

---

**Datum:** 30.01.2009  
**Gericht:** Oberlandesgericht Köln  
**Spruchkörper:** 6. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 6 U 181/08  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGK:2009:0130.6U181.08.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Köln, 31 O 209/08

---

**Tenor:**

1.) Die Berufung der Kläger gegen das am 11.9.2009 verkündete Urteil der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 31 O 209/08 - wird zurückgewiesen.

2.) Die Kosten des Berufungsverfahrens haben die Kläger zu tragen.

3.) Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Kläger können jedoch die Vollstreckung des Kostenerstattungsanspruches durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des insgesamt vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

4.) Die Revision wird nicht zugelassen.

---

**B e g r ü n d u n g**

I

Wegen des Sachverhaltes wird gem. § 540 Abs.1 S.1 Ziff.1 ZPO auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen. Im Berufungsverfahren verfolgen die Kläger

1

2

3

ihr Klageziel weiter. Sie meinen insbesondere, die Vollstreckungsgegenklage müsse erfolgreich sein, soweit sie sich gegen die Senatsentscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit des am 14.9.2007 verkündeten Urteils im Verfahren 6 U 63/06 richte. Auf ihre hierzu und im Übrigen vorgebrachten Rechtsausführungen ist nachfolgend einzugehen. Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil als richtig.

II

4

Die Berufung ist zulässig, aber unbegründet. Die Klage ist aus den ausführlichen Gründen der angefochtenen Entscheidung, denen der Senat uneingeschränkt zustimmend beitrifft, bereits unzulässig. Das gilt auch angesichts der mit der Berufungsbegründung und in der mündlichen Verhandlung von den Klägern vorgetragenen rechtlichen Gesichtspunkte. Die Klage wäre aber auch – wenn sie nicht den durchgreifenden Zulässigkeitsbedenken bedenken würde – unbegründet, weil die Senatsentscheidung nicht auf einer Norm beruht, die nachträglich für mit dem Grundgesetz nicht vereinbar erklärt worden ist und der zwischenzeitliche Ablauf der von dem Bundesverfassungsgericht gesetzten Frist das Verbot unberührt lässt. Der Senat sieht sich lediglich mit Blick auf den zweitinstanzlichen Vortrag der Kläger zu folgenden – überwiegend die Argumentation des Landgerichts wiederholenden - Ausführungen veranlasst:

5

1.) Nach Verkündung der dem vorliegenden Verfahren zugrundeliegenden Senatsentscheidung vom 14.9.2007 im Verfahren 6 U 63/06, gegen die derzeit das Revisionsverfahren I ZR 156/07 bei dem Bundesgerichtshof anhängig ist, hat sich das BVerfG in einem Kammer-Beschluss vom 22.11.2007 (NVwZ 08, 301), der einen "Altfall" aus der Zeit vor Verkündung des sog. "Oddset-Urteils" des BVerfG (NJW 06, 1261 ff) zum Gegenstand hat, nochmals mit dem Fragenkomplex der Zulässigkeit von Verboten der Vermittlung von Sportwetten befasst. Die Kläger meinen, hieraus resultiere ihr Recht, gem. § 79 Abs. 2 S. 3 BVerfGG i.V.m. § 767 ZPO Vollstreckungsgegenklage zu erheben. Das Landgericht hat den Antrag als unzulässig angesehen, weil die Senatsentscheidung nicht rechtskräftig sei.

6

Die Auffassung des Landgerichts trifft zu: Sowohl der – entgegen der Meinung der Kläger eindeutige - Wortlaut, als auch der Sinn der Regelung in ihrem Kontext belegen, dass die durch § 79 Abs. 2 BVerfGG eröffnete Klagemöglichkeit nur den Fall rechtskräftiger Entscheidungen betrifft. Die Bestimmung befasst sich mit den Rechtsfolgen von verfassungsgerichtlichen Entscheidungen, durch die eine Norm für mit dem Grundgesetz unvereinbar oder für nichtig erklärt worden ist, u.a. auf vorher ergangene gerichtliche Entscheidungen, die auf jener Norm beruhen. § 79 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG ordnet an, dass derartige Entscheidungen, wenn sie "nicht mehr anfechtbar" sind, grundsätzlich unberührt, also in Kraft bleiben. Die Sätze 2 und 3 der Vorschrift erklären allerdings eine Vollstreckung aus "solchen" Entscheidungen für unzulässig und eröffnen den Weg der Vollstreckungsgegenklage. Dabei knüpft das Gesetz durch die Verwendung des Wortes "solche" diese Klagemöglichkeit nach seinem Wortlaut ausdrücklich und eindeutig an die Voraussetzung, dass die Entscheidung rechtskräftig ist. Dieser Wortlaut entspricht auch dem Zweck der Regelung: § 79 Abs. 2 S. 3 BVerfGG will dem Betroffenen, der sich sonst der Vollstreckung aus solchen Entscheidungen ausgesetzt sähe, einen Weg eröffnen, die Vollstreckung abzuwenden. Eines solchen zusätzlichen Weges bedarf es aber nicht, wenn die Entscheidung noch nicht rechtskräftig, sondern ein zulässiges Rechtsmittelverfahren – wie im vorliegenden Verfahren die Revision – anhängig ist, weil der Gesichtspunkt der Verfassungswidrigkeit einer für die Entscheidung maßgeblichen Norm auch im Revisionsverfahren vorgebracht werden kann und berücksichtigt werden muss.

7

Unmissverständlich ist hierzu die schon von der Kammer zitierte, zwar zu § 79 Abs. 2 S. 1 BVerfGG formulierte, aber nach dem Zusammenhang auch die Folgesätze betreffende Kommentierung von Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethke BVerfGG § 79 Rz 51: *"Nur die nicht mehr anfechtbaren Entscheidungen bleiben unberührt, werden also von der Fortbestandsgarantie erfasst. Wer den Eintritt der Rechtsbeständigkeit erfolgreich verhindert hat, kann sein Recht mit den Mitteln des Primärrechtsschutzes weiterverfolgen"* (vgl. auch M. Graßhof in HK-BVerfGG, 2. Aufl., § 79 Rz 35). Sämtliche im vorliegenden Verfahren gegen die Vollstreckung aus dem Senatsurteil vorgebrachten rechtlichen Gesichtspunkte können die Kläger – wie ihr Prozessbevollmächtigter auf ausdrückliches Befragen in der mündlichen Verhandlung eingeräumt hat – auch im derzeit anhängigen Revisionsverfahren geltend machen. Der zutreffenden Begründung des Landgerichts kann allenfalls noch hinzugefügt werden, dass auch die originäre Vollstreckungsgegenklage des § 767 ZPO, auf die die Bestimmung des § 79 Abs. 2 S. 3 BVerfGG ausdrücklich verweist, nur subsidiär für den Fall zulässig ist, dass das Ausgangsverfahren entweder rechtskräftig abgeschlossen oder das für neues tatsächliches Vorbringen in Betracht kommende Rechtsmittel der Berufung noch nicht eingelegt worden ist (vgl. z.B. Zöller-Herget, ZPO, 27. Auflage, § 767 Rz 4).

Die Klage ist auch insoweit unzulässig, als sie sich gegen die Vollstreckung aus dem Senatsurteil im Wege der vorläufigen Vollstreckbarkeit richtet. Die Bestimmung des § 767 ZPO, die § 97 Abs. 2 S. 3 BVerfGG ausdrücklich für entsprechend anwendbar erklärt, eröffnet dem Vollstreckungsschuldner unter bestimmten Voraussetzungen ausschließlich den Weg, gegen den Titel selbst, nicht aber gegen eine vorläufige Vollstreckbarkeit des Titels in der Zeit bis zum Eintritt der Rechtskraft vorzugehen. Einwände gegen die vorläufige Vollstreckbarkeit sind demgegenüber nicht gem. § 767 ZPO, sondern nach dem speziell die vorläufige Vollstreckbarkeit betreffenden Regelwerk der §§ 708 ff ZPO geltend zu machen. Der Gesetzeszweck des § 79 Abs. 2 BVerfGG gebietet es auch nicht, den hier in Rede stehenden Einwand gleichwohl auch gegen die vorläufige Vollstreckbarkeit zuzulassen. Dabei kann offen bleiben, ob der Zweck der Regelung nach Ausschöpfen der Rechtsmittel gegen die Vollstreckbarkeitsentscheidungen die Zulässigkeit einer Vollstreckungsgegenklage auch gegen die nur temporäre vorläufige Vollstreckbarkeit begründen könnte. Denn das könnte allenfalls in Betracht kommen, wenn diese Vollstreckbarkeitsentscheidungen unabänderlich wären, was indes nicht der Fall ist. Die Entscheidung des Senats, durch die die vorläufige Vollstreckbarkeit ermöglicht wird, ist nicht unanfechtbar. Vielmehr steht den Klägern die Möglichkeit offen, durch einen (neuerlichen) Antrag nach § 719 Abs. 2 ZPO darüber befinden zu lassen, ob auch angesichts der von ihnen hiergegen angeführten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 22.11.2007 die Vollstreckung aus dem Senats- bzw. dem Urteil des Landgerichts bis zur Entscheidung über die Revision fortgesetzt werden darf:

Der Senat hat das Berufungsurteil gem. § 708 Nr. 10 ZPO für vorläufig vollstreckbar ohne Sicherheitsleistung erklärt und zugleich gem. § 711 S. 1 und 2 ZPO die dort vorgesehene Abwendungsbefugnis ausgesprochen. Diese Entscheidung, die nach inzwischen erfolgter Leistung einer (Gegen-) Sicherheit durch die Beklagte eine Vollstreckung vor der Entscheidung des BGH über die Revision zulässt, ist zwar nicht selbständig anfechtbar, das Gesetz sieht aber in § 719 Abs. 2 ZPO die Möglichkeit der Einstellung der Zwangsvollstreckung vor. Erfolgt diese, so sind die Kläger so gestellt, als wäre ein Rechtsmittel gegen die Senatsentscheidung erfolgreich gewesen, weil dann eine Vollstreckung vor Eintritt der Rechtskraft nicht erfolgen kann. Der vorliegenden Vollstreckungsgegenklage bedarf es daher nicht. Dass der BGH einen derartigen Antrag nach § 719 Abs. 2 ZPO – durch Beschluss vom 13.3.2008 (I ZR 156/07) - bereits abgelehnt hat, macht die Vollstreckungsgegenklage nicht zulässig. Allerdings ist der Beschluss nur

unter den engen, hier nicht gegebenen Voraussetzungen des § 321 a ZPO anfechtbar (vgl. näher Zöller-Herget, ZPO, 27. Auflage, § 719 Rz 10; § 707 Rz 22 m.w.N.), der BGH kann seine Entscheidung aber – worauf auch ein entsprechender Antrag gerichtet werden kann – wieder ändern (vgl. BGH FamRZ 89, 849; Herget a.a.O., § 719 Rz 10; Musielak/Lackmann, ZPO, 6. Aufl., §§ 707 Rz 14; 719 Rz 7; Krüger in Münchner Kommentar zur ZPO, 3. Aufl., § 719 Rz 16; Stein/Jonas-Münzberg, ZPO, 22. Aufl., §§ 707 Rz 29 f; 719 Rz 3; Hartmann, ZPO, 67. Aufl. § 719 Rz 12). Dass er hiervon allein deswegen keinen Gebrauch machen könnte, weil die Kläger – worauf die schon ergangene Entscheidung gestützt ist – es versäumt haben, im Berufungsverfahren einen substantiell begründeten Antrag nach § 712 ZPO zu stellen, kann nicht angenommen werden. Die Kläger stützen sich auf eine nach Verkündung des Senatsurteils ergangene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, aus der sich die Unvereinbarkeit des Senatsurteils mit dem Grundgesetz ergeben soll. Es kann der Entscheidung nicht zugrundegelegt werden, dass ein Änderungsantrag auf der Grundlage dieser Rechtsauffassung, nach der sich die Fortsetzung der Zwangsvollstreckung als mit der Verfassung nicht vereinbar darstellen würde, von vornherein aussichtslos wäre. Das gilt insbesondere, weil der Vollstreckungsschuldner, der einen Antrag nach § 712 ZPO nicht gestellt hat, nach der Rechtsprechung des BGH (NJW 2001, 375) einen Einstellungsantrag gleichwohl auf solche die besondere Härte einer Vollstreckung begründende Umstände stützen kann, die während des Berufungsverfahrens noch nicht vorgelegen haben.

Es kommt damit noch nicht einmal darauf an, dass überdies in dem maßgeblichen Zeitpunkt der Verkündung des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 22.11.2007, auf den die Kläger sich stützen, ihr Antrag nach § 719 Abs. 2 ZPO noch gar nicht beschieden war. Der BGH hat diesen Einstellungsantrag erst durch Beschluss vom 13.3.2008, also nahezu vier Monate später abgelehnt. Die Kläger hatten daher die Möglichkeit, die von ihnen angenommenen verfassungsrechtlichen Konsequenzen des Beschlusses vom 22.11.2007 für das Revisionsverfahren noch vorzubringen. Dass sie ihre Auffassung nicht vorgetragen haben oder damit nicht erfolgreich waren, kann ihnen jetzt nicht die Vollstreckungsgegenklage eröffnen. Ebenso kann aus dem Umstand, dass der BGH dem Antrag nicht stattgegeben hat, nicht geschlossen werden, er habe eine Einstellung der vorliegenden Vollstreckungsgegenklage vorbehalten wollen. 10

Aus den ab S. 10 unter 2. des landgerichtlichen Urteils dargelegten Gründen, auf die der Senat Bezug nimmt, ist die Klage auch unzulässig, soweit sie unmittelbar auf § 767 ZPO gestützt wird. 11

2.) Die Klage wäre – ihre Zulässigkeit unterstellt – aber auch nicht begründet. 12

a) Es trifft offensichtlich nicht zu, dass die Senatsentscheidung vom 14.9.2007 auf einer Norm beruht, die durch den späteren Beschluss des BVerfG vom 22.11.2007 für mit dem Grundgesetz nicht vereinbar erklärt worden ist. Der Beschluss des BVerfG hat eine ordnungsrechtliche Untersagungsverfügung zum Gegenstand, die vom 24.9.2002 und damit als "Altfall" aus der Zeit vor dem Oddset-Urteil vom 28.3.2006 stammte. Das BVerfG hat darin ausgeführt, dass wegen der Verfassungswidrigkeit der Rechtslage bis zum 28.3.2006 das Verbot gegen Art. 12 GG verstoße (Rz 35 a.E.). Die Begründung des Beschlusses durchzieht die wiederholt ausgesprochene Bezugnahme auf das vorangegangene grundlegende Urteil vom 28.3.2006 und dient ersichtlich (nur) dem Ziel darzulegen, dass und warum auf der unveränderten Grundlage dieser Entscheidung ein vor dessen Verkündung ausgesprochenes Verbot keinen Bestand haben könne. Eine Erweiterung der durch das grundlegende Oddset Urteil getroffenen Unvereinbarkeitsentscheidung liegt damit schon nicht vor. Überdies beruht die Senatsentscheidung, die nicht einen Altfall, sondern Verletzungsfälle aus der Zeit nach 13

Verkündung des Oddset-Urteils zum Gegenstand hat, darauf, dass das BVerfG in jenem Urteil unter bestimmten Voraussetzungen innerhalb einer Frist bis zum 31.12.2007 den Ausspruch von Verboten für zulässig erklärt hat und diese Voraussetzungen vorlagen. Für die Rechtmäßigkeit dieser Verbote ist es ersichtlich unerheblich, ob - worauf die Kläger aber abstellen wollen - das BVerfG die in Rede stehende Auslegung von § 284 StGB allein oder in Verbindung mit dem bayerischen Staatslotteriegesetz für mit dem Grundgesetz nicht vereinbar angesehen hat. Maßgeblich ist vielmehr allein, dass es überhaupt die Frist gesetzt hat, innerhalb derer Verbote ausgesprochen werden dürfen. Begründet könnte die Klage danach nur sein, wenn das BVerfG – was aber nicht geschehen ist - die Voraussetzungen für Verbote innerhalb der Frist nachträglich verschärft oder die Frist sogar ganz aufgehoben hätte.

b) Im Übrigen stellt auch der inzwischen eingetretene Ablauf der von dem BVerfG bis zum 31.12.2007 gesetzten Frist allein keinen begründeten Einwand gegen die Fortgeltung des von dem Senat unbefristet ausgesprochenen Verbotes dar. Die Fristsetzung sollte dem Gesetzgeber Gelegenheit geben, die festgestellten verfassungsrechtlichen Mängel der früheren Rechtslage zu beseitigen. Diese Regelung beinhaltet, dass nach Fristablauf weiter Verbote ausgesprochen (oder aufrechterhalten) werden können, wenn die neue Rechtslage dies vorsieht und verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist. Beides ist indes der Fall: der zum 1.1.2008 in Kraft getretene Glücksspielstaatsvertrag sieht in § 4 Abs. 1 und 2 einen Erlaubnisvorbehalt und in Abs. 4 ein Verbot der Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten im Internet – also das den Klägern durch die Senatsentscheidung untersagte Verhalten - vor. Das BVerfG hat in seiner Entscheidung vom 14.10.2008 – BvR 928/08 – (ZfWG 08, 351 ff) diese Regelungen für verfassungsgemäß erklärt. 14

3.) Die Klage kann schließlich auch nicht mit Blick auf Art. 10 EGV Erfolg haben. Der dort postulierte Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts greift nicht ein, weil ein Verstoß gegen europarechtliche Vorgaben – wie der Senat ab S. 9 seiner Entscheidung ausführlich begründet hat - nicht vorliegt. Einwände gegen diese Auffassung sind nicht im Wege der Vollstreckungsgegenklage geltend zu machen, sondern dem Revisionsverfahren vorbehalten. 15

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs.1 ZPO. 16

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr.10, 711 ZPO. 17

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor. Die der Entscheidung zugrundeliegenden Rechtsfragen sind höchstrichterlich geklärt. Das gilt insbesondere für die Beschränkung der auf § 79 Abs. 2 S. 3 BVerfGG gestützten Vollstreckungsgegenklage auf unanfechtbare Entscheidungen. Die Anwendung dieser Rechtsfragen auf den vorliegenden Einzelfall hat nicht im Sinne des § 543 Abs. 2 Ziff. 1 ZPO grundsätzliche Bedeutung. Ebenso ist aus diesem Grunde eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes weder zur Fortbildung des Rechts noch zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich (§ 543 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO). 18

Streitwert für das Berufungsverfahren: 400.000 €. 19