Downloaded via the EU tax law app / web

SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN

JULIANE KOKOTT

vom 7. September 2006(1)

Rechtssache C-369/04

Hutchison 3G UK Ltd u. a.

gegen

Commissioners of Customs & Excise

(Vorabentscheidungsersuchen des VAT and Duties Tribunal London [Vereinigtes Königreich])

„Sechste Mehrwertsteuerrichtlinie – Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit – Einrichtungen des öffentlichen Rechts als Steuerpflichtige – Versteigerung von Lizenzen zur Nutzung von Frequenzen für Telekommunikationsdienstleistungen der dritten Generation (UMTS/IMT-2000)“

I – Einleitung

1. Im März/April 2000 versteigerte das Vereinigte Königreich als erster Mitgliedstaat fünf Lizenz-Pakete für die Nutzung bestimmter Frequenzbänder zum Angebot von Mobilfunkdiensten nach dem Standard UMTS/IMT-2000(2) (auch Mobilfunkdienste der dritten Generation – 3 G – genannt). 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.

2. Die Unternehmen waren daher bereit, hohe Lizenzgebühren zu entrichten. Bei der Versteigerung der Lizenzen erzielte die Radiocommunications Agency (RA) einen Erlös von insgesamt rund 22,5 Milliarden GBP (damals ca. 38,4 Milliarden Euro). Die RA ist eine Behörde im Geschäftsbereich des Ministeriums für Handel und Industrie; sie führte die Versteigerung im Namen des Ministers durch.

3. Fünf Telekommunikationsunternehmen, die Rechtsmittelführerinnen im Ausgangsrechtsstreit, ersteigerten je ein Lizenz-Paket. Sie sind der Auffassung, dass die Einräumung der Lizenzen ein mehrwertsteuerpflichtiger Vorgang gewesen sei und dass die Lizenzgebühren folglich Mehrwertsteuer enthalten hätten. Sie machen nunmehr die Erstattung der vermeintlich gezahlten⁽³⁾ Mehrwertsteuer in Höhe von 3 347 698 000 GBP (entspricht ca. 5 Mrd. Euro) geltend, da ihnen insoweit Ansprüche auf Vorsteuerabzug zustünden. Die Steuerbehörden des Vereinigten Königreichs halten die Versteigerung der Lizenzen dagegen nicht für eine steuerpflichtige Tätigkeit im Sinne der Sechsten Mehrwertsteuerrichtlinie⁽⁴⁾ (im Folgenden: Sechste Richtlinie).

4. Nach Art. 4 Abs. 1 und 2 der Sechsten Richtlinie 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 UMTS-Lizenzen bildet den Kern des vorliegenden Verfahrens.

5. In einem parallel gelagerten Vorabentscheidungsersuchen⁽⁵⁾, zu dem ich ebenfalls heute Schlussanträge vorlege, stellt das Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien ähnliche Fragen zur Beurteilung der Versteigerung von UMTS-Lizenzen in Österreich.

6. Darüber hinaus sind andere Mitgliedstaaten dem britischen Beispiel gefolgt und haben ebenfalls hohe Lizenzgebühren eingenommen, wenn auch – pro Kopf der potenziellen Mobilfunk-Kunden gerechnet – nicht ganz so hohe wie im Vereinigten Königreich.⁽⁶⁾ Das vorliegende und das Parallelverfahren aus Österreich 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.

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 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.

[...]"

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. Nationale Vorschriften

10. Der Value Added Tax Act (Mehrwertsteuergesetz) 1994 (im Folgenden: VAT Act 1994) bestimmt in Section 4 Abs. 1:

„Mehrwertsteuer wird erhoben auf Lieferungen von Gegenständen und Dienstleistungen, die im Vereinigten Königreich erfolgen, soweit es sich um eine mehrwertsteuerpflichtige Lieferung handelt, die von einem Steuerpflichtigen gewerbsmäßig erbracht wird.“

11. Section 41 (1) VAT Act 1994 sieht weiter vor:

„Dieses Gesetz gilt für vom Staat erbrachte steuerpflichtige Lieferungen ebenso wie für steuerpflichtige Lieferungen durch Steuerpflichtige.“

12. Section 41 (2) VAT Act 1994 bestimmt:

„Soweit die Lieferung von Gegenständen oder Dienstleistungen durch die öffentliche Verwaltung nicht gewerbsmäßig erfolgt, doch nach dem Eindruck der Finanzverwaltung gleiche Gegenstände oder Dienstleistungen von Steuerpflichtigen gewerbsmäßig geliefert werden oder geliefert werden könnten, gilt die Lieferung solcher Gegenstände und Dienstleistungen durch die öffentliche Verwaltung für die Zwecke dieses Gesetzes als gewerbsmäßig erbracht, soweit die Finanzverwaltung eine entsprechende Verfügung erlässt.“

13. Am 14. April 2000 erließ die Finanzverwaltung des Vereinigten Königreichs Steueranweisungen, in denen bestimmt war: „Eine Lieferung, die durch eine in Liste 1 aufgeführte Behörde erbracht wird und Gegenstände oder Dienstleistungen, die in Liste 2 aufgeführt sind, zum Inhalt hat, gilt für die Zwecke dieses Gesetzes [VAT Act 1994] als gewerbsmäßige Lieferung dieser Behörde.“ Die Liste 1 führte das Ministerium für Handel und Industrie an. Liste 2 führte u. a. sowohl „Lizenzvergabe, Zertifizierung, Autorisierung und Erteilung von Rechten ausgenommen Rechte an Grundstücken“ als auch „Fernmeldewesen“ an.

B – *Rechtlicher Rahmen für die Vergabe von UMTS-Frequenzen*

14. 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.

15. 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.

16. Auf europäischer Ebene leistete die Europäische Konferenz der Verwaltungen für Post und Fernmeldewesen (CEPT)(7) 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(8) insbesondere das zur Verfügung stehende Frequenzspektrum.

17. 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 Lizenzen variiert von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat.(9) 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.

1. Gemeinschaftsrecht

18. Den gemeinschaftsrechtlichen Rahmen für die Erteilung von Allgemein- und Einzelgenehmigungen für Telekommunikationsdienste bildete im entscheidungserheblichen Zeitraum die Richtlinie 97/13/EG(10).

19. 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.“

20. 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.

21. 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.“

22. 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)(11) 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.

23. 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 Frequenzuteilung 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 (Frequenzentscheidung) oder anderweitige Gemeinschaftsmaßnahmen harmonisiert wurde, darf eine solche Übertragung nicht zu einer veränderten Nutzung dieser Frequenzen führen.“

24. 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(12) (UMTS-Entscheidung). Mit dieser Entscheidung gaben Parlament und Rat gewissermaßen den Startschuss für die europaweite Einführung des UMTS-Mobilfunks.

25. 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“.

2. Nationale Vorschriften

26. Gemäß Section 1 des Wireless Telegraphy Act von 1949 (WTA 1949) darf „niemand [...] eine Funkstation für Funktelegrafie einrichten oder benutzen oder Funktelegrafiegeräte installieren oder benutzen, es sei denn, er verfügt insoweit über eine Lizenz, die nach dieser Section erteilt wurde – a) durch den Minister“. Für Verstöße gegen dieses Verbot sieht der WTA 1949 strafrechtliche Sanktionen vor.

27. 1997 nahmen das Ministerium und die RA umfangreiche Vorarbeiten für die Versteigerung der UMTS-Lizenzen auf. Die beteiligten Kreise wurden angehört und externe Berater hinzugezogen. Die Arbeiten mündeten in die Ausarbeitung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe der UMTS-Lizenzen.

28. Der Wireless Telegraphy Act von 1998 (im Folgenden: WTA 1998) gab die Leitlinien für die Vergabe der Lizenzen vor und erlaubte insbesondere die Einnahme von Beträgen, die über kostendeckende Verwaltungsgebühren hinausgehen. Bei der Festlegung dieser Beträge sollten folgende Gesichtspunkte berücksichtigt werden:

– die effiziente Nutzung und Verwaltung des elektromagnetischen Spektrums,

- die wirtschaftlichen Vorteile, die sich aus der Nutzung der Funktelegrafie ergeben,
- die Entwicklung innovativer Dienste und
- der Wettbewerb um die Bereitstellung von Telekommunikationsdiensten.

29. Gestützt auf den WTA 1998 wurden weitere Einzelheiten der Erteilung von UMTS-Lizenzen in den Wireless Telegraphy (Third Generation Licences) Regulations 1999 (WTA Regulations) geregelt. Im Anhang der WTA Regulations ist insbesondere der Zuschnitt der fünf zu erteilenden Lizenzen definiert. Danach umfassen die Lizenzen A und B jeweils ein gepaartes Spektrum(13) von 2 x 15 MHz, die Lizenzen C, D und E jeweils ein gepaartes Spektrum von 2 x 10 MHz. Die A-Lizenz ist für einen bisher noch nicht auf dem britischen Markt präsenten Mobilfunkanbieter reserviert.

30. In einer Bekanntmachung vom 22. Dezember 1999 wurden detaillierte Regeln für die Teilnahme an der Versteigerung und ihren Ablauf veröffentlicht. Die Zulassung zur Teilnahme an der Versteigerung war u. a. an die Hinterlegung einer Kautions in Höhe von anfänglich 50 Millionen GBP geknüpft. Ferner wurden Mindestgebote zwischen 89,3 und 125 Millionen GBP je nach Umfang der Lizenz festgelegt.

31. Der Handel mit Frequenzen, den die Mitgliedstaaten nach Art. 9 Abs. 3 der Richtlinie 2002/21 eröffnen können, ist im Vereinigten Königreich bisher nicht eingeführt worden.

III – Sachverhalt und Vorlagefragen

32. An der Versteigerung, die vom 6. März bis 27. April 2000 andauerte, nahmen insgesamt vier bereits im Vereinigten Königreich etablierte Unternehmen und neun potenzielle neue Marktteilnehmer teil. Folgende Bieter ersteigerten eine Lizenz:

Lizenz

Ersteigerer

Letztes Gebot in GBP

Lizenz A (reserviert für neuen Marktteilnehmer)

TIW UMTS (UK) Limited (jetzt Hutchison 3G UK Limited) (neuer Marktteilnehmer)

4 384 700 000

Lizenz B

Vodafone Limited (etablierter Betreiber)

5 964 000 000

Lizenz C

BT3G Limited(14) (etablierter Betreiber)

4 030 100 000

Lizenz D

One2One Personal Communications Limited (jetzt T-Mobile [UK] Limited) (etablierter Betreiber)

4 003 600 000

Lizenz E

Orange 3G Limited (etablierter Betreiber)

4 095 000 000

Gesamtsumme

22 477 400 000

33. Die Lizenzen wurden im Mai bzw. September 2000 ausgegeben und haben eine Laufzeit bis zum 31. Dezember 2021. Die Erwerber zahlten die Lizenzgebühren vollständig im Jahr 2000. Der Verwaltung entstanden im Zusammenhang mit der Vorbereitung und Durchführung der Versteigerung Kosten in Höhe von 8 Millionen GBP (ca. 13,7 Millionen Euro).

34. Die Lizenzinhaber sind u. a. verpflichtet, bis zum 31. Dezember 2007 einen Telekommunikationsdienst in einem Gebiet, in dem mindestens 80 % der Bevölkerung des Vereinigten Königreichs lebt, zu errichten und aufrecht zu erhalten. Sie benötigen darüber hinaus noch eine Lizenz nach Section 7 des Telecommunications Act 1984, die sie allgemein zur Erbringung von mobilen Telekommunikationsdiensten berechtigt.

35. Die Rechtsmittelführerinnen sind der Auffassung, dass in den Lizenzgebühren Mehrwertsteuer enthalten gewesen sei. Sie verlangten daher die Rückzahlung der Mehrwertsteuer als Vorsteuer für eigene steuerpflichtige Leistungen. Die Commissioners of Customs & Excise lehnten die Rückzahlung ab. Die Lizenzerteilung war ihrer Ansicht nach kein mehrwertsteuerpflichtiger Vorgang. Nach erfolgloser Klage in erster Instanz verfolgen Rechtsmittelführerinnen ihre Ansprüche nun vor dem VAT and Duties Tribunal weiter, das dem Gerichtshof mit Beschluss vom 24. August 2004 folgende Fragen zur Vorabentscheidung gemäß Art. 234 EG vorgelegt hat:

1. Ist der Begriff „wirtschaftliche Tätigkeit“ im Sinne von Art. 4 Absätze 1 und 2 der Sechsten Richtlinie unter den in der Gemeinsamen Darlegung des Sachverhalts geschilderten Umständen dahin auszulegen, dass er die Vergabe von Lizenzen durch den Minister im Wege der Versteigerung von Rechten zur Nutzung von Fernmeldegeräten in festgelegten Bereichen des elektromagnetischen Spektrums (im Folgenden: Tätigkeit) umfasst, und welche Erwägungen sind für die Beantwortung dieser Frage relevant?

2. Welche Erwägungen sind unter den in der Gemeinsamen Darlegung des Sachverhalts geschilderten Umständen für die Beantwortung der Frage relevant, ob der Minister bei der Ausübung der Tätigkeit „im Rahmen der öffentlichen Gewalt“ im Sinne von Art. 4 Abs. 5 der Sechsten Richtlinie gehandelt hat?

3. Kann die Tätigkeit unter den in der Gemeinsamen Darlegung des Sachverhalts geschilderten Umständen i) teilweise eine wirtschaftliche Tätigkeit sein und teilweise nicht und/oder ii) teilweise

durch eine Einrichtung des öffentlichen Rechts im Rahmen der öffentlichen Gewalt ausgeübt werden und teilweise nicht, mit dem Ergebnis, dass die Tätigkeit nach der Sechsten Richtlinie teilweise mehrwertsteuerpflichtig wäre und teilweise nicht?

4. Wie wahrscheinlich und wie zeitnah zur Ausübung einer Tätigkeit wie der vorstehend beschriebenen muss eine „größere Wettbewerbsverzerrung“ im Sinne von Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 2 der Sechsten Richtlinie sein, damit die diese Tätigkeit ausübende Person nach diesem Unterabsatz im Hinblick auf die Tätigkeit als Steuerpflichtiger angesehen werden muss? Inwieweit, wenn überhaupt, wirkt sich der Grundsatz der Steuerneutralität auf diese Frage aus?

5. Umfasst der Begriff „Fernmeldewesen“ in Anhang D der Sechsten Richtlinie (auf den in Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 3 der Sechsten Richtlinie Bezug genommen wird) die Vergabe von Lizenzen durch den Minister im Wege der Versteigerung von Rechten zur Nutzung von Fernmeldegeräten in festgelegten Bereichen des elektromagnetischen Spektrums unter den in der Gemeinsamen Darlegung des Sachverhalts geschilderten Umständen?

6. Wenn i) ein Mitgliedstaat beschließt, Art. 4 Absätze 1 und 5 der Sechsten Richtlinie durch Rechtsvorschriften umzusetzen, mit denen die öffentliche Verwaltung (wie im vorliegenden Fall das Schatzamt des Vereinigten Königreichs) gesetzlich ermächtigt wird, Anweisungen dazu zu erlassen, welche Lieferungen von Gegenständen oder Dienstleistungen durch die öffentliche Verwaltung als steuerpflichtige Lieferungen zu behandeln sind, und ii) die öffentliche Verwaltung gemäß dieser gesetzlichen Ermächtigung Anweisungen erlässt bzw. zu erlassen beabsichtigt, wonach bestimmte Lieferungen steuerpflichtig sind, ist dann der im Urteil in der Rechtssache C-106/89 (Marleasing, Slg. 1990, I-4135, Randnr. 8) aufgestellte Grundsatz relevant für die Auslegung der inländischen Rechtsvorschriften und dieser Anweisungen (und wenn ja, inwiefern)?

IV – Rechtliche Würdigung

A – Zur ersten Vorlagefrage: Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit

36. Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Versteigerung von Lizenzen, die das Recht verleihen, in festgelegten Bereichen des elektromagnetischen Spektrums Fernmeldegeräte zu betreiben, eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Art. 4 Absätze 1 und 2 der Sechsten Richtlinie darstellt.

37. 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. Die Bestimmung regelt damit nicht nur, wer Steuerpflichtiger sein kann, sondern zugleich, unter welchen Bedingungen die Tätigkeit einer Person der Mehrwertsteuer unterliegt.

38. 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.

39. 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).

40. 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)

41. Zunächst werde ich mich mit dem Einwand auseinandersetzen, dass eine wirtschaftliche Tätigkeit schon deswegen ausgeschlossen sei, weil die Versteigerung der UMTS-Lizenzen der Marktregulierung diene. Anschließend ist zu untersuchen, 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?

42. Den Hintergrund für die Versteigerung der Lizenzen bildet der Umstand, dass Funkfrequenzen eine knappe Ressource sind. Der Bereich des elektromagnetischen Spektrums, der für UMTS-Dienste 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.

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

44. 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.

45. Das Vereinigte Königreich hat sich entschieden, Lizenzen, die das Recht zur Nutzung bestimmter Funkfrequenzen verleihen, zu versteigern. Die dabei eingenommenen Versteigerungserlöse wurden als Abgaben im Sinne des Art. 11 Abs. 2 der Richtlinie 97/13 angesehen. Durch das Versteigerungsverfahren sollten nach den Angaben des Vereinigten Königreichs die Unternehmen ermittelt werden, die den Lizenzen den größten wirtschaftlichen Wert beimaßen und die damit auch die Gewähr dafür boten, dass der größtmögliche Nutzen aus der Verwendung der Lizenzen gezogen wird. Dagegen sei es nicht darum gegangen, hohe Einnahmen des Staates zu erzielen.

46. Die am Verfahren beteiligten Mitgliedstaaten und die Kommission leiten aus diesen Umständen her, dass die Vergabe der UMTS-Lizenzen durch den Minister, bzw. die RA, kein wirtschaftlicher Vorgang im Sinne des Art. 4 Absätze 1 und 2 der Sechsten Richtlinie gewesen sei, sondern eine Maßnahme zur Regulierung des Marktes.

47. Dem kann nicht gefolgt werden.

48. 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 UMTS-Markt im Einklang mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zu regulieren und die am besten geeigneten

Mobilfunkanbieter zu ermitteln, ist dagegen ohne Belang. Denn derartige Ziele sind für die Qualifikation einer Tätigkeit nach der zitierten Rechtsprechung nicht zu berücksichtigen.(17)

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

50. Wie die Lizenzerteilung 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 – als Abgabe oder Preis.(18) Denn die Lizenz wurde jedenfalls nur gegen die Entrichtung des durch die Versteigerung ermittelten Geldbetrages erteilt, so dass die Geldleistung in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Erteilung der Lizenz steht. Die Zahlung stellt im Übrigen keine Gebühr dar, durch die nur die Verwaltungskosten abgedeckt werden.

51. Die Beteiligten streiten darüber, ob die Ausgestaltung der Versteigerung sogar darauf gerichtet war, besonders hohe Einnahmen zu erzielen. So könnte man beispielsweise die Tatsache, dass insgesamt nur fünf Lizenzen vergeben wurden und nicht – wie etwa in Deutschland – sechs, einerseits als künstliche Verknappung des Angebots werten, die zu einer Steigerung der Erlöse beigetragen hat. Andererseits könnte man die Entscheidung, fünf Lizenzen auf den Markt zu bringen, auch mit regulatorischen Überlegungen begründen.(19) Neben den vier etablierten Anbietern sollte zur Steigerung des Wettbewerbs ein neuer Akteur hinzutreten. Bei einer größeren Zahl von Wettbewerbern, unter denen der Markt hätte aufgeteilt werden müssen, wäre die Rentabilität der hohen Investitionen in die Netze möglicherweise nicht mehr gewährleistet gewesen.

52. Letztlich kann diese Frage aber ebenso offen bleiben wie die Frage, ob die Erzielung von Einnahmen überhaupt ein Motiv für die Ausgestaltung des Verfahrens der Lizenzvergabe war.

53. Objektiv hat der Minister die Lizenzen nämlich gegen eine Geldleistung vergeben, die den wirtschaftlichen Wert der Lizenzen widerspiegeln sollte und die die Aufwendungen für das Vergabeverfahren um ein Vielfaches überstieg. Indem die Regierung in den Versteigerungsregeln Mindestgebote von bis zu 125 Millionen GBP vorgab, war die Erzielung von Einnahmen in erheblichem Umfang auch von vornherein vorgesehen. Für die mehrwertsteuerliche Einordnung der Lizenzversteigerung kann es keine Rolle spielen, ob die Erzielung dieser Einnahmen das Handlungsmotiv der Regierung war oder nur ein Nebeneffekt, der zwangsläufig mit dieser Form des Vergabeverfahrens einherging.

54. Der Einordnung als wirtschaftliche Tätigkeit steht auch nicht entgegen, dass die Lizenzvergabe 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 Bewertung als wirtschaftliche Tätigkeit außer Betracht bleiben muss.(20)

55. 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.

56. 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(21) 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.

57. Zwar hat der Gerichtshof insbesondere in dem so genannten Urteil Eurocontrol(22), auf das einige Beteiligte verweisen, festgestellt, dass keine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags vorliege, wenn hoheitliche Befugnisse ausgeübt würden.

58. Dem Wettbewerbsrecht und der Sechsten 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.

59. Der Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit in Art. 4 Absätze 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.

2. Die Nutzung eines Gegenstands zur nachhaltigen Erzielung von Einnahmen

60. 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. Das Recht, in bestimmten Abschnitten des Frequenzspektrums Mobilfunkgeräte zu betreiben, stellt einen nicht körperlichen Gegenstand dar.

61. 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.(23) 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.(24) Das Vereinigte Königreich hat den Rechtsmittelführerinnen gegen die Zahlung einer Abgabe eine zeitlich befristete Lizenz für die Frequenznutzung übertragen. Dieser Vorgang, der einer Vermietung oder Verpachtung ähnelt, ist als Nutzung eines nicht körperlichen Gegenstands zur Erzielung von Einnahmen anzusehen.

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

63. 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.(25) Eine nur gelegentliche kommerzielle Nutzung eines Gegenstands stellt daher keine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Art. 4 Absätze 1 und 2 der

Sechsten Richtlinie dar, wie der Gerichtshof im Urteil Enkler festgestellt hat.(26)

64. Die vorliegend zu beurteilende Lizenzvergabe 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 Wohnmobils, das sein Eigentümer im Übrigen überwiegend privat einsetzte, noch als Nutzung eines Gegenstands zur nachhaltigen Erzielung von Einnahmen anzusehen ist.

65. 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.(27)

66. Bei dem Recht zur Nutzung von Funkfrequenzen für das Angebot von UMTS-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.

67. Auch die Tatsache, dass die Lizenzen 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.

68. Dass die Abgabe als Einmalzahlung im Zeitpunkt der Vergabe der Lizenz zu leisten war und nicht als periodisch wiederkehrende Zahlung, ändert an der Nachhaltigkeit der Einnahmeerzielung nichts. Theoretisch hätte die Lizenzabgabe auch in anderer Form ausgestaltet werden können. Die Anwendbarkeit der Sechsten Richtlinie kann jedoch nicht von den Zahlungsmodalitäten der Lizenzabgabe abhängen, die zur Disposition der Parteien steht.

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

70. 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.(28)

71. 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 Lizenzvergabe erzielten Einnahmen keine allein aus dem Verfügungsrecht über die Frequenzen fließenden Erträge, wie Dividenden und Kursgewinne, sondern Einnahmen aus der Nutzung dieses Rechts.

72. 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 Lizenz wieder an ihn zurück und kann dann erneut vergeben werden.

73. Auf die erste Frage ist somit zu antworten:

Die durch eine staatliche Stelle vorgenommene Versteigerung von Lizenzen, die das Recht umfassen, während eines festgelegten Zeitraums bestimmte Abschnitte des elektromagnetischen Spektrums für das Angebot von UMTS-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 Absätze 1 und 2 der Sechsten Richtlinie anzusehen.

B – Zur zweiten bis fünften Vorlagefrage: Bedingungen, unter denen öffentliche Einrichtungen als Steuerpflichtige handeln

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

74. Art. 4 Abs. 5 der Sechsten Richtlinie enthält differenzierte Regelungen dafür, wann der Staat als Steuerpflichtiger anzusehen ist.(29)

75. Nach der Grundregel in seinem ersten Unterabs. 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 Absätze 1 und 2 der Sechsten Richtlinie nachgeht, von der allgemeinen Steuerpflicht aus. Die Ausübung öffentlicher Gewalt wird so dem Handeln eines privaten Verbrauchers gleichgestellt.

76. 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.(30)

77. 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.

78. Die in Anhang D genannten Bereiche – darunter auch das Fernmeldewesen – betreffen im Kern wirtschaftliche Leistungen,(31) 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.(32) Mittlerweile sind einige der genannten Wirtschaftszweige liberalisiert worden. Private Unternehmen stehen hier tatsächlich im 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.

79. Sollte die Vergabe von Mobilfunklizenzen 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. Daher erscheint es sinnvoll, die fünfte Vorlagefrage vor der zweiten, dritten und vierten zu beantworten.

2. Zur fünften Vorlagefrage: Umfasst der Begriff des Fernmeldewesens in Anhang D der Sechsten Richtlinie auch die Versteigerung von UMTS-Lizenzen?

80. Im Kern sind sich die Beteiligten uneinig darüber, ob der Begriff des „Fernmeldewesens“ in Anhang D Nr. 1 nur das Angebot von Telekommunikationsdienstleistungen⁽³³⁾ selbst umfasst – dies vertreten die beteiligten Regierungen und die Kommission – oder auch weitere damit in Zusammenhang stehende Tätigkeiten einschließt, also auch die Vergabe der Lizenzen, was die Rechtsmittelführerinnen meinen.

81. 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* bzw. *télécommunications*). Im Übrigen sind die Begriffe Fernmeldewesen und Telekommunikation weitgehend synonym, wie die deutsche Regierung zutreffend hervorhebt.

– Historische Auslegung

82. Bei historischer Auslegung könnte man vertreten, dass die Vergabe von Mobilfunklizenzen an private Unternehmen nicht vom Begriff des Fernmeldewesens erfasst sein kann, weil derartige Lizenzen im Zeitpunkt des Erlasses der Richtlinie im Jahre 1977 gar nicht existierten. Damals erbrachten nämlich staatliche Postverwaltungen Telekommunikationsdienstleistungen in Eigenregie. Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat daher ursprünglich vermutlich keine Regelung in Bezug auf Telekommunikationslizenzen treffen wollen.

83. Die historische Auslegungsmethode ist jedoch ohnehin nur von nachrangiger Bedeutung und allein nicht ausschlaggebend.⁽³⁴⁾ Vielmehr sind die Vorschriften der Sechsten Mehrwertsteuerrichtlinie außerdem systematisch und insbesondere unter Berücksichtigung ihres Ziels zu interpretieren.

– Systematische Auslegung

84. In systematischer Hinsicht könnte zunächst die Definition der Telekommunikationsdienstleistungen in Art. 9 Abs. 2 Buchst. e, 10. Gedankenstrich der Sechsten Richtlinie⁽³⁵⁾ 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 Nutzungsrechten an Einrichtungen zur Übertragung, Ausstrahlung oder zum Empfang ...“

85. 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.

86. Soweit die 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 Lizenzen für die Nutzung des Frequenzspektrums.

87. Die Rechtsmittelführerinnen 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.

88. Zwar scheint die englische Fassung diese Interpretation zuzulassen; andere Sprachfassungen stützen jedoch die Auslegung der beteiligten Regierungen und der Kommission.⁽³⁶⁾ Bei möglichen Divergenzen zwischen den Sprachfassungen kommt dem Sinn und Zweck einer Bestimmung besondere Bedeutung zu,⁽³⁷⁾ die hier ebenfalls gegen den Einschluss der Frequenzvergabe sprechen.

89. 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.⁽³⁸⁾ Diese Erwägung trifft nur auf Telekommunikationsleistungen im engeren Sinne zu. Denn die Lizenzen 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 Lizenzerteilung niedergelassen sein, da es kaum wahrscheinlich ist, dass ein UMTS-Mobilfunknetz ohne eine Betriebsstätte oder Tochtergesellschaft in dem betreffenden Staat aufgebaut und betrieben wird.

90. Die britische, niederländische und dänische Regierung sowie die Kommission verweisen ferner auf die Definition der Telekommunikationsdienste in den einschlägigen Binnenmarkttrichtlinien. Es entspricht durchaus der Praxis des Gerichtshofs, bei der Auslegung der Sechsten Mehrwertsteuerrichtlinie auch Definitionen in Rechtsakten zu berücksichtigen, die den betroffenen Bereich regeln und keine vom Mehrwertsteuerrecht abweichenden Ziele verfolgen.⁽³⁹⁾

91. 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⁽⁴⁰⁾ 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 Vergabe der UMTS-Lizenzen keinen Telekommunikationsdienst dar.

92. 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

93. 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.(41)

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

95. 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 Vergabe von Lizenzen zur Nutzung von bestimmten Abschnitten des Frequenzspektrums ist dagegen beim derzeitigen Stand der Entwicklung(42) eine Aufgabe, die dem Staat vorbehalten ist.(43) Selbst wenn die Erteilung der Lizenzen möglicherweise unter bestimmten Umständen in Konkurrenz zur Weiterveräußerung von Lizenzen durch Private stehen sollte,(44) 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.

96. Auf die fünfte Vorlagefrage ist daher zu antworten, dass der Begriff „Fernmeldewesen“ in Anhang D Nr. 1 der Sechsten Richtlinie beim derzeitigen Stand der Entwicklung nicht die Versteigerung von UMTS-Lizenzen durch den Staat erfasst.

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

97. 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.(45) Der Minister bzw. die RA erfüllen die erste Voraussetzung unstrittig.

98. 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)].

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)].“

99. Ferner hat der Gerichtshof ausgeführt, dass es im Rahmen dieser Prüfung nicht auf den Gegenstand oder die Zielsetzung der Tätigkeit ankommt.(49)

100. Die Rechtsmittelführerinnen entnehmen der Rechtsprechung, dass vor allem die Handlungsform maßgeblich sei. Die Versteigerung der Lizenzen sei nach den gleichen

Bedingungen erfolgt, die im englischen Recht auch für entsprechende privatrechtliche Transaktionen gelten würden. Dass die Versteigerung dem Ziel der Marktregulierung gedient habe, dürfe nicht berücksichtigt werden.

101. Die beteiligten Mitgliedstaaten und die Kommission betonen dagegen, dass die Vergabe der UMTS-Lizenzen nach den einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen und nationalen Vorschriften allein dem Staat vorbehalten ist, der dabei besonderen Bindungen unterliegt.

102. 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.

103. Auch wenn die abschließende Beurteilung der nationalen Rechtslage dem vorlegenden Gericht vorbehalten ist, so unterliegt es keinem Zweifel, dass die Erteilung einer UMTS-Lizenz nach dem WTA 1949 und dem WTA 1998, sowie den WTA Regulations, ausschließlich vom Minister vorgenommen werden kann. Die Bindungen, die das nationale Recht ihm dabei auferlegt, beruhen auf den Vorgaben der Richtlinie 97/13. Im Übrigen kann auch nur der Minister die Lizenz widerrufen und zwar nicht nur in den Fällen, die in der Lizenz selbst vorgesehen sind, sondern darüber hinaus aus Gründen der nationalen Sicherheit oder, um gemeinschaftsrechtlichen oder völkerrechtlichen Verpflichtungen nachzukommen.(50)

104. Der Minister, vertreten durch die RA, erteilte die UMTS-Lizenzen also nach einer eigens für ihn geltenden rechtlichen Regelung. Kein Privater konnte entsprechende Lizenzen einräumen. Dies erlaubt den Schluss, dass die Versteigerung der Lizenzen eine Tätigkeit war, die einer staatlichen Einrichtung im Rahmen der öffentlichen Gewalt oblag.

105. Dem steht nicht entgegen, dass die Lizenzen durch eine Versteigerung erteilt wurden, ein Verfahren, das dem Zivilrecht entstammt und dessen sich folglich auch Private bedienen können.

106. 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.

107. Entscheidend sind nicht die allgemeinen zivilrechtlichen Vorgaben für Versteigerungen, sondern der konkrete rechtliche Rahmen für die Versteigerung der UMTS-Lizenzen.

108. Die These der Rechtsmittelführerinnen 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.(51)

109. Im Urteil Fazenda Pública/Câmara Municipal do Porto(52) 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 Sonderregelung 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.(53)

110. 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.

111. 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 UMTS-Lizenzen nicht isoliert betrachtet werden.(54) 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. Hoheitlich handelt er auch, wenn er den unbefugten Betrieb von Funkanlagen nach dem WTA 1949 strafrechtlich ahndet, wenn er eine Lizenz aus Gründen der nationalen Sicherheit oder, um gemeinschaftsrechtlichen oder völkerrechtlichen Verpflichtungen nachzukommen, widerruft.

112. 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 auf den äußeren Vorgang maßgeblich ist. Vielmehr entspricht es gerade der Logik des Art. 4 der Sechsten Richtlinie, durch eine weite Auslegung der Absätze 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.

113. Schließlich scheidet die Einordnung der Versteigerung der Lizenzen 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.

114. Auf die zweite 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.

4. Zur dritten Vorlagefrage: Kann die Tätigkeit teilweise wirtschaftlich sein oder teilweise in Ausübung öffentlicher Gewalt ausgeübt worden sein?

115. Die Rechtsmittelführerinnen haben hilfsweise vorgebracht, dass die Vergabe der UMTS-Lizenzen wenigstens teilweise wirtschaftlichen Charakter gehabt habe bzw. teilweise nicht im Rahmen öffentlicher Gewalt erfolgt sei.

116. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass das Urteil Armbrecht(55), auf das die Rechtsmittelführerinnen in diesem Zusammenhang verweisen, den Fall der anteiligen Nutzung eines Gegenstandes für wirtschaftliche Zwecke betraf und die daraus resultierenden Folgen für das Recht auf Vorsteuerabzug. Im vorliegenden Fall stellt sich dagegen die Frage, ob die Lizenzversteigerung selbst mehrwertsteuerpflichtig war, weil sie von einem Steuerpflichtigen im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit bewirkt wurde.

117. Im Urteil CPP(56) hat der Gerichtshof ausgeführt, dass jede Dienstleistung in der Regel als eigene, selbständige Leistung zu betrachten ist. Da eine wirtschaftlich einheitliche Dienstleistung im Interesse eines funktionierenden Mehrwertsteuersystems nicht künstlich aufgespalten werden dürfe, sei das Wesen des fraglichen Umsatzes zu ermitteln, um festzustellen, ob der Steuerpflichtige dem Verbraucher mehrere selbständige Hauptleistungen oder eine einheitliche Leistung erbringt. Liegt nur ein Umsatz vor, muss dieser hinsichtlich der Erhebung der Mehrwertsteuer grundsätzlich auch einheitlich behandelt werden.(57)

118. Dem Vorabentscheidungsersuchen lassen sich keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass die Erteilung der UMTS-Lizenzen sich aus zwei oder mehreren Leistungen zusammensetzte. Vielmehr wurde durch einen einzigen Akt eine Lizenz erteilt und dafür eine einheitliche Abgabe erhoben.

119. Unbeachtlich ist insofern auch, dass zunächst im Wege der Versteigerung die Lizenznehmer und die Höhe der Abgabe ermittelt wurden und die Lizenz dann erst in der Folge gegen die Entrichtung der Abgabe übertragen wurde, denn die letztgenannten Vorgänge sind nur unselbständige Vollzugsakte, die nicht losgelöst von der Versteigerung zu beurteilen sind.

120. Wie festgestellt, war der Staat bei der Erbringung dieser einheitlichen Leistung zwar wirtschaftlich tätig, übte aber zugleich öffentliche Gewalt aus. Mangels tatsächlicher Anhaltspunkte für eine Aufteilung in getrennt voneinander zu beurteilende Leistungen, hat die dritte Frage hypothetischen Charakter und braucht daher nicht beantwortet zu werden.(58)

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

121. 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.

122. 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, ...“(59)

123. Die Erstvergabe der Lizenzen ist allein dem Staat vorbehalten, so dass ein Wettbewerb zwischen identischen Leistungen des Staates und anderer Anbieter im Zeitpunkt der Versteigerung der Lizenzen ausgeschlossen ist. Die Rechtsmittelführerinnen argumentieren

jedoch, dass die Mehrwertsteuerfreie Vergabe der Frequenzen durch den Staat in Konkurrenz zu einer zukünftig möglichen Weiterveräußerung von Lizenzen durch private Anbieter treten könnte.

124. Die im Jahre 2000 ausgegebenen Lizenzen enthalten in Ziff. 4 allerdings die Bedingung, dass sie nicht übertragbar sind. Auch sah zu diesem Zeitpunkt weder die Richtlinie 97/13 noch der WTA 1998 den Handel mit Lizenzen vor.

125. In einem Informationsvermerk des Ministeriums vom 1. November 1999 heißt es jedoch, dass die zur Versteigerung anstehenden Lizenzen nachträglich für übertragbar erklärt werden könnten, falls später der Handel mit Frequenzen eingeführt würde. Es sei aber unsicher, ob und wann es dazu kommen werde. In Art. 9 Abs. 4 der Richtlinie 2002/21 sind nunmehr Vorgaben dafür enthalten, welche Bedingungen bei der Übertragung von Frequenznutzungsrechten eingehalten werden müssen. Nach den Angaben im Vorabentscheidungsersuchen rechnen die Behörden im Vereinigten Königreich nicht damit, dass der Handel mit Mobilfunkfrequenzen vor 2007 beginnen wird.

126. Vor diesem Hintergrund fragt das vorliegende Gericht, wie wahrscheinlich und wie zeitnah eine „größere Wettbewerbsverzerrung“ im Sinne von Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 2 der Sechsten Richtlinie sein muss und welche Bedeutung der Grundsatz der Neutralität der Mehrwertsteuer in diesem Zusammenhang besitzt.

127. Hierzu ist zunächst festzustellen, dass die Eigenschaft als Steuerpflichtiger bzw. Nicht-Steuerpflichtiger im Zeitpunkt der Leistung zu beurteilen ist.⁽⁶⁰⁾ Deshalb muss grundsätzlich auch in diesem Zeitpunkt der Einfluss auf den Wettbewerb gegeben sein.

128. 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.

129. Vor der Versteigerung der UMTS-Lizenzen waren keine derartigen Lizenzen auf dem britischen Markt verfügbar. Außerdem war der Handel mit Lizenzen auch rechtlich nicht möglich. Es war nicht einmal absehbar, ob und wann der rechtliche Rahmen dafür geschaffen wird.

130. Zwar hat der Gerichtshof im Urteil Taksatorringen⁽⁶¹⁾ 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.⁽⁶²⁾

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. Wenn der Staat zu einem späteren Zeitpunkt, nachdem der Frequenzhandel bereits eingeführt worden ist, erneut Lizenzen erteilt, dann muss *für diese Lizenzvergabe-Runde* die mehrwertsteuerliche Behandlung erneut beurteilt werden.⁽⁶³⁾ Die mehrwertsteuerliche Behandlung späterer staatlicher Lizenzerteilungen wirkt jedoch nicht auf die streitgegenständliche Vergabe der Lizenzen im Jahr 2000 zurück.

133. Die Rechtsmittelführerinnen begründen eine Wettbewerbsverzerrung darüber hinaus mit folgender Überlegung: Erwirbt ein Mobilfunkanbieter nach der Einführung des Frequenzhandels eine Lizenz von einem anderen Unternehmen und muss hierfür Mehrwertsteuer entrichten, so befindet sich der Erwerber im Nachteil gegenüber denjenigen Konkurrenten, die vorher mehrwertsteuerfrei eine Lizenz vom Staat erhalten hätten. Zwar könne der Sekundärerwerber einer Lizenz die entrichtete Mehrwertsteuer meist als Vorsteuer abziehen, jedoch sei damit in bestimmten Konstellationen eine vorübergehende Liquiditätseinbuße verbunden.

134. Wie jedoch bereits festgestellt, muss im Zeitpunkt des fraglichen Umsatzes ein potentiell 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.

135. Ganz abgesehen davon müsste die staatliche Leistung nur dann besteuert werden, wenn die Nichtbesteuerung nach den Feststellungen des vorliegenden Gerichts zu *größeren* Wettbewerbsverzerrungen im Sinne von Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 2 der Sechsten Richtlinie führen würde.

136. 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.⁽⁶⁴⁾ Da Endverbraucher kein Recht zum Vorsteuerabzug haben, wäre die Leistung des privaten Anbieters um den vollen Betrag der Mehrwertsteuer teurer.

137. Erwirbt dagegen ein *Steuerpflichtiger* eine UMTS-Lizenz 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 von UMTS-Frequenzen erreichen diese Aufwendungen jedoch im Allgemeinen keinen Umfang, der größere Wettbewerbsverzerrungen auslösen könnte.

138. Im Übrigen war die Einführung des Frequenzhandels im Jahre 2000 keineswegs sicher vorhersehbar und ist im Vereinigten Königreich tatsächlich bis heute nicht erfolgt. Je länger die staatliche Lizenzvergabe und die Möglichkeit des Zweiterwerbs von Lizenzen aber zeitlich auseinander fallen, umso mehr verändert sich auch das gesamte Marktumfeld. Dabei erlangen andere Faktoren, wie z. B. die Neubewertung des wirtschaftlichen Wertes der Lizenzen 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 auch annähernd zur gleichen Zeit verfügbar sind und der potenzielle Erwerber eine Wahl zwischen zwei vergleichbaren Angeboten hat.

139. 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 Sechsten Vorlagefrage: Richtlinienkonforme Auslegung nationaler Vorschriften zur Umsetzung von Art. 4 Abs. 5 der Sechsten Richtlinie

140. Auf der Grundlage von Section 41 (2) VAT Act 1994 hat die Finanzverwaltung Steueranweisungen erlassen, nach denen bestimmte Tätigkeiten der öffentlichen Verwaltung – darunter die Lizenzvergabe und das Fernmeldewesen – als steuerpflichtige Tätigkeiten gelten.(65)

141. Wie der Gerichtshof im Urteil Fazenda Pública/Câmara Municipal do Porto(66) festgestellt hat, können die Mitgliedstaaten Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 2 der Sechsten Richtlinie dadurch umsetzen, dass sie einen gesetzlichen Rahmen schaffen und der Verwaltung die Befugnis übertragen, nach den gesetzlichen Kriterien zu entscheiden, wann eine Tätigkeit des Staates der Mehrwertsteuer zu unterwerfen ist, um größere Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern.

142. Das vorliegende Gericht möchte nun wissen, inwieweit bei der Anwendung der genannten innerstaatlichen Vorschriften dem im Urteil Marleasing(67) genannten Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung nationalen Rechts Bedeutung zukommt.

143. Danach muss das nationale Gericht bei der Anwendung des innerstaatlichen Rechts, insbesondere der Bestimmungen einer speziell zur Umsetzung der Vorgaben einer Richtlinie erlassenen Regelung, das innerstaatliche Recht so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zweckes dieser Richtlinie auslegen, um das in ihr festgelegte Ergebnis zu erreichen und so Art. 249 Abs. 3 EG nachzukommen.(68)

144. Dieser Grundsatz ist bei der Anwendung jeder innerstaatlichen Vorschrift zu berücksichtigen. Er gilt auch im Hinblick auf Anweisungen der Verwaltung, die zur Umsetzung von Art. 4 Absätze 1 und 5 der Sechsten Richtlinie festlegen, welche Leistungen der öffentlichen Verwaltung als steuerpflichtige Leistungen zu behandeln sind.

145. Die Rechtsmittelführerinnen wenden jedoch ein, der Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung nationalen Rechts finde auf die Steueranweisungen keine Anwendung, da die Steuerverwaltung damit das ihr nach der Richtlinie zustehende Ermessen ausgeübt habe.

146. Dem kann nicht gefolgt werden. Wenn die nationalen Behörden zur Umsetzung von Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 2 der Sechsten Richtlinie bestimmte Tätigkeiten öffentlicher Einrichtungen als steuerpflichtig einordnen, sind sie an die rechtlichen Vorgaben der Richtlinie gebunden. Danach setzt das Vorliegen einer größeren Wettbewerbsverzerrung, wie ausgeführt, prinzipiell voraus, dass die Leistungen des Staates im Zeitpunkt ihrer Erbringung im Wettbewerb mit entsprechenden Leistungen Privater stehen. Die Richtlinie verleiht nationalen Behörden nicht die Befugnis, eine im Rahmen der öffentlichen Gewalt erbrachte staatliche Leistung der Mehrwertsteuer zu unterwerfen, obwohl aus rechtlichen Gründen kein entsprechendes Wettbewerbsverhältnis besteht und auch kein Fall des Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 3 in Verbindung mit Anhang D der Sechsten Richtlinie gegeben ist.

147. Ferner tragen die Rechtsmittelführerinnen vor, der Staat könne sich nicht zulasten Privater auf die richtlinienkonforme Auslegung berufen. Auch diese Ansicht trifft nicht zu. Die Verpflichtung der Gerichte, das innerstaatliche Recht richtlinienkonform auszulegen, besteht unabhängig davon, ob dies für Private nachteilige Folgen hat. So hat der Gerichtshof gerade auch in Rechtsstreitigkeiten, in denen sich Private gegenüberstehen und sich die Berücksichtigung des Gemeinschaftsrechts damit notwendig für eine der privaten Parteien nachteilig auswirkt, die Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung betont.(69) Außerdem hat er anerkannt, dass die Berufung auf eine Richtlinie mittelbar negative Auswirkungen auf die Rechte Einzelner haben

kann.(70)

148. Dem steht die ständige Rechtsprechung nicht entgegen, dass eine Richtlinie nicht selbst Verpflichtungen für einen Einzelnen begründen kann, so dass ihm gegenüber eine Berufung auf die Richtlinie als solche nicht möglich ist.(71) Diese Feststellung gilt nur für die unmittelbare Anwendung von Richtlinien, nicht aber für die richtlinienkonforme Auslegung. Denn im Fall der richtlinienkonformen Auslegung erlegt nicht die Richtlinie selbst dem Einzelnen Verpflichtungen auf, sondern das nationale Recht, das in Einklang mit der Richtlinie zur Anwendung gebracht wird.

149. Es ist Sache des nationalen Gerichts zu entscheiden, ob eine richtlinienkonforme Auslegung des innerstaatlichen Rechts im vorliegenden Fall möglich ist. Dabei sind nicht nur die Steueranweisungen selbst in Betracht zu ziehen. Vielmehr muss das nationale Gericht das gesamte nationale Recht berücksichtigen, um zu beurteilen, inwieweit es so angewendet werden kann, dass es nicht zu einem der Richtlinie widersprechenden Ergebnis führt.(72)

150. Ermöglicht es das nationale Recht durch die Anwendung seiner Auslegungsmethoden, eine innerstaatliche Bestimmung unter bestimmten Umständen so auszulegen, dass eine Kollision mit einer anderen Norm innerstaatlichen Rechts vermieden wird, oder die Reichweite dieser Bestimmung zu diesem Zweck einzuschränken und sie nur insoweit anzuwenden, als sie mit dieser Norm vereinbar ist, so ist das nationale Gericht verpflichtet, die gleichen Methoden anzuwenden, um das von der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen.(73) Allerdings gebietet das Gemeinschaftsrecht keine richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts contra legem.(74)

151. Auf die sechste Vorlagefrage ist daher zu antworten:

Wenn ein Mitgliedstaat beschließt, Art. 4 Absätze 1 und 5 der Sechsten Richtlinie durch Rechtsvorschriften umzusetzen, mit denen die öffentliche Verwaltung gesetzlich ermächtigt wird, Anweisungen dazu zu erlassen, welche Leistungen der öffentliche Verwaltung als steuerpflichtige Leistungen zu behandeln sind, und die öffentliche Verwaltung von dieser Ermächtigung Gebrauch macht, so muss ein nationales Gericht bei der Anwendung dieser Vorschriften das innerstaatliche Recht so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zweckes der Sechsten Richtlinie auslegen, um das in ihr festgelegte Ergebnis zu erreichen und so Art. 249 Abs. 3 EG nachzukommen.

V – Ergebnis

152. Abschließend schlage ich vor, wie folgt auf die Fragen des VAT and Duties Tribunal London zu antworten:

1. Die durch eine staatliche Stelle vorgenommene Versteigerung von Lizenzen, die das Recht umfassen, während eines festgelegten Zeitraums bestimmte Abschnitte des elektromagnetischen Spektrums für das Angebot von UMTS-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 Absätze 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 Versteigerung von UMTS-Lizenzen 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.

5. Wenn ein Mitgliedstaat beschließt, Art. 4 Absätze 1 und 5 der Sechsten Richtlinie durch Rechtsvorschriften umzusetzen, mit denen die öffentliche Verwaltung gesetzlich ermächtigt wird, Anweisungen dazu zu erlassen, welche Leistungen der öffentlichen Verwaltung als steuerpflichtige Leistungen zu behandeln sind, und die öffentliche Verwaltung von dieser Ermächtigung Gebrauch macht, so muss ein nationales Gericht bei der Anwendung dieser Vorschriften das innerstaatliche Recht so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zweckes der Sechsten Richtlinie auslegen, um das in ihr festgelegte Ergebnis zu erreichen und so Art. 249 Abs. 3 EG nachzukommen.

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 – Es geht also gewissermaßen um Mehrwertsteuer, die gezahlt wurde, ohne dass es irgendjemand gemerkt hätte, wie es der Vertreter der niederländischen Regierung in der mündlichen Verhandlung vor dem Gerichtshof treffend ausdrückte.

4 – 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).

5 – Rechtssache C-284/04 (T-Mobile Austria u. a.).

6 – Im Wege der Versteigerung erfolgte die Lizenzerteilung u. a. in Deutschland, Österreich, Belgien, Zypern, Dänemark, Griechenland, Ungarn, Italien, den Niederlanden, der Tschechischen Republik und dem Vereinigtes Königreich. In Spanien, Finnland, Frankreich, Luxemburg, Polen, Portugal, Slowakei, Slowenien und Schweden wählte man die Begünstigten nach einer Ausschreibung aus (sog. *beauty contest*). In den genannten Staaten mit Ausnahme Ungarns und Finnlands wurde die Lizenzvergabe nicht der Mehrwertsteuer unterworfen. In Finnland erfolgte die Vergabe der Lizenzen unentgeltlich.

7 – 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).

8 – Darin werden folgende Frequenzbänder ausgewiesen: 1900-1980 MHz, 2010-2025 MHz und

2110-2170 MHz für terrestrische UMTS-Anwendungen und 1980-2010 MHz und 2170-2200 MHz für satellitengestützte UMTS-Anwendungen.

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

10 – 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.

11 – Zitiert in Fn. 10.

12 – ABl. L 17, S. 1.

13 – Bei der gegenwärtig verwendeten Technik benötigt man für den Betrieb eines Netzes je eine Frequenz für den Hin- und eine für den Rückkanal (Frequency Division Duplex – FDD). Zu den Lizenzen A, C, D und E gehören außerdem je 5 MHz ungepaartes Spektrum, die für den zeitversetzten Betrieb (Time Division Duplex TDD) genutzt werden können.

14 – BT3G gehörte zu diesem Zeitpunkt der British Telecommunications Plc; nach der Abspaltung des Mobilfunkgeschäfts von BT in Form von mmO2 wurde BT3G in O2 Third Generation Limited umbenannt.

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).

17 – Vgl. die in Fn. 16 zitierten Urteile.

18 – Wäre bei der Leistung von Abgaben der Anwendungsbereich der Sechsten Richtlinie von vornherein nicht eröffnet, bedürfte es der Klarstellung in Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 1 der Sechsten Richtlinie nicht, dass der Staat auch dann nicht als Steuerpflichtiger gilt, wenn er Abgaben für seine Tätigkeit erhebt.

19 – Gemäß Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie 97/13 dürfen die Mitgliedstaaten die Anzahl von Einzelgenehmigungen nur in dem Maße beschränken, wie dies zur Gewährleistung der effektiven Nutzung von Funkfrequenzen erforderlich ist.

20 – Vgl. Urteile Kommission/Niederlande (zitiert in Fn. 15, Randnr. 10), Kommission/Griechenland (zitiert in Fn. 15, Randnr. 28), Kommission/Vereinigtes Königreich (zitiert in Fn. 15, Randnr. 43).

21 – Vgl. die in Fn. 15 zitierte Rechtsprechung.

22 – 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).

23 – 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).

24 – 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.

25 – 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.

26 – Urteil Enkler (zitiert in Fn. 24, Randnr. 20).

27 – Urteil Enkler (zitiert in Fn. 24, Randnr. 27).

28 – Urteile vom 20. Juni 1996, Wellcome Trust (C-155/94, Slg. 1996, I-3013, Randnrn. 32 f.), und EDM (zitiert in Fn. 23, Randnrn. 57 f.). Vgl. ferner bezogen auf das Halten und Erwerben von Aktien: Urteil KapHag, (zitiert in Fn. 23, Randnr. 38), und vom 26. Mai 2005, Kretztechnik (C-465/03, Slg. 2005, I-4357, Randnrn. 19 f.).

29 – 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]).

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

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

32 – 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..

33 – 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.

34 – Vgl. dazu näher meine Schlussanträge vom 13. Juli 2006, Robins und Burnett (C-278/05,

Slg. 2006, I-0000, Nrn. 80 und 81.

35 – 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.

36 – 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*).

37 – 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).

38 – Vgl. den vierten Erwägungsgrund der Richtlinie 1999/59 (zitiert in Fn. 35), 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.“

39 – 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.

40 – ABl. L 192 S. 1. Die Richtlinie 1990/387 ist mittlerweile durch die Richtlinie 2002/21 (zitiert in Fn. 10) aufgehoben worden. Die in Art. 2 Buchst. c der neuen Rahmenrichtlinie enthaltene Definition der elektronischen Kommunikationsdienste schließt die Telekommunikation ein und stellt ebenso wie die Vorgängerrichtlinie auf die Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze ab.

41 – Schlussanträge Fazenda Pública (zitiert in Fn. 31, Nr. 69).

42 – 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.).

43 – Siehe dazu unten, Nrn. 102 ff.

44 – Siehe die Ausführungen zur vierten Vorlagefrage (unten, Nrn. 121 ff.).

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

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 (zitiert in Fn. 30, Randnr. 15), und vom 15. Mai 1990, Comune di Carpaneto

Piacentino u. a. (C-4/89, Slg. 1990, I-1869, Randnr. 10).

48 – Hierzu verweist der Gerichtshof auf die in Fn. 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 Fn. 30, Randnr. 13) und Urteil Fazenda Pública (zitiert in Fn. 46, Randnr. 19).

50 – Vgl. Section 4 des WTA 1998.

51 – Urteile Kommission/Vereinigtes Königreich (zitiert in Fn. 15, Randnr. 51) und Kommission/Griechenland (zitiert in Fn. 15, Randnr. 36).

52 – Urteil Fazenda Pública (zitiert in Fn. 46, Randnr. 22).

53 – Vgl. Urteil vom 15. Mai 1990, Comune di Carpaneto Piacentino (C-4/89, zitiert in Fn. 47, Randnr. 11).

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

55 – Urteil vom 4. Oktober 1995, Armbrecht (C-291/92, Slg. 1995, I-2775). Siehe speziell zum Vorsteuerabzug bei Gegenständen die im Rahmen der Ausübung öffentlicher Gewalt verwendet werden: Urteil vom 2. Juni 2005, Waterschap Zeeuws Vlaanderen (C-378/02, Slg. 2005, I-4685).

56 – Urteil vom 25. Februar 1999, CPP (C-349/96, Slg. 1999, I-973, Randnr. 29). Siehe auch Urteil vom 27. Oktober 2005, Levob (C-41/04, Slg. 2005, I-9433, Randnr. 20).

57 – Vgl. meine Schlussanträge vom 4. Mai 2006, Talacre Beach Caravan Sales (C-251/05, Slg. 2006, I-6269, Nrn. 32 ff.).

58 – Vgl. . Urteile vom 15. Dezember 1995, Bosman (C-415/93, Slg. 1995, I-4921, Randnr. 61), vom 13. März 2001, PreussenElektra (C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Randnr. 39).

59 – Urteil vom 17. Oktober 1989, Comune di Carpaneto Piacentino u. a. (zitiert in Fn. 30, Randnr. 24). Siehe auch Urteil vom 8. Juni 2006, Feuerbestattungsverein Halle (C-430/04, Slg. 2006, I-4999, Randnr. 25).

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

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

62 – Urteil Taksatorringen (zitiert in Fn. 61, Randnr. 63).

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

64 – Die von den Rechtsmittelführerinnen vorgebrachte Hypothese, dass ein Nicht-Steuerpflichtiger (etwa eine staatliche Einrichtung), der nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt ist, die Lizenz erwirbt, scheint wenig wahrscheinlich. Wenn eine staatliche Einrichtung die Lizenz ihrer Bestimmung gemäß nutzt, um 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.

65 – Siehe im Einzelnen, oben, Nrn. 12 und 13.

66 – Zitiert in Fn. 46, Randnr. 32.

67 – Urteil vom 13. November 1990, Marleasing (C-106/89, Slg. 1990, I-4135, Randnr. 8). Erstmals erwähnt im Urteil vom 10. April 1984, Von Colson und Kamann (14/83, Slg. 1984, 1891, Randnr. 26). Siehe ferner Urteile vom 14. Juli 1994, Faccini Dori (C-91/92, Slg. 1994, I-3325, Randnr. 26), und vom 5. Oktober 2004, Pfeiffer u. a. (C-397/01 bis C-403/01, Slg. 2004, I-8835, Randnr. 113).

68 – Urteile Von Colson und Kamann (zitiert in Fn. 67, Randnr. 26), Marleasing (zitiert in Fn. 67, Randnr. 8), Faccini Dori (zitiert in Fn. 67, Randnr. 26) und Pfeiffer u. a. (zitiert in Fn. 67, Randnr. 113).

69 – Vgl. die in Fn. 67 zitierten Urteile (mit Ausnahme der Urteils Von Colson und Kamann).

70 – Urteil vom 7. Januar 2004, Wells (C-201/02, Slg. 2004, I-723, Randnr. 57).

71 – Urteile vom 26. Februar 1986, Marshall (152/84, Slg. 1986, 723, Randnr. 48), Marleasing (zitiert in Fn. 67, Randnr. 6); Faccini Dori (zitiert in Fn. 67, Randnr. 20), Wells (zitiert in Fn. 70, Randnr. 57), und Pfeiffer u. a. (zitiert in Fn. 67, Randnr. 108).

72 – Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 25. Februar 1999, Carbonari u. a. (C-131/97, Slg. 1999, I-1103, Randnrn. 49 und 50), und Urteil Pfeiffer u. a. (zitiert in Fn. 67, Randnr. 115).

73 – Urteil Pfeiffer u. a. (zitiert in Fn. 67, Randnr. 116)

74 – Vgl. Urteil vom 16. Juni 2005, Pupino (C-105/03, Slg. 2005, I-5285, Randnr. 47). Dieses Urteil betraf einen auf den EU-Vertrag gestützten Rahmenbeschluss. Die zitierte Feststellung gilt aber auch für Richtlinien nach dem EG-Vertrag.