SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN JULIANE KOKOTT vom 7. September 2006 [1]

I — Einleitung

1. Im November 2000 versteigerte die Telekom-Control-Kommission, die österreichische Regulierungsbehörde mehrere Frequenzblöcke zum Angebot von Mobilfunkdiensten nach dem Standard UMTS/IMT-2000 [2] (auch Mobilfunkdienste der dritten Generation — 3G — genannt) und erteilte den erfolgreichen Bietern anschließend durch Bescheid entsprechende Frequenznutzungsrechte. Dabei wurden Entgelte von insgesamt 831 595 241,10 Euro eingenommen. Bereits zuvor waren in derselben Weise Frequenzen für das Angebot von Mobilfunkdiensten der zweiten Generation (GSM-Standard [3]) und für das Bündelfunksystem TETRA [4] vergeben worden.

2. 3G-Mobilfunkgeräte verfügen über eine größere Kapazität zur Datenübertragung als Mobiltelefone der vorherigen Generationen. Sie ermöglichen insbesondere die Bereitstellung von Multimediadiensten wie Videokonferenzen, Internetzugang und Online-Unterhaltung. Die Einführung des UMTS-Mobilfunks wird als bedeutender technischer Fortschritt angesehen, der den Telekommunikationsunternehmen vielfältige neue Tätigkeitsfelder eröffnet.

3. Im Ausgangsrechtsstreit machen die acht Telekommunikationsunternehmen, die Frequenznutzungsrechte erworben haben, (im Folgenden auch: Klägerinnen) geltend, dass die Einräumung der Rechte ein mehrwertsteuerpflichtiger Vorgang gewesen sei und dass die Frequenznutzungsentgelte Mehrwertsteuer enthalten hätten. Sie verlangen daher die Ausstellung von Rechnungen, in denen die Mehrwertsteuer ausgewiesen ist. Dies ist Voraussetzung für den Abzug der vermeintlich gezahlten Mehrwertsteuer als Vorsteuer.

1 — Originalsprache: Deutsch.

2 — IMT-2000: International Mobile Telecommunications-2000 (von der International Telecommunication Union [ITU] entwickelter Standard); UMTS: Universelles mobiles Telekommunikationssystem (im Rahmen der Europäischen Konferenz der Verwaltungen für Post und Fernmeldewesen [CEPT] und des European Telecommunications Standards Institute [ETSI] entwickelter Standard, der Teil der sog. IMT-2000-Familie ist).

3 — Global System for Mobile Communications.

4 — Terrestrial Trunked Radio. Nähere Informationen zu diesem digitalen Funkstandard finden sich auf der Homepage der TETRA MoU Association Ltd (www.tetramou.com).

4. Nach Art. 4 Abs. 1 und 2 der Sechsten Mehrwertsteuerrichtlinie (im Folgenden: Sechste Richtlinie) [5] sind nur Umsätze steuerpflichtig, die ein Steuerpflichtiger im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit bewirkt. Den Staat und seine Einrichtungen sieht die Richtlinie gemäß Art. 4 Abs. 5 im Grundsatz nicht als Steuerpflichtige an, wenn sie öffentliche Gewalt ausüben. Die Auslegung dieser Vorschriften im Hinblick auf die Versteigerung der Frequenznutzungsrechte bildet den Kern des vorliegenden Verfahrens.

5. In einem parallel gelagerten Vorabentscheidungsersuchen [6], zu dem ich ebenfalls heute Schlussanträge vorlege, stellt das VAT and Duties Tribunal London ähnliche Fragen zur Beurteilung der Versteigerung von UMTS-Lizenzen im Vereinigten Königreich.

6. Darüber hinaus sind andere Mitgliedstaaten dem britischen und österreichischen Beispiel gefolgt und haben ebenfalls hohe Lizenzgebühren eingenommen. Das vorliegende und das Parallelverfahren aus dem Vereinigten Königreich sind also nicht nur wegen der enormen Summen von besonderer Bedeutung, die hier auf dem Spiel stehen. Vielmehr haben sie zugleich Pilotcharakter für ähnliche Rechtsstreitigkeiten in anderen Mitgliedstaaten.

5 — Sechste Richtlinie 77/388/EWG des Rates vom 17. Mai 1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern — Gemeinsames Mehrwertsteuersystem: einheitliche steuerpflichtige Bemessungsgrundlage (ABl. L 145, S. 1).

6 — Rechtssache C-369/04 (Hutchison u. a.).

II — Rechtlicher Rahmen

A — *Vorschriften über die Mehrwertsteuer*

1. Gemeinschaftsrecht

7. Nach Art. 2 Nr. 1 der Sechsten Richtlinie unterliegen der Mehrwertsteuer:

„Lieferungen von Gegenständen und Dienstleistungen, die ein Steuerpflichtiger als solcher im Inland gegen Entgelt ausführt; ..."

8. Wer als Steuerpflichtiger anzusehen ist, wird in Art. 4 der Sechsten Richtlinie wie folgt definiert:

„(1) Als Steuerpflichtiger gilt, wer eine der in Abs. 2 genannten wirtschaftlichen Tätigkeiten selbständig und unabhängig von ihrem Ort ausübt, gleichgültig zu welchem Zweck und mit welchem Ergebnis.

(2) Die in Absatz 1 genannten wirtschaftlichen Tätigkeiten sind alle Tätigkeiten eines Erzeugers, Händlers oder Dienstleistenden einschließlich der Tätigkeiten der Urproduzenten, der Landwirte sowie der freien Berufe und der diesen gleichgestellten Berufe. Als wirtschaftliche Tätigkeit gilt auch eine Leistung, die die Nutzung von körperlichen oder nicht körperlichen Gegenständen zur nachhaltigen Erzielung von Einnahmen umfasst.

[...]

(5) Staaten, Länder, Gemeinden und sonstige Einrichtungen des öffentlichen Rechts gelten nicht als Steuerpflichtige, soweit sie die Tätigkeiten ausüben oder Leistungen erbringen, die ihnen im Rahmen der öffentlichen Gewalt obliegen, auch wenn sie im Zusammenhang mit diesen Tätigkeiten oder Leistungen Zölle, Gebühren, Beiträge oder sonstige Abgaben erheben.

Falls sie jedoch solche Tätigkeiten ausüben oder Leistungen erbringen, gelten sie für diese Tätigkeiten oder Leistungen als Steuerpflichtige, sofern eine Behandlung als Nicht-Steuerpflichtige zu größeren Wettbewerbsverzerrungen führen würde.

Die vorstehend genannten Einrichtungen gelten in jedem Fall als Steuerpflichtige in Bezug auf die in Anhang D aufgeführten Tätigkeiten, sofern der Umfang dieser Tätigkeiten nicht unbedeutend ist.

[...]"

9. In Anhang D ist unter Nr. 1 das Fernmeldewesen als Tätigkeit im Sinne von Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 3 der Sechsten Richtlinie aufgeführt.

2. Nationales Recht

10. Gemäß § 1 Abs. 1 Ziff. 1 des Umsatzsteuergesetzes 1994 (UStG) unterliegen der Umsatzsteuer die Lieferungen und sonstigen Leistungen, die ein Unternehmer im Inland gegen Entgelt im Rahmen seines Unternehmens ausführt. Die Steuerbarkeit wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Umsatz aufgrund gesetzlicher oder behördlicher Anordnung bewirkt wird oder kraft gesetzlicher Vorschrift als bewirkt gilt.

11. Als Unternehmer ist nach § 2 Abs. 1 UStG jemand anzusehen, der eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit selbständig ausübt. Gewerblich oder beruflich ist jede nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen.

12. Gemäß § 2 Abs. 3 UStG sind die Körperschaften des öffentlichen Rechts grundsätzlich nur im Rahmen ihrer Betriebe gewerblicher Art (§ 2 des Körperschaftsteuergesetzes — KStG) gewerblich oder beruflich tätig. § 2 Abs. 1 KStG normiert, dass ein Betrieb gewerblicher Art einer Körperschaft des öffentlichen Rechts jede Einrichtung ist, die wirtschaftlich selbständig ist und ausschließlich oder überwiegend einer nachhaltigen privatwirtschaftlichen Tätigkeit von wirtschaftlichem Gewicht und zur Erzielung von Einnahmen oder im Fall des Fehlens der Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr von anderen wirtschaftlichen Vorteilen und nicht der Land- und Forstwirtschaft dient.

13. § 2 Abs. 5 KStG lautet auszugsweise: „Eine privatwirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des [Absatzes] 1 liegt nicht vor, wenn die Tätigkeit überwiegend der öffentlichen Gewalt dient (Hoheitsbetrieb) ...“

14. § 11 Abs. 1 Sätze 1 und 2 UStG sehen Folgendes vor: „Führt der Unternehmer Umsätze im Sinne des § 1 Abs. 1 Z[iffer] 1 UStG aus, ist er berechtigt, Rechnungen auszustellen. Führt er die Umsätze an einen anderen Unternehmer für dessen Unternehmen oder an eine juristische Person, soweit sie nicht Unternehmer ist, aus, ist er verpflichtet, Rechnungen auszustellen.“ [7] Diese Rechnungen müssen nach § 11 Abs. 1 Ziff. 6 UStG den auf das Entgelt entfallenden Steuerbetrag enthalten.

B — *Rechtlicher Rahmen für die Vergabe von UMTS-Fequenzen*

15. Funkfrequenzen sind eine knappe Ressource. Das technisch nutzbare Frequenzspektrum ist zum großen Teil bereits verschiedenen Diensten und Nutzungsarten zugewiesen. Um Störungen zu vermeiden, stehen für jede Nutzung bestimmte voneinander abgegrenzte Abschnitte (Frequenzbänder) zur Verfügung. Die weltweite Frequenzordnung basiert auf Arbeiten im Rahmen der Internationalen Fernmeldeunion (ITU), einer internationalen Organisation unter dem Dach der Vereinten Nationen.

7 — Die Beklagte des Ausgangsrechtsstreit hat darauf hingewiesen, dass die Bestimmung zum maßgeblichen Zeitpunkt noch einen anderen Wortlaut hatte, nämlich: Führt ein Unternehmer steuerpflichtige Leistungen aus, so ist er berechtigt und, soweit er die Umsätze an einen anderen Unternehmer für dessen Unternehmen ausführt, auf Verlangen des anderen verpflichtet, Rechnungen auszustellen, in denen die Steuer gesondert ausgewiesen ist.

16. Die für den UMTS/IMT-2000-Mobilfunk eröffneten Frequenzbänder wurden im Grundsatz 1992 durch die von ITU veranstaltete Weltkonferenz der Funkverwaltungen (WRC 92) festgelegt. In der Entschließung 212 geht die Weltkonferenz der Funkverwaltungen von 1997 davon aus, dass die Einführung von IMT-2000-Mobilfunkdiensten um das Jahr 2000 herum zu erwarten ist.

17. Auf europäischer Ebene leistete die Europäische Konferenz der Verwaltungen für Post und Fernmeldewesen (CEPT) [8] weitere Vorarbeiten für die Einführung des Mobilfunks der dritten Generation. Der zu dieser Organisation gehörende Europäische Ausschuss für Funkangelegenheiten (ERC) definierte in der Entscheidung ERC/DEC (97)/07 vom 30. Juni 1997 [9] insbesondere das zur Verfügung stehende Frequenzspektrum.

18. Der für den Mobilfunk der dritten Generation reservierte Bereich des Frequenzspektrums lässt sich in weitere Abschnitte unterteilen, in denen mehrere Anbieter nebeneinander Mobilfunknetze betreiben können. Die Ausstattung und die Anzahl der hierfür ausgegebenen Frequenznutzungsrechte variiert von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat. [10] Während Österreich und Deutschland das Spektrum beispielsweise auf sechs Anbieter aufgeteilt haben, waren es in Belgien und Frankreich nur drei. Bei der Festlegung der Bandbreiten, die für den Betrieb eines Netzes eingeräumt wird, besteht also — im Rahmen der technischen Mindestanforderungen — ein gewisser Spielraum.

19. Auch die Frequenzordnung für die Mobilfunkdienste der zweiten Generation basieren auf Vorgaben der CEPT.

1. Gemeinschaftsrecht

20. Den gemeinschaftsrechtlichen Rahmen für die Erteilung von Allgemein- und Einzelgenehmigungen für Telekommunikationsdienste bildete im entscheidungserheblichen Zeitraum die Richtlinie 97/13/EG [11].

8 — CEPT ist eine internationale Organisation, der z. Zt. Regulierungsbehörden für Post und Telekommunikation aus 46 europäischen Staaten angehören. (Nähere Informationen auf der Homepage der Organisation: www.cept.org).

9 — Darin werden folgende Frequenzbänder ausgewiesen: 1900-1980 MHz, 2010-2025 MHz und 2110-2170 MHz für terrestrische UMTS-Anwendugen und 1980-2010 MHz und 2170-2200 MHz für satellitengestützte UMTS-Anwendungen.

10 — Siehe dazu die Informationen auf der Homepage des European Radiocommunications Office (ERO): www.ero.dk/ecc.

11 — Richtlinie 97/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. April 1997 über einen gemeinsamen Rahmen für Allgemein- und Einzelgenehmigungen für Telekommunikationsdienste, ABl L 117, S. 15, mit Wirkung zum 24. Juli 2003 aufgehoben durch die Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. L 108, S. 33.

21. Nach Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 97/13 „dürfen [die Mitgliedstaaten] eine Einzelgenehmigung gemäß Abschnitt III nur erteilen, wenn der Genehmigungsträger Zugang zu knappen Sachressourcen und anderen Ressourcen erhält oder besonderen Verpflichtungen unterworfen ist oder besondere Rechte genießt."

22. Abschnitt III der Richtlinie (Art. 7 bis 11) regelt die Einzelgenehmigung näher. In Art. 10 ist vorgesehen, dass die Mitgliedstaaten die Zahl der Einzelgenehmigungen beschränken dürfen, soweit dies für die effektive Nutzung von Funkfrequenzen erforderlich ist. Sie müssen dabei insbesondere in angemessener Weise berücksichtigen, dass der Nutzen für die Benutzer maximiert und die Entwicklung des Wettbewerbs gefördert werden muss. Die Mitgliedstaaten erteilen solche Einzelgenehmigungen aufgrund von Auswahlkriterien, die objektiv, nichtdiskriminierend, detailliert, transparent und verhältnismäßig sein müssen.

23. Nach Art. 11 Abs. 1 der Richtlinie 97/13 dürfen für die Genehmigungserteilung kostendeckende Gebühren erhoben werden. Abs. 2 erlaubt darüber hinaus die Festsetzungen weiterer Abgaben:

„Ungeachtet des Absatzes 1 können die Mitgliedstaaten ihren nationalen Regulierungsbehörden für den Fall, dass auf knappe Ressourcen zurückgegriffen werden soll, gestatten, Abgaben zu erheben, die die Notwendigkeit widerspiegeln, die optimale Nutzung dieser Ressourcen sicherzustellen. Diese Abgaben müssen nichtdiskriminierend sein und insbesondere der Notwendigkeit Rechnung tragen, die Entwicklung innovativer Dienste und den Wettbewerb zu fördern."

24. Die Richtlinie 97/13 wurde durch die Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie) [12] aufgehoben. Im Gegensatz zur Richtlinie 97/13 ist in Art. 9 Abs. 3 der Richtlinie 2002/21 nunmehr vorgesehen, dass die Mitgliedstaaten Unternehmen die Übertragung von Frequenznutzungsrechten an andere Unternehmen gestatten können.

25. Art. 9 Abs. 4 der Richtlinie 2002/21 sieht für diesen Fall Folgendes vor:

„Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass die Absicht eines Unternehmens, Frequenznutzungsrechte zu übertragen, der für die Frequenzzuteilung zuständigen nationalen Regulierungsbehörde mitgeteilt wird und dass jegliche Übertragung nach von dieser Behörde festgelegten Verfahren erfolgt und öffentlich bekannt gegeben wird. Die nationalen Regulierungsbehörden sorgen dafür, dass der Wettbewerb infolge derartiger Übertragungen nicht verzerrt wird. Soweit die Frequenznutzung durch Anwendung der

12 — Zitiert in Fußn. 11.

Entscheidung Nr. 676/2002/EG (Frequenzentscheidung) oder anderweitige Gemeinschaftsmaßnahmen harmonisiert wurde, darf eine solche Übertragung nicht zu einer veränderten Nutzung dieser Frequenzen führen."

2. Nationale Vorschriften

26. Von Interesse ist ferner die Entscheidung Nr. 128/1999/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 1998 über die koordinierte Einführung eines Drahtlos- und Mobilkommunikationssystems (UMTS) der dritten Generation in der Gemeinschaft [13] (UMTS-Entscheidung). Mit dieser Entscheidung gaben Parlament und Rat gewissermaßen den Startschuss für die europaweite Einführung des UMTS-Mobilfunks.

28. Gemäß § 14 des Telekommunikationsgesetzes in der Fassung vom 1. Juni 2000 (TKG) bedarf das Erbringen des mobilen Sprachtelefondienstes und anderer öffentlicher Mobilfunkdienste mittels selbst betriebener Mobilkommunikationsnetze einer Konzession. Die Konzession ist zu erteilen, wenn bei Konzessionen zur Erbringung öffentlicher Mobilfunkdienste die Frequenzen dem Antragsteller zugeteilt worden sind oder zugleich mit der Konzession zugeteilt werden können (§ 15 Abs. 2 Ziff. 3 TKG). Die Konzessionen können nach § 16 Abs. 1 TKG mit Zustimmung der Regulierungsbehörde übertragen werden. Zur Abdeckung der Verwaltungskosten, die bei der Erteilung der Konzession anfallen, ist eine Gebühr zu entrichten (§ 17 TKG).

27. In den Erwägungsgründen zu der UMTS-Entscheidung knüpfen sie an die internationalen Entwicklungen und Vorgaben für den Mobilfunk der dritten Generation an. Art. 3 Abs. 1 der UMTS-Entscheidung verpflichtet die Mitgliedstaaten, bis zum 1. Januar 2000 Genehmigungsverfahren für die Einführung von UMTS-Diensten zu schaffen. Gemäß Art. 3 Abs. 3 sollen sie dabei, „im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht dafür [sorgen], dass bei der Bereitstellung des UMTS ... Frequenzbänder genutzt werden, die durch die CEPT ... harmonisiert wurden".

29. Nach § 21 Abs. 1 TKG haben Inhaber einer Mobilfunkkonzession zur Sicherung einer effizienten Nutzung des Frequenzspektrums zusätzlich zur Frequenznutzungsgebühr ein einmaliges oder ein jährliches Frequenznutzungsentgelt zu leisten. § 49 Abs. 4 TKG sieht vor, dass „[d]ie Zuteilung von Frequenzen, die zur Erbringung von öffentlichen Mobilkommunikationsdiensten und für andere öffentliche Telekommunikationsdienste vorgesehen sind, ... durch die Regulierungsbehörde [erfolgt]".

13 — ABl. 1999 L 17, S. 1.

30. Das Zuteilungsverfahren ist im Einzelnen in § 49a TKG geregelt, dessen Abs. 1 lautet: „Die Regulierungsbehörde hat die ihr überlassenen Frequenzen demjenigen Antragsteller zuzuteilen, der die allgemeinen Voraussetzungen gemäß § 15 [Absatz] 2 Z [iffer] 1 und 2 erfüllt und die effizienteste Nutzung der Frequenzen gewährleistet. Diese wird durch die Höhe des angebotenen Frequenznutzungsentgeltes festgestellt."

31. Weitere Einzelheiten regelte eine auf § 49a Abs. 7 TKG von der Telekom-Control-Kommission erlassene Verfahrensordnung sowie die Ausschreibungsunterlage vom 10. Juli 2000 im Verfahren betreffend Frequenzzuteilungen für Mobilfunksysteme der 3. Generation (UMTS/IMT-2000). Darin sind u. a. Mindestgebote von 700 000 000 ATS (50 870 983,92 Euro) für ein Frequenzpaket aus dem gepaarten Bereich und 350 000 000 (25 435 491,96 Euro) für ein Frequenzpaket aus dem ungepaarten Bereich vorgesehen.

32. Vor dem 1. Juni 2000 fanden auf die Konzessionserteilung die Regeln des TKG in der Fassung von 1997 Anwendung.

33. 2003 wurde das TKG neu gefasst. In § 56 Abs. 1 TKG 2003 istnunmehr insbesondere die Überlassung von Nutzungsrechten für Frequenzen, die von der Regulierungsbehörde zugeteilt wurden, geregelt. Sie ist nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich und bedarf der Genehmigung durch die Regulierungsbehörde.

34. In den §§ 110 bis 112 des TKG sind der Aufbau und die Aufgaben der Telekom-Control-Kommission geregelt. Sie ist bei der Telekom-Control GmbH angesiedelt, deren einziger Gesellschafter der Staat ist und die die Aufgaben der Regulierungsbehörde wahrnimmt, soweit diese nicht der Telekom-Control-Kommission übertragen sind (§§ 108 und 109 TKG). Zu den Regulierungsaufgaben der Telekom-Control-Kommission gehört insbesondere die Zuteilung von Frequenzen nach Art. 49 Abs. 4 in Verbindung mit Art. 49a TKG (§ 111 Ziff. 9 TKG).

III — Sachverhalt und Vorlagefragen

35. Mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 20. November 2000 erfolgten die Frequenzzuteilungen sowie die Konzessionserteilungen für die Mobilfunksysteme der dritten Generation (UMTS/IMT-2000). Vor der Zuteilung wurden die Frequenzpakete öffentlich ausgeschrieben und anschließend im Rahmen eines mehrstufigen, simultanen Auktionsverfahrens versteigert. Bei der Versteigerung am 2. und 3. November 2000 wurden insgesamt 12

Frequenzblöcke zu je 5 MHz paarweise und in einer weiteren simultanen Versteigerung fünf einzelne 5 MHz-Frequenzblöcke versteigert. Auf Grund der Ergebnisse der Versteigerung wurden die Frequenzpakete bescheidmäßig den Klägern zugewiesen. Die Frequenznutzungsentgelte wurden wie folgt festgesetzt:

T-Mobile Austria GmbH:	170 417 796,10 Euro
Mobilkom Austria AG & Co KG:	171 507 888,60 Euro
TRA-3G Mobilfunk GmbH:	113 151 602,70 Euro
ONE GmbH:	120 055 522,00 Euro
Hutchison 3G Austria GmbH:	139 023 131,70 Euro
3G Mobile Telecommunications GmbH:	117 439 300,00 Euro

36. Die angeführten Beträge waren von den Ersteigerern jeweils in zwei Tranchen zu bezahlen, die erste binnen 7 Tagen nach Zustellung des Bescheides der Telekom-Control-Kommission, die zweite binnen sechs Wochen. Die Konzession und Frequenzzuteilung gilt bis zum 31. Dezember 2020.

37. Mit Bescheid der Telekom-Control-Kommission vom 3. Mai 1999 wurden der tele.ring Telekom Service GmbH & Co KG GSM-Frequenznutzungsrechte (DCS-1800-Kanäle) gegen ein Frequenznutzungsentgelt von 98 108 326,00 Euro zugeteilt. Ferner wies die Telekom-Control-Kommission mit Bescheid vom 7. Februar 2000 der mastertalk Austria Telekom Service GmbH und Co KG Frequenzen für das Bündelfunksystem TETRA zu, wobei ein Frequenznutzungsentgelt von 4 832 743,47 Euro festgesetzt wurde. Auch diesen Bescheiden lag eine Versteigerung zugrunde.

38. Im Ausgangsrechtsstreit verlangen die Klägerinnen die Ausstellung von Rechnungen für die Frequenznutzungsentgelte, in denen die Mehrwertsteuer ausgewiesen ist, die ihrer Ansicht nach in dem Entgelt enthalten ist. Im Rahmen dieses Verfahrens hat das Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien mit Beschluss vom 7. Juni 2004 folgende Fragen zur Vorabentscheidung gemäß Art. 234 EG vorgelegt:

1. Ist Art. 4 Abs. 5 dritter Unterabs. in Verbindung mit Anhang D Nr. 1 der

Sechsten Richtlinie ... so auszulegen, dass es sich bei der Zuteilung von Frequenznutzungsrechten für Mobilfunksysteme nach den Standards UMTS/IMT-2000, GSM-DCS-1800 und TETRA ... durch einen Mitgliedstaat gegen ein Frequenznutzungsentgelt um eine Tätigkeit auf dem Gebiet des Fernmeldewesens handelt?

2. Ist Art. 4 Abs. 5 dritter Unterabs. der Sechsten Richtlinie so auszulegen, dass ein Mitgliedstaat, dessen nationales Recht das in Art. 4 Abs. 5 dritter Unterabs. der Richtlinie genannte Kriterium des ‚nicht unbedeutenden' Umfanges einer Tätigkeit (De-minimis-Regel) als Voraussetzung für die Eigenschaft als Steuerpflichtiger nicht vorsieht, daher für sämtliche Tätigkeiten im Bereich des Fernmeldewesens unabhängig davon, ob der Umfang dieser Tätigkeiten unbedeutend ist, in jedem Fall als Steuerpflichtiger anzusehen ist?

3. Ist Art. 4 Abs. 5 dritter Unterabs. der Sechsten Richtlinie so auszulegen, dass die Zuteilung von Frequenznutzungsrechten für Mobilfunksysteme durch einen Mitgliedstaat gegen Frequenznutzungsentgelte in der Höhe von insgesamt EUR 831 595 241,10 (UMTS/IMT 2000) bzw. EUR 98 108 326 (DCS-1800-Kanäle) bzw. EUR 4 832 743,47 (TETRA) als Tätigkeit von nicht unbedeutendem Umfang anzusehen ist und daher der Mitgliedstaat mit dieser Tätigkeit als Steuerpflichtiger gilt?

4. Ist Art. 4 Abs. 5 zweiter Unterabs. der Sechsten Richtlinie so auszulegen, dass es zu größeren Wettbewerbsverzerrungen führen würde, wenn ein Mitgliedstaat bei der Zuteilung von Frequenznutzungsrechten für Mobilfunksysteme gegen ein Entgelt in der Höhe von insgesamt EUR 831 595 241,10 (UMTS/IMT 2000) bzw. EUR 98 108 326 (DCS-1800-Kanäle) bzw. EUR 4 832 743,47 (TETRA) diese Entgelte nicht der Umsatzsteuer unterwirft und private Anbieter solcher Frequenzen diese Tätigkeit der Umsatzsteuer unterwerfen müssen?

5. Ist Art. 4 Abs. 5 erster Unterabs. der Sechsten Richtlinie so auszulegen, dass eine Tätigkeit eines Mitgliedstaates, der Frequenznutzungsrechte für Mobilfunksysteme in der Weise an Mobil-

funkunternehmer zuteilt, dass er zunächst in einem Auktionsverfahren ein Meistbot für das Frequenznutzungsentgelt ermittelt und der Meistbietende anschließend die Frequenzen zugeteilt erhält, nicht im Rahmen der öffentlichen Gewalt erfolgt und daher der Mitgliedstaat mit dieser Tätigkeit als Steuerpflichtiger gilt, dies unabhängig vom Rechtscharakter des die Zuteilung bewirkenden Aktes nach dem nationalen Recht des Mitgliedstaates?

39. Im Verfahren vor dem Gerichtshof haben die in den Nrn. 35 und 37 genannten Unternehmen, die Finanzprokuratur für die Republik Österreich als Beklagte, die dänische, deutsche, italienische, niederländische, österreichische und polnische Regierung und die Regierung des Vereinigten Königreichs sowie die Kommission der Europäischen Gemeinschaften Stellung genommen.

IV — Rechtliche Würdigung

6. Ist Art. 4 Abs. 2 der Sechsten Richtlinie so auszulegen, dass die in der fünften Frage beschriebene Zuteilung von Frequenznutzungsrechten für Mobilfunksysteme durch einen Mitgliedstaat als wirtschaftliche Tätigkeit anzusehen ist und somit der Mitgliedstaat mit dieser Tätigkeit als Steuerpflichtiger gilt?

40. Nach Art. 4 Abs. 1 der Sechsten Richtlinie gilt derjenige als Steuerpflichtiger, der selbständig eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, und zwar gleichgültig zu welchem Zweck und mit welchem Ergebnis. Art. 4 Abs. 2 der Sechsten Richtlinie definiert den Begriff der wirtschaftlichen Leistung näher. Diese Bestimmungen regeln damit nicht nur, wer Steuerpflichtiger sein kann, sondern zugleich, unter welchen Bedingungen die Tätigkeit einer Person der Mehrwertsteuer unterliegt.

7. Ist die Sechste Richtlinie so auszulegen, dass es sich bei den festgesetzten Frequenznutzungsentgelten für die Zuteilung von Frequenznutzungsrechten für Mobilfunksysteme um Bruttoentgelte (welche die Mehrwertsteuer bereits inkludieren) oder um Nettoentgelte (zu denen die Mehrwertsteuer noch dazugerechnet werden kann) handelt?

41. Art. 4 Abs. 5 der Sechsten Richtlinie enthält differenzierte Regelungen dafür, wann der Staat als Steuerpflichtiger anzusehen ist.[14] Die Anwendung dieser Rege-

14 — Vgl. Generalanwalt Mischo, der anschaulich ausführt, dass Art. 4 Abs. 5 sozusagen in Stufen aufgebaut und in Ausnahmen und Gegenausnahmen gegliedert ist (Schlussanträge vom 15. März 1989, Comune di Carpaneto Piacentino u. a. [231/87 und 129/88, Slg. 1989, 3233, Nr. 8]).

lungen setzt jedoch voraus, dass überhaupt eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne von Art. 4 Abs. 2 vorliegt. Daher ist zunächst auf die sechste Vorlagefrage einzugehen, die auf die Auslegung dieser Bestimmung zielt.

A — *Zur sechsten Vorlagefrage: Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit*

42. Mit seiner sechsten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Zuteilung von Frequenznutzungsrechten für Mobilfunksysteme durch einen Mitgliedstaat als wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Art. 4 Abs. 2 der Sechsten Richtlinie anzusehen ist.

43. Art. 4 Abs. 2 der Sechsten Richtlinie enthält eine sehr weit reichende Aufzählung dessen, was als wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Abs. 1 anzusehen ist. Darunter fällt neben allen Tätigkeiten eines Erzeugers, Händlers und Dienstleistenden insbesondere auch eine Leistung, die die Nutzung von nicht körperlichen Gegenständen zur nachhaltigen Erzielung von Einnahmen umfasst.

44. Der Gerichtshof hat aus dieser Definition abgeleitet, „dass sich der Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeiten auf einen weiten Bereich erstreckt und dass es sich dabei um einen objektiv festgelegten Begriff handelt, da die Tätigkeit an sich, unabhängig von ihrem Zweck und ihrem Ergebnis, betrachtet wird“ [15].

45. Auf die subjektiven Absichten, die der Betroffene mit der Tätigkeit verfolgt, kommt es also nicht an. Andernfalls müsste die Steuerverwaltung Untersuchungen zur Feststellung dieser Absichten anstellen, was mit den Zielen des gemeinsamen Mehrwertsteuersystems unvereinbar wäre. Dieses System ist nämlich darauf gerichtet, Rechtssicherheit zu gewährleisten und die mit der Anwendung der Mehrwertsteuer verbundenen Maßnahmen dadurch zu erleichtern, dass, abgesehen von Ausnahmefällen, auf die objektive Natur des betreffenden Umsatzes abgestellt wird. [16]

46. Zunächst werde ich mich mit dem Einwand auseinandersetzen, dass eine wirtschaftliche Tätigkeit schon deswegen ausgeschlossen sei, weil die Versteigerung der Frequenznutzungsrechte der Marktregulierung diene. Anschließend ist zu untersu-

15 — Urteile vom 12. September 2000, Kommission/Griechenland (C-260/98, Slg. 2000, I-6537, Randnr. 26), und Kommission/Vereinigtes Königreich (C-359/97, Slg. 2000, I-6355, Randnr. 41), sowie Urteil vom 21. Februar 2006, University of Huddersfield (C-223/03, Slg. 2006, I-1751, Randnr. 47), vgl. auch Urteile vom 26. März 1987, Kommission/Niederlande (235/85, Slg. 1987, 1471, Randnr. 8), sowie im gleichen Sinne u. a. Urteile vom 14. Februar 1985, Rompelman (268/83, Slg. 1985, 655, Randnr. 19), und vom 27. November 2003, Zita Modes (C-497/01, Slg. 2003, I-14393, Randnr. 38).

16 — Urteile vom 6. April 1995, BLP Group (C-4/94, Slg. 1995, I-983, Randnr. 24), und vom 12. Januar 2006, Optigen u. a. (C-354/03, C-355/03 und C-484/03, Slg. 2006, I-483, Randnr. 45).

chen, ob der Vorgang als Nutzung eines nicht körperlichen Gegenstands zur nachhaltigen Erzielung von Einnahmen im Sinne des Art. 4 Abs. 2 der Sechsten Richtlinie einzuordnen ist.

1. Schließt das Ziel der Marktregulierung eine wirtschaftliche Tätigkeit aus?

47. Den Hintergrund für die Versteigerung der Frequenznutzungsrechte bildet der Umstand, dass Funkfrequenzen eine knappe Ressource sind. Der Bereich des elektromagnetischen Spektrums, der für Mobilfunkdienste zur Verfügung steht, ist durch internationale Vereinbarungen vorgegeben. Innerhalb dieses Bereiches kann nur eine begrenzte Anzahl von Mobilfunknetzen nebeneinander betrieben werden. Um eine geordnete und störungsfreie Nutzung der Frequenzen zu gewährleisten, ist ein regulierendes Eingreifen des Staates unvermeidlich.

48. Die UMTS-Entscheidung verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Durchführung der notwendigen administrativen Verfahren für die Einführung von UMTS-Diensten.

49. Die Richtlinie 97/13 und die entsprechenden nationalen Umsetzungsakte bilden den konkreten rechtlichen Rahmen, an den die Mitgliedstaaten bei der Zuteilung der Frequenzbänder gebunden sind. Sie müssen nach Art. 10 der Richtlinie 97/13 bei der Erteilung von Einzelgenehmigungen Auswahlkriterien zugrunde legen, die objektiv, nichtdiskriminierend, detailliert, transparent und verhältnismäßig sind. Nach Art. 11 Abs. 2 der Richtlinie 97/13 dürfen sie in diesem Zusammenhang Abgaben erheben, die die Notwendigkeit widerspiegeln, die optimale Nutzung dieser Ressourcen sicherzustellen.

50. Österreich hat entschieden, die Frequenznutzungsrechte zu versteigern. Durch das Versteigerungsverfahren sollten nach § 49a TKG diejenigen Anbieter ermittelt werden, die die effizienteste Nutzung der Frequenzen gewährleisten. Dagegen ist es nach den Angaben der österreichischen Regierung nicht darum gegangen, hohe Einnahmen des Staates zu erzielen.

51. Die am Verfahren beteiligten Mitgliedstaaten und die Kommission leiten aus diesen Umständen her, dass die Vergabe der Frequenznutzungsrechte durch die Telekom-Control-Kommission kein wirtschaftlicher Vorgang im Sinne des Art. 4 Abs. 1 und 2 der Sechsten Richtlinie gewesen sei, sondern eine Maßnahme zur Regulierung des Marktes.

52. Dem kann nicht gefolgt werden.

53. Ob eine Tätigkeit eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Mehrwertsteuerrechts ist, hängt von ihrem objektiven Charakter ab, der anhand der konkreten äußeren Umstände zu bestimmen ist. Das mit der Tätigkeit verfolgte Ziel, den Zugang zum Mobilfunkmarkt im Einklang mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zu regulieren und die am besten geeigneten Anbieter zu ermitteln, ist dagegen ohne Belang. Denn derartige Ziele sind für die Qualifikation einer Tätigkeit nach der zitierten Rechtsprechung nicht zu berücksichtigen. [17]

54. Gegenstand der Versteigerung war das Recht, während eines Zeitraums von 20 Jahren bestimmte Funkfrequenzen für den Betrieb eines Mobilfunknetzes zu nutzen. Dieses Recht, bzw. den Anspruch auf seine Zuteilung, haben diejenigen Unternehmen durch die Versteigerung erworben, die die höchsten Angebote abgegeben haben.

55. Wie die Einräumung der Frequenznutzungsrechte durch den Staat dabei rechtlich einzuordnen ist — als verwaltungsrechtliche Erlaubnis oder zivilrechtliche Leistung — ist für die Bestimmung des objektiven Charakters der Tätigkeit ebenso wenig ausschlaggebend wie die Bezeichnung der korrespondierenden Gegenleistung der Unternehmen. Denn die Rechte wurden jedenfalls nur gegen die Entrichtung des durch die Versteigerung ermittelten Geldbetrages erteilt, so dass die Geldleistung in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Erteilung der Rechte steht. Das Frequenznutzungsentgelt stellt im Übrigen keine Gebühr dar, durch die nur die Verwaltungskosten der Frequenzzuteilung abgedeckt werden.

56. Nicht entscheidend ist auch die Frage, ob die Erzielung von Einnahmen ein Motiv für die Ausgestaltung des Zuteilungsverfahrens für die Frequenznutzungsrechte war. Objektiv hat die Telekom-Control-Kommission die Rechte nämlich gegen eine Geldleistung vergeben, die den wirtschaftlichen Wert der Rechte widerspiegeln sollte und die die Aufwendungen für das Vergabeverfahren um ein Vielfaches überstieg. Da in den Versteigerungsregeln Mindestgebote von bis zu 50 Millionen Euro vorgesehen waren, war die Erzielung von Einnahmen in erheblichem Umfang auch von vornherein vorgesehen. Für die mehrwertsteuerliche Einordnung der Versteigerung kann es keine Rolle spielen, ob die Erzielung dieser Einnahmen das Handlungsmotiv des Staates war oder nur ein Nebeneffekt, der zwangsläufig mit dieser Form des Vergabeverfahrens einherging.

57. Der Einordnung als wirtschaftliche Tätigkeit steht auch nicht entgegen, dass die Zuteilung der Frequenznutzungsrechte sich letztlich in einen gemeinschaftsrechtlich geprägten Regulierungsrahmen einfügte. Die Ausfüllung dieser rechtlichen Vorgaben stellt nämlich ebenfalls nur ein (zwingend vorgegebenes) Handlungsziel dar, das bei der

17 — Vgl. die in Fußn. 16 zitierten Urteile.

Bewertung als wirtschaftliche Tätigkeit außer Betracht bleiben muss. [18]

58. Dass eine regulierende Tätigkeit als wirtschaftliche Tätigkeit der Mehrwertsteuer unterliegen kann, zeigt ein Blick auf Anhang D Nr. 7 der Sechsten Richtlinie. Unter den Tätigkeiten die gemäß Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 3 der Sechsten Richtlinie immer als mehrwertsteuerpflichtige staatliche Tätigkeiten eingeordnet werden, erscheinen dort die Umsätze der landwirtschaftlichen Interventionsstellen aus landwirtschaftlichen Erzeugnissen, die in Anwendung der Verordnungen über die Gemeinsame Marktorganisation für diese Erzeugnisse bewirkt werden. Verkauft eine Interventionsstelle Produkte aus ihren Beständen, ist also Mehrwertsteuer zu entrichten, obwohl diese Umsätze in erster Linie der Marktregulierung und nicht der Einnahmeerzielung dienen.

59. Durch das Abstellen auf die objektiven äußeren Merkmale des Vorgangs wird der Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit auf einen weiten Bereich erstreckt, wie es dem Verständnis des Gerichtshofs [19] entspricht. Würde bereits auf dieser Prüfungsstufe berücksichtigt, dass eine öffentliche Stelle in Erfüllung ihres gesetzlichen Regulierungsauftrags tätig wird, wäre der Anwendungsbereich der Richtlinie von vornherein erheblich eingeschränkt. Es bliebe insbesondere nur wenig Raum für die Anwendung von Art. 4 Abs. 5 der Sechsten Richtlinie, obwohl diese Bestimmung spezielle Regelungen für die öffentliche Hand enthält.

60. Zwar hat der Gerichtshof insbesondere in dem so genannten Urteil Eurocontrol [20], auf das einige Beteiligte verweisen, festgestellt, dass keine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags vorliege, wenn hoheitliche Befugnisse ausgeübt würden.

61. Dem Wettbewerbsrecht und der Sechste Mehrwertsteuerrichtlinie liegen jedoch verschiedene Begriffe der wirtschaftlichen Tätigkeit zugrunde. Im Wettbewerbsrecht wird die Ausübung hoheitlicher Gewalt als Ausschlusskriterium für eine wettbewerbsrelevante Wirtschaftstätigkeit angesehen. Dort fehlt es allerdings an einer gesonderten Regelung für Tätigkeiten des Staates in Ausübung öffentlicher Gewalt.

62. Der Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit in Art. 4 Abs. 1 und 2 der Sechsten Richtlinie ist weiter als der entsprechende wettbewerbsrechtliche Begriff. Die Ausübung öffentlicher Gewalt spielt hier zunächst keine Rolle. Vielmehr wird dieser Umstand erst auf einer weiteren Prüfungsstufe berücksichtigt, nämlich im Rahmen der Spezialregelung des Art. 4 Abs. 5. Diese Bestimmung wäre weitgehend überflüssig, wenn der Anwendungsbereich der Sechsten Mehrwertsteuerrichtlinie in Analogie zum Wettbewerbsrecht bei hoheitlichem Handeln gar nicht eröffnet wäre.

18 — Vgl. Urteile Kommission/Niederlande (zitiert in Fußn. 15, Randnr. 10), Kommission/Griechenland (zitiert in Fußn. 15, Randnr. 28), Kommission/Vereinigtes Königreich (zitiert in Fußn. 15, Randnr. 43).

19 — Vgl. die in Fußn. 15 zitierte Rechtsprechung.

20 — Urteil vom 19. Januar 1994, SAT Fluggesellschaft (C-364/92, Slg. 1994, I-43, Randnr. 30); siehe dazu ferner Urteile vom 18. März 1997, Diego Cali & Figli (C-343/95, Slg. 1997, I-1547, Randnrn. 22 und 23), und vom 19. Februar 2002, Wouters u. a. (C-309/99, Slg, 2002, I-1577 Randnr. 57).

2. Die Nutzung eines Gegenstands zur nachhaltigen Erzielung von Einnahmen

63. Als wirtschaftliche Tätigkeit gilt gemäß Art. 4 Abs. 2 der Sechsten Richtlinie insbesondere eine Leistung, die die Nutzung von körperlichen oder nicht körperlichen Gegenständen zur nachhaltigen Erzielung von Einnahmen umfasst. Frequenznutzungsrechte stellen einen nicht körperlichen Gegenstand dar.

64. Der Begriff der Nutzung bezieht sich nach ständiger Rechtsprechung entsprechend den Erfordernissen des Grundsatzes der Neutralität des gemeinsamen Mehrwertsteuersystems auf alle Vorgänge ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform. [21] So hat der Gerichtshof etwa die Vermietung als Nutzung von Gegenständen angesehen, die als wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne von Art. 4 Abs. 2 der Sechsten Richtlinie zu beurteilen sind. [22] Die Telekom-Control-Kommission hat den Klägerinnen gegen die Zahlung einer Abgabe ein zeitlich befristetes Frequenznutzungsrecht übertragen. Dieser Vorgang, der einer Vermietung oder Verpachtung ähnelt, ist als Nutzung eines nicht körperlichen Gegenstands zur Erzielung von Einnahmen anzusehen.

65. Die Finanzprokuratur, die dänische, niederländische und österreichische Regierung machen jedoch geltend, dass keine *nachhaltige* Erzielung von Einnahmen vorliege, weil die Frequenzzuteilung ein einmaliger Vorgang gewesen sei.

66. Während der in der deutschen Fassung verwendete Begriff „nachhaltig" nicht ganz klar ist, wird bei der Heranziehung weiterer Sprachfassungen deutlich, dass die Erzielung von Einnahmen auf Dauer angelegt sein muss. [23] Eine nur gelegentliche kommerzielle Nutzung eines Gegenstands stellt daher keine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Art. 4 Abs. 1 und 2 der Sechsten Richtlinie dar, wie der Gerichtshof im Urteil Enkler festgestellt hat. [24]

67. Die vorliegend zu beurteilende Einräumung der Frequenznutzungsrechte ist jedoch keine gelegentliche Nutzung in diesem Sinne. Zur Erläuterung sei kurz der Kontext des Urteils Enkler in Erinnerung gerufen. Damals ging es um die Frage, ob die gelegentliche Vermietung eines Wohnmo-

21 — Urteile vom 4. Dezember 1990, Van Tiem (C-186/89, Slg. 1990, I-4363, Randnr. 18), vom 26. Juni 2003, KapHag (C-442/01, Slg. 2003, I-6851, Randnr. 37), vom 29. April 2004, EDM (C-77/01, Slg. 2004, I-4295, Randnr. 48), und vom 21. Oktober 2004, BBL (C-8/03, Slg. 2004, I-10157, Randnr. 36).

22 — Urteile vom 26. September 1996, Enkler (C-230/94, Slg. 1996, I-4517, Randnr. 22), vom 27. Januar 2000, Heerma (C-23/98, Slg. 2000, I-419, Randnr. 19). Siehe auch Urteil vom 14. Februar 1985, Rompelman (268/83, Slg. 1985, 655), in dem der Gerichtshof den Erwerb eines Teilerbbaurechts als wirtschaftliche Tätigkeit eingeordnet hat.

23 — Vgl. z. B. EN: for the purpose of obtaining income therefrom on a continuing basis; FR: en vue d'en retirer des recettes ayant un caractère de permanence; IT: per ricavarne introiti aventi un certo carattere di stabilità; ES: con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo.

24 — Urteil Enkler (zitiert in Fußn. 22, Randnr. 20).

bils, das sein Eigentümer im Übrigen überwiegend privat einsetzte, noch als Nutzung eines Gegenstands zur nachhaltigen Erzielung von Einnahmen anzusehen ist.

68. Ausgangspunkt der Prüfung des Gerichtshofs war die Art des Gegenstands. Werde ein Gegenstand üblicherweise ausschließlich wirtschaftlich genutzt, so sei dies im Allgemeinen ein ausreichendes Indiz dafür, dass sein Eigentümer ihn für Zwecke wirtschaftlicher Tätigkeiten und folglich zur nachhaltigen Erzielung von Einnahmen nutze. Könne ein Gegenstand dagegen seiner Art nach sowohl zu wirtschaftlichen als auch zu privaten Zwecken verwendet werden, so seien alle Umstände seiner Nutzung zu prüfen, um festzustellen, ob er tatsächlich zur nachhaltigen Erzielung von Einnahmen verwendet werde. [25]

69. Bei dem Recht zur Nutzung von Funkfrequenzen für das Angebot von UMTS- und GSM-Mobilfunk kommt allein eine wirtschaftliche Nutzung in Betracht. Folglich stellt sich hier von vornherein nicht die Frage der Abgrenzung der wirtschaftlichen von der privaten Nutzung eines Gegenstands. Es kann daher auch keine Rede von einer nur gelegentlichen wirtschaftlichen Tätigkeit sein, die hinter einer privaten Nutzung zurücktritt.

70. Der TETRA-Bündelfunk soll allerdings im Allgemeinen auch für die Kommunikation der Sicherheits- und Ordnungsbehörden u. ä. eingesetzt werden. Falls diese den Netzbetrieb einem privaten Anbieter übertragen, wäre auch insoweit eine wirtschaftliche Nutzung der entsprechenden Frequenzen gegeben. Jedenfalls ist bei den konkret vergebenen Frequenznutzungsrechten für den TETRA-Bündelfunk ebenfalls nicht ersichtlich, dass damit nur eine teilweise Nutzung zu Erwerbszwecken einherginge.

71. Auch die Tatsache, dass die Frequenznutzungsrechte nur einmal für einen langen Zeitraum vergeben wurden, macht daraus keine gelegentliche Nutzung für wirtschaftliche Zwecke. In diesem Zusammenhang kommt es nicht darauf an, wie häufig ein Steuerpflichtiger vergleichbare Umsätze tätigt, sondern darauf, ob der konkrete Gegenstand dauerhaft Einnahmen liefert. Daran besteht vorliegend kein Zweifel. Das Recht zur Frequenznutzung wird für 20 Jahre übertragen und verschafft dem Staat für diesen gesamten Zeitraum Einnahmen.

72. Dass das Frequenznutzungsentgelt nur in zwei Tranchen unmittelbar nach der Zuteilung der Rechte zu leisten war und nicht als periodisch wiederkehrende Zahlung, ändert an der Nachhaltigkeit der Einnahmeerzielung nichts. Theoretisch hätte das Frequenznutzungsentgelt auch in anderer Form ausgestaltet werden können. Die

25 — Urteil Enkler (zitiert in Fußn. 22, Randnr. 27).

Anwendbarkeit der Sechsten Richtlinie kann jedoch nicht von den Zahlungsmodalitäten für das Entgelt abhängen, die zur Disposition der Parteien steht.

73. Ganz abgesehen davon kann es zu einer vorzeitigen Rückgabe, zur Übertragung oder zum Einzug von Frequenznutzungsrechten kommen, so dass es nicht bei der einmaligen Vergabe des Nutzungsrechts für 20 Jahre bleibt.

74. Die befristete Einräumung des Nutzungsrechts ist schließlich nicht mit der Veräußerung von Wertpapieren vergleichbar, die der Gerichtshof — wenn sie nicht im Rahmen einer gewerbsmäßigen Anlageverwaltung erfolgt — aus zwei Gründen nicht als wirtschaftliche Tätigkeit ansieht. [26]

75. Die Einnahmen, die beim Halten und Veräußern von Wertpapieren anfallen — also Dividenden und Kursgewinne —, resultieren zum einen nicht aus der aktiven Nutzung der Wertpapiere, sondern sind die unmittelbare Folge des Eigentums an ihnen. Im Unterschied dazu sind die bei der Frequenzzuteilung erzielten Einnahmen keine allein aus dem Verfügungsrecht über die Frequenzen fließenden Erträge, wie Dividenden und Kursgewinne, sondern Einnahmen aus der Nutzung dieses Rechts.

76. Durch die Veräußerung von Wertpapieren erzielte Erlöse fallen zum anderen nur einmalig an. Nach dem Ausscheiden des Wirtschaftsguts aus dem Vermögen des Veräußerers kann dieser es nicht weiter zur Erzielung von Einnahmen nutzen. Dagegen begibt sich der Staat nicht endgültig des Verfügungsrechts über die Frequenzen. Vielmehr fällt dieses Recht spätestens nach Ablauf der Geltungsdauer der Frequenzzuweisung wieder an ihn zurück und kann dann erneut vergeben werden.

77. Auf die sechste Frage ist somit zu antworten:

Die durch eine staatliche Stelle vorgenommene Versteigerung des Rechts, während eines festgelegten Zeitraums bestimmte Abschnitte des elektromagnetischen Spektrums für das Angebot von Mobilfunkdiensten zu nutzen, ist unter den Bedingungen des Ausgangsrechtsstreits als Nutzung eines nicht körperlichen Gegenstands zur nachhaltigen Erzielung von Einnahmen und damit als wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Art. 4 Abs. 1 und 2 der Sechsten Richtlinie anzusehen.

26 — Urteile vom 20. Juni 1996, Wellcome Trust (C-155/94, Slg. 1996, I-3013, Randnrn. 32 f.), und EDM (zitiert in Fußn. 21, Randnrn. 57 f.). Vgl. ferner bezogen auf das Halten und Erwerben von Aktien: Urteil KapHag, (zitiert in Fußn. 21, Randnr. 38), und vom 26. Mai 2005, Kretztechnik (C-465/03, Slg. 2005, I-4357, Randnrn 19 f.).

B — *Zur ersten bis fünften Vorlagefrage: Bedingungen, unter denen öffentliche Einrichtungen als Steuerpflichtige handeln*

1. Vorbemerkung zum Aufbau von Art. 4 Abs. 5 der Sechsten Richtlinie

78. Nach der Grundregel in Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 1 der Sechsten Richtlinie gelten Staaten, Länder, Gemeinden und sonstige Einrichtungen des öffentlichen Rechts nicht als Steuerpflichtige, wenn sie Tätigkeiten ausüben oder Leistungen erbringen, die ihnen im Rahmen der öffentlichen Gewalt obliegen. Die Bestimmung nimmt die öffentliche Hand also, auch wenn sie einer wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne von Art. 4 Abs. 1 und 2 der Sechsten Richtlinie nachgeht, von der allgemeinen Steuerpflicht aus. Die Ausübung öffentlicher Gewalt wird so dem Handeln eines privaten Verbrauchers gleichgestellt.

79. Nach Unterabs. 2 gilt der Staat abweichend von Unterabs. 1 dennoch als Steuerpflichtiger, wenn die Behandlung als Nicht-Steuerpflichtiger zu größeren Wettbewerbsverzerrungen führen würde. Dieser Bestimmung, liegt der Gedanke zugrunde, dass bestimmte staatliche Stellen — auch wenn sie ihre Leistungen im Rahmen der öffentlichen Gewalt erbringen — in Konkurrenz zu Leistungen privater Wettbewerber treten können. Sie dient also dem Ziel, Steuerneutralität zu gewährleisten. [27]

80. Schließlich gelten staatliche Einrichtungen nach Unterabs. 3 in Bezug auf bestimmte, in Anhang D aufgeführte Bereiche immer als Steuerpflichtige, sofern der Umfang der entsprechenden Tätigkeit nicht unbedeutend ist. Bei diesen Katalogtätigkeiten kann daher letztlich offen bleiben, ob der Staat ihnen in Ausübung öffentlicher Gewalt nachgeht.

81. Die in Anhang D genannten Bereiche — darunter auch das Fernmeldewesen — betreffen im Kern wirtschaftliche Leistungen, [28] die oftmals nur wegen ihrer Bedeutung für das Allgemeinwohl durch den Staat in Ausübung öffentlicher Gewalt erbracht werden bzw. wurden, aber ebenfalls von privaten Unternehmen angeboten werden könnten. [29] Mittlerweile sind einige der genannten Wirtschaftszweige liberalisiert worden. Private Unternehmen stehen hier tatsächlich im

27 — Urteil vom 17. Oktober 1989, Comune di Carpaneto Piacentino u. a. (231/87 und 129/88, Slg. 1989, 3233, Randnr. 22).

28 — Vgl. die Schlussanträge des Generalanwalts Alber vom 29. Juni 2000, Fazenda Pública (C-446/98, Slg. 2000, I-11435, Nr. 69).

29 — Anhang D führt insgesamt 13 Arten von Tätigkeiten auf: neben dem Fernmeldewesen z. B. die Lieferungen von Wasser, Gas, Elektrizität, Personen- und Güterbeförderung, Dienstleistungen in Häfen und auf Flughäfen, Veranstaltungen von Messen und Ausstellungen mit gewerblichem Charakter, Werbe- und Reisebüros, die Umsätze von Kantinen u. a.

Wettbewerb mit den teils privatisierten teils noch immer staatlichen ehemaligen Monopolanbietern. Bereits bei ihrem Erlass 1977 trug die Sechste Mehrwertsteuerrichtlinie offenbar einer derartigen Entwicklung Rechnung.

82. Sollte die Vergabe von Mobilfunkfrequenzen als Tätigkeit nicht unbedeutenden Umfangs auf dem Gebiet des Fernmeldewesens einzuordnen sein, unterläge sie in jedem Fall der Mehrwertsteuer, ohne dass es auf die Ausübung öffentlicher Gewalt oder auf eine konkrete Wettbewerbsverzerrung ankäme.

83. Aufgrund der Systematik der Bestimmung ist im Anschluss an die Prüfung der ersten, zweiten und dritten Frage zunächst die fünfte Frage zu untersuchen, die sich auf die Auslegung von Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 1 der Sechsten Richtlinie richtet. Nur wenn die Zuteilung der Frequenznutzungsrechte danach in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgte, muss nämlich geklärt werden, ob die handelnde staatliche Einrichtung dennoch nach Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 2 steuerpflichtig ist, weil andernfalls größere Wettbewerbsverzerrungen drohen würden.

2. Zur ersten Vorlagefrage: Umfasst der Begriff des Fernmeldewesens in Anhang D der Sechsten Richtlinie auch die Versteigerung von Frequenznutzungsrechten?

84. Im Kern sind sich die Beteiligten uneinig darüber, ob der Begriff des „Fernmeldewesens" in Anhang D Nr. 1 nur das Angebot von Telekommunikationsdienstleistungen [30] selbst umfasst — dies vertreten die Beklagte, die beteiligten Regierungen und die Kommission — oder auch weitere damit in Zusammenhang stehende Tätigkeiten einschließt, also auch die Zuteilung der Frequenznutzungsrechte, was die Klägerinnen meinen.

85. Dem Wortlaut des Anhangs D lassen sich keine Hinweise zur Klärung dieser Streitfrage entnehmen. Der Tatsache, dass in der deutschen Fassung der mittlerweile veraltete Begriff des Fernmeldewesens und nicht der Begriff der Telekommunikation verwendet wird, kann keine Bedeutung beigemessen werden. In anderen Fassungen findet sich an dieser Stelle der in den jeweiligen Sprachen nach wie vor gebräuchliche Begriff (vgl. etwa *telecommunications*

30 — Die Regierung des Vereinigten Königreichs verweist hierfür auf die Definition der Telekommunikationsdienste in Art. 2 Nr. 4 der inzwischen aufgehobenen Richtlinie 90/387/EWG des Rates vom 28. Juni 1990 zur Verwirklichung des Binnenmarktes für Telekommunikationsdienste durch Einführung eines offenen Netzzugangs (Open Network Provision — ONP) (ABl. L 192 S. 1), wonach „Telekommunikationsdienste" die Dienste [sind], die ganz oder teilweise aus der Übertragung und Weiterleitung von Signalen auf dem Telekommunikationsnetz durch Telekommunikationsverfahren bestehen, mit Ausnahme von Rundfunk und Fernsehen.

bzw. *télécommunications*). Im Übrigen sind die Begriffe Fernmeldewesen und Telekommunikation weitgehend synonym.

— Historische Auslegung

86. Bei historischer Auslegung könnte man vertreten, dass die Vergabe von Mobilfunkfrequenzen an private Unternehmen nicht vom Begriff des Fernmeldewesens erfasst sein kann, weil im Zeitpunkt des Erlasses der Richtlinie im Jahre 1977 staatliche Postverwaltungen alle Telekommunikationsdienstleistungen in Eigenregie erbrachten. Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat daher ursprünglich vermutlich keine Regelung in Bezug auf Zuteilung von Funkfrequenzen an private Anbieter treffen wollen.

87. T-Mobile Austria schlägt allerdings vor, im Rahmen der historischen Auslegung dem Wandel der tatsächlichen Verhältnisse Rechnung zu tragen (evolutive Auslegung) und zu fragen, was der historische Gesetzgeber angesichts der gegenwärtigen Ausgangslage hätte regeln wollen. [31] Bei dieser Betrachtung wäre es nicht von vornherein ausgeschlossen, dass der Gesetzgeber mit dem Begriff des Fernmeldewesens auch die Frequenzzuteilung erfassen wollte.

88. Die historische Auslegungsmethode ist jedoch ohnehin nur von nachrangiger Bedeutung und allein nicht ausschlaggebend. [32] Vielmehr sind die Vorschriften der Sechsten Mehrwertsteuerrichtlinie außerdem systematisch und insbesondere unter Berücksichtigung ihres Ziels zu interpretieren.

— Systematische Auslegung

89. In systematischer Hinsicht könnte zunächst die Definition der Telekommunikationsdienstleistungen in Art. 9 Abs. 2 Buchst. e, 10. Gedankenstrich der Sechsten Richtlinie [33] eine Rolle spielen. Sie lautet:

„Als Telekommunikationsdienstleistungen gelten solche Dienstleistungen, mit denen die Übertragung, die Ausstrahlung oder der Empfang von Signalen, Schrift, Bild und Ton oder Informationen jeglicher Art über Draht, Funk, optische oder sonstige elektromagnetische Medien ermöglicht werden, einschließlich der damit im Zusammenhang stehenden Abtretung oder Einräumung von

31 — T-Mobile Austria verweist für diese Auslegungsmethode auf K. Larenz, *Juristische Methodenlehre*, 6. Auflage, München 1991, Seiten 329 und 344.

32 — Vgl. dazu näher meine Schlussanträge vom 13. Juli 2006, Robins und Burnett (C-278/05, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht Nrn. 80 und 81.

33 — Die Bestimmung wurde durch die Richtlinie 1999/59/EG des Rates vom 17. Juni 1999 zur Änderung der Richtlinie 77/388/EWG im Hinblick auf das für Telekommunikationsdienstleistungen anwendbare Mehrwertsteuersystem (ABl. L 162, S. 63) eingefügt.

Nutzungsrechten an Einrichtungen zur Übertragung, Ausstrahlung oder zum Empfang...“

90. Art. 9 regelt, welcher Ort bei Dienstleistungen als Leistungsort angesehen wird. Abs. 2 Buchst. e legt dabei u. a. auch für die dort umschriebenen Telekommunikationsdienstleistungen fest, dass bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen der Sitz des Empfängers als Leistungsort gilt.

91. Soweit einige Regierungen und die Kommission überhaupt Rückschlüsse aus dieser Definition für angebracht halten, sind sie der Auffassung, dass diese nur Telekommunikationsdienstleistungen im engeren Sinne einschließt. Die in der Bestimmung erwähnten Nutzungsrechte „an Einrichtungen zur Übertragung, Ausstrahlung oder zum Empfang“ beziehen sich ihrer Ansicht auf die Infrastruktur, nicht auf Frequenznutzungsrechte.

92. Einige Klägerinnen leiten aus dieser Passage, die in der englischen Fassung „including the related transfer or assignment of the right to use capacity for such transmission, emission or reception“ lautet, das Gegenteil ab. Der Begriff *capacity* werde gerade auch im Sinne von *frequency spectrum capacity* gebraucht.

93. Zwar scheint die englische Fassung diese Interpretation zuzulassen; andere Sprachfassungen stützen jedoch die Auslegung der beteiligten Regierungen und der Kommission. [34] Bei möglichen Divergenzen zwischen den Sprachfassungen kommt dem Sinn und Zweck einer Bestimmung besondere Bedeutung zu, [35] die hier ebenfalls gegen den Einschluss der Frequenzvergabe sprechen.

94. Wie die niederländische Regierung nämlich zutreffend hervorhebt, soll die Regelung sicherstellen, dass von Drittstaaten aus an Empfänger in der Gemeinschaft erbrachte Telekommunikationsdienstleistungen in der Gemeinschaft besteuert werden. [36] Diese Erwägung trifft nur auf Telekommunikationsleistungen im engeren Sinne zu. Denn die Frequenznutzungsrechte werden in jedem Fall von den jeweiligen Behörden im Inland vergeben. Meist dürften zudem die Erwerber, also die Empfänger der Leistung, ebenfalls im Staat der Frequenzzuteilung niedergelassen sein, da es kaum wahrscheinlich ist, dass

34 — Vgl. neben der zitierten deutschen Fassung insbesondere die italienische (ivi compresa la cessione e la concessione, ad esse connesse, di un diritto di utilizzazione a *infrastrutture* per la trasmissione, l'emissione o la ricezione), die niederländische (met inbegrip van de daarmee samenhangende overdracht en verlening van rechten op het gebruik van *infrastructuur* voor de transmissie, uitzending of ontvangst) und die französische (y compris la cession et la concession y afférentes d'un droit d'utilisation de *moyens* pour une telle transmission, émission ou réception — Hervorhebungen von mir).

35 — Vgl. Urteile vom 27. März 1990, Cricket St. Thomas (C-372/88, Slg. 1990, I-1345, Randnr. 19), vom 5. Juni 1997, SDC (C-2/95, Slg. 1997, I-3017, Randnr. 22) und vom 14. September 2000, D. (C-384/98, Slg. 2000, I-6795, Randnr. 16).

36 — Vgl. den vierten Erwägungsgrund der Richtlinie 1999/59 (zitiert in Fußn. 33), der lautet:
„Es sollten Maßnahmen ergriffen werden, um insbesondere sicherzustellen, dass Telekommunikationsdienstleistungen, die von in der Gemeinschaft ansässigen Kunden in Anspruch genommen werden, auch in der Gemeinschaft besteuert werden.“

ein UMTS-Mobilfunknetz ohne eine Betriebsstätte oder Tochtergesellschaft in dem betreffenden Staat aufgebaut und betrieben wird.

95. Einige Regierungen und die Kommission verweisen ferner auf die Definition der Telekommunikationsdienste in den einschlägigen Binnenmarktrichtlinien. Es entspricht durchaus der Praxis des Gerichtshofs, bei der Auslegung der Sechsten Mehrwertsteuerrichtlichtlinie auch Definitionen in Rechtsakten zu berücksichtigen, die den betroffenen Bereich regeln und keine vom Mehrwertsteuerrecht abweichenden Ziele verfolgen. [37]

96. Art. 2 Nr. 4 der Richtlinie 90/387/EWG des Rates vom 28. Juni 1990 zur Verwirklichung des Binnenmarktes für Telekommunikationsdienste durch Einführung eines offenen Netzzugangs [38] definiert Telekommunikationsdienste als „Dienste, die ganz oder teilweise aus der Übertragung und Weiterleitung von Signalen auf dem Telekommunikationsnetz durch Telekommunikationsverfahren bestehen, mit Ausnahme von Rundfunk und Fernsehen". Nach dieser Definition stellt die Zuteilung der Frequenznutzungsrechte keinen Telekommunikationsdienst dar.

97. Es bestehen jedoch Zweifel, ob die zitierten Begriffsbestimmungen uneingeschränkt auf Anhang D übertragen werden können, da sie sich jeweils auf Telekommunikations*dienste* bzw. *-dienstleistungen* (*telecommunication services*) beziehen, während Anhang D das Fernmeldewesen (*telecommunications*) aufführt. Dieser Begriff könnte als eine weitergehende Umschreibung dieses Tätigkeitsbereichs zu verstehen sein, die auch andere Tätigkeiten als Telekommunikationsdienstleistungen im engeren Sinne einschließt.

— Teleologische Auslegung

98. Entscheidend ist jedoch der Sinn und Zweck der Regelung des Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 3 in Verbindung mit Anhang D der Sechsten Richtlinie. Es handelt sich bei den Katalogtätigkeiten des Anhangs D, wie Generalanwalt Alber es ausdrückte, um Tätigkeiten, bei denen der wirtschaftliche Bezug primär und offensichtlich ist. [39]

99. Da diese Leistungen *typischerweise* auch von Privatunternehmen angeboten werden oder werden könnten, wird ein erheblicher

37 — Vgl. zuletzt Urteil vom 4. Mai 2006, Abbey National u. a. (C-169/04, Slg. 2006, I-4027, Randnrn. 61 ff.), sowie die Nrn. 73 ff. meiner Schlussanträge vom 8. September 2005 in dieser Rechtssache.

38 — ABl. L 192 S. 1. Die Richtlinie 1990/387 ist mittlerweile durch die Richtlinie 2002/21 (zitiert in Fußn. 11) aufgehoben worden. Die in Art. 2 Buchst. c der neuen Rahmenrichtlinie enthaltene Definition der elektronische Kommunikationsdienste schließt die Telekommunikation ein und stellt ebenso wie die Vorgängerrichtlinie auf die Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze ab.

39 — Schlussanträge Fazenda Pública (zitiert in Fußn. 28, Nr. 69).

Einfluss auf den Wettbewerb generell unterstellt. Ziel der Regelung ist es, den Staat in dieser Situation einem privaten Steuerpflichtigen gleichzustellen. Sonstige staatliche Leistungen werden nach Unterabs. 2 lediglich im Einzelfall bei drohenden größeren Wettbewerbsverzerrungen der Mehrwertsteuer unterworfen.

100. Die Gleichstellung des Staates mit privaten Steuerpflichtigen ist nur im Hinblick auf Telekommunikationsdienstleistungen im engeren Sinne angebracht, da diese Leistungen inzwischen ebenso von Privatunternehmen angeboten werden können. Die erstmalige Zuteilung von Frequenznutzungsrechten ist dagegen beim derzeitigen Stand der Entwicklung [40] eine Aufgabe, die dem Staat vorbehalten ist. [41] Selbst wenn die Zuteilung von Frequenznutzungsrechten möglicherweise unter bestimmten Umständen in Konkurrenz zur Weiterveräußerung von derartigen Rechten durch Private stehen sollte, [42] ist bei dieser Tätigkeit keine generelle Gleichstellung des Staates mit privaten Steuerpflichtigen geboten. Vielmehr muss allenfalls untersucht werden, ob eine Besteuerung der staatlichen Leistung nach Maßgabe des Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 2 der Sechsten Richtlinie zum Schutz des Wettbewerbs notwendig ist.

40 — Allerdings gibt es Überlegungen der Kommission, bei der Frequenzverwaltung einen stärker marktorientierten Ansatz einzuführen (vgl. Mitteilung der Kommission vom 14. September 2005, Ein marktorientierter Ansatz für die Frequenzverwaltung in der Europäischen Union, KOM [2005] 400 endg.).

41 — Siehe dazu unten, Nrn.102 ff.

42 — Siehe die Ausführungen zur vierten Vorlagefrage (unten, Nrn. 125 ff.).

101. Auf die erste Vorlagefrage ist daher zu antworten, dass der Begriff „Fernmeldewesen" in Anhang D Nr. 1 der Sechsten Richtlinie beim derzeitigen Stand der Entwicklung nicht die Zuteilung von Frequenznutzungsrechten für das Angebot von Mobilfunkdiensten durch den Staat erfasst.

3. Zur zweiten und dritten Vorlagefrage: Tätigkeit von nicht unbedeutendem Umfang im Sinne des Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 3 der Sechsten Richtlinie

102. Nach Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 3 der Sechsten Richtlinie müssen kumulativ zwei Voraussetzungen vorliegen, damit öffentlichrechtliche Einrichtungen in jedem Fall als Steuerpflichtige gelten: Sie müssen einer der in Anhang D aufgeführten Katalogtätigkeiten nachgehen und der Umfang dieser Tätigkeiten darf nicht unbedeutend sein.

103. Wie in Beantwortung der ersten Frage festgestellt, handelte es sich bei der Zuteilung der Frequenznutzungsrechte durch die Telekom-Control-Kommission nicht um eine Leistung des Fernmeldewesens im Sinne von Anhang D Nr. 1 der Sechsten Richtlinie.

104. Folglich braucht nicht geprüft zu werden, ob die Tätigkeit unbedeutenden Umfang hat, obwohl der Mitgliedstaat durch sie Entgelte in erheblichem Umfang erzielt, worauf sich die dritte Vorlagefrage richtet. Auch eventuelle Folgen einer in diesem Punkt von der Richtlinie abweichenden nationalen Umsetzung sind ohne Belang. Die zweite Frage bedarf daher ebenso wie die dritte Frage keiner Antwort.

4. Zur fünften Vorlagefrage: Ausübung hoheitlicher Gewalt im Sinne des Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 1 der Sechsten Richtlinie

105. Nach Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 1 der Sechsten Richtlinie müssen für die Nichteinbeziehung in die Steuerpflicht kumulativ zwei Voraussetzungen erfüllt sein, nämlich die Ausübung von Tätigkeiten durch eine öffentliche Einrichtung und die Vornahme dieser Tätigkeiten im Rahmen der öffentlichen Gewalt. [43]

106. Zur ersten Voraussetzung hat der Gerichtshof festgestellt, dass die Tätigkeit einer Privatperson nicht allein deswegen von der Mehrwertsteuer befreit ist, weil sie in der Vornahme von an sich der öffentlichen Gewalt vorbehaltenen Handlungen besteht. [44] Dabei hatte der Gerichtshof aber insbesondere selbständig wirtschaftlich tätige Personen im Auge, die nicht in die öffentliche Verwaltung eingliedert waren. [45]

107. Die Telekom-Control-Kommission ist bei der Telekom-Control GmbH angesiedelt. Obwohl es sich dabei der Form nach um eine Gesellschaft privaten Rechts handelt, äußert keiner der Beteiligten Zweifel daran, dass die Telekom-Control-Kommission als Teil der öffentlichen Verwaltung anzusehen ist. Es ist Sache des Gerichts zu prüfen, ob diese Qualifikation nach nationalem Recht zutrifft.

108. Die zweite Voraussetzung hat der Gerichtshof im Urteil Fazenda Pública/Câmara Municipal do Porto [46] wie folgt konkretisiert:

„In Bezug auf die letztgenannte Voraussetzung lässt sich der Umfang der Steuerbefreiung der öffentlichen Einrichtungen aufgrund der Modalitäten der Ausübung der jeweiligen Tätigkeiten bestimmen ...[47].

43 — Urteil vom 25. Juli 1991, Ayuntamiento de Sevilla (C-202/90, Slg. 1991, I-4247, Randnr. 18), sowie Urteile Kommission/Griechenland (zitiert in Fußn. 15, Randnr. 34) und Kommission/Vereinigtes Königreich (zitiert in Fußn. 15, Randnr. 49).

44 — Vgl. Urteile Kommission/Niederlande (zitiert in Fußn. 15, Randnr. 21). Ayuntamiento de Sevilla, (zitiert in Fußn. 43, Randnr. 19), Kommission Griechenland (zitiert in Fußn. 15, Randnr. 40).

45 — Vgl. Urteile Kommission/Niederlande (zitiert in Fußn. 15, Randnr. 22) und Ayuntamiento de Sevilla, (zitiert in Fußn. 43, Randnr. 20).

46 — Urteil vom 14. Dezember 2000, Fazenda Pública (C-446/98, Slg. 2000, I-11435, Randnrn. 16 und 17).

47 — Hierzu verweist der Gerichtshof auf die Urteile vom 17. Oktober 1989, Comune di Carpaneto Piacentino u. a. (zitiert in Fußn. 27, Randnr. 15), und vom 15. Mai 1990, Comune di Carpaneto Piacentino u. a. (C-4/89 , Slg. 1990, I-1869, Randnr. 10).

Nach gefestigter Rechtsprechung des Gerichtshofs handelt es sich bei den Tätigkeiten im Rahmen der öffentlichen Gewalt im Sinne von Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 1 der Sechsten Richtlinie um solche, die Einrichtungen des öffentlichen Rechts im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Sonderregelung ausüben. Nicht dazu gehören Tätigkeiten, die sie unter den gleichen rechtlichen Bedingungen ausüben wie private Wirtschaftsteilnehmer... [48]."

109. Ferner hat der Gerichtshof ausgeführt, dass es im Rahmen dieser Prüfung nicht auf den Gegenstand oder die Zielsetzung der Tätigkeit ankommt. [49]

110. Die Klägerinnen sind der Auffassung, bei der Versteigerung der Frequenznutzungsrechte habe sich der Staat wie ein privater Wirtschaftsteilnehmer verhalten. Er habe sich einer privatrechtlichen Handlungsform bedient und hohe Entgelte als Gegenleistung für die Zuteilung der Frequenzen eingenommen.

111. Die beteiligten Mitgliedstaaten und die Kommission betonen dagegen, dass die Zuteilung der Frequenznutzungsrechte nach den einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen und nationalen Vorschriften allein dem Staat vorbehalten ist, der dabei besonderen Bindungen unterliegt.

112. Dazu ist festzustellen, dass gemäß Art. 2 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 97/13 nur eine staatliche Regulierungsbehörde Einzelgenehmigungen zum Betrieb eines Telekommunikationsnetzes erteilen darf. Dabei muss die Behörde die in Art. 9 und 10 der Richtlinie enthaltenen Vorgaben einhalten. Wenn ein Mitgliedstaat nur eine beschränkte Anzahl von Einzelgenehmigungen erteilt, muss er die Auswahl insbesondere anhand objektiver, nicht diskriminierender, detaillierter, transparenter und verhältnismäßiger Kriterien treffen (Art. 10 Abs. 3 der Richtlinie 97/13). Für Abgaben, die in diesem Zusammenhang erhoben werden, gelten die Vorgaben des Art. 11 Abs. 2 der Richtlinie 97/13.

113. Auch wenn die abschließende Beurteilung der nationalen Rechtslage dem vorlegenden Gericht vorbehalten ist, so unterliegt es keinem Zweifel, dass die erstmalige Zuteilung von Frequenzen nach dem Telekommunikationsgesetz ausschließlich von der Telekom-Control-Kommission vorgenommen werden kann. Die Bindungen, die das nationale Recht ihr dabei auferlegt, beruhen auf den Vorgaben der Richtlinie 97/13.

114. Kein Privater kann entsprechende Rechte unmittelbar einräumen. Private können allenfalls staatlich zugeteilte Frequenzen untereinander übertragen. Die Übertragung

48 — Hierzu verweist der Gerichtshof auf die in Fußn. 15 zitierten Urteile Kommission/Vereinigtes Königreich (Randnr. 50) und Kommission/Griechenland, (Randnr. 35), sowie weitere Urteile in Parallelverfahren.

49 — Urteil vom 17. Oktober 1989, Comune di Carpaneto Piacentino u. a. (zitiert in Fußn. 27, Randnr. 13) und Urteil Fazenda Pública (zitiert in Fußn. 46, Randnr. 19).

ist aber nicht mit der erstmaligen Zuteilung vergleichbar, denn sie beruht nur auf einem abgeleiteten Verfügungsrecht, während die erstmalige Zuteilung eine originäre staatliche Aufgabe darstellt. Auch den Austausch von Banknoten zwischen Privaten würde man ja nicht der staatlichen Befugnis für deren Ausgabe gleichstellen. Dies erlaubt den Schluss, dass die Versteigerung der Frequenznutzungsrechte eine Tätigkeit war, die einer staatlichen Einrichtung im Rahmen der öffentlichen Gewalt oblag.

115. Dem steht nicht entgegen, dass der Staat bei der Frequenzzuteilung auf das Instrument der Versteigerung zurückgegriffen hat, ein Verfahren, das dem Zivilrecht entstammt und dessen sich folglich auch Private bedienen können.

116. Dabei kann offen bleiben, welche Bedeutung die Versteigerung im Rahmen des gesamten Zuteilungsverfahrens hatte. Einige Klägerinnen vertreten dazu die Auffassung, dass durch die Versteigerung ein zivilrechtlicher Vertrag über die Einräumung der Frequenznutzungsrechte zustande gekommen ist. Andere räumen dagegen ein, dass die eigentliche Zuteilung erst durch den nachfolgenden Verwaltungsakt erfolgt ist. Die Versteigerung hätte demnach allein zur Auswahl der Unternehmen gedient, denen die Rechte dann in verwaltungsrechtlicher Form übertragen worden sind.

117. Zwar hat der Gerichtshof die Handlungsmodalitäten als entscheidend angesehen. Es wäre jedoch zu kurz gegriffen, darunter nur das „Wie", also die Form des Handelns zu verstehen. Vielmehr kommt es zunächst einmal darauf an, ob Private auf der Grundlage der einschlägigen Vorschriften überhaupt einer vergleichbaren Tätigkeit nachgehen können. Wäre dies der Fall, müsste der Staat als Steuerpflichtiger behandelt werden, um die Neutralität der Erhebung der Mehrwertsteuer nicht zu gefährden. Dass sich der Staat bei der Ausübung ihm ausschließlich zugewiesener Befugnisse aus dem Zivilrecht bekannte Verfahren zunutze macht, wirkt sich dagegen nicht auf die Steuerneutralität aus.

118. Die These der Klägerinnen würde dazu führen, dass nur dann öffentliche Gewalt ausgeübt würde, wenn der Staat Verwaltungsakte erlässt, also hoheitlich im engeren Sinne tätig wird. Diesem Verständnis ist der Gerichtshof aber in den Autobahn-Maut-Urteilen ausdrücklich entgegengetreten. [50]

119. Im Urteil Fazenda Pública/Câmara Municipal do Porto [51] hat der Gerichtshof allerdings aus der Tatsache, dass mit der Verwaltung von öffentlichen Parkplätzen die Ausübung hoheitlicher Befugnisse verbunden war, den Schluss gezogen, dass die Tätigkeit einer öffentlich-rechtlichen Son-

50 — Urteile Kommission/Vereinigtes Königreich (zitiert in Fußn. 15, Randnr. 51), und Kommission/Griechenland, (zitiert in Fußn. 15, Randnr. 36).

51 — Urteil Fazenda Pública (zitiert in Fußn. 46, Randnr. 22).

derregelung unterlag. Hoheitliches Handeln, bei dem Staat und Bürger sich in einem Über-Unterordnungsverhältnis gegenüberstehen, bildet aus Sicht des Gerichtshofs also ein Indiz für die Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 1 der Sechsten Richtlinie, ist aber keine zwingende Voraussetzung hierfür. [52]

120. Ein Abstellen auf den rechtlichen Rahmen für die Handlungsform könnte zudem die einheitliche Anwendung der Sechsten Mehrwertsteuerrichtlinie gefährden, da es in einigen Mitgliedstaaten möglicherweise verbreiteter ist als in anderen, dass sich der Staat privatrechtlicher Handlungsformen bedient. Auch die Abgrenzung öffentlich-rechtlicher von privatrechtlichen Handlungsformen kann in verschiedenen nationalen Rechtsordnungen voneinander abweichen.

121. Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 1 der Sechsten Richtlinie nur verlangt, dass die Leistung *im Rahmen der öffentlichen Gewalt* erbracht wird. Daher darf die Versteigerung der Frequenznutzungsrechte nicht isoliert betrachtet werden. [53] Vielmehr fügt sich diese Tätigkeit in den Gesamtrahmen der Frequenzverwaltung und der Regulierung des Telekommunikationssektors ein. In diesem Kontext nimmt der Staat im Kern hoheitliche Befugnisse wahr, etwa indem er die Vorgaben der UMTS-Entscheidung oder der Binnenmarktrichtlinien in nationales Recht umsetzt.

122. Es stellt im Übrigen keinen Widerspruch dar, wenn bei der vorliegenden Prüfung der weitere rechtliche Kontext der Tätigkeit berücksichtigt wird, während bei der Einordnung als wirtschaftliche Tätigkeit nur der äußere Vorgang maßgeblich sein soll. Vielmehr entspricht es gerade der Logik des Art. 4 der Sechsten Richtlinie, durch eine weite Auslegung der Abs. 1 und 2 in einem ersten Schritt die umfassende Anwendung der Richtlinie sicherzustellen, den besonderen rechtlichen Rahmenbedingungen für staatliches Handeln dann aber bei der Anwendung des Abs. 5 Rechnung zu tragen.

123. Schließlich scheitert die Einordnung der Versteigerung der Frequenzen als Tätigkeit im Rahmen der öffentlichen Gewalt nicht daran, dass der Staat dadurch hohe Einnahmen erzielt hat. Dies kann zwar — wie gezeigt — dazu führen, dem staatlichen Handeln wirtschaftlichen Charakter im Sinne von Art. 4 Abs. 2 der Sechsten Richtlinie zu verleihen. Nichtsdestoweniger bleibt es bei der Ausübung hoheitlicher Gewalt, wenn der Staat auf der Grundlage eines allein für ihn geltenden Sonderrechtsregimes tätig wird.

52 — Vgl. Urteil vom 15. Mai 1990, Comune di Carpaneto Piacentino (zitiert in Fußn. 47, Randnr. 11).

53 — Auch im Urteil Fazenda Pública (zitiert in Fußn. 46, Randnr. 22) hat der Gerichtshof nicht isoliert die Vermietung eines Stellplatzes betrachtet, sondern die Verwaltung der öffentlichen Parkplätze insgesamt.

124. Auf die fünfte Vorlagefrage ist daher zu antworten:

Als Tätigkeiten im Rahmen der öffentlichen Gewalt im Sinne von Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 1 der Sechsten Richtlinie sind solche Tätigkeiten anzusehen, die Einrichtungen des öffentlichen Rechts im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Sonderregelung ausüben. Die Ausübung öffentlicher Gewalt ist nicht deswegen ausgeschlossen, weil der Staat sich bei der Erfüllung der ihm ausschließlich zugewiesenen Aufgaben eines aus dem Zivilrecht bekannten Verfahrens bedient oder bei seiner Tätigkeit hohe Einnahmen erzielt.

5. Zur vierten Vorlagefrage: Führt die Behandlung als Nicht-Steuerpflichtiger zu größeren Wettbewerbsverzerrungen?

125. Gemäß Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 2 der Sechsten Richtlinie gelten staatliche Einrichtungen auch bei Tätigkeiten als Steuerpflichtige, die ihnen im Rahmen der öffentlichen Gewalt obliegen, wenn die Behandlung als Nicht-Steuerpflichtige zu größeren Wettbewerbsverzerrungen führen würde.

126. Nach den Feststellungen des Gerichtshofs im Urteil Comune di Carpaneto Piacentino sind die Mitgliedstaaten danach verpflichtet,

„die Einrichtungen des öffentlichen Rechts für die ihnen im Rahmen der öffentlichen Gewalt obliegenden Tätigkeiten der Steuerpflicht zu unterwerfen, wenn diese Tätigkeiten — im Wettbewerb mit ihnen — auch von Privaten ausgeübt werden können und ihre Behandlung als Nicht-Steuerpflichtige zu größeren Wettbewerbsverzerrungen führen kann,...“ [54]

127. Die Erteilung der Frequenznutzungsrechte ist allein dem Staat vorbehalten, so dass ein Wettbewerb zwischen identischen Leistungen des Staates und anderer Anbieter im Zeitpunkt der Versteigerung der Frequenzen ausgeschlossen ist. Die Klägerinnen argumentieren jedoch, dass die mehrwertsteuerfreie Vergabe der Frequenzen durch den Staat in Konkurrenz zur Weiterveräußerung von Frequenznutzungsrechten durch private Anbieter treten könnte.

128. Hierzu ist zunächst festzustellen, dass die Eigenschaft als Steuerpflichtiger bzw. Nicht-Steuerpflichtiger grundsätzlich im Zeitpunkt der Leistung zu beurteilen ist. [55] Deshalb muss auch in diesem Zeitpunkt der Einfluss auf den Wettbewerb gegeben sein.

54 — Urteil vom 17. Oktober 1989, Comune di Carpaneto Piacentino u. a. (zitiert in Fußn. 27, Randnr 24). Siehe auch Urteil vom 8. Juni 2006, Feuerbestattungsverein Halle (C-430/04, Slg. 2006, I-4999, Randnr. 25).

55 — Urteil vom 2. Juni 2005, Waterschap Zeeuws Vlaanderen (C-378/02, Slg. 2005, I-4685, Randnr. 32.).

129. Dies setzt voraus, dass zum Zeitpunkt der Zuteilung der Frequenzen bereits ein Markt für entsprechende Nutzungsrechte bestand, d.h. es müssen erstens schon vergleichbare Nutzungsrechte existieren und zweitens müssen diese Rechte zwischen Privaten übertragbar sein. Nur unter diesen Bedingungen kann die Zuteilung von Frequenzen durch den Staat in Konkurrenz zu der Überlassung von Frequenznutzungsrechten durch Private stehen.

130. Zwar hat der Gerichtshof im Urteil Taksatorringen [56] sinngemäß festgestellt, dass Art. 13 Teil A Abs. 1 Buchst. f der Sechsten Richtlinie auch Wettbewerbsverzerrungen betreffe, die die Befreiung in der Zukunft hervorrufen könnte. Jedoch müsse die Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen real sein. [57]

131. Auch wenn aktuell kein Wettbewerber konkurrierende mehrwertsteuerpflichtige Leistungen anbietet, kann die Gefahr der Wettbewerbsverzerrungen real sein. Denn eine nachteilige Ausgangslage allein ist geeignet, potenzielle Wettbewerber davon abzuhalten, auf dem Markt aktiv zu werden. Eine entsprechende reale Gefahr ist dagegen ausgeschlossen, wenn aufgrund der rechtlichen Rahmenbedingungen kein potenzieller Wettbewerber ein Konkurrenzangebot zu den staatlich vergebenen Frequenzen machen kann.

132. Im Hinblick auf die Frequenzen für den UMTS-Mobilfunk ist festzustellen, dass im Zeitpunkt der Versteigerung im Jahre 2000 keine vergleichbaren Frequenznutzungsrechte auf dem Markt verfügbar waren. Unklar ist, ob dies auch für die die GSM-DCS-1800-Frequenznutzungsrechte, die tele.ring 1999 zugeteilt wurden, und für die Frequenzen für den TETRA-Bündelfunk gilt, die master-talk im Februar 2000 erhielt.

133. Sollten zu den maßgeblichen Zeitpunkten nach den Feststellungen des vorlegenden Gerichts bereits vergleichbare Frequenznutzungsrechte verfügbar gewesen sein, müsste zweitens geklärt werden, ob diese nach Maßgabe des damals geltenden nationalen Rechts bereits hätten zwischen Privaten übertragen werden können. Die Übertragung zwischen Privaten muss zudem ihrerseits mehrwertsteuerpflichtig sein.

134. Unstreitig wurde erst 2003 mit der Neufassung des Telekommunikationsgesetzes der Frequenzhandel im engeren Sinne möglich, für den Art. 9 Abs. 4 der Richtlinie 2002/21 ebenfalls Vorgaben enthält. Die seitdem mögliche Übertragung von Frequenznutzungsrechten ist für die Wettbewerbssituation im Zeitpunkt der Frequenzzuteilung jedoch ohne Belang. Wenn der Staat jetzt allerdings erneut Frequenzen

56 — Urteil vom 20. November 2003, Taksatorringen (C-8/01, Slg. 2003, I-13711).

57 — Urteil Taksatorringen (zitiert in Fußn. 56, Randnr. 63).

zuteilt, ist diesem Umstand Rechnung zu tragen. [58]

135. Die Parteien sind sich indes uneinig darüber, ob die bereits zuvor existierende Möglichkeit, eine Konzession einschließlich der damit verbundenen Frequenznutzungsrechte zu übertragen, eine Leistung darstellt, die mit der staatlichen Zuteilung der Frequenzen konkurriert. [59] Ob dies der Fall ist, hängt von der Auslegung der innerstaatlichen Vorschriften ab, die dem vorlegenden Gericht vorbehalten ist.

136. Selbst wenn im Hinblick auf die TETRA- und GSM-Frequenzen bereits potentieller Wettbewerb zwischen der staatlichen Zuteilung und der Veräußerung durch Private bestand, so müsste die staatliche Leistung nur dann besteuert werden, wenn die Nichtbesteuerung nach den Feststellungen des vorlegenden Gerichts zu *größeren* Wettbewerbsverzerrungen im Sinne von Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 2 der Sechsten Richtlinie führen würde.

137. Dies wäre etwa der Fall, wenn der Staat *Endverbrauchern* die gleiche Leistung erbringt wie private Unternehmen, so dass die Kunden in dem einen Fall den Preis ohne und dem anderen zuzüglich Mehrwertsteuer entrichten müssten. [60] Da Endverbraucher kein Recht zum Vorsteuerabzug haben, wäre die Leistung des privaten Anbieters um den vollen Betrag der Mehrwertsteuer teurer.

138. Erwirbt dagegen ein *Steuerpflichtiger* Frequenznutzungsrechte von einem Privaten, so wäre dies nur in besonders gelagerten Einzelfällen und auch nur geringfügig unattraktiver als der Erwerb vom Staat, da die Mehrwertsteuer entweder sofort als Vorsteuer abgezogen werden kann oder binnen kurzer Frist erstattet wird. Die mit der Vorfinanzierung verbundenen Kosten können zwar in absoluten Zahlen größere Summen ausmachen. Bezogen auf die Gesamtaufwendungen für den Erwerb der Frequenznutzungsrechte erreichen diese Aufwendungen jedoch im Allgemeinen keinen Umfang, der größere Wettbewerbsverzerrungen auslösen könnte.

58 — Nach dem CEPT-ECC-Beschluss (02) 06 soll zu den bereits für die ersten 3GDienste genehmigten Frequenzen ab 1. Januar 2008 das Frequenzband zwischen 2500 MHz und 2690 MHz für IMT-2000/UMTS-Mobilfunk zur Verfügung gestellt werden.

59 — T-Mobile Austria legt allerdings dar, dass die Übertragung der Konzession gemeinsam mit der Übertragung des ganzen Unternehmens erfolge. Es hängt von der Umsetzung des Artikels 5 Abs. 8 der Sechsten Richtlinie ab, ob in diesem Fall ein mehrwertsteuerpflichtiger Vorgang gegeben ist.

60 — Die von den Klägerinnen vorgebrachte Hypothese, dass ein Nicht-Steuerpflichtiger (etwa eine staatliche Einrichtung), der nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt ist, die Frequenz erwirbt, scheint wenig wahrscheinlich. Wenn eine staatliche Einrichtung die Frequenz ihrer Bestimmung gemäß nutzt, um entgeltliche Telekommunikationsleistungen zu erbringen, ist sie gemäß Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 3 in Verbindung mit Anhang D der Sechsten Richtlinie steuerpflichtig. Eher hypothetisch ist auch die Überlegung, dass der Vorsteuerabzug ausgeschlossen sein könnte, wenn die Lizenzen nicht für steuerpflichtige Tätigkeiten verwendet würden.

139. Obwohl der Handel mit UMTS-Frequenzen erst möglich war, nachdem diese ausgegeben und die Rahmenbedingungen für deren Übertragung geschaffen worden waren, meinen die Klägerinnen, dass es auch hier zu Wettbewerbsverzerrungen aufgrund ihrer mehrwertsteuerfreien Vergabe durch den Staat kommen könnte.

140. Zum einen muss aber, wie bereits festgestellt, im Zeitpunkt des fraglichen Umsatzes ein potentielles Wettbewerbsverhältnis bestehen. Die Möglichkeit, dass dafür später die erforderlichen rechtlichen Rahmenbedingungen geschaffen werden, genügt nicht. Denn die Steuerpflicht kann nicht von mehr oder weniger unsicheren Prognosen abhängen. Zum anderen bestünde der Nachteil für diejenigen, die nachträglich UMTS-Frequenznutzungsrechte von einem privaten Anbieter erwerben, ebenfalls nur in etwaigen Finanzierungskosten für die nicht sofort abziehbare Vorsteuer, was keine größeren Wettbewerbsverzerrungen begründet.

141. Je länger die staatliche Frequenzzuteilung und die Einführung des Frequenzhandels im Übrigen zeitlich auseinander fallen, umso mehr verändert sich häufig auch das gesamte Marktumfeld. Dabei erlangen andere Faktoren, wie z. B. die Neubewertung des wirtschaftlichen Wertes der Frequenznutzung angesichts des Aufkommens konkurrierender Techniken zum UMTS-Mobilfunk, ein ganz anderes Gewicht als der eventuelle Liquiditätsnachteil infolge der vorübergehenden Verauslagung der Vorsteuer. Auch diese Überlegung zeigt, dass eine Wettbewerbsverzerrung im Sinne des Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 2 der Sechsten Richtlinie grundsätzlich nur angenommen werden kann, wenn die Leistungen zur gleichen Zeit verfügbar sind und der potenzielle Erwerber tatsächlich die Wahl zwischen zwei vergleichbaren Angeboten hat.

142. Auf die vierte Frage ist daher zu antworten:

Eine größere Wettbewerbsverzerrung im Sinne von Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 2 der Sechsten Richtlinie liegt nur vor, wenn die reale Gefahr besteht, dass die Behandlung des Staates als Nicht-Steuerpflichtiger gegenwärtige oder potenzielle Anbieter konkurrierender Leistungen erheblich in ihrer Wettbewerbssituation beeinträchtigt. Eine solche Gefahr besteht grundsätzlich nicht, wenn es aufgrund der rechtlichen Rahmenbedingungen im Zeitpunkt der Erbringung der Leistungen durch den Staat ausgeschlossen ist, dass private Anbieter Leistungen auf den Markt bringen, die mit den staatlichen Leistungen im Wettbewerb stehen.

C — Zur siebten Vorlagefrage: Ist das Frequenznutzungsentgelt als Brutto- oder Nettobetrag zu verstehen?

143. Das vorlegende Gericht möchte mit dieser Frage wissen, ob das Frequenznutzungsentgelt nach der Sechsten Richtlinie als

Brutto- oder Nettoentgelt zu verstehen ist, also ob das vereinbarte Entgelt bereits die Mehrwertsteuer einschloss oder noch zum Entgelt hinzukommt.

144. Da bereits festgestellt wurde, dass die Frequenzzuteilung keine der Mehrsteuer unterliegende Leistung bildet, braucht die siebte Vorlagefrage nicht beantwortet zu werden.

145. Ganz abgesehen davon enthält die Sechste Richtlinie auch keine Regelung zu dieser Frage. Es hängt vielmehr von der konkreten Vereinbarung der Parteien ab, ob ein Entgelt die Mehrwertsteuer umfasst oder nicht. Ist diese nicht eindeutig, so muss ihr Inhalt nach Maßgabe der Auslegungsregeln im einschlägigen nationalen Recht ermittelt werden, was allein Aufgabe der mitgliedstaatlichen Gerichte ist.

V — Ergebnis

146. Abschließend schlage ich vor, wie folgt auf die Fragen des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien zu antworten:

1. Die durch eine staatliche Stelle vorgenommene Versteigerung des Rechts, während eines festgelegten Zeitraums bestimmte Abschnitte des elektromagnetischen Spektrums für das Angebot von Mobilfunkdiensten zu nutzen, ist unter den Bedingungen des Ausgangsrechtsstreits als Nutzung eines nicht körperlichen Gegenstands zur nachhaltigen Erzielung von Einnahmen und damit als wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Art. 4 Abs. 1 und 2 der Sechsten Richtlinie 77/388/EWG des Rates vom 17. Mai 1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern — Gemeinsames Mehrwertsteuersystem: einheitliche steuerpflichtige Bemessungsgrundlage anzusehen.

2. Der Begriff „Fernmeldewesen" in Anhang D Nr. 1 der Sechsten Richtlinie erfasst beim derzeitigen Stand der Entwicklung nicht die Zuteilung von Frequenznutzungsrechten für das Angebot von Mobilfunkdiensten durch den Staat.

3. Als Tätigkeiten im Rahmen der öffentlichen Gewalt im Sinne von Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 1 der Sechsten Richtlinie sind solche Tätigkeiten anzusehen, die Einrichtungen des öffentlichen Rechts im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Sonderregelung ausüben. Die Ausübung öffentlicher Gewalt ist nicht deswegen ausgeschlossen, weil der Staat sich bei der Erfüllung der ihm ausschließlich zugewiesenen Aufgaben eines aus dem Zivilrecht bekannten Verfahrens bedient oder bei seiner Tätigkeit hohe Einnahmen erzielt.

4. Eine größere Wettbewerbsverzerrung im Sinne von Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 2 der Sechsten Richtlinie liegt nur vor, wenn die reale Gefahr besteht, dass die Behandlung des Staates als Nicht-Steuerpflichtiger gegenwärtige oder potenzielle Anbieter konkurrierender Leistungen erheblich in ihrer Wettbewerbssituation beeinträchtigt. Eine solche Gefahr besteht grundsätzlich nicht, wenn es aufgrund der rechtlichen Rahmenbedingungen im Zeitpunkt der Erbringung der Leistungen durch den Staat ausgeschlossen ist, dass private Anbieter Leistungen auf den Markt bringen, die mit den staatlichen Leistungen im Wettbewerb stehen.