

C-718/22-1

Beglaubigte Abschrift



Bundesverwaltungsgericht

Eingetragen in das Register des Verwaltungsgerichtshofes unter der Nr.	124 2574
Luxemburg, den	16. 12. 2022
Fax/E-mail:	<i>A. G. J. ...</i>
eingegangen am:	15. 12. 2022
	Der Kanzler, im Auftrag Daniel Dittert Referatsleiter

BESCHLUSS

BVerwG 8 C 14.21  
7 K 3000/19.F

Verkündet  
am 27. September 2022  
Hänig  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

1. der Bayerischen Ärzteversorgung,  
Anstalt des öffentlichen Rechts,  
Denninger Straße 37, 81925 München,
2. der Bayerischen Architektenversorgung,
3. der Bayerischen Apothekerversorgung,
4. der Bayerischen Rechtsanwalts- und Steuerberaterversorgung,
5. der Bayerischen Ingenieurversorgung-Bau m. Psychotherapeutenversor-  
gung,  
Anstalten des öffentlichen Rechts,  
Arabellastraße 31, 81925 München,

zu 1 bis 5:  
vertreten durch die Bayerische Versorgungskammer,  
diese vertreten durch den Vorstand,  
Denninger Straße 37, 81925 München,

Klägerinnen und Revisionsklägerinnen,

- Prozessbevollmächtigte:  
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
Graf-Adolf-Platz 15, 40213 Düsseldorf -



g e g e n

die Deutsche Bundesbank,  
vertreten durch den Vorstand,  
Wilhelm-Epstein-Straße 14, 60431 Frankfurt am Main,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

hat der 8. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
auf die mündliche Verhandlung vom 21. September 2022  
durch die Vorsitzende Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Held-Daab,  
die Richterinnen am Bundesverwaltungsgericht Hooock und Dr. Rublack sowie  
die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Seegmüller und Dr. Meister

am 27. September 2022 beschlossen:

Das Verfahren wird ausgesetzt.

Der Gerichtshof der Europäischen Union wird gebeten, im  
Wege der Vorabentscheidung gemäß Art. 267 AEUV fol-  
gende Fragen zur Auslegung der Verordnung (EU)  
Nr. 2018/231 der Europäischen Zentralbank vom 26. Ja-  
nuar 2018 über die statistischen Berichtspflichten der Al-  
tersvorsorgeeinrichtungen – EZB/2018/2 – (Abl. L 45  
vom 17.2.2018, S. 3) i. V. m. der Verordnung (EU)  
Nr. 549/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates  
vom 21. Mai 2013 zum Europäischen System Volkswirt-  
schaftlicher Gesamtrechnungen auf nationaler und regio-  
naler Ebene in der Europäischen Union (Abl. L 174 vom  
26.6.2013, S. 1 – im Folgenden: ESGV) zu klären:

1. a) Verlangt Anhang A Nr. 3.19 Abs. 1 Buchst. b ESGV,  
dass alle Verbraucher der von dem Produzenten angebote-  
nen Güter sich für oder gegen deren Erwerb entscheiden  
können und diese Entscheidung auf der Grundlage der ge-  
forderten Preise treffen?

Falls das verneint wird:

b) Genügt den Anforderungen der Bestimmung in Fällen,  
in denen die große Mehrheit dieser Verbraucher, ohne  
eine solche Entscheidungsfreiheit zu haben, von dem Pro-  
duzenten Güter im Umfang von mehr als der Hälfte seines  
Produktionswerts aufgrund gesetzlicher Pflichtmitglied-  
schaft bei ihm erhält und Pflichtbeiträge in der von ihm  
festgesetzten Höhe zahlen muss, dass eine Minderheit die  
Möglichkeit hatte, dem Produzenten freiwillig beizutreten,

und davon Gebrauch gemacht hat, um die Güter bei gleichen Beiträgen wie die Pflichtmitglieder zu erhalten?

2. Liegt eine Marktproduktion zu wirtschaftlich signifikanten Preisen im Sinne von Anhang A Nr. 3.17 bis 3.19 ESVG immer schon dann vor, wenn das in Anhang A Nr. 3.19 Abs. 3 Satz 3 und 4 ESVG definierte "50%-Kriterium" mehrjährig mindestens hälftiger Kostendeckung durch Verkäufe erfüllt wird, oder ist dieses Kriterium nicht als hinreichende (selbstgenügende), sondern als notwendige Bedingung zu verstehen, die zu den beiden in Anhang A Nr. 3.19 Abs. 1 Satz 2 Buchst. a und b ESVG normierten Voraussetzungen hinzutritt?

3. Sind bei der Prüfung, ob institutionelle Einheiten Marktproduzenten gemäß Anhang A Nr. 3.24 ESVG sind, neben Anhang A Nr. 3.17, 3.19 und 3.26 auch die in Anhang A Nr. 1.37 Abs. 2 ESVG normierten zusätzlichen Anforderungen heranzuziehen?

4. a) Setzt Anhang A Nr. 2.107 ESVG für die Zuordnung einer institutionellen Einheit zu Teilsektor S.129 zwingend voraus, dass all ihre Leistungen an sämtliche Teilnehmer aufgrund vertraglicher Vereinbarung erfolgen?

Falls das zutrifft:

b) Ist das Erfordernis einer vertraglichen Leistungsgrundlage in diesem Sinne bereits erfüllt, wenn zwar Pflichtmitgliedschaft, Pflichtbeiträge und Pflichtleistungen der institutionellen Einheit hoheitlich durch Satzung geregelt sind, auch Pflichtmitglieder aber durch freiwillige Zusatzbeiträge Ansprüche auf Zusatzleistungen begründen können?

5. Ist Art. 1 Nr. 1 Satz 3 Buchst. f der Verordnung (EU) Nr. 2018/231 dahin auszulegen, dass er von dem Begriff der Altersvorsorgeeinrichtung in Satz 1 dieser Vorschrift nur diejenigen institutionellen Einheiten ausnimmt, die beide in Anhang A Nr. 2.117 ESVG genannten Kriterien erfüllen, oder erfasst diese Ausnahme auch weitere institutionelle Einheiten, die nach Anhang A Nr. 17.43 ESVG als Altersvorsorgeeinrichtungen der Sozialversicherung anzusehen sind, ohne allen Anforderungen von Anhang A Nr. 2.117 ESVG zu genügen?

6. a) Bezeichnet der Begriff des Staates in Anhang A Nr. 2.117 Buchst. b und Nr. 17.43 ESVG nur die jeweilige Primäreinheit oder gehören dazu jeweils auch auf gesetzlicher Grundlage errichtete, rechtlich verselbständigte, pflichtmitgliedschaftlich organisierte und beitragsfinanzierte Versorgungseinrichtungen mit dem Recht zur Selbstverwaltung und eigener Rechnungslegung?

Falls Letzteres zutrifft:

b) Meint das Festlegen von Beiträgen und Leistungen in Anhang A Nr. 2.117 Buchst. b ESVG eine betragsmäßige Festlegung oder genügt es, wenn ein Gesetz die mindestens zu sichernden Risiken und das Mindestniveau der Sicherung vorschreibt sowie Grundsätze und Grenzen der Beitragserhebung regelt, die Beitrags- und Leistungsbe-messung in diesem Rahmen aber der Versorgungseinrichtung überlässt?

c) Umfasst der Begriff der staatlichen Einheit im Sinne von Anhang A Nr. 20.39 ESVG nur institutionelle Einheiten, die sämtliche Anforderungen von Anhang A Nr. 20.10 und 20.12 ESVG erfüllen?

#### G r ü n d e :

- 1 Die Beteiligten streiten darüber, ob die Klägerinnen nach der Verordnung (EU) 2018/231 der Europäischen Zentralbank vom 26. Januar 2018 über die statistischen Berichtspflichten der Altersvorsorgeeinrichtungen – EZB/2018/2 – (ABl. L 45 S. 3, berichtigt ABl. L 132 S. 47) berichtspflichtig sind.
- 2 Die Klägerinnen wurden durch das bayerische Gesetz über das öffentliche Versorgungswesen – VersoG – in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. Juni 2008 (BayGVBl. S. 371), zuletzt geändert durch Art. 32a Abs. 18 des Gesetzes vom 10. Mai 2022 (BayGVBl. S. 182), als rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts im Freistaat Bayern errichtet. Sie gewähren ihren Mitgliedern Versorgungsleistungen bei Berufsunfähigkeit, Alter und Tod nach Maßgabe dieses Gesetzes und ihrer Satzung. Dabei müssen sie die Voraussetzungen für eine Befreiung ihrer Mitglieder von der Versicherungspflicht bei der gesetzlichen Rentenversicherung erfüllen (Art. 28 Satz 3 VersoG). Sie dürfen nur gemeinnützig tätig sein und ihre Mittel sowie ihr Vermögen nur zur Erfüllung ihres Versorgungsauftrags verwenden (Art. 9 Abs. 1 und 3 VersoG). Ihren Verwaltungsaufwand einschließlich der Bezüge der Beschäftigten und Versorgungsberechtigten müssen sie aus eigenen Mitteln bestreiten (Art. 9 Abs. 2 Satz 1 VersoG).
- 3 Die weitaus meisten Mitglieder jeder Klägerin sind, weil sie ihren Beruf im Freistaat Bayern ausüben, gesetzlich zur Mitgliedschaft verpflichtet (Art. 30 Abs. 1

i. V. m. Art. 33 ff. VersoG). Eine Befreiung von der Pflichtmitgliedschaft lässt Art. 30 Abs. 2 VersoG nur in Ausnahmefällen wie marginaler Berufsausübung oder der Mitgliedschaft in einem anderen Versorgungswerk zu. Ausgeschiedene Pflichtmitglieder können gemäß Art. 30 Abs. 3 VersoG nach Maßgabe der Satzung freiwillige Mitglieder bleiben, um Versorgungsanwartschaften zu gleichen Beiträgen wie Pflichtmitglieder zu erwerben. Die Klägerinnen regeln die Erhebung von Beiträgen oder Umlagen zur Finanzierung ihrer Aufgabenerfüllung sowie die Voraussetzungen, Art, Höhe und das Erlöschen von Versorgungsansprüchen durch Satzung im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben (Art. 10 Abs. 2 und 3 VersoG). Freiwillige Mehrzahlungen zur Erhöhung der Versorgungsanwartschaft darf die Satzung den Mitgliedern gestatten, sofern die Summe von Mehrzahlungen und Pflichtbeitrag die gesetzliche Höchstgrenze für Beiträge nicht überschreitet (Art. 31 Abs. 4 VersoG). Jede Klägerin erbringt – unstreitig – mehr als 50% ihrer Leistungen als Pflichtleistungen an ihre Pflichtmitglieder.

- 4 Mit Schreiben vom 7. September 2018 und vom 25. März 2019 teilte die Beklagte den Klägerinnen zu 1 bis 4 jeweils mit, nach Art. 1 und 2 der Verordnung (EU) 2018/231 unterlägen sie der statistischen Berichtspflicht als Altersvorsorgeeinrichtungen und hätten der Beklagten, beginnend mit dem Stichtag 30. September 2019, vierteljährlich näher bezeichnete Daten über ihre finanziellen Verhältnisse zu übermitteln. Der Klägerin zu 5 wurde mit nahezu gleichlautenden Schreiben der Beklagten vom 12. November 2018 und 17. Juli 2019 eine jährliche Datenübermittlung geringeren Umfangs aufgegeben. Mit ihren Klagen begehren die Klägerinnen jeweils die Aufhebung der sie betreffenden Mitteilungen und hilfsweise die Feststellung, dass sie nicht berichtspflichtig seien. Die Beklagte hat die sofortige Vollziehung ihrer Mitteilungen an die Klägerinnen zu 1 bis 4 angeordnet; Eilanträge dagegen blieben ohne Erfolg.
- 5 Das Verwaltungsgericht hat die Klagen mit Urteil vom 4. November 2021 abgewiesen und ausgeführt, die Klägerinnen seien Altersvorsorgeeinrichtungen im Sinne des Art. 1 Nr. 1 der Verordnung (EU) 2018/231 und nach deren Art. 2 Abs. 1 berichtspflichtig. Sie seien Marktproduzentinnen, die zu den finanziellen Kapitalgesellschaften zählten und zum Teilssektor S.129 des ESVG gehörten. Mit ihrer Haupttätigkeit stellten sie Versorgungsleistungen zur Verfügung. Dafür

verlangten sie wirtschaftlich signifikante Preise. Das gelte auch für die Pflichtleistungen, weil diese nach Art. 9 Abs. 2 Satz 1 VersoG wirtschaftlich bemessen werden müssten. Mangels staatlicher Beihilfen seien die Klägerinnen gezwungen, Beiträge und Leistungen so zu regeln, dass ihre Leistungsfähigkeit sichergestellt bleibe. Jedenfalls ergebe sich die Einordnung (auch) der Pflichtleistungen als Marktproduktion aus Anhang A Nr. 3.19 ESVG, weil die Klägerinnen mehrjährig mindestens 50% ihrer Kosten aus Verkäufen ihrer Produkte deckten. Anhang A Nr. 1.37 ESVG stehe dem nicht entgegen. Diese Bestimmung gelte nur für Einheiten des öffentlichen Sektors. Dazu zählten die Klägerinnen nicht, weil sie nicht staatlich kontrolliert würden. Deshalb sei auch eine Zuordnung zum Teilsektor 1314 (Sozialversicherung) ausgeschlossen, bei der die Berichtspflicht nach Art. 1 Nr. 1 Satz 3 Buchst. f der Verordnung (EU) 2018/231 entfielen. Anhang A Nr. 20.39 ESVG bestätige diese Einordnung. Danach sei ein von einer staatlichen Einheit verwaltetes System mit im Voraus festgelegten Beiträgen nicht als Sozialversicherungssystem anzusehen, wenn es – wie die Klägerinnen – ohne staatliche Garantie für die Höhe der zu zahlenden Leistungen arbeite und diese Höhe von der Ertragskraft seiner Vermögenswerte abhängen; sie sei dann zwangsläufig insoweit ungewiss.

- 6 Mit ihren Sprungrevisionen machen die Klägerinnen geltend, sie seien keine Marktproduzentinnen. Ihre Pflichtleistungen, die – unstreitig – den größten Teil ihrer Produktion darstellen, würden nicht zu wirtschaftlich signifikanten Preisen veräußert. Insoweit könnten die Pflichtmitglieder nicht die in Anhang A Nr. 3.19 Abs. 1 Buchst. b ESVG geforderte freie Entscheidung über den Erwerb der Versorgungsleistungen auf der Grundlage der geforderten Beiträge treffen. Die 50%-Regel in Anhang A Nr. 3.19 Abs. 3 ESVG sei nicht einschlägig; sie diene nur der Produktionswertbestimmung. Jedenfalls gehörten die Klägerinnen wie die gesetzliche Rentenversicherung zur Sozialversicherung.
- 7 Die Beklagte verteidigt das angegriffene Urteil.

## II

- 8 Das Verfahren ist auszusetzen und eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV einzuholen. Die Auslegung

des Art. 1 Nr. 1 der Verordnung (EU) 2018/231 und der im Tenor bezeichneten Bestimmungen des Anhangs A des ESVG ist nicht derart offenkundig, dass kein Raum für vernünftige Zweifel bliebe und davon ausgegangen werden könnte, dass auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten der Europäischen Union die gleiche Gewissheit bestünde (zu diesem Kriterium vgl. EuGH, Urteil der Großen Kammer vom 6. Oktober 2021 - C-561/19 [ECLI:EU:C:2021:799], Consorzio - Rn. 40).

- 9 Die vorgelegten Fragen sind für die Revisionsentscheidung erheblich. Die Sprungrevision ist zulässig. Die Beklagte hat ihrer Zulassung und Einlegung zugestimmt (§ 134 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Zulässig sind auch die Anfechtungsbegehren der Klägerinnen. Sie sind nicht verfristet, weil den angegriffenen Mitteilungen keine Rechtsbehelfsbelehrung beigelegt war (§ 58 Abs. 2 VwGO).
- 10 Für die Begründetheit der Revisionen ist maßgeblich, ob die Klägerinnen gemäß Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Nr. 1 Satz 1 der Verordnung (EU) 2018/231 den statistischen Berichtspflichten der Altersvorsorgeeinrichtungen unterliegen. Nach Art. 2 Abs. 1 der Verordnung besteht der tatsächliche Kreis der Berichtspflichtigen aus den in den Euro-Mitgliedstaaten ansässigen Altersvorsorgeeinrichtungen. Art. 1 Nr. 1 Satz 1 der Verordnung definiert den Begriff der Altersvorsorgeeinrichtung durch Verweis auf Teilsektor S.129 des ESVG und verlangt, dass es sich um eine finanzielle Kapitalgesellschaft oder Quasi-Kapitalgesellschaft handelt, die in ihrer Hauptfunktion als Folge der Zusammenfassung sozialer Risiken und Bedürfnisse der Versicherten finanzielle Mittlertätigkeit ausübt (soziale Sicherung). Nach Satz 2 der Vorschrift stellen Altersvorsorgeeinrichtungen als Systeme sozialer Sicherung Ruhestandseinkommen sowie häufig Leistungen bei Tod und Erwerbsunfähigkeit bereit. Gemäß Satz 3 Buchst. f der Vorschrift umfasst die Begriffsbestimmung jedoch nicht den Teilsektor der Sozialversicherung im Sinne von Anhang A Nr. 2.117 ESVG.
- 11 Die Klägerinnen sind in Deutschland ansässige juristische Personen. Sie nehmen die in Art. 1 Nr. 1 Satz 1 und 2 der Verordnung (EU) 2018/231 beschriebene Hauptfunktion sozialer Sicherung durch finanzielle Mittlertätigkeit wahr, indem sie ihren Mitgliedern beitragsfinanzierte Alters-, Hinterbliebenen- und Er-

werbsunfähigkeitsrenten gewähren. Zu klären bleibt, ob sie als finanzielle Kapitalgesellschaften des Teilsektors S.129 ESVG einzuordnen oder als Teil der Sozialversicherung von der Berichtspflicht ausgenommen sind.

- 12 1. Zu den finanziellen Kapitalgesellschaften des Sektors S.12 des ESVG 2010 zählen institutionelle Einheiten, die eine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen und als Marktproduzenten in der Haupttätigkeit finanzielle Dienstleistungen produzieren. Die Klägerinnen sind juristische Personen des öffentlichen Rechts und erfüllen damit die erste Voraussetzung. Marktproduzenten sind sie nach Anhang A Nr. 3.24 ESVG, wenn ihre Produktion zum größten Teil aus Markproduktion im Sinne von Anhang A Nr. 3.17 ff. ESVG besteht. In Betracht kommt hier nur die Produktion zu wirtschaftlich signifikanten Preisen verkaufter Güter (Nr. 3.18 Buchst. a). Nach Anhang A Nr. 3.19 Abs. 1 ESVG sind Preise wirtschaftlich signifikant, wenn sie die von den Produzenten angebotenen und von den Käufern nachgefragten Warenmengen wesentlich beeinflussen. Diese Preise ergeben sich, wenn folgende Bedingungen gegeben sind:

a) Der Produzent hat einen Anreiz, das Angebot zu regulieren, um einen Gewinn zu machen oder zumindest Kapital- und andere Kosten abzudecken und

b) die Verbraucher können sich für oder gegen einen Kauf entscheiden und treffen ihre Entscheidung auf der Grundlage der geforderten Preise.

- 13 Beide Bedingungen müssen nach Auffassung des Senats kumulativ erfüllt sein. Das ergibt sich aus der Verwendung des Plurals in der deutschen Sprachfassung und wird durch die französische ("la réunion des deux conditions") und die englische Fassung ("both") bestätigt. Die erste Bedingung dürfte wegen der Verpflichtung der Klägerinnen, ihren Verwaltungsaufwand einschließlich der Bezüge aus eigenen Mitteln zu decken (vgl. Rn. 2 zu Art. 9 Abs. 2 Satz 1 VersoG), gegeben sein. Die zweite kann nur vorliegen, wenn unter die Begriffe des Kaufs und der Preise auch ein satzungsrechtlicher Anwartschaftserwerb und hoheitlich erhobene Beiträge fallen, und wenn darüber hinaus nicht erforderlich ist, dass jeder Verbraucher oder zumindest jeder, der Leistungen des Produzenten bezieht, frei über den Erwerb dieser Leistungen entscheiden kann und die Entscheidung auf der Grundlage der geforderten Preise trifft.



14 Für eine weite Auslegung der Begriffe des Kaufs und der Preise spricht, dass das ESVG für die Abgrenzung von staatlichem und privatem Sektor nicht auf die öffentlich- oder privatrechtliche Rechtsform der institutionellen Einheit oder auf die Ausgestaltung von Mitgliedschafts- oder Anspruchsbeziehungen abstellt, sondern darauf, ob die Einheit unter staatlicher Kontrolle steht (vgl. Anhang A Nr. 1.35 ESVG; EuGH, Urteile vom 11. September 2019 - C-612/17 [ECLI:EU:C:2019:705], FIG und FISE - Rn. 34 ff., 73, 78 und vom 28. April 2022 - C-277/21 [ECLI:EU:C:2022:318], Secrétariat général de l'enseignement catholique - Rn. 25 ff.). Auch bei einer weiten Auslegung, die hoheitlich begründete Anwartschaften und ebenso erhobene Beiträge einbezieht, bleibt jedoch problematisch, dass die in Bedingung b) geforderte Entscheidungsfreiheit nicht allen Verbrauchern zusteht. Wer weder zu den Pflichtmitgliedern der Klägerinnen gehört noch die engen Voraussetzungen einer freiwilligen Mitgliedschaft erfüllt, ist vom Erwerb ihrer Versorgungsleistungen ausgeschlossen. Bei den Verbrauchern, denen das Gesetz eine Mitgliedschaft auferlegt oder eröffnet, fehlt die geforderte Entscheidungsfreiheit jedenfalls den Pflichtmitgliedern hinsichtlich der Pflichtleistungen. Sofern sie nicht die Voraussetzungen einer ausnahmsweisen Befreiung von der Pflichtmitgliedschaft erfüllen, können sie sich weder dem Anwartschaftserwerb noch der Beitragspflicht entziehen. Frei steht ihnen nur, Zusatzbeiträge zum Erwerb von Mehrleistungen zu entrichten. Daraus ergibt sich die in Tenorziffer 1. a) formulierte Frage, ob Anhang A Nr. 3.19 Abs. 1 Buchst. b ESVG voraussetzt, dass alle Verbraucher der von dem Produzenten angebotenen Güter sich für oder gegen deren Erwerb entscheiden können und diese Entscheidung auf der Grundlage der geforderten Preise treffen.

15 Der Wortlaut der Bedingung b) ("Die Verbraucher") könnte nahelegen, dass die geforderte Entscheidungsfreiheit und preisbestimmte Entscheidung bei allen Verbrauchern hinsichtlich des gesamten Angebots des Produzenten vorliegen muss. Falls zur systematischen Auslegung die zur Sektorengliederung normierte Abgrenzung in Markt und Nichtmarkt (Anhang A Nr. 1.37 ESVG 2010) heranzuziehen ist (vgl. dazu die dritte Vorlagefrage), könnte auch die in Absatz 2 unter Nummer 1 formulierte Bedingung des Verkaufs an jede Person, die den Preis zu zahlen bereit ist, für eine solche Auslegung sprechen. Gleiches gilt für die dort unter Nummer 3 gestellte weitere Bedingung, dass funktionierende Märkte existieren.

tieren, zu denen Verkäufer und Käufer Zugang haben und über die sie informiert sind. Allerdings wird im folgenden Satz klargestellt, dass ein funktionierender Markt auch vorliegen kann, wenn diese Bedingungen nicht vollständig erfüllt sind. Welcher Art und Intensität Zugangsbeschränkungen oder Abnahmeverpflichtungen sein müssen, um marktbestimmtes Handeln und wirtschaftlich signifikante Preise auszuschließen, vermag der Senat dem ESVG und der bisherigen Rechtsprechung dazu nicht zweifelsfrei zu entnehmen. Die beiden oben in Randnummer 14 zitierten Entscheidungen des Gerichtshofs und dessen Urteil vom 3. Oktober 2019 – C-632/18 [ECLI:EU:C: 2019: 833], *Fonds du Logement de la Région Bruxelles-Capitale* – (Rn. 36 ff.) betreffen die Voraussetzungen der Zuordnung verschiedener Einheiten zum Sektor Staat, ohne sich zur vorgenannten Frage oder zur freien Kaufentscheidung von Verbrauchern als Voraussetzung der Marktproduktion zu verhalten.

- 16 2. Sollte Frage 1. a) verneint werden, kommt es darauf an, ob die Bedingung in Anhang A Nr. 3.19 Abs. 1 Buchst. b ESVG schon erfüllt ist, weil wenige Verbraucher den Klägerinnen freiwillig beitreten und insoweit frei über den mit der Mitgliedschaft verbundenen Erwerb von Versorgungsanwartschaften zu gleichen Beiträgen wie die Pflichtmitglieder entscheiden können, auch wenn solche Verbraucher die Minderheit der Mitglieder bilden und der größte Teil des Produktionswerts der Klägerinnen auf Pflichtleistungen an Pflichtmitglieder entfällt (Frage 1. b)). Nach Ansicht der Beklagten ist die Entscheidung für den freiwilligen Beitritt Ausdruck einer freien, am Preis orientierten Kaufentscheidung und rechtfertigt es, auch die betragsmäßig gleichen Pflichtbeiträge als wirtschaftlich signifikante Preise einzuordnen. Der Senat bezweifelt die Tragfähigkeit dieser Schlussfolgerung, weil die von den freiwilligen Mitgliedern gezahlten Beiträge sich nicht, wie wohl von Anhang A Nr. 3.19 ESVG vorausgesetzt, aus einem Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage unter Marktbedingungen ergeben. Für die Mehrheit der Pflichtmitglieder ohne Befreiungsmöglichkeit erbringen die Klägerinnen ihre Leistungen als Monopolanbieter. Weil eine freiwillige Mitgliedschaft nach Art. 30 Abs. 3 VersoG nur ehemaligen Pflichtmitgliedern ermöglicht werden darf, ist allen anderen Verbrauchern eine freie Entscheidung über den Erwerb von Leistungen der Klägerinnen verwehrt. Damit sind selbst denkbar niedrigste Anforderungen an einen Marktzugang auf Verbraucherseite nicht erfüllt. Außerdem leitet die Höhe der Pflichtbeiträge sich nicht von den

Beiträgen der freiwilligen Mitglieder ab. Vielmehr bestimmt – umgekehrt – die hoheitliche Festlegung der Pflichtbeiträge die Höhe der von den freiwilligen Mitgliedern für gleiche Leistungen zu zahlenden Beiträge.

- 17 3. Das angegriffene Urteil hat deshalb mit einer die Entscheidung selbständig tragenden Erwägung darauf abgestellt, dass die Beiträge jedenfalls nach dem 50%–Kriterium in Anhang A Nr. 3.19 Abs. 3 Satz 3 und 4 ESVG als wirtschaftlich signifikante Preise einzuordnen seien. Die zitierten Bestimmungen lauten:

Für den Produktionswert anderer institutioneller Einheiten [*als der in Satz 2 genannten Unternehmen ohne eigene Rechtspersönlichkeit im Sektor privater Haushalte*] wird die Möglichkeit einer Marktproduktion zu wirtschaftlich signifikanten Preisen anhand eines quantitativen Kriteriums (des 50%–Kriteriums) geprüft, bei dem das Verhältnis von Verkäufen zu Produktionskosten verwendet wird. Als Marktproduzent sollte die Einheit über einen mehrjährigen Zeitraum hinweg mindestens 50% ihrer Kosten durch ihre Verkäufe decken.

- 18 Das angegriffene Urteil versteht die mindestens hälftige Kostendeckung durch Verkäufe als hinreichende (selbstgenügende) Bedingung für das Vorliegen wirtschaftlich signifikanter Preise. Davon scheint auch die Begründung der Schlussanträge des Generalanwalts Hogan vom 28. Februar 2019 in der Rechtssache C-612/17 [ECLI:EU:C:2019:149], FIG und FISE (Rn. 31) auszugehen. Sie nimmt an, nur wenn keine mindestens hälftige Kostendeckung erreicht werde, gelte die betreffende Organisation als Nichtmarktproduzent. Nach dieser Auslegung wären die Klägerinnen schon wegen ihrer vorinstanzlich festgestellten, mindestens hälftigen Kostendeckung durch Beitragserhebung als Marktproduzentinnen einzuordnen, selbst wenn die oben in Randnummer 12 ff. erörterten, in Anhang A Nr. 3.19 Abs. 1 Buchst. a und b ESVG normierten Bedingungen nicht erfüllt sein sollten.

- 19 Allerdings könnte das 50%–Kriterium gemäß Absatz 3 Satz 3 und 4 dieser Vorschrift auch als notwendige, aber für sich genommen noch nicht hinreichende (also nicht selbstgenügende) Voraussetzung der Marktproduktion zu verstehen sein. Dann ergänzte es die Bedingungen des Absatzes 1 Buchst. a und b, könnte deren Fehlen aber nicht ausgleichen. Dafür spricht, dass das 50%–Kriterium in Anhang A Nr. 3.19 Abs. 3 ESVG nur zur Beurteilung der Möglichkeit einer

Marktproduktion herangezogen und nicht, wie die Bedingungen des Absatzes 1, als Definitionsmerkmal der Marktproduktion normiert wird. Dies bestätigen die französische und die englische Sprachfassung ("La capacité de réaliser une activité marchande"; "The ability to undertake a market activity"). Ihnen zufolge entscheidet die mindestens hälftige Kostendeckung (nur) über die Fähigkeit zur Marktproduktion, nicht über deren Vorliegen. Das trifft auch auf die systematisch vergleichbare, ebenfalls der Abgrenzung von Markt und Nichtmarkt dienende Bestimmung in Anhang A Nr. 20.29 Abs. 3 ESVG zu. Folgt man der Auslegung des 50%-Kriteriums in Anhang A Nr. 3.19 Abs. 3 Satz 3 ESVG als notwendige, aber nicht hinreichende (nicht selbstgenügende) Bedingung, hat es die Funktion eines Ausschlusskriteriums: Dann liegt, selbst wenn die beiden Definitionsmerkmale des Absatzes 1 erfüllt sind, keine Marktproduktion zu wirtschaftlich signifikanten Preisen vor, wenn die Verkäufe über einen mehrjährigen Zeitraum hinweg weniger als die Hälfte der Kosten decken. Es erscheint einleuchtend, eine solch grob defizitäre, auch mittelfristig nicht unter Marktbedingungen finanzierbare Produktion nicht mehr als Marktproduktion einzuordnen. Umgekehrt könnte eine mindestens hälftige Kostendeckung allein es noch nicht rechtfertigen, von einer Marktproduktion auszugehen, wenn die Bedingungen gemäß Anhang A Nr. 3.19 Abs. 1 Buchst. a oder b ESVG nicht erfüllt sind.

- 20 Welche Auslegung von Anhang A Nr. 3.19 Abs. 3 Satz 3 und 4 ESVG zutrifft, ist der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht zweifelsfrei zu entnehmen. Sein Urteil vom 11. September 2019 – C-612/17, FIG und FISE – behandelt die seinerzeit klagenden Verbände als Organisationen ohne Erwerbszweck und damit als Nichtmarktproduzenten (vgl. Anhang A Nr. 2.129 f. ESVG), ohne auf das in Randnummer 9 des Urteils als "Markt-/Nichtmarkttest" zitierte vergleichbare, für staatlich kontrollierte Einheiten geltende 50%-Kriterium des Anhangs A Nr. 20.29 ESVG einzugehen. Möglicherweise war die Frage der Kostendeckung seinerzeit nicht entscheidungserheblich, weil eine Einordnung der Verbände als Kapitalgesellschaften schon mangels Ausrichtung auf Gewinn oder mindestens Kostendeckung ausschied (vgl. dazu die in Anhang A Nr. 20.29 Abs. 2 in Bezug genommenen Regeln der Nr. 20.19 bis 20.28, insbesondere Nr. 20.21 Satz 2 und Nr. 20.23 ESVG). Dann läge es nahe, auch bei der Anwendung der Parallelregelung in Anhang A Nr. 3.19 ESVG – unabhängig von der

Kostendeckung – nur dann von Marktproduktion auszugehen, wenn beide Bedingungen nach Absatz 1 Buchst. a und b der Vorschrift erfüllt sind.

- 21 4. Ob Anhang A Nr. 1.37 ESVG zur systematischen Auslegung herangezogen werden darf, um verbleibende Zweifel bei der Auslegung von Anhang A Nr. 3.19 Abs. 1 und 3 ESVG zu beheben, ist Gegenstand der dritten vorgelegten Frage. Sollte die Einordnung als Marktproduzent gemäß Anhang A Nr. 3.24 ESVG voraussetzen, dass neben den Bedingungen der Nr. 3.19 auch die Bedingungen marktbestimmter Tätigkeit gemäß Nr. 1.37 erfüllt sind, wären die Klägerinnen als Nichtmarktproduzentinnen einzuordnen. Entgegen Nummer 1 dieser Vorschrift erstreben sie keine langfristige Gewinnmaximierung und veräußern ihre Leistungen auch nicht frei auf dem Markt an jede Person, die bereit ist, den verlangten Preis zu zahlen. Beides ist ihnen überdies nach dem einschlägigen nationalen Recht verwehrt. Wie in Randnummer 2 berichtet, müssen die Klägerinnen sämtliche Einnahmen zur Aufgabenerfüllung, also vor allem zur Gewährung von Versorgungsleistungen und zur Deckung der damit verbundenen Kosten einsetzen. Sie dürfen ihre Versorgungsleistungen auch nicht jedem zur Beitragszahlung bereiten Verbraucher gewähren, sondern nur ihren gesetzlichen Pflichtmitgliedern und dem eng begrenzten Kreis ihrer freiwilligen Mitglieder.
- 22 Der Senat hat Zweifel, ob Anhang A Nr. 1.37 ESVG – wie die Beklagte meint – nur für Einheiten des öffentlichen Sektors gilt. Die Vorschrift dient nach ihrem Absatz 1 sowohl der Abgrenzung von Markt und Nichtmarkt als auch ("und") der Abgrenzung von privatem und öffentlichem Sektor. Problematisch erscheint eine Heranziehung ihres Absatzes 2 Nr. 1 aber, weil dessen Anforderungen über die hier nach Anhang A Nr. 3.24 ESVG maßgeblichen Anforderungen in Anhang A Nr. 3.19 ESVG hinausgehen. Möglicherweise soll Anhang A Nr. 3.19 ESVG die in Nr. 1.37 formulierten Kriterien zur Abgrenzung von Markt- und Nichtmarktproduzenten konkretisieren. Anhang A Nr. 1.37 ESVG bezieht sich auf das in Tabelle 1.1 dargestellte grobe Raster der Sektoreuzuordnung, das bei öffentlich und privat kontrollierten Einheiten jeweils nach markt- oder nichtmarktbestimmter Tätigkeit unterscheidet. Die dazu normierten Kriterien sind mit dem Verkäuferziel der Gewinnmaximierung und dem Käuferziel der Preis-Nutzen-Optimierung strenger als die beiden für die Annahme von Marktpro-

duktion in Anhang A Nr. 3.19 Abs. 1 Buchst. a und b ESVG formulierten Bedingungen, nämlich eine mindestens auf Kostendeckung zielende Angebotskalkulation und eine freie, am Preis orientierte Entscheidung des Verbrauchers über den Erwerb. Danach könnte Anhang A Nr. 1.37 ESVG nur insoweit anzuwenden sein, als die dort normierten allgemeinen Kriterien nicht den spezielleren in Anhang A Nr. 3.19 ESVG widersprechen, sondern nur auch dort vorausgesetzte Bedingungen umschreiben – etwa ein Minimum freien Marktzugangs oder eine Wettbewerbssituation als Voraussetzung einer Marktpreisbildung. Auch insoweit bittet der Senat den Gerichtshof um Klärung.

- 23 5. Die vierte Frage betrifft Anhang A Nr. 2.107 Satz 2 ESVG, der von vertraglich vereinbarten Leistungen von Altersvorsorge- oder Pensionseinrichtungen spricht. Dies könnte darauf hindeuten, dass dazu keine Einheiten zählen, die ihre Leistungen – wie die Klägerinnen – allein aufgrund hoheitlicher Regelungen erbringen. Andererseits stellt die Begriffsdefinition in Anhang A Nr. 2.105 ESVG keine Anforderungen an den Rechtsgrund der Leistungen, und enthält Anhang A Nr. 2.107 ESVG keine (weitere) Definition, sondern Beispiele. Mit der Erwähnung vertraglicher Vereinbarungen könnte er daher nur eine typische, aber nicht begriffsnotwendige Ausgestaltung der Leistungsbeziehung aufgreifen. Anhang A Nr. 2.109 ESVG stellt ausdrücklich klar, dass Altersvorsorgeeinrichtungen auch staatlich organisiert sein können, ohne sich zur Frage vertraglicher Ausgestaltung zu verhalten. Auch Anhang A Nr. 20.39 ESVG stellt für die Zuordnung von Grenzfällen auf andere Merkmale ab. Allerdings könnte dies darauf zurückzuführen sein, dass eine von Anhang A Nr. 2.107 ESVG umfasste Ausgestaltung vorausgesetzt wird. Dem Zweck der Regelungen und den Erwägungsgründen der einschlägigen Verordnungen vermag der Senat keine eindeutige Klärung der Auslegungszweifel zu entnehmen. Sollte keine vertragliche Ausgestaltung erforderlich sein, bleibt aus seiner Sicht fraglich, ob eine öffentlich-rechtliche, überwiegend pflichtmitgliedschaftliche Ausgestaltung genügt, sofern sämtliche Mitglieder den Leistungsumfang durch freiwillige Beiträge erhöhen können, selbst wenn nur eine Minderheit die Leistungsbeziehung freiwillig durch Beitritt oder Austritt begründen und beenden kann.

- 24 Die Fragen 1. bis 4. zu einzelnen Voraussetzungen der Marktproduktion und der Zuordnung zum Teilsektor S.129 erübrigen sich nicht etwa, weil eindeutig feststünde, dass die Klägerinnen der Ausnahmeregelung für die Sozialversicherung gemäß Art. 1 Nr. 1 Satz 3 Buchst. f der Verordnung (EU) 2018/231 unterfallen. Ob dies zutrifft, hängt von den Auslegungsfragen 5. und 6. ab, die sich ebenfalls nicht ohne die erbetene Vorabentscheidung beantworten lassen.
- 25 6. Art. 1 Nr. 1 Satz 3 Buchst. f der Verordnung (EU) 2018/231 verweist zur Bestimmung des Teilsektors der Sozialversicherung auf Anhang A Nr. 2.117 ESVG. Danach umfasst dieser Teilsektor institutionelle Einheiten des Bundes, der Länder und der Gemeinden, deren Haupttätigkeit in der Gewährung von Sozialleistungen besteht und die folgende zwei Kriterien erfüllen:
- a) Bestimmte Bevölkerungsgruppen sind aufgrund gesetzlicher Regelungen zur Teilnahme an dem System oder zu Beitragszahlung verpflichtet, und
  - b) der Staat legt die Beiträge und Leistungen fest und übernimmt insofern, unabhängig von seiner Aufsichtsfunktion, einen Teil der Leitung.
- 26 Anhang A Nr. 2.110 Buchst. a ESVG stellt klar, dass institutionelle Einheiten, die diese beiden Kriterien erfüllen, nicht zum Teilsektor der Altersvorsorgeeinrichtungen (S.129), sondern zum Teilsektor der Sozialversicherung gehören.
- 27 Allerdings wurden nicht alle Definitionsmerkmale des Anhangs A Nr. 2.117 ESVG in die Definition der Altersvorsorgeeinrichtungen der Sozialversicherung in Anhang A Nr. 17.43 ESVG übernommen. Daraus ergibt sich die fünfte vorgelegte Frage. Falls die erste Regelung als Definition des Teilsektors der Sozialversicherung und die zweite als speziellere Vorschrift zur Differenzierung innerhalb dieses Teilsektors zu verstehen ist, setzt Anhang A Nr. 17.43 ESVG die Erfüllung aller Definitionsmerkmale von Anhang A Nr. 2.117 ESVG voraus und ergänzt sie zur Abgrenzung der Altersvorsorgeeinrichtungen in der Sozialversicherung um weitere Merkmale. Dann könnte die Zuordnung der Klägerinnen zur Sozialversicherung scheitern, wenn sie Bedingung b des Anhangs A Nr. 2.117 ESVG nicht erfüllen (vgl. dazu sogleich unter 7., Rn. 28). Die Gegenauffassung hält die Definition in Anhang A Nr. 17.43 ESVG für eigenständig und abschließend. Außerdem versteht sie den Staatsbegriff dort so, dass er auch juristische Personen des

öffentlichen Rechts umfasst, die gegenüber der Primäreinheit verselbständigt sind. Dann wären die Klägerinnen den Altersvorsorgeeinrichtungen der Sozialversicherung zuzuordnen, weil das Gesetz ihren Pflichtmitgliedern die Teilnahme an ihrer Alterssicherung aufgibt und weil sie ihre Leistungen als mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete institutionelle Einheiten eines Landes – des Freistaates Bayern – gewähren.

- 28 7. Die Frage (6. a)), ob der Staatsbegriff in Anhang A Nr. 2.117 Buchst. b und Nr. 17.43 ESVG auch solche institutionellen Einheiten umfasst oder nur die jeweilige Primäreinheit bezeichnet, ist ihrerseits nicht zweifelsfrei im einen oder anderen Sinne zu beantworten. Weil Anhang A Nr. 2.117 Buchst. b ESVG von einer über die Aufsichtsfunktion hinausgehenden Leitung spricht, könnte als Staat jedenfalls dort nur die Primäreinheit bezeichnet sein, der die Aufsicht über die mit Selbstverwaltungsrecht (Autonomie) ausgestatteten institutionellen Einheiten obliegt. Bei konsistenter Begriffsverwendung wäre auch der Staatsbegriff in Anhang A Nr. 17.43 ESVG in diesem engen Sinne zu verstehen. Allerdings könnte der Begriff dort auch sonstige staatliche Einheiten einbeziehen oder sogar gegenüber der Primäreinheit als Träger der gesetzlichen Rentenversicherung verselbständigte Verwaltungsträger, die ihren Mitgliedern eine Befreiung von der gesetzlichen Rentenversicherung ermöglichen und eine an deren Beitrags- und Leistungsniveau orientierte selbstverwaltete Altersversorgung für bestimmte Berufsgruppen sicherstellen sollen, ohne staatlich kontrolliert zu sein. Dafür könnte die Abgrenzungsregel in Anhang A Nr. 20.39 ESVG sprechen, die davon ausgeht, dass die Leistungen auch von einer "gesonderte[n] institutionelle[n] Einheit ... verwaltet" werden können. Andererseits geht Anhang A Nr. 20.12 ESVG davon aus, dass Sozialversicherungssysteme die gesamte Bevölkerung oder weite Kreise der Bevölkerung einbeziehen müssen; daran dürfte es bei regionalen berufsständischen Versorgungseinrichtungen für bestimmte Berufe in aller Regel fehlen.
- 29 Je nach Auslegung des Staatsbegriffs in der einen und der anderen Vorschrift stellt sich zu Anhang A Nr. 2.117 Buchst. b ESVG die weitere Frage (6. b)), ob die Festlegung von Beiträgen und Leistungen durch den Staat verlangt, dass die Primäreinheit beides betragsmäßig im Sinne der Bezifferbarkeit in jedem Anwendungsfall bestimmt. Der Begriff der Festlegung deutet auf das Erfordernis einer



abschließenden Regelung hin. Nach der von den Klägerinnen vertretenen Gegenauffassung soll jedoch genügen, dass die Primäreinheit den in der Vorlagefrage näher beschriebenen gesetzlichen Rahmen schafft, innerhalb dessen die autonome Einheit Beitragshöhe und Leistungsart und -umfang regeln darf.

- 30 Schließlich stellt sich bei der Anwendung der für Grenzfälle erlassenen Abgrenzungsregel in Anhang A Nr. 20.39 ESVG die Frage, ob der Begriff der staatlichen Einheit nur institutionelle Einheiten umfasst, die sämtliche Anforderungen von Anhang A Nr. 20.10 und 20.12 ESVG erfüllen. Hier wäre das Kriterium erheblicher Transferzahlungen aus dem staatlichen Haushalt (Nr. 20.10) nach den bindenden tatrichterlichen Feststellungen (§ 137 Abs. 2 VwGO) zu verneinen. Ob die Klägerinnen staatlich kontrolliert werden, könnte danach nur erheblich werden, wenn Nr. 20.12, aber nicht Nr. 20.10 einschlägig sein sollte. Falls sie nach jeweils zutreffender Auslegung der Vorschriften des ESVG weder Marktproduzentinnen noch Teil der Sozialversicherung sind, dürften sie als private Organisationen ohne Erwerbszweck einzuordnen und als solche – unabhängig vom Vorliegen staatlicher Kontrolle – nicht berichtspflichtig sein.

Dr. Held-Daab

Hoock

Dr. Rublack

Dr. Seegmüller

Dr. Meister



Beglaubigt

**Hardtmann**

als Urkundsbeamtin/Urkundsbeamter der Geschäftsstelle