido por el Notario de tal inidoneidad, aduciendo la Jurisprudencia relativa a la rotundidad necesaria de la prueba de la ceguera y al principio de favor testamenti y solicitando la revocación de su condena en costas por las dudas existentes en relación a la capacidad visual de la tEstadora

SEGUNDO: La Sala debe señalar tras el examen de la cuestión que la Sentencia apelada resuelve la misma de forma impecable tanto en precisión como en profundidad de análisis con criterio que esta Sala comparte y razonamientos que se dan aquí por reproducidos para evitar innecesarias repeticiones a los que poco más cabe añadir.

En relación a la prueba de la ceguera de la tEstadora, o más concretamente la prueba en cualquier caso de que no podía leer el testamento por sí misma que son también los términos del art 697 del C. Civil para exigir al otorgamiento del testamento la concurrencia de dos testigos idóneos, esta circunstancia consta de principio de forma patente primero por el previo testamento otorgado por la misma en 1997, ante otro notario actuante, en que se determina que a su otorgamiento concurren dos testigos que se identifican "por no poder leer (al ser ciega)", sin que conste circunstancia tan excepcional como la recuperación por esta de su capacidad de leer diez años más tarde, cuando vuelve a testar, siendo ello aun más sorprendente y necesitado por ello de prueba rotunda cuando no consta por ella recibido después de 1997 tratamiento médico/quirúrgico apto para devolverle la visión perdida con agudeza tal como para leer un documento. Pero es que, en segundo lugar, en el posterior testamento, el declarado nulo por la Sentencia apelada, de fecha 6.3.07 el notario actuante da fe pública de que la tEstadora le manifiesta que "tiene disminuidas sus facultades de visión y que necesita asistencia para leer el testamento", es decir, que no lo podía leer por sí misma sin asistencia de tercero. Asimismo es este notario autorizante el que permite y precisa la concurrencia de dos testigos, no necesarios para el otorgamiento del testamento abierto ordinario por persona que lo puede leer por sí y se constata en el testamento ahora considerado que el notario lo lee por sí y también uno de los testigos, pero nunca da fe de que lo leyera la tEstadora, no por renuncia sino porque en coherencia con el resto del testamento no cabía la posibilidad ante su defecto visual. Se otorgó el testamento decidiendo así que lo fuera en la forma prevista (art 697 C. Civil) para testar las personas que son ciegas o no saben o no pueden leerlo por sí y por ello el testamento debía reunir el requisito de que los dos testigos fueran idóneos y no lo era uno de ellos y si el notario hubiera apreciado la posibilidad de su lectura por la tEstadora obviamente no hubiera acudido a esta figura sino en la forma ordinaria del art 695 del C. Civil. A partir de ello las declaraciones testificales en el juicio del notario que autorizó este testamento afirmando que la tEstadora podía leer pero que se le intentó evitar "un mal trago", sin necesidad de incidir mucho en las mismas, simplemente no pueden ser acogidas, pues el mismo notario da fe en el testamento de que la propia tEstadora le manifiesta que no puede leer por sí misma el testamento y que necesita la asistencia de tercero. Lo que no se puede admitir

en cualquier caso es que se decida otorgar el testamento, aun por simples dudas, como se prevee legalmente para el caso de que el tEstador no pudiera leer, pero finalmente se incumplan los requisitos legalmente previstos para tal caso, y que luego, ante la comprobación de la falta de integración de todos ellos, se venga a pretender que en realidad es irrelevante porque también se podía haber otorgado el testamento en la forma prevista para los que pueden leer, que no precisa el requisito incumplido, dándose la consecuencia de que, como en la forma escogida la tEstadora no lee obviamente el testamento por sí sino por los testigos, y como en la forma no escogida (art 695) esta tenía derecho a leerlo por sí, en conclusión, si era persona que podía leer otorgo el testamento sin que se le diera la posibilidad de leerlo por sí misma y ello para que no pasara un mal rato, lo que es incolegible.

La Sala se atiene a lo que consta, amparado por fe pública notarial, que manifestó la propia tEstadora: que no podía leer por sí misma el testamento y que tenía un defecto visual que se lo impedía, independientemente de las incoherentes precisiones del notario actuante como testigo en el juicio, el cual puede no ser tercero totalmente ajeno a los intereses en juego pues puede tener un lógico interés subjetivo (la propia apelante llega a afirmarle una cierta responsabilidad) en que esta nulidad no se declare.

Por lo demás la prueba aportada por testigos que convivieron con la tEstadora (en la residencia geriátrica o en su cuidado médico) que se afirma que manifestaron que podía defenderse aun con su defecto visual en el día a día, no es prueba relevante para desvirtuar la restante prueba ya descrita, porque ninguno manifestó, ni siquiera se alega en el recurso lo contrario, que fuera capaz con la vista que le residuaba de leer por sí un documento, lo que requiere agudeza visual muy superior a la que precisa el día a día de una anciana de 94 años en una residencia geriátrica y con asistencia profesional en la misma.

En cualquier caso y frente a la negación de que estuviera totalmente ciega, como se ha expuesto, el art 697 citado no se prevee solo para los completamente ciegos sino también para los que simplemente no pueden leer por sí mismos, pues para protegerlos en su imposibilidad de leer por sí el testamento, Derecho de que goza cualquier tEstador, sean ciegos totalmente o no, es por lo que se establece la intervención de testigos y lo que aquí está claro, señalen lo que señalen los testigos con las imprecisiones ya descritas, es que, fuera completamente ciega o no totalmente, en el propio testamento la tEstadora reconoce y declara que no podía leer por sí el testamento y de hecho no lo leyó por sí y de ello da fe no solo el notario actuante sino que además ya dio fe años antes otro notario en un acto idéntico.

La prueba descrita de que era de aplicación al otorgamiento lo previsto en el art 697 es incuestionable, por lo que la Sala considera ya irrelevante la cuestión procesal planteada en el recurso para llegar como se pide a revocar la Sentencia, pues aunque dicha cuestión se estimara y se tuviera el informe médico aportado en la Audiencia previa como indebidamente admitido y la testifical indebidamente practicada, es decir, aunque todo lo derivado del informe médico de la doctora Sra. Celestina y su declaración en juicio sobre la ceguera de la tEstadora, se tuviera por prueba ineficaz a efectos del procedimiento para fundar cualquier pronunciamiento de la sentencia, en cualquier caso ello no invalida la restante prueba obrante en la causa y debidamente admitida y practicada cuyo resultado rotundo se ha descrito hasta ahora y que ampara la decisión de nulidad del testamento de forma contundente e indudable.

No desconoce la Sala la Jurisprudencia que se cita en el recurso acerca de la presunción de certidumbre del juicio de capacidad del tEstador que emite el notario actuante, pero es que aquí el caso es el contrario: en el testamento el notario no la juzgo con capacidad visual suficiente, por ello se escoge la forma de testar con presencia de dos testigos, y era la prueba de lo contrario la que debía ser rotunda para desvirtuar dicho juicio del notario, que aquí no lo ha sido como se ha expuesto. No se ignora tampoco la Jurisprudencia citada en el recurso sobre la prueba de la ceguera, lo que ocurre es que toda esta dictada también en el caso contrario: en el caso en que se otorga testamento abierto ordinario sin los requisitos del art 697 y se pretende que debió aplicarse este precepto por lo que el que va contra el juicio de capacidad del notario es el que ha de probar rotundamente la ceguera que este no considero, pero este caso es precisamente el distinto: la imposibilidad de leer es lo que se considero no solo ya como juicio de capacidad del notario sino como manifestación expresa de la tEstadora en el otorgamiento y la prueba de lo contrario, la de la capacidad de leer, es la que ha de ser rotunda por no estar amparada ni en lo manifestado por la tEstadora ni en la presunción de certidumbre de lo juzgado por el notario al otorgamiento.

TERCERO: No se discute como no podía ser de otro modo la idoneidad de uno de los testigos que concurrieron al otorgamiento por ser conyuge de la hija de una de las designadas herederas, yerno de la heredera, (art 682 del C. Civil) ante lo cual el hecho de que por sí renunciara a leer el testamento y lo leyera solo el otro testigo (el idóneo) como se alega en el recurso es irrelevante, porque el art 697 citado exige la concurrencia al otorgamiento en toda su unidad de acto de dos testigos idóneos, no de uno solo idóneo que es lo que aquí ocurrió, y ello

independientemente de que por si lean el testamento o lo renuncien lo que ya es indiferente. El caso es que el testamento se otorgo por persona que no podía leerlo por si con la concurrencia de un solo testigo idóneo. No va a entrar la Sala a razonar así si la intervención del yerno de la heredera como testigo , por ser limitada, no privo a la tEstadora de sus garantías ni supuso un fraude, pues ni se imputa nulidad por tal causa, ni puede acogerse lo alegado: la garantía que la Ley impone para el tEstador es la presencia de dos testigos idóneos y si solo uno es idóneo no ha gozado la tEstadora de las garantías que son legalmente previstas porque la Ley las considera necesarias, siendo discusión aparte de imposible trascendencia aquí si en ello concurrió falta de información del notario o no pues esto en caso de ser así, en lo que no entra esta Sala, no impide la declaración de la nulidad del testamento que es el único objeto de este procedimiento.

CUARTO En relacion a las alegaciones en esencia sobre la flexibilidad de la interpretación de los requisitos formales pues se aduce que en cualquier caso el testamento plasmo la real voluntad de la tEstadora, tiene declarado esta Sala (Sentencia 22.6.11) "Señala la STS de 1 de noviembre de 1973 que es constante y uniforme doctrina jurisprudencial, pudiendo citarse las Sentencias de 27 de noviembre de 1915 , 1 de diciembre de 1927, de 16 de febrero de 1956, 28 de octubre de 1965 y 27 de septiembre de 1968, entre otras muchas , la que establece que "el carácter formalista del testamento obliga al cumplimiento escrupuloso de los requisitos extrínsecos y a interpretarlos restrictivamente, de suerte que para la validez de los testamentos es absolutamente necesario que se cumplan de manera rigurosa todas las solemnidades esenciales y requisitos que exige el Código Civil, en acatamiento de lo preceptuado en su artículo 687, que de modo terminante estatuye la nulidad de los testamentos en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas."

En idéntico sentido la STS de 8 de marzo de 1975 estableció que dado el carácter esencialmente solemne que el testamento abierto presenta en nuestro ordenamiento jurídico, se hace preciso , para que el mismo sea válido y eficaz, que se hayan observado en su otorgamiento cuantas formalidades se establecen al efecto en el Capítulo I, Título III, del Libro III del Código Civil , según se hace constar expresamente en el artículo 687 de dicho Cuerpo Ley al extremo de que el incumplimiento de cualquiera de ellas provocaría su nulidad, aun cuando no pudiera dudarse racionalmente de que el mismo reflejaba con fidelidad la voluntad del tEstador (Sentencias de 19 de junio de 1958, IT de junio de 1966 y 6 de febrero de 1969). En el caso concreto analizado por esa Sentencia, de testamento abierto otorgado ante Notario y tres testigos idóneos, declaró la nulidad del mismo por falta de idoneidad de uno de ellos.

También señala la STS 21 junio 1986 que para la validez de todo testamento, es de absoluta necesidad que se cumplan de manera rigurosa todas las solemnidades esenciales y requisitos establecidos en la normativa contenida en el artículo 695 del Código Civil , que establece los requisitos de orden formal que determinan la validez del testamento abierto, inobservancia de formalidades, que determina , conforme el artículo 687 del mismo proclama, la nulidad de la disposición testamentaria, así lo tiene dicho esta Sala en sus Sentencias de veintiocho de octubre de mil novecientos sesenta y cinco, veintisiete de septiembre de mil novecientos sesenta y ocho y ocho de marzo de mil novecientos setenta y cinco, que declaran que "el cumplimiento de los requisitos de forma es ineludible , sin que quepa la convalidación posterior"; En el caso analizado por dicha Sentencia, no se expresó en el testamento "la hora" en que fuera otorgado, exigencia formal contenida en el artículo citado , cuya ausencia apareja la nulidad, Sentencias de dieciocho de junio de mil ochocientos noventa y seis y diecinueve de enero de mil novecientos veintiocho ; añadiendo que "el carácter imperativo indudable de tal norma, determina su aplicación por los Tribunales, cuando se denote tal inobservancia formalista, a la luz de lo que establece el párrafo tercero del artículo seis del Código sustantivo, lo que apareja la declaración de nulidad del acto o documento que adolezca de la falta de cumplimiento de un requisito formal".

Incluso la STS de 14 de octubre de 2008 señaló que el conocimiento del tEstador por dos de los testigos instrumentales era una de las formalidades testamentarias exigidas por el art. 685 C.c cuya omisión acarrea la sanción de nulidad en base al art. 687 C.c y aun siendo cierto que a partir de la vigencia de la Ley 30/1.991 , de 20 de diciembre, desapareció aquella exigencia formal, no lo es menos que el testamento otorgado sin cumplimentar el requisito del art. 682 , tal y como era exigible antes, era nulo, señalando dicha Sentencia que una interpretación sociológica de la norma, no supone ni la justificación del arbitrio judicial, ni una interpretación laxa y , desde luego, excluye que se orille la aplicación de la norma al caso concreto (Sentencias de 7 de enero de 1.991, 18 de diciembre de 1.997 y 26 de febrero de 2.004).

Por último, recoge la S.T.S. de 17 de mayo de 1974 otra de 3 de diciembre de 1904, que estableció la nulidad de un testamento, por no hallarse simultáneamente reunidas la totalidad de las personas, anteriormente relacionadas (se refiere a los testigos y el Notario) y la de 4 de febrero de 1943 especialmente referida a los testigos en los

testamentos otorgados en peligro de muerte , que la falta de un testigo provoca su nulidad.

En definitiva, aunque la regla general en nuestro ordenamiento es la de la libertad de forma o principio espiritualista, la forma del testamento es sin embargo un requisito ad solemnitatem, siendo los requisitos formales esenciales (ST.S. de 24 de mayo de 1927), preceptivos e inderogables (STS de 19 de junio de de 1959). Aunque la forma testamentaria ex art. 762 del CC es el género , cada una de las diferentes modalidades tiene una serie de distintos requisitos esenciales para que el testamento tenga eficacia jurídica. "

El requisito de forma aquí considerado es esencial para la validez del testamento y no se ha integrado por lo que es nulo aunque no se ponga en duda la voluntad del tEstador lo que la Sala no entra a considerar porque para dejar sus bienes a estas herederas que aquí designo no bastaba que la tEstadora así lo manifestase y lo hiciese público sin más sino que debía manifestar esta voluntad, conforme a Ley, con una forma que se establece en el ordenamiento jurídico para poder dar eficacia jurídica a dicha voluntad, de manera que la falta de forma hace al testamento nulo aunque la tEstadora estuviese en su sano juicio, tuviera "las ideas muy claras" como alega el recurso y esta fuese su voluntad

QUINTO En relación a la condena en costas a la hoy apelante en la primera instancia no puede prosperar el recurso. Las apelantes conocían el testamento a cuya nulidad se opusieron, lo manifestó en el por la tEstadora acerca de su capacidad visual para leer , el otorgamiento con dos testigos porque así se decidió por el notario, y la idoneidad de uno de ellos. Las dudas sobre la ceguera total o no, visto lo anterior, era ya cuestión menor ante la realidad de un testamento otorgado , porque así no precisó la tEstadora y lo decidió el notario, como por persona incapaz de leer pero sin integrar sus formalidades imperativas para su validez y que también le constaban objetivamente a los apelantes (el parentesco con la heredera del testigo) desde antes. El ánimo aun así de llevar a buen fin la voluntad de la tEstadora, que se alega, humanamente puede ser encomiable, aunque económicamente además le beneficie a la apelante, pero aparece jurídicamente injustificado ante las circunstancias objetivas y legalmente imperativas dadas y conocidas previamente y ello es el fundamento de cualquier condena al pago de las costas procesales por desestimación de sus pretensiones.

SEXTO Las costas procesales se impondrán al recurrente, en aplicación del art. 398 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil .-

FALLO

Que DESESTIMANDO el recurso de apelación que ha sido interpuesto por la representación procesal de D^a Asunción, D^a Evangelina y D. Florencio, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la sentencia dictada por el juzgado de 1^a Instancia Núm. 5 de Illescas, con fecha 5 de noviembre de 2010, en el procedimiento núm. 402/09 , de que dimana este rollo , imponiendo las costas procesales causadas en el presente recurso a la parte apelante. Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de la sección, definitivamente juzgando , lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada la anterior resolución mediante su lectura íntegra por el Ilmo. Sr. magistrado D^a GEMADORACIÓN OCARIZ AZAUSTRE, en audiencia pública. Doy fe.-

Marginal: 2380216	Nº Resolución: 65/2012	Nº Recurso: 1708/2008
Tipo: Sentencia	Jurisdicción: Civil	Fecha: 09/02/2012
Tribunal: Tribunal Supremo	Sala: Sala Primera	Sección:
Procedimiento: Recurso apelación LEC 2000		
Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ		
A favor de: Consumidor		

Resumen RESOLUCIÓN DE CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE INMUEBLES.- Supuesto de la cuestión.-

Se declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandante reconvenida contra Sentencia de la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Madrid, desestimatoria de demanda, y estimatoria de reconvención, sobre solicitudes de nulidad de contratos de compraventa de diversos inmuebles.

La Sala declara que pretender que se declare que ha incumplido la recurrida, y que ha cumplido la recurrente, es un típico caso de supuesto de la cuestión, por más que se intente subvertir los hechos probados, por la referencia a un documento que, junto a todos los demás, ha sido tomado en consideración (toda la prueba documental) por las Sentencias de instancia, partiendo de las escrituras iniciales, que hablan del levantamiento de cargas por la recurrida.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Febrero de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados los recursos por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 39 de Madrid, cuyos recursos fueron preparados ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personaron en concepto de parte recurrente el Procurador Don Gonzalo Santos de Dios, en nombre y representación de la entidad mercantil KORAT SPAIN, S.L.; siendo parte recurrida el Procurador Don Federico José Olivares de Santiago (sustituido por Dª Fuencisla Martínez Mínguez por jubilación de éste), en nombre y representación de la entidad mercantil NOZAR, S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- El Procurador don Gonzalo Santos de Dios, en nombre y representación de KORAT SPAIN, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra NOZAR, S.A. y alegando los hechos y fundamentos de Derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara Sentencia en la que se declare: Primero.- La Resolución de la compraventa, celebrada entre actora y demandada, relativa a la plantas principal y primera a sexta, ambas inclusive, del edificio de Paseo de Gracia núm. 69 de Barcelona, es decir, las fincas núms. 16826 y 16.824 del Registro de la Propiedad núm. 3 de Barcelona, que se instrumentó mediante las escrituras del protocolo del Notario de Barcelona D. Santiago García Ortiz núms. 2641, de 7 de agosto de 2002, 3589 de 18 de noviembre de 2002 y 1718 de 21 de mayo de 2003, obligando a Nozar, S.A. a devolver propiedad y posesión de las mismas en la misma situación jurídica existente al firmarse la tercera de esas tres citadas escrituras, y con simultánea entrega por la actora Korat Spain, S.L. a Nozar, S.A. de la cantidad, por ella entregada a Korat por precio e I.V.A., de 9.137.516,40 €, más la cantidad que Nozar haya satisfecho a B.S.C.H. por pago de cuotas de la hipoteca que gravaba tales fincas desde el 21 de mayo de 2003 hasta la fecha de la Sentencia del Juzgado, dejando sin valor ninguno las tres citadas escrituras notariales y cancelando las inscripciones registrales a que las mismas hubieran dado lugar. Segundo.- La Resolución de la compraventa, también celebrada entre la demandante y la demandada, instrumentada mediante documento privado de 24 de enero de 2003, relativa a adquisición por Kant Spain, S.L. de ocho pisos, trasteros y plazas de garaje de los portales 4 y 7 de la Promoción "El Pinar de Bergamín" que la demandada Nozar realizó en el núm. 5 de la calle Rafael Bergamín de Madrid. Tercero.- Que Nozar, S.A. ha de pagar a Korat Spain, S.L. la cantidad de 5.146.206 como indemnización de daños y perjuicios, condenando además a la demandada a pago de las costas procesales y el abono de los intereses legales y de demora pertinentes y demás pronunciamientos que en Derecho correspondan.

2.- El Procurador D. Federico José Olivares de Santiago, en nombre y representación de la entidad mercantil NOZAR, S.A., contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de Derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia por la que acuerde fijar la cuantía del

proceso en la expresada de 23.772.771,62 euros . Y formulando demanda reconvenional , alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró de aplicación para terminar suplicando 1º.- En relación con la compraventa de las fincas inmuebles sitas en Pº de Gracia 69 y Pasaje Domingo nº 10 de Barcelona, la obligación de KORAT SPAIN, S.L. de cumplir con sus obligaciones y declare que NOZAR S.A, con las liquidaciones que se contienen en el cuerpo fáctico de la demanda reconvenional, ha dado cumplimiento íntegro al pago restante del precio aplazado de la compraventa del inmueble causa de la litis, sin perjuicio de liquidación ulterior cuando en alguna de aquellas actuaciones así corresponda, ordenando estar y pasar por ello a la demandada. Y sin perjuicio de la obligación de NOZAR, S.A. de poner a disposición de la Agencia Tributaria el saldo resultante a favor de KORAT SPAIN, S.L. 2º.- En relación con los ocho contratos privados de compraventa de fecha 21 de mayo de 2.003 , sobre fincas inmuebles en la promoción "Residencial el Pinar de Bergamín" de Madrid, declare: a) Haber lugar a la Resolución contractual interesada por NOZAR, SA, con causa en el incumplimiento absoluto de sus obligaciones por parte de KORAT SPAIN, S.L. , b) Condene al pago por parte de KORAT SPAIN, S.L., y a favor de NOZAR, SA de la cantidad de 80.116'66 Euros (ochenta mil ciento dieciséis euros con sesenta y seis céntimos) en concepto de los gastos ocasionados a mi mandante por el incumplimiento de la reconvenida, en concepto de daños y perjuicios e intereses moratorios pactados (cláusula décima del contrato), por impago de los pagarés, en la forma señalada en el cuerpo de este escrito; c) Condene al pago a la entidad reconvenida, y a favor de NOZAR , SA, de la cantidad de 45.593'35 Euros (cuarenta y cinco mil quinientos noventa y tres euros con treinta y cinco céntimos), en concepto de gastos e intereses correspondientes al cumplimiento de los plazos pertinentes de los créditos con garantía hipotecaria, además de la cantidad de 115'61 Euros (ciento quince euros con sesenta y un céntimos), en tal concepto, y día a día, a partir del día 22 de noviembre de 2005 y hasta la fecha en que definitivamente se produzca la Resolución efectiva del contrato. 3º Se condene a la demandada al pago de los intereses legales y procesales pertinentes, así como a las costas causadas como consecuencia de la demanda reconvenional.

3.- El Procurador don Gonzalo Santos de Dios, en nombre y representación de KORAT SPAIN , S.L., contestó a la demanda reconvenional oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia por la que se desestime íntegramente dicha demanda reconvenional, con expresa condena a su autora Nozar , S.A. de las costas causadas por dicha demanda reconvenional y demás pronunciamientos que en Derecho correspondan.

4.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. La Ilma. Sra. Magistrado-Juez del juzgado de Primera Instancia nº 39 de Madrid , dictó Sentencia con fecha 12 de julio de 2007, cuya parte dispositiva es como sigue:FALLO: Que desestimando íntegramente la demanda formulada por KORAT SPAIN,S.L. contra NOZAR,S.A. y estimando la demanda reconvenional deducida de contrario. 1.- En relación con la compraventa de las fincas inmuebles sitas en Paseo de García, 69 y Pasaje Domingo nº 10 de Barcelona. DEBO DECLARAR Y DECLARO: La obligación de KORAT SPAIN, S.L. de cumplir con sus obligaciones. Que NOZAR ,S.A. con las liquidaciones que se contienen en el cuerpo fáctico de la demanda reconvenional, ha dado cumplimiento íntegro al pago restante del precio aplazado de la compraventa del inmueble, sin perjuicio de liquidación ulterior cuando en alguna de aquellas actuaciones así corresponda. Y sin perjuicio de la obligación de NOZAR S.A., de poner a disposición de la Agencia Tributaria el saldo restante a favor de KORAT SPAIN, S.L. 2.- En relación con los ocho contratos privados de compraventa de fecha 21 de mayo de 2.003 , sobre fincas inmuebles en la promoción "Residencia el Pinar de Bergamín" de Madrid. DEBO DECLARAR Y DECLARO la resolución contractual interesada por NOZAR, S.A, con causa en el incumplimiento absoluto de sus obligaciones por parte de KORAT SPAIN, S.L. DEBO CONDENAR Y CONDENO: A) A KORAT SPAIN, S.L. a pagar a NOZAR, S.A. la cantidad de 80.116,66 euros (ochenta mil ciento dieciséis euros con setenta y seis céntimos), en concepto de gastos ocasionados por el incumplimiento de la reconvenida, en concepto de daños y perjuicios e intereses moratorios pactados (cláusula décima del contrato) , por impago de los pagarés. B) A KORAT SPAIN, S.L. a pagar NOZAR, S.A. la cantidad de 45.593,35 euros (cuarenta y cinco mil quinientos noventa y tres euros con treinta y cinco céntimos), en concepto de gastos e intereses correspondientes al cumplimiento de los plazos pertinentes de los créditos con garantía hipotecaria, además de la cantidad de 115,61 euros (ciento quince euros con sesenta y un céntimos), en tal concepto, y al día a día a partir del día 22 de noviembre de 2005 y hasta la fecha en que definitivamente se produzca la Resolución efectiva del contrato. C) A KORAT SPAIN , S.L. al pago de todas las costas causadas.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior Sentencia por la representación procesal de KORAT SPAIN, S.L la sección 19ª de la audiencia Provincial de Madrid, dictó Sentencia con fecha 30 de mayo de

2008, cuya parte dispositiva es como sigue:FALLAMOS: Desestimar el recurso interpuesto por KORAT SPAIN, S.L. representado por el Procurador don Gonzalo Santos de Dios contra la sentencia dictada con fecha 12 de julio de 2007 por el Juzgado de Primera Instancia nº 39 de Madrid, en procedimiento de juicio ordinario nº 1120/2005 , seguido contra NOZAR,S.A. representado por el Procurador don Federico José Olivares de Santiago, confirmando la misma e imponiendo a el apelante las costas de esta alzada.

TERCERO.- 1 .- El procurador don Gonzalo Santos de Dios, en nombre y representación de KORAT SPAIN, S.L. interpuso recursos por infracción procesal y de casación contra la anterior Sentencia, con apoyo en los siguientes MOTIVOS DEL RECURSO POR INFRACCION PROCESAL: PRIMERO .- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 217.1 y 6 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. SEGUNDO .- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 219 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000.TERCERO .- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 de la constitución .MOTIVOS DE CASACION: PRIMERO .- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1224 del Código civil .SEGUNDO .- De conformidad con lo establecido en los artículos 1096, 1101, 1095 y 1106 del Código civil . TERCERO .- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1446, 1450 , 1561 y 1462 del Código civil . CUARTO .- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 396 del Código civil .

2 .- Por Auto de fecha 30 de junio de 2009, se acordó admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3.- Evacuado el traslado conferido, el Procurador Don Federico José Olivares de Santiago, en nombre y representación de la entidad mercantil NOZAR, S.A. presentó escritos de impugnación a los recursos interpuestos.

4. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública , se señaló para votación y fallo el día 25 de enero del 2012, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El objeto del presente recurso viene referido a dos contratos de compraventa: la relativa a una serie de pisos del Paseo de Gracia, de Barcelona y la relativa a otros pisos de la promoción denominada "Residencia El Pinar de Bergamín ", de Madrid.

Respecto a la primera, la parte vendedora, demandante y ahora recurrente KORAT SPAIN, S.L. interesó en su demanda que se declarara su Resolución, devolviendo la cantidad recibida como precio y condenando a la compradora demandada NOZAR , S.A. a reintegrarle la propiedad y posesión de los pisos. A su vez, esta última, en su demanda reconvenzional interesó el cumplimiento, declarando que ella, como compradora, había cumplido íntegramente sus obligaciones.

Respecto a la segunda , tanto KORAT SPAIN, S.L., compradora, como NOZAR, S.A., vendedora, interesaron en sus respectivas demandas -principal y reconvenzional- su Resolución y, asimismo, una y otra reclamaron indemnización en concepto de daños y perjuicios o de gastos e intereses; también cada una de las sociedades imputó a la otra el incumplimiento de sus obligaciones que permite dar lugar a la Resolución.

Las Sentencia del juzgado de Primera Instancia número 39 de Madrid, de 12 de julio de 2007, fue confirmada íntegramente y con abundante remisión a la misma, por la Audiencia Provincial , sección 19ª de la misma capital, cuya sentencia de 30 de mayo de 2008 admitió expresamente los fundamentos de Derecho de la Sentencia de primera instancia y se remitió también expresamente a los hechos recogidos ("con suficiencia", matiza) en la misma.

Dichas Sentencias desestimaron la demanda principal, de KORAT y estimaron la reconvenzional, de NOZAR. Es importante, a los efectos de resolver los presentes recursos destacar afirmaciones fácticas que, tras el minucioso análisis de la prueba practicada en la instancia, hacen tales Sentencias. Respecto a la primera de las compraventas, la de Barcelona , cuyo cumplimiento se ordena, estimando así la demanda reconvenzional:

"...NOZAR, S.A. ha dado cumplimiento a su obligación de pago y del precio que quedaba todavía aplazado para el completo pago de la compraventa" y "quedan acreditados los cumplimientos claros por la compradora (NOZAR) - nos referimos a Paseo de Gracia- de las obligaciones asumidas en el contrato". Respecto a la segunda, la de Madrid, cuya Resolución han interesado las dos partes litigantes y se ha declarado en las Sentencias de instancia que procede por incumplimiento de sus obligaciones por KORAT, dicen así: "La entidad KORAT SPAIN S.L. no ha pagado cantidad alguna ni de forma parcial ni de ninguna otra forma" y se remacha que KORAT "no ha pagado cantidad alguna conforme a lo pactado en los ocho contratos por los que procede efectivamente dar por resueltos todos y cada uno de ellos" "... la Resolución de los contratos por incumplimiento absoluto de KORAT ", por lo que

se declaran probados los gastos e intereses que ha sufrido la vendedora NOZAR, demandante reconvenida, a cuyo pago se condena a KORAT.

Esta última ha formulado los presentes recursos por infracción procesal y de casación.

SEGUNDO.- Como se ha dicho, la entidad KORAT SPAIN, S.L. vendedora de los pisos de Barcelona y compradora de los de Madrid, ha formulado recurso por infracción procesal contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, confirmatoria de la dictada por la Juez de Primera Instancia. Hay que advertir, aunque no tiene mayor importancia, la mala técnica de colocar en el escrito de interposición de los recursos, en primer lugar el de casación y, tras él, en segundo lugar, el de infracción procesal; tanto por la previsión del artículo 487.3, como de la disposición final 16ª, regla 6ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede resolver -y por tanto, formular- en primer lugar el recurso por infracción procesal y sólo cuando éste se desestime, el de casación.

El primero de los motivos de recurso por infracción procesal denuncia la infracción del artículo 217.1 y 6 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil relativo al problema de la carga de la prueba. En el desarrollo del motivo se alega la falta de prueba, pero no es así: las Sentencias de instancia han declarado de forma inequívoca, incluso rotunda, el cumplimiento de una de las partes (NOZAR) y el incumplimiento de la otra (KORAT), por lo cual no se plantea la falta de prueba, sino que se ha dado prueba absoluta. "El problema de la carga de la prueba es el problema de la falta de la prueba", han dicho, entre otras, las Sentencias de 24 de septiembre de 2010, 8 de octubre de 2010 y 5 de mayo de 2011 y las Sentencias de 9 de mayo de 2011 y 13 de septiembre de 2011 resumen la doctrina de la Sala en estos términos:

Las reglas de distribución de la carga de prueba solo se infringen cuando, no estimándose probados unos hechos, se atribuyen las consecuencias de la falta de prueba a quién según las reglas generales o específicas, legales o jurisprudenciales, no le incumbía probar, y, por tanto, no corresponde que se le impute la laguna o deficiencia probatoria. Su alegación en el recurso extraordinario por infracción procesal no ampara una revisión de la prueba, según ha reiterado esta Sala (STS 2 de marzo de 2009, RC n.º 238/2004, S.T.S. 29 de diciembre de 2009, RC 1869/2005, 4 de febrero de 2010, RC 2333/2005). El principio sobre reparto del onus probandi [carga de la prueba] no es aplicable en aquellos casos en los cuales el tribunal efectúa una valoración probatoria de los hechos fundándose en distintos medios de prueba.

TERCERO.- El segundo de los motivos de este recurso alega la infracción del artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, en principio, elimina la llamada "reserva de liquidación" ya que, se expone en el desarrollo del motivo, que la Sentencia de instancia (de primera, confirmada en la de segunda) condena al pago de cantidades, pero en dos ocasiones, emplea la expresión "sin perjuicio...". Pero no es así, ya que no es un precepto absoluto, sino que, como dice la Sentencia de 19 de diciembre de 2011

El artículo 219 L.E.C. ha puesto fin a una viciosa práctica de pedir y de conceder determinadas indemnizaciones, cuya concreción dejaban los Tribunales para la ejecución de Sentencia, sumando un juicio a otro, sin tener en cuenta que la prueba de su importe tiene su lugar específico en el curso del proceso y no en su ejecución. Dicho precepto responde a la idea, reiterada en la ley, de que las partes, como consecuencia del principio dispositivo y de aportación que rige en el proceso civil, fijen con absoluta claridad y precisión lo que constituye su objeto, no solo en lo cuantitativo sino en lo cualitativo, siempre sobre la idea de que se conoce lo que se reclama y que lo pueden incorporar a los escritos iniciales, para someterlo a la necesaria contradicción y prueba, cuando se ejerciten acciones a las que se refiere la norma, haciéndolo bien de forma directa, bien mediante la consignación de las bases con arreglo a las cuales deba efectuarse la liquidación a través de una simple operación aritmética (S.T.S. 18 de diciembre de 2009); norma que ha restringido considerablemente los casos en que la reserva sea imprescindible, evitando de esa forma «ejecuciones complejas, a veces más que el propio proceso de declaración» (STS 18 de mayo de 2009).

En el caso presente, tan sólo queda pendiente lo que es imposible fijar, unas ulteriores liquidaciones y una puesta a disposición de la Agencia Tributaria de un determinado saldo que no se conoce al tiempo de dictar Sentencia.

CUARTO.- El tercero de los motivos alega la infracción del artículo 24 de la Constitución Española y añade: "en aplicación de la necesaria valoración ponderada de la prueba practicada". Lo cual es inaceptable, primero, porque no cabe imaginar siquiera que no se haya respetado el Derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, tras el largo proceso y las detalladas Sentencias; y segundo, porque la valoración de la prueba no es objeto del recurso por infracción procesal.

En cuanto al Derecho a la tutela judicial, se ha dicho y repetido, tanto por el Tribunal Constitucional como por esta Sala, que se satisface con el cumplimiento de las normas procesales y el respeto subsiguiente a los principios de

contradicción e igualdad entre las partes, que dan lugar a una Sentencia motivada y congruente. Lo que es claro es que no cabe confundir tal Derecho constitucional, con el desacuerdo con la resolución judicial, ni mucho menos con la valoración de la prueba.

En cuanto a la valoración de la prueba que, realmente, ocupa la mayor parte del texto del motivo, está fuera del recurso. En los motivos de éste no se halla ninguno relativo a la prueba y tan sólo en el caso de que sea evidente y exagerado cabría impugnar la apreciación probatoria fundado en el artículo 24 de la Constitución Española que no es el caso presente, por más que el recurrente insista en su subjetiva posición alegando una evidencia que no existe y unas pruebas que han acreditado lo contrario.

En este sentido, la reciente Sentencia de 27 de enero de 2012 resume la doctrina expuesta: ha sido muy reiterada la jurisprudencia en el sentido de que no cabe y no se recoge en el artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la revisión de la prueba como motivo de infracción procesal, ya que esta Sala no constituye una tercera instancia, como dicen las Sentencias de 25 de junio de 2010, 14 de abril de 2011, 5 de mayo de 2011 y 2 de junio de 2011 entre otras muchas, anteriores. Sólo sería posible una revisión de prueba en un caso excepcional, que no se da en el presente supuesto, por más que se citen Sentencias en este sentido en el desarrollo del motivo, de que se haya producido una violación del artículo 24 de la Constitución Española como vulneración del Derecho a la tutela judicial efectiva y se haya formulado un motivo al amparo del número 4º del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así se expresa la Sentencia de 4 de noviembre de 2011:

"La valoración probatoria solo puede excepcionalmente tener acceso al recurso extraordinario por infracción procesal por la existencia de un error patente o arbitrariedad o por la infracción de una norma tasada de valoración de prueba que haya sido vulnerada, al amparo del artículo 469. 1. 4.º LEC en cuanto, al ser manifiestamente arbitraria o ilógica, no supera conforme a la doctrina constitucional el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el Derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE (S.S.T.S. 28 de noviembre de 2008 ; 30 de junio y 6 de noviembre de 2009 ; 26 de febrero y 1 de julio 2011 , entre otras)."

Las Sentencias de 15 de junio de 2009, 2 de julio de 2009, 7 de mayo de 2010 , 24 de junio de 2011 dicen, explícita y literalmente:

" El artículo 469 de aquella ley enumera como *numerus clausus* los motivos en que puede fundarse el recurso por infracción procesal y ninguno de ellos se refiere a la valoración de la prueba; sólo en caso excepcional en que se diera una clara y hasta grosera desviación del resultado probatorio podría pensarse en vulneración del artículo 24 de la Constitución Española , que contempla el número cuatro de dicho artículo; pero nunca , como se pretende en este motivo, puede llevarse a este recurso el valorar de nuevo la prueba y tampoco nunca cabe mezclar el concepto de motivación de las Sentencias con la valoración de la prueba practicada en la instancia "

En el desarrollo del motivo se hace especial hincapié a efectos de mantener la vulneración de este artículo 24 de la Constitución Española, en el oficio de Hacienda de 4 de mayo de 2004 dirigido a NOZAR que le permite que entregue a KORAT los pisos de Pinar de Bergamín que servían de pago de parte del precio de la primera de las compraventas, la relativa a los pisos del Paseo de Gracia , de Barcelona. No se ha vulnerado dicha norma constitucional. La Sentencia de instancia ha analizado toda la prueba documental , incluyendo las comunicaciones de hacienda y ha concluido que "NOZAR ha dado cumplimiento a su obligación de pago del precio que quedaba todavía aplazado para el completo pago de la compraventa" y la Sentencia de segunda instancia entra directamente en el tema del embargo y advierte que estaba ya trabado desde junio de 2003 y que NOZAR cumplió con las obligaciones derivadas del contrato -la primera compraventa- con el entramado de cláusulas del contrato y pagos parciales, de cuyo examen detallado concluye que "quedan acreditados los cumplimientos claros por la compradora..." que es NOZAR respecto a los pisos del Paseo de Gracia, de Barcelona y dice además, que "la puesta a disposición de la Hacienda para responder de un crédito de KORAT, que en definitiva devino a su favor, es decir, el pago se hizo a quien tenía derecho a exigirlo..."

Este documento, oficio de la Agencia Tributaria, de 4 de mayo de 2004 , que tanta (excesiva) importancia se le da en el recurso, había sido aportado en primera instancia y rechazado por extemporáneo; se incluía dentro del texto del recurso de apelación sin mencionar qué es documento nuevo y se opone a su admisión -más bien su consideración- la parte recurrida NOZAR y la Sentencia de la audiencia Provincial, al resolver el recurso de apelación , menciona la prueba documental, incluyendo las comunicaciones de la Agencia Tributaria, y declara como hechos probados los que han sido mencionados en los que se basa el fallo y que no han sido desvirtuados por el contenido de dicho oficio

En definitiva, las Sentencias de instancia han examinado la prueba documental, sin necesidad de enumerar todos y cada uno de los documentos con la mención de su fecha exacta y no puede pretender la parte recurrente que un

concreto documento pueda permitir la revisión de toda la prueba practicada, lo cual no corresponde a esta Sala, que no es una tercera instancia, y que este documento permita subvertir todo el material probatorio tal como ha sido valorado en la instancia.

Así, este motivo se rechaza, al igual que los anteriores y se desestima el recurso por infracción procesal, con la condena en costas conforme al artículo 398.1, en su remisión al artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

QUINTO.- El recurso de casación que formula KORAT SPAIN, S.L. está contenido en cuatro motivos y todos ellos adolecen de la misma causa de desestimación, que la parte recurrida califica, no sin razón, de causa de inadmisión. Esta es el hacer supuesto de la cuestión; en todo el desarrollo de los motivos, que hacen referencia a la primera de las compraventas, la del Paseo de Gracia, de Barcelona, se parte del hecho de que la recurrente sí cumplió sus obligaciones y NOZAR incumplió, siendo así que las Sentencias de instancia declaran probados expresamente y a la vista de la documentación aportada a los autos, lo contrario, es decir que NOZAR "ha dado cumplimiento a su obligación de pago del precio" y que en ésta quedan acreditados los cumplimientos claros". La jurisprudencia ha sido muy reiterada respecto a la proscripción de hacer supuesto de la cuestión: Sentencias de 18 de marzo de 2010, 25 de junio de 2010, 13 de octubre de 2010, 15 de abril de 2011, 13 de mayo de 2011, 6 de octubre de 2011 y otras muchas más. En esencia, afirman que no cabe en casación hacer supuesto de la cuestión, es decir, partir de hechos distintos a los declarados probados o basarse en los que no ha declarado probados la Sentencia de instancia. Esto es lo que se hace en este recurso narra, en la exposición previa, los hechos "ese marco fáctico relevante" le denomina, prescindiendo de la relación fáctica que aceptan las Sentencias de instancia, combatiendo ésta, resaltando el documento de Hacienda que es materia del recurso por infracción procesal y silenciando los demás (por ejemplo, los relativos al levantamiento de cargas) que no le convienen.

SEXTO.- El primero de los motivos del recurso de casación alega la infracción del artículo 1124 del Código civil por entender que ha sido indebidamente aplicado a la demanda reconvenional formulada por NOZAR que ha sido estimada por las Sentencias instancia. El motivo parece referirse, aunque no queda claro, a los dos contratos de compraventa: en cuanto al primero, siendo NOZAR compradora y si alega su falta de pago, no se aplica el artículo 1124 sino el 1504 del Código civil. En todo caso, no se trata del análisis de la Resolución de la compraventa de inmuebles por impago del precio, sino de los hechos: "los hechos son muy tercos" se dice en el motivo; los hechos son función de la instancia, dice la constante jurisprudencia (Sentencias de 25 de junio de 2010, 14 de abril de 2011, 5 de mayo de 2011, 2 de junio de 2011 y muchísimas más). Pretender en este motivo que se declare que ha incumplido NOZAR y que ha cumplido KORAT es un típico caso de supuesto de la cuestión, por más que se intente subvertir los hechos probados, por la referencia a un documento que, junto a todos los demás, ha sido tomado en consideración (toda la prueba documental) por las Sentencias de instancia, partiendo de las escrituras iniciales que hablan del levantamiento de cargas por KORAT.

SEPTIMO.- El segundo de los motivos denuncia la infracción de los artículos 1096, 1101, 1095, 1106 del Código civil y afirma que las Sentencias de instancia permiten, en contra de los mismos, la conversión en dinero de una obligación de pago en especie. Dos razones hacen rechazar este motivo: la primera, no expresa y tampoco se advina en qué medida o en cuál de sus extremos se ha infringido alguno o todos los artículos que menciona. La segunda es que no hacen conversión alguna las Sentencias de instancia sino que las prevén las escrituras de compraventa de los pisos del Paseo de Gracia, de Barcelona y que han dado lugar a las liquidaciones que aceptan las Sentencias de instancia. No hay, pues, infracción alguna.

OCTAVO.- El tercer motivo alega la infracción de los artículos 1446, 1450, 1461 y 1462 del Código civil, sin que tampoco quede claro en qué se han infringido, ya que plantea que se trata de venta y no permuta, la de los pisos de Barcelona, que nadie ha puesto en duda, ni tampoco se ha discutido la perfección de los contratos, sino que las Sentencias de instancia han considerado la consumación de los mismos, en el sentido de declarar probado el incumplimiento por la sociedad recurrente. En el breve desarrollo de este motivo se hace una exposición sucinta de hechos que no coincide en absoluto con los hechos declarados probados por las Sentencias de instancia: otra vez se vuelve a hacer supuesto de la cuestión cuando se afirma en el motivo que la conducta de NOZAR "fue un incumplimiento contractual rayano en una ilícita retención penal" siendo así que se ha declarado probado el cumplimiento de las obligaciones contractuales por esta sociedad.

NOVENO.- El cuarto de los motivos del recurso de casación se funda en el artículo 396 del Código civil. El motivo no tiene sentido por cuanto nada tiene que ver el caso de autos con la propiedad horizontal que enuncia este artículo y desarrolla la ley 49/1960, 21 de julio. Quizá podría ser un argumento utilizado en la instancia, pero ni siquiera es mencionado por las Sentencias. En el desarrollo del motivo se vuelve a caer en hacer supuesto de la cuestión y se produce otro defecto que no es admisible en casación, cual es el plantear una cuestión nueva, que la

jurisprudencia ha insistido en que , de aceptarse, se produciría atentado al principio de contradicción y a la interdicción de indefensión, pues sería una cuestión que no ha podido ser discutida y contradicha en la instancia; así, Sentencias de 18 de febrero de 2010, 6 de mayo de 2011, 13 de julio de 2011, 21 de septiembre de 2011 ; éstas reiteran lo que ya decían las de 21 de abril de 2003 y 9 de febrero de 2006 en estos términos:

Las cuestiones nuevas no examinables en casación por no tener acceso a la misma , por no haber sido propuesta en el período de alegaciones, afectan asimismo al Derecho de defensa y van contra los principios de Audiencia bilateral y congruencia .

Por todo ello, rechazándose todos los motivos de casación, procede desestimar el recurso, con la imposición en costas que dispone el artículo 398.1 en su remisión al 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

Primero .- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS POR INFRACCION PROCESAL Y DE CASACIÓN, interpuestos por la representación procesal de KORAT SPAIN, S.L., contra la Sentencia dictada por la sección 19ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en fecha 30 de mayo de 2008 , que se CONFIRMA.

Segundo .- Condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas por los presentes recursos.

Tercero .- Librese a la mencionada audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia , que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATI.V.A. pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Francisco Marin Castan.-Jose Antonio Seijas Quintana.- Francisco Javier Arroyo Fiestas.-Xavier O'Callaghan Muñoz.- Rubricados.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el EXCMO. SR. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Marginal: 2373891

Nº Resolución: 67/2012

Nº Recurso: 578/2009

Tipo: Sentencia

Jurisdicción: Civil

Fecha: 10/02/2012

Tribunal: Tribunal Supremo

Sala: Sala Primera

Sección:

Procedimiento: Recurso casación-Derechos Fundamentales

Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA

A favor de: Demandado

Resumen CONTRATO DE ALQUILER DE CAJA DE SEGURIDAD.- Reclamación de cantidad derivada de sustracción del dinero depositado en esa caja de seguridad.- Hecho aceptado por el Banco recurrente, de la existencia de importes superiores en la caja de seguridad a los máximos establecidos en el contrato, sin haber cumplido los requisitos establecidos para ello.-

Se desestima el recurso de casación formulado por entidad bancaria contra Sentencia estimatoria de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sobre reclamación de cantidad.

La Sala declara que se han de desestimar los motivos del recurso, a partir de la declaración de hechos probados de la Sentencia, que imputan la sustracción del dinero a un empleado del banco, y sostiene el conocimiento y consentimiento del banco al depósito en la caja de seguridad de una cantidad superior a los doce mil euros que figuraban en el contrato, sin exigencia alguna sobre el cumplimiento de los requisitos que se imponen contractualmente para el depósito en otras condiciones.

Ello deja sin contenido también a los motivos segundo y tercero, referidos a la regla de interpretación del artículo 1281 CC, que se cita sin precisar al apartado a que se refiere, para cuestionar algo que nada tiene que ver con la interpretación, sino con el carácter abusivo o no de la cláusula que se incorpora al contrato para limitar la cifra objeto de depósito, o sobre algo que el propio banco ha aceptado, como es el ingreso de una cantidad superior en la caja de seguridad, sin cumplimentar los requisitos exigidos para ello.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Febrero de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bizkaia, como consecuencia de autos de juicio ordinario 917/2008, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Bilbao, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la representación procesal del Banco Guipuzcoano S.A, la procuradora doña Ana Lázaro Gogorza. Habiendo comparecido en calidad de recurrido la procuradora doña Josefina Ruiz Ferrán, en nombre y representación de don Armando .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- La Procuradora doña Patricia Calderón Plaza , en nombre y representación de don Armando, interpuso demanda de juicio ordinario, contra la entidad bancaria Banco Guipuzcoano S.A y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara Sentencia por la que se condene a la entidad bancaria citada a satisfacer don Armando la cantidad de 258.000 euros de principal, más los intereses aludidos en el fundamento V y las costas del procedimiento.

2.- El Procurador don Pedro María Santín Díez, en nombre y representación de la mercantil Banco Guipuzcoano S.A, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de Derecho que consideró de aplicación , terminó suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda absolviendo a mi representada de sus pretensiones. Subsidiariamente para que en el supuesto de apreciar bases suficientes para entender constituido y permanecer el depósito por parte del actor en la Caja de seguridad aperturada en Banco Guipuzcoano se le conceda sólo aquella indemnización que por la cuantía de 12.000 euros se tiene establecida como máximo o límite para los depósitos constituidos sin cumplirse con los requisito de conformidad expresa por parte del Banco a importes Superiores, para poder asegurarse del riesgo de los mismos, con expresa condena en las costas, en cualquiera de ambos supuestos, a la actora por su manifiesta temeridad.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del juzgado de Primera Instancia número 8 de Bilbao (Bizkaia) , dictó Sentencia con

fecha 18 de septiembre de 2007, cuya parte dispositiva es como sigue:FALLO: Estimando la demanda presentada por la Procuradora doña Patricia Calderón Plaza, en nombre y representación de don Armando contra el Banco Guipuzcoano S.A. condeno al expresado demandado a abonar al demandante la cantidad de doscientos cincuenta y ocho mil euros (258.000 euros) más un interés anual igual al interés legal del dinero desde el 29 de septiembre de 2006 incrementado en dos puntos desde la fecha de esta resolución y las costas causadas.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de Banco Guipuzcoano S.A, la sección Cuarto de la audiencia Provincial de Bizkaia, dictó Sentencia con fecha 9 de enero de 2009, cuya parte dispositiva es como sigue:FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Banco Guipuzcoano S.A., representado por el Procurador don Pedro María Santín Díez, contra la Sentencia de 18 de septiembre de 2007, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Bilbao, en los autos de procedimiento ordinario nº 917/06, debemos confirmar y confirmamos la misma, con expresa imposición de las costas procesales causadas a la parte apelante.

TERCERO.- 1.- Contra la expresada Sentencia preparó y después interpuso recurso de casación la representación procesal de Banco Guipuzcoano S.A., con apoyo en los siguientes MOTIVOS: PRIMERO.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1. de la LEC por infracción de lo dispuesto en el art. 1 apartado 2º y 3º de la Ley 26/1994 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, que se comete en el fundamento jurídico sexto de la Sentencia recurrida al aplicar al actor el tratamiento de consumidor en el contrato de caja de alquiler con el Banco Guipuzcoano.SEGUNDO.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1. de la L.E.C. por infracción en el fundamento jurídico sexto de la sentencia de lo dispuesto en el art. 1281 del C.C. en relación con al condición general tercera del contrato de caja de alquiler suscrito por el actor apelado con el Banco Guipuzcoano que se comete en dicho fundamento, al tratar la citada condición como una cláusula excluyente y limitativa de los Derechos del actor, y limitativa también de las responsabilidades del banco Guipuzcoano. TERCERO.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1. de la LEC por nueva infracción del art. 1281 del C.C. que se comete en el fundamento jurídico sexto in fine, al omitir la Sentencia recurrida en su interpretación determinadas previsiones de la condición general tercera del contrato suscrito entre la partes, y entender así que dicha condición está debidamente cumplimentada, lo que no responde razonablemente a la cláusula

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 20 de abril de 2010 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la Procuradora doña Josefina Ruiz Ferran, en nombre y representación de don Armando, presentó escrito de impugnación al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día uno de febrero del 2012, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente procedimiento tiene su origen en una demanda de Juicio Ordinario interpuesta por D. Armando contra el Banco Guipuzcoano, ejercitando acción de reclamación de 258.000 euros, supuestamente detraídos de una caja de alquiler contratada con la sucursal de Bilbao.

Tanto la Sentencia de primera instancia, como la Sentencia ahora recurrida, estiman la demanda principal, condenando a la demandada al abono de la cantidad reclamada, y ello sobre la base de entender plenamente acreditada la sustracción del dinero introducido por el demandante en la caja de seguridad contratada con el Banco demandado, así como que dicha sustracción se debió a una negligencia en las medidas de seguridad. Asimismo calificaban la Condición General Tercera del Contrato de alquiler de caja de seguridad, como cláusula limitativa de los Derechos del demandante y de la responsabilidad del Banco, conforme a la cual se estableció una limitación de doce mil euros de los bienes y valores a depositar, salvo que "previa la expresa declaración de estos objetos al Banco, obtenga el usuario el consentimiento expreso a su introducción y acepte a su cargo los costes de contratación en Compañía de primer orden de un seguro a todo riesgo, para responder de cualquier evento dañoso que pudieran sufrir dichos objetos, sin cuyos requisitos, todo incumplimiento del límite pactado en el presente contrato será desconocido por el Barco y correrá de la exclusiva cuenta y riesgo del usuario".

Recorre en casación el Banco Guipuzcoano el cual plantea como cuestión esencial la interpretación y calificación de la cláusula tercera del contrato de alquiler de caja de seguridad litigioso, y si la naturaleza de la misma es,

como sostiene la sentencia recurrida, limitativa de los Derechos del demandante/recurrido, o si por el contrario es una condición que ha de ser calificada como de "delimitadora del objeto y del riesgo".

Asimismo, cuestiona la interpretación literal de aquella condición en cuanto a si, para que se entendiese ampliada la responsabilidad bancaria a más de 12.000 euros, es necesaria, como mantiene la parte recurrente, la declaración expresa por parte del actor en cuanto al dinero depositado, o por el contrario, no sería preceptiva dicha declaración expresa.

RECURSO DE CASACIÓN

SEGUNDO.- Con estos antecedentes, el escrito de interposición se articula en tres motivos. En el primero se alega la infracción del artículo 1, apartado 2º y 3º de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y ello por aplicar al actor el tratamiento de consumidor en su contrato de caja de alquiler, cuando el servicio contratado lo fue en el marco de sus servicios profesionales, por tanto en un marco de actuación totalmente alejado de una actividad del recurrido como consumidor final que aceptó expresamente las condiciones de aquél.

Como segundo motivo alega la infracción del artículo 1281 del Código Civil, en relación con la condición general tercera del contrato de caja de alquiler, considerando que dicha condición no puede ser calificada como cláusula excluyente y limitativa de los Derechos del recurrido, mientras que en tercero se aduce la vulneración del mismo artículo por cuanto de la interpretación literal de la Condición General Tercera del contrato se deduce la obligación de una declaración expresa por parte del actor/recurrido, en cuanto a la cantidad de dinero depositado en la caja de alquiler, para que resultase obligado el Banco recurrente y, ampliada a más de 12.000 euros su responsabilidad, ante la sustracción ocurrida.

Los tres se desestiman a partir de la declaración de hechos probados de la Sentencia que imputan la sustracción del dinero a un empleado del banco y sostiene el conocimiento y consentimiento del banco al depósito en la caja de seguridad de una cantidad superior a los doce mil euros que figuraban en el contrato, sin exigencia alguna sobre el cumplimiento de los requisitos que se imponen contractualmente para el depósito en otras condiciones. Todos ellos dejan sin contenido un primer motivo, ajeno a la casación, como es el de la prueba de si el demandante cae o no dentro del concepto de consumidor a los efectos de procurarle la tutela que dispensa la Ley y que resulta de una primera apreciación de evidente carácter fáctico que tiene como fundamento la condición de persona que deposita en una entidad bancaria los rendimientos derivados de su trabajo, sin que los mismos queden incorporados a una actividad empresarial o proceso de producción. También el segundo y el tercero referidos a la regla de interpretación del artículo 1281 CC, que se cita sin precisar al apartado a que se refiere, para cuestionar algo que nada tiene que ver con la interpretación sino con el carácter abusivo o no de la cláusula que se incorpora al contrato para limitar la cifra objeto de depósito, o sobre algo que el propio banco ha aceptado, como es el ingreso de una cantidad superior en la caja de seguridad sin cumplimentar los requisitos exigidos para ello. TERCERO.- Se desestima el recurso y se imponen las costas a la recurrente, de conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

Desestimar el recurso de casación formulado por el procurador Don Pedro M^º Santín Díez, en la representación que acredita del Banco Guipuzcoano, SA, contra la Sentencia dictada por la sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bizcaya de 9 de Enero de 2009, con expresa imposición de las costas causadas a la recurrente.

Librese a la mencionada audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATI.VA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Francisco Marín Castán .Jose Antonio Seijas Quintana.Francisco Javier Arroyo Fiestas Xavier O'Callaghan Muñoz.Firmado yRubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio Seijas Quintana, ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

