SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN ELEANOR SHARPSTON vom 30. November 2006 [1]

1. Schreibt das Gemeinschaftsrecht vor, dass die Rechtsordnung eines Mitgliedstaats erstens eine eigenständige Klage auf Feststellung der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit einer Bestimmung des jeweiligen nationalen Rechts und zweitens die vorläufige Aussetzung des Vollzugs der entsprechenden nationalen Bestimmung bis zur Entscheidung über ihre Rechtmäßigkeit vorsehen muss? Das ist im Wesentlichen die Frage, die der schwedische Oberste Gerichtshof (Högsta Domstolen) dem Gerichtshof vorgelegt hat.

Nationales Recht

2. Der Vorlagebeschluss enthält folgende Informationen über die nationalen Rechtsvorschriften, die zum einen die Zuständigkeit der innerstaatlichen Gerichte und das Verfahren bei ihnen und zum anderen die Organisation von Lotterien regeln.

3. Erstens enthält Kapitel 11 § 14 der schwedischen Verfassung (Regeringsformen) Vorschriften über die Prüfung von Rechtsnormen. Ist ein Gericht oder eine andere öffentliche Stelle der Auffassung, dass eine Vorschrift gegen eine verfassungsrechtliche Bestimmung oder eine andere übergeordnete Norm verstößt, so darf diese Vorschrift nicht angewandt werden. Die Überprüfung und gegebenenfalls Nichtanwendung nach Kapitel 11 § 14 der Verfassung setzt voraus, dass die entsprechende Frage als Vorfrage in einer auf einen anderen Ausspruch gerichteten Klage aufgeworfen wird. Nach nationalem Recht kann keine eigenständige Klage auf bloße Feststellung der Ungültigkeit einer bestimmten Rechtsnorm erhoben werden. Wurde die fragliche Vorschrift vom Reichstag oder der Regierung erlassen, darf von ihrer Anwendung nur dann abgesehen werden, wenn der Fehler offensichtlich ist. Dieses Erfordernis gilt jedoch nicht, wenn die Vorschrift gegen Gemeinschaftsrecht verstößt [2].

4. Zweitens ist nach Kapitel 13 § 2 der Prozessordnung (Rättegångsbalken) eine Klage auf Feststellung, ob ein bestimmtes Rechtsverhältnis besteht oder nicht, zulässig, wenn hinsichtlich des Rechtsverhältnisses

1 — Originalsprache: Englisch.

2 — Gesetzentwurf 1993/94:114 der Regierung, Verfassungsänderungen vor dem Beitritt Schwedens zur Europäischen Union, S. 27.

keine Klarheit herrscht und dem Kläger hierdurch ein Nachteil entsteht.

5. Drittens betrifft Kapitel 15 der Prozessordnung vorläufige Maßnahmen in Zivilrechtsstreitigkeiten. Nach § 3 kann das Gericht, wenn der Antragsteller einen Anspruch gegen eine andere Person glaubhaft macht, der Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens oder eines vergleichbaren Verfahrens sein kann, und wenn vernünftigerweise angenommen werden kann, dass die Gegenpartei durch bestimmte Aktivitäten, das Vornehmen oder Unterlassen bestimmter Handlungen oder auf andere Weise die Ausübung des Rechts des Antragstellers verhindert oder erschwert oder dessen Wert erheblich verringert, geeignete Maßnahmen treffen, um das Recht des Antragstellers zu sichern. Zu solchen Maßnahmen kann es gehören, unter Androhung von Zwangsgeld die Ausübung bestimmter Tätigkeiten oder die Vornahme bestimmter Handlungen zu verbieten, unter Androhung von Zwangsgeld die Beachtung des Anspruchs des Antragstellers anzuordnen, einen Sequester zu bestellen oder eine Anordnung zu treffen, die geeignet ist, eine Verletzung des Rechts des Antragstellers auf andere Weise zu verhindern.

6. Sowohl das vorlegende Gericht als auch die schwedische Regierung weisen darauf hin, dass vorläufige Maßnahmen nach Kapitel 15 geeignet sein müssen, den in der Hauptsache geltend gemachten Anspruch zu sichern. Im Kontext einer Schadensersatzklage wird daher regelmäßig nicht die Aussetzung des Vollzugs eines angeblich ungültigen Gesetzes gewährt. Auch werden (was wohl keine Überraschung ist) keine vorläufigen Maßnahmen gewährt, wenn der Antrag in der Hauptsache unzulässig ist.

7. Viertens ist es nach § 38 des Lotteriegesetzes (Lotterilagen, 1994:1000) ohne ausdrückliche Genehmigung nicht zulässig, die Teilnahme an einer im Inland veranstalteten nicht zugelassenen Lotterie oder an einer im Ausland veranstalteten Lotterie gewerbsmäßig oder auf andere Art zu Erwerbszwecken zu fördern. Ich werde auf diese Vorschrift als das Förderungsverbot Bezug nehmen. Von dem Förderungsverbot können Ausnahmen gewährt werden. Nach § 45 können Anträge auf Genehmigung der Veranstaltung einer Lotterie gestellt werden. § 48 regelt die Aufsicht über die Einhaltung des Gesetzes und § 52 den Erlass der zur Einhaltung des Gesetzes erforderlichen Verfügungen und Verbote, die mit Geldbuße bewehrt werden können. Nach § 54 kann gegen Personen, die gewerbsmäßig oder auf andere Art zu Erwerbszwecken die Teilnahme an einer im Ausland veranstalteten Lotterie widerrechtlich fördern, Geldstrafe verhängt werden, wenn speziell eine Teilnahme aus Schweden gefördert wird. § 59 regelt die gerichtliche Überprüfung von Entscheidungen über Genehmigungen.

Hintergrund des Ausgangsverfahrens

8. Dem Ausgangsverfahren liegt nach dem Vorlagebeschluss und den schriftlichen Er-

klärungen der Klägerinnen folgender Sachverhalt zugrunde.

9. Die Unibet (London) Ltd und die Unibet (International) Ltd sind zwei Gesellschaften mit Sitz im Vereinigten Königreich bzw. in Malta. Sie veranstalten Spiele, insbesondere Sportwetten, Poker, Kasino und andere Glücksspiele, und zwar in Übereinstimmung mit den im Vereinigten Königreich und in Malta erteilten Genehmigungen, mit denen die Veranstaltung von Spielen u. a. für Kunden außerhalb dieser Staaten erlaubt wird. Ich werde diese Gesellschaften zusammen als Unibet bezeichnen.

10. Unibet bietet ihre Spiele in erster Linie über das Internet an. Sie hat nicht vor, eine Niederlassung in Schweden zu errichten oder dort Spiele zu veranstalten. Sie möchte in Schweden nur für ihre Dienstleistungen werben.

11. Am 6. November 2003 erließ der Gerichtshof das Urteil Gambelli [3] und entschied, dass eine nationale Regelung, mit der die Vornahme bestimmter Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Veranstaltung von Spielen ohne Genehmigung des jeweiligen Mitgliedstaats verboten werde, gegen die Artikel 43 EG und 49 EG verstoße. Im Vertrauen auf dieses Urteil erwarb Unibet in Schweden Anzeigenfläche in einer Reihe von Tageszeitungen. Die schwedische Lotterieinspektion gab bekannt, dass sie gegen diese Zeitungen Strafanzeige wegen eines Verstoßes gegen das Lotteriegesetz durch die Veröffentlichung von Anzeigen für einen ausländischen Spieleveranstalter gestellt habe. Später versuchte Unibet, weitere Anzeigenflächen und Werbezeiten in Zeitungen, im Radio und im Fernsehen zu kaufen, erhielt aber wegen des Förderungsverbots und der von der Lotterieinspektion eingenommenen Position nur Absagen. Der schwedische Staat hat seither offensichtlich gegen die Zeitungen, die Anzeigen für Unibet veröffentlicht hatten, Verfügungen erwirkt und Strafverfahren eingeleitet. Gegen Unibet selbst wurde nicht vorgegangen.

12. Unibet erhob beim Tingsrätt (Gericht erster Instanz) Klage gegen den schwedischen Staat. Sie beantragt im Wesentlichen, i) festzustellen, dass sie ungeachtet des Förderungsverbots berechtigt ist, ihre Glücksspieldienste in Schweden anzubieten, ii) festzustellen, dass der schwedische Staat verpflichtet ist, ihr den Schaden zu ersetzen, den sie aufgrund des Förderungsverbots erlitten habe und weiter erleide, und iii) unverzüglich anzuordnen, dass das Förderungsverbot und die Sanktionen für seine Nichtbeachtung auf sie nicht angewandt werden.

13. Unibet begründet ihre Klage damit, dass das schwedische Lotterierecht gegen Artikel 49 EG verstoße und dass sie nach dem Gemeinschaftsrecht das Recht habe, ihre Glücksspieldienste in Schweden zu vermarkten. Für den Fall, dass der Antrag unter Ziffer i als unzulässig angesehen werden sollte, weil er nicht unter Kapitel 13 § 2 der Prozessordnung falle, macht Unibet geltend,

3 — Rechtssache C-243/01 (Slg. 2003, I-13031).

dass ihr aus dem Gemeinschaftsrecht das Recht erwachse, diesen Antrag zu stellen, und dass nationale Vorschriften, die dieses Recht beschränkten, danach keine Anwendung finden dürften. In Bezug auf den Antrag unter Ziffer iii trägt Unibet vor, dass das Gemeinschaftsrecht die nationalen Gerichte verpflichte, vorläufigen Rechtsschutz zu gewähren, um die Rechte eines Einzelnen aus dem Gemeinschaftsrecht zu sichern.

14. Vor dem Tingsrätt argumentierte der Staat, dass die Voraussetzungen für eine Feststellungsklage nach Kapitel 13 § 2 der Prozessordnung nicht vorlägen, da zwischen Unibet und dem Staat kein besonderes Rechtsverhältnis bestehe.

15. Das Tingsrätt entschied, dass der Feststellungsantrag von Unibet unter Ziffer i auf eine abstrakte Normenkontrolle abziele und als solcher unzulässig sei, ebenso wie der Antrag unter Ziffer iii. Der Antrag auf Schadensersatz (Ziffer ii) wurde für zulässig erklärt und ist gegenwärtig anhängig. Die Berufung von Unibet zum Hovrätt hinsichtlich der Anträge unter den Ziffern i und iii wurde zurückgewiesen. Unibet legte ein Rechtsmittel beim Obersten Gerichtshof ein.

16. Kurz nach der Zurückweisung der Berufung stellte Unibet beim Tingsrätt einen neuen Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz. Unibet beantragte, unverzüglich anzuordnen, dass sie ungeachtet des Förderungsverbots und der Sanktionen für seine Nichtbeachtung berechtigt ist, bis zum Erlass des Endurteils bestimmte Marketingmaßnahmen zu ergreifen, oder unverzüglich Anordnungen zu treffen, um zu verhindern, dass ihrer Tätigkeit weiterhin durch das Förderungsverbot und die Sanktionen für seine Nichtbeachtung Schaden zugefügt werde. Unibet führte aus, ihr neuer Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz stehe in direktem Zusammenhang mit der Verletzung ihrer Rechte aus dem Gemeinschaftsrecht und damit mit ihrem Schadensersatzantrag nach Ziffer ii ihrer beim Tingsrätt anhängigen Klage.

17. Das Tingsrätt erklärte diesen zweiten Antrag auf einstweilige Anordnungen für zulässig. Es entschied aber, dass Unibet nicht dargetan habe, dass das Förderungsverbot im Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht stehe oder dass insoweit schwerwiegende Zweifel bestünden. Deshalb wies es den Antrag in der Sache ab. Das Hovrätt wies die Berufung von Unibet zurück. Unibet legte ein Rechtsmittel beim Obersten Gerichtshof ein, der das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen vorgelegt hat.

18. In seinem Vorlagebeschluss bestätigt der Oberste Gerichtshof, dass Unibet nach nationalem Recht [4] kein Recht zustehe, die unter Ziffer i begehrte Feststellung zu beantragen. Demzufolge möchte es wissen, ob die nationalen Vorschriften den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts in Bezug

4 — D. h. Kapitel 13 § 2 der Prozessordnung: vgl. oben, Nrn. 13 und 14.

auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz der Einzelnen genügen.

19. Der Oberste Gerichtshof ist der Ansicht, dass die Anträge von Unibet auf vorläufigen Rechtsschutz auch gemeinschaftsrechtliche Fragen aufwürfen. Was den ursprünglichen Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz (Ziffer iii) anbelange, der von den Untergerichten zurückgewiesen worden sei, so ergebe sich aus dem nationalen Recht u. a., dass, wenn der Antrag eines Klägers in der Hauptsache nicht geprüft werden könne, auch einem Antrag auf einstweilige Anordnungen nicht stattgegeben werden könne. Der entsprechende Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz werfe daher ähnliche gemeinschaftsrechtliche Fragen auf wie der von Unibet in der Hauptsache gestellte Antrag. Unibet meine, ihr zweiter Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz stehe in direktem Zusammenhang mit der Verletzung ihrer Rechte aus dem Gemeinschaftsrecht, auf das sie sich in der vorliegenden Rechtssache stütze, und damit mit ihrem Antrag auf Feststellung der Schadensersatzpflicht (Ziffer ii ihrer Klage), der gegenwärtig beim Tingsrätt anhängig sei. Damit stelle sich die Frage, ob nach dem Gemeinschaftsrecht in Fällen, in denen die Vereinbarkeit von nationalem Recht mit Gemeinschaftsrecht in Frage gestellt werde, die Voraussetzungen für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes durch nationale Rechtsvorschriften oder durch gemeinschaftsrechtliche Kriterien geregelt würden. Sofern gemeinschaftsrechtliche Kriterien Anwendung fänden, stellten sich Fragen nach der genauen Beschaffenheit dieser Kriterien.

20. Dementsprechend hat der Oberste Gerichtshof das bei ihm anhängige Verfahren ausgesetzt und folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist das gemeinschaftsrechtliche Erfordernis, dass nationale Verfahrensvorschriften für die sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergebenden Rechte des Einzelnen effektiven Rechtsschutz gewähren müssen, dahin auszulegen, dass eine Klage auf Feststellung, dass bestimmte nationale Vorschriften des materiellen Rechts gegen Artikel 49 EG verstoßen, zulässig sein muss, wenn die Vereinbarkeit der materiellen Rechtsvorschriften mit diesem Artikel andernfalls nur als Vorfrage z. B. im Rahmen einer Schadensersatzklage, eines Verfahrens wegen Verstoßes gegen die nationale materielle Rechtsvorschrift oder eines Verfahrens der gerichtlichen Überprüfung [rättsprövning] geprüft werden kann?

2. Bedeutet das gemeinschaftsrechtliche Erfordernis effektiven Rechtsschutzes, dass die nationale Rechtsordnung einen vorläufigen Rechtsschutz ermöglichen muss, durch den nationale Vorschriften, die der Ausübung eines angeblich aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechts entgegenstehen, gegenüber dem Einzelnen außer Anwendung bleiben können, damit dieser das Recht ausüben kann, bis ein nationales Gericht über das Bestehen dieses Rechts abschließend entschieden hat?

3. Falls Frage 2 bejaht wird:

   Ergibt sich aus dem Gemeinschaftsrecht, dass ein nationales Gericht in

dem Fall, dass die Vereinbarkeit nationaler Vorschriften mit dem Gemeinschaftsrecht in Frage gestellt wird, bei einer materiellen Prüfung der Anträge auf vorläufigen Schutz von auf dem Gemeinschaftsrecht beruhenden Rechten nationale Rechtsvorschriften über die Voraussetzungen für den vorläufigen Rechtsschutz anwenden muss, oder muss das nationale Gericht in einem solchen Fall gemeinschaftsrechtliche Kriterien für den vorläufigen Rechtsschutz anwenden?

4. Falls Frage 3 dahin beantwortet wird, dass gemeinschaftsrechtliche Kriterien anzuwenden sind: Welche sind diese Kriterien?

21. Schriftliche Erklärungen sind von Unibet, der österreichischen, der belgischen, der tschechischen, der finnischen, der deutschen, der griechischen, der italienischen, der niederländischen, der portugiesischen und der schwedischen Regierung sowie von der Regierung des Vereinigten Königreichs eingereicht worden. Weitere Erklärungen sind von Unibet, der belgischen, der griechischen und der schwedischen Regierung sowie der Regierung des Vereinigten Königreichs und der Kommission in der mündlichen Verhandlung abgegeben worden.

Zulässigkeit

22. Die belgische Regierung macht vorab geltend, dass die Vorlage konstruiert und hypothetisch und damit unzulässig sei: Unibet begehre mit ihrer Klage bei dem nationalen Gericht lediglich eine Unvereinbarkeitsfeststellung, und dieser Klage liege kein echter Rechtsstreit zugrunde. Diese Situation falle unmittelbar in den im Urteil Foglia [5] behandelten Bereich, und in diesem Urteil habe der Gerichtshof entschieden, dass er nicht dafür zuständig sei, „Gutachten zu allgemeinen oder hypothetischen Fragen abzugeben" oder „Auslegungsfragen [zu beantworten], die ihm im Rahmen konstruierter Verfahren vorgelegt würden, mit deren Hilfe die Parteien den Gerichtshof zur Stellungnahme zu gemeinschaftsrechtlichen Fragen veranlassen wollen, deren Beantwortung für die Entscheidung eines Rechtsstreits nicht objektiv erforderlich ist".

23. Ich kann dem Vorbringen der belgischen Regierung nicht zustimmen. Es geht eindeutig um einen tatsächlichen Rechtsstreit, der eine Entscheidung erfordert. Unibet ist der Auffassung, dass das Förderungsverbot mit Artikel 49 EG unvereinbar sei. Sie begehrt, dass dieses Verbot für rechtswidrig erklärt wird, um in Schweden rechtmäßig für ihr Lotteriegeschäft werben zu können. Dass der von ihr gewählte Weg als „konstruiertes Verfahren" in dem Sinne bezeichnet werden mag, dass sie einen Antrag stellen möchte, der im schwedischen Verfahrensrecht nicht vorgesehen ist, ändert nichts daran, dass dieser zugrunde liegende Streitpunkt real ist.

24. Ich halte die Vorlage daher für zulässig.

5 — Urteil vom 16. Dezember 1981 in der Rechtssache 244/80 (Slg. 1981, 3045, Randnr. 18).

Zur ersten Frage

25. Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob das gemeinschaftsrechtliche Erfordernis, dass nationale Verfahrensvorschriften für die sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergebenden Rechte des Einzelnen effektiven Rechtsschutz gewähren müssen, bedeutet, dass eine Klage auf Feststellung, dass bestimmte nationale Vorschriften des materiellen Rechts gegen Artikel 49 EG verstoßen, zulässig sein muss, wenn die Vereinbarkeit der materiellen Rechtsvorschriften mit diesem Artikel andernfalls nur als Vorfrage z. B. im Rahmen einer Schadensersatzklage, eines Verfahrens wegen Verstoßes gegen die nationale materielle Rechtsvorschrift oder eines Verfahrens der gerichtlichen Überprüfung geprüft werden kann [6].

26. Unibet trägt vor, dass diese Frage bejaht werden sollte. Alle Regierungen, die Stellung genommen haben, vertreten zusammen mit der Kommission den gegenteiligen Standpunkt.

27. Unibet macht erstens geltend, dass aus dem Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts gegenüber dem nationalen Recht und dem Grundsatz des Schutzes der Rechte aus dem Gemeinschaftsrecht folge, dass ein Einzelner immer ein effektives Klagerecht zum Schutz dieser Rechte haben müsse [7]. Unibet habe ein aus dem EG-Vertrag hergeleitetes Recht, ihre Spiele in Schweden zu vermarkten, und werde daran rechtswidrig durch das Förderungsverbot gehindert. Sie habe daher ein Recht auf eine Klage auf Feststellung, dass ihr das Recht zustehe, ihre Spiele in Schweden ungehindert zu vermarkten oder, anders gesagt, dass Schweden sein Förderungsverbot nicht anwenden dürfe.

28. Unibet beruft sich insbesondere auf das Urteil Muñoz und Superior Fruiticola [8], in dem der Gerichtshof entschieden habe, dass die volle Wirksamkeit eines im Gemeinschaftsrecht niedergelegten Verbotes, Obst und Gemüse zum Verkauf anzubieten, das nicht den vorgeschriebenen Qualitätsnormen entspreche, impliziere, dass ein Händler die Möglichkeit haben müsse, die Befolgung dieses Verbotes in einem Zivilverfahren gegen einen Wettbewerber durchzusetzen, auch wenn das nationale Recht einem solchen Händler nicht die Befugnis verleihe, eine auf die Nichteinhaltung gesetzlicher Vorschriften gestützte zivilrechtliche Klage zu erheben.

29. Zweitens trägt Unibet vor, dass das nationale Gericht kraft seiner Verpflichtung,

6 — In der Frage werden die drei Verfahrensarten zwar als Beispiele genannt, doch sind sie offensichtlich die einzigen, die unter den Umständen der vorliegenden Rechtssache in Betracht kommen (vgl. aber Nr. 46 zu gerichtlichen Überprüfungsverfahren).

7 — Urteile vom 9. März 1978 in der Rechtssache 106/77 (Simmenthal, Slg. 1978, 629, Randnrn. 21 und 22), vom 19. Juni 1990 in der Rechtssache C-213/89 (Factortame, Slg. 1990, I-2433, im Folgenden: Factortame I), vom 11. Juli 1991 in den Rechtssachen C-87/90, C-88/90 und C-89/90 (Verholen, Slg. 1991, I-3757, Randnr. 24) und vom 22. September 1998 in der Rechtssache C-185/97 (Coote, Slg. 1998, I-5199).

8 — Urteil vom 17. September 2002 in der Rechtssache C-253/00 (Slg. 2002, I-7289).

nationales Recht gemeinschaftsrechtskonform auszulegen [9], das im nationalen Recht vorgesehene Recht auf Beantragung eines Feststellungsurteils [10] auf Antragsteller wie Unibet zu erstrecken habe.

30. Drittens macht Unibet geltend, dass es sich bei den anderen in schwedischen Vorschriften vorgesehenen Rechtsbehelfen nicht um effektive Klagemöglichkeiten handele. Schadensersatz sei kein angemessener Ausgleich für eine Feststellung, dass Schweden das Förderungsverbot nicht anwenden dürfe, da es häufig sehr schwierig sei, ihn so zu berechnen, dass der erlittene Schaden vollständig ausgeglichen werde. Außerdem bedeute der Umstand, dass eine Klage auf eine derartige Feststellung nicht zulässig sei, dass der betroffene Einzelne eine neue Schadensersatzklage erheben müsse, wenn die Verstöße andauerten. Auch sei einem Einzelnen nicht zumutbar, das Recht zu verletzen, um seine Rechte durchzusetzen. Die Vorschrift über die gerichtliche Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen erfasse nur von der Regierung oder einer Behörde erlassene Entscheidungen. Sie fände nur dann Anwendung, wenn Unibet die Genehmigung zur Veranstaltung einer Lotterie in Schweden beantragen würde und dieser Antrag abgelehnt würde; dies sei aber nicht ihre Geschäftsabsicht. Wenn schließlich ein schwedisches Gericht als Vorfrage entscheide, dass das Förderungsverbot gemeinschaftsrechtswidrig sei, so binde diese Entscheidung andere schwedische Gerichte oder Stellen nicht, wenn sich dieselbe Frage in einem anderen Zusammenhang — selbst unter Beteiligung von Unibet — stelle, etwa in einem Strafverfahren oder in einem Fall betreffend die Verhängung einer Geldbuße nach dem Lotteriegesetz. Sie wäre nicht gleichbedeutend mit einer Rechtswidrigkeitserklärung im weiten Sinne, nicht einmal im Verhältnis zu Unibet, und würde Schweden nicht dazu verpflichten, das Förderungsverbot aufzuheben oder auszusetzen. Dagegen wäre ein Urteil, mit dem dem schwedischen Staat die Anwendung des Förderungsverbots auf Unibet untersagt würde, in allen Fällen verbindlich, in denen sich die Frage stellen könnte, etwa in einem Verfahren wegen Verstoßes gegen das Lotteriegesetz.

31. Die Regierungen, die Erklärungen abgegeben haben, und die Kommission sind allesamt der Auffassung, dass die erste Frage des nationalen Gerichts verneint werden sollte. Aus den folgenden Gründen, die sämtlich von einigen oder allen dieser Beteiligten angeführt werden, bin auch ich dieser Ansicht, allerdings mit einer bedeutenden Einschränkung.

32. Auszugehen ist meiner Ansicht nach von dem erstmals im Urteil Rewe I [11] niedergelegten Grundsatz, dass es Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung der einzelnen

9 — Urteil vom 13. November 1990 in der Rechtssache C-106/89 (Marleasing, Slg. 1990, I-4135).

10 — Kapitel 13 § 2 der Zivilprozessordnung: vgl. oben, Nrn. 4 und 13.

11 — Urteil vom 16. Dezember 1976 in der Rechtssache 33/76 (Rewe, Slg. 1976, 1989, Randnr. 5).

Mitgliedstaaten ist, die Verfahrensmodalitäten für Klagen zu regeln, die den Schutz der Rechte aus dem Gemeinschaftsrecht gewährleisten sollen, wobei diese Modalitäten nicht weniger günstig ausgestaltet sein dürfen als die entsprechender Klagen, die das innerstaatliche Recht betreffen (Äquivalenzgrundsatz), und die Ausübung der genannten Rechte nicht praktisch unmöglich machen dürfen (Effektivitätsgrundsatz). Dieser Ansatz ist im Urteil Rewe II [12] bestätigt worden, in dem der Gerichtshof ausgeführt hat, dass der Vertrag nicht zusätzlich zu den nach nationalem Recht bereits bestehenden Rechtsbehelfen *neue Klagemöglichkeiten* zur Wahrung des Gemeinschaftsrechts *vor den nationalen Gerichten habe schaffen wollen* und dass das durch den Vertrag geschaffene Rechtsschutzsystem voraussetze, dass es möglich sein müsse, zur Gewährleistung der Beachtung unmittelbar wirkenden Gemeinschaftsrechts von *jeder im nationalen Recht vorgesehenen Klagemöglichkeit* Gebrauch zu machen.

33. In ähnlicher Weise beschränkt das Urteil Simmenthal [13], in dem die Verpflichtung nationaler Gerichte aufgestellt wurde, nationale Vorschriften, die im Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht stehen, unangewendet zu lassen, die entsprechende Verpflichtung ausdrücklich auf Fälle *im Rahmen der Zuständigkeit* des angerufenen staatlichen Richters oder auf *für die Anwendung* des in Rede stehenden Gemeinschaftsrechts *zuständige* Gerichte.

34. Diese Grundsätze sind vom Gerichtshof fortdauernd wiederholt worden, vgl. etwa das Urteil Peterbroeck [14], in dem ausgeführt wurde, dass die Bestimmung der zuständigen Gerichte und die Ausgestaltung von Verfahren, die den Schutz der dem Bürger aus der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, mangels einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung auf dem entsprechenden Gebiet Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten ist, wobei diese Verfahren nicht ungünstiger gestaltet sein dürfen als bei entsprechenden Klagen, die nur innerstaatliches Recht betreffen, und die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren dürfen.

35. In diesen Formulierungen ist impliziert, dass die nationalen Rechtssysteme nicht gegen eine Überprüfung durch die Gemeinschaftsgerichte gefeit sind. Erstens haben die nationalen Vorschriften den Äquivalenz- und den Effektivitätsgrundsatz zu beachten. Zweitens ist es zwar grundsätzlich Sache des nationalen Rechts, die Klagebefugnis und das Rechtsschutzinteresse des Einzelnen zu bestimmen, doch verlangt das Gemeinschaftsrecht, dass die nationalen Rechtsvorschriften das Recht auf einen effektiven gerichtlichen Rechtsschutz nicht beeinträchtigen [15]. Unter bestimmten Umständen *kann* daher das Gemeinschaftsrecht einen neuen Rechtsbehelf erfordern, wenn dies der einzige Weg ist, um sicherzustellen, dass ein Recht aus dem Gemeinschaftsrecht geschützt werden kann [16]. Im Urteil Heylens hat der Gerichtshof beispielsweise ausgeführt, dass, da der freie Zugang zur Beschäftigung ein Grundrecht sei, das jedem Arbeitnehmer der Gemeinschaft individuell vom Vertrag verliehen sei, „die Gewährleistung eines effekti-

12 — Urteil vom 7. Juli 1981 in der Rechtssache 158/80 (Rewe, Slg. 1981, 1805, Randnr. 44, Hervorhebung nur hier).

13 — Zitiert in Fußnote 7 (Randnrn. 21 und 22, Hervorhebung nur hier).

14 — Urteil vom 14. Dezember 1995 in der Rechtssache C-312/93 (Slg. 1995, I-4599, Randnr. 12).

15 — Urteil Verholen (zitiert in Fußnote 7, Randnr. 24).

16 — Wie es in der Rechtssache Factortame I tatsächlich der Fall war.

ven Rechtsschutzes ... wesentlich davon ab [hängt], *dass Entscheidungen einer innerstaatlichen Behörde, durch die die Gewährung dieses Rechts verweigert wird, vor Gericht angefochten werden können*" [17]. In ähnlicher Weise hat der Gerichtshof im Urteil Vlassopoulou ausgeführt, dass „jede Entscheidung [über die Anerkennung beruflicher Befähigungsnachweise] gerichtlich auf ihre Rechtmäßigkeit im Hinblick auf das Gemeinschaftsrecht überprüft werden ... können [muss]" [18].

36. Bei der Beurteilung der Frage, ob nationale Verfahrensvorschriften den vom Gerichtshof entwickelten Kriterien genügen, ist es daher wesentlich, den allgemeinen rechtlichen Kontext zu prüfen. Wie der Gerichtshof im Urteil Peterbroeck ausgeführt hat, ist „jeder Fall, in dem sich die Frage stellt, ob eine nationale Verfahrensvorschrift die Anwendung des Gemeinschaftsrechts unmöglich macht oder übermäßig erschwert, unter Berücksichtigung der Stellung dieser Vorschrift im gesamten Verfahren, des Verfahrensablaufs und der Besonderheiten des Verfahrens vor den verschiedenen nationalen Stellen zu prüfen" [19]. Der bloße Umstand, dass in einer gegebenen Rechtsordnung ein spezielles Klagerecht zur Geltendmachung eines Rechts aus dem Gemeinschaftsrecht nicht zur Verfügung steht, bedeutet nicht unbedingt, dass gegen den Grundsatz eines wirksamen Schutzes verstoßen wird.

37. Ein Beispiel für die Anwendung dieses Grundsatzes ist das Urteil Safalero [20]. In dieser Rechtssache ging es um eine Verwaltungsmaßnahme, mit der zur Beschlagnahme von an einen Einzelhändler verkauften Waren ermächtigt wurde, weil diese nicht mit dem nach nationalem Recht erforderlichen Zulassungszeichen versehen waren. Es war eindeutig, dass dieses Erfordernis des nationalen Rechts nicht mit Gemeinschaftsrecht vereinbar war. Der Importeur begehrte die Rückgabe der bei dem Einzelhändler beschlagnahmten Waren, doch entschied das nationale Gericht, dass er nicht zur Anfechtung der an den Einzelhändler gerichteten Entscheidung befugt sei. Der Gerichtshof entschied, dass das Interesse des Importeurs, nicht durch eine gemeinschaftsrechtswidrige Vorschrift des nationalen Rechts in seinen Geschäften behindert zu werden, hinlänglich geschützt sei, wenn er eine Gerichtsentscheidung erwirken könne, mit der die Unvereinbarkeit dieser Vorschrift mit dem Gemeinschaftsrecht festgestellt werde. In dem betreffenden Fall hatte der Importeur die Möglichkeit, die entsprechende Frage in einem Verfahren gegen die öffentliche Verwaltung aufzuwerfen, mit dem er die Rechtswidrigkeit einer deshalb gegen ihn verhängten Geldbuße geltend machte, weil die Waren nicht mit dem fraglichen Zulassungszeichen versehen waren. Der Gerichtshof kam zu dem Ergebnis, dass der Grundsatz des effektiven gerichtlichen Schutzes der Rechte, die die Gemeinschaftsrechtsordnung den Einzelnen verleihe, unter solchen Umständen einer nationalen Regelung, nach der ein Importeur keinen gerichtlichen Rechtsschutz gegen die Beschlagnahme an ein Einzelhandelsunternehmen verkaufter Waren beanspruchen könne, die von der öffentlichen Verwaltung gegen dieses betrieben werde, nicht entgegenstehe, sofern der Importeur über einen Rechtsweg verfüge, der die Wahrung der ihm durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechte gewährleiste.

17 — Urteil vom 15. Oktober 1987 in der Rechtssache 222/86 (Slg. 1987, 4097, Randnr. 14, Hervorhebung nur hier).

18 — Urteil vom 7. Mai 1991 in der Rechtssache C-340/89 (Slg. 1991, I-2357, Randnr. 22).

19 — Zitiert in Fußnote 14 (Randnr. 14).

20 — Urteil vom 11. September 2003 in der Rechtssache C-13/01 (Slg. 2003, I-8679).

38. Dieser Ansatz spiegelt den Umstand wider, dass der Grundsatz wirksamen Rechtsschutzes selbst Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes ist, der den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten zugrunde liegt. Dieser Grundsatz, das Recht auf ein faires Verfahren, ist in Artikel 6 Absatz 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention niedergelegt und nunmehr nach Artikel 6 Absatz 2 EU als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts anerkannt. Mit der Aufnahme des „Rechts auf ein Gericht", zu dem als ein Aspekt das nicht schrankenlos gewährte Recht auf Zugang gehört, verlangt Artikel 6 Absatz 1 EMRK implizit Zugang zum Zweck der Überprüfung im Kontext eines spezifischen Falles. Beschränkungen dieses Zugangs sind nur insoweit mit Artikel 6 Absatz 1 vereinbar, als sie den Wesensgehalt dieses Rechts nicht antasten, als sie ein legitimes Ziel verfolgen und als ein vernünftiges Verhältnis zwischen den eingesetzten Mitteln und dem verfolgten Ziel besteht [21].

39. Vor diesem Hintergrund wende ich mich dem speziellen Problem zu, das mit der ersten Frage des vorlegenden Gerichts aufgeworfen wird.

40. Im vorliegenden Fall ist erstens klar, dass die schwedischen Verfahrensvorschriften für die Feststellung der Unvereinbarkeit mit höherrangigem nationalem Recht nicht günstiger sind als die, die für die Feststellung der Unvereinbarkeit mit Gemeinschaftsrecht gelten; tatsächlich ist das Gegenteil der Fall [22].

41. Zweitens ergibt sich aus dem Vorlagebeschluss [23] auch, dass es einem Einzelnen in der Lage von Unibet in der Praxis nicht unmöglich ist, seine Rechte aus dem Gemeinschaftsrecht geltend zu machen.

42. Hier wäre hervorzuheben, dass der Gerichtshof die vom vorlegenden Gericht vorgenommene Analyse der nationalen Verfahrensvorschriften zu akzeptieren hat. Daher habe ich davon auszugehen, dass Unibet nach nationalem Verfahrensrecht keine Klage erheben kann, die allein auf die Feststellung der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des Förderungsverbots gerichtet ist, auch wenn Unibet versucht hat, diesen Standpunkt anzugreifen [24].

43. Das vorlegende Gericht erläutert ferner, dass Unibet nach nationalen Vorschriften zwar keine eigenständige Klage in Bezug auf

21 — Vgl. allgemein Golder gegen Vereinigtes Königreich (1979-1980) 1 EHRR 524, § 36, Klass u. a. gegen Deutschland (1994) 18 EHRR 305, § 49, Ashingdane gegen Vereinigtes Königreich (1985) 7 EHRR 528, §§ 57 und 58, sowie Lithgow u. a. gegen Vereinigtes Königreich (1986) 8 EHRR 329, § 194.

22 — Vgl. oben, Nr. 3.

23 — Einschränkungen ergeben sich aus Vorbringen in der mündlichen Verhandlung: vgl. unten, Nr. 46.

24 — Vgl. Urteile vom 5. Juni 1985 in der Rechtssache 116/84 (Roelstraete, Slg. 1985, 1705, Randnr. 10), vom 17. September 1998 in der Rechtssache C-412/96 (Kainuun Liikenne und Pohjolan Liikenne, Slg. 1998, I-5141, Randnr. 22) und vom 9. Februar 1999 in der Rechtssache C-343/96 (Dilexport, Slg. 1999, I-579, Randnr. 51).

die Rechtmäßigkeit der Anwendung des Förderungsverbots erheben könne, dass es aber drei andere Wege gebe, auf denen sie diese Frage vor einem Gericht aufwerfen könne. Erstens könne Unibet, wenn sie gegen das Förderungsverbot verstoße und eine schwedische Behörde gegen sie vorgehen sollte, die Vereinbarkeit dieses Verbotes mit dem Gemeinschaftsrecht durch die Gerichte prüfen lassen. Zweitens könne Unibet dieselbe Frage nach der Vereinbarkeit im Rahmen der Klage auf Schadensersatz, die gegenwärtig beim Tingsrätt anhängig sei, gerichtlich prüfen lassen. Drittens führt das vorlegende Gericht aus: „Auch die Möglichkeit, eine gerichtliche Überprüfung entsprechend den vorangehenden Ausführungen zu erreichen, muss in diesem Zusammenhang berücksichtigt werden", womit offensichtlich auf das Lotteriegesetz Bezug genommen wird.

44. Was die erste Möglichkeit anbelangt, so denke ich nicht, dass eine nationale Rechtsordnung dem Erfordernis eines wirksamen Schutzes der Rechte aus dem Gemeinschaftsrecht genügen würde, wenn der Einzelne diese Rechte vor einem innerstaatlichen Gericht nur auf dem Weg geltend machen könnte, dass er zunächst gegen nationales Recht verstößt. Der Einzelne darf nicht in eine Lage versetzt werden, in der er die Rechtmäßigkeit eines Gesetzes nur durch einen Verstoß gegen dieses klären kann. Insbesondere stimme ich dem von mehreren Regierungen vertretenen Standpunkt nicht zu, die vom Gemeinschaftsrecht vorgegebenen Einschränkungen für die Zulässigkeit direkter Klagen, dass nämlich ein Einzelner vor den Gemeinschaftsgerichten keine Klage auf Nichtigerklärung einer allgemein geltenden Gemeinschaftsmaßnahme erheben kann, selbst wenn er nach nationalem Recht erst gegen die Gemeinschaftsmaßnahmen verstoßen muss, bevor er die Frage ihrer Gültigkeit vor einem nationalen Gericht aufwerfen kann [25], könnten analog angewandt werden.

45. Dementsprechend kann ich dem vorlegenden Gericht nicht darin beipflichten, dass die Rechte von Unibet aus dem Gemeinschaftsrecht dadurch wirksam geschützt würden, dass Unibet, wenn sie gegen das Förderungsverbot verstoße und eine schwedische Behörde gegen sie vorgehe, dann die Vereinbarkeit dieses Verbotes mit dem Gemeinschaftsrecht gerichtlich überprüfen lassen könne.

46. Ich bin auch nicht überzeugt, dass die dritte von dem vorlegenden Gericht genannte Möglichkeit, nämlich die gerichtliche Überprüfung im Rahmen des Lotteriegesetzes, ein hinreichendes Mittel ist, mit dem Unibet ihre Rechte vor einem Gericht geltend machen könnte. Im Vorlagebeschluss wird nicht sehr genau dargelegt, welche gesetzlichen Ausnahmen von dem Förderungsverbot bestehen und wie sie geltend gemacht werden können. In der mündlichen Verhandlung hat die schwedische Regierung eingeräumt, dass diese Aus-

25 — Urteil vom 1. April 2004 in der Rechtssache C-263/02 P (Kommission/Jégo-Quéré, Slg. 2004, I-3425, Randnrn. 33 und 34).

nahmen nicht darauf ausgerichtet seien, Situationen wie die im Ausgangsverfahren zu regeln; und sie könne nicht sagen, ob in einer solchen Situation auf einen entsprechenden Antrag hin eine Ausnahme gewährt worden wäre. Überdies überzeugen mich die Angaben, die die schwedische Regierung auf das hartnäckige Nachfragen des Gerichtshofes hin gemacht hat, nicht davon, dass, wenn Unibet für sich die Gewährung einer Ausnahme beantragt hätte, dieser Antrag notwendigerweise zu einer gerichtlich überprüfbaren Verwaltungsentscheidung geführt hätte.

47. Damit bleibt die Frage, ob der Antrag auf Schadensersatz (Ziffer ii des ursprünglichen Antrags von Unibet) ein hinreichendes Mittel ist, mit dem Unibet ihren gemeinschaftsrechtlichen Anspruch vor schwedischen Gerichten klären kann. Dieser Antrag wurde in der Tat für zulässig erklärt. Er ist noch anhängig und bildet die Grundlage für den zweiten Antrag von Unibet auf vorläufigen Rechtsschutz.

48. Das vorlegende Gericht, Unibet und die schwedische Regierung stimmen offensichtlich darin überein, dass das mit diesem Antrag befasste Gericht das Vorbringen von Unibet, das Förderungsverbot sei gemeinschaftsrechtswidrig, prüfen müsse und, wenn es diesem Vorbringen folge, verpflichtet sei, das Verbot nach Kapitel 11 § 14 der Verfassung unangewendet zu lassen.

49. Unibet wendet ein, dass eine Klage auf Schadensersatz schwer zu führen sei, da die Quantifizierung eines wirtschaftlichen Verlustes unsicher und schwierig sei. In Anwendung des Grundsatzes der Verfahrensautonomie kommt es jedoch nicht darauf an, ob eine solche Klage schwer zu führen ist (das ist bei Schadensersatzansprüchen allgemein der Fall), sondern darauf, ob damit dennoch der doppelten Voraussetzung der Äquivalenz und der Effektivität Genüge getan ist. Meiner Meinung nach ist dies der Fall. Insbesondere kann ich auf der Grundlage der dem Gerichtshof in dieser Vorlagesache vorliegenden Angaben nicht gelten lassen, dass praktische Quantifizierungsprobleme ausreichen sollen, um einen Anspruch auf Schadensersatz „praktisch unmöglich [zu] machen oder übermäßig [zu] erschweren“ [26]. Wäre das grundsätzlich der Fall, so würde dies zudem die Rechtsprechung des Gerichtshofes grundlegend untergraben, wonach die Mitgliedstaaten zum Ersatz der Schäden verpflichtet sind, die dem Einzelnen durch Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen, die diesen Staaten zuzurechnen sind, und wonach diese Verpflichtung dem betroffenen Einzelnen wirksamen Rechtsschutz bietet [27].

50. Was ist von dem Argument von Unibet zu halten, dass, auch wenn sie mit ihrem Schadensersatzanspruch durchdringen sollte, die entsprechende Klage so ausgestaltet sei, dass das Ergebnis nur in dem unmittelbaren Fall verbindlich wäre — es würde weder erga omnes wirken noch Unibet in der Zukunft nützen, so dass sie verpflichtet wäre, ständig neue Klagen zu erheben?

26 — Urteil Peterbroeck (zitiert in Fußnote 14, Randnr. 12).

27 — Urteil vom 19. November 1991 in den Rechtssachen C-6/90 und C-9/90 (Francovich u. a., Slg. 1991, I-5357, Randnr. 37). Im Urteil vom 14. Juli 1994 in der Rechtssache C-91/92 (Faccini Dori, Slg. 1994, I-3325) hat es der Gerichtshof abgelehnt, die unmittelbare Wirkung von Richtlinien auf „horizontale“ Beziehungen auszudehnen; stattdessen hat er ausgeführt, dass ein wirksamer Schutz durch den Grundsatz der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung unter zusätzlicher Absicherung durch die Verfügbarkeit eines Schadensersatzanspruchs gewährleistet werden könne (vgl. Randnr. 27).

51. Es ist nicht meine Aufgabe, über die genauen Wirkungen zu spekulieren, die eine bestimmte Entscheidung eines bestimmten Gerichts im schwedischen Recht hat — diese Frage fällt in den Kenntnis- und Zuständigkeitsbereich des nationalen Gerichts. In der mündlichen Verhandlung hat die schwedische Regierung geltend gemacht, dass eine Entscheidung eines nationalen Gerichts dahin gehend, dass das Förderungsverbot gegen eine höherrangige Vorschrift des Gemeinschaftsrechts verstoße, unabhängig von ihrer Rechtswirkung unweigerlich von der Regierung genau geprüft werde und aller Wahrscheinlichkeit nach zu einer Gesetzesänderung führe. Unabhängig davon, ob dies zutrifft, dürfte Unibet, wenn über ihren Schadensersatzanspruch einmal zu ihren Gunsten entschieden werden sollte, aber keine Gesetzesänderung folgte, so dass sie eine zweite (oder dritte) Schadensersatzklage erheben müsste, unter dem Aspekt des Gemeinschaftsrechts gute Gründe für die Behauptung haben, dass Schweden seine gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen in schwerwiegender und offensichtlicher Weise missachtet und dass sie ohne weitere Umstände weiteren Schadensersatz beanspruchen kann. Ich denke, dass Unibet unter solchen Umständen im Zusammenhang mit der entsprechenden Klage auch einen Anspruch auf vorläufigen Rechtsschutz zur Gewährleistung eines effektiven Schutzes ihrer Rechte aus dem Gemeinschaftsrecht haben könnte [28].

52. Auf dieser Grundlage meine ich, dass der Umstand, dass Unibet eine Schadensersatzklage erheben kann, in deren Rahmen ihr Vorbringen, das Förderungsverbot sei mit Gemeinschaftsrecht unvereinbar, notwendigerweise geprüft werden *wird*, bedeutet, dass ihre Rechte aus dem Gemeinschaftsrecht angemessen geschützt sind, selbst wenn sie nach nationalem Verfahrensrecht keine eigenständige Klage auf Feststellung der Unvereinbarkeit erheben kann.

53. Ich bin nicht überzeugt, dass das Urteil Muñoz und Superior Fruiticola [29], auf das sich Unibet stützt, zu einem anderen Schluss führt. In dieser Rechtssache hat der Gerichtshof entschieden, dass die Kläger, Obsthändler, das Recht hätten, das durch unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht [30] aufgestellte Gebot, kein Obst zum Verkauf anzubieten, das nicht festgelegten Qualitätsnormen entspricht, im Wege eines Zivilverfahrens gegen einen Wettbewerber durchzusetzen. Allerdings hätten die Kläger ohne ein solches Klagerecht *keine Möglichkeit* gehabt, dieses Recht geltend zu machen [31]. In der vorliegenden Rechtssache ist dies, wie oben ausgeführt, nicht der Fall.

54. Ebenso wenig überzeugt mich das Argument von Unibet, das nationale Gericht

28 — Vgl. unten, Nr. 85.

29 — Zitiert in Fußnote 8.

30 — Verordnung (EWG) Nr. 1035/72 des Rates vom 18. Mai 1972 (ABl. L 118, S. 1) und Verordnung (EG) Nr. 2200/96 des Rates vom 28. Oktober 1996 über die gemeinsame Marktorganisation für Obst und Gemüse (ABl. L 297, S. 1).

31 — Das Urteil ist zwar wenig ausführlich, doch kann aus dem vom Gerichtshof beschriebenen Sachverhalt geschlossen werden, dass die Kausalität für eine Schadensersatzklage zu entfernt gewesen wäre.

müsse kraft seiner Verpflichtung zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung nationalen Rechts das dort vorgesehene Recht, eine Feststellungsklage [32] zu erheben, auf Kläger wie sie ausdehnen.

55. Unibet bezieht sich auf das Urteil Marleasing [33], um dieses Vorbringen zu untermauern. In der entsprechenden Rechtssache hat der Gerichtshof ausgeführt, dass „ein nationales Gericht, soweit es bei der Anwendung des nationalen Rechts ... dieses Recht auszulegen hat, seine Auslegung *so weit wie möglich* am Wortlaut und Zweck [des Gemeinschaftsrechts] ausrichten muss" [34]. Diese Einschränkung ist meiner Ansicht nach wesentlich [35]. Der Gerichtshof verlangt von nationalen Gerichten nicht, eine künstliche oder überzogene Auslegung nationalen Rechts vorzugeben. Die genannte Verpflichtung gilt, wie der Gerichtshof im Urteil Murphy [36] ausgeführt hat, für das nationale Gericht „unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihm das nationale Recht einräumt". Es ist eindeutig, dass der Gerichtshof in Betracht zieht, dass es in einigen Fällen unmöglich sein kann, das vom anwendbaren Gemeinschaftsrecht vorgegebene Ergebnis durch Auslegung zu erreichen [37]. Im vorliegenden Fall wendet sich die schwedische Regierung ausdrücklich und mit Nachdruck dagegen, dass im nationalen Recht ein Spielraum für die von Unibet vertretene Auslegung bestehe. Dieses Verständnis steht im Einklang mit dem Standpunkt des vorlegenden Gerichts [38], das im Vorlagebeschluss auch verschiedene Fundstellen im Schrifttum zitiert.

56. Im Licht aller vorstehenden Erwägungen bin ich daher der Auffassung, dass die erste Vorlagefrage verneint werden sollte. Dabei gehe ich von der doppelten Prämisse aus, dass das nationale Gericht, wenn es die Vorfrage der Vereinbarkeit des Förderungsverbots mit Gemeinschaftsrecht zugunsten von Unibet entscheidet, Unibet in irgendeiner Form tatsächlichen Rechtsschutz gewähren *wird* und dass dieser Rechtsschutz effektiv sein *wird* [39]. Das Material, das dem Gerichtshof im Zusammenhang mit diesem Vorabentscheidungsersuchen vorgelegt wurde, deutet darauf hin, dass dies voraussichtlich der Fall sein wird, doch stehen beide Umstände nicht völlig außer Zweifel. Ich betone, dass dann, wenn der Weg über Schadensersatz tatsächlich *keinen* Schutz bietet, der es Unibet in praktischer Hinsicht ermöglicht, irgendwelche Rechte aus dem Gemeinschaftsrecht durchzusetzen, sowie sie von dem nationalen Gericht anerkannt worden sind, zwingend ein neuer Rechtsbehelf geschaffen werden muss, wenn Schweden seine Verpflichtungen aus dem Gemeinschaftsrecht beachten soll [40].

32 — D. h. die in Kapitel 13 § 2 der Zivilprozessordnung geregelte Klage, vgl. oben, Nrn. 4 und 13.

33 — Zitiert in Fußnote 9.

34 — Randnr. 8 (Hervorhebung nur hier). Das Urteil Marleasing betraf zwar die Verpflichtung zur Auslegung nationaler Rechtsvorschriften im Licht einer Richtlinie, doch hat der Gerichtshof denselben Grundsatz in Bezug auf Vertragsbestimmungen angewandt: vgl. Urteil vom 4. Februar 1988 in der Rechtssache 157/86 (Murphy, Slg. 1988, 673).

35 — Die Einschränkung wurde zwar nicht in den Tenor des Urteils aufgenommen, doch entspricht es gefestigter Rechtsprechung, dass der Tenor eines Urteils im Licht der Entscheidungsgründe zu lesen ist (vgl. Urteil vom 16. März 1978 in der Rechtssache 135/77, Bosch, Slg. 1978, 855, Randnr. 4). Jedenfalls findet diese Einschränkung Ausdruck im Tenor mehrerer späterer Urteile: vgl. Urteile Faccini Dori (zitiert in Fußnote 27), vom 27. Juni 2000 in den Rechtssachen C-240/98 bis C-244/98 (Océano Grupo Editorial und Salvat Editores, Slg. 2000, I-4941) und vom 5. Oktober 2004 in den verbundenen Rechtssachen C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer u. a., Slg. 2004, I-8835).

36 — Zitiert in Fußnote 34.

37 — Vgl. etwa Urteile vom 16. Dezember 1993 in der Rechtssache C-334/92 (Wagner Miret, Slg. 1993, I-6911, Randnr. 22 und Tenor 2 Buchstabe b), Faccini Dori (zitiert in Fußnote 27, Randnr. 27), und vom 22. Mai 2003 in der Rechtssache C-462/99 (Connect Austria, Slg. 2003, I-5197, Tenor 1).

38 — Und dem der beiden Untergerichte.

39 — Vgl. oben, Nr. 51.

40 — Vgl. Urteil Factortame I.

57. Schließlich ist zu bemerken, dass mit dieser Frage, so wie sie gestellt wurde, gefragt wird, ob das gemeinschaftsrechtliche Erfordernis, dass nationale Verfahrensvorschriften für die sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergebenden Rechte des Einzelnen effektiven Rechtsschutz gewähren müssen, bedeutet, dass eine Klage auf Feststellung, dass bestimmte nationale Vorschriften des materiellen Rechts gegen Artikel 49 EG verstoßen, zulässig sein muss, wenn die Vereinbarkeit der materiellen Rechtsvorschriften mit diesem Artikel andernfalls nur als Vorfrage z. B. im Rahmen einer Schadensersatzklage, *eines Verfahrens wegen Verstoßes gegen die nationale materielle Rechtsvorschrift oder eines Verfahrens der gerichtlichen Überprüfung* geprüft werden kann [41].

58. Oben habe ich dargelegt, dass eine nationale Rechtsordnung meiner Ansicht nach den Erfordernissen eines wirksamen Schutzes der sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergebenden Rechte nicht genügen würde, wenn der Einzelne diese Rechte vor einem innerstaatlichen Gericht nur auf dem Weg geltend machen könnte, dass er zunächst gegen nationales Recht verstößt.

59. Auch scheint mir nach den dem Gerichtshof übermittelten Informationen nicht gesichert, dass unter den Umständen des vorliegenden Falles ein Verfahren auf gerichtliche Überprüfung angestrengt werden könnte.

60. Daher würde ich bei der Beantwortung der ersten Frage eine von dieser abweichende Formulierung wählen. Auf dieser Grundlage meine ich, dass sie dahin gehend beantwortet werden sollte, dass das Gemeinschaftsrecht nicht verlangt, dass eine gesonderte Klage auf Feststellung, dass bestimmte nationale Vorschriften des materiellen Rechts gegen Artikel 49 EG verstoßen, zulässig sein muss, wenn gezeigt werden kann, dass diese Frage als Vorfrage im Rahmen einer Schadensersatzklage unter Voraussetzungen geprüft werden wird, die nicht weniger günstig sind als die, die bei entsprechenden Klagen gelten, die nur innerstaatliches Recht betreffen, und die die Ausübung der durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren.

Zur zweiten Frage

61. Mit seiner zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob das gemeinschaftsrechtliche Erfordernis effektiven Rechtsschutzes bedeutet, dass die nationale Rechtsordnung einen vorläufigen Rechtsschutz ermöglichen muss, durch den nationale Vorschriften, die der Ausübung eines angeblich aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechts entgegenstehen, gegenüber dem Einzelnen außer Anwendung bleiben können, damit dieser das Recht ausüben kann, bis ein nationales Gericht über das Bestehen dieses Rechts abschließend entschieden hat.

41 — Hervorhebung nur hier.

62. Unibet ist der Ansicht, dass diese Frage zu bejahen sei. Das Gemeinschaftsrecht verleihe ihr das absolute Recht auf eine Prüfung ihres Antrags auf einstweilige Anordnungen durch ein nationales Gericht, da es Sache der nationalen Gerichte sei, den Einzelnen ein wirksames Klagerecht zuzusprechen, wenn ihre Rechte aus dem Gemeinschaftsrecht verletzt würden. Der Gerichtshof habe in den Urteilen Factortame I [42] und Zuckerfabrik [43] entschieden, dass der Grundsatz des effektiven gerichtlichen Schutzes von aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechten einen Anspruch auf vorläufigen Rechtsschutz begründe.

63. Die Regierungen, die Erklärungen eingereicht haben, und die Kommission stehen im Wesentlichen auf dem Standpunkt, dass die zweite Frage verneint werden sollte. Alle räumen ein, dass sich aus dem Urteil Factortame I ergebe, dass eine Verpflichtung zur Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes bestehen könne, meinen aber, dass daraus nicht unbedingt folge, dass die zweite Frage zu bejahen sei. Ich stimme dem zu. Das Gemeinschaftsrecht gewährt dem Antragsteller kein absolutes, von den Umständen unabhängiges Recht auf Prüfung seines Antrags auf vorläufigen Rechtsschutz durch ein nationales Gericht.

64. Auszugehen ist natürlich vom Urteil Factortame I. In dieser Rechtssache begehrten die Kläger erstens die Feststellung, dass bestimmte Vorschriften eines nationalen Gesetzes gegen den EG-Vertrag verstießen, zweitens Schadensersatz und drittens vorläufigen Rechtsschutz bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung. Es war unstreitig, dass nationale Gerichte grundsätzlich befugt seien, die beantragte Feststellung zu treffen; eine Vorabentscheidung wurde aber zu der Frage begehrt, ob die fraglichen Vorschriften tatsächlich gegen den EG-Vertrag verstießen [44]. Was den vorläufigen Rechtsschutz betraf, so waren die nationalen Gerichte dagegen nach nationalem Recht nicht befugt, den Vollzug eines Gesetzes vorläufig auszusetzen. Gesondert wurde daher die Frage vorgelegt, ob das Gemeinschaftsrecht verlangt, dass das nationale Gericht die Möglichkeit haben muss, derartigen Rechtsschutz zu gewähren, wenn es angebracht ist.

65. Der Gerichtshof führte aus, dass die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts abgeschwächt würde, wenn ein mit einem nach Gemeinschaftsrecht zu beurteilenden Rechtsstreit befasstes Gericht durch eine Vorschrift des nationalen Rechts daran gehindert werden könnte, einstweilige Anordnungen zu erlassen, um die volle Wirksamkeit der späteren Gerichtsentscheidung über das Bestehen der aus dem Gemeinschaftsrecht hergeleiteten Rechte sicherzustellen. Ein Gericht, das unter diesen Umständen einstweilige Anordnungen erlassen *würde*,

42 — Zitiert in Fußnote 7.

43 — Urteil vom 21. Februar 1991 in den Rechtssachen C-143/88 und C-92/89 (Zuckerfabrik Süderdithmarschen und Zuckerfabrik Soest, Slg. 1991, I-415).

44 — Im Urteil vom 25. Juli 1991 in der Rechtssache C-221/89 (Factortame, Slg. 1991, I-3905, im Folgenden: Factortame II) entschied der Gerichtshof, dass einige der Vorschriften des materiellen Rechts gegen Artikel 52 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 43 EG) verstießen.

wenn dem nicht eine Vorschrift des nationalen Rechts entgegenstünde, dürfe diese Vorschrift somit nicht anwenden. Dementsprechend entschied der Gerichtshof, dass ein nationales Gericht, das in einem bei ihm anhängigen, das Gemeinschaftsrecht betreffenden Rechtsstreit zu der Auffassung gelange, dem Erlass einstweiliger Anordnungen stehe nur eine Vorschrift des nationalen Rechts entgegen, diese Vorschrift nicht anwenden dürfe.

66. Anders als in der Rechtssache Factortame I, die nationales Recht betraf, dessen Unvereinbarkeit mit durch den Vertrag gewährten Rechten behauptet wurde, stand in der Rechtssache Zuckerfabrik [45] eine nationale Maßnahme in Rede, die auf einer Gemeinschaftsverordnung [46] beruhte, deren Gültigkeit vor einem nationalen Gericht in Frage gestellt wurde. Dieses Gericht fragte, ob Absatz 2 der Vorschrift, die jetzt Artikel 249 EG ist, wonach die Verordnung allgemeine Geltung hat, in allen ihren Teilen verbindlich ist und unmittelbar in jedem Mitgliedstaat gilt, den nationalen Gerichten die Befugnis versagt, die Vollziehung eines auf einer Gemeinschaftsverordnung beruhenden nationalen Verwaltungsakts auszusetzen.

67. Der Gerichtshof nahm auf das Urteil Factortame I Bezug und führte aus, dass der vorläufige Rechtsschutz, den das Gemeinschaftsrecht den Bürgern vor den nationalen Gerichten sichere, unabhängig davon derselbe sein müsse, ob sie die Vereinbarkeit nationalen Rechts mit dem Gemeinschaftsrecht oder die Gültigkeit abgeleiteten Gemeinschaftsrechts rügten, da diese Rüge in beiden Fällen auf das Gemeinschaftsrecht selbst gestützt sei. Folglich versage Artikel 249 EG den nationalen Gerichten nicht die Befugnis, die Vollziehung eines auf einer Gemeinschaftsverordnung beruhenden nationalen Verwaltungsakts auszusetzen.

68. Somit können zwei Situationen unterschieden werden. Erstens die, die in der Rechtssache Zuckerfabrik vorlag, dass eine Gemeinschaftsmaßnahme angefochten wird und der Kläger die vorläufige Aussetzung der Vollziehung der nationalen Maßnahme zu ihrer Umsetzung begehrt. Zweitens die, die in der Rechtssache Factortame I vorlag, dass eine nationale Rechtsnorm mit der Begründung angefochten wird, sie verstoße gegen Gemeinschaftsrecht, und der Kläger die vorläufige Aussetzung des Vollzugs dieser Norm begehrt. Der vorliegende Fall gehört eindeutig zur letztgenannten Kategorie.

69. Unibet hat, wie die Kommission bemerkt, zwei Anträge auf vorläufige Anordnungen gestellt: den ersten in Zusammenhang mit ihrem Antrag in der Hauptsache auf Feststellung, dass sie berechtigt ist, ihre Dienste zu vermarkten, ohne durch das Förderungsverbot beeinträchtigt zu werden, und den zweiten in Zusammenhang mit ihrem Antrag auf Schadensersatz wegen Verletzung des Gemeinschaftsrechts.

70. Im Hinblick auf den ersten Antrag ergibt sich aus dem Vorlagebeschluss, dass das

45 — Zitiert in Fußnote 43.

46 — Verordnung (EWG) Nr. 1914/87 des Rates vom 2. Juli 1987 zur Einführung einer besonderen Tilgungsabgabe für Zucker im Wirtschaftsjahr 1986/87 (ABl. L 183, S. 5).

nationale Gericht insbesondere wissen möchte, ob das Gemeinschaftsrecht verlangt, dass ein nationales Gericht die Anwendung des Förderungsverbots vorläufig aussetzen muss, wenn mit dem Antrag in der Hauptsache die Feststellung der Unvereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht beantragt wird, was nach nationalem Recht unzulässig ist.

71. Da das Gemeinschaftsrecht unter den Umständen der vorliegenden Rechtssache meiner Ansicht nach nicht verlangt, dass eine solche (gesonderte) Klage in der Hauptsache zulässig ist, verlangt es meiner Ansicht nach eindeutig auch nicht, dass in diesem Zusammenhang vorläufiger Rechtsschutz zu erlangen sein muss. Diese Ansicht wird von der belgischen, der finnischen, der deutschen, der griechischen und der schwedischen Regierung sowie der Kommission geteilt.

72. Dieser Schluss ergibt sich meiner Meinung nach unmittelbar aus der Natur des vorläufigen Rechtsschutzes. Er kommt auch in der Rechtsprechung des Gerichtshofes zum Ausdruck. In der Rechtssache Factortame I, die wie die vorliegende Rechtssache einen Antrag auf vorläufige Aussetzung des Vollzugs nationaler Rechtsvorschriften betraf, hat der Gerichtshof Folgendes ausgeführt: „Die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts würde ... abgeschwächt, wenn ein *mit einem* nach Gemeinschaftsrecht zu beurteilenden *Rechtsstreit befasstes Gericht* durch eine Vorschrift des nationalen Rechts daran gehindert werden könnte, einstweilige Anordnungen zu erlassen“ [47], „um die volle Wirksamkeit der späteren Gerichtsentscheidung über das Bestehen der aus dem Gemeinschaftsrecht hergeleiteten Rechte sicherzustellen“ [48]. Ich denke nicht, dass ein Gericht als „mit einem Rechtsstreit befasst“ angesehen werden kann, wenn in der Hauptsache eine Klageform gewählt wird, die weder im nationalen Recht anerkannt ist noch vom Gemeinschaftsrecht verlangt wird.

73. Für den zweiten Antrag gilt das Gegenteil. Der Antrag auf Schadensersatz wegen Verletzung des Gemeinschaftsrechts (in dessen Rahmen die Vereinbarkeit des Förderungsverbots mit dem Gemeinschaftsrecht geprüft werden wird) ist nach nationalem Recht zulässig.

74. Es ist eindeutig, dass das mit diesem Antrag befasste nationale Gericht unter diesen Umständen *in der Lage* sein muss, vorläufigen Rechtsschutz zu gewähren.

75. Das bedeutet allerdings nicht, dass ein nationales Gericht, das mit einem bestimmten Antrag befasst ist, zwingend befugt sein muss (und noch weniger *verpflichtet* ist), alle denkbaren Formen vorläufigen Rechtsschutzes zu gewähren. Aus der vom Gerichtshof gewählten Formulierung folgt vielmehr, dass der Rechtsschutz, den ein nationales Gericht gewähren können muss, geeignet sein muss, die volle Wirksamkeit des begehrten Endurteils sicherzustellen.

47 — Randnr. 21 (Hervorhebung nur hier). Der Tenor spricht ebenfalls von der Verpflichtung für „ein nationales Gericht, das in *einem bei ihm anhängigen, das Gemeinschaftsrecht betreffenden Rechtsstreit* zu der Auffassung gelangt, dem Erlass einstweiliger Anordnungen stehe nur eine Vorschrift des nationalen Rechts entgegen“ (Hervorhebung nur hier). Eine Rechtssache ist nur dann bei einem Gericht „anhängig“, wenn sie, das ist Voraussetzung, zulässig ist. Dieser Ansatz wird auch durch die französische Fassung des Urteils bestätigt, die Bezug nimmt auf „le juge saisi d'un litige“ (Randnr. 21) und „la juridiction nationale ... saisie d'un litige“ (Tenor).

48 — Urteil Factortame I (Randnr. 21).

76. Unibet hat in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, dass die vorliegende Rechtssache ein „schwedisches Factortame I" sei und dass die grundlegende Frage identisch sei. Meiner Meinung nach besteht zwischen beiden Rechtssachen aber ein entscheidender Unterschied. Auch wenn die Kläger in der Rechtssache Factortame I ebenso wie in der vorliegenden Rechtssache Schadensersatz und die vorläufige Aussetzung des Vollzugs der angefochtenen nationalen Rechtsvorschriften begehrten, war ihr Antrag *in der Hauptsache* auf die Feststellung gerichtet, dass die betreffenden Rechtsvorschriften unangewendet zu bleiben haben [49]. Nach nationalem Recht war dieser Antrag zulässig [50]. Der Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz stand somit in direktem Zusammenhang mit dem in der Hauptsache begehrten Rechtsschutz. Das nationale Gericht führte außerdem aus, dass das Vorbringen der Antragsteller, dass sie irreparabel geschädigt würden, wenn der begehrte vorläufige Rechtsschutz nicht gewährt werde, und dass sie in der Hauptsache Erfolg haben würden, gut begründet sei [51].

77. In der vorliegenden Rechtssache betrifft die zweite Frage dagegen im Wesentlichen Unibets Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz im Zusammenhang mit ihrem Antrag auf vom Staat zu leistenden *Schadensersatz* zum Ausgleich der Auswirkungen des Förderungsverbots (Ziffer ii ihrer Klage). Es ist nicht klar, wie einem Endurteil, mit dem Schadensersatz zugesprochen würde, durch den von Unibet begehrten vorläufigen Rechtsschutz, nämlich eine Anordnung, volle Wirksamkeit verliehen würde, mit der ihr das Recht zugesprochen würde, bis zum Endurteil ungeachtet des Förderungsverbots und der Sanktionen für seine Nichtbeachtung bestimmte Marketingmaßnahmen zu ergreifen. Der Antrag auf einstweilige Anordnungen entspricht daher nicht dem Antrag in der Hauptsache. Ich denke nicht, dass das Gemeinschaftsrecht verlangt, dass in solchen Fällen einstweilige Anordnungen erlassen werden.

78. Überdies „erfordert" die volle Wirksamkeit des Endurteils über den *Schadensersatz*anspruch hier keine Absicherung. Wenn der Oberste Gerichtshof in diesem Urteil feststellt, dass die Unibet durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechte verletzt wurden, so dass der schwedische Staat Schadensersatz zu zahlen hat, so kann man davon ausgehen, dass der schwedische Staat diesem Urteil nachkommen wird.

79. Unibet trägt vor, dass der Einzelne, wenn die Vereinbarkeit von nationalen Rechtsvorschriften mit dem Gemeinschaftsrecht in Frage stehe, entsprechend dem Urteil ABNA [52] Zugang zu demselben vorläufigen Rechtsschutz haben müsse wie in dem Fall, dass die Gültigkeit eines Gemeinschaftsrechtsakts angefochten werde. Da die Einzelnen ein Recht auf vorläufigen Rechtsschutz hätten, wenn die Rechtmäßigkeit einer Maßnahme der Gemeinschaft über Artikel 234 EG in Frage gestellt werde,

49 — Vgl. Randnr. 7 des Sitzungsberichts und Randnr. 10 des Urteils.

50 — Vgl. Randnr. 23 des Sitzungsberichts. Nach englischem Verwaltungsrecht ist die Erhebung einer Feststellungsklage als Klage in der Hauptsache zulässig, nach schwedischem Verwaltungsrecht nicht.

51 — Ebenda, Randnr. 10.

52 — Urteil vom 6. Dezember 2005 in den Rechtssachen C-453/03, C-11/04, C-12/04 und C-194/04 (Slg. 2005, I-10423).

müsse derselbe gerichtliche Rechtsschutz gewährleistet werden, wenn nationale Maßnahmen mit der Begründung angefochten würden, dass sie gegen Gemeinschaftsrecht verstießen.

80. Tatsächlich leitet sich dies aus dem Urteil Zuckerfabrik [53] her. In dieser Rechtssache war das nationale Gericht mit einem Antrag auf Nichtigerklärung der nationalen Maßnahme befasst, mit der die Gemeinschaftsverordnung, deren Gültigkeit in Frage gestellt wurde, umgesetzt wurde. Es gibt keinen Hinweis darauf, dass es irgendein Problem in Bezug auf die Zulässigkeit dieses Antrags gab. Der vorläufige Rechtsschutz war demnach in vollem Umfang angemessen, um die Wirkung des Endurteils sicherzustellen. Ich denke, wie gesagt, nicht, dass sich dasselbe dann sagen lässt, wenn in der Hauptsache — wie in der vorliegenden Rechtssache — ein Urteil auf Schadensersatz begehrt wird.

81. Schließlich trägt Unibet vor, dass sich aus dem Beschluss Antonissen [54] klar ergebe, dass der durch das Gemeinschaftsrecht gewährte Rechtsschutz darauf abziele, einen fortdauernden Verstoß, der einen Einzelnen schädige, abzustellen. Das mit einem Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz befasste Gericht verfüge über ein weites Ermessen hinsichtlich der Prüfung des Antrags und der zur Gewährleistung des Rechts des Einzelnen auf gerichtlichen Rechtsschutz zu treffenden Maßnahmen. Aus dem Urteil Factortame I und dem Beschluss Antonissen ergebe sich somit, dass ein Einzelner, der eine fortdauernde Schädigung erleide, immer ein Recht auf vorläufigen Rechtsschutz habe; und der mit dem entsprechenden Antrag befasste Richter verfüge über ein weites Ermessen hinsichtlich der Voraussetzungen und der Art dieses Rechtsschutzes. Im vorliegenden Fall wäre eine einstweilige Anordnung, mit der dem schwedischen Staat die Anwendung des Förderungsverbots auf Unibet verboten würde, die wirksamste Abhilfe.

82. Es stimmt, dass der Beschluss Antonissen einen Antrag auf Schadensersatz betraf. In dieser Rechtssache wurde im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes die Zahlung eines Vorschusses auf den in der Hauptsache beanspruchten Schadensersatz beantragt. Die vorläufig beantragten Maßnahmen entsprachen somit einem Teil der in der Hauptsache beantragten Maßnahmen [55]. Es stimmt auch, dass der Gerichtshof zu dem Ergebnis gelangte, dass der mit dem Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz befasste Richter bei der Beurteilung der Voraussetzungen für die Gewährung solchen Rechtsschutzes über ein weites Ermessen verfüge.

83. Was der Gerichtshof im Beschluss Antonissen tatsächlich entschieden hat, ist Folgendes: „Wenn der Erlass einer ... Maßnah-

53 — Zitiert in Fußnote 43.

54 — Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofes vom 29. Januar 1997 in der Rechtssache C-393/96 P(R) (Antonissen/Rat und Kommission, Slg. 1997, I-441).

55 — Vgl. Randnr. 7 des Beschlusses. Ein Antrag auf vorläufige Zahlungen in Verbindung mit einer Schadensersatzklage wirft eigene Probleme auf, um die es hier nicht geht.

me [des vorläufigen Rechtsschutzes] unabhängig von den Umständen des Einzelfalls völlig ausgeschlossen wäre, so würde dies ... gegen den Anspruch auf umfassenden und effektiven gerichtlichen Rechtsschutz verstoßen, den der Einzelne nach dem Gemeinschaftsrecht hat und der u. a. verlangt, dass dem Einzelnen vorläufiger Schutz gewährt werden kann, wenn dies für die volle Wirksamkeit der künftigen Endentscheidung erforderlich ist. ... Es kann daher nicht von vornherein in genereller und abstrakter Weise ausgeschlossen werden, dass eine vorläufige Zahlung ... erforderlich ist und gegebenenfalls angesichts der widerstreitenden Interessen gerechtfertigt erscheint." [56]

84. Im Beschluss Antonissen wurde somit die rechtsfehlerhafte Beurteilung, bei einer Schadensersatzklage sei die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes absolut verboten, korrigiert. Der Beschluss des Gerichtshofes stellt jedoch klar, dass die Gewährung derartigen vorläufigen Rechtsschutzes außergewöhnlich und vor allem in das Ermessen des Gerichts gestellt ist. Mit der zweiten Frage in der vorliegenden Rechtssache wird im Wesentlichen gefragt, ob die nationale Rechtsordnung die vorläufige Aussetzung des Vollzugs von nationalen Rechtsvorschriften vorsehen *muss*, wenn in der Hauptsache Schadensersatz beantragt wird. Ich finde im Beschluss Antonissen keinen Hinweis zur Beantwortung dieser Frage — und wenn überhaupt, dann eher für den gegenteiligen Schluss.

85. Im Interesse der Vollständigkeit sei allerdings ergänzt, dass dann, wenn Unibet mit ihrer vorliegenden Schadensersatzklage obsiegen sollte, sich dann aber gezwungen sähe, eine weitere Klage zu erheben, und ihre Rechte aus dem Gemeinschaftsrecht durchzusetzen, vorläufiger Rechtsschutz in der Tat erforderlich sein könnte, um ihr effektiven Schutz zu gewähren [57]. In diesem (außergewöhnlichen) Kontext würde ein solcher vorläufiger Rechtsschutz, denke ich, zwingend in der Aussetzung des Vollzugs der relevanten Vorschriften eines nationalen Gesetzes bestehen, die bereits (so die Voraussetzung) für mit einem durch das unmittelbar anwendbare Gemeinschaftsrecht verliehenen Recht unvereinbar erklärt wurden [58].

86. Dementsprechend sollte die zweite Frage meiner Meinung nach dahin beantwortet werden, dass erstens das Gemeinschaftsrecht einen Mitgliedstaat nicht verpflichtet, die vorläufige Aussetzung oder Nichtanwendung nationaler Normen vorzusehen, die der Ausübung eines angeblich aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechts entgegenstehen, wenn der Antrag des Klägers in der Hauptsache nach nationalem Recht unzulässig ist. Zweitens verlangt das Gemeinschaftsrecht, wenn der Antrag in der Hauptsache zulässig ist, aber auf einen Ausgleich über Schadensersatz für den aufgrund dieser nationalen Normen erlittenen Schaden gerichtet ist, dass das nationale Gericht nach seinem Ermessen solchen vorläufigen Rechtsschutz gewähren kann, wenn es angebracht ist.

56 — Randnrn. 36 und 37. In den Randnrn. 38 bis 43 nahm der Gerichtshof eine genaue Prüfung der Parameter vor, in deren Rahmen der mit dem Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz befasste Richter sein weites Ermessen auszuüben hat.

57 — Vgl. oben, Nr. 51.

58 — Vgl. oben, Nr. 6.

Zur dritten und zur vierten Frage

87. Die dritte Frage stellt sich nur in dem Fall, dass die zweite Frage dahin beantwortet wird, dass die Mitgliedstaaten die vorläufige Aussetzung oder Nichtanwendung nationaler Normen vorsehen müssen, die der Ausübung eines angeblich aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechts entgegenstehen. Das nationale Gericht möchte damit wissen, ob sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergibt, dass ein nationales Gericht, wenn die Vereinbarkeit nationaler Rechtsvorschriften mit dem Gemeinschaftsrecht in Frage gestellt wird, bei seiner inhaltlichen Prüfung eines Antrags auf vorläufigen Schutz von durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechten nationale oder gemeinschaftsrechtliche Kriterien anwenden muss. Mit seiner vierten Frage, die sich nur dann stellt, wenn die Antwort auf die dritte Frage lautet, dass gemeinschaftsrechtliche Kriterien anzuwenden sind, möchte es wissen, um welche Kriterien es sich dabei handelt.

88. Auch wenn die von mir für die zweite Frage vorgeschlagene Antwort impliziert, dass sich die dritte und die vierte Frage nicht mehr stellen, werde ich diese Fragen dennoch kurz behandeln.

89. Unibet und die portugiesische Regierung tragen vor, dass gemeinschaftsrechtliche Kriterien Anwendung fänden. Unibet hält es für äußerst wichtig, dass vorläufiger Rechtsschutz in der Gemeinschaft so weit wie möglich in einheitlicher Form erhältlich ist. Daher habe der Gerichtshof die erforderlichen grundlegenden Voraussetzungen aufzustellen. Nach Ansicht von Unibet sind als angemessene Kriterien zugrunde zu legen, dass ernsthafte Zweifel an der Vereinbarkeit einer nationalen Maßnahme mit dem Gemeinschaftsrecht bestünden und dass der Antragsteller dadurch einen Schaden erleide. Die gemeinschaftsrechtliche Voraussetzung, der Schaden müsse „irreparabel" sein, sei unklar; solle sie Anwendung finden, müsse der Gerichtshof sie klarer fassen. Die portugiesische Regierung beruft sich auf die Urteile Zuckerfabrik und Atlanta [59] und trägt vor, dass die Einheitlichkeit der Auslegung und der Anwendung, die eine Grundlage des Gemeinschaftsrechts sei, dafür spreche, dass für einstweilige Anordnungen die Kriterien gelten sollten, nach denen sich die Gemeinschaftsgerichtsbarkeit richte, also fumus boni iuris, Dringlichkeit, Interessenabwägung sowie Verbindung zwischen dem begehrten Rechtsschutz und dem in der Hauptsache verfolgten Ziel [60].

90. Die österreichische, die tschechische, die finnische, die deutsche, die italienische und die schwedische Regierung sowie die Kommission tragen zur dritten und zur vierten Frage nichts vor. Die belgische, die griechische und die niederländische Regierung sowie das Vereinigte Königreich tragen vor, dass nationale Vorschriften anzuwenden seien. Ich teile diesen Standpunkt.

91. Dieser Ansatz folgt aus der vom Gerichtshof niedergelegten und im Kontext der

59 — Urteil vom 9. November 1995 in der Rechtssache C-465/93 (Atlanta Fruchthandelsgesellschaft u. a., Slg. 1995, I-3761).

60 — Vgl. Beschluss Antonissen/Rat und Kommission (zitiert in Fußnote 54).

ersten Frage erörterten Grundregel, dass die Ausgestaltung von Verfahren, die den Schutz von Rechten aus dem Gemeinschaftsrecht gewährleisten sollen, mangels einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten ist, wobei die Grundsätze der Effektivität und der Äquivalenz beachtet werden müssen.

92. Dafür spricht auch, dass der Gerichtshof im Urteil Factortame I selbst keine speziellen Voraussetzungen für den Erlass einstweiliger Anordnungen aufgestellt hat. Generalanwalt Tesauro hat in seinen Schlussanträgen in jener Rechtssache den Standpunkt geäußert, dass die Verfahrensregeln und Fristen für den einstweiligen Rechtsschutz mangels einer Harmonisierung nach wie vor in den nationalen Rechtsordnungen geregelt seien, vorausgesetzt, dass sie nicht die Verfolgung von Rechten, die die innerstaatlichen Gerichte zu schützen verpflichtet seien, praktisch unmöglich machten [61].

93. Es stimmt, dass der Gerichtshof in den Urteilen Zuckerfabrik und Atlanta gemeinschaftsrechtliche Voraussetzungen für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes durch nationale Gerichte — einschließlich der Aussetzung des Vollzugs einer auf eine Maßnahme der Gemeinschaft gestützten nationalen Maßnahme — aufgestellt hat. Diese Fälle betrafen die behauptete Ungültigkeit der zugrunde liegenden gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften. In solchen Fällen ist natürlich allein der Gerichtshof dafür zuständig, die Maßnahme der Gemeinschaft für ungültig zu erklären [62]. In diesem Kontext besteht ein klares Gemeinschaftsinteresse an einheitlichen strikten Kriterien [63]. Dagegen geht es in der vorliegenden Rechtssache um die Gültigkeit einer nationalen Maßnahme, die per definitionem nur in einem Mitgliedstaat Anwendung findet. In einem solchen Fall sehe ich keinen Grund, von der allgemeinen Regel der Verfahrensautonomie [64] abzuweichen. Es erscheint in der Tat logischer, dass (in Anwendung des Grundsatzes der Äquivalenz) für die vorläufige Aussetzung des Vollzugs eines nationalen Gesetzes aufgrund einer behaupteten Unvereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht dasselbe Verfahren gilt wie für die vorläufige Aussetzung des Vollzugs eines nationalen Gesetzes wegen anderer, rein innerstaatlicher Gründe — wobei immer Voraussetzung ist, dass auch der Grundsatz der Effektivität beachtet wird.

94. Überdies hat der Gerichtshof im Urteil Zuckerfabrik ausgeführt, dass die Befugnis der nationalen Gerichte, die Vollziehung einer Maßnahme der Gemeinschaft auszusetzen, der Befugnis des Gerichtshofes nach Artikel 242 EG entspricht. Dementsprechend hat er entschieden, dass die nationalen Gerichte die Vollziehung nur unter den Voraussetzungen aussetzen können, die für

61 — Nr. 33 der Schlussanträge; vgl. auch Nr. 30.

62 — Urteil vom 22. Oktober 1987 in der Rechtssache 314/85 (Foto-Frost, Slg. 1987, 4199, Randnr. 20).

63 — Das wurde unlängst bestätigt im Urteil vom 10. Januar 2006 in der Rechtssache C-344/04 (International Air Transport Association u. a., Slg. 2006, I-403, Randnr. 27), in dem der Gerichtshof ausgeführt hat, dass das Erfordernis der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts durch die nationalen Gerichte „von besonderer Bedeutung [ist], wenn es um die Gültigkeit eines Gemeinschaftsrechtsakts geht. Denn Meinungsverschiedenheiten zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten über die Gültigkeit von Gemeinschaftsrechtsakten wären geeignet, die Einheit der Gemeinschaftsrechtsordnung selbst zu gefährden und das grundlegende Erfordernis der Rechtssicherheit zu beeinträchtigen".

64 — Urteil Factortame I (Randnr. 19).

den Erlass einer einstweiligen Anordnung durch den Gerichtshof gelten [65]. Dieser Ansatz gewährleistet die Konsistenz der Vorschriften über die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes — unabhängig davon, ob die Gültigkeit einer Vorschrift nach Artikel 230 EG oder nach Artikel 234 EG in Frage gestellt wird. Im vorliegenden Fall fehlt es dagegen an einer solchen Entsprechung zur Befugnis des Gerichtshofes. Am ehesten ist der Fall, wie das Vereinigte Königreich vorträgt, mit der Befugnis der Gerichte der Mitgliedstaaten zu vergleichen, über Unvereinbarkeitsfragen in der Sache zu entscheiden. In diesem Bereich wird das Verfahren unter dem Vorbehalt der Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität durch nationale Vorschriften geregelt.

95. Natürlich vergesse ich nicht, dass der Gerichtshof im Urteil Zuckerfabrik ausgeführt hat, dass „[d]er vorläufige Rechtsschutz, den das Gemeinschaftsrecht den Bürgern vor den nationalen Gerichten sichert, ... unabhängig davon derselbe sein [muss], ob sie die Vereinbarkeit nationalen Rechts mit dem Gemeinschaftsrecht oder die Gültigkeit abgeleiteten Gemeinschaftsrechts rügen, da diese Rüge in beiden Fällen auf das Gemeinschaftsrecht selbst gestützt ist“ [66]. Meiner Ansicht nach ist damit das vorliegend mit der dritten Frage aufgeworfene Problem nicht entschieden. In der Rechtssache Zuckerfabrik ging es vor dem Gerichtshof um die Frage, ob vorläufiger Rechtsschutz — den ein nationales Gericht nach dem Urteil Factortame I gewähren können muss, solange beim Gerichtshof eine Gültigkeitsfrage anhängig ist — erhältlich sein muss, wenn die Gültigkeit einer Gemeinschaftsverordnung, die einer nationalen Maßnahme zugrunde liegt, in Frage gestellt wird. Der Gerichtshof war dagegen nicht aufgerufen, die Kriterien für die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes in Verfahren festzulegen, die eine angeblich mit Gemeinschaftsrecht unvereinbare nationale Maßnahme betreffen.

96. Aus den vorstehenden Gründen meine ich, dass die dritte Vorlagefrage dahin zu beantworten ist, dass ein nationales Gericht, wenn die Vereinbarkeit nationaler Rechtsvorschriften mit dem Gemeinschaftsrecht in Frage gestellt wird, bei seiner inhaltlichen Prüfung eines Antrags auf vorläufigen Schutz von durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechten die nationalen Bestimmungen über vorläufigen Rechtsschutz anwenden muss, wobei immer Voraussetzung ist, dass auch der Grundsatz der Effektivität beachtet wird.

97. Damit stellt sich die vierte Frage nicht. Sollte der Gerichtshof jedoch den Standpunkt einnehmen, dass unter solchen Umständen gemeinschaftsrechtliche Kriterien anzuwenden sind, dann scheinen mir die im Urteil Zuckerfabrik [67] aufgestellten Kriterien eindeutig angemessen.

65 — Randnr. 27.

66 — Randnr. 20; vgl. auch Randnr. 24 des Urteils Atlanta.

67 — Vgl. Randnr. 33 und den Tenor des Urteils.

Ergebnis

98. Ich meine demnach, dass die vom schwedischen Obersten Gerichtshof (Högsta Domstolen) vorgelegten Fragen wie folgt beantwortet werden sollten:

1. Das Gemeinschaftsrecht verlangt nicht, dass eine gesonderte Klage auf Feststellung, dass bestimmte nationale Vorschriften des materiellen Rechts gegen Artikel 49 EG verstoßen, zulässig sein muss, wenn gezeigt werden kann, dass diese Frage als Vorfrage im Rahmen einer Schadensersatzklage unter Voraussetzungen geprüft werden wird, die nicht weniger günstig sind als die, die bei entsprechenden Klagen gelten, die nur innerstaatliches Recht betreffen, und die die Ausübung der durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren.

2. Das Gemeinschaftsrecht verpflichtet einen Mitgliedstaat nicht, die vorläufige Aussetzung oder Nichtanwendung nationaler Normen vorzusehen, die der Ausübung eines angeblich aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechts entgegenstehen, wenn der Antrag des Klägers in der Hauptsache nach nationalem Recht unzulässig ist. Wenn der Antrag in der Hauptsache zulässig ist, aber auf einen Ausgleich über Schadensersatz für den aufgrund dieser nationalen Normen erlittenen Schaden gerichtet ist, dann verlangt das Gemeinschaftsrecht, dass das nationale Gericht nach seinem Ermessen solchen vorläufigen Rechtsschutz gewähren kann, wenn es angebracht ist.

3. Wird die Vereinbarkeit nationaler Rechtsvorschriften mit dem Gemeinschaftsrecht in Frage gestellt, so muss ein nationales Gericht bei seiner inhaltlichen Prüfung eines Antrags auf vorläufigen Schutz von durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechten die nationalen Bestimmungen über vorläufigen Rechtsschutz anwenden, wobei immer Voraussetzung ist, dass auch der Grundsatz der Effektivität beachtet wird.