URTEIL DES GERICHTSHOFS (Große Kammer)

26. Juni 2007 *

In der Rechtssache C-284/04

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 234 EG, eingereicht vom Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien (Österreich) mit Entscheidung vom 7. Juni 2004, beim Gerichtshof eingegangen am 1. Juli 2004, in dem Verfahren

T-Mobile Austria GmbH,

3G Mobile Telecommunications GmbH,

mobilkom austria AG, vormals mobilkom austria AG & Co. KG,

master-talk Austria Telekom Service GmbH & Co. KG,

ONE GmbH,

Hutchison 3G Austria GmbH,

tele.ring Telekom Service GmbH,

* Verfahrenssprache: Deutsch.

tele.ring Telekom Service GmbH, Rechtsnachfolgerin der **TRA 3G Mobilfunk GmbH,**

gegen

Republik Österreich

erlässt

DER GERICHTSHOF (Große Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten V. Skouris, der Kammerpräsidenten P. Jann, C. W. A. Timmermans, A. Rosas, K. Lenaerts, P. Kūris, E. Juhász und J. Klučka sowie der Richter K. Schiemann, J. Makarczyk (Berichterstatter) und U. Lõhmus,

Generalanwältin: J. Kokott,

Kanzler: B. Fülöp und K. Sztranc-Sławiczek, Verwaltungsräte,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 7. Februar 2006,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

— der T-Mobile Austria GmbH, vertreten durch die Rechtsanwälte F. Heidinger und W. Punz,

— der 3G Mobile Telecommunications GmbH und der mobilkom austria AG, vertreten durch Rechtsanwalt P. Huber,

— der master-talk Austria Telekom Service GmbH & Co. KG, der ONE GmbH und der Hutchison 3G Austria GmbH, vertreten durch die Rechtsanwälte E. Lichtenberger und K. Retter,

— der tele.ring Telekom Service GmbH, vertreten durch die Rechtsanwälte T. Kustor und B. Polster sowie durch UnivProf C. Staringer,

— der Republik Österreich, vertreten durch U. Weiler als Bevollmächtigten,

— der österreichischen Regierung, vertreten durch H. Dossi, J. Bauer und C. Knecht als Bevollmächtigte,

— der dänischen Regierung, vertreten durch J. Molde als Bevollmächtigten im Beistand von K. Hagel-Sørensen, advokat,

— der deutschen Regierung, vertreten durch M. Lumma, C.-D. Quassowski und C. Schulze-Bahr als Bevollmächtigte im Beistand der Rechtsanwälte K. Stopp und B. Burgmaier,

— der spanischen Regierung, vertreten durch J. Rodríguez Cárcamo als Bevollmächtigten,

— Irlands, vertreten durch A. Aston und G. Clohessy, SC,

— der italienischen Regierung, vertreten durch I. M. Braguglia als Bevollmächtigten im Beistand von P. Gentili, avvocato dello Stato,

— der niederländischen Regierung, vertreten durch H. G. Sevenster und M. de Grave als Bevollmächtigte,

— der polnischen Regierung, vertreten durch J. Pietras als Bevollmächtigten,

— der Regierung des Vereinigten Königreichs, vertreten durch M. Bethell und R. Caudwell als Bevollmächtigte im Beistand von K. Parker und C. Vajda, QC, sowie G. Peretz, Barrister,

— der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch K. Gross, R. Lyal, M. Shotter und D. Triantafyllou als Bevollmächtigte,

nach Anhörung der Schlussanträge der Generalanwältin in der Sitzung vom 7. September 2006

folgendes

Urteil

1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung der Sechsten Richtlinie 77/388/EWG des Rates vom 17. Mai 1977 zur Harmonisierung der Rechtsvor-

schriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern — Gemeinsames Mehrwertsteuersystem: einheitliche steuerpflichtige Bemessungsgrundlage (ABl. L 145, S. 1, im Folgenden: Sechste Richtlinie), insbesondere des Art. 4 dieser Richtlinie.

2 Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen mehrerer, zum Ausgangsverfahren verbundener Verfahren zwischen den Unternehmen T-Mobile Austria GmbH, 3G Mobile Telecommunications GmbH, mobilkom austria AG, vormals mobilkom austria AG & Co. KG, master-talk Austria Telekom Service GmbH & Co. KG, ONE GmbH, Hutchison 3G Austria GmbH, tele.ring Telekom Service GmbH und TRA 3G Mobilfunk GmbH, deren Rechtsnachfolge die tele.ring Telekom Service GmbH angetreten hat, einerseits und der Republik Österreich andererseits, in denen die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens von der Republik Österreich zum Zweck des Vorsteuerabzugs die Ausstellung von Rechnungen für die Entgelte begehren, die sie für den Erhalt von Nutzungsrechten für Frequenzen des elektromagnetischen Spektrums zur Erbringung öffentlicher Mobilkommunikationsdienste (im Folgenden: streitige Nutzungsrechte) entrichtet haben.

Rechtlicher Rahmen

Vorschriften über die Mehrwertsteuer

Gemeinschaftsrecht

3 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.

4 Art. 4 der Sechsten Richtlinie bestimmt:

„(1) Als Steuerpflichtiger gilt, wer eine der in Absatz 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.

...“

5 Art. 17 der Richtlinie sieht vor:

„(1) Das Recht auf Vorsteuerabzug entsteht, wenn der Anspruch auf die abziehbare Steuer entsteht.

(2) Soweit die Gegenstände und Dienstleistungen für Zwecke seiner besteuerten Umsätze verwendet werden, ist der Steuerpflichtige befugt, von der von ihm geschuldeten Steuer folgende Beträge abzuziehen:

a) die geschuldete oder entrichtete Mehrwertsteuer für Gegenstände und Dienstleistungen, die ihm von einem anderen Steuerpflichtigen geliefert wurden oder geliefert werden bzw. erbracht wurden oder erbracht werden;

...“

6 Anhang D Punkt 1 der Sechsten Richtlinie führt das Fernmeldewesen auf.

Nationales Recht

7 Gemäß § 1 Abs. 1 Z 1 des Bundesgesetzes über die Besteuerung der Umsätze (Umsatzsteuergesetz 1994, BGBl. Nr. 663/1994, im Folgenden: UStG 1994) 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.

8 Unternehmer ist nach § 2 Abs. 1 UStG 1994, wer eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit, d. h. jede nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen, selbständig ausübt. Gemäß § 2 Abs. 3 sind die Körperschaften des öffentlichen Rechts grundsätzlich nur im Rahmen ihrer Betriebe gewerblicher Art gewerblich oder beruflich tätig.

9 Nach § 11 Abs. 1 Sätze 1 und 2 UStG 1994 ist der Unternehmer, wenn er Umsätze im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 1 UStG 1994 ausführt, 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.

10 Diese Rechnungen müssen gemäß § 11 Abs. 1 Z 6 UStG 1994 den auf das Entgelt entfallenden Steuerbetrag enthalten.

11 Nach § 2 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Besteuerung des Einkommens von Körperschaften (Körperschaftsteuergesetz, BGBl. Nr. 401/1988, im Folgenden: KStG) ist ein Betrieb gewerblicher Art einer Körperschaft des öffentlichen Rechts jede Einrichtung, 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.

12 Gemäß § 2 Abs. 5 KStG liegt eine privatwirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Abs. 1 jedoch nicht vor, wenn die Tätigkeit überwiegend der öffentlichen Gewalt dient.

Vorschriften über die Zuteilung der streitgen Nutzungsrechte

Gemeinschaftsrecht

13 Bis zum 25. Juli 2003 galt die 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).

14 Art. 2 Abs. 1 dieser Richtlinie bestimmt:

„Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck

...

d) ‚grundlegende Anforderungen' im öffentlichen Interesse liegende Gründe nichtwirtschaftlicher Art, die einen Mitgliedstaat veranlassen können, die Errichtung und/oder den Betrieb von Telekommunikationsnetzen oder die Erbringung von Telekommunikationsdiensten mit bestimmten Auflagen zu verknüpfen. Die Gründe hierfür sind die Sicherheit des Netzbetriebs, die Aufrechterhaltung der Netzintegrität sowie — in begründeten Fällen — die Interoperabilität der Dienste, der Datenschutz, der Umweltschutz und Raumordnungsziele sowie eine effiziente Nutzung des Frequenzspektrums und die Verhinderung von Störungen zwischen funkgestützten Telekommunikationssystemen und anderen, raumgestützten oder terrestrischen technischen Systemen. ...“

15 Art. 3 Abs. 3 Satz 2 der Richtlinie lautet:

„Die Mitgliedstaaten dürfen 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.“

16 In Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 97/13 wird ausgeführt, mit welchen Auflagen Allgemeingenehmigungen versehen werden können:

„Falls die Mitgliedstaaten die Erbringung von Telekommunikationsdiensten von einer Allgemeingenehmigung abhängig machen, kann diese — soweit dies begründet ist — mit den im Anhang unter den Nummern 2 und 3 aufgeführten Auflagen versehen werden. Diese Genehmigungen sollen das System mit der geringstmöglichen Belastung zum Ziel haben, mit dem die Erfüllung der einschlägigen grundlegenden Anforderungen und der einschlägigen anderen im öffentlichen Interesse liegenden Anforderungen der Nummern 2 und 3 des Anhangs sichergestellt wird.“

17 Abschnitt III der Richtlinie 97/13, der die Art. 7 bis 11 umfasst, regelt die Einzelgenehmigungen für den Fall, dass die Situation deren Erteilung rechtfertigt. Art. 8 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie lautet: „Die Auflagen, die zusätzlich zu den Auflagen für Allgemeingenehmigungen an Einzelgenehmigungen geknüpft werden können, soweit dies begründet ist, sind im Anhang unter den Nummern 2 und 4 aufgeführt." Nach den Nrn. 2.1 und 4.2 des Anhangs handelt es sich u. a. um Auflagen, die auf die Sicherstellung der Einhaltung der einschlägigen grundlegenden Anforderungen abzielen, und um besondere Auflagen im Zusammenhang mit der tatsächlichen Nutzung und der effizienten Verwaltung von Funkfrequenzen.

18 Nach Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie 97/13 dürfen die Mitgliedstaaten die Zahl der Einzelgenehmigungen beschränken, soweit dies für die effektive Nutzung von Funkfrequenzen erforderlich ist. Gemäß Art. 10 Abs. 2 erster Gedankenstrich müssen sie dabei in angemessener Weise berücksichtigen, dass der Nutzen für die Benutzer maximiert und die Entwicklung des Wettbewerbs gefördert werden muss. Nach Art. 10 Abs. 3 Unterabs. 1 sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, solche Einzelgenehmigungen aufgrund von Auswahlkriterien zu erteilen, die objektiv, nichtdiskriminierend, detailliert, transparent und verhältnismäßig sein müssen.

19 Nach Art. 11 Abs. 1 der Richtlinie 97/13 dürfen für die Erteilungen der Genehmigungen „nur die Gebühren erhoben werden, die die für die Ausstellung, Verwaltung, Kontrolle und Durchsetzung der jeweiligen Einzelgenehmigungen anfallenden Verwaltungskosten abdecken". Ferner sieht Abs. 2 vor:

„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."

20 Die Richtlinie 97/13 ist mit Wirkung vom 25. Juli 2003 aufgehoben und 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) ersetzt worden.

21 Art. 9 der Richtlinie 2002/21 bestimmt:

„...

(3) Die Mitgliedstaaten können Unternehmen die Übertragung von Frequenznutzungsrechten an andere Unternehmen gestatten.

(4) 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 Entscheidung Nr. 676/2002/EG [des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen Rechtsrahmen für die Funkfrequenzpolitik in der Europäischen Gemeinschaft] (Frequenzentscheidung) oder anderweitige Gemeinschaftsmaßnahmen harmonisiert wurde, darf eine solche Übertragung nicht zu einer veränderten Nutzung dieser Frequenzen führen."

Nationales Recht

22 Gemäß § 14 des Telekommunikationsgesetzes in der Fassung, die in dem im Ausgangsverfahren maßgeblichen Zeitpunkt galt (BGBl. I Nr. 100/1997, im Folgenden: TKG), bedarf das Erbringen des mobilen Sprachtelefondienstes und anderer öffentlicher Mobilfunkdienste mittels selbst betriebener Mobilkommunikationsnetze einer Konzession.

23 Nach § 15 Abs. 2 Z 3 TKG wird die Konzession zur Erbringung öffentlicher Mobilfunkdienste erteilt, wenn die Frequenzen dem Antragsteller zugeteilt worden sind oder zugleich mit der Konzession zugeteilt werden können.

24 Gemäß § 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.

25 Nach § 49 Abs. 4 in Verbindung mit § 111 TKG erfolgt die Zuteilung von Frequenzen, die zur Erbringung von öffentlichen Mobilkommunikationsdiensten und für andere öffentliche Telekommunikationsdienste vorgesehen sind, durch die Telekom-Control-Kommission (im Folgenden: TCK oder Regulierungsbehörde).

26 Das Zuteilungsverfahren ist in § 49a Abs. 1 TKG wie folgt geregelt:

„Die Regulierungsbehörde hat die ihr überlassenen Frequenzen demjenigen Antragsteller zuzuteilen, der die allgemeinen Voraussetzungen gemäß § 15 Abs. 2 Z 1 und 2 erfüllt und die effizienteste Nutzung der Frequenzen gewährleistet. Diese wird durch die Höhe des angebotenen Frequenznutzungsentgeltes festgestellt."

27 Nach den §§ 108 und 109 TKG wird die TCK durch eine Gesellschaft gebildet, die Telekom-Control GmbH, deren einziger Gesellschafter der österreichische Staat ist.

Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

28 Am 3. Mai 1999 teilte die TCK durch Zuschlag der tele.ring Telekom Service GmbH die streitigen Nutzungsrechte für sogenannte GSM-Frequenzen (Norm DCS-1800) gegen Zahlung eines Entgelts in Höhe von 98 108 326 Euro und am 7. Februar 2000 der master-talk Austria Telekom Service GmbH & Co. KG die Frequenznutzungsrechte für das europäische Funksystem TETRA für einen Betrag von 4 832 743,47 Euro zu.

29 Am 20. November 2000 teilte die TCK die streitigen Nutzungsrechte für die sogenannten UMTS-Mobilfunkfrequenzen (Norm IMT-2000) zu. Das Verfahren führte, ebenfalls im Wege der Versteigerung, zur Vergabe dieser Rechte an die Unternehmen T-Mobile Austria GmbH, 3G Mobile Telecommunications GmbH, mobilkom austria AG & Co. KG, Hutchison 3G Austria GmbH, ONE GmbH und TRA 3G Mobilfunk GmbH für ein Entgelt von insgesamt 831 595 241,10 Euro.

30 Mit ihren Klagen begehren die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens gemäß den österreichischen Rechtsvorschriften, mit denen Art. 17 der Sechsten Richtlinie umgesetzt wurde, von der Republik Österreich die Ausstellung von Rechnungen für die Zuteilung der streitigen Nutzungsrechte, da diese Rechnungen für den Vorsteuerabzug erforderlich seien.

31 Unter diesen Umständen hat das Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 3 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 (im Folgenden: Frequenznutzungsrechte für Mobilfunksysteme) durch einen Mitgliedstaat gegen ein Frequenznutzungsentgelt um eine Tätigkeit auf dem Gebiet des Fernmeldewesens handelt?

2. Ist Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 3 der Sechsten Richtlinie so auszulegen, dass ein Mitgliedstaat, dessen nationales Recht das in Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 3 der Richtlinie genannte Kriterium des „nicht unbedeutenden" Umfangs 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 Unterabs. 3 der Sechsten Richtlinie so auszulegen, dass die Zuteilung von Frequenznutzungsrechten für Mobilfunksysteme durch einen Mitgliedstaat gegen Frequenznutzungsentgelte in der Höhe von insgesamt 831 595 241,10 (UMTS/IMT-2000), 98 108 326 (DCS-1800-Kanäle) oder

4 832 743,47 Euro (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 Unterabs. 2 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 831 595 241,10 (UMTS/IMT-2000), 98 108 326 (DCS-1800-Kanäle) oder 4 832 743,47 Euro (TETRA) diese Entgelte nicht der Umsatzsteuer unterwirft und private Anbieter solcher Frequenzen diese Tätigkeit der Umsatzsteuer unterwerfen müssen?

5. Ist Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 3 der Sechsten Richtlinie so auszulegen, dass eine Tätigkeit eines Mitgliedstaats, der Frequenznutzungsrechte für Mobilfunksysteme in der Weise an Mobilfunkunternehmer 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 Mitgliedstaats?

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?

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?

Zu den Vorlagefragen

Zur sechsten Frage

32 Mit dieser Frage, die zuerst zu prüfen ist, möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob die Zuteilung von Rechten wie den streitigen Nutzungsrechten durch einen Mitgliedstaat im Wege der Versteigerung eine „wirtschaftliche Tätigkeit" im Sinne von Art. 4 Abs. 2 der Sechsten Richtlinie ist.

33 Nach Art. 4 Abs. 1 der Sechsten Richtlinie gilt als Steuerpflichtiger, wer eine der in Art. 4 Abs. 2 genannten wirtschaftlichen Tätigkeiten selbständig und unabhängig von ihrem Ort ausübt, gleichgültig zu welchem Zweck und mit welchem Ergebnis. Gemäß Art. 4 Abs. 2 fallen unter den Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeiten alle Tätigkeiten eines Erzeugers, Händlers oder Dienstleistenden, einschließlich der Leistungen, die die Nutzung von körperlichen oder nicht körperlichen Gegenständen zur nachhaltigen Erzielung von Einnahmen umfassen.

34 Hierzu ist festzustellen, dass Art. 4 der Sechsten Richtlinie der Mehrwertsteuer zwar einen sehr weiten Anwendungsbereich zuweist, aber doch ausschließlich Tätigkeiten mit wirtschaftlichem Charakter betrifft (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 11. Juli 1996, Régie dauphinoise, C-306/94, Slg. 1996, I-3695, Randnr. 15, vom 29. April 2004, EDM, C-77/01, Slg. 2004, I-4295, Randnr. 47, und vom 26. Mai 2005, Kretztechnik, C-465/03, Slg. 2005, I-4357, Randnr. 18).

35 Weiters wird nach ständiger Rechtsprechung aus der Analyse der Definitionen der Begriffe des Steuerpflichtigen und der wirtschaftlichen Tätigkeiten deutlich, 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 (vgl. u. a. Urteil vom 21. Februar 2006, University of Huddersfield, C-223/03, Slg. 2006, I-1751, Randnr. 47 und die angeführte Rechtsprechung).

36 Der Vorlageentscheidung zufolge besteht im Ausgangsverfahren die von der TCK ausgeübte Tätigkeit darin, Wirtschaftsteilnehmern im Wege der Versteigerung Nutzungsrechte für bestimmte Frequenzen des elektromagnetischen Spektrums für unbestimmte Dauer zuzuteilen. Mit Abschluss des Zuteilungsverfahrens erhielten diese Wirtschaftsteilnehmer die Erlaubnis, von den so erworbenen Rechten Gebrauch zu machen, um in bestimmten Bereichen des elektromagnetischen Spektrums operierende Telekommunikationsanlagen aufzubauen.

37 Daher ist zu prüfen, ob die Erteilung einer solchen Konzession ihrer Art nach als „Nutzung eines Gegenstands" im Sinne von Art. 4 Abs. 2 der Sechsten Richtlinie anzusehen ist.

38 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass sich im Rahmen der betreffenden Bestimmung der Begriff „Nutzung" entsprechend den Erfordernissen des Grundsatzes der Neutralität des gemeinsamen Mehrwertsteuersystems auf alle Vorgänge bezieht, die — ungeachtet ihrer Rechtsform — darauf abzielen, aus dem betroffenen Gegenstand nachhaltig Einnahmen zu erzielen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 4. Dezember 1990, Van Tiem, C-186/89, Slg. 1990, I-4363, Randnr. 18, EDM, Randnr. 48, und vom 21. Oktober 2004, BBL, C-8/03, Slg. 2004, I-10157, Randnr. 36).

39 Hierzu ist festzustellen, dass die im Ausgangsverfahren streitige Tätigkeit in der Erteilung von Konzessionen besteht, die es den diese Konzessionen erhaltenden Wirtschaftsteilnehmern erlaubt, von den damit verbundenen Nutzungsrechten in der Weise Gebrauch zu machen, dass sie ihre Dienstleistungen auf dem Mobilfunkmarkt öffentlich gegen Entgelt anbieten.

40 Bei dieser Tätigkeit handelt es sich, wie sich aus Art. 2 Abs. 1 Buchst. d in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 97/13 ergibt, um das zur Erfüllung der vom Gemeinschaftsrecht vorgesehenen Anforderungen notwendige Instrument zur effizienten Nutzung des Frequenzspektrums, zur Verhinderung von Störungen zwischen funkgestützten Telekommunikationssystemen und anderen, raumgestützten oder terrestrischen technischen Systemen sowie zur effizienten Verwaltung von Funkfrequenzen.

41 Für die Erteilung derartiger Konzessionen ist sowohl nach der Richtlinie 97/13 als auch gemäß dem TKG ausschließlich der betreffende Mitgliedstaat zuständig.

42 Eine Tätigkeit wie die im Ausgangsverfahren streitige erweist sich somit als notwendige Vorbedingung für den Zugang von Wirtschaftsteilnehmern wie den Klägerinnen des Ausgangsverfahrens zum Mobilfunkmarkt. Sie stellt selbst keine Teilnahme der zuständigen nationalen Behörde an diesem Markt dar. Es sind nämlich ausschließlich die betreffenden Wirtschaftsteilnehmer, die, als Inhaber der zugeteilten Rechte, auf dem relevanten Markt tätig sind und den fraglichen Gegenstand nutzen, um daraus nachhaltig Einnahmen zu erzielen.

43 Unter diesen Voraussetzungen ist eine Tätigkeit wie die im Ausgangsverfahren streitige der Natur der Sache nach keine Tätigkeit von Wirtschaftsteilnehmern. Dass die betreffenden Wirtschaftsteilnehmer ihre Nutzungsrechte für Funkfrequenzen

später übertragen können, bleibt demgegenüber unerheblich. Denn eine solche Übertragung ist abgesehen davon, dass sie gemäß Art. 9 Abs. 4 der Richtlinie 2002/21 der Kontrolle der für die Frequenzzuteilung zuständigen nationalen Regulierungsbehörde unterliegt, nicht mit der Erteilung einer behördlichen Konzession vergleichbar.

44 Wenn die zuständige nationale Behörde eine solche Konzession erteilt, beteiligt sie sich folglich nicht an der Nutzung des in den Nutzungsrechten für Funkfrequenzen bestehenden Gegenstands, um daraus nachhaltig Einnahmen zu erzielen. Mit dem betreffenden Zuteilungsverfahren übt sie ausschließlich eine ihr ausdrücklich übertragene Kontroll- und Regelungstätigkeit in Bezug auf die Nutzung des elektromagnetischen Spektrums aus.

45 Auch die Tatsache, dass die Zuteilung von Rechten wie den streitigen Nutzungsrechten gegen Zahlung eines Entgelts erfolgt, ändert nichts an der rechtlichen Beurteilung der betreffenden Tätigkeit (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 18. März 1997, Diego Calì & Figli, C-343/95, Slg. 1997, I-1547, Randnr. 24 und die angeführte Rechtsprechung).

46 Folglich handelt es sich bei dieser Zuteilung nicht um eine „wirtschaftliche Tätigkeit" im Sinne von Art. 4 Abs. 2 der Sechsten Richtlinie.

47 Dieses Ergebnis wird nicht durch das Argument in Frage gestellt, wonach in Anbetracht von Art. 4 Abs. 5 der Sechsten Richtlinie nicht ausgeschlossen werden könne, dass auch eine von einer Einrichtung des öffentlichen Rechts ausgeübte Regulierungstätigkeit als wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne von Art. 4 Abs. 2 der Sechsten Richtlinie qualifiziert werden könne, so dass eine solche Einrichtung für eine solche Tätigkeit als Steuerpflichtige gelten würde.

48 Selbst wenn man nämlich annähme, dass eine solche Regulierungstätigkeit als wirtschaftliche Tätigkeit eingestuft werden könnte, müsste dennoch für die Anwendung von Art. 4 Abs. 5 der Sechsten Richtlinie jedenfalls zuvor festgestellt werden, dass die betreffende Tätigkeit wirtschaftlicher Art ist. Aus der Antwort in Randnr. 46 des vorliegenden Urteils geht jedoch hervor, dass dies nicht der Fall ist.

49 Nach alledem ist auf die sechste Frage zu antworten, dass Art. 4 Abs. 2 der Sechsten Richtlinie dahin auszulegen ist, dass die Zuteilung von Rechten wie den streitigen Nutzungsrechten durch die für die Frequenzzuteilung zuständige nationale Regulierungsbehörde im Wege der Versteigerung keine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne der betreffenden Bestimmung ist und folglich nicht in den Anwendungsbereich der Sechsten Richtlinie fällt.

Zu den anderen Fragen

50 Angesichts der Antwort auf die sechste Frage brauchen die übrigen Fragen des vorlegenden Gerichts nicht beantwortet zu werden.

Kosten

51 Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem bei dem vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts. Die Auslagen anderer Beteiligter für die Abgabe von Erklärungen vor dem Gerichtshof sind nicht erstattungsfähig.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Große Kammer) für Recht erkannt:

Art. 4 Abs. 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 ist dahin auszulegen, dass die Zuteilung von Rechten wie Nutzungsrechten für Frequenzen des elektromagnetischen Spektrums zur Erbringung öffentlicher Mobilfunkdienste durch die für die Frequenzzuteilung zuständige nationale Regulierungsbehörde im Wege der Versteigerung keine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne der betreffenden Bestimmung ist und folglich nicht in den Anwendungsbereich der Sechsten Richtlinie fällt.

Unterschriften