

Meinhard Starostik

Rechtsanwalt

RA Starostik, Schillstraße 9, 10785 Berlin

An das
Landgericht Berlin
Littenstr. 12-17
10179 Berlin

Rechtsanwaltskanzlei:

Schillstr. 9 ♦ 10785 Berlin
Tel.: 030 - 88 000 345
Fax: 030 - 88 000 346
email: Kanzlei@Starostik.de
USt-ID-Nr. DE165877648

Kanzlei vereidigter Buchprüfer:

Schwarzenberger Str. 7 ♦ 08280 Aue
Tel.: 03771-290 999

Berlin, den 08. Januar 2010

AZ: 45/08
(bitte stets angeben)

In dem Rechtsstreit

Breyer ./. Bundesrepublik Deutschland
57 S 87/08

wird die seitens des Klägers erklärte Zustimmung zu einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung

widerrufen.

Begründung:

Der Widerruf beruht auf § 128 Abs. 2 ZPO. Er ist zulässig, weil seit dem Verzicht auf eine mündliche Verhandlung eine wesentliche Änderung der Prozesslage eingetreten ist. Als der Verzicht auf eine mündliche Verhandlung erklärt worden ist, war eine bloße Zurückverweisung der Sache an das Amtsgericht nach § 538 Abs. 2 ZPO schon deshalb nicht zu befürchten, weil keine der Parteien dies (noch) beantragte. Nachdem die Beklagte nun erstmals mit Schriftsatz vom 22.12.2009 einen eigenen Zurückverweisungsantrag stellt, ergibt sich ein Bedarf nach einer **mündlichen Erörterung der weiteren Verfahrensweise**.

Eine **bloße Zurückverweisung** an das Amtsgericht kann unserer Auffassung nach aus Rechtsgründen nicht erfolgen und wäre auch nicht zweckmäßig.

Einer Zurückverweisung steht entgegen, dass der Rechtsstreit **entscheidungsreif** ist. § 538 Abs. 2 ZPO erlaubt die Zurückverweisung einer Sache nur, „soweit ihre weitere Verhandlung erforderlich ist“. Dies ist nicht der Fall, wenn die Sache entscheidungsreif ist (BGH, Urteil vom 28. 2. 2005, Az. II ZR 220/03, ZIP 2005, 900). Die Beklagte bringt gegen die schlüssige Klage weiterhin keine erheblichen Einwendungen vor, sondern beruft sich nur auf eine unzutreffende Rechtsauffassung (kein Personenbezug) und auf einen nicht anwendbaren Erlaubnistatbestand (§ 100 TKG). Insoweit wird auf die diesbezüglichen Ausführungen in erster Instanz und vor dem Berufungsgericht vollumfänglich Bezug genommen. Da bloße Rechtsfragen zur Entscheidung anstehen, bedarf

es einer weiteren Verhandlung vor dem Amtsgericht nicht. Insbesondere ist schon im Vorprozess ohne Beweisaufnahme entschieden worden (AG Berlin Mitte, Urteil vom 27.03.2007, Az. 5 C 314/06). Relevante Unterschiede zum vorliegenden Verfahren bestehen nicht.

Einer bloßen Zurückverweisung an das Amtsgericht steht daneben entgegen, dass dadurch eine angemessene **Verfahrensdauer** gefährdet wäre. Dieser Gesichtspunkt ist nach Art. 6 Abs. 1 EMRK zwingend, im Übrigen im Rahmen des Ermessens zu berücksichtigen, welches § 538 Abs. 2 ZPO bei Vorliegen seiner Voraussetzungen dem Berufungsgericht eröffnet. Nach diversen Fristverlängerungsanträgen und einer unzulässigen Beschwerde der Beklagten dauert das vorliegende Verfahren nun schon zwei Jahre lang. Im Fall einer Zurückverweisung würde das Verfahren – bis auf die Frage der Zuständigkeit – komplett auf „Null“ zurückgesetzt. Dies würde die Dauer des Verfahrens bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung unangemessen verzögern, zumal die Beklagte gegen eine stattgebende Entscheidung des Amtsgerichts sicherlich wieder Rechtsmittel einlegen würde. Auch gegen eine stattgebende Entscheidung des Berufungsgerichts wird die Beklagte voraussichtlich Revision einlegen, was die Dauer des Verfahrens bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung weiter verzögern wird. Um eine insgesamt angemessene Verfahrensdauer zu wahren, bitten wir daher um eine Sachentscheidung durch das Berufungsgericht.

Wie die oben angeführte Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteil vom 28. 2. 2005, Az. II ZR 220/03, ZIP 2005, 900) zeigt, ist die Frage der Zulässigkeit einer Zurückverweisung nach § 538 Abs. 2 ZPO **revisibel**.

Nur vorsorglich für den Fall, dass das Berufungsgericht entgegen der hier vertretenen Ansicht eine bloße Zurückverweisung vornehmen sollte, beantragt der Kläger

die Zulassung der Revision.

Eine Zurückverweisung kommt nach § 538 Abs. 2 ZPO nur in Betracht, wenn das Hohe Gericht eine weitere Verhandlung der Sache – insbesondere eine Beweisaufnahme – für erforderlich erachten sollte. Ob das Bestehen des Unterlassungsanspruchs des Klägers von einer weiteren Verhandlung – insbesondere einer Beweisaufnahme – abhängt oder nicht, ist aber eine Frage des materiellen Rechts von **grundsätzlicher Bedeutung** (§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO). Das Hohe Gericht hat bereits mit Beschluss vom 07.04.2009 entschieden: „Die Rechtsbeschwerde ist zuzulassen, da die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung im Sinne der genannten Vorschriften hat, ihr kommt eine über den vorliegenden Fall hinausgehende Bedeutung zu (vgl. Greger in Zöller, ZPO, 27. Aufl., § 568 Rz. 6 i.V.m. § 348 Rz. 22). In jüngerer Zeit sind – soweit ersichtlich – gehäuft Klagen auf Unterlassung der Speicherung bestimmter Daten sowohl gegen private Anbieter als auch gegen staatliche Organe angestrengt worden. [...] Insofern könnte durch eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts auch eine einheitliche Rechtsprechung i.S.d. § 574 Abs. 2 Nr. 2 ZPO gesichert werden.“ Der letztgenannte Gesichtspunkt (§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Var. 2 ZPO) ist im Fall einer Zurückverweisung hier ebenfalls einschlägig, denn das Amtsgericht Mitte hat im Vorprozess wegen des Portals „www.bmj.bund.de“ eine Beweisaufnahme nicht für erforderlich gehalten.

Aus den vorbezeichneten Gründen beantragt der Kläger weiter,

den Rechtsstreit dem Berufungsgericht zur Entscheidung über eine Übernahme vorzulegen (§ 526 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO).

Die Beklagte mag mitteilen, ob sie sich dem Antrag anschließt.

Für den Fall, dass eine Übertragung auf die Kammer nicht erfolgen sollte, ist darauf hinzuweisen, dass die beantragte **Zulassung der Revision auch durch den Einzelrichter** erfolgen kann (BGH, NJW 2003, 2900).

Wir gehen allerdings davon aus, dass das Hohe Gericht nach erneuter Prüfung der Angelegenheit von einer Entscheidung nach § 538 Abs. 2 ZPO absehen und eine **Sachentscheidung** treffen wird. Für diesen Fall erübrigen sich die obigen Ausführungen zu § 538 Abs. 2 ZPO.

Beglaubigte und einfache Abschrift anbei.

Meinhard Starostik
Rechtsanwalt