

Anonymisierte Fassung

Übersetzung

C-715/23 – 1

Vorlage zur Vorabentscheidung – Rechtssache C-715/23

Vorlage zur Vorabentscheidung

Eingangsdatum:

23. November 2023

Vorlegendes Gericht:

Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Slowenien)

Datum der Vorlageentscheidung:

23. November 2023

Klägerin:

Farmacija, d.o.o.

Beklagte:

Gemeinde Benedikt

... [nicht übersetzt]

VORLAGE EINES

VORABENTSCHEIDUNGERSUCHENS

Parteien des Ausgangsrechtsstreits

- (1) Antragstellerin **Farmacija**, ...[nicht übersetzt] **Ljubljana – Polje** (im Folgenden: Antragstellerin) machte einen Rechtsbehelf gegen die **Gemeinde Benedikt**, ...[nicht übersetzt] **Benedikt** (im Folgenden: **Gemeinde Benedikt**) im Zusammenhang mit der Ausübung einer Apothekertätigkeit in der Gemeinde Benedikt geltend. Da das zwischen den Parteien streitige Handeln der Gemeinde Benedikt auch Auswirkungen auf die Situation des Rechtssubjekts **MN**, ... [nicht übersetzt] Maribor hat, das in der Gemeinde

Benedikt eine Apothekertätigkeit ausübt, gilt auch das genannte Subjekt als Partei des Ausgangsverfahrens.

Vorlegende Behörde

- (2) Die Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Staatliche Kommission für die Überprüfung von Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge)¹ (im Folgenden: Državna revizijska komisija) als vorlegende Behörde ist in der Republik Slowenien auf der Grundlage des Zakon o pravnem varstvu v postopkih javnega naročanja (Gesetz über den Rechtsschutz in Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge) (im Folgenden: ZPVPJN)² eine besondere, unabhängige und selbständige staatliche Behörde, die über die Rechtmäßigkeit der Vergabe öffentlicher Aufträge in allen Stadien des Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge entscheidet (Art. 60 Abs. 1 ZPVPJN).
- (3) In der Republik Slowenien wird der Rechtsschutz gegen Verstöße in Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge und gegen Verstöße im Verfahren zur Vergabe von Konzessionen, die unter das Zakon o nekaterih koncesijskih pogodbah (Gesetz über bestimmte Konzessionsverträge, im Folgenden: ZNKP)³ fallen, sichergestellt:
- in dem vom Auftraggeber durchgeführten und der Überprüfung vorgelagerten Vorprüfungsverfahren,
 - in einem von der Državna revizijska komisija durchgeführten Überprüfungsverfahren und
 - in einem Gerichtsverfahren, das erstinstanzlich vor dem Okrožno sodišče (Regionalgericht) stattfindet, das von dem das Gerichtswesen regelnden Gesetz als ausschließlich zuständig bestimmt wird.

Der Rechtsschutz vor dem Regionalgericht beschränkt sich auf die Beurteilung der Schadensersatzpflicht für den entstandenen Schaden und die Durchsetzung der Nichtigkeit von Verträgen.

- (4) Lehnt der Auftraggeber den Überprüfungsantrag aus verfahrensrechtlichen Gründen im Vorprüfungsverfahren ab, kann der Antragsteller Beschwerde einlegen. In diesem Fall prüft die Državna revizijska komisija im Rahmen des Beschwerdeverfahrens die Rechtmäßigkeit des Vorgehens des Auftraggebers im Zusammenhang mit der Ablehnung des Überprüfungsantrags.

¹ ... [nicht übersetzt]

² ... [nicht übersetzt]

³ ... [nicht übersetzt]

- (5) Der Gerichtshof der Europäischen Union hat der Državna revizijska komisija den Status als „*Gericht eines Mitgliedstaats*“ im Sinne von Art. 267 AEUV bereits in seinem Urteil vom 8. Juni 2017, *Medisanus*, C-296/15, im Urteil vom 10. September 2020, *Tax-Fin-Lex*, C-367/19, und im Urteil vom 10. November 2022, *Sharengo*, C-486/21, zuerkannt.
- (6) Die Umstände, die die Schlussfolgerung untermauern, dass die Državna revizijska komisija als „*Gericht eines Mitgliedstaats*“ im Sinne von Art. 267 AEUV eingestuft werden kann, haben sich seit den genannten Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Union nicht geändert.⁴

Zum Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits

- (7) Am 11. März 2022 erteilte die Gemeinde Benedikt ohne (vorherige) Veröffentlichung einer Konzessionsbekanntmachung MN eine unbefristete Genehmigung für den Betrieb einer Filialapotheke im Ort Benedikt.
- (8) Die Antragstellerin reichte bei der Gemeinde Benedikt einen Überprüfungsantrag ein, in dem sie der Gemeinde Benedikt vorwarf, durch die Erteilung der genannten Genehmigung eine Konzession für die Ausübung der Apothekentätigkeit ohne Durchführung des entsprechenden Verfahrens bzw. im Widerspruch zur Richtlinie 2014/23 erteilt zu haben.
- (9) Die Gemeinde Benedikt lehnte den Überprüfungsantrag ohne inhaltliche Prüfung ab, da sie der Ansicht war, dass die Antragstellerin im Vorprüfungs- und Überprüfungsverfahren keinen Anspruch auf Rechtsschutz habe. Die Gemeinde Benedikt vertritt so die Ansicht, dass die Erteilung einer Genehmigung für den Betrieb einer Filialapotheke inhaltlich keine Erteilung einer Konzession für eine Dienstleistung darstelle, die vom ZNKP⁵ geregelt würde.
- (10) Die Antragstellerin legte gegen diese Entscheidung der Gemeinde Benedikt Beschwerde ein, die von der Gemeinde Benedikt an die Državna revizijska komisija abgetreten wurde. Die Antragstellerin weist erneut darauf hin, dass die Gemeinde Benedikt mit der Erteilung der Genehmigung eine Dienstleistungskonzession erteilt habe, ohne das entsprechende Verfahren durchzuführen, wodurch sie sinngemäß vorbringt, dass die Konzession für die Ausübung der Apothekentätigkeit in den Anwendungsbereich des ZNKP bzw. der Richtlinie 2014/23 falle.
- (11) Die Entscheidung der Državna revizijska komisija im Beschwerdeverfahren hängt von der Frage ab, ob die Erteilung der Konzession für die Ausübung der Apothekentätigkeit in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/23 fällt.

⁴ ... [nicht übersetzt]

⁵ Mit dem ZNKP wurde die Richtlinie 2014/23 in slowenisches Recht umgesetzt.

- (12) Die Državna revizijska komisija ist der Ansicht, dass die Gemeinde Benedikt durch die Erteilung einer Genehmigung für den Betrieb einer Filialapotheke eine Konzession für die Ausübung der Apothekentätigkeit erteilt habe. Die Apothekentätigkeit kann nämlich auch im Rahmen einer Filialapotheke ausgeübt werden. Auch wenn das nationale Recht für den Betrieb einer Filialapotheke die Erteilung einer Genehmigung vorsieht, handelt es sich dabei nicht um eine Genehmigung im Sinne des 14. Erwägungsgrundes der Richtlinie 2014/23, d. h. um eine Genehmigung, durch die der Mitgliedstaat (oder eine seiner Behörden) die Bedingungen für die Ausübung einer Tätigkeit festlegen würde, und die auf Antrag des Wirtschaftsteilnehmers (und nicht vom öffentlichen Auftraggeber) erteilt wird, der zuvor festgelegte Anforderungen erfüllt.⁶
- (13) Die Gemeinde Benedikt erfüllt die Kriterien eines öffentlichen Auftraggebers im Sinne von Art. 6 der Richtlinie 2014/23. Da die Genehmigung zur Ausübung der Apothekentätigkeit im Ort Benedikt auf unbestimmte Zeit erteilt wird, übersteigt der geschätzte Wert der Dienstleistung der Ausübung der Apothekentätigkeit nach Ansicht der Državna revizijska komisija den in Art. 8 der Richtlinie 2014/23 genannten Schwellenwert.⁷
- (14) Die Državna revizijska komisija hegt jedoch Zweifel, ob Dienstleistungen der Ausübung einer Apothekentätigkeit inhaltlich Dienstleistungen darstellen, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/23 fallen.

Maßgebliche Rechtsvorschriften

Unionsrecht

- (15) Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe

Art. 1 der Richtlinie 2014/23 lautet:

Diese Richtlinie enthält Bestimmungen für die Verfahren von öffentlichen Auftraggebern und Auftraggebern zur Beschaffung im Wege von Konzessionen, deren geschätzter Wert mindestens dem in Artikel 8 festgelegten Schwellenwert entspricht.

Art. 4 der Richtlinie 2014/23 bestimmt:

⁶ Die Zahl der Apothekenbetreiber in einem bestimmten Gebiet ist begrenzt, da ja eine Gemeinde nur dann eine neue (Filial-)Apotheke errichten kann, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für ihre Errichtung erfüllt sind (Einwohnerzahl im Einzugsgebiet, Entfernung zwischen einer bestehenden Apotheke und der neuen Filialapotheke ...).

⁷ Der Državna revizijska komisija liegen keine Angaben zum geschätzten Wert vor, da die Gemeinde Benedikt ja der Ansicht ist, dass der ZNKP bzw. die Richtlinie 2014/23 im konkreten Fall nicht anwendbar und sie daher nicht verpflichtet sei, den geschätzten Wert zu berechnen.

- (1) Diese Richtlinie berührt nicht das Recht der Mitgliedstaaten, im Einklang mit dem Unionsrecht festzulegen, was sie als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erachten, wie diese Dienstleistungen unter Beachtung der Vorschriften über staatliche Beihilfen organisiert und finanziert werden und welchen spezifischen Verpflichtungen sie unterliegen sollten. Ebenso wenig berührt diese Richtlinie die Art und Weise, in der die Mitgliedstaaten ihre Systeme der sozialen Sicherheit gestalten.
- (2) Nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse fallen nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie.

Art. 19 der Richtlinie 2014/23 lautet:

Konzessionen zur Erbringung sozialer Dienstleistungen oder anderer in Anhang IV genannter besonderer Dienstleistungen, die in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fallen, unterliegen ausschließlich den aus Artikel 31 Absatz 3 und aus den Artikeln 32, 46 und 47 erwachsenden Verpflichtungen.

Nationales Recht

- (16) Der Zakon o nekaterih koncesijskih [pogodbah] (Gesetz über bestimmte [Konzessionsverträge], ZNKP)

Art. 2 ZNKP sieht vor:

Für die Zwecke dieses Gesetzes gelten die folgenden Definitionen:

18. „nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ sind jene nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen, die auf gesetzlicher Grundlage als Dienstleistungen von allgemeinem Interesse erbracht werden und nicht auf dem Markt gegen Entgelt angeboten werden; daher unterliegen sie besonderen Gemeinwohlverpflichtungen.

Art. 10 ZNKP bestimmt:

Die in diesem Gesetz und ebenfalls in speziellen Gesetzen geregelten Konzessionen unterliegen diesem Gesetz und den Bestimmungen der speziellen Gesetze, soweit sie nicht im Widerspruch zu diesem Gesetz stehen.

Artikel 11 Abs. 1 ZNKP legt fest:

Dieses Gesetz findet keine Anwendung auf:

1. Konzessionen für nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse.

Art. 15 ZNKP sieht vor:

Für Konzessionen über soziale und andere in Anhang IV der Richtlinie 2014/23 genannte besondere Dienstleistungen gelten die Bestimmungen dieses Gesetzes, die die Verpflichtung zur Durchführung von Vorbereitungsmaßnahmen, die Pflicht zur Veröffentlichung der in den Art. 35 und 40 dieses Gesetzes vorgesehenen Bekanntmachungen sowie den Rechtsschutz in Verfahren zur Auswahl des Konzessionsnehmers nach diesem Gesetz regeln.

- (17) Zakon o zdravstveni dejavnosti (Gesetz über die Gesundheitsversorgung, ZZDej)⁸

Art. 1 ZZDej bestimmt:

Die Gesundheitsversorgung erfolgt auf der primären, sekundären und tertiären Ebene.

Die Gesundheitsversorgung auf der primären Ebene umfasst die medizinische Grundversorgung und die Apothekentätigkeit.

Art. 3 ZZDej sieht vor:

Gesundheitsdienstleister sind in- und ausländische juristische und natürliche Personen, die von dem für das Gesundheitswesen zuständigen Ministerium eine Genehmigung zur Ausübung einer Tätigkeit im Bereich der Gesundheitsversorgung erhalten haben.

Der öffentliche Gesundheitsdienst umfasst Gesundheitsdienstleistungen, deren dauerhafte und ununterbrochene Erbringung im öffentlichen Interesse durch den Staat und die Gebietskörperschaften gewährleistet wird und die nach dem Solidaritätsprinzip als Pflichtleistungen der gesetzlichen Krankenversicherung nach den Vorschriften über die Gesundheitsversorgung und die Krankenversicherung erbracht und ganz oder teilweise aus öffentlichen Mitteln, hauptsächlich aus der gesetzlichen Krankenversicherung, finanziert werden. Die im vorstehenden Satz genannten Gesundheitsdienstleistungen werden von den Gesundheitsdienstleistern ohne Gewinnerzielungsabsicht als nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse erbracht, so dass der Überschuss der Einnahmen über die Ausgaben für die Erledigung und Entwicklung der Gesundheitsversorgung verwendet wird.⁹

⁸ ... [nicht übersetzt]

⁹ Art. 3 Abs. 2 Satz 2 des ZZDej wurde vom Ustavno sodišče Republike Slovenije (Verfassungsgericht der Republik Slowenien) für nichtig erklärt, soweit er den Überschuss der Einnahmen über die Ausgaben für die Betreiber der konzessionierten Apothekentätigkeit regelt.

Art. 20 Abs. 1 ZZDej legt fest:

Die Apothekentätigkeit wird nach einem speziellen Gesetz ausgeübt. Für Fragen, die nicht durch ein spezielles Gesetz geregelt sind, gilt das vorliegende Gesetz.

(18) Zakon o lekarniški dejavnosti (Gesetz über die Apothekentätigkeit, ZLD-1)¹⁰

Art. 1 ZLD-1 bestimmt:

Dieses Gesetz regelt den Zweck, den Inhalt und die Bedingungen der Ausübung der Apothekentätigkeit, die Organisation, die Voraussetzungen und die Verfahren für die Vergabe und Durchführung von Konzessionen, die pharmazeutischen Fachkräfte und ihre Fachverbände, die Apothekentätigkeit im Netz und die Aufsicht.

Art. 2 ZLD-1 sieht vor:

Zweck der Apothekentätigkeit ist es, eine qualitativ hochwertige und effiziente Versorgung mit Arzneimitteln und anderen Produkten zur Unterstützung medizinischer Behandlungen und zum Schutz der Gesundheit sowie die Beratung von Patienten und Angehörigen der Gesundheitsberufe über deren sichere, ordnungsgemäße und wirksame Anwendung sicherzustellen.

Neben dem im vorstehenden Absatz genannten Zweck dient die Apothekentätigkeit auch den pharmazeutischen Behandlungen zur Erhaltung der Gesundheit und zur Erzielung der erwarteten klinischen, humanistischen und wirtschaftlichen Ergebnisse der Behandlung.

Art. 5 ZLD-1 bestimmt:

Die Apothekentätigkeit ist ein öffentlicher Gesundheitsdienst, der eine dauerhafte und ununterbrochene Versorgung der Bevölkerung und der Gesundheitsdienstleister mit Arzneimitteln sowie eine pharmazeutische Behandlung der Patienten sicherstellt.

Die Apothekentätigkeit wird auf der primären, sekundären und tertiären Ebene der Gesundheitsversorgung ausgeübt.

Das Netz der Apothekentätigkeit nach diesem Gesetz wird auf der primären Ebene von der Gemeinde oder mehreren Nachbargemeinden zusammen, auf der sekundären und tertiären Ebene vom Staat sichergestellt.

Art. 6 Abs. 1 ZLD-1 legt fest:

¹⁰ ... [nicht übersetzt]

Die Apothekentätigkeit umfasst:

- die Abgabe von verschreibungspflichtigen und rezeptfreien Human- und Tierarzneimitteln,
- die Ausgabe von Lebensmitteln für besondere medizinische Zwecke,
- die pharmazeutische Behandlung des Patienten,
- die Tätigkeiten des Pharmazeuten als Berater,
- die pharmazeutische Intervention,
- Telepharmazie-Dienste,
- die Zubereitung von *formulae magistrales* zur Anwendung in der Human- und Veterinärmedizin,
- die Herstellung von Produkten zur Unterstützung der medizinischen Behandlung und zur Erhaltung der Gesundheit,
- die Zubereitung von *formulae officinales* zur Anwendung in der Human- und Veterinärmedizin,
- die radiopharmazeutische Apothekentätigkeit,
- die Qualitätskontrolle der Ausgangsstoffe für die Zubereitung von *formulae magistrales* und *formulae officinales*,
- die Qualitätskontrolle von *formulae officinales*,
- die Auswertung von Daten und die Meldung unerwünschter Nebenwirkungen oder vermuteter unerwünschter Nebenwirkungen,
- die Rücknahme von nicht verwendeten Arzneimitteln oder Arzneimittelabfällen gemäß den Vorschriften für die Entsorgung von Arzneimittelabfällen,
- eine andere Tätigkeit im Zusammenhang mit der Abgabe von Arzneimitteln und anderen Produkten, die deren ordnungsgemäße, sinnvolle und sichere Anwendung gewährleistet.

Art. 7 ZDL-I bestimmt:

Neben den im vorstehenden Artikel genannten Tätigkeiten dürfen die Apotheken die folgenden Tätigkeiten ausüben:

- die Versorgung mit anderen Produkten zur Unterstützung der medizinischen Behandlung und zur Erhaltung der Gesundheit;

- die Zubereitung von *formulae officinales*;
- die Zubereitung von homöopathischen *formulae magistrales*,
- die Versorgung mit Tierarzneimitteln,
- die Versorgung mit Biozidprodukten und Chemikalien,
- die Durchführung von selbstdiagnostischen Messungen und Tests,
- Präventions- und gesundheitliche Aufklärungsmaßnahmen,
- pädagogische und aufklärende Tätigkeit,
- wissenschaftliche Forschungstätigkeit;
- sonstige Tätigkeiten und Dienstleistungen im Bereich der Stärkung und des Schutzes der Gesundheit,
- die Hauszustellung von Arzneimitteln und anderen Produkten an Patienten, Gesundheitsdienstleister und andere juristische und natürliche Personen,
- sonstige Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Apothekentätigkeit.

Art. 8 Abs. 1 ZLD-1 sieht vor:

Die Apothekentätigkeit wird auf der primären Ebene ausgeübt:

- in einer Apotheke,
- in einer Filialapotheke oder
- mit einem Lagerbestand an Arzneimitteln.

Art. 15 Abs. 1 ZLD-1 legt fest:

Die Ausübung der Apothekentätigkeit wird aus öffentlichen und privaten Mitteln finanziert. Zu den öffentlichen Mitteln im Sinne des vorstehenden Satzes gehören insbesondere:

- die Entgelte für Leistungen im Rahmen der Apothekentätigkeit auf der Grundlage eines Vertrags mit den Krankenversicherungsträgern,
- Zahlungen aus den Haushaltsmitteln,
- Mittel des Gründers.

Art. 27 Abs. 1 ZLD-1 bestimmt:

Ein öffentlicher Apothekendienst wird auf der primären Ebene von einer Gemeinde oder mehreren Nachbargemeinden zusammen in ihrem jeweiligen Gebiet nach vorheriger Stellungnahme der zuständigen Kammer und mit Zustimmung des Ministeriums eingerichtet.

Art. 39 Abs. 1 ZLD-I sieht vor:

Eine Konzession für die Ausübung der Apothekentätigkeit auf der primären Ebene kann unter den in diesem Gesetz festgelegten Bedingungen einer natürlichen Person erteilt werden, die Träger einer Apothekentätigkeit ist, oder einer juristischen Person, an der der Träger der Apothekentätigkeit, der gleichzeitig ihr Geschäftsführer oder Leitungsorgan ist, mehr als 50 % des Gesellschaftskapitals dieser Person hält (im Folgenden: Konzessionsnehmer)

Beschreibung der Apothekentätigkeit, um die es im Ausgangsverfahren geht

- (19) In der Republik Slowenien ist die Apothekentätigkeit gesetzlich geregelt, um zu gewährleisten, dass alle Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Abgabe von Arzneimitteln an die Anwender von entsprechend fachlich qualifizierten Personen erbracht werden und damit die Möglichkeit einer Schädigung der Gesundheit der Dienstleistungskunden verhindert wird. Grundlegendes Ziel der Ausübung der Apothekentätigkeit ist daher nicht die Gewinnerzielung, sondern auf der Ebene des Einzelnen ist die Gewinnerzielung der Verwirklichung des Rechts auf Gesundheitsversorgung und auf der Ebene der sozialen Gemeinschaft der Befriedigung öffentlicher Bedürfnisse im Bereich der öffentlichen Gesundheit untergeordnet. Das Vorstehende gilt unabhängig davon, wer die Apothekentätigkeit ausübt.
- (20) In der Republik Slowenien ist die Apothekentätigkeit Teil der Gesundheitsversorgung und wird als öffentlicher Gesundheitsdienst ausgeübt, der die dauerhafte und ununterbrochene Versorgung der Bevölkerung und der Gesundheitsdienstleister mit Arzneimitteln sowie die pharmazeutische Behandlung der Patienten gewährleistet. Sie dient dazu, eine qualitativ hochwertige und effiziente Versorgung mit Arzneimitteln und anderen Produkten zur Unterstützung einer medizinischen Behandlung und zur Erhaltung der Gesundheit sowie die Beratung von Patienten und Angehörigen der Gesundheitsberufe über deren sichere, ordnungsgemäße und wirksame Anwendung sicherzustellen. Ein wesentlicher Teil der Apothekentätigkeit besteht in der Abgabe von verschreibungspflichtigen und rezeptfreien Human- und Tierarzneimitteln (Einzelhandel mit Arzneimitteln) sowie in der Ausgabe von Lebensmitteln für besondere medizinische Zwecke, wobei die Abgabe von Arzneimitteln die Aushändigung des Arzneimittels an den Anwender und die Erteilung einer geeigneten Gebrauchsinformation sowie eine Beratung über die ordnungsgemäße und sichere Anwendung des Arzneimittels bedeutet. Der Einzelhandel mit Humanarzneimitteln, der mit einer angemessenen fachlichen Unterstützung

durch Beratung einhergeht, erfolgt nur in Apotheken und Fachgeschäften, in Letzteren jedoch nur in sehr eingeschränktem Umfang.¹¹

- (21) Das Netz der Apothekentätigkeit wird auf der primären Ebene von den Gemeinden, d. h. den lokalen Selbstverwaltungsbehörden, betreut. Die Gemeinden üben die Befugnis zur Bereitstellung eines Netzes der Apothekentätigkeit aus, indem sie einen öffentlichen Apothekendienst (mit)gründen oder einer natürlichen oder juristischen Person eine Konzession für die Ausübung der Apothekentätigkeit erteilen. Die Apothekentätigkeit wird in einer Apotheke, einer Filialapotheke oder mit einem empfohlenen Lagerbestand an Arzneimitteln ausgeübt.
- (22) Juristische Personen (außer jene, die von einer Gemeinde gegründet wurden) dürfen daher erst dann eine Apothekentätigkeit ausüben, wenn eine Konzession erteilt wurde. In dieser Situation befinden sich natürliche oder juristische Personen (außer jene, die von der Gemeinde gegründet wurden) auf dem Gebiet der Gemeinde, die die Konzession erteilt hat, oder auf dem Gebiet von Nachbargemeinden, wenn diese die Konzession gemeinsam erteilt haben. Natürliche oder juristische Personen (außer jene, die von der Gemeinde gegründet wurden) können daher erst mit Erteilung einer Konzession die Möglichkeit der Ausübung der Apothekentätigkeit erlangen.
- (23) Die Apothekentätigkeit wird aus öffentlichen und privaten Mitteln finanziert. Aus öffentlichen Mitteln bzw. aus der gesetzlichen Krankenversicherung wird die Abgabe des verschreibungspflichtigen Arzneimittels finanziert, und zwar sowohl das verschreibungspflichtige Arzneimittel selbst¹² als auch die mit der Abgabe des verschreibungspflichtigen Arzneimittels verbundene Apothekendienstleistung und die Bereitstellung entsprechender Gebrauchsinformationen sowie die Beratung über die ordnungsgemäße und sichere Anwendung des verschreibungspflichtigen Arzneimittels. Die Kosten der Apothekendienstleistung für die Abgabe eines verschreibungspflichtigen Arzneimittels (die nach Punkten gewichtet

¹¹ Und zwar nur mit einer Sondergenehmigung der Javna agencija Republike Slovenije za zdravila in medicinske pripomočke (Öffentliche Agentur der Republik Slowenien für Arzneimittel und Medizinprodukte) und nur für Arzneimittel und Medizinprodukte, die rezeptfrei abgegeben werden, die also nur zur Behandlung leichterer Symptome bestimmt sind und deren Anwendung nur ein geringes Risiko bergen kann; diese Agentur kann in diesem Fall auch Beschränkungen hinsichtlich der Stärke der Arzneimittel, der Größe ihrer Verpackung und der Anzahl der verkauften Einheiten auferlegen (Art. 126 des Zakon o zdravilih – Arzneimittelgesetz).

¹² Arzneimittel, die zu Lasten der Krankenversicherung verschrieben werden können, werden in Listen (sog. Positiv- oder Zwischenliste) aufgeführt. Von der Aufführung in der Liste hängt auch ab, welcher Anteil des Preises eines in der Liste aufgeführten Arzneimittels von der gesetzlichen Krankenversicherung übernommen wird. Der Restbetrag wird von der Zusatzkrankenversicherung bzw. vom Anwender selbst getragen, wenn er keine Zusatzkrankenversicherung abgeschlossen hat, die eine Form der freiwilligen Krankenversicherung ist.

werden) sind für alle verschreibungspflichtigen Arzneimittel und für alle Anbieter von Apothekendienstleistungen gleich hoch. Öffentliche Mittel werden auch für die Finanzierung von Journal- und Bereitschaftsdiensten verwendet.

- (24) Rezeptfreie Arzneimittel werden vollständig aus privaten Mitteln bzw. aus den Mitteln der Anwender bezahlt, wobei für einige rezeptfreie Arzneimittel ein Höchstpreis gilt, für andere rezeptfreie Arzneimittel wiederum der Preis auf dem Markt frei gebildet wird.

Begründung des Vorabentscheidungsersuchens

- (25) Die Državna revizijska komisija hat Zweifel daran, ob eine Apothekentätigkeit wie die im Ausgangsverfahren fragliche, die zu einem wesentlichen Teil in der Abgabe von verschreibungspflichtigen und rezeptfreien Humanarzneimitteln an die Anwender einschließlich der Beratung der Anwender über die ordnungsgemäße und sichere Anwendung dieser Arzneimittel besteht, als nichtwirtschaftliche Dienstleistung von allgemeinem Interesse angesehen werden kann, die nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/23 fällt.
- (26) Die Richtlinie 2014/23 definiert die Begriffe „nichtwirtschaftliche Dienstleistungen“ und „Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ nicht ausdrücklich. Nach ständiger Rechtsprechung erfordern die Notwendigkeit einer einheitlichen Anwendung des Unionsrechts und der Gleichheitsgrundsatz, dass die Formulierung aus einer Vorschrift des Unionsrechts, die bei der Definition ihrer Bedeutung und ihrer Tragweite nicht ausdrücklich auf das Recht der Mitgliedstaaten verweist, in der Regel eine autonome und einheitliche Auslegung in der gesamten Europäischen Union erhält, die unter Berücksichtigung des Kontexts der Vorschrift und des mit der fraglichen Regelung verfolgten Ziels gefunden werden muss.
- (27) Aus dem sechsten Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/23 geht hervor, dass die Mitgliedstaaten selbst entscheiden können, ob Dienstleistungen als Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, als nichtwirtschaftliche Dienste von allgemeinem Interesse oder in Form einer Kombination aus beidem erbracht werden. Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs¹³ ergibt sich ferner, dass das Gemeinschaftsrecht die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit und insbesondere für den Erlass von Vorschriften zur Organisation von Gesundheitsdienstleistungen wie der Apotheken unberührt lässt, wobei zu berücksichtigen ist, dass unter den vom Vertrag geschützten Gütern und Interessen die Gesundheit und das Leben von Menschen den höchsten Rang einnehmen und dass es Sache der Mitgliedstaaten ist, zu bestimmen, auf

¹³ Rechtssache C-531/06, Urteil vom 19. Mai 2009, Kommission/Italien, verbundene Rechtssachen C-171/07 und C-172/07, Apothekerkammer des Saarlandes u. a.

welchem Niveau sie den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung gewährleisten wollen und wie dieses Niveau erreicht werden soll.

- (28) Der nationale Gesetzgeber hat ausdrücklich festgelegt, dass die Gesundheitsversorgung eine nichtwirtschaftliche Dienstleistung von allgemeinem Interesse ist. Da die Apothekentätigkeit zur Gesundheitsversorgung gehört, hat der Gesetzgeber damit auch festgelegt, dass es sich bei der Apothekentätigkeit um eine nichtwirtschaftliche Dienstleistung von allgemeinem Interesse handelt.
- (29) Auch wenn die Ausübung der Apothekentätigkeit nach Ansicht der Državna revizijska komisija eine wichtige soziale Tätigkeit ist, da sie die öffentliche Gesundheit sicherstellt, und das vorrangige Ziel der Ausübung der Apothekentätigkeit nicht in der Gewinnerzielung besteht, ergibt sich aber aus der Rechtsprechung, dass Dienstleistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, wirtschaftliche Tätigkeiten sind, da das wesentliche Merkmal eines Entgelts darin besteht, dass es das wirtschaftliche Äquivalent zur betreffenden Dienstleistung darstellt, wobei dieses Entgelt nicht notwendigerweise vom Empfänger dieser Dienstleistung geleistet wird.¹⁴
- (30) Die Državna revizijska komisija bezweifelt daher, dass eine Apothekendienstleistung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende als nichtwirtschaftliche Dienstleistung von allgemeinem Interesse eingestuft werden kann, da ja die Erbringer von Apothekendienstleistungen für die Erbringung dieser Dienstleistungen aus den Mitteln der gesetzlichen Krankenversicherung und aus den Mitteln der Anwender vergütet werden. Nach den nationalen Vorschriften¹⁵ erhalten die Erbringer von Apothekendienstleistungen im Fall der Abgabe eines verschreibungspflichtigen Arzneimittels die Kosten für den Ankauf des verschreibungspflichtigen Arzneimittels selbst erstattet, außerdem erhalten sie auch eine im Voraus festgelegte Gebühr für die Rezeptbearbeitung, die Abgabe des Arzneimittels und die damit verbundene Beratung hinsichtlich der Anwendung des Arzneimittels. Im Fall der Abgabe eines rezeptfreien Arzneimittels bezahlen die Anwender des Arzneimittels dieses Arzneimittel in voller Höhe.
- (31) Falls Dienstleistungen der Ausübung von Apothekentätigkeit wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden, die hauptsächlich in Dienstleistungen der Abgabe von verschreibungspflichtigen und rezeptfreien Humanarzneimitteln einschließlich der Beratung über die ordnungsgemäße und sichere Anwendung dieser Arzneimittel besteht, nicht als nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse angesehen

¹⁴ Urteil vom 14. [Juli] 2022, ASADE, C-436/20.

¹⁵ Art. 23 und 63 des Zakon o zdravstvenem varstvu in zdravstvenem zavarovanju (Gesetz über die Gesundheitsversorgung und die Krankenversicherung ...[nicht übersetzt]).

werden können und die Erbringung dieser Dienstleistungen folglich in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/23 fällt, stellt sich für die Državna revizijska komisija die weitere Frage, ob die Erbringung dieser Dienstleistungen als soziale oder andere in Anhang IV genannte besondere Dienstleistungen angesehen werden kann.

- (32) Die erwähnten Dienstleistungen könnten unter den CPV-Code 85149000 (Dienstleistungen im pharmazeutischen Bereich) fallen, doch geht aus der Verordnung Nr. 2195/2002 über das Gemeinsame Vokabular für öffentliche Aufträge (CPV) nicht hervor, welche Dienstleistungen von diesem Code erfasst werden sollten. Auch den Erläuterungen zu den CPV-Codes,¹⁶ die zwar keine formale Rechtsquelle darstellen, lässt sich nicht entnehmen, welche Dienstleistungen unter den CPV-Code 85149000 (Dienstleistungen im pharmazeutischen Bereich) fallen sollten.

Zusammenfassung und Inhalt der Vorlagefragen

- (33) Da die Državna revizijska komisija für den Erlass einer Entscheidung eine Entscheidung hinsichtlich der Auslegung des Unionsrechts benötigt, hat sie dem Gerichtshof nach Art. 267 Abs. 3 AEUV nachstehende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt, wobei die Antwort auf die zweite Frage lediglich im Fall einer verneinenden Antwort auf die erste Frage erforderlich ist:

1. **Kann die Dienstleistung der Ausübung einer Apothekentätigkeit, deren Hauptgegenstand in der Abgabe von verschreibungspflichtigen und rezeptfreien Humanarzneimitteln an den Anwender einschließlich der Beratung des Anwenders über die ordnungsgemäße und sichere Anwendung dieser Arzneimittel besteht, als „nichtwirtschaftliche Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ im Sinne von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2014/23 eingestuft werden?**
2. **Kann die Dienstleistung der Ausübung einer Apothekentätigkeit, deren Hauptgegenstand in der Abgabe von verschreibungspflichtigen und rezeptfreien Humanarzneimitteln an den Anwender einschließlich der Beratung des Anwenders über die ordnungsgemäße und sichere Anwendung dieser Arzneimittel besteht, als soziale und andere besondere Dienstleistung im Sinne von Art. 19 der Richtlinie 2014/23 gelten?**

... [nicht übersetzt]

¹⁶ ... [nicht übersetzt]