

# TE Bvwg Erkenntnis 2018/11/27 W271 2135241-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.11.2018

## Entscheidungsdatum

27.11.2018

## Norm

B-VG Art.133 Abs4

GewO 1994 §1

KOG §34

KOG §34 Abs13

KOG §34 Abs9

KOG §36

TKG 2003 §15 Abs1

TKG 2003 §3

UStG 1994 §2

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

## Spruch

W271 2135241-1/17E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Dr. Anna WALBERT-SATEK als Vorsitzende und den Richter Mag. Eduard Hartwig PAULUS und die Richterin Mag. Ingrid ZEHETNER als Beisitzer über die Beschwerde der XXXX GmbH, vertreten durch Becker Günther Polster Regner Rechtsanwälte GmbH, Kolingasse 5/23, 1090 Wien, gegen den Bescheid der Telekom-Control-Kommission (TKK) vom XXXX , XXXX , zu Recht erkannt:

- A) Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.
- B) Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig.

## Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1. Mit Schreiben vom 13.06.2016 verständigte die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) die XXXX GmbH (in Folge: Beschwerdeführerin) darüber, dass diese den ihr am 15.03.2016 gemäß § 34 KOG vorgeschriebenen Finanzierungsbeitrag des ersten Quartals 2016 nicht entrichtet habe.

2. Die Telekom-Control-Kommission (in Folge: TKK oder belangte Behörde) beschloss am 13.06.2016 einstimmig die Einleitung eines Verfahrens nach § 34 Abs. 13 KOG zur Vorschreibung des aus Sicht der RTR-GmbH offen aushaftenden Finanzierungsbeitrags der Beschwerdeführerin.

3. Mit Schreiben vom 14.06.2016 wurde der Beschwerdeführerin das Ergebnis des Ermittlungsverfahrens mitgeteilt und ihr Gelegenheit zur Stellungnahme gemäß § 45 AVG eingeräumt, wovon diese nicht Gebrauch machte.

4. Mit Bescheid vom 27.06.2016, XXXX (angefochtener Bescheid), forderte die belangte Behörde die Beschwerdeführerin gemäß § 34 KOG auf, als Finanzierungsbeitrag des ersten Quartals 2016 den Betrag von EUR XXXX (darin enthalten EUR XXXX an USt) binnen 14 Tagen bei sonstigen Zwangsfolgen an das von der TKK bekanntgegebene Konto zu überweisen.

Die belangte Behörde begründete diese Entscheidung im Wesentlichen wie folgt:

Die Beschwerdeführerin sei Inhaberin einer Bestätigung gemäß § 15 TKG 2003 über das Anbieten von öffentlichen Telefondiensten an festen Standorten und/oder für mobile Teilnehmer und damit zusammenhängende Dienste.

Sie und zwei ihrer Tochtergesellschaften würden auf Basis des Geschäftsmodells "Virtueller Mobilfunkanbieter" (Mobile Virtual Network Operator, kurz: "MVNO") tätig, wobei sie nicht über ein eigenes mobiles Kommunikationsnetz verfügen würden. Diese Tochtergesellschaften würden über Vertragsbeziehungen mit Endkunden verfügen; die Beschwerdeführerin nicht. Die Beschwerdeführerin verfüge aber über einen "Hostvertrag" mit der XXXX GmbH ("Host") über die Zurverfügungstellung der - für zwei ihrer Tochtergesellschaften - erforderlichen Netzdienstleistungen auf Vorleistungsebene. Über diesen Vertrag würden die vereinbarten Entgelte für die Netzdienstleistungen ("host-fee") auf Grund der Nutzungsdaten der Endkunden der Tochtergesellschaften an die Beschwerdeführerin verrechnet und von dieser bezahlt. Diese würde die Entgelte an die Tochtergesellschaften weiterverrechnen.

Die Beschwerdeführerin habe die Ansicht vertreten, bei ihr würden keine Mobilfunkumsätze anfallen, weil sie über keine Endkunden verfüge und die zwischen ihr und ihren Tochtergesellschaften anfallenden Umsätze nur ein "Durchlaufposten" seien. Die RTR GmbH habe mangels entsprechender Umsatzmeldung durch die Beschwerdeführerin deren Umsätze aus Netzdienstleistungen sodann auf EUR XXXX geschätzt. Die belangte Behörde errechnete daraus einen von der Beschwerdeführerin gemäß § 34 KOG zu tragenden Finanzierungsbeitrag für das Jahr 2016 von EUR XXXX netto. Der Anteil am Finanzierungsbeitrag für das erste Quartal 2016 wurde der Beschwerdeführerin in Höhe von EUR XXXX (zzgl. USt) vorgeschrieben, aber nicht beglichen.

Die belangte Behörde vertrat die Ansicht, die Rechtsmeinung der Beschwerdeführerin, vom Begriff des Telekommunikationsdienstes seien nur Endkundendienste, nicht aber Vorleistungen, wie die in Rede stehenden Netzdienste umfasst, finde im TKG 2003 keine Deckung. § 3 Z 9 TKG 2003 definiere den "Kommunikationsdienst" als eine gewerbliche Dienstleistung, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Kommunikationsnetze bestehe. Ein "Telekommunikationsdienst" sei nach § 3 Z 21 TKG 2003 ein Kommunikationsdienst mit der Ausnahme von Rundfunk. Diese Definitionen würden klar nur auf die (gänzliche oder überwiegende) Übertragung von Signalen über Kommunikationsdienste abstellen, aber nicht danach unterscheiden, auf welcher Ebene der Wertschöpfung - also an wen - diese Dienste erbracht werden würden. Auch Signalübertragungen als Dienstleistungen auf der Vorleistungsebene seien daher umfasst. Dies ergebe sich auch aus der Systematik des TKG 2003, insbesondere aus dessen 5. Abschnitt ("Wettbewerbsregulierung"). Nach den Materialien sei auch der Wiederverkauf als Hauptdienstleistung vom Begriff des Kommunikationsdienstes umfasst (EBRV 128 Blg XXII. GP, 4). Die Netzdienstleistungen, welche die Beschwerdeführerin an ihre Tochtergesellschaften weiterverkaufe, seien daher Telekommunikationsdienste iSd TKG 2003.

Aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Konstruktion der Unternehmensgruppe der Beschwerdeführerin generiere der Weiterverkauf der Netzdienstleistungen an die Tochtergesellschaften Umsätze der Beschwerdeführerin, die in einem vertikal integrierten Unternehmen nicht anfallen würden. Dies gelte für jede Vorleistung zwischen rechtlich selbstständigen Unternehmen. Die von der Beschwerdeführerin ins Treffen geführte "wirtschaftliche Betrachtungsweise" der "gruppeninternen Durchlaufposten bzw. Weiterverrechnungen" könne deren Rechtsstandpunkt nicht stützen. Nach § 34 Abs. 3 KOG seien ausdrücklich "alle im Inland aus der Erbringung von Telekommunikationsdiensten erzielten Umsätze für die Berechnung heranzuziehen", womit eine Differenzierung nach "Durchlaufposten", "Weiterverrechnungen", "gruppeninternen Umsätzen", nach Zusammenhängen zwischen Vorleistungen und darauf aufbauenden Endkundenumsätzen oder nach anderen Kriterien gerade nicht vorgesehen

sei.

Eine "wirtschaftliche Betrachtungsweise" sei überhaupt nur dann heranzuziehen, wenn es im Einzelfall ausdrücklich im Gesetz vorgesehen sei, wie beispielsweise im Kartellgesetz oder in der Bundesabgabenordnung. § 34 KOG sehe mit gutem Grund keine solche wirtschaftliche Betrachtungsweise vor. Die Prüfung eines jeden Umsatzes, ob bzw. inwiefern er mit anderen Umsätzen auf anderen Wertschöpfungsebenen in Zusammenhang stehe oder innerhalb eines Konzerns bzw. einer Unternehmensgruppe erbracht werde, würde die Abwicklung der Finanzierung der Regulierungsbehörde in nicht mehr praktikabler und daher ineffizienter Weise erschweren und sei daher im KOG auch nicht in dieser Weise geregelt worden. Vielmehr seien

für die Berechnung des Finanzierungsbeitrags "alle ... Umsätze" aus

der Erbringung von Telekommunikationsdiensten heranzuziehen. Dazu verwies die belangte Behörde auf die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes vom 07.10.2004, G 3/04, zur Vorgängernorm des § 34 KOG (damals: § 10 KOG), wonach der Gesetzgeber "aus Vereinfachungsgründen eine Durchschnittsbetrachtung wählen und den Aufwand nach einem Maßstab anlasten [dürfe], bei dem davon ausgegangen werden kann, daß er die Bedeutung des regulierten Marktes für das jeweilige Unternehmen widerspiegelt. Daß der

Unternehmensumsatz ... hierfür ungeeignet wäre, kann der Gerichtshof

letztlich nicht finden".

Die von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Ungleichbehandlung liege tatsächlich nicht vor, sondern habe sich die Unternehmensgruppe der Beschwerdeführerin zur gewählten gesellschaftsrechtlichen Konstruktion entschlossen, um für sich bestimmte (rechtliche) Vorteile zu generieren. Umgekehrt habe sich die Beschwerdeführerin auch die allfälligen Nachteile dieser Konstruktion (zB KöSt, Kammerumlagen, Finanzierungsbeitrag, u.a.) zurechnen zu lassen. Eine rechtlich relevante Ungleichbehandlung sei nur anzunehmen, wenn vergleichbare Sachverhalte ungleich behandelt werden würden. Da die Unternehmensgruppe der Beschwerdeführerin aber (freiwillig) kein vertikal integriertes Unternehmen sei, seien auch solche Unternehmen nicht als Vergleichsmaßstab heranzuziehen. Die belangte Behörde ziehe in gleicher Weise andere nicht integrierte Modelle zur Leistung des Finanzierungsbeitrags heran, auch solche, die nicht konzernmäßig verbunden seien.

Insgesamt könne das Vorbringen der Beschwerdeführerin ihren Rechtsstandpunkt und die Verweigerung der vorgeschriebenen Zahlung nicht stützen, weshalb mit bescheidmäßiger Vorschreibung vorzugehen gewesen sei.

5. Dagegen erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 27.07.2016 Beschwerde.

(1.a.) In ihrer Beschwerde führt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen aus, sie sei kein von § 34 KOG erfasster Bereitsteller von Telekommunikationsdiensten. Dies deshalb, weil sie keine Telekommunikationsdienste im Sinne des KOG erbringe. Bloße Vorleistungen seien nicht von § 3 Z 9 TKG 2003 und auch nicht im ersten oder dritten Abschnitt des TKG 2003 (Kommunikationsdienste, Kommunikationsnetze), sondern vielmehr nur im fünften Abschnitt betreffend die Wettbewerbsregulierung, erfasst.

Die dortigen Regelungen würden aber nicht (nur) auf die Regulierung von Kommunikationsdiensten iSd § 3 Z 9 TKG 2003, sondern vielmehr auf die ex-ante Regulierung von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht gemäß § 36 TKG 2003 der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden Märkten abstellen (die wiederum in der Telekommunikationsmärkteverordnung 2008 der RTR definiert seien).

Der Zugang zu Mobilfunknetzen mittels Hostverträgen sei ohnehin gar nicht von einem der Vorleistungsmärkte gemäß der Telekommunikationsmärkteverordnung der RTR und somit vom fünften Abschnitt des TKG 2003 erfasst. Selbst wenn die ausufernde Definition der belangten Behörde somit grundsätzlich zutreffen würde, wäre trotzdem jene Dienstleistung, welche die Beschwerdeführerin gegenüber ihren eigenen Tochtergesellschaften erbringe, keine "Vorleistung" im Sinne des fünften Abschnitts des TKG und somit jedenfalls kein "Kommunikationsdienst".

Auch wäre bei der von der belangten Behörde vertretenen Auslegung nicht ersichtlich, wo die Grenze zwischen der Finanzierungsverpflichtung unterliegenden und ihr nicht unterliegenden Vorleistungen zu ziehen wäre. So stelle z.B. auch die Lieferung der für ein Mobilfunknetz erforderlichen Hardware oder die für den Betrieb des Netzes erforderliche Energie (Strom) eine "Vorleistung" dar. Es könne aber nicht im Sinne des Gesetzgebers gewesen sein, auch solche Leistungen als "Kommunikationsdienste" im Sinne des § 3 Z 9 TKG 2003 und insbesondere als der

Finanzierungsverpflichtung unterliegende Dienstleistungen im Sinne von § 34 KOG zu erfassen. Das Argument, dass nach den Materialien zum TKG auch der Wiederverkauf von Kommunikationsdiensten (als Hauptdienstleistung) von der Definition des Kommunikationsdienstes erfasst sei, könne die Position der belangten Behörde nicht stützen. Dabei handle es sich um einen Zirkelschluss, weil es einen Wiederverkauf von Kommunikationsdiensten nur dann geben könne, wenn auf der ersten Wertschöpfungsstufe ein Kommunikationsdienst vorliege. Dies sei bei der Beschwerdeführerin aber nicht der Fall.

Ein Kommunikationsdienst liege schließlich nur dann vor, wenn der Dienst mit Gewinnerzielungsabsicht erbracht werde; die Beschwerdeführerin würde die betroffenen Netzdienstleistungen aber lediglich ohne Aufschläge durchschleusen, sodass diesbezüglich keine Gewinnerzielungsabsicht vorliege. Auch deshalb liege kein Kommunikationsdienst iSd TKG 2003 vor.

(1.b.) Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, ihre Dienstleistungen seien jedenfalls keine der Anzeigepflicht gemäß § 15 TKG 2003 unterliegenden "öffentlichen" Kommunikationsdienste. Von der Anzeigepflicht umfasst seien nur "öffentliche" Kommunikationsdienste. Solche habe die Beschwerdeführerin nicht zur Verfügung gestellt, weil sie ihre Leistungen nur in einer "geschlossenen Benutzergruppe", nämlich ihren Tochtergesellschaften zur Verfügung stelle. Somit würden rein konzerninterne Leistungen der Beschwerdeführerin und folglich keine "öffentlichen" Kommunikationsdienstleistungen nach außen vorliegen. Dass die Beschwerdeführerin eine Anzeige gemäß § 15 TKG 2003 erstattet habe, sei dabei nicht relevant. Diese Anzeige sei knapp nach ihrer Gründung nur deshalb erfolgt, weil die genaue gesellschaftsrechtliche Struktur der Gruppe zu Beginn noch nicht festgestanden habe. Dies ändere nichts daran, dass die Beschwerdeführerin als bloß konzerninterner Dienstleister keiner Verpflichtung unterlegen habe, eine Anzeige gemäß § 15 TKG 2003 durchzuführen. Auf so eine Verpflichtung zur Anzeige würde § 34 Abs. 2 KOG aber ausdrücklich abstellen.

(2) Die von der belangten Behörde vertretene Rechtsauffassung würde den Zielen des TKG und des KOG widersprechen. Gemäß § 1 Abs. 2 und 2a TKG 2003 hätten die Regulierungsbehörden u.a. die Ziele der Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs und des Schutzes des Wettbewerbs zum Nutzen der Teilnehmer zu fördern. Das KOG stehe unter dem allgemeinen Ziel der Förderung des Marktzutritts neuer Anbieter. Bei der Unternehmensgruppe der Beschwerdeführerin handle es sich um einen neu in den Markt eingestiegenen Anbieter, der rasch zu einer Belebung des Wettbewerbs und insbesondere zu einer Senkung des Preisniveaus zu Gunsten der Endnutzer beigetragen habe. Dennoch wolle die Regulierungsbehörde die Unternehmensgruppe einer "doppelten" Finanzierungsverpflichtung unterwerfen: Zum einen würden die Tochtergesellschaften der Beschwerdeführerin hinsichtlich der von ihnen auf den Mobilfunkmärkten erzielten Umsätzen der Finanzierungsverpflichtung unterliegen; zusätzlich aber würden auch die von den Tochtergesellschaften an die Beschwerdeführerin geleisteten Netznutzungsentgelte, die diese bloß an den Host weiterleite, der Finanzierungsverpflichtung unterliegen. Die von der belangten Behörde intendierte doppelte Unterwerfung unter die Finanzierungsverpflichtung diskriminiere den neu in den Markt einsteigenden und den Wettbewerb belebenden Anbieter und könne nicht im Sinne des Gesetzgebers sein.

(3) Eine verfassungskonforme und teleologische Auslegung von § 34 KOG schließe eine Finanzierungsverpflichtung der Beschwerdeführerin aus. Die Beschwerdeführerin moniert eine nicht sachlich begründete Differenzierung und vermeint, die belangte Behörde habe dem anzuwendenden Gesetz einen gleichheitswidrigen Inhalt unterstellt. Die unsachliche Ungleichbehandlung erblickt die Beschwerdeführerin darin, dass vertikal integrierte Betreiber keinen Finanzierungsbeitrag in Bezug auf rein intern genutzte Netzdienstleistungen zu leisten hätten, die Beschwerdeführerin wegen ihrer zweistufigen Konzernstruktur hingegen schon. Eine solche Differenzierung sei aber durch keine relevanten Unterschiede im Tatsächlichen gerechtfertigt.

Es könne nicht darauf ankommen, ob eine Gesellschaft direkt am Endkundenmarkt tätig sei (wobei keine Finanzierungsverpflichtung bestehe), oder eine Gesellschaft Endkundendienste über 100%-Tochtergesellschaften anbiete (wobei eine Finanzierungsverpflichtung bestehe).

Sowohl bei vertikal integrierten Unternehmen als auch bei der konzerninternen Weiterreichung von einer Muttergesellschaft an eine 100%-Tochter handle es sich um rein interne Leistungsbeziehungen, weswegen der hier von der belangten Behörde angewendeten Ungleichbehandlung die sachliche Rechtfertigung fehle.

Auch laufe die Auslegung der belangten Behörde dem Zweck des § 34 Abs. 3 KOG zuwider, wonach die

Finanzierungsbeiträge "im Verhältnis des jeweiligen Umsatzes des Beitragspflichtigen zum branchenspezifischen Gesamtumsatz" aufzuteilen seien. Damit solle die Finanzierungsverpflichtung auf die einzelnen Betreiber im Verhältnis ihrer jeweiligen Größe und Marktstellung, gemessen am Umsatz, aufgeteilt werden. Ziehe man nun aber auch rein konzerninterne Umsätze in diese Berechnung ein, so werde dieses Grundprinzip ad absurdum geführt. Die Größe und Bedeutung eines Unternehmens am Markt spiegle sich nämlich nur nach seinen Außenumsätzen, nicht aber in seinen rein konzerninternen Leistungsbeziehungen wieder. Auch deshalb unterstelle die belangte Behörde den hier anwendbaren Normen einen unsachlichen und somit gleichheitswidrigen Inhalt.

Auch die von der belangten Behörde zitierte Entscheidung des VfGH vom 07.10.2004, G 3/04, stütze deren Position nicht. Der VfGH habe sich in dieser Entscheidung mit der hier relevanten Frage, ob auch rein konzerninterne Umsätze zu Finanzierungsverpflichtung herangezogen werden können, gar nicht auseinandergesetzt. Vielmehr sei es darin im Wesentlichen um die Frage gegangen, ob alle Marktteilnehmer in Bezug auf die Finanzierungsverpflichtung gleichbehandelt werden dürfen, obwohl sie aus der Tätigkeit der Regulierungsbehörde möglicherweise unterschiedliche Nutzen beziehen würden. Zweitens spreche sogar die von der belangten Behörde selbst zitierte Aussage des VfGH gerade für die von der Beschwerdeführerin vertretene Rechtsposition: Maßstab bei der Verteilung des Aufwands solle die Bedeutung des regulierten Marktes für das betroffene Unternehmen sein. Diese Bedeutung könne grundsätzlich nach dem von den betroffenen Unternehmen erzielten Umsatz beurteilt werden, womit sinnvollerweise nur der externe Umsatz gemeint sein könne, weil eben nur jener Außenumsatz für die Marktstellung des Unternehmens relevant sein könne.

Die Berücksichtigung der Umsätze zwischen der Beschwerdeführerin und ihren Tochtergesellschaften sei auch deshalb nicht sachgerecht und somit gleichheits- und rechtswidrig, weil es sich dabei für die Beschwerdeführerin in wirtschaftlicher Hinsicht um gar keine "Umsätze", sondern um reine Durchlaufposten handle. De facto finde die Zahlung der Host-Fee vielmehr durch die Tochtergesellschaften der Beschwerdeführerin statt und werde von dieser lediglich an den Host durchgereicht. Dem Gesetzgeber könne vor dem Hintergrund des Sachlichkeitsgebots nicht unterstellt werden, dass er reine Durchlaufposten, die bei einem Unternehmen wirtschaftlich keine Umsätze darstellen würden, als Grundlage für eine Finanzierungsverpflichtung des betroffenen Unternehmens gemäß § 34 KOG heranziehen hätte wollen.

Der bekämpfte Bescheid sei daher auch aus diesem Grund rechtswidrig.

6. Mit Eingabe vom 12.09.2016 legte die belangte Behörde die Beschwerde dem Bundesverwaltungsgericht vor. In der unter einem vorgelegten Stellungnahme trug die TKK im Wesentlichen vor, dass das Begriffsverständnis der Beschwerdeführerin betreffend § 3 Z 9 TKG 2003 nicht zutrefte, weil diese Bestimmung nicht nur Endkundendienste umfasse. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin berücksichtigend stehe außer Zweifel, dass es sich bei den verfahrensgegenständlichen Vorleistungen um Leistungen der Signalübertragung und damit um Kommunikationsdienste im Sinne der Definition des § 3 Z 9 TKG 2003 handle. Diese Definitionen würden unzweifelhaft auf den gesamten Anwendungsbereich des Gesetzes (und nicht nur auf dessen fünften Abschnitt) Anwendung finden. Die beispielhaft von der Beschwerdeführerin aufgezählten Leistungen wie "Hardware" und "Energie" könnten zwar ebenfalls relevante Vorleistungen sein, würden aber unzweifelhaft nicht in der Übertragung von Signalen dienen und seien von der Definition des § 3 Z 9 TKG 2003 nicht umfasst. Nicht jede Vorleistung sei finanzierungsbeitragspflichtig, sondern nur Kommunikationsdienstleistungen; diese aber unabhängig davon, auf welcher Wertschöpfungsstufe sie anfallen würden.

Entscheidend an der Voraussetzung der "gewerblichen" Leistungserbringung sei lediglich, wenn die Geschäftstätigkeit insgesamt auf Gewinn gerichtet sei, was hinsichtlich der Beschwerdeführerin unstrittig sei. Die - teilweise - nur kostendeckende "Weiterreichung" nehme weder der Geschäftstätigkeit an sich, noch diesen Leistungen die nach § 3 Z 9 TKG 2003 erforderliche Gewerbsmäßigkeit (vgl. z.B. VwGH 31.05.2012, 2010/06/0207, wonach nicht einmal die Unentgeltlichkeit von Leistungen oder Waren "im Rahmen einer gewerbsmäßigen Tätigkeit

allein ... geeignet [wäre], das Element der Gewinnerzielungsabsicht

und damit die Gewerbsmäßigkeit einer Leistung von vornherein auszuschließen").

Dem Vorbringen der Beschwerdeführerin, sie würde keine öffentlichen, sondern nur der geschlossenen Gruppe der eigenen Tochtergesellschaften zugängliche Leistungen anbieten, tritt die belangte Behörde entgegen. Sie führt aus, eine geschlossene Benutzergruppe liege nur dann vor, wenn der Kreis derer, für die der Dienst verfügbar sei,

abschließend feststehe. Das sei hier nicht der Fall, sondern sei das Geschäftsmodell der Beschwerdeführerin gerade darauf ausgelegt, künftig weitere neue externe Kunden als "Vertriebspartner" zu gewinnen, um "auch branchenfremden Marken und Anbietern den unkomplizierten Einstieg in das Mobilfunk-Business" zu ermöglichen (<http://www.XXXX.at/ueber-uns>). Die Leistungen aus dem Geschäftsmodell der Beschwerdeführerin ("Produktmanagement, Tarifentwicklung, Billing, Kundenservice, Administration, Betrieb der technischen Plattform") und somit auch die gegenständlichen Netzdienstleistungen - seien daher für jeden beliebigen Kunden und damit für die Öffentlichkeit verfügbar. Folgerichtig habe die Beschwerdeführerin auch eine Anzeige nach § 15 TKG 2003 erstattet.

Eine Benachteiligung neu in den Markt eintretender Marktteilnehmer gegenüber etablierten Betreibern vermag die belangte Behörde nicht zu erkennen. Durch Regulierung sei ein Marktumfeld zu schaffen, in dem Wettbewerb möglich sei. Demgegenüber sei dem TKG 2003 weder ein Regulierungsziel des Schutzes einzelner (kleiner) Wettbewerber, noch umso weniger des Schutzes bestimmter Geschäftsmodelle zu entnehmen. Aus der zitierten Zielbestimmung des § 1 TKG 2003 könne daher nicht abgeleitet werden, dass - entgegen dem klaren Wortlaut des § 34 KOG - nicht "alle Umsätze" Berücksichtigung finden sollten, sondern bestimmte Umsätze aus der Finanzierungsbeitragspflicht auszunehmen seien.

Auch das Vorliegen der behaupteten verfassungswidrigen Diskriminierung der Beschwerdeführerin verneint die belangte Behörde: So sei die Beschwerdeführerin schlicht kein vertikal integrierter Netzbetreiber und seien solche daher auch nicht als Vergleichsmaßstab heranzuziehen. Andererseits sei im Anwendungsbereich der §§ 3 TKG 2003 iVm 34 KOG nicht die geforderte wirtschaftliche, sondern die (übliche) rechtliche Betrachtungsweise anzustellen. Relevant sei ausschließlich, dass die Beschwerdeführerin für ihr Geschäftsmodell eine gesellschaftsrechtliche Konstruktion gewählt habe, die sie (einschließlich ihrer Tochtergesellschaften) anderen gesetzlichen Regelungen - z.B. hinsichtlich Umsatzsteuer, Körperschaftssteuer, Kammerumlagen oder eben Finanzierung der Regulierung - unterwerfe, als es bei Unternehmen der Fall sei, die diese Konstruktion nicht gewählt hätten. Eine rechtlich relevante Diskriminierung der Beschwerdeführerin gegenüber den Geschäftsmodellen der MNOs liege somit nicht vor. Vielmehr ergebe sich die Finanzierungsbeitragspflicht unmittelbar aus den auf die frei gewählte Konstruktion anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen.

7. Die Beschwerdeführerin replizierte nach Übermittlung der Beschwerdemitteilung mit Stellungnahme vom 16.05.2018. Darin brachte sie im Wesentlichen vor, dass § 3 TKG 2003 scharf zwischen der Bereitstellung von Kommunikationsdiensten (§ 3 Z 3 und 9 TKG 2003) sowie der Bereitstellung von Kommunikationsnetzen (§ 3 Z 2 und 11 TKG 2003) unterscheide. Wie die belangte Behörde selbst klarstelle, falle nur die Bereitstellung von Kommunikationsdiensten gemäß § 3 Z 9 TKG 2003 in die Beitragspflicht gemäß § 34 KOG. Selbst wenn man davon ausgehen sollte, dass die Finanzierungspflicht gemäß § 34 KOG auch die Erbringung von Dienstleistungen auf bloßen Vorleistungsmärkten erfasse, wäre für die Rechtsauffassung der belangten Behörde somit nichts gewonnen. In der Bereitstellung von Netzdienstleistungen der Beschwerdeführerin an ihre Tochtergesellschaften könne nämlich jedenfalls kein Kommunikationsdienst iSv § 3 Z 9 TKG 2003 erblickt werden (Hervorhebungen im Original).

Unzutreffend seien auch die Schlussfolgerungen der belangten Behörde zur Frage des Vorliegens der "Öffentlichkeit" der Dienste der Beschwerdeführerin. Unbestritten sei, dass eine Finanzierungspflicht gemäß § 34 KOG nur für die Erbringung von "öffentlichen" Kommunikationsdiensten bestehe. Ein solcher liege nur vor, wenn der Kreis der Teilnehmer (d.h. der Empfänger des Dienstes) von Vornherein nicht begrenzt sei oder zumindest nach definierten Kriterien begrenzt sei (Parschalk/Otto/Weber/Zuser, Telekommunikationsrecht, 79). Anders gesagt sei ein Kommunikationsdienst nur "öffentlich", wenn er für jedermann zugänglich sei, der Verträge eines Betreibers von Kommunikationsdiensten abzuschließen bereit sei (Lust, in TKG Telekommunikationsgesetz, § 3, Rn 184). Wie die belangte Behörde selbst ausführe, seien die hier gegenständlichen Netzdienstleistungen der Beschwerdeführerin aber von Vornherein auf eine beschränkte Benutzergruppe beschränkt und daher gerade nicht "öffentlich".

Wenn die belangte Behörde ausführe, das Geschäftsmodell der Beschwerdeführerin sei darauf ausgelegt, künftig weitere externe Kunden als "Vertriebspartner" zu gewinnen, so habe dies für die gegenständliche Frage keine Relevanz. Bei diesen Geschäftspartnern handle es sich ausschließlich um Vermarktungspartner der jeweiligen Tochtergesellschaften der Beschwerdeführerin, z.B. die XXXX betreffend die Vermarktung der Kommunikationsdienste der XXXX GmbH. Vermarktungspartner würden bestimmte Vermarktungsleistungen für die jeweiligen Tochtergesellschaften der Beschwerdeführerin erbringen. Diesen Kooperationspartnern würden aber nicht die (hier alleine relevanten) Netzdienstleistungen zur Verfügung gestellt werden; dies bleibe den konzerninternen

Tochtergesellschaften vorbehalten. Dies ergebe sich allein daraus, dass nur die Tochtergesellschaften der Beschwerdeführerin als Kommunikationsdienstleister gegenüber den Endkunden auftreten würden. Somit seien die gegenständlichen Netzdienstleistungen gerade nicht "für jeden beliebigen Kunden und somit für die Öffentlichkeit verfügbar". Ein öffentlicher Kommunikationsdienst würde nicht vorliegen. Daher scheidet auch eine Finanzierungspflicht nach § 34 KOG aus.

Abschließend tritt die Beschwerdeführerin der Ansicht der belangten Behörde entgegen, dass im Anwendungsbereich der §§ 3 iVm 34 KOG eine wirtschaftliche Betrachtungsweise verwehrt sei. Im Gegenteil sei eine solche gleichheitskonforme Auslegung verfassungsrechtlich sogar geboten. Als Faktum verbleibe, dass die belangte Behörde die Beschwerdeführerin aufgrund einer rein "formellen" Auslegung aufgrund ihrer internen Konzernstruktur, nicht aber vertikal integriertem Netzbetreiber (die keine gesellschaftsrechtliche Trennung zwischen Netzbetrieb und Vertrieb aufweisen) mit hohen finanziellen Verpflichtungen belasten wolle. Die Unsachlichkeit und damit Gleichheitswidrigkeit dieser Vorgangsweise würden auf der Hand liegen.

8. Am 16.10.2018 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, bei der sowohl Sachverhalts- als auch Rechtsfragen erörtert wurden. Die belangte Behörde gab an, dass der der Beschwerdeführerin vorgeschriebene Finanzierungsbeitrag für das erste Quartal 2016 nach wie vor unberichtigt aushafte. Die Beschwerdeführerin erläuterte ihr Geschäftsmodell und ihre Herangehensweise an die erfolgte Anzeige nach § 15 TKG 2003. Mit ein Grund, warum die Anzeige im Nachhinein nicht modifiziert worden sei, läge darin, dass der Beschwerdeführerin "Nummern-Ranges" zugeteilt worden seien und eine Übertragung an ihre Tochtergesellschaften mit einem zu großen Aufwand verbunden gewesen sei.

9. Mit Eingabe vom 23.10.2018 erstattete die Beschwerdeführerin eine Stellungnahme und legte Urkunden vor. Die Beschwerdeführerin unterstrich damit die Argumentation, zwischen ihr und ihren Tochtergesellschaften liege eine Organschaft vor, womit zwischen ihnen verrechnete Leistungen lediglich nicht steuerbare Innenumsätze seien.

10. Die TKK erstattete mit Eingabe vom 06.11.2018 eine Stellungnahme (datiert mit 05.11.2018). Darin gab die TKK ihre Rechtsansicht zur Definition eines Betreibers von Kommunikationsdienste nach § 3 Z 2 TKG 2003 wieder. Die belangte Behörde vertrat unter Verweis darauf, dass die Beschwerdeführerin die rechtliche Kontrolle über die Gesamtheit der Funktionen ausübe, die zur Erbringung des jeweiligen Kommunikationsdienstes notwendig seien, und sie diese wiederverkaufe sowie weil sie von der RTR GmbH Nummern zugeteilt bekommen habe, die Ansicht, die Beschwerdeführerin sei Betreiberin öffentlich zugänglicher Kommunikationsdienste.

Die belangte Behörde wies auch darauf hin, dass die Beschwerdeführerin selbst sich in einer Eingabe an eine Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsagentur wie einen "Großhändler" für Telekommunikationsdienstleistungen bezeichnet habe.

Zur auch im Zuge der öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem BVwG erörterte Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 26.04.2011, 2011/03/0027, vertrat die TKK die Ansicht, diese Entscheidung befasse sich nicht mit der Frage, wie innerhalb einer Unternehmensgruppe erbrachte Umsätze iSd KOG zu beurteilen seien, sondern nur damit, dass öffentliche Subventionen vom Umsatzbegriff iSd KOG abzugrenzen seien. Die Definition der Umsatzerlöse stelle klar auf Leistungsbeziehungen eines Unternehmens mit Dritten ab; lediglich Zuwendungen ohne jeden Zusammenhang mit einem Leistungsaustausch würden nicht zum Entgelt und damit auch nicht zum Umsatz zählen. Zwischen der Beschwerdeführerin und ihren Tochtergesellschaften lägen gerade keine unentgeltlichen Zuwendungen vor. Die aus dem Weiterverkauf der vom Host zugekauften Kommunikationsdienstleistungen lukrierten Entgelte fielen auch unter den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb der Beschwerdeführerin, obwohl dies nach der aktuellen Rechtslage für den Umsatzbegriff nach dem UGB nicht einmal mehr erforderlich wäre. Dazu verwies die TKK auf die Materialien zur Streichung des § 232 Abs. 1 UGB durch das RÄG 2014 (367 BlgNR XXV. GP, 4: "In Zukunft werden daher auch solche Erlöse zu den Umsatzerlösen zu zählen sein, die nicht für die gewöhnliche Geschäftstätigkeit typisch sind."). Generell seien selbst konzerninterne Umsätze im Anwendungsbereich des § 34 KOG nicht zu konsolidieren (vgl. VwGH 17.09.1997, 93/13/0080).

Die von der Beschwerdeführerin angestrebte völlige Freistellung von der Leistung von Finanzierungsbeiträgen würde nicht die "Bedeutung des (...) regulierten Marktes für das jeweilige Unternehmen" (VwGH 26.04.2011, 2011/03/0027) widerspiegeln. Die Beschwerdeführerin sei nicht nur im der regulierungsbehördlichen Aufsicht unterliegenden Umfeld

tätig, sondern nehme auch die Zuständigkeiten der Regulierungsbehörden tatsächlich unmittelbar in Anspruch, wie etwa im Bereich der Nummerierung, wo die Beschwerdeführerin Rufnummer für öffentliche Mobilfunkdienste beantragt und zugeteilt erhalten habe.

Gerade im Zusammenhang mit der Zuteilung von Rufnummer sei das Vorbringen der Beschwerdeführerin, sie erbringe keine öffentlichen Kommunikationsdienste, nicht schlüssig bzw. stehe dies im Widerspruch mit dem eigenen Geschäftsmodell. Nach §§ 2 Abs. 1, 60 ff KEM-V 2009 würden Rufnummern (im Bereich XXXX ) nur Betreibern öffentlicher Kommunikationsnetze oder -dienste zugeteilt werden. Träfe daher die Ansicht der Beschwerdeführerin zu, sie sei keine Betreiberin eines öffentlichen Kommunikationsdienstes, hätte die RTR-GmbH der Beschwerdeführerin die Zuteilung der mobilen Rufnummern gemäß § 68 Abs. 1 Z 3, Abs. 2 Z 1 TKG 2003 iVm § 62 Abs. 1 KEM-V 2009 zu widerrufen.

Abschließend wies die belangte Behörde darauf hin, dass die Berücksichtigung einer allfälligen Konsolidierung von konzernmäßig oder in anderer Form miteinander in Beziehung stehender Umsätze angesichts der Vielzahl potenziell finanzierungsbeitragspflichtiger Unternehmen zu einer deutlichen Erhöhung der Komplexität der Finanzierungsbeitragsabrechnung und zu einer Erhöhung des Aufwands der Regulierungsbehörde führen würde, was letztlich wiederum von den Marktteilnehmern mitzufinanzieren wäre. Dies widerspreche auch der Intention des Gesetzgebers, ein praktikables Finanzierungsmodell der Regulierungsbehörden einzurichten.

11. Mit Eingabe vom 21.11.2018 erstattete die Beschwerdeführerin eine Äußerung, in der sie im Wesentlichen auf ihr bisheriges Vorbringen verwies. Die Beschwerdeführerin wies darauf hin, Kommunikationsdienste nur intern und daher nicht "öffentlich" iSd TKG 2003 und auch nicht "am Markt" anzubieten. Wegen des zwischen der Beschwerdeführerin und ihren Tochtergesellschaften vorliegenden Organschaftsverhältnisses lägen keine umsatzsteuerbaren Leistungen vor; eine Finanzierungsbeitragspflicht der Beschwerdeführerin müsse daher ausscheiden. Das Vorliegen einer Organschaft sei amtswegig zu berücksichtigen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. Geschäftsmodell der Beschwerdeführerin und ihrer Tochtergesellschaften

1.1.1. Geschäftsmodell des MVNO

Die Beschwerdeführerin und ihre Tochtergesellschaften sind auf Basis des Geschäftsmodells "Virtueller Mobilfunkanbieter", MVNO (Mobile Virtual Network Operator), tätig. Die Unternehmen verfügen nicht über ein eigenes mobiles Kommunikationsnetz, insbesondere nicht über ein mobiles Zugangsnetz.

1.1.2. Tochtergesellschaften und Kundenbeziehungen

Die XXXX GmbH (kurz: "T1") und die XXXX GmbH (kurz: "T2") sind zu 100% Tochtergesellschaften der Beschwerdeführerin (im Folgenden "Tochtergesellschaften"). Nur die Tochtergesellschaften der Beschwerdeführerin haben Endkundenvertragsbeziehungen. Die Tochtergesellschaften haben auf ihrer jeweiligen Homepage Allgemeine Geschäftsbedingungen veröffentlicht (<https://www.XXXX>, <https://www.XXXX>). Die Beschwerdeführerin unterhält bislang keine eigenen Endkundenvertragsbeziehungen.

1.1.3. Hostvertrag über Netzdienstleistungen

Die Beschwerdeführerin verfügt über einen sogenannten "Hostvertrag" mit der XXXX GmbH (kurz: "Host") über die Zurverfügungstellung der für das Anbieten von Kommunikationsdienstleistungen am österreichischen Markt erforderlichen Netzdienstleistungen auf Vorleistungsebene. Zwischen den Tochtergesellschaften und dem Host besteht kein Vertragsverhältnis. Der Vertrag berechtigt die Beschwerdeführerin, diese Dienstleistungen an ihre Tochtergesellschaften weiterzureichen. Über diesen Hostvertrag werden die zwischen der Beschwerdeführerin und dem Host vereinbarten Entgelte für die Netzdienstleistungen ("host-fee") auf Grund der Nutzungsdaten der Endkunden der Tochtergesellschaften der Beschwerdeführerin vom Host an die Beschwerdeführerin verrechnet und von dieser bezahlt. Die Beschwerdeführerin verrechnet diese Entgelte in der gesamten an den Host bezahlten Höhe nach dem Verursacherprinzip an die Tochtergesellschaften weiter.

(Siehe dazu ON 8, Beilage ./1 im Behördenakt; Verhandlungsprotokoll, Seiten 6, 8 und den Auszug aus der Homepage der Beschwerdeführerin, "Anbindung an den Netzbetreiber"; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 23.10.2018)



#### 1.1.4. Angesprochener Kundenkreis

Das Geschäftsmodell der Beschwerdeführerin ist darauf ausgerichtet, verschiedene Unternehmen anzusprechen, die das Mobilfunkangebot unter der eigenen Marke vermarkten und dafür Provision erhalten sollen (vgl. ON 8, Beilage 1; vgl. den Auszug aus der Homepage der Beschwerdeführerin: " XXXX "). Die Beschwerdeführerin XXXX und bietet auch eine XXXX (Auszug aus der Homepage der Beschwerdeführerin). Das Angebot richtet sich nicht an einen eingeschränkten Kreis möglicher Kunden; angesprochen werden sollen vornehmlich Unternehmen mit einer hohen Vertriebs- und Marketingstärke, die dann als Vermarktungspartner der Tochtergesellschaften tätig werden (Verhandlungsprotokoll, Seiten 5 f; Auszug aus der Homepage der Beschwerdeführerin). Dabei wird immer eine Tochtergesellschaft gegründet, an der die Beschwerdeführerin, wenn möglich, 100% der Anteile hält (Verhandlungsprotokoll, Seite 7).

#### 1.1.5. Leistungsspektrum der Beschwerdeführerin gegenüber den Tochtergesellschaften

Die Beschwerdeführerin bietet keine "externen", sondern nur konzerninterne Leistungen an. Gegenüber ihren Tochtergesellschaften erbringt die Beschwerdeführerin folgende Leistungen gegen Entgelt und mit dem Ziel, Gewinn zu erwirtschaften, an, wobei der Beschwerdeführerin umfassende Kontrollrechte zukommen und seitens der Tochtergesellschaften Berichtspflichten bestehen (Verhandlungsprotokoll, Seite 6; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 23.10.2018): XXXX .

#### 1.1.6. Organschaft

Die Beschwerdeführerin beschrieb ihr Verhältnis zu T1 und T2 wie folgt (Beilage ./2 zur Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 23.10.2018):

"Die finanzielle Eingliederung ist durch die kapitalmäßige Beherrschung des Organträgers (= XXXX ) der Organgesellschaften gegeben. (100% Eigentümer)

Die organisatorische Eingliederung ist durch die Personalunion der handelnden Personen gegeben. Die Geschäftsführer der XXXX sind gleichzeitig auch Gesellschafter und Prokuristen in der XXXX . Die Tochtergesellschaften beschäftigen kein eigenes Personal, alle persönlichen Leistungen werden von Dienstnehmern der XXXX erbracht und den Tochtergesellschaften verrechnet.

Die wirtschaftliche Eingliederung ist ab dem Zeitpunkt gegeben, zu dem die Tochtergesellschaften die Telekommunikationsdienstleistungen anbieten und damit wechselseitige Leistungsbeziehungen zwischen der XXXX als Organträger und den beiden Tochtergesellschaften existieren. XXXX ."

Die Beschwerdeführerin erhielt vom Finanzamt die Rechtsauskunft, dass eine Organschaft zwischen ihr und T1 sowie T2 vorliegt (Beilage ./2 zur Stellungnahme vom 23.10.2018).

In Verrechnungsbelegen zwischen der Beschwerdeführerin und ihren Tochtergesellschaften betreffend " XXXX " ist die USt mit 0% ausgewiesen (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 23.10.2018, Seiten 2f sowie Beilage ./1 zu dieser Stellungnahme).

#### 1.2. Allgemeingenehmigung

1.2.1. Die Beschwerdeführerin ist Inhaberin einer Bestätigung gemäß § 15 TKG 2003 über das Anbieten von öffentlichen Telefondiensten an festen Standorten und/oder für mobile Teilnehmer und damit zusammenhängende Dienste (ON 8, Beilage ./1a).

1.2.2. Die Beschwerdeführerin hat eine Einstellung der Dienste nicht angezeigt. Die Beschwerdeführerin hat Nummern-Ranges (Vorwahl: XXXX) zugeteilt bekommen (vgl. die Graphik in der Stellungnahme der belangten Behörde vom 05.11.2018):

Bild kann nicht dargestellt werden

Diese Nummern gehörten davor dem Host. Eine Nummernübertragung auf die Tochtergesellschaften wäre zwar möglich, aber aus Sicht der Beschwerdeführerin zu aufwändig gewesen (Verhandlungsprotokoll, Seite 4; Stellungnahme der belangten Behörde vom 05.11.2018, Seiten 4 f).

#### 1.3. Korrespondenz zum Planumsatz der Beschwerdeführerin und Schätzung der Umsätze

1.3.1. Mit Schreiben vom 03.12.2015 (ON 8, Beilage ./2) wurde die Beschwerdeführerin von der RTR-GmbH aufgefordert, ihren für das Jahr 2016 geplanten Umsatz aus der Erbringung von Telekommunikationsdiensten zu melden. Mit E-Mail vom 15.01.2016 übermittelte die Beschwerdeführerin fristgerecht die Planumsatzdaten betreffend ihre Tochtergesellschaften T1 und T2. Mit demselben E-Mail teilte die Beschwerdeführerin mit: "Die XXXX GmbH hat keine Mobilfunkumsätze und die XXXX GmbH ist nicht in Betrieb." (ON 8, Beilage ./3).

1.3.2. Mit E-Mail vom 18.01.2016 wies die RTR-GmbH die Beschwerdeführerin darauf hin, dass auch bei dieser finanzierungsbeitragsrelevante Umsätze anfallen müssten und forderte erneut zur Meldung auf (ON 8, Beilage ./4). Mit Schreiben der RTR-GmbH vom 20.01.2016 (ON 8, Beilage ./5) wurde die Beschwerdeführerin ein weiteres Mal aufgefordert, ihre Umsätze aus Telekommunikationsdiensten zu melden, widrigenfalls eine Schätzung der Umsätze gemäß § 34 Abs 7 KOG zu erfolgen hätte.

1.3.3. Mit E-Mail vom 20.01.2016 teilte die Beschwerdeführerin mit, die zwischen ihr und ihren Tochtergesellschaften anfallenden Umsätze seien "nur ein Durchlaufposten bei der XXXX . Die XXXX GmbH hat keine Endkunden Umsätze, diese werden nur von der XXXX GmbH und der XXXX GmbH verrechnet." (ON 8, Beilage ./6).

1.3.4. Am 22.01.2016 erfolgte weitere Korrespondenz zwischen der Beschwerdeführerin und der RTR-GmbH über das Geschäftsmodell der Beschwerdeführerin (ON 8, Beilage ./7).

1.3.5. Mit E-Mail vom 24.02.2016 wurde die Beschwerdeführerin darauf hingewiesen, dass die RTR-GmbH deren Rechtsansicht nicht teile; die Beschwerdeführerin wurde erneut aufgefordert, ihre Umsätze aus Telekommunikationsdiensten zu melden (ON 8, Beilage ./8).

1.3.6. Sodann schätzte die RTR-GmbH am 29.02.2016 die relevanten Umsätze der Beschwerdeführerin für die an ihre Tochtergesellschaften T1 und T2 verrechneten Netzdienstleistungen für das Jahr 2016 auf Basis der erfolgten Umsatzmeldungen der Tochtergesellschaften (Planumsatz 2016 für T1: EUR XXXX ,- und für T2: EUR XXXX ,-) auf eine Höhe von EUR XXXX ,- (ON 8, Beilage ./9). Diese Schätzung stellte die RTR-GmbH der Beschwerdeführerin am 29.02.2016 zur Kenntnis- und Stellungnahme zu (ON 8, Beilage ./10). Die Beschwerdeführerin nahm zur Höhe der Schätzung nicht Stellung.

1.3.7. Die Beschwerdeführerin hielt in der Folge am 02.03.2016 in einer Besprechung bei der RTR-GmbH (ON 8, Beilage ./11) und mit Anwaltsschreiben vom 10.03.2016 (ON 8, Beilage ./12) ihre Rechtsansicht aufrecht. Eine unter Vorbehalt der abweichenden Rechtsmeinung stehende Meldung von Umsätzen der Beschwerdeführerin wurde im Rahmen einer gemeinsamen Besprechung am 02.03.2016 in Aussicht gestellt (ON 8, Beilage ./11), erfolgte letztlich aber nicht.

#### 1.4. Veröffentlichung der relevanten Daten iSd § 34 Abs. 8 KOG

Die RTR-GmbH veröffentlichte Ende Februar 2016 gemäß § 34 KOG auf ihrer Website (<https://www.rtr.at/de/tk/Planumsatze2016TK>) für das Jahr 2016 die (Netto-)Werte für den geschätzten Gesamtumsatz der Branche Telekommunikation iHv EUR 4.114.356.894,-, den geschätzten aus Finanzierungsbeitrag zu deckenden Aufwand iHv EUR 4.392.807,-

und den Zuschuss aus dem Bundeshaushalt nach § 34 Abs. 1 KOG iHv EUR 3.116.000,-, den Schwellenwert gemäß § 34 Abs. 6 KOG iHv EUR 332,-

sowie den sich aus daraus ergebenden Jahresumsatz-Schwellenwert iHv EUR 311.000,- (ON 8, Beilage ./13).

#### 1.5. Beitragsvorschreibung für das erste Quartal 2016

1.5.1. Für die Beschwerdeführerin errechnet sich daraus gemäß § 34 Abs. 3 KOG ein zu entrichtender Finanzierungsbeitrag für das Jahr 2016 iHv EUR XXXX ,- (netto), der quartalsweise iHv je EUR XXXX ,- (zuzüglich Umsatzsteuer) an die RTR-GmbH zu entrichten ist.

1.5.2. Die RTR-GmbH schrieb der Beschwerdeführerin den Finanzierungsbeitrag für das erste Quartal 2016 mit Rechnung Nr. XXXX vom 15.03.2016 (ON 8, Beilage ./14), iHv EUR XXXX ,- , zuzüglich 20% USt iHv EUR XXXX , zusammen EUR XXXX , mit Fälligkeit per 31.03.2016 vor.

1.5.3. Der verfahrensgegenständliche und fällige Rechnungsbetrag haftet - nach wie vor - zur Gänze unberichtigt aus (Verhandlungsprotokoll, Seite 3).

#### 1.6. Mahnung; weitere Korrespondenz nach Fälligkeit

1.6.1. Mit Schreiben vom 18.05.2016, (ON 8, Beilage ./15) wurde der fällige Betrag von der RTR-GmbH eingemahnt.

1.6.2. Als Reaktion auf dieses Schreiben wurde von der Beschwerdeführerin mit E-Mail vom 24.05.2016 (ON 8, Beilage ./16) und vom Rechtsanwalt der Beschwerdeführerin mit E-Mail vom 25.05.2016 (ON 8, Beilage ./17) mitgeteilt, dass der vorgeschriebene Betrag wegen der Rechtsansicht der Beschwerdeführerin nicht bezahlt werden könne (ON 8, Beilage ./16).

1.6.3. Mit dem angefochtenen Bescheid vom XXXX , XXXX , wurde der Beschwerdeführerin der für das erste Quartal 2016 von ihr zu tragende Finanzierungsbeitrag vorgeschrieben.

## 2. Beweiswürdigung:

Die maßgeblichen - bereits zutreffend von der belangten Behörde getroffenen und von der Beschwerdeführerin im Wesentlichen unbestrittenen - Feststellungen ergeben sich aus den in den jeweils in Klammern angeführten unbedenklichen Beweismitteln aus dem Behördenakt sowie den Ermittlungen des BVwG, sind amtsbekannt und bzw. oder unstrittig.

Die Beschwerdeführerin bestritt aus verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten, dass sie überhaupt finanzierungsbeitragspflichtig sei. Die Höhe der nachvollziehbar und zutreffend bereits von der belangten Behörde vorgenommenen Schätzung des finanzierungsbeitragspflichtigen Planumsatzes der Beschwerdeführerin für 2016 wurde hingegen nicht bestritten und wird daher der vorliegenden Entscheidung als Feststellung zu Grunde gelegt.

Das Vorbringen der Beschwerdeführerin zum Bestehen einer Organschaft zwischen ihr und T1 sowie T2 wurde, wie diese es gegenüber einer Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsagentur, erklärt hat, den Feststellungen zu Grunde gelegt. Dies fand auch Deckung in den sonst dazu vorgelegten Unterlagen und wurde von der belangten Behörde nicht bestritten.

## 3. Rechtliche Beurteilung:

### 3.1. Gesetzliche Grundlagen

§ 34 KommAustria-Gesetz, BGBl. I Nr. 32/2001 idF BGBl. I Nr. 134/2015 (kurz: "KOG"), lautet wie folgt:

## 4. Abschnitt

### Finanzierung der Tätigkeiten

Finanzierung und Verwaltung der Finanzmittel für den Fachbereich Telekommunikation und Post, Telekommunikationsbranche

§ 34. (1) Zur Finanzierung des in Erfüllung der Aufgaben nach § 17 Abs. 2 und 4 sowie Abs. 7 entstehenden Aufwandes der RTR-GmbH betreffend die Telekommunikationsbranche dienen einerseits Finanzierungsbeiträge und andererseits Mittel aus dem Bundeshaushalt. Der Zuschuss aus dem Bundeshaushalt in Höhe von jährlich 2 Millionen Euro ist der RTR-GmbH in zwei gleich hohen Teilbeträgen per 30. Jänner und 30. Juni zu überweisen. Über die Verwendung dieser Mittel ist von der RTR-GmbH jährlich bis 30. April des Folgejahres dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie zu berichten und ein Rechnungsabschluss vorzulegen. Die Gesamtsumme des durch Finanzierungsbeiträge zu leistenden übrigen Aufwandes der RTR-GmbH darf jährlich höchstens 6 Millionen Euro betragen. Die genannten Beträge vermindern oder erhöhen sich ab dem Jahr 2007 in jenem Maße, in dem sich der von der Bundesanstalt Statistik Österreich verlautbarte Verbraucherpreisindex 2005 oder der an seine Stelle tretende Index des Vorjahres verändert hat.

(1a) Zusätzlich zum Zuschuss aus dem Bundeshaushalt gemäß Abs. 1 ist der RTR-GmbH ab dem Jahr 2016 ein weiterer Zuschuss aus dem Bundeshaushalt in Höhe von 142 135 Euro in zwei gleich hohen Teilbeträgen per 30. Jänner und 30. Juni zu überweisen. Der genannte Betrag vermindert oder erhöht sich ab dem Jahr 2017 in jenem Maße, in dem sich der von der Bundesanstalt Statistik Österreich verlautbarte Verbraucherpreisindex 2010 oder der an seine Stelle tretende Index des Vorjahres verändert hat. Abs. 1 dritter Satz ist anzuwenden.

(2) Die Finanzierungsbeiträge sind von der Telekommunikationsbranche zu leisten. Die Branche Telekommunikation umfasst jene Bereitsteller, die nach § 15 TKG 2003 zur Anzeige verpflichtet sind, soweit es sich nicht um die Bereitstellung von Kommunikationsnetzen und -diensten zur Verbreitung von Rundfunk und Rundfunkzusatzdiensten handelt (Beitragspflichtige).

- (3) Die Finanzierungsbeiträge sind im Verhältnis des jeweiligen Umsatzes des Beitragspflichtigen zum branchenspezifischen Gesamtumsatz zu bemessen und einzuheben, wobei alle im Inland aus der Erbringung von Telekommunikationsdiensten erzielten Umsätze für die Berechnung heranzuziehen sind.
- (4) Die Einnahmen gemäß Abs. 1 fließen der RTR-GmbH zu. Die Summe der Einnahmen aus den eingehobenen Finanzierungsbeiträgen hat möglichst der Höhe des Finanzierungsaufwandes für die Aufgaben der RTR-GmbH abzüglich des Zuschusses aus dem Bundeshaushalt zu entsprechen. Allfällige Überschüsse oder Fehlbeträge des Vorjahres sind bei der Festlegung der Finanzierungsbeiträge im darauf folgenden Jahr zu berücksichtigen. Bei der Verwendung der Einnahmen sind die Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit einzuhalten. Die RTR-GmbH hat jeweils bis zum 10. Dezember ein Budget mit den Planwerten für das kommende Jahr zu erstellen und auf ihrer Website zu veröffentlichen. Den Beitragspflichtigen ist Gelegenheit einzuräumen, zu diesem Budget Stellung zu nehmen.
- (5) Beträge, die nach § 111 TKG 2003 abgeschöpft wurden, werden auf die von den übrigen Beitragspflichtigen zu leistenden Finanzierungsbeiträge angerechnet. Die Anrechnung erfolgt höchstens bis zur Höhe des im entsprechenden Jahr geschuldeten Finanzierungsbeitrags jedes Beitragspflichtigen. Mit allenfalls nach dieser Anrechnung verbleibenden Restbeträgen ist gemäß Abs. 4 dritter Satz zu verfahren.
- (6) Unterschreitet der voraussichtliche Finanzierungsbeitrag eines Beitragspflichtigen den Betrag von 300 Euro, ist von diesem Beitragspflichtigen kein Finanzierungsbeitrag einzuheben und werden dessen Umsätze nicht bei der Berechnung des branchenspezifischen Gesamtumsatzes berücksichtigt. Dieser Betrag vermindert und erhöht sich ab dem Jahr 2012 in jenem Maße, in dem sich der von der Bundesanstalt Statistik Österreich verlaublichste Verbraucherpreisindex 2005 oder der an seine Stelle tretende Index des Vorjahres verändert hat.
- (7) Die Beitragspflichtigen haben jeweils bis spätestens 15. Jänner der RTR-GmbH ihre für das laufende Jahr geplanten Umsätze zu melden. Erfolgt trotz Aufforderung und Setzung einer angemessenen Nachfrist keine Meldung der geplanten Umsätze, hat die RTR-GmbH den voraussichtlichen Umsatz des Beitragspflichtigen zu schätzen.
- (8) Der branchenspezifische Aufwand der RTR-GmbH ist unter Bedachtnahme auf die Stellungnahmen der Beitragspflichtigen nach Abs. 4 und unter Einhaltung der Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit spätestens bis Ende Februar jedes Jahres von der RTR-GmbH festzustellen und in geeigneter Weise zu veröffentlichen. Zugleich hat die RTR-GmbH jene Umsatzschwelle zu veröffentlichen, bei deren Unterschreitung (Abs. 6) kein Finanzierungsbeitrag einzuheben ist. Ebenso ist der branchenspezifische Gesamtumsatz auf Basis der nach Abs. 7 erfolgten Meldungen der Beitragspflichtigen und der allfälligen Schätzungen der RTR-GmbH zu berechnen und zu veröffentlichen.
- (9) Den Beitragspflichtigen sind die Finanzierungsbeiträge auf Basis der veröffentlichten Schätzungen in vier Teilbeträgen jeweils zum Ende eines Quartals von der RTR-GmbH vorzuschreiben und von diesen an die RTR-GmbH zu entrichten. Die Beitragspflichtigen können auch auf die quartalsmäßige Vorschreibung zugunsten einer jährlichen Vorschreibung verzichten. Bei Beiträgen, die voraussichtlich den Betrag von 1.000 Euro unterschreiten, kann die RTR-GmbH von einer quartalsmäßigen Vorschreibung zugunsten einer jährlichen Vorschreibung Abstand nehmen. In diesem Fall ist der Finanzierungsbeitrag zum Ende des ersten Quartals zu entrichten, der daraus entstehende Zinsvorteil ist dem betroffenen Beitragspflichtigen anzurechnen.
- (10) Die Beitragspflichtigen haben jeweils bis spätestens 31. Mai des Folgejahres ihre tatsächlich erzielten Umsätze der RTR-GmbH zu melden. Umsatzdaten, deren tatsächliche Höhe mit zumutbarem Aufwand nicht erhoben werden kann, sind von der RTR-GmbH zu schätzen.
- (11) Die RTR-GmbH hat den tatsächlichen branchenspezifischen Aufwand sowie den tatsächlichen branchenspezifischen Gesamtumsatz jeweils bis zum 30. September des Folgejahres festzustellen und zu veröffentlichen. Vor Veröffentlichung des tatsächlichen branchenspezifischen Aufwandes sowie des tatsächlichen branchenspezifischen Gesamtumsatzes ist den Beitragspflichtigen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.
- (12) Nach der Veröffentlichung des tatsächlichen branchenspezifischen Aufwandes und des tatsächlichen branchenspezifischen Gesamtumsatzes hat die RTR-GmbH geleistete Finanzierungsbeiträge allenfalls gutzuschreiben oder eine Nachforderung zu stellen.
- (13) Für den Fall, dass ein Unternehmen der Verpflichtung zur Entrichtung des Finanzierungsbeitrages nicht oder nicht

ordnungsgemäß nachkommt, hat die Telekom-Control-Kommission die Entrichtung des Finanzierungsbeitrages mit Bescheid vorzuschreiben. Ebenso sind Gutschriften und Nachforderungen iSd Abs. 12 auf Antrag bescheidmäßig festzustellen.

(14) Zur Ermittlung der Finanzierungsbeiträge sind der RTR-GmbH, der Telekom-Control-Kommission sowie den von ihr beauftragten Wirtschaftsprüfern auf Verlangen Auskünfte zu erteilen und in begründeten Fällen und im erforderlichen Ausmaß Einschau in die Aufzeichnungen und Bücher zu gewähren.

(15) Die RTR-GmbH hat den gesamten Aktivitätsaufwand samt Nebenkosten der Telekom-Control-Kommission zu tragen. Diese Kosten sind bei Festlegung der Finanzierungsbeiträge für die Telekommunikationsbranche zu berücksichtigen.

Die verfahrensgegenständlich relevanten Bestimmungen des Telekommunikationsgesetzes 2003, BGBl. I Nr. 70/2003 idgF (kurz: "TKG 2003") lauten wie folgt:

§ 3 Z 21 TKG 2003:

Begriffsbestimmungen

§ 3. Im Sinne dieses Bundesgesetzes bedeutet

[...]

2. "Bereitsteller eines Kommunikationsnetzes" ein Unternehmen, das ein derartiges Netz errichtet, betreibt, kontrolliert oder zur Verfügung stellt;

3. "Betreiber eines Kommunikationsdienstes" ein Unternehmen, das die rechtliche Kontrolle über die Gesamtheit der Funktionen, die zur Erbringung des jeweiligen Kommunikationsdienstes notwendig sind ausübt und diese Dienste anderen anbietet;

4. "Betreiber eines Kommunikationsnetzes" ein Unternehmen, das die rechtliche und tatsächliche Kontrolle über die Gesamtheit der Netzfunktionen ausübt. Betreiben eines Kommunikationsnetzes im Sinne dieses Gesetzes liegt nicht vor, wenn die Verbindung zu anderen öffentlichen Kommunikationsnetzen ausschließlich über jene Schnittstellen erfolgt, die allgemein für den Teilnehmeranschluss Anwendung finden;

[...]

5. "Endnutzer" einen Nutzer, der keine öffentlichen Kommunikationsnetze oder öffentlich zugänglichen Kommunikationsdienste bereitstellt;

[...]

9. "Kommunikationsdienst" eine gewerbliche Dienstleistung, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Kommunikationsnetze besteht, einschließlich Telekommunikations- und Übertragungsdienste in Rundfunknetzen, jedoch ausgenommen Dienste, die Inhalte über Kommunikationsnetze und -dienste anbieten oder eine redaktionelle Kontrolle über sie ausüben. Ausgenommen davon sind Dienste der Informationsgesellschaft im Sinne von § 1 Abs. 1 Z 2 des Notifikationsgesetzes, BGBl. I Nr. 183/1999, die nicht ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Kommunikationsnetze bestehen;

[...]

11. "Kommunikationsnetz" Übertragungssysteme und gegebenenfalls Vermittlungs- und Leitweeinrichtungen sowie anderweitige Ressourcen - einschließlich der nicht aktiven Netzbestandteile -, die die elektronische Übertragung von Signalen über Kabel, Funk, optische oder andere elektromagnetische Einrichtungen ermöglichen, einschließlich Satellitennetze, feste (leitungs- und paketvermittelte, einschließlich Internet) und mobile terrestrische

**Quelle:** Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)