Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
RIMVYDAS NORKUS
vom 13. März 2025 [1]

Rechtssache C-715/23

Farmacija, d.o.o.
gegen
Občina Benedikt,
Beteiligter:
MN

(Vorabentscheidungsersuchen der Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil [Staatliche Kommission für die Überprüfung von Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge, Slowenien])

„Vorlage zur Vorabentscheidung – Rechtsangleichung – Verfahren zur Vergabe von Konzessionen – Richtlinie 2014/23/EU – Art. 4 Abs. 2 und Art. 19 – Anwendungsbereich – Betrieb einer Apotheke“

I. Einführung

1. Das vorliegende, von der Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Staatliche Kommission für die Überprüfung von Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge, Slowenien) gemäß Art. 267 AEUV vorgelegte Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 4 Abs. 2 und Art. 19 der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe [2].

2. Es ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Farmacija, d.o.o. (im Folgenden: Farmacija), einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, und der Občina Benedikt (Gemeinde Benedikt, Slowenien, im Folgenden: Gemeinde Benedikt) über die von der Gemeinde Benedikt erteilte Genehmigung zum Betrieb einer Filialapotheke auf ihrem Gebiet ohne vorherige Veröffentlichung einer Konzessionsbekanntmachung. Mit ihrer Klage gegen diese Verwaltungsentscheidung wirft Farmacija der Gemeinde Benedikt im Wesentlichen vor, unter Verstoß gegen die Richtlinie 2014/23 das einschlägige Verfahren, d. h. das Verfahren zur Erteilung einer Konzession, nicht durchgeführt zu haben. Die Gemeinde ist ihrerseits der Ansicht, dass die Genehmigung zum Betrieb einer Filialapotheke keine Erteilung einer Konzession darstelle und Farmacija folglich keinen Rechtsschutz nach dieser Richtlinie genieße.

[1] Originalsprache: Französisch.

[2] ABl. 2014, L 94, S. 1.

3. Die grundlegende Frage, die sich in diesem Rechtsstreit stellt, ist daher, ob Dienstleistungen, die im Rahmen des Betriebs einer Apotheke erbracht werden, in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/23 fallen. Dies setzt voraus, dass die in Rede stehenden pharmazeutischen Dienstleistungen als „wirtschaftliche Tätigkeit" eingestuft werden können. Für eine solche Auslegung spricht zum einen die Tatsache, dass die Erbringer dieser Dienstleistungen vergütet werden. Diese Erwägung gilt für den Gewinn aus der Erbringung der öffentlichen Dienstleistung, die im Verkauf von Arzneimitteln besteht, aber auch für andere kommerzielle Tätigkeiten. Zum anderen müssen die wesentliche Rolle der Apotheken für die öffentliche Gesundheit sowie ihre Finanzierung berücksichtigt werden, die sie in eine privilegierte Beziehung zum Staat bringt und sie von anderen Wirtschaftsteilnehmern unterscheidet. All diese Aspekte führen uns zu der klassischen Frage der Abgrenzung zwischen „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse" und „nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse", die die Anwendbarkeit der unionsrechtlichen Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge bestimmt. Das künftige Urteil des Gerichtshofs wird voraussichtlich Auswirkungen über die vorliegende Rechtssache hinaus haben, da es eine Anpassung der Binnenmarktregeln in einem Bereich ermöglichen wird, der von einigen Mitgliedstaaten als sensibel angesehen wird.

II. Rechtlicher Rahmen

A. Unionsrecht

4. Die Erwägungsgründe 6, 14, 17, 19 und 53 der Richtlinie 2014/23 lauten:

„(6) Mitgliedstaaten können gemäß den Grundsätzen der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, Transparenz und des freien Personenverkehrs im AEUV nach wie vor entscheiden, ob Dienstleistungen als Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse oder als nichtwirtschaftliche Dienste von allgemeinem Interesse oder in Form einer Kombination aus beidem erbracht werden. … Darüber hinaus betrifft diese Richtlinie weder die Finanzierung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse noch Beihilfen, die – insbesondere auf sozialem Gebiet – von den Mitgliedstaaten im Einklang mit den Wettbewerbsvorschriften der Union gewährt wurden. Zweckmäßigerweise ist klarzustellen, dass nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse nicht in den Geltungsbereich dieser Richtlinie fallen sollten.

…

(14) Bestimmte Handlungen der Mitgliedstaaten, wie die Erteilung von Genehmigungen oder Lizenzen, durch die der Mitgliedstaat oder eine seiner Behörde[n] die Bedingungen für die Ausübung einer Wirtschaftstätigkeit festlegt – einschließlich der Bedingung der Durchführung einer bestimmten Tätigkeit –, die üblicherweise auf Antrag des Wirtschaftsteilnehmers und nicht vom öffentlichen Auftraggeber oder vom Auftraggeber erteilt wird und bei der der Wirtschaftsteilnehmer das Recht hat, sich von der Erbringung von Bau- oder Dienstleistungen zurückzuziehen, sollten darüber hinaus nicht als Konzessionen gelten. Auf Fälle derartiger Handlungen der Mitgliedstaaten finden die besonderen Bestimmungen der Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates [vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (ABl. 2006, L 376, S. 36)] Anwendung. Im Gegensatz zu derartigen Handlungen der Mitgliedstaaten enthalten Konzessionsverträge wechselseitig bindende Verpflichtungen, denen zufolge die

Erbringung der Bau- oder Dienstleistungen bestimmten Anforderungen entsprechen muss, die vom öffentlichen Auftraggeber oder vom Auftraggeber festgelegt werden und rechtlich durchsetzbar sind.

…

(17) Diese Richtlinie sollte nicht für Verträge gelten, die keine Zahlungen an den Auftragnehmer vorsehen, sondern der Auftragnehmer Vergütungen gemäß vorgeschriebenen Tarifen erhält, die so berechnet sind, dass sie sämtliche Kosten und Investitionsaufwendungen decken, die dem Auftragnehmer durch das Erbringen der Dienstleistung entstehen.

…

(19) Sieht eine branchenspezifische Regelung den Wegfall des Risikos für den Konzessionsnehmer durch einen garantierten Ausgleich seiner Investitionen und der aufgrund der Vertragsdurchführung anfallenden Kosten vor, sollte ein solcher Vertrag nicht als Konzession im Sinne dieser Richtlinie gelten. Auch wenn ein Risiko von vornherein beschränkt ist, sollte eine Einstufung als Konzession nicht ausgeschlossen sein. Dies kann beispielsweise in Branchen mit vorgeschriebenen Tarifen der Fall sein oder wenn das Betriebsrisiko durch vertragliche Vereinbarungen begrenzt wird, die einen teilweisen Ausgleich sowie einen Ausgleich im Falle der vorzeitigen Kündigung der Konzession aus vom öffentlichen Auftraggeber oder dem Auftraggeber zu vertretenden Gründen oder im Falle höherer Gewalt vorsehen.

…

(53) Es ist angezeigt, von der vollständigen Anwendung der Richtlinie nur diejenigen Dienstleistungen auszuschließen, die von begrenztem grenzüberschreitenden Interesse sind, nämlich bestimmte Dienstleistungen im Sozial-, Gesundheits- oder Bildungswesen. Diese Dienstleistungen werden vor einem besonderen Hintergrund erbracht, der sich in den einzelnen Mitgliedstaaten aufgrund unterschiedlicher kultureller Traditionen stark unterschiedlich darstellt. Für Konzessionen zur Erbringung dieser Dienstleistungen sollten daher eigene Regelungen gelten, die der Tatsache Rechnung tragen, dass diese Dienstleistungen erst seit Kurzem reglementiert sind. Die Pflicht, eine Vorinformation und eine Zuschlagsbekanntmachung für jede Konzession mit einem Wert mindestens in Höhe des in dieser Richtlinie festgelegten Schwellenwerts zu veröffentlichen, ist ein geeigneter Weg, um sicherzustellen, dass mögliche Bieter über Geschäftsmöglichkeiten informiert werden und dass alle interessierten Kreise Informationen über die Zahl und Art vergebener Konzessionen erhalten. Die Mitgliedstaaten sollten zudem geeignete Verfahren für die Vergabe von Konzessionen für diese Dienstleistungen einführen, um die Wahrung der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer sicherzustellen und es den öffentlichen Auftraggebern und Auftraggebern zu ermöglichen, den Besonderheiten der jeweiligen Dienstleistungen Rechnung zu tragen. …“

5. Art. 1 („Gegenstand und Anwendungsbereich“) dieser Richtlinie bestimmt in seinen Abs. 1 und 4:

„(1) 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.

…

(4) Vereinbarungen, Beschlüsse oder andere Rechtsinstrumente, die die Übertragung von Befugnissen und Zuständigkeiten für die Ausführung öffentlicher Aufgaben zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Auftraggebern oder Verbänden von öffentlichen Auftraggebern oder Auftraggebern regeln und die keine Vergütung für vertragliche Leistungen vorsehen, werden als Angelegenheit der internen Organisation des betreffenden Mitgliedstaats betrachtet und sind als solche in keiner Weise von dieser Richtlinie berührt."

6. Art. 4 der genannten Richtlinie („Freiheit der Festlegung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse") sieht in seinem Abs. 2 vor:

„Nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse fallen nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie."

7. Art. 5 Nr. 1 Buchst. b und Art. 5 Nr. 1 dieser Richtlinie bestimmen:

„Für die Zwecke dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck:

…

b) ‚Dienstleistungskonzession' einen entgeltlichen, schriftlich geschlossenen Vertrag, mit dem ein oder mehrere öffentliche Auftraggeber oder Auftraggeber einen oder mehrere Wirtschaftsteilnehmer mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betrauen, die nicht in der Ausführung von Bauleistungen nach Buchstabe a bestehen, wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht.

Mit der Vergabe einer Bau- oder Dienstleistungskonzession geht auf den Konzessionsnehmer das Betriebsrisiko für die Nutzung des entsprechenden Bauwerks beziehungsweise für die Verwertung der Dienstleistungen über, wobei es sich um ein Nachfrage- und/oder ein Angebotsrisiko handeln kann. Das Betriebsrisiko gilt als vom Konzessionsnehmer getragen, wenn unter normalen Betriebsbedingungen nicht garantiert ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für den Betrieb des Bauwerks oder die Erbringung der Dienstleistungen, die Gegenstand der Konzession sind, wieder erwirtschaftet werden können. Der Teil des auf den Konzessionsnehmer übergegangenen Risikos umfasst es, den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt zu sein, so dass potenzielle geschätzte Verluste des Konzessionsnehmers nicht rein nominell oder vernachlässigbar sind; …"

8. Art. 8 („Schwellenwert und Methoden zur Berechnung des geschätzten Werts von Konzessionen") der Richtlinie 2014/23 bestimmt:

„(1) Diese Richtlinie gilt für Konzessionen, deren Vertragswert mindestens 5 186 000 EUR beträgt.

(2) Der Wert der Konzession entspricht dem vom öffentlichen Auftraggeber oder vom Auftraggeber geschätzten Gesamtumsatz ohne [Mehrwertsteuer (MwSt.)], den der Konzessionsnehmer während der Vertragslaufzeit erzielt, als Gegenleistung für die Bau- und

Dienstleistungen, die Gegenstand der Konzession sind, sowie für die damit verbundenen Lieferungen.

…“

9. Art. 18 („Laufzeit der Konzession“) dieser Richtlinie lautet:

„(1) Die Laufzeit von Konzessionen ist beschränkt. Sie wird vom öffentlichen Auftraggeber oder von dem Auftraggeber je nach den geforderten Bau- oder Dienstleistungen geschätzt.

(2) Bei Konzessionen mit einer Laufzeit von über fünf Jahren darf die Laufzeit der Konzession nicht länger sein als der Zeitraum, innerhalb dessen der Konzessionsnehmer nach vernünftigem Ermessen die Investitionsaufwendungen für den Betrieb des Bauwerks oder die Erbringung der Dienstleistungen zuzüglich einer Rendite auf das investierte Kapital unter Berücksichtigung der zur Verwirklichung der spezifischen Vertragsziele notwendigen Investitionen wieder erwirtschaften kann.

Die für die Berechnung zugrunde gelegten Investitionsaufwendungen umfassen sowohl die zu Anfang getätigten Investitionen, wie auch die während der Laufzeit der Konzession getätigten Investitionen.“

10. Art. 19 („Soziale und andere besondere Dienstleistungen“) der genannten Richtlinie sieht vor:

„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.“

B. Slowenisches Recht

1. ZNKP

11. Art. 2 Nr. 18 des Zakon o nekaterih koncesijskih pogodbah (Gesetz über bestimmte Konzessionsverträge, im Folgenden: ZNKP)[3] bestimmt:

„‚Nicht wirtschaftliche‘ Dienstleistungen von allgemeinem Interesse‘ sind jene nicht wirtschaftlichen 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.“

12. Art. 9 dieses Gesetzes sieht vor:

„Das vorliegende Gesetz gilt für Konzessionsverträge, deren geschätzter Wert ohne Mehrwertsteuer (MwSt.) dem in Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie [2014/23] festgelegten Wert entspricht oder diesen übersteigt.“

[3] *Amtsblatt der Republik Slowenien* Nr. 9/2019 vom 11.2.2019.

13. Art. 10 des genannten Gesetzes lautet:

„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."

14. Art. 11 Abs. 1 dieses Gesetzes bestimmt:

„Dieses Gesetz findet keine Anwendung auf:

1. Konzessionen für nicht wirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse."

15. 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."

2. ZZDej

16. Art. 2 des Zakon o zdravstveni dejavnosti (Gesetz über die Gesundheitsversorgung, im Folgenden: ZZDej) [4] bestimmt:

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

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

17. Art. 3 dieses Gesetzes 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 nicht wirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse erbracht, so dass der Überschuss der Einnahmen über die Ausgaben für die Erledigung und Entwicklung der Gesundheitsversorgung verwendet wird."

[4] *Amtsblatt der Republik Slowenien* Nr. 9/92 vom 21.2.1992.

18. Art. 20 Abs. 1 dieses Gesetzes lautet:

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

3. ZLD-1

19. Art. 1 des Zakon o lekarniški dejavnosti (Gesetz über die Apothekentätigkeit, im Folgenden: ZLD-1) [5] 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."

20. Art. 2 Abs. 1 dieses Gesetzes 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."

21. Art. 4 Abs. 1 Nr. 8 dieses Gesetzes lautet:

„Anbieter einer Apothekentätigkeit ist eine natürliche oder juristische Person, die eine Konzession für die Ausübung einer Apothekentätigkeit nach diesem Gesetz besitzt, eine öffentliche Apothekeneinrichtung, ein Krankenhaus oder ein anderer Anbieter gemäß diesem Gesetz."

22. Art. 5 dieses Gesetzes bestimmt:

„(1) 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.

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

(3) 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."

23. Art. 10 Abs. 2, 3, 4 und 7 des ZLD-1 sieht vor:

„(2) Eine Filialapotheke darf ihre Tätigkeit nur unter der fachlichen Aufsicht der Apotheke ausüben, die sie eingerichtet hat. Der Geschäftsführer der Apotheke, die die Filiale eingerichtet hat, ist für den Betrieb der Filiale verantwortlich.

[5] *Amtsblatt der Republik Slowenien* Nr. 85/16 vom 28.12.2016.

(3) Die Genehmigung zum Betrieb einer Filialapotheke wird von der Gemeinde, auf deren Gebiet die Filiale errichtet wird, nach vorheriger Stellungnahme der Lekarniška zbornica Slovenije (Apothekerkammer Slowenien) und mit Zustimmung des Ministeriums erteilt.

(4) Die Erlaubnis, eine Filialapotheke zu betreiben, kann auch für einen begrenzten Zeitraum oder für eine bestimmte Zeit im Jahr (Tourismussaison) erteilt werden.

…

(7) Eine Filialapotheke nimmt ihre Apothekentätigkeit erst auf, wenn ihr die Genehmigung gemäß Art. 67 Abs. 1 dieses Gesetzes erteilt worden ist.“

24. Art. 15 Abs. 1 dieses Gesetzes lautet:

„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.“

25. Art. 27 Abs. 1 des genannten Gesetzes 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.“

26. Art. 39 Abs. 1 und 2 dieses Gesetzes sieht vor:

„(1) 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 bzw. Leitungsorgan ist, mehr als 50 % des Gesellschaftskapitals dieser Person hält (im Folgenden: Konzessionsnehmer).

(2) Der Konzessionsnehmer richtet die Apotheken oder Filialapotheken als seine eigenen Organisationseinheiten für die Ausübung der Apothekentätigkeit in den Gebieten ein, für die er eine Konzession oder eine Genehmigung für den Betrieb einer Filialapotheke besitzt, gemäß dem Verteilungsplan für Apotheken auf der primären Ebene, vorbehaltlich der vorherigen Stellungnahme der zuständigen Kammer und der Zustimmung des Ministeriums.“

III. Sachverhalt, Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

27. Am 11. März 2022 erteilte die Gemeinde Benedikt ohne vorherige Veröffentlichung einer Konzessionsbekanntmachung MN eine unbefristete Genehmigung für den Betrieb einer Filialapotheke auf ihrem Gebiet.

28. Die Gesellschaft Farmacija, die Klägerin des Ausgangsverfahrens, ist im Handelsregister als Händlerin von pharmazeutischen Produkten eingetragen; ihr Mehrheitsaktionär ist Inhaber einer Lizenz, die ihn zur selbständigen Ausübung des Berufs des Apothekermeisters im Rahmen der Ausübung einer Apothekentätigkeit berechtigt.

29. Farmacija stellte bei der Gemeinde Benedikt einen Überprüfungsantrag mit der Begründung, dass diese mit der Erteilung der Genehmigung eine Konzession für die Ausübung einer Apothekentätigkeit erteilt habe, ohne das geltende Verfahren eingehalten zu haben, was gegen die Richtlinie 2014/23 verstoße.

30. Die Gemeinde Benedikt wies den Überprüfungsantrag ohne inhaltliche Prüfung zurück, da sie der Ansicht war, dass Farmacija weder im Vorprüfungsverfahren noch im eigentlichen Überprüfungsverfahren ein Recht zur Einlegung eines Rechtsbehelfs zustehe. Die Gemeinde Benedikt vertritt also die Auffassung, dass die Erteilung einer Genehmigung für den Betrieb einer Filialapotheke der Sache nach keine Erteilung einer Dienstleistungskonzession darstelle.

31. Farmacija legte gegen diese Entscheidung der Gemeinde Benedikt Beschwerde ein, die von der Gemeinde an die Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Staatliche Kommission für die Überprüfung von Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge, im Folgenden: Staatliche Prüfungskommission oder vorlegende Einrichtung) weitergeleitet wurde.

32. Die Staatliche Prüfungskommission ist der Ansicht, dass die Gemeinde Benedikt mit der Erteilung einer Genehmigung für den Betrieb einer Filialapotheke eine Konzession für die Ausübung einer Apothekentätigkeit erteilt habe. Sie hat jedoch Zweifel, ob pharmazeutische Dienstleistungen der Sache nach Dienstleistungen darstellen, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/23 fallen.

33. Unter diesen Umständen hat die Staatliche Prüfungskommission beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof die folgenden Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen, wobei die zweite Frage nur zu beantworten ist, falls die erste Frage verneint wird:

1. Kann die Dienstleistung der Ausübung einer Apothekentätigkeit, deren Hauptgegenstand in der Abgabe verschreibungspflichtiger und nicht verschreibungspflichtiger Humanarzneimittel an den Anwender einschließlich der Beratung des Anwenders über die ordnungsgemäße und sichere Anwendung dieser Arzneimittel besteht, als „nichtwirtschaftliche Dienstleistung von allgemeinem 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 verschreibungspflichtiger und nicht verschreibungspflichtiger Humanarzneimittel an den Anwender einschließlich der Beratung des Anwenders über die ordnungsgemäße und sichere Anwendung dieser Arzneimittel besteht, unter die sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen im Sinne von Art. 19 der Richtlinie 2014/23 fallen?

IV. Verfahren vor dem Gerichtshof

34. Der Vorlagebeschluss vom 23. November 2023 ist am selben Tag bei der Kanzlei des Gerichtshofs eingegangen.

35. Farmacija, die slowenische, die tschechische und die griechische Regierung sowie die Europäische Kommission haben innerhalb der in Art. 23 der Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union festgelegten Frist schriftliche Erklärungen eingereicht.

36. In der Sitzung vom 12. Dezember 2024 haben die Prozessbevollmächtigten von Farmacija, der slowenischen, der tschechischen und der griechischen Regierung sowie der Kommission Erklärungen abgegeben.

V. Rechtliche Würdigung

A. Zur Einstufung als „Konzession" und den auf sie anwendbaren Vorschriften

37. Wie ich bereits in der Einführung erwähnt habe, geht es in dieser Rechtssache um die Anwendbarkeit der Richtlinie 2014/23 auf den vorliegenden Fall. Nach Ansicht der vorlegenden Einrichtung hängt dies von der Frage ab, ob die in Rede stehenden pharmazeutischen Dienstleistungen als „nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse" eingestuft werden können. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die von der vorlegenden Einrichtung gestellten Fragen auf der Prämisse beruhen, dass der vorliegende Fall eine „Konzession" im Sinne dieser Richtlinie betrifft. Da die slowenische Rechtsordnung verschiedene Regelungen zur Regulierung des Betriebs von Apotheken im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats vorsieht, halte ich es der Vollständigkeit halber für erforderlich, kurz auf den für diesen Bereich geltenden unionsrechtlichen Rahmen und insbesondere auf den Unterschied zwischen den Begriffen „Konzession" und „Genehmigung" einzugehen, zumal nur der erste dieser Begriffe in den Anwendungsbereich der genannten Richtlinie fällt[6].

38. Aus dem 14. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/23 geht nämlich hervor, dass „[b]estimmte Handlungen der Mitgliedstaaten, wie *die Erteilung von Genehmigungen* oder Lizenzen, durch die der Mitgliedstaat oder eine seiner Behörde die Bedingungen für die Ausübung einer Wirtschaftstätigkeit festlegt – einschließlich der Bedingung der Durchführung einer bestimmten Tätigkeit –, die üblicherweise auf Antrag des Wirtschaftsteilnehmers und nicht vom öffentlichen Auftraggeber oder vom Auftraggeber erteilt wird und bei der der Wirtschaftsteilnehmer das Recht hat, sich von der Erbringung von Bau- oder Dienstleistungen zurückzuziehen, … nicht als Konzessionen gelten [sollten]". Aus diesem Erwägungsgrund geht auch hervor, dass „[a]uf Fälle *derartiger Handlungen* der Mitgliedstaaten … die besonderen Bestimmungen der Richtlinie [2006/123] Anwendung [finden]" (Hervorhebung nur hier).

39. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass Art. 4 Nr. 6 der Richtlinie 2006/123 den Begriff „Genehmigungsregelung" definiert und dass aus dieser Definition abgeleitet werden kann, dass unter „Genehmigung" „eine förmliche oder stillschweigende Entscheidung über die Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit" zu verstehen ist. Allerdings bestimmt Art. 2 Abs. 2 Buchst. f dieser Richtlinie, dass sie nicht für „Gesundheitsdienstleistungen" gilt. Im 22. Erwägungsgrund der genannten Richtlinie heißt es, dass „[d]er Ausschluss des Gesundheitswesens vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie … *Gesundheits- und pharmazeutische Dienstleistungen* umfassen [sollte], die von Angehörigen eines Berufs im Gesundheitswesen … erbracht werden" (Hervorhebung nur hier). Mit anderen Worten: Die Richtlinie 2006/123 wäre nicht anwendbar, wenn die Bedingungen für den Betrieb einer Apotheke durch die Erteilung einer „Genehmigung" bestimmt würden.

[6] Vgl. Urteil vom 14. Juli 2016, Promoimpresa u. a. (C-458/14 und C-67/15, EU:C:2016:558, Rn. 45).

40. Wie in den vorliegenden Schlussanträgen bereits erwähnt, scheint dies in der vorliegenden Rechtssache jedoch nicht der Fall zu sein. Nach der von der vorlegenden Einrichtung unter Anwendung des Unionsrechts und in eigener Verantwortung vorgenommenen Einstufung[7] hat die Gemeinde Benedikt eine „Konzession" im Sinne der Richtlinie 2014/23 erteilt. In diesem Zusammenhang ist der 14. Erwägungsgrund dieser Richtlinie von Relevanz, da er besagt, dass „[i]m Gegensatz zu derartigen Handlungen der Mitgliedstaaten … *Konzessionsverträge* wechselseitig bindende Verpflichtungen [enthalten], denen zufolge die Erbringung der Bau- oder Dienstleistungen bestimmten Anforderungen entsprechen muss, die vom öffentlichen Auftraggeber oder vom Auftraggeber festgelegt werden und rechtlich durchsetzbar sind" (Hervorhebung nur hier). Schließlich ist daran zu erinnern, dass für eine „Dienstleistungskonzession" insbesondere eine Lage kennzeichnend ist, in der ein Auftraggeber ein Recht zur Nutzung einer bestimmten Dienstleistung an einen Konzessionär überträgt, wobei Letzterer im Rahmen des geschlossenen Vertrags über eine bestimmte wirtschaftliche Freiheit verfügt, um die Bedingungen zur Nutzung dieses Rechts zu bestimmen, und somit parallel dazu weitgehend den mit dieser Nutzung verbundenen Risiken ausgesetzt ist[8].

41. Im Licht dieser Erwägungen zum rechtlichen Rahmen für die Erteilung von „Konzessionen" und „Genehmigungen" sind die von der vorlegenden Einrichtung vorgelegten Fragen im Folgenden zu prüfen. Diese Fragen werden – im Anschluss an die Behandlung der von der slowenischen Regierung erhobenen Einrede der Unzulässigkeit – in der Reihenfolge geprüft, in der sie gestellt worden sind.

B. Zur Zulässigkeit

42. Die slowenische Regierung bestreitet die Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens mit der Begründung, dass die Staatliche Prüfungskommission im vorliegenden Fall nicht die Eigenschaft eines „Gerichts" im Sinne von Art. 267 AEUV besitze. Konkret macht die slowenische Regierung geltend, es sei nicht möglich, dieses Organ als „Gericht" im Sinne dieser Bestimmung einzustufen, da es nach den Bestimmungen des nationalen Rechts nicht für die Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits zuständig sei.

43. Nach ständiger Rechtsprechung hängt die Beurteilung der Frage, ob es sich bei der vorlegenden Einrichtung um ein „Gericht" handelt, von einer Reihe von Merkmalen ab, wie z. B. der gesetzlichen Grundlage der Einrichtung, ihrem ständigen Charakter, der obligatorischen Gerichtsbarkeit, dem streitigen Verfahren, der Anwendung von Rechtsnormen durch die Einrichtung sowie deren Unabhängigkeit[9]. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof bereits Gelegenheit hatte, sich zur Einstufung der Staatlichen Prüfungskommission als „Gericht" zu äußern. Dieser Umstand verdient besondere Aufmerksamkeit.

[7] Vgl. Urteile vom 21. Juli 2005, Coname (C-231/03, EU:C:2005:487, Rn. 10), vom 10. März 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler (C-274/09, EU:C:2011:130, Rn. 29 und 36), sowie vom 21. Mai 2015, Kansaneläkelaitos (C-269/14, EU:C:2015:329, Rn. 25), zur ausschließlichen Zuständigkeit des nationalen Gerichts, die Einstufung des in Rede stehenden Vorgangs vorzunehmen. Die Aufgabe des Gerichtshofs ist darauf beschränkt, dem nationalen Gericht eine Auslegung des Unionsrechts zu liefern, die für die von ihm zu treffende Entscheidung des bei ihm anhängigen Rechtsstreits sachdienlich ist.

[8] Vgl. Urteile vom 11. Juni 2009, Hans & Christophorus Oymanns (C-300/07, EU:C:2009:358, Rn. 71), und vom 14. Juli 2016, Promoimpresa u. a. (C-458/14 und C-67/15, EU:C:2016:558, Rn. 46).

[9] Vgl. Urteil vom 8. Juni 2017, Medisanus (C-296/15, EU:C:2017:431, Rn. 33 und die dort angeführte Rechtsprechung).

44. In der Rechtssache Medisanus hat der Gerichtshof zum ersten Mal festgestellt, dass die Staatliche Prüfungskommission alle Kriterien erfüllt, um als „einzelstaatliches Gericht“ im Sinne von Art. 267 AEUV eingestuft zu werden [10]. Der Gerichtshof hat diese Einstufung mit einer Reihe von Argumenten begründet, die ich kurz zusammenfassen möchte. Erstens hat der Gerichtshof anerkannt, dass es sich um eine Kommission handelt, die durch das Zakon o pravnem varstvu v postopkih javnega narocanja (Gesetz über die Rechtsbehelfe in Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge) [11] eingerichtet wurde, was ihr einen ständigen Charakter verleiht und ihre Gerichtsbarkeit obligatorisch macht. Zweitens hat der Gerichtshof festgestellt, dass zwischen dieser Kommission und den Behörden, deren Entscheidungen sie kontrolliert, keine Verbindung besteht und dass das Gesetz über das Richteramt für die Mitglieder dieser Kommission Garantien in Bezug auf ihre Ernennung sowie die Dauer ihres Mandats und die Gründe für die Beendigung des Mandats vorsieht, so dass ihre Unabhängigkeit gewährleistet ist. Drittens hat der Gerichtshof erklärt, dass das Verfahren vor der Staatlichen Prüfungskommission kontradiktorisch ist und dass die Entscheidungen, die die Kommission unter Anwendung des Gesetzes über den Rechtsschutz in öffentlichen Auftragsvergabeverfahren und des Gesetzes über den Zivilprozess erlässt, in Rechtskraft erwachsen.

45. Es ist darauf hinzuweisen, dass diese Schlussfolgerung in der Folgezeit vom Gerichtshof in seinen Urteilen in den Rechtssachen Tax-Fin-Lex [12] und SHARENGO [13], in denen es um Vorabentscheidungsersuchen der gleichen Staatlichen Prüfungskommission ging, nicht in Frage gestellt worden ist. Denn in diesen beiden Urteilen hat sich der Gerichtshof anders als im Urteil in der Rechtssache Medisanus nicht mehr mit der Zulässigkeit, insbesondere mit der Einstufung der vorlegenden Einrichtung als „Gericht“ im Sinne von Art. 267 AEUV, befasst, sondern direkt den Gegenstand der von dieser Einrichtung vorgelegten Fragen geprüft. Die slowenische Regierung macht zwar geltend, dass sich das Ausgangsverfahren von den Fällen unterscheide, die Gegenstand der genannten Urteile seien, gibt jedoch nicht an, welches Kriterium der oben angeführten Rechtsprechung die vorlegende Einrichtung in der vorliegenden Rechtssache nicht erfüllen soll. Vor diesem Hintergrund sehe ich keinen Grund, warum der Gerichtshof von der vorgenommenen Einstufung abweichen sollte, zumal diese mehrfach bestätigt worden ist. Es ist offenkundig, dass der Gerichtshof seine Haltung nicht revidiert hat.

46. Das Vorbringen der slowenischen Regierung scheint mir darauf abzuzielen, die Zuständigkeit der vorlegenden Einrichtung für die Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits in Abrede zu stellen und damit die Notwendigkeit, ja sogar die Sachdienlichkeit der Antwort des Gerichtshofs auf die in ihrem Vorabentscheidungsersuchen gestellten Fragen in Zweifel zu ziehen. Die slowenische Regierung macht insbesondere geltend, dass nach nationalem Recht, u. a. nach den Bestimmungen über den Rechtsschutz im Rahmen von Konzessionen, die durch bereichsspezifische Rechtsvorschriften geregelt seien, die vorlegende Einrichtung nicht für die Entscheidung des Ausgangsverfahrens zuständig sein könne. Der rechtliche Schutz nach dem Gesetz über den Rechtsschutz in öffentlichen Auftragsvergabeverfahren sei im vorliegenden Fall nicht anwendbar, da die von der Gemeinde Benedikt getroffene Entscheidung eine Verwaltungsentscheidung sei, die von vornherein vom Bürgermeister der Gemeinde und gegebenenfalls im Rahmen des allgemeinen Verwaltungsverfahrens zu entscheiden gewesen sei.

47. Dieses Vorbringen scheint mir jedoch für die vorliegende Rechtssache irrelevant zu sein, und zwar aus den Gründen, die ich in diesen Schlussanträgen im Folgenden darlegen werde.

[10] Urteil vom 8. Juni 2017, Medisanus (C-296/15, EU:C:2017:431, Rn. 32 bis 38).

[11] *Amtsblatt der Republik Slowenien* Nr. 43/11 vom 3.6.2011.

[12] Urteil vom 10. September 2020, Tax-Fin-Lex (C-367/19, EU:C:2020:685).

[13] Urteil vom 10. November 2022, SHARENGO (C-486/21, EU:C:2022:868).

48. Zum einen möchte ich darauf hinweisen, dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs die Behauptung, das vorlegende Gericht sei nach den Regeln des nationalen Rechts nicht zuständig, um einen Rechtsstreit zu entscheiden, nicht ausreichen kann, um zur Unzulässigkeit dieses Vorabentscheidungsersuchens zu führen, da es nicht Sache des Gerichtshofs ist, die Beurteilung der nationalen Vorschriften über die Gerichtsorganisation und das gerichtliche Verfahren durch das vorlegende Gericht in Frage zu stellen [14]. Denn der Gerichtshof ist an die von einem Gericht eines Mitgliedstaats erlassene Vorlageentscheidung gebunden, solange sie nicht aufgrund eines im nationalen Recht eventuell vorgesehenen Rechtsbehelfs aufgehoben worden ist [15]. Für die Beurteilung der Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 267 AEUV reicht es daher grundsätzlich aus, dass sich die vorlegende Einrichtung im Ausgangsverfahren für zuständig erklärt hat [16], ohne dass es auf die genaue rechtliche Einordnung der angefochtenen Verwaltungsentscheidung, im vorliegenden Fall die Erteilung einer „Konzession“, ankommt.

49. Zum anderen ist darauf hinzuweisen, dass es im Rahmen der durch Art. 267 AEUV geschaffenen Zusammenarbeit zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten allein Sache des mit dem Rechtsstreit befassten nationalen Gerichts, in dessen Verantwortungsbereich die zu erlassende gerichtliche Entscheidung fällt, ist, im Hinblick auf die Besonderheiten der Rechtssache sowohl die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung für den Erlass seines Urteils als auch die Erheblichkeit der dem Gerichtshof von ihm vorgelegten Fragen zu beurteilen. Betreffen daher die vorgelegten Fragen die Auslegung oder die Gültigkeit einer Vorschrift des Unionsrechts, ist der Gerichtshof grundsätzlich gehalten, darüber zu befinden.

50. Folglich spricht eine Vermutung für die Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefragen zum Unionsrecht. Der Gerichtshof kann das Ersuchen eines nationalen Gerichts zur Entscheidung über eine Vorlagefrage nur dann zurückweisen, wenn die erbetene Auslegung oder Prüfung der Gültigkeit einer Regelung des Unionsrechts offensichtlich in keinem Zusammenhang mit den Gegebenheiten oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits steht, wenn das Problem hypothetischer Natur ist oder wenn er nicht über die tatsächlichen und rechtlichen Angaben verfügt, die für eine zweckdienliche Beantwortung der ihm vorgelegten Fragen erforderlich sind [17]. Im vorliegenden Fall ist nicht ersichtlich, dass die von der vorlegenden Einrichtung erbetene Auslegung des Unionsrechts in keinem Zusammenhang mit den Gegebenheiten oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits stünde oder dass das von ihr aufgeworfene Problem hypothetischer Natur wäre.

51. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen bin ich der Ansicht, dass das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen zulässig ist. Der Gerichtshof sollte folglich die von der vorlegenden Einrichtung gestellten Fragen beantworten.

[14] Vgl. Urteile vom 10. Dezember 2018, Wightman u. a. (C-621/18, EU:C:2018:999, Rn. 30), und vom 30. September 2020, CPAS de Liège (C-233/19, EU:C:2020:757, Rn. 36 und die dort angeführte Rechtsprechung), sowie Schlussanträge des Generalanwalts Szpunar in der Rechtssache TGSS (Arbeitslosigkeit von Hausangestellten) (C-389/20, EU:C:2021:777, Nr. 28).

[15] Vgl. Urteil vom 16. Juli 2020, Governo della Repubblica italiana (Status der italienischen Friedensrichter) (C-658/18, EU:C:2020:572, Rn. 61).

[16] Vorbehaltlich der in der nationalen Rechtsordnung vorgesehenen Überprüfung durch ein höheres Gericht.

[17] Vgl. Urteile vom 1. Juli 2010, Sbarigia (C-393/08, EU:C:2010:388, Rn. 19 und 20), vom 27. März 2014, Consejería de Infraestructuras y Transporte de la Generalitat Valenciana und Iberdrola Distribución Eléctrica (C-300/13, EU:C:2014:188, Rn. 16), sowie vom 21. März 2024, LEA (C-10/22, EU:C:2024:254, Rn. 36 und 37).

C. Zu den Vorlagefragen

1. Zur ersten Vorlagefrage

52. Mit ihrer ersten Frage möchte die vorlegende Einrichtung im Wesentlichen wissen, ob die Tätigkeit des Betriebs einer Apotheke, deren wesentlicher Teil darin besteht, an die Anwender mit oder ohne Rezept Humanarzneimittel abzugeben und sie über den ordnungsgemäßen und sicheren Gebrauch dieser Arzneimittel zu beraten, unter den Begriff der „nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ im Sinne von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2014/23 fällt.

a) Zum Begriff der „nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“

53. Zunächst stelle ich fest, dass der Begriff der „nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ *zwei Elemente* umfasst. Um unter Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2014/23 zu fallen, muss eine Dienstleistung erstens *für Zwecke des Allgemeininteresses erbracht* werden und zweitens einen *nicht wirtschaftlichen Charakter* aufweisen. Da beide Elemente kumulativ zu verstehen sind, führt das Fehlen nur eines davon dazu, dass diese Bestimmung nicht anwendbar ist. Für die Zwecke dieser Schlussanträge ziehe ich es vor, mich auf das Merkmal „nichtwirtschaftlich“ zu konzentrieren und das Element „von allgemeinem Interesse“ nicht zu behandeln, da dieser Ansatz meiner Meinung nach ausreicht, um der nationalen Gerichtsbarkeit eine zweckdienliche Antwort zu geben. Die Frage, ob das Element „allgemeines Interesse“ im vorliegenden Konzept eine eigenständige Bedeutung hat, d. h. ob eine „nichtwirtschaftliche Dienstleistung“ immer dem „allgemeinen Interesse“ entspricht oder ob eine solche Dienstleistung auch nicht im „allgemeinen Interesse“ erbracht werden kann, ist zwar aus akademischer Sicht interessant, muss im vorliegenden Fall jedoch nicht geklärt werden.

54. Ich werde die Kriterien zur Unterscheidung einer „nichtwirtschaftlichen“ Tätigkeit von einer Tätigkeit mit „wirtschaftlichem“ Charakter in Erinnerung rufen, bevor ich sie auf den vorliegenden Fall des Betriebs einer Apotheke anwende. Bevor ich jedoch mit dieser Analyse beginne, halte ich es für notwendig, die vorgelagerte Frage des Ermessensspielraums der Mitgliedstaaten bei der Definition von „nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ zu untersuchen. Dieser Spielraum ist nämlich der Dreh- und Angelpunkt der Argumentation der slowenischen Regierung, wonach im Wesentlichen eine „nichtwirtschaftliche Dienstleistung von allgemeinem Interesse“ das ist, was der nationale Gesetzgeber als solche definiert.

b) Zum Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten bei der Definition von „nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“

55. Gemäß Art. 4 („Freiheit der Festlegung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“) Abs. 2 der Richtlinie 2014/23 fallen „nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie. Wie der sechste Erwägungsgrund dieser Richtlinie bestätigt, können nämlich die Mitgliedstaaten entscheiden, ob Dienstleistungen als „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ oder als „nichtwirtschaftliche Dienste von allgemeinem Interesse“ oder in Form einer Kombination aus beidem erbracht werden, sofern das Unionsrecht, insbesondere die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung, der Transparenz und des freien Personenverkehrs, eingehalten werden. Der genannte Erwägungsgrund schließt jedoch ausdrücklich die

Finanzierung von „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ und von den Mitgliedstaaten gewährte Beihilfen – insbesondere auf sozialem Gebiet – *sowie „nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse*“ aus dem Anwendungsbereich dieser Richtlinie aus.

56. Es ist darauf hinzuweisen, dass ein solcher Ausschluss auch im Rahmen der Richtlinie 2006/123 gilt, da Art. 2 Abs. 2 Buchst. a dieser Richtlinie besagt, dass sie keine Anwendung auf „*nicht-wirtschaftliche* Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ findet. Darüber hinaus ist zu beachten, dass „Gesundheitsdienstleistungen“ in Art. 2 Abs. 2 Buchst. f dieser Richtlinie *gesondert* vom Anwendungsbereich *ausgeschlossen* werden [18]. Zwar schließt diese Bestimmung die „pharmazeutischen Dienstleistungen“, die im Mittelpunkt der vorliegenden Rechtssache stehen, nicht ein, doch wird im 22. Erwägungsgrund dieser Richtlinie ausdrücklich auf sie verwiesen, was zur Folge hat, dass die Richtlinie auf diese Art von Dienstleistungen nicht anwendbar ist. Schließlich stelle ich in diesem Zusammenhang fest, dass der Begriff „Dienstleistung“ im Sinne der Richtlinie 2006/123 selbst „wirtschaftlicher“ Natur ist, da dieser Begriff gemäß Art. 4 Nr. 1 dieser Richtlinie zu verstehen ist als „*jede* von Artikel [57 AEUV] erfasste selbstständige *Tätigkeit, die in der Regel gegen Entgelt erbracht wird*“ (Hervorhebung nur hier).

57. In Anbetracht dieser Beobachtungen ist an diesem Punkt der Analyse festzuhalten, dass zum einen die Einstufung als „nichtwirtschaftliche Dienstleistung von allgemeinem Interesse“ entscheidend ist, um festzustellen, welche Regelung auf einen konkreten Fall anwendbar ist. Zum anderen ist es offensichtlich, dass die „Dienstleistung“ in Anbetracht der Tatsache, dass die Einstufung von den Merkmalen der betreffenden „Dienstleistung“ abhängt, Gegenstand einer Einzelfallbeurteilung sein muss. Der Begriff „nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“, auf den die vorlegende Einrichtung in ihrer ersten Frage Bezug nimmt, wird in Art. 2 des Protokolls Nr. 26 über Dienste von allgemeinem Interesse im Anhang zum AEUV (im Folgenden: Protokoll Nr. 26) genannt, wo es heißt, dass „[d]ie Bestimmungen der Verträge … in keiner Weise die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten [berühren], nichtwirtschaftliche Dienste von allgemeinem Interesse zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu organisieren“. Der Begriff ist jedoch weder im AEUV noch im abgeleiteten Recht definiert [19]. Insbesondere in der Richtlinie 2014/23 wird der Begriff „nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ nicht definiert.

58. Des Weiteren möchte ich hervorheben, dass Art. 4 Abs. 2 dieser Richtlinie keinen ausdrücklichen Verweis auf das Recht der Mitgliedstaaten enthält. Es stellt sich daher die Frage, ob diese aufgrund ihrer Zuständigkeit für die Bereitstellung, Beauftragung und Organisation von nicht wirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, die gemäß Art. 2 des Protokolls Nr. 26 durch die Bestimmungen der Verträge in keiner Weise berührt wird, frei in der Definition dessen bleiben, was unter diesen Begriff fällt. Falls der Begriff „nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ allerdings einer autonomen Auslegung des Unionsrechts unterliegt, stellt sich die Frage nach seinem Verhältnis zu Art. 2 des Protokolls Nr. 26. Die Antwort auf diese Frage ergibt sich aus den Grundsätzen für das Funktionieren des Binnenmarkts.

59. Das ordnungsgemäße Funktionieren des Binnenmarkts der Union, der unter anderem den freien Dienstleistungsverkehr und die Niederlassungsfreiheit umfasst, wie aus Art. 26 Abs. 2 AEUV hervorgeht, kann nur durch ein *einheitliches Verständnis* des Begriffs

[18] Vgl. Nr. 39 der vorliegenden Schlussanträge.

[19] Darüber hinaus gibt es keine Definition von „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“, obwohl diese in Art. 14 und Art. 106 Abs. 2 AEUV sowie im Protokoll Nr. 26 erwähnt werden.

„nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ gewährleistet werden, da ansonsten die Gefahr einer uneinheitlichen Anwendung seiner Vorschriften bestehen würde, die zu seiner Fragmentierung führen könnte.

60. Der Binnenmarkt erfordert per Definition, dass überall in der Union die *gleichen Bedingungen* für die Ausübung einer Wirtschaftstätigkeit herrschen. Zu diesem Zweck werden die Grundfreiheiten, die einen Raum ohne Binnengrenzen und ohne rechtliche Hindernisse gewährleisten, *einheitlich ausgelegt und angewandt*. Denn damit sich natürliche und juristische Personen unmittelbar und gleichberechtigt auf sie berufen können, *müssen Inhalt und Tragweite der in den Verträgen verankerten Rechte identisch sein* [20]. Hingegen bleiben nationale Regelungen, die den Zielen des Binnenmarkts zuwiderlaufen, unangewendet [21]. Erweist sich eine Regelung in bestimmten Bereichen für die Verwirklichung des Binnenmarkts als erforderlich, kann der Unionsgesetzgeber gemäß Art. 114 AEUV Maßnahmen zur *Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften* der Mitgliedstaaten erlassen. Der Binnenmarkt ist somit eine der wichtigsten Errungenschaften der Union, da er einen integrierten Wirtschaftsraum vorsieht, an dem alle Mitgliedstaaten und andere assoziierte Staaten beteiligt sind [22].

61. Würde man jedoch vorbehaltlos der Argumentation der slowenischen Regierung folgen, wonach die in Rede stehenden Dienstleistungen als „nichtwirtschaftliche“ Tätigkeiten einzustufen seien, weil der nationale Gesetzgeber sie in Übereinstimmung mit den historischen, kulturellen und politischen Traditionen dieses Mitgliedstaats als solche definiert habe, hätte dies meines Erachtens genau eine solche *Gefahr der Fragmentierung* des Binnenmarkts zur Folge. Angesichts der Tatsache, dass die Modalitäten der Apothekentätigkeit aufgrund der Besonderheiten der anwendbaren nationalen Vorschriften von einem Mitgliedstaat zum anderen erheblich variieren können, kann die rechtliche Einordnung ihrer Natur durch die Mitgliedstaaten allein nicht maßgeblich sein. Es ist nämlich festzustellen, dass in diesem Stadium der Entwicklung des Unionsrechts keine Bestimmung des Unionsrechts Vorschriften über die Aufnahme von Tätigkeiten im Apothekenwesen aufstellt, die darauf abzielen, die Voraussetzungen festzulegen, unter denen im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten neue Apotheken und Filialen dieser Apotheken errichtet werden können [23].

62. Die in Art. 2 des Protokolls Nr. 26 verankerte Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, nicht wirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu erbringen, in Auftrag zu geben und zu organisieren, kann einem autonomen Verständnis des Begriffs „nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ nicht entgegenstehen. Zwar trifft es zu, dass das Unionsrecht gemäß Art. 168 Abs. 7 AEUV, wie er durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs ausgelegt worden ist, die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit und insbesondere für den Erlass von Vorschriften zur Organisation von Diensten im Gesundheitswesen wie der öffentlichen Apotheken unberührt lässt. Es ist jedoch daran zu erinnern, dass der Gerichtshof bestätigt hat, dass die Mitgliedstaaten bei der Ausübung dieser Zuständigkeit das Unionsrecht und insbesondere die Vertragsbestimmungen über die

[20] Vgl. Urteil vom 24. Mai 2011, Kommission/Frankreich (C-50/08, EU:C:2011:335, Rn. 67 ff.).

[21] Vgl. Urteil vom 8. September 2010, Winner Wetten (C-409/06, EU:C:2010:503, Rn. 69).

[22] Eines der Hauptziele des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) ist die möglichst umfassende Verwirklichung der Freizügigkeit und des freien Waren-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrs im gesamten EWR, so dass der innerhalb des Unionsgebiets verwirklichte Binnenmarkt auf die Staaten der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) ausgeweitet wird. Im Hinblick darauf dienen mehrere Bestimmungen des EWR-Abkommens dazu, dessen möglichst einheitliche Auslegung im gesamten EWR sicherzustellen. In diesem Rahmen ist es Sache des Gerichtshofs, darüber zu wachen, dass die Vorschriften dieses Abkommens, die im Wesentlichen mit denen des AEU-Vertrags identisch sind, innerhalb der Mitgliedstaaten einheitlich ausgelegt werden (vgl. Urteil vom 2. April 2020, Ruska Federacija, C-897/19 PPU, EU:C:2020:262, Rn. 50).

[23] Vgl. Urteile vom 1. Juni 2010, Blanco Pérez und Chao Gómez (C-570/07 und C-571/07, EU:C:2010:300, Rn. 45), sowie vom 21. Juni 2012, Susisalo u. a. (C-84/11, EU:C:2012:374, Rn. 29).

Grundfreiheiten einschließlich der Niederlassungsfreiheit beachten müssen. Diese Bestimmungen untersagen es den Mitgliedstaaten, ungerechtfertigte Beschränkungen der Ausübung dieser Freiheiten im Bereich der Gesundheitsversorgung einzuführen oder beizubehalten [24].

63. Das Binnenmarktrecht der Union begrenzt somit den Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten, unabhängig von ihrer Befugnis, das Niveau, auf dem sie den Schutz der öffentlichen Gesundheit gewährleisten wollen, sowie die Art und Weise, wie dieses Niveau erreicht werden soll, festzulegen. In diesem Zusammenhang sei daran erinnert, dass sich der Gerichtshof bereits mehrfach zu den Bedingungen für die Niederlassung von Filialapotheken geäußert und entschieden hat, dass es zulässig ist, die Niederlassungsfreiheit aus Gründen des Allgemeininteresses einzuschränken, sofern sie geeignet sind, die Erreichung des mit ihnen verfolgten Ziels zu gewährleisten, und nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist [25].

c) Zur Einstufung von pharmazeutischen Dienstleistungen als „wirtschaftliche Tätigkeit" im Sinne der Grundfreiheiten

64. Meines Erachtens muss zur Beantwortung der ersten Vorlagefrage an die Rechtsprechung des Gerichtshofs erinnert werden, in der dieser definiert hat, was eine „wirtschaftliche Tätigkeit" im Sinne des Binnenmarktrechts der Union darstellt. Wie ich bereits erwähnt habe, ist die „wirtschaftliche" Natur einer bestimmten Tätigkeit ausschlaggebend für die Abgrenzung zwischen dem Bereich der „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse" und dem der „nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse". Dieses Kriterium grenzt somit die Reichweite der Zuständigkeiten der Union von denen der Mitgliedstaaten ab [26]. Da sich die beiden Begriffe gegenseitig ausschließen, ist es logisch, dass die Konturen des Begriffs „wirtschaftliche Tätigkeit" die Klärung der Frage ermöglichen, was unter einer „nichtwirtschaftlichen Tätigkeit" zu verstehen ist. Auf der Grundlage dieser Unterscheidung wird es möglich sein, zu bestimmen, wie „pharmazeutische Dienstleistungen" zu definieren sind.

65. Ein solcher Ansatz würde der Tatsache Rechnung tragen, dass die Richtlinie 2014/23 die Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr, deren Geltungsbereich auf „wirtschaftliche Tätigkeiten" beschränkt ist [27], umsetzt – wie die Wahl der Rechtsgrundlagen in Art. 53 Abs. 1, Art. 61 und Art. 114 AEUV, auf deren Grundlage diese Richtlinie erlassen wurde, zeigt. Diese Auslegung wird im Übrigen durch Art. 1 Abs. 4 der genannten Richtlinie bestätigt, der ausdrücklich vorsieht, dass jede vertragliche Leistung, die nicht vergütet wird, vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie ausgeschlossen ist.

66. Insoweit ist zunächst daran zu erinnern, dass der Gerichtshof entschieden hat, dass *Dienstleistungen, die normalerweise gegen Entgelt erbracht werden*, „wirtschaftliche Tätigkeiten" sind, wobei das Wesensmerkmal des Entgelts darin besteht, dass es *die wirtschaftliche Gegenleistung für die* betreffende *Leistung* darstellt, ohne dass es jedoch von demjenigen bezahlt werden müsste, dem die Leistung zugutekommt [28]. Aus der Vorlageentscheidung geht hervor,

[24] Vgl. Urteile vom 19. Mai 2009, Apothekerkammer des Saarlandes u. a. (C-171/07 und C-172/07, EU:C:2009:316, Rn. 18), sowie vom 21. Juni 2012, Susisalo u. a. (C-84/11, EU:C:2012:374, Rn. 26 und 27).

[25] Vgl. Urteile vom 19. Mai 2009, Apothekerkammer des Saarlandes u. a. (C-171/07 und C-172/07, EU:C:2009:316, Rn. 25), sowie vom 1. Juni 2010, Blanco Pérez und Chao Gómez (C-570/07 und C-571/07, EU:C:2010:300, Rn. 61).

[26] Hatzopoulos, V., *Regulating Services in the European Union*, Oxford University Press, 2012, S. 46, erklärt, dass Art. 2 des Protokolls Nr. 26 die Reichweite des Unionsrechts festlege.

[27] Vgl. Urteil vom 14. Juli 2022, ASADE (C-436/20, EU:C:2022:559, Rn. 59).

[28] Vgl. Urteil vom 14. Juli 2022, ASADE (C-436/20, EU:C:2022:559, Rn. 60).

dass die in Rede stehenden pharmazeutischen Dienstleistungen im Wesentlichen die Abgabe verschreibungspflichtiger und nicht verschreibungspflichtiger Human- und Tierarzneimittel in Verbindung mit der Beratung über die richtige und sichere Anwendung dieser Arzneimittel zum Gegenstand haben. Diese pharmazeutischen Dienstleistungen werden entweder aus öffentlichen Mitteln finanziert, wenn es sich um verschreibungspflichtige Arzneimittel handelt, die von der öffentlichen Krankenversicherung gedeckt sind, oder direkt vom Verbraucher, wenn es sich um Arzneimittel handelt, die nicht von dieser Versicherung gedeckt sind.

67. Der Gerichtshof hat in seiner Rechtsprechung ausdrücklich anerkannt, dass die Apothekentätigkeit *den Apothekenbetreibern Gewinne einbringt*, auch wenn sie angesichts der Bedeutung des Ziels der öffentlichen Gesundheit in der Regel nicht nur im wirtschaftlichen, sondern auch im öffentlichen sozialen und beruflichen Interesse ausgeübt wird [29]. Diese Rechtsprechung steht im Einklang mit der ebenfalls vom Gerichtshof getroffenen Feststellung, dass der Erwerb einer Apotheke, soweit er *die Ausübung einer „wirtschaftlichen Tätigkeit"* mittels einer festen Einrichtung auf unbestimmte Zeit *ermöglicht*, in den Anwendungsbereich von Art. 49 AEUV über die Niederlassungsfreiheit fällt [30].

68. In einem ähnlichen Bereich hat der Gerichtshof klargestellt, dass fachärztliche Dienstleistungen, die von unabhängigen Fachärzten in ihrer Eigenschaft als selbständige Wirtschaftsteilnehmer auf eigenes Risiko und gegen Entgelt erbracht werden, als „wirtschaftliche Tätigkeit" angesehen werden sollten [31]. Der Verweis auf den Ausdruck „Übernahme von Risiken", der gerade das Unionsrecht in Bezug auf Konzessionen kennzeichnet [32], ist in diesem Zusammenhang nicht uninteressant, da er zeigt, dass die Vergabe von Konzessionen im Bereich des öffentlichen Gesundheitswesens nicht ausgeschlossen ist.

69. Obwohl die oben zitierte Rechtsprechung sicherlich wertvolle Anhaltspunkte für die Behandlung einiger der Fragen liefert, die von den Beteiligten in der vorliegenden Rechtssache aufgeworfen worden sind, bin ich gleichwohl der Ansicht, dass eine eingehendere Analyse erforderlich ist, um den „wirtschaftlichen" Charakter der Tätigkeit des Apothekers zu untermauern. Diese Analyse wird sich auf die Gründe konzentrieren, die den Gerichtshof meiner Einschätzung nach dazu veranlasst haben, eine solche Einstufung vorzunehmen.

70. Zum einen ist zu berücksichtigen, dass der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung betont hat, dass die Begriffe „Wirtschaftsleben [bzw. wirtschaftliche Aktivität]" und „Dienstleistung", da sie den Anwendungsbereich einer der Grundfreiheiten des EG-Vertrags garantieren, *nicht einschränkend ausgelegt werden dürfen* [33]. So gesehen scheint es mir aus rechtlicher Sicht folgerichtig, dass eine eng mit der öffentlichen Gesundheit verbundene Tätigkeit wie die eines Apothekers in den Anwendungsbereich der in Rede stehenden Grundfreiheiten, d. h. der Niederlassungsfreiheit, fällt und folglich „wirtschaftlichen" Charakter hat.

71. Zum anderen ermöglicht die Tatsache, dass sich der Gerichtshof bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Natur der in Rede stehenden Tätigkeit auf das Element der Vergütung gestützt hat – unabhängig davon, wer diese Vergütung gezahlt hat –, Leistungen, die vom Nutzer, aber

[29] Vgl. Urteil vom 19. Mai 2009, Apothekerkammer des Saarlandes u. a. (C-171/07 und C-172/07, EU:C:2009:316, Rn. 37). Konkret hat der Gerichtshof festgestellt, dass „[sich] [f]ür den Betreiber, der Apotheker ist, … nicht leugnen [lässt], dass *er ebenso wie andere Personen das Ziel verfolgt, Gewinne zu erwirtschaften*" (Hervorhebung nur hier).

[30] Vgl. Urteil vom 19. Mai 2009, Apothekerkammer des Saarlandes u. a. (C-171/07 und C-172/07, EU:C:2009:316, Rn. 23 und 24), sowie vom 19. Dezember 2019, Comune di Bernareggio (C-465/18, EU:C:2019:1125, Rn. 27).

[31] Vgl. Urteil vom 12. September 2000, Pavlov u. a. (C-180/98 bis C-184/98, EU:C:2000:428, Rn. 76 und 77).

[32] Vgl. Nr. 40 der vorliegenden Schlussanträge.

[33] Vgl. Urteil vom 11. April 2000, Deliège (C-51/96 und C-191/97, EU:C:2000:199, Rn. 52).

auch vom Mitgliedstaat bezahlt werden, unter den Begriff der „wirtschaftlichen Tätigkeit“ zu fassen. Letzteres bedeutet, dass Aspekte, die sich auf die Finanzierung eines nationalen Gesundheitssystems beziehen, eine gewisse Rolle spielen können und daher in der Analyse berücksichtigt werden müssen.

72. In der vorliegenden Rechtssache hat der Gerichtshof zu prüfen, ob eine Tätigkeit aus dem Grund nicht mehr „wirtschaftlicher“ Natur ist, weil sie auch aus staatlichen Mitteln finanziert wird. Die Argumentation der slowenischen Regierung läuft im Wesentlichen darauf hinaus, dem System des Apothekenbetriebs in Slowenien den „wirtschaftlichen“ Charakter abzusprechen, indem sie sich auf das Solidaritätsprinzip beruft, das diesem System zugrunde liegt. Dieser Argumentation zufolge unterscheidet sich der Betrieb einer Apotheke durch den sozialen Zweck des Systems, durch die Anwendung des Solidaritätsprinzips, durch das Fehlen einer Gewinnerzielungsabsicht sowie durch die staatliche Kontrolle dieser Tätigkeit eindeutig von einer „wirtschaftlichen Tätigkeit“.

73. Ich halte diese Argumentation aus den Gründen, die ich im Folgenden in diesen Schlussanträgen darlegen werde, nicht für überzeugend. Wie die tschechische Regierung bin ich der Ansicht, dass es für die Bestimmung der Natur der in Rede stehenden Dienstleistungen nicht relevant ist, dass die Apothekentätigkeit in Slowenien im Rahmen des öffentlichen Gesundheitssystems ausgeübt wird. Die Erbringung einer pharmazeutischen Dienstleistung in Apotheken, wie in der Vorlageentscheidung beschrieben, *beinhaltet nicht die Ausübung hoheitlicher Gewalt* im Sinne von Art. 51 AEUV in Verbindung mit Art. 62 AEUV, da die in Rede stehenden Tätigkeiten nicht unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung von hoheitlichen Befugnissen verbunden sind [34]. Es gibt daher keinen sachlichen Grund, diese Dienstleistung von der Einstufung als „wirtschaftliche Tätigkeit“ auszunehmen, nur weil sie eine *Nähe zum politischen Handeln der Regierung*, in diesem Fall der Gesundheitspolitik, aufweist.

74. Darüber hinaus scheint mir die Existenz eines Transfers öffentlicher Gelder zur Finanzierung der von der Krankenversicherung gedeckten Arzneimittel nicht geeignet, die „wirtschaftliche“ Natur der von Apotheken erbrachten Dienstleistung zu tangieren. Eine Dienstleistung behält ihren entgeltlichen Charakter auch dann, wenn ihre Erbringung aus öffentlichen Mitteln finanziert wird. In diesem Zusammenhang sei daran erinnert, dass der Gerichtshof bereits entschieden hat, dass die Zahlungen der Krankenkassen die wirtschaftliche Gegenleistung für die Leistungen des Krankenhauses darstellen und für die Krankenanstalt, der sie zugutekommen und die sich „wirtschaftlich“ betätigt, Entgeltcharakter aufweisen [35].

75. Das von der slowenischen Regierung vorgebrachte Argument, dass die gewinnbringende Tätigkeit der Apotheke nur ein Begleitumstand der Haupttätigkeit einer nicht wirtschaftlichen öffentlichen Dienstleistung ohne das primäre Ziel der Gewinnerzielung sei, scheint mir nicht ausreichend, um den „wirtschaftlichen“ Charakter dieser Tätigkeit zu verneinen. Wie der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung festgestellt hat, ist der „wirtschaftliche“ Charakter einer Tätigkeit *unabhängig von jeglicher Gewinnerzielungsabsicht* [36]. Insbesondere hat der Gerichtshof entschieden, dass die Tatsache, dass die Tätigkeit von einer Einrichtung ausgeübt wird, die keine Gewinnerzielung anstrebt, nicht ausschließt, dass diese Einrichtung eine „wirtschaftliche

[34] Vgl. Urteil vom 6. September 2011, Scattolon (C-108/10, EU:C:2011:542, Rn. 43 und 44).

[35] Vgl. Urteil vom 12. Juli 2001, Smits und Peerbooms (C-157/99, EU:C:2001:404, Rn. 58).

[36] Vgl. Urteile vom 18. Dezember 2007, Jundt (C-281/06, EU:C:2007:816, Rn. 33), und vom 23. Februar 2016, Kommission/Ungarn (C-179/14, EU:C:2016:108, Rn. 154).

Tätigkeit“ ausüben kann [37]. Dies gilt umso mehr, da private Apothekenbetreiber eine Gewinnerzielung anstreben, wie die slowenische Regierung in der mündlichen Verhandlung eingeräumt hat, auch wenn dieses Ziel anderen Zielen untergeordnet ist, die insbesondere mit dem Schutz der öffentlichen Gesundheit verbunden sind.

76. Angesichts der *weiten Definition des Begriffs „wirtschaftliche Tätigkeit“ im Kontext der Grundfreiheiten* hat der Gerichtshof beispielsweise nicht gezögert, vertragliche Vereinbarungen über den Krankentransport als „Dienstleistungen“ im Sinne der Richtlinie 2004/18/EG [38] einzustufen, selbst wenn der öffentliche Auftraggeber diese Vereinbarungen mit Freiwilligenorganisationen geschlossen hat und diese Vereinbarungen auf dem Grundsatz der Solidarität beruhten [39]. Derselben Logik folgend hat der Gerichtshof entschieden, dass die Tatsache, dass die Tätigkeit ohne Gewinnerzielungsabsicht von einem privaten Partner wie einem Sozialträger ausgeübt wird, nicht ausschließt, dass sie als „wirtschaftliche Tätigkeit“ eingestuft wird [40].

77. Wie ich bereits in meiner Darstellung des geltenden Rechtsrahmens angedeutet habe, zeigt außerdem die Entscheidung des Unionsgesetzgebers, pharmazeutische Dienstleistungen ausdrücklich vom Anwendungsbereich der Richtlinie 2006/123 auszunehmen, meiner Ansicht nach, dass er sie nicht als „nichtwirtschaftliche Dienstleistungen“ betrachtet hat. Er wollte diese Art von Dienstleistungen schlichtweg nicht den spezifischen Regeln dieser Richtlinie unterwerfen [41].

78. Abschließend möchte ich darauf hinweisen, dass alle öffentlichen Gesundheitssysteme der Mitgliedstaaten dadurch gekennzeichnet sind, dass sie auf den Grundsätzen der Möglichkeit des Zugangs zu einer Gesundheitsversorgung, der Universalität und, in mehr oder weniger starkem Maße, auf dem Grundsatz der Solidarität beruhen. Deshalb werden diese Grundsätze ebenso wie der Grundsatz der Gerechtigkeit als gemeinsame Werte und Prinzipien der Gesundheitssysteme in der Union betrachtet [42]. Diese Tatsache spiegelt sich insbesondere in ihrer Finanzierung wider. Daher scheint mir, dass das in der vorliegenden Rechtssache in Rede stehende Gesundheitssystem, wie es von der slowenischen Regierung beschrieben wird [43], keine besonderen Merkmale aufweist, die eine andere Beurteilung rechtfertigen würden.

79. Diese Schlussfolgerung wird meines Erachtens nicht durch den Beschluss C(2024) 3755 final der Kommission vom 10. Juni 2024 in der Sache SA.45844 [44] widerlegt, in dem festgestellt wird, dass das System der Erbringung von Gesundheitsdienstleistungen auf der Grundlage des Solidaritätsprinzips in Slowenien keine staatlichen Beihilfen im Sinne von Art. 107 AEUV enthalte. In diesem Zusammenhang ist zum einen zu beachten, dass *dieser Beschluss nicht den*

[37] Vgl. Urteile vom 23. Dezember 2009, CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807, Rn. 45), und vom 19. Juni 2014, Centro Hospitalar de Setúbal und SUCH (C-574/12, EU:C:2014:2004, Rn. 33), sowie Schlussanträge der Generalanwältin Medina in der Rechtssache ASADE (C-436/20, EU:C:2022:77, Nr. 54).

[38] Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. 2004, L 134, S. 114).

[39] Urteile vom 29. November 2007, Kommission/Italien (C-119/06, EU:C:2007:729, Rn. 36 bis 41), vom 11. Dezember 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino“ u. a. (C-113/13, EU:C:2014:2440, Rn. 32 bis 43), und vom 28. Januar 2016, CASTA u. a. (C-50/14, EU:C:2016:56, Rn. 33 bis 41).

[40] Vgl. Urteil vom 19. Juni 2014, Centro Hospitalar de Setúbal und SUCH (C-574/12, EU:C:2014:2004, Rn. 33).

[41] Vgl. Nr. 56 der vorliegenden Schlussanträge.

[42] Vgl. Schlussfolgerungen des Rates zum Thema „Gemeinsame Werte und Prinzipien in den Europäischen Union-Gesundheitssystemen“ (2006/C 146/01) (ABl. 2006, C 146, S. 1).

[43] Die Ausübung von Apothekentätigkeiten in Slowenien wird größtenteils aus öffentlichen Mitteln und teilweise aus privaten Mitteln finanziert.

[44] ABl. C, C/2024/4421.

Betrieb von Apotheken in Slowenien betrifft, wie die Kommission in der mündlichen Verhandlung auf Nachfrage des Gerichtshofs klargestellt hat. Zum anderen wurden die Vorschriften für Konzessionen im Unionsrecht ursprünglich im Zusammenhang mit den Grundfreiheiten entwickelt [45] – eine Rechtslage, die übrigens bis zur Kodifizierung dieser Vorschriften in der Richtlinie 2014/23 andauerte [46] – und auch wenn eine gewisse Überschneidung zwischen diesen Freiheiten und anderen Rechtsbereichen (d. h. dem Wettbewerbsrecht oder dem Recht der staatlichen Beihilfen) besteht [47], tendieren die Begriffe „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ und „wirtschaftliche Tätigkeit“ dazu, unterschiedlich aufgefasst zu werden, je nachdem, ob sie im Zusammenhang mit den Grundfreiheiten oder in diesen anderen Rechtsbereichen verwendet werden [48].

80. Obwohl sie ebenfalls auf das gemeinsame Ziel der Vollendung des Binnenmarkts gerichtet sind, zeichnen sich die Vorschriften zum Wettbewerbsrecht und zu den staatlichen Beihilfen dadurch aus, dass sie spezifische Regelungsziele und für diese Rechtsbereiche eigene Durchführungsbestimmungen haben, wodurch sie sich klar von den Grundfreiheiten unterscheiden. So ist der Begriff der „wirtschaftlichen Tätigkeit“ eng mit dem Begriff des „Unternehmens“ im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV verknüpft, der bei Erfüllung zusätzlicher Kriterien die Anwendung dieser Vorschriften auslöst, während das Fehlen eines „Unternehmens“ im Sinne des Wettbewerbsrechts die Anwendung der Bestimmungen über die Grundfreiheiten nicht zwangsläufig ausschließt [49].

81. Daraus folgt, dass etwaige Erwägungen, die sich auf den Bereich des Rechts der staatlichen Beihilfen beziehen, nicht vollständig auf das Recht der Konzessionen übertragen werden können. Jedenfalls ist zu konstatieren, dass ihre Anwendung auf den vorliegenden Fall nicht Gegenstand der vorliegenden Rechtssache ist. Wie bereits in den vorangegangenen Abschnitten erwähnt, ist nach der Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit und zum freien Dienstleistungsverkehr *die entgeltliche Erbringung von Dienstleistungen* als „wirtschaftliche Tätigkeit“ zu betrachten. Genau dieses Kriterium sollte der Gerichtshof meiner Meinung nach in der vorliegenden Rechtssache zur Unterscheidung von „nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ heranziehen [50].

82. Aus den in den vorstehenden Nummern der vorliegenden Schlussanträge dargelegten Gründen bin ich der Ansicht, dass die Apothekentätigkeit, deren Hauptgegenstand in der Abgabe verschreibungspflichtiger und nicht verschreibungspflichtiger Humanarzneimittel an den Anwender einschließlich der Beratung des Anwenders im Hinblick auf die ordnungsgemäße und sichere Verwendung dieser Arzneimittel besteht, als „wirtschaftliche Tätigkeit“ anzusehen ist

[45] Vgl. Urteile vom 21. Juli 2005, Coname (C-231/03, EU:C:2005:487, Rn. 15 ff.), vom 13. Oktober 2005, Parking Brixen (C-458/03, EU:C:2005:605, Rn. 46 ff.), vom 13. September 2007, Kommission/Italien (C-260/04, EU:C:2007:508, Rn. 22 ff.), sowie vom 10. März 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler (C-274/09, EU:C:2011:130, Rn. 49).

[46] Vgl. Urteile vom 8. Mai 2019, Rhenus Veniro (C-253/18, EU:C:2019:386, Rn. 27), und vom 16. März 2023, OL (Verlängerung italienischer Konzessionen) (C-517/20, EU:C:2023:219, Rn. 27).

[47] Sánchez-Graells, A., „State Aid and EU Public Procurement: More Interactions, Fuzzier Boundaries“, in Piernas López, J. J., und Hancher, L. (Hrsg.), *Research Handbook on European State Aid Law*, Cheltenham, 2021, S. 329 ff.; Grith Skovgaard, Ø., „The Notice of the Notion of State Aid and Public Procurement Law“, *European State Aid Law Quarterly*, Bd. 15, Nr. 4, 2016, S. 508 ff.

[48] Vgl. Schlussanträge der Generalanwältin Medina in der Rechtssache ASADE (C-436/20, EU:C:2022:77, Nr. 52) und des Generalanwalts Poiares Maduro in der Rechtssache FENIN/Kommission (C-205/03 P, EU:C:2005:666, Nr. 51).

[49] Vgl. Urteile vom 19. Dezember 2012, Mitteldeutsche Flughafen und Flughafen Leipzig-Halle/Kommission (C-288/11 P, EU:C:2012:821, Rn. 50), und vom 22. Oktober 2015, EasyPay und Finance Engineering (C-185/14, EU:C:2015:716, Rn. 37), sowie Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2016/C 262/01) (ABl. 2016, C 262, S. 3), Rn. 6.

[50] Vgl. auch Europäische Kommission, *Handbuch zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie*, Luxemburg, 2022, S. 8, Nr. 1.1.2.1 („Nicht-wirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“).

und daher nicht als „nichtwirtschaftliche Dienstleistung von allgemeinem Interesse“ im Sinne von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2014/23 eingestuft werden kann. Folglich schlage ich vor, die erste Vorlagefrage zu verneinen.

83. Dieses Ergebnis, zu dem ich ausgehend vom Begriff der „wirtschaftlichen Tätigkeit“, wie er vom Gerichtshof ausgelegt worden ist, gelangt bin, scheint mir auch inhaltlich richtig zu sein. Denn man darf nicht vergessen, dass „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ in den letzten Jahrzehnten sowohl aus politischer als auch aus sozialer Sicht einen erheblichen Wandel erfahren haben. Dienstleistungen, die früher als „nichtwirtschaftlich“ galten, stehen *zunehmend unter dem Einfluss der Binnenmarktvorschriften*. Sie *sind auch Gegenstand von Regelungen auf Unionsebene*. Ebenso wird eine wachsende Zahl von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse von Wirtschaftsakteuren erbracht. Der Gesundheitssektor ist hier sicherlich keine Ausnahme [51]. Der Begriff „nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ unterliegt somit den Wertungen der jeweiligen Zeit, so dass heute nur noch bestimmte Bereiche eindeutig als „nichtwirtschaftlich“ im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs definiert werden können, wie z. B. Justiz, Polizei, nationale Sicherheit, Verwaltung des Signalsystems, bestimmte Bildungsdienstleistungen [52] usw. Diese Bereiche fallen unter die hoheitlichen Vorrechte des Staates und werden durch Steuern finanziert. Dies trifft jedoch offensichtlich nicht auf den Fall zu, um den es in der vorliegenden Rechtssache geht.

2. Zur zweiten Vorlagefrage

84. Unter Berücksichtigung der von mir vorgeschlagenen Antwort auf die erste Vorlagefrage ist auch die zweite Vorlagefrage zu behandeln, mit der die vorlegende Einrichtung im Wesentlichen wissen möchte, ob die Ausübung einer Apothekentätigkeit zu den „sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen“ im Sinne von Art. 19 der Richtlinie 2014/23 gehört.

85. Hierzu stelle ich fest, dass die Vergabe von Konzessionen für die Erbringung von „sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen“, die in Anhang IV der Richtlinie 2014/23 aufgeführt sind, den in Art. 19 dieser Richtlinie vorgesehenen besonderen Modalitäten, d. h. einem vereinfachten Verfahren, unterliegt. Folglich sind diese Dienstleistungen von der vollständigen Anwendung der genannten Richtlinie ausgenommen. Dieses vereinfachte Vergabeverfahren zeichnet sich dadurch aus, dass die öffentlichen Auftraggeber und Auftraggeber nach der oben genannten Bestimmung lediglich verpflichtet sind, die geplante Vergabe durch eine Vorinformation gemäß Art. 31 Abs. 3 dieser Richtlinie und durch eine Zuschlagsbekanntmachung, in der die Ergebnisse des Konzessionsvergabeverfahrens aufgeführt sind, gemäß Art. 32 der Richtlinie 2014/23 mitzuteilen.

86. Der Grund für dieses vereinfachte Vergabeverfahren ist, dass die betreffenden Dienstleistungen nur von begrenztem grenzüberschreitenden Interesse sind. Wie aus dem 53. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/23 hervorgeht, werden insbesondere Dienstleistungen im Sozial-, Gesundheits- und Bildungswesen vor einem spezifischen Hintergrund erbracht, der sich in den einzelnen Mitgliedstaaten aufgrund unterschiedlicher kultureller Traditionen stark unterschiedlich darstellt. Die formalen Anforderungen sind daher weniger streng, auch wenn betont werden muss, dass gemäß Art. 3 dieser Richtlinie die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz in jedem Fall eingehalten werden müssen.

[51] Hatzopoulos, V., *Regulating Services in the European Union*, Oxford University Press, 2012, S. 38 ff.

[52] Vgl. Urteil vom 7. Dezember 1993, Wirth (C-109/92, EU:C:1993:916).

87. Darüber hinaus ist anzumerken, dass unter der Kategorie „Dienstleistungen des Gesundheits- und Sozialwesens und zugehörige Dienstleistungen“, die in Anhang IV der genannten Richtlinie genannt werden, die Codes „85000000-9 bis 85323000-9“ des Gemeinsamen Vokabulars für öffentliche Aufträge (im Folgenden: CPV)[53] aufgeführt sind. Das CPV legt ein einheitliches Klassifikationssystem für öffentliche Aufträge fest, mit dem die Referenzsysteme, die die öffentlichen Auftraggeber und die Auftraggeber zur Beschreibung von Verträgen über öffentliche Aufträge verwenden, standardisiert werden sollen. Wie der Gerichtshof unter Verweis auf Art. 27 der Richtlinie 2014/23 und Art. 1 der Verordnung Nr. 2195/2002 festgestellt hat, ist der öffentliche Auftraggeber verpflichtet, das CPV in den Verfahren zur Vergabe von Konzessionen anzuwenden[54]. Da „Dienstleistungen im pharmazeutischen Bereich“ dem CPV-Code 85149000-5 entsprechen, sind diese Dienstleistungen als Teil der „besonderen Dienstleistungen“ im Sinne von Art. 19 der genannten Richtlinie zu betrachten. Diese Feststellung reicht grundsätzlich aus, um die zweite Vorlagefrage zu bejahen. Im Übrigen bestätigt die Tatsache, dass pharmazeutische Dienstleistungen von Anhang IV der genannten Richtlinie erfasst sind, einmal mehr, dass der Unionsgesetzgeber sie als „wirtschaftliche Tätigkeit“ ansieht.

88. Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass die Einstufung als „besondere Dienstleistung“ zur Folge hätte, dass nur die sich aus Art. 31 Abs. 3 sowie den Art. 32, 46 und 47 der Richtlinie 2014/23 ergebenden Verpflichtungen auf Apothekentätigkeiten, die in einer Filialapotheke ausgeübt werden, anwendbar wären. Sollte die vorlegende Einrichtung in Ausübung ihrer Zuständigkeit für die Beurteilung des Sachverhalts und für die Anwendung des Unionsrechts die Erteilung einer „Konzession“ im vorliegenden Fall bestätigen, müsste sie daher wahrscheinlich feststellen, ob die sich aus den vorgenannten Artikeln ergebenden rechtlichen Anforderungen erfüllt wurden. Es wäre dann seine Aufgabe, zu prüfen, ob der Betrieb der Filialapotheke Gegenstand der in Art. 31 Abs. 3 dieser Richtlinie vorgesehenen Vorinformation und der in Art. 32 Abs. 1 dieser Richtlinie vorgesehenen Zuschlagsbekanntmachung war.

89. Darüber hinaus legt die Richtlinie 2014/23, ähnlich wie die Vergaberichtlinien, einen Schwellenwert fest, ab dem sie Anwendung findet[55]. Gemäß Art. 8 Abs. 1 dieser Richtlinie in der zur Zeit des Sachverhalts geltenden Fassung ist dies bei Konzessionen, deren Vertragswert mindestens 5 186 000 Euro beträgt, der Fall. Die Vorlageentscheidung enthält jedoch keine Informationen über den Wert der Konzession. Da das Vorabentscheidungsersuchen auf die Prämisse gestützt ist, dass der Ausgangsrechtsstreit die Vergabe einer „Konzession“ betrifft, ist es daher Sache der vorlegenden Einrichtung, zu prüfen, ob der Vertragswert dieser Konzession den maßgeblichen Schwellenwert überschreitet, um festzustellen, ob die genannte Richtlinie im vorliegenden Fall anwendbar ist[56]. In Ermangelung genauerer Informationen könnte *die Dauer der Konzession* insoweit möglicherweise einen indirekten Hinweis liefern. Denn wie aus Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie hervorgeht, „[entspricht] [d]er Wert der Konzession … dem … Gesamtumsatz …, den der Konzessionsnehmer *während der Vertragslaufzeit* erzielt“ (Hervorhebung nur hier), was für die Anwendung dieses Kriteriums spricht. Was dies betrifft, so steht fest, dass die Genehmigung für den Betrieb einer Filialapotheke auf *unbestimmte Zeit* erteilt wurde. Unter diesen Umständen kann nicht ausgeschlossen werden, dass der maßgebliche Schwellenwert überschritten wurde.

[53] Erlassen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 2195/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. November 2002 über das Gemeinsame Vokabular für öffentliche Aufträge (CPV) (ABl. 2002, L 340, S. 1).

[54] Vgl. Urteil vom 10. November 2022, SHARENGO (C-486/21, EU:C:2022:868, Rn. 94 ff.).

[55] Sánchez-Graells, A., „The Concessions Directive 2014/23/EU, Title I, Subject-Matter, Scope, Principles and Definitions, Art. 8, 8.1: Value Threshold and Cross-Border Interest“, in Steinicke, M., und Vesterdorf, P., (Hrsg.), *Brussels Commentary on EU Public Procurement Law*, 1. Aufl., Nomos, München, 2018, S. 1130.

[56] Vgl. Urteil vom 1. August 2022, Roma Multiservizi und Rekeep (C-332/20, EU:C:2022:610, Rn. 80).

90. Aufgrund dieser Erwägungen bin ich der Ansicht, dass die Apothekentätigkeit, deren Hauptgegenstand in der Abgabe verschreibungspflichtiger und nicht verschreibungspflichtiger Humanarzneimittel an den Anwender einschließlich der Beratung des Anwenders über die ordnungsgemäße und sichere Anwendung dieser Arzneimittel besteht, unter die „sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen“ im Sinne von Art. 19 der Richtlinie 2014/23 fällt.

VI. Ergebnis

91. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, die Vorlagefragen der Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Staatliche Kommission für die Überprüfung von Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge, Slowenien) wie folgt zu beantworten:

1. Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe

   ist dahin auszulegen, dass

   pharmazeutische Dienstleistungen, deren Hauptgegenstand in der Abgabe verschreibungspflichtiger und nicht verschreibungspflichtiger Humanarzneimittel an den Anwender einschließlich der Beratung des Anwenders über die ordnungsgemäße und sichere Anwendung dieser Arzneimittel besteht, nicht als „nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ eingestuft werden können.

2. Art. 19 („Soziale und andere besondere Dienstleistungen“) der Richtlinie 2014/23

   ist dahin auszulegen, dass

   er pharmazeutische Dienstleistungen umfasst, deren Hauptgegenstand in der Abgabe verschreibungspflichtiger und nicht verschreibungspflichtiger Humanarzneimittel an den Anwender einschließlich der Beratung des Anwenders über die ordnungsgemäße und sichere Anwendung dieser Arzneimittel besteht.