SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN VERICA TRSTENJAK vom 8. Oktober 2008 [1]

Inhaltsverzeichnis

I — Rechtlicher Rahmen . . . . . I - 2670

II — Vorgeschichte des Rechtsstreits . . . . . I - 2673

A — Erteilung der UMTS-Lizenzen . . . . . I - 2673

B — Das Verfahren vor der Kommission und die streitige Entscheidung . . . . . I - 2674

III — Das Verfahren vor dem Gericht und das angefochtene Urteil . . . . . I - 2675

IV — Anträge im Verfahren vor dem Gerichtshof . . . . . I - 2676

V — Rechtsmittel der Rechtsmittelführerinnen und Vorbringen der Beteiligten . . . . . I - 2678

A — Zum ersten Rechtsmittelgrund . . . . . I - 2678

B — Zum zweiten Rechtsmittelgrund . . . . . I - 2678

C — Zum dritten Rechtsmittelgrund . . . . . I - 2679

1. Zum ersten Teil . . . . . I - 2680

2. Zum zweiten Teil . . . . . I - 2681

3. Zum dritten Teil . . . . . I - 2681

D — Zum vierten Rechtsmittelgrund . . . . . I - 2682

1. Zum ersten Teil . . . . . I - 2682

2. Zum zweiten Teil . . . . . I - 2683

3. Zum dritten Teil . . . . . I - 2684

VI — Rechtliche Würdigung . . . . . I - 2686

1 — Originalsprache: Französisch.

A — Zum dritten und zum vierten Rechtsmittelgrund . . . . . I - 2686

1. Der Inhalt des Schreibens vom 22. Februar 2001 (dritter Teil des dritten Rechtsmittelgrundes) . . . . . I - 2687

2. Der Teilverzicht auf die Forderungen gegen Orange und SFR sowie die aus der Systematik der Regelung hergeleitete Ausnahme (erster Teil des vierten Rechtsmittelgrundes) . . . . . I - 2689

a) Die Anwendbarkeit und die Rechtsgrundlage der im vorliegenden Fall aus dem Wesen und der Systematik der Regelung hergeleiteten Ausnahme . . . . . I - 2690

b) Die Anwendung der auf das Wesen und die Systematik der gemeinschaftlichen Regelung gestützten Ausnahme . . . . . I - 2692

c) Ergebnis . . . . . I - 2694

3. Die Ungewissheit der Forderungen (zweiter Teil des dritten Rechtsmittelgrundes) . . . . . I - 2694

4. Der zeitweise selektive Vorteil (zweiter Teil des vierten Rechtsmittelgrundes) . . . . . I - 2696

a) Der Begriff des Vorteils im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG . . . . . I - 2697

b) Die Begründung, die auf die aus dem Wesen und der Systematik der gemeinschaftlichen Regelung hergeleitete Ausnahme gestützt wird . . . I - 2699

i) Die Unvermeidbarkeit der früheren Erteilung der Lizenzen an Orange und SFR . . . . . I - 2700

ii) Die Unvermeidbarkeit der Festsetzung gleicher Auflagen für Orange, SFR und Bouygues Télécom am 3. Dezember 2002 . . . . . I - 2701

c) Ergebnis . . . . . I - 2704

5. Das Diskriminierungsverbot (dritter Teil des vierten Rechtsmittelgrundes) I - 2704

6. Die Einheitlichkeit des Verfahrens (erster Teil des dritten Rechtsmittelgrundes) . . . . . I - 2707

7. Ergebnis . . . . . I - 2708

B — Zum zweiten Rechtsmittelgrund . . . . . I - 2708

C — Zum ersten Rechtsmittelgrund . . . . . I - 2713

D — Ergebnis . . . . . I - 2715

VII — Kosten . . . . . I - 2715

VIII — Ergebnis . . . . . I - 2715

1. Mit ihrem Rechtsmittel beantragen die Bouygues SA und die Bouygues Télécom SA (im Folgenden: Rechtsmittelführerinnen), das Urteil vom 4. Juli 2007, Bouygues und Bouygues Télécom/Kommission (T-475/04, im Folgenden: angefochtenes Urteil) [2], aufzuheben, mit dem das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften die Nichtigkeitsklage der Rechtsmittelführerinnen gegen die Entscheidung der Kommission vom 20. Juli 2004 (Staatliche Beihilfe NN 42/2004 — Frankreich, im Folgenden: angefochtene Entscheidung) zur rückwirkenden Änderung [3] abgewiesen hat.

I — Rechtlicher Rahmen

2. Art. 87 Abs. 1 EG lautet:

„Soweit in diesem Vertrag nicht etwas anderes bestimmt ist, sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen."

3. Art. 88 Abs. 3 EG bestimmt:

„Die Kommission wird von jeder beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen so rechtzeitig unterrichtet, dass sie sich dazu äußern kann. Ist sie der Auffassung, dass ein derartiges Vorhaben nach Artikel 87 mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar ist, so leitet sie unverzüglich das in Absatz 2 vorgesehene Verfahren ein. Der betreffende Mitgliedstaat darf die beabsichtigte Maßnahme nicht durchführen, bevor die Kommission eine abschließende Entscheidung erlassen hat."

4. Die Nutzung von Funkfrequenzen für die Erbringung von UMTS-Dienstleistungen wird von der Richtlinie 97/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. April 1997 über einen gemeinsamen Rahmen für Allgemein- und Einzelgenehmigungen für Telekommunikationsdienste [4] und von der 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 [5] geregelt.

2 — Slg. 2007, II-2097.
3 — ABl. 2005, C 275, S. 3.
4 — ABl. L 117, S. 15.
5 — ABl. 1999, L 17, S. 1.

5. Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 97/13 lautet:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Telekommunikationsdienste und/oder Telekommunikationsnetze genehmigungsfrei oder aufgrund von Allgemeingenehmigungen bereitgestellt werden können, die erforderlichenfalls durch Rechte und Pflichten, die eine Einzelprüfung der Anträge verlangen sowie eine oder mehrere Einzelgenehmigungen nach sich ziehen, ergänzt werden. Die Mitgliedstaaten dürfen eine Einzelgenehmigung gemäß Abschnitt III nur erteilen, wenn der Genehmigungsträger Zugang zu knappen Sachressourcen und anderen Ressourcen erhält oder besonderen Verpflichtungen unterworfen ist oder besondere Rechte genießt."

6. Art. 8 Abs. 4 der Richtlinie 97/13 sieht vor:

„Die Mitgliedstaaten können die an eine Einzelgenehmigung geknüpften Auflagen in objektiv begründeten Fällen und unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ändern. Die Mitgliedstaaten müssen beabsichtigte Änderungen angemessen bekannt machen und es den Betroffenen ermöglichen, zu den beabsichtigten Änderungen Stellung zu nehmen."

7. Art. 9 Abs. 2 der Richtlinie 97/13 bestimmt:

„Bei der Erteilung von Einzelgenehmigungen müssen die Mitgliedstaaten Folgendes beachten:

— Einzelgenehmigungen müssen durch offene, nichtdiskriminierende und transparente Verfahren erteilt werden, die für alle Antragsteller gleich sind, sofern kein objektiver Grund für eine unterschiedliche Behandlung besteht. …"

8. Art. 10 Abs. 1, 3 und 4 der Richtlinie 97/13 lautet:

„(1) Die Mitgliedstaaten dürfen die Anzahl der Einzelgenehmigungen für jede Art von Telekommunikationsdiensten und für die Errichtung und/oder das Betreiben der Telekommunikationsinfrastruktur nur in dem Maße beschränken, wie dies zur Gewährleistung der effizienten Nutzung von Funkfrequenzen erforderlich ist; eine Beschränkung ist auch für einen Zeitraum zulässig, der für die ausreichende Bereitstellung von Nummern in Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht erforderlich ist.

…

(3) Die Mitgliedstaaten erteilen solche Einzelgenehmigungen aufgrund von Auswahlkriterien, die objektiv, nichtdiskriminierend, detailliert, transparent und verhältnismäßig sein müssen. Bei einer solchen Auswahl ist stets in angemessener Weise zu berücksichtigen, dass die Entwicklung des Wettbewerbs gefördert und der Nutzen für die Benutzer maximiert werden muss.

…

(4) Stellt ein Mitgliedstaat zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Richtlinie oder zu einem späteren Zeitpunkt von Amts wegen oder auf Antrag eines Unternehmens fest, dass die Anzahl der Einzelgenehmigungen erhöht werden kann, so veröffentlicht er dies und fordert zur Einreichung zusätzlicher Genehmigungsanträge auf."

9. Art. 11 Abs. 2 der Richtlinie 97/13 sieht vor:

„[D]ie Mitgliedstaaten [können] 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."

10. Die Entscheidung Nr. 128/1999 soll ausweislich ihres Art. 1 „dazu beitragen, dass die rasche und koordinierte Einführung kompatibler UMTS-Netze und -Dienste in der Gemeinschaft … erleichtert wird". Art. 3 Abs. 1 der Entscheidung lautet wie folgt:

„Die Mitgliedstaaten ergreifen alle erforderlichen Maßnahmen, um gemäß Artikel 1 der Richtlinie 97/13/EG die schrittweise, koordinierte Einführung der UMTS-Dienste in ihrem Gebiet spätestens zum 1. Januar 2002 zu ermöglichen …"

11. Im Folgenden werden die vorstehend genannten Bestimmungen der Richtlinie 97/13 und der Entscheidung Nr. 128/1999 als „gemeinschaftliche Regelung" bezeichnet.

II — Vorgeschichte des Rechtsstreits

A — *Erteilung der UMTS-Lizenzen*

12. Mit einer Entscheidung vom 28. Juli 2000 forderten die französischen Stellen zur Einreichung von Bewerbungen für vier UMTS-Lizenzen auf. Die Lizenzen sollten eine Geltungsdauer von fünfzehn Jahren haben. Die für eine Lizenz zu entrichtende Abgabe sollte sich auf einen kumulierten Gesamtbetrag von 4,95 Mrd. Euro belaufen. Die vier Lizenzen sollten im Verfahren des „vergleichenden" Angebots vergeben werden. Dieses Verfahren gab den französischen Behörden die Möglichkeit, unter den Betreibern, die sich zur Zahlung von 4,95 Mrd. Euro bereit erklärten, die auszuwählen, die im Hinblick auf eine Reihe von Kriterien wie Umfang und Schnelligkeit der Netzerrichtung, Qualität der Dienstleistungen sowie Maßnahmen zum Schutz der Umwelt die weitestgehenden Verpflichtungszusagen gemacht hatten.

13. Der Endtermin für die Einreichung der Bewerbungen wurde auf den 31. Januar 2001 festgesetzt; die Bewerber konnten ihren Antrag bis zum 31. Mai 2001 zurückziehen. Am 31. Januar 2001 waren nur zwei Anträge eingereicht worden, und zwar von der Société française du radiotéléphone — SFR (im Folgenden: SFR) und der France Télécom mobiles (aus der einige Monate später die Orange France SA, im Folgenden: Orange, wurde). Die übrigen Betreiber verzichteten auf die Einreichung von Angeboten vor allem wegen der Höhe der Abgaben.

14. Die Regulierungsbehörde für das Telekommunikationswesen (im Folgenden: Regulierungsbehörde) gab daher in einer Pressemitteilung vom 31. Januar 2001 (dem Tag, an dem die Frist für die Einreichung der Bewerbungen ablief) bekannt, dass, um die Entwicklung eines wirklichen, sowohl von den gemeinschaftlichen als auch von den französischen Vorschriften bezweckten Wettbewerbs zu fördern, eine zweite zusätzliche Aufforderung zur Einreichung von Bewerbungen für die Erteilung der vier Lizenzen erforderlich sei.

15. Aufgrund dieser Bekanntgabe machten Orange und SFR den Wirtschafts- und Finanzminister und den Staatssekretär für Industriefragen darauf aufmerksam, dass bei der Entscheidung über die mit den zukünftigen Lizenzen verknüpften Auflagen die Grundsätze der Gleichbehandlung hinsichtlich der öffentlichen Abgaben und des wirksamen Wettbewerbs zwischen den Betreibern zu beachten seien.

16. Der Wirtschafts- und Finanzminister und der Staatssekretär für Industriefragen versicherten SFR und Orange mit zwei gleichlautenden Schreiben vom 22. Februar 2001, dass die französische Regierung ebenso wie sie selbst das doppelte Ziel der Beachtung der Grundsätze der Gleichbehandlung hinsichtlich der öffentlichen Abgaben und des wirksamen Wettbewerbs zwischen den Betreibern verfolge und dass die Modalitäten der zweiten Aufforderung zur Einreichung von Bewerbungen die angemessene Behandlung aller Betreiber, denen letztlich eine Lizenz erteilt werde, sicherstellen würden.

17. Am 31. Mai 2001 gab die Regulierungsbehörde bekannt, dass Orange und SFR als Bewerber bezüglich der ersten Aufforderung berücksichtigt worden seien. Sie schlug der Regierung vor, die zweite Aufforderung zur Einreichung von Bewerbungen spätestens im ersten Halbjahr 2002 zu veröffentlichen, wobei diese zweite Aufforderung das Erfordernis gleicher finanzieller Auflagen für alle Betreiber einzuhalten habe.

18. Am 18. Juli 2001 wurden die beiden ersten Lizenzen an SFR und Orange erteilt. Die Erteilung dieser Lizenzen wurde an die in der ersten Aufforderung zur Einreichung von Bewerbungen vorgesehenen Auflagen geknüpft [6].

19. Die zweite Aufforderung zur Einreichung von Bewerbungen wurde am 14. Dezember 2001 veröffentlicht. Die Regulierungsbehörde führte dort aus, dass die Auflagen in dieser zweiten Aufforderung an diejenigen der ersten Aufforderung zur Einreichung von Bewerbungen anknüpften und insbesondere die Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Betreiber sicherstellen sollten. Außerdem empfahl sie, die Auflagen für die Lizenzen, die den Bewerbern der ersten Aufforderung zur Einreichung von Bewerbungen erteilt worden waren, zu ändern.

20. Am 16. Mai 2002, dem Tag des Ablaufs der Frist für die Einreichung von Bewerbungen bezüglich der zweiten Aufforderung, hatte lediglich Bouygues Télécom einen Antrag eingereicht. Am 27. September 2002 beschloss die Regulierungsbehörde, die Bewerbung von Bouygues Télécom zu berücksichtigen. Da es keinen weiteren Bewerber gab, wurde die vierte UMTS-Lizenz nicht erteilt.

21. Durch Erlasse vom 3. Dezember 2002 wurde die dritte UMTS-Lizenz Bouygues Télécom erteilt, und die Auflagen für die Orange und SFR erteilten Lizenzen wurden an die Auflagen angeglichen, die mit der Bouygues Télécom erteilten Lizenz verknüpft waren (im Folgenden: streitige Änderung). Für alle Lizenzen war somit eine Geltungsdauer von 20 Jahren sowie eine Abgabe vorgesehen, die in einen ersten Teilbetrag von 619 Mio. Euro, der bei Erteilung der Genehmigung zu entrichten war, und einen zweiten Teilbetrag aufgeteilt war, der jährlich für die Nutzung der Frequenzen zu entrichten und in Form eines Prozentsatzes des mit diesen Frequenzen erzielten Umsatzes zu berechnen war [7].

B — *Das Verfahren vor der Kommission und die streitige Entscheidung*

22. Am 4. Oktober 2002 ging bei der Kommission eine Beschwerde der Rechtsmittelführerinnen gegen die streitige Änderung ein. In ihrer Beschwerde führten die Rechtsmittelführerinnen aus, die streitige Änderung sei eine staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 87 EG. Die Beschwerde ist eine von mehreren Beschwerden, die die Rechtsmittelführerinnen gegen Maßnahmen des französischen Staates einlegten, die France Télécom betreffen.

6 — Vgl. Nr. 12 dieser Schlussanträge.

7 — Wegen anderer Auflagenänderungen technischer Art vgl. 17. Erwägungsgrund der streitigen Entscheidung.

23. Am 31. Januar 2003 leitete die Kommission im Hinblick auf einige dieser Maßnahmen das förmliche Prüfverfahren [8] ein. Die streitige Änderung gehörte nicht zu diesen Maßnahmen. Am 12. November 2003 forderten die Rechtsmittelführerinnen die Kommission auf, zu ihrer Beschwerde gegen die streitige Änderung Stellung zu nehmen. Am 21. Februar 2004 reichten die Rechtsmittelführerinnen beim Gericht Klage auf Feststellung ein, dass die Kommission es unterlassen habe, über die Beschwerde zu entscheiden. Mit Beschluss vom 14. Februar 2005 [9] wies das Gericht die Klage als unzulässig ab.

24. In der streitigen Entscheidung entschied die Kommission, keine Einwände gegen die streitige Entscheidung gemäß Art. 88 Abs. 3 EG zu erheben. Sie stützte diese Entscheidung auf die Erwägung, dass die streitige Änderung keine staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG sei.

III — Das Verfahren vor dem Gericht und das angefochtene Urteil

25. Am 24. November 2004 reichten die Rechtsmittelführerinnen beim Gericht Nichtigkeitsklage gegen die streitige Entscheidung ein. Die Französische Republik, Orange und SFR wurden als Streithelferinnen zur Unterstützung der Anträge der Kommission zugelassen.

26. Die Rechtsmittelführerinnen stützten ihre Klage insbesondere auf zwei Klagegründe: Zum einen stelle die streitige Änderung eine staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG dar, und zum anderen sei die Kommission, da die Sache ernste Schwierigkeiten verursache, verpflichtet gewesen, die förmliche Prüfungsphase nach Art. 88 Abs. 2 EG einzuleiten.

27. Mit dem angefochtenen Urteil hat das Gericht die Klage abgewiesen.

28. Das Gericht hat die Schlussfolgerung der Kommission, dass ein selektiver Vorteil zu verneinen sei, mit folgender Begründung bestätigt.

29. Erstens hat das Gericht geprüft, ob die Maßnahmen der französischen Behörden Orange und SFR einen selektiven Vorteil verschafft hatten [10]. Dabei hat es zunächst untersucht, ob der teilweise Verzicht des

8 — Verfahren nach Art. 88 Abs. 2 EG.

9 — Beschluss vom 14. Februar 2005, Bouygues und Bouygues Télécom/Kommission (T-81/04).

10 — Angefochtenes Urteil, Randnrn. 95 bis 126.

französischen Staates auf die Forderungen gegen Orange und SFR einen selektiven Vorteil dargestellt hatte [11]. Es hat dies verneint und sich hierbei auf die Ungewissheit der fraglichen Forderungen [12] sowie auf die Feststellung gestützt, dass der teilweise Verzicht unvermeidbar auf das Wesen und die Systematik der Regelung zurückzuführen sei [13].

30. Sodann hat das Gericht geprüft, ob es ein selektiver Vorteil sei, dass Orange und SFR die Lizenzen früher erhalten hatten [14]. Es hat dies ebenfalls verneint und sich dabei darauf gestützt, dass Orange und SFR gegenüber Bouygues Télécom keinen Wettbewerbsvorteil erlangt hätten [15] und dass eine Diskriminierung von Orange und SFR einerseits und Bouygues Télécom andererseits, durch die gegen die Richtlinie 97/13 verstoßen worden wäre, habe verhindert werden müssen [16].

31. Zweitens hat das Gericht die Rüge der Rechtsmittelführerinnen geprüft, die französischen Behörden hätten nicht das Diskriminierungsverbot eingehalten [17]. Es hat diese Rüge zurückgewiesen [18].

32. In Bezug auf die Verfahrensrüge, wonach die Kommission eine förmliche Prüfungsphase hätte einleiten müssen, hat das Gericht festgestellt, dass die Rechtssache keine ernsten Schwierigkeiten aufgeworfen habe und die Einleitung einer förmlichen Prüfungsphase somit nicht erforderlich gewesen sei [19].

IV — Anträge im Verfahren vor dem Gerichtshof

33. Die Rechtsmittelführerinnen beantragen,

— das angefochtene Urteil aufzuheben;

— hilfsweise, die Rechtssache zur erneuten Entscheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichtshofs an das Gericht zurückzuverweisen;

— der Kommission sämtliche Kosten aufzuerlegen.

11 — Angefochtenes Urteil, Randnrn. 106 bis 112.
12 — Ebd., Randnr. 107.
13 — Ebd., Randnrn. 108 bis 112.
14 — Ebd., Randnrn. 113 bis 125.
15 — Ebd., Randnrn. 115 bis 122.
16 — Ebd., Randnrn. 123 bis 125.
17 — Ebd., Randnrn. 127 bis 154.
18 — Ebd., Randnr. 155.
19 — Ebd., Randnrn. 86 bis 93, 126 und 155 bis 160.

34. Die Kommission beantragt,

— das Rechtsmittel teilweise als unzulässig und teilweise als unbegründet zurückzuweisen;

— den Rechtsmittelführerinnen sämtliche Kosten des Rechtsmittelverfahrens aufzuerlegen.

35. Die Französische Republik beantragt,

— das Rechtsmittel zurückzuweisen;

— den Rechtsmittelführerinnen die Kosten aufzuerlegen.

36. Orange beantragt,

— das Rechtsmittel insgesamt zurückzuweisen;

— den Rechtsmittelführerinnen sämtliche Kosten des Rechtsmittelverfahrens aufzuerlegen.

37. SFR beantragt,

— das Rechtsmittel insgesamt zurückzuweisen;

— den Rechtsmittelführerinnen sämtliche Kosten aufzuerlegen.

38. Nach Beendigung des schriftlichen Verfahrens hat am 11. September 2008 eine mündliche Verhandlung stattgefunden, an der die Rechtsmittelführerinnen, die Kommission, die Französische Republik, Orange und SFR teilgenommen haben. In der mündlichen Verhandlung haben die Rechtsmittelführerinnen, die Kommission, die Französische Republik, Orange und SFR ihre schriftlichen Erklärungen ergänzt.

V — Rechtsmittel der Rechtsmittelführerinnen und Vorbringen der Beteiligten

39. Die Rechtsmittelführerinnen stützen ihr Rechtsmittel auf vier Rechtsmittelgründe.

A — *Zum ersten Rechtsmittelgrund*

40. Mit dem ersten Rechtsmittelgrund machen die Rechtsmittelführerinnen geltend, das Gericht habe seine Begründungspflicht verletzt.

41. Die Rechtsmittelführerinnen sind der Auffassung, das Gericht habe das Urteil im Hinblick auf die aus dem Wesen und der Systematik der Regelung hergeleitete Ausnahme nicht hinreichend begründet. Es habe nicht erläutert, worin das Wesen und die Systematik der Regelung bestehe, da die Beschreibung der Regelung nicht ausreichend detailliert und zudem widersprüchlich gewesen sei. Im Hinblick auf den Kausalzusammenhang habe das Gericht nicht erklärt, weshalb es aufgrund des Wesens und der Systematik der Regelung unvermeidbar gewesen sei, auf die Forderungen gegen Orange und SFR zu verzichten und die Lizenzen den genannten Unternehmen früher zu erteilen.

42. Die Kommission, die französische Regierung, Orange und SFR führen aus, das Gericht habe seine Begründungspflicht nicht verletzt. Das Gericht habe hinreichend begründet, worin die Systematik der Regelung sowie der Kausalzusammenhang zwischen der Systematik der Regelung und dem Forderungsverzicht einerseits und der früheren Erteilung der Lizenzen an Orange und SFR andererseits bestehe.

B — *Zum zweiten Rechtsmittelgrund*

44. Mit ihrem zweiten Rechtsmittelgrund machen die Rechtsmittelführerinnen geltend, das Gericht habe die Beurteilung der Frage, ob eine ernste Schwierigkeit vorliege, mit der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der streitigen Entscheidung verwechselt. Um zu belegen, dass die Kommission nicht verpflichtet gewesen sei, die förmliche Prüfungsphase einzuleiten, habe sich das Gericht damit begnügt, jeweils am Ende der Prüfung der Stichhaltigkeit eines Vorbringens der Beteiligten ausdrücklich festzustellen, dass diese Prüfung nicht zu einer ernsten Schwierigkeit geführt habe.

45. Dass es ernste Schwierigkeiten gegeben habe, werde dadurch bestätigt, dass das Gericht in seinem Urteil die Beurteilung mehrerer komplexer Fragen seitens der Kommission durch seine eigene Beurteilung ersetzt habe und damit der Analyse in der streitigen Entscheidung zum Teil widersprochen habe.

46. Die Kommission, die französische Regierung, Orange und SFR tragen vor, das Gericht habe bei der Beurteilung, ob eine ernste Schwierigkeit vorliege, keinen Fehler begangen.

47. Die Kommission und die französische Regierung führen aus, das Gericht sei in der Reihenfolge vorgegangen, in der die Rechtsmittelführerinnen in ihrer Anfechtungsklage vor dem Gericht selbst die Klagegründe dargelegt hätten. Das Argument der angeblichen Methodenumkehr sei daher als unzulässig zurückzuweisen.

48. In der Sache führt die Kommission aus, das Vorgehen des Gerichts sei nicht widersprüchlich und beruhe auch nicht auf einer Verwechslung. Das Gericht sei nur der ständigen Rechtsprechung gefolgt, der zufolge bei Vorliegen einer ernsten Schwierigkeit die Entscheidung allein aus diesem Grund für nichtig erklärt werden könne, selbst wenn nicht nachgewiesen sei, dass die Würdigungen, die die Kommission in der Sache vorgenommen habe, rechtliche oder tatsächliche Fehler enthielten. Orange und SFR sind der Auffassung, das Gericht habe zwischen den Verfahrensrechten und der Rechtmäßigkeit der streitigen Entscheidung unterschieden und die Auffassung vertreten, dass die Beurteilung in der Sache keine ernsten Schwierigkeiten ergeben habe.

49. Zu dem Vorbringen, dass die Beurteilung der Kommission durch die des Gerichts ersetzt worden sei, trägt die Kommission vor, die Rechtsmittelführerinnen bezögen sich auf Fragen, die im Wesentlichen den Sachverhalt beträfen und damit im Rahmen eines Rechtsmittels nicht zulässig seien. Die Kommission, die französische Regierung, Orange und SFR sind der Auffassung, das Gericht habe die Beurteilung der Kommission nicht durch seine eigene Beurteilung ersetzt. SFR und Orange meinen, das Gericht habe mit den unterschiedlichen Beurteilungen nur auf die Argumente der Rechtsmittelführerinnen in ihrer Klage eingehen wollen. Nach Auffassung der Kommission hätte eine solche Ersetzung ohnehin keine Konsequenzen für die Frage, ob ernste Schwierigkeiten bestanden und das Urteil Bestand hat.

C — *Zum dritten Rechtsmittelgrund*

50. Mit ihrem dritten Rechtsmittelgrund machen die Rechtsmittelführerinnen geltend, dem Gericht seien bei der rechtlichen Qualifizierung der Tatsachen Fehler unterlaufen. Der Rechtsmittelgrund besteht aus drei Teilen. Der erste Teil richtet sich gegen die rechtliche Qualifizierung des Gerichts bezüglich der Einheitlichkeit des Verfahrens zur Erteilung der UMTS-Lizenzen, der zweite Teil wendet sich gegen die Beurteilung, dass die Forderungen, auf die der Staat verzichtet habe, ungewiss gewesen seien, und der dritte Teil betrifft den Wortlaut des ministeriellen Schreibens vom 22. Februar 2001.

1. Zum ersten Teil

51. Mit dem ersten Teil des dritten Rechtsmittelgrundes machen die Rechtsmittelführerinnen geltend, das Gericht habe bei der rechtlichen Qualifizierung der Tatsachen einen Fehler begangen, als es davon ausgegangen sei, dass die beiden aufeinanderfolgenden Aufforderungen zur Einreichung von Bewerbungen im Hinblick auf das Diskriminierungsverbot nur ein einziges Verfahren darstellten und dass die Gleichbehandlung verlange, dass die von Orange und SFR geschuldeten Abgaben den von Bouygues Télécom geschuldeten angeglichen würden.

52. Art. 11 der Richtlinie 97/13 verpflichte nur dazu, über die materiellen Organisationsmodalitäten der Aufforderungen zur Einreichung von Bewerbungen zu befinden. Die Rechtsmittelführerinnen beziehen sich dabei auf die Unterschiede, die zwischen den beiden Aufforderungen zur Einreichung von Bewerbungen bezüglich der finanziellen Auflagen, des Zeitpunkts und der Bewerber bestehen.

53. Die Kommission, die französische Regierung, Orange und SFR schlagen vor, diesen Teil des Rechtsmittelgrundes zurückzuweisen.

54. Die Kommission ist der Ansicht, die Qualifizierung der beiden Aufforderungen zur Einreichung von Bewerbungen als ein einziges Verfahren oder aber als zwei gesonderte Verfahren berühre nicht die Feststellung, dass sich die drei Bewerber im Zeitpunkt der Erteilung der Lizenzen in einer vergleichbaren Lage befunden hätten. Das Gericht habe seine Begründung auf einen Vergleich der tatsächlichen Lage gestützt, in der sich Orange, SFR und Bouygues Télécom jeweils befunden hätten. Dieser Teil des Rechtsmittelgrundes betreffe daher einen nicht tragenden Grund des Urteils und berühre die Begründung des Gerichts nicht. Außerdem habe das Gericht nur eine Feststellung der französischen Behörden wiedergegeben. Die Kommission und Orange meinen, diese Tatsachenfeststellung könne im Rahmen des Rechtsmittels nicht überprüft werden.

55. Die Kommission und die französische Regierung sind der Auffassung, die beiden Aufforderungen zur Einreichung von Bewerbungen müssten als Ganzes gesehen werden, vor allem wegen des ergänzenden Charakters der zweiten Aufforderung und wegen der Kontinuität, die zwischen der ersten und der zweiten Aufforderung bestehe. Die französische Regierung und Orange sind der Ansicht, Art. 11 der Richtlinie 97/13 stütze nicht das Vorbringen der Rechtsmittelführerinnen.

56. SFR ist der Auffassung, das Gericht habe die Gleichbehandlung zu Recht in der Weise beurteilt, dass es sich auf den Kontext des neu entstehenden UMTS-Marktes gestützt habe und davon ausgegangen sei, dass keiner der Betreiber auf dem Markt tätig gewesen sei. Die Kommission schließlich führt aus, in einem neu begonnenen Verfahren wären denselben Betreibern Lizenzen mit denselben Auflagen erteilt worden.

2. Zum zweiten Teil

57. Mit dem zweiten Teil des dritten Rechtsmittelgrundes machen die Rechtsmittelführerinnen geltend, das Gericht habe bei der rechtlichen Qualifizierung der Tatsachen einen Fehler begangen, als es die Forderungen des französischen Staates gegen Orange und SFR als ungewiss eingestuft habe.

58. Da die Änderung der mit den Lizenzen für Orange und SFR verbundenen Auflagen am 3. Dezember 2002 stattgefunden habe, hätten Orange und SFR ihr Angebot zu diesem Zeitpunkt nicht mehr zurückziehen können. Unter diesen Bedingungen sei es nicht möglich gewesen, die Forderungen des französischen Staates gegen Orange und SFR als ungewiss einzustufen.

59. Die Kommission, die französische Regierung, Orange und SFR sind der Auffassung, die Forderungen seien ungewiss gewesen. Mit den Schreiben über die Zusage einer angemessenen Behandlung vom 22. Februar 2001 hätten die französischen Behörden zu einem Zeitpunkt auf die Forderungen verzichtet, zu dem Orange und SFR ihr Angebot noch hätten zurückziehen können. Ohne diese Schreiben über die Zusage einer angemessenen Behandlung hätten Orange und SFR wahrscheinlich ihr Angebot zurückgenommen.

60. Die Kommission, die französische Regierung und Orange meinen, es handele sich ohnehin um einen nicht tragenden Grund. Da sich das Gericht in erster Linie darauf gestützt habe, dass der Forderungsverzicht wegen des Wesens und der Systematik der Regelung unvermeidbar gewesen sei, werde die Beurteilung des Gerichts, dass ein selektiver Vorteil nicht vorliege, nicht berührt, wenn die Begründung, dass die Forderungen ungewiss gewesen seien, eventuell in Frage gestellt werde.

61. Orange fügt hinzu, in Bezug auf Genehmigungen zur Inanspruchnahme des öffentlichen Raumes habe die Möglichkeit der Rücknahme über den 31. Mai 2001 hinaus bestanden, da die Lizenzinhaber jederzeit auf ihre Lizenz hätten verzichten können und damit die Zahlung der Abgabe hätten einstellen können.

3. Zum dritten Teil

62. Im dritten Teil des dritten Rechtsmittelgrundes machen die Rechtsmittelführerinnen geltend, das Gericht habe bei der rechtlichen Qualifizierung der Tatsachen einen Fehler begangen, als es festgestellt habe, dass die französischen Behörden in dem Schreiben vom 22. Februar 2001 Orange und SFR eine Gleichbehandlung zugesichert hätten. Die französischen Behörden hätten eine angemessene Behandlung, nicht aber eine Gleichbehandlung zugesichert. Der Inhalt dieser beiden Begriffe sei verschieden. Während eine Gleichbehandlung eine identische Behandlung gebiete, hätte eine angemessene Behandlung im vorliegenden Fall verlangt, dass sich die Auflagen, mit denen die Lizenzen für Orange und SFR verknüpft wurden, von den Auflagen unterschieden hätten, mit denen die Lizenz für Bouygues Télécom verknüpft wurde.

63. Die Kommission, die französische Regierung, Orange und SFR sind der Auffassung, die Rechtsmittelführerinnen machten in Wirklichkeit nicht eine fehlerhafte rechtliche Qualifizierung der Tatsachen, sondern eine fehlerhafte Wiedergabe der Tatsachen geltend. Das Gericht habe die Schreiben vom 22. Februar 2001 jedoch nicht unrichtig wiedergegeben. Die Kommission fügt hinzu, die Begriffe angemessene Behandlung und Gleichbehandlung seien im angefochtenen Urteil als Synonyme benutzt worden. Da die Kommission diese Begriffe ebenfalls als Synonyme benutzt habe, sei dieser Teil des Rechtsmittelgrundes insofern unzulässig, als die Rechtsmittelführerinnen diese Rüge bereits im ersten Rechtszug hätten geltend machen müssen.

D — *Zum vierten Rechtsmittelgrund*

64. Mit dem vierten Rechtsmittelgrund wird eine Verletzung des Art. 87 EG gerügt. Der Rechtsmittelgrund besteht aus drei Teilen. Der erste Teil betrifft die Anwendung der Ausnahme, die aus dem Wesen und der Systematik der Regelung hergeleitet wird, der zweite Teil richtet sich gegen die Beurteilung der Frage, ob ein Vorteil besteht, und der dritte Teil betrifft die Anwendung des Diskriminierungsverbots.

1. Zum ersten Teil

65. Mit dem ersten Teil des vierten Rechtsmittelgrundes machen die Rechtsmittelführerinnen geltend, die aus der Systematik der Regelung hergeleitete Ausnahme setze voraus, dass die Differenzierung untrennbar mit der Regelung verbunden sei, zu der sie gehöre. Dies sei vorliegend nicht der Fall. Die Lösung, der die französischen Behörden den Vorzug gegeben hätten, sei nicht unvermeidbar gewesen. Die Systematik der betreffenden Regelung hätte gefordert, vier Betreiber zu Bedingungen ausfindig zu machen, die die Einhaltung des Gleichheitsgrundsatzes gewährleistet hätten. Dies hätte verlangt, sich entweder für einen völligen Neubeginn des Erteilungsverfahrens zu entscheiden, das zu denselben Bedingungen für alle Bewerber stattgefunden hätte, oder für zwei Aufforderungen zur Einreichung von Bewerbungen, die nacheinander und zu unterschiedlichen Bedingungen erfolgt wären.

66. Die Entscheidung der französischen Behörden, für zwei aufeinanderfolgende Aufforderungen zur Einreichung von Bewerbungen zu sorgen und die Betreiber, die sich im Rahmen der zwei Aufforderungen beworben hätten, finanziell gleichzustellen, sei nicht unvermeidbar gewesen. Außerdem habe diese Entscheidung Orange und SFR einen selektiven Vorteil verschafft, insbesondere nämlich die frühere Erteilung der Lizenzen und die Zusage, als Bewerber ausgewählt zu werden. Schließlich müsse die Ausnahme, die aus der Systematik der Regelung hergeleitet werde, so weit wie möglich durch allgemeine Maßnahmen geregelt werden. Die Lösung, der die französischen Behörden den Vorzug gegeben hätten, sei aber keine allgemeine Maßnahme gewesen.

67. Die Kommission, die Französische Republik, Orange und SFR tragen vor, die Systematik der fraglichen Regelung setze voraus, dass die verschiedenen Kriterien, die die gemeinschaftliche Regelung für die Erteilung von UMTS-Lizenzen aufstelle, eingehalten würden, insbesondere, dass ein wettbewerbsbestimmter Markt geschaffen und die am 1. Januar 2002 ablaufende Frist eingehalten werde.

68. Die von den Rechtsmittelführerinnen vorgeschlagene Lösung, das Erteilungsverfahren völlig neu zu beginnen, hätte die Einhaltung dieser Kriterien nicht garantieren können. Erstens hätte die am 1. Januar 2002 ablaufende Frist nicht eingehalten werden können. Zweitens hätte bei einem völligen Neubeginn des Erteilungsverfahrens die Gefahr bestanden, dass die Betreiber, die sich im Rahmen der ersten Aufforderung beworben hätten, ihre Strategie geändert und keine Bewerbung eingereicht hätten. Bei einem völligen Neubeginn wäre jedenfalls nichts anderes herausgekommen, da die einzigen Bewerber Orange, SFR und Bouygues Télécom gewesen wären und die Auflagen für die Lizenzen, die in einem völlig neu begonnenen Verfahren erteilt worden wären, mit denen identisch gewesen wären, die die Bewerber letztendlich erhalten hätten. Die andere Lösung, die die Rechtsmittelführerinnen vorgeschlagen hätten, nämlich die Organisation zweier verschiedener Aufforderungen zur Einreichung von Bewerbungen, die jedoch unterschiedliche Bedingungen enthalten hätten, hätte den Grundsatz der Gleichbehandlung missachtet.

69. Die Kommission ist der Auffassung, die Orange und SFR erteilte Zusage, als Bewerber ausgewählt zu werden, sei auf die Entscheidung von Bouygues Télécom zurückzuführen, im Rahmen der ersten Aufforderung zur Einreichung von Bewerbungen nicht als Bewerber aufzutreten. Schließlich hätten die Ziele der gemeinschaftlichen Regelung für die Erteilung der UMTS-Lizenzen nicht durch allgemeine Maßnahmen erreicht werden können.

70. Orange ist der Ansicht, dieser Teil des Rechtsmittelgrundes sei unzulässig, da er auf eine neue Würdigung der im ersten Rechtszug geltend gemachten Klagegründe gerichtet sei.

2. Zum zweiten Teil

71. Mit dem zweiten Teil des vierten Rechtsmittelgrundes machen die Rechtsmittelführerinnen geltend, das Gericht habe bei der Anwendung des Art. 87 EG im Hinblick auf die Beurteilung, dass ein zeitweiliger Vorteil aufgrund der früheren Erteilung der Lizenzen an Orange und SFR zu verneinen sei, einen Rechtsfehler begangen. Das Gericht hätte nicht zunächst feststellen dürfen, dass für Orange und SFR aufgrund der früheren Erteilung der Lizenzen ein zeitweiliger potenzieller Vorteil bestanden habe, um sodann unter Berufung auf das Argument, dass Orange und SFR in der Praxis von diesem Vorteil nicht profitiert hätten, zu dem Ergebnis zu gelangen, dass eine Beihilfe nicht vorgelegen habe.

72. In diesem Zusammenhang führen die Rechtsmittelführerinnen zunächst aus, das Bestehen eines potenziellen Vorteils genüge für die Feststellung, dass eine Beihilfe vorliege. Da der Beihilfebegriff ein objektiver Begriff sei, hätte das Gericht bei seiner Beurteilung keine subjektiven Umstände berücksichtigen dürfen, die mit dem Marktverhalten der Betreiber oder den konkreten Auswirkungen der Beihilfen auf den Markt zu tun hätten. Der Umstand, dass sich die wirtschaftliche Lage von Orange und SFR, also der Unternehmen, denen der Vorteil zugutegekommen sei, nicht geändert habe, sei für die Feststellung einer Beihilfe unerheblich. Das Gericht hätte nur die Tatsache berücksichtigen dürfen, dass Orange und SFR durch die frühere Erteilung der Lizenzen einen konkreten und unmittelbaren Vorteil erlangt hätten.

73. Überdies habe das Gericht mit der Forderung an die Rechtsmittelführerinnen, die Folgen des wirklichen Vorteils nachzuweisen, die Beweislast umgekehrt. Da das Bestehen eines zeitweiligen Vorteils festgestellt worden sei, obliege es den durch diesen Vorteil Begünstigten, nachzuweisen, dass dieses Bestehen sich nicht durch einen wirklichen Nutzen konkretisiert habe.

74. Schließlich habe das Gericht einen Rechtsfehler begangen, als es berücksichtigt habe, dass kein Betreiber auf dem Markt tätig gewesen sei, denn Art. 87 EG sei auch in einer potenziellen Wettbewerbssituation anwendbar.

75. Die Kommission, die französische Regierung, Orange und SFR führen aus, das Gericht habe keinen Fehler begangen. Die Rechtsmittelführerinnen verwechselten die Prüfung der Frage, ob ein selektiver Vorteil bestehe, mit der Prüfung des Kriteriums der Wettbewerbsbeeinträchtigung. Der Vorteil müsse konkret sein. Die französische Regierung ist der Auffassung, die Kommission dürfe Änderungen berücksichtigen, die nach dem Zeitpunkt der untersuchten Maßnahme eingetreten seien.

76. Das Gericht habe mit der Feststellung, dass die beiden Betreiber aus der früheren Erteilung der Lizenzen keinen Nutzen gezogen hätten, weil sie nicht auf dem Markt tätig gewesen seien, keinen Rechtsfehler begangen. Die Kommission und Orange sind der Meinung, das Gericht habe zu Recht festgestellt, dass wegen des Rückstands bei der UMTS-Technologie die frühere Erteilung der Lizenzen keinen technologischen Vorteil dargestellt habe. Orange und SFR machen geltend, das Gericht habe die nicht überprüfbare Feststellung getroffen, dass Orange und SFR im vorliegenden Fall von dem potenziellen Vorteil nicht profitiert hätten.

77. Die Kommission fügt hinzu, das Argument einer fehlerhaften Anwendung des Wettbewerbsbegriffs greife nicht durch, da die Rechtsmittelführerinnen die Frage der Marktdefinition mit der des Marktzugangs verwechselt hätten. Der Markzugang sei das Kriterium, das im vorliegenden Zusammenhang zu berücksichtigen sei.

78. In Bezug auf die Beweislastumkehr ist die Kommission der Auffassung, das Gericht habe nur festgestellt, dass es theoretisch einen wirklichen Vorteil gebe, und es sei daher Sache der Rechtsmittelführerinnen, das Bestehen des Vorteils zu beweisen. Die Kommission, die französische Regierung und Orange sind der Ansicht, dass derjenige, der gegen eine Entscheidung der Kommission klage, nachweisen müsse, dass die Feststellungen der Kommission unzutreffend seien.

3. Zum dritten Teil

79. Mit dem dritten Teil des vierten Rechtsmittelgrundes machen die Rechtsmittelführerinnen geltend, das Gericht habe bei der

Anwendung des Diskriminierungsverbots einen Rechtsfehler begangen. Da sich Orange und SFR einerseits und Bouygues Télécom andererseits nicht in einer vergleichbaren Lage befunden hätten, verstoße die Gleichbehandlung durch die französischen Behörden gegen das Diskriminierungsverbot.

80. In diesem Zusammenhang verweisen die Rechtsmittelführerinnen auf den Grundsatz der Unabänderlichkeit der Zuteilungskriterien, die eine Änderung der Abgabenhöhe nicht zuließen. Außerdem gehöre die Beachtung der in der Richtlinie 97/13 verankerten Ziele nicht zu den in Art. 87 Abs. 2 EG abschließend aufgeführten Ausnahmen.

81. Die französischen Behörden hätten ausreichend Zeit gehabt, um vor Ablauf der am 1. Januar 2002 endenden Frist das Verfahren neu zu beginnen.

82. Die Kommission, die französische Regierung, Orange und SFR sind dagegen der Auffassung, das Gericht habe bei der Anwendung des Diskriminierungsverbots keinen Fehler begangen.

83. Orange macht geltend, dieser Teil des Rechtsmittelgrundes sei unzulässig, da sich die Rechtsmittelführerinnen darauf beschränkten, dieselben Argumente wie im ersten Rechtszug zu wiederholen.

84. Die Kommission und Orange tragen vor, die drei Inhaber der UMTS-Lizenzen hätten sich *de facto* in einer vergleichbaren Lage befunden, da Orange und SFR von der früheren Erteilung der Lizenzen materiell nicht profitiert hätten. Die französische Regierung und SFR führen aus, im Rahmen eines einzigen, wenn auch in mehreren Phasen durchgeführten Auswahlverfahrens sei dem Diskriminierungsverbot in einer Gesamtbetrachtung der beiden Aufforderungen zur Einreichung von Bewerbungen Rechnung zu tragen.

85. Die Kommission führt aus, die für öffentliche Aufträge und Konzessionen geltenden Verfahrensvorschriften seien nicht anwendbar. Zur Zulässigkeit der Änderungen der Auflagen, die mit den im Rahmen der ersten Aufforderung zur Einreichung von Bewerbungen erteilten Lizenzen verknüpft wurden, trägt die Kommission vor, der Grundsatz der Unabänderlichkeit sei weder in der Richtlinie 97/13 noch in einer anderen anwendbaren Bestimmung des Gemeinschaftsrechts zu finden. Orange führt aus, dieser Grundsatz sei ohnehin nicht geeignet, die Einhaltung des Diskriminierungsverbots in Frage zu stellen. Die Kommission, SFR und Orange meinen, die Möglichkeit, die Zuteilungsbedingungen zu ändern, sei ausdrücklich in der Richtlinie 97/13 vorgesehen.

86. Die Kommission schließlich trägt vor, allein der Umstand, dass eine staatliche Maßnahme die Lage eines Unternehmens

verbessere, bedeute, wenn der Staat als Marktregulierer tätig werde, nicht automatisch, dass eine Beihilfe vorliege. In einem solchen Fall sei erstens zu prüfen, ob ein Unternehmen einen Vorteil erlange, und zweitens, ob die Lage der beiden Unternehmen in Bezug auf das von der betreffenden Maßnahme verfolgte Ziel vergleichbar sei.

87. In Bezug auf das auf Art. 87 Abs. 2 EG gestützte Vorbringen weisen die Kommission und Orange darauf hin, dass die Rechtsmittelführerinnen die Frage, ob eine Beihilfe vorliege, mit der Frage verwechselten, ob diese Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sei.

88. Was das Vorbringen angeht, dass die Behörden ausreichend Zeit gehabt hätten, um das gesamte Verfahren vor Ablauf der am 1. Januar 2002 endenden Frist neu zu beginnen, so ist die französische Regierung der Auffassung, dass es sich um eine im Rechtsmittelverfahren unzulässige Tatsachenwürdigung handele. Auf jeden Fall hätten die Behörden nicht über die für einen Neubeginn des gesamten Verfahrens erforderliche Zeit verfügt.

VI — Rechtliche Würdigung

89. Mit dem dritten und dem vierten Rechtsmittelgrund wenden sich die Rechtsmittelführerinnen gegen die Feststellung des Gerichts, mit der eine staatliche Beihilfe verneint wird. Ich werde zunächst diese Rechtsmittelgründe prüfen (A), sodann den zweiten Rechtsmittelgrund betreffend das Vorliegen ernster Schwierigkeiten (B) und schließlich den ersten Rechtsmittelgrund betreffend die fehlerhafte Begründung (C).

A — *Zum dritten und zum vierten Rechtsmittelgrund*

90. Mit dem dritten und dem vierten Rechtsmittelgrund wenden sich die Rechtsmittelführerinnen gegen die Feststellung des Gerichts, dass der streitigen Änderung die Merkmale der Beihilfe fehlten. Sie haben ihr Vorbringen bezüglich des dritten und des vierten Rechtsmittelgrundes nach der Art der geltend gemachten Fehler, nicht aber entsprechend der Begründung des Gerichts geordnet. Meines Erachtens erleichtert es die Prüfung des dritten und des vierten Rechtsmittelgrundes, wenn deren einzelne Teile in der Reihenfolge der Begründung des angefochtenen Urteils untersucht werden [20].

91. Zunächst werde ich den dritten Teil des dritten Rechtsmittelgrundes untersuchen, der einen Teil des vorliegenden Sachverhalts betrifft, nämlich die inhaltliche Beurteilung des Schreibens der französischen Behörden vom 22. Februar 2001 (1).

92. Ich werde dann die Teile der Rechtsmittelgründe prüfen, die sich gegen den Teil

20 — Vgl. die Darstellung in den Nrn. 27 bis 32 dieser Schlussanträge.

des Urteils richten, in dem das Gericht festgestellt hat, dass der teilweise Verzicht des französischen Staates auf die Forderungen gegen SFR und Orange keinen selektiven Vorteil darstelle [21], also den ersten Teil des vierten Rechtsmittelgrundes betreffend das Vorbringen zur Systematik der Regelung (2) und den zweiten Teil des dritten Rechtsmittelgrundes betreffend das Vorbringen zur Ungewissheit der Forderungen (3).

93. Sodann werde ich den zweiten Teil des vierten Rechtsmittelgrundes prüfen, der sich gegen die Feststellung des Gerichts richtet, dass der zeitweilige potenzielle Vorteil aufgrund der früheren Erteilung der Lizenzen keinen selektiven Vorteil darstelle (4).

94. Schließlich werde ich die Teile untersuchen, die sich gegen den Teil des angefochtenen Urteils des Gerichts richten, die das Diskriminierungsverbot betreffen, d. h. den ersten Teil des dritten Rechtsmittelgrundes (5) und den dritten Teil des vierten Rechtsmittelgrundes (6).

1. Der Inhalt des Schreibens vom 22. Februar 2001 (dritter Teil des dritten Rechtsmittelgrundes)

95. Der dritte Teil des dritten Rechtsmittelgrundes richtet sich gegen Randnr. 107 des angefochtenen Urteils. In Randnr. 107 des angefochtenen Urteils hat das Gericht festgestellt, dass die französischen Behörden in den Schreiben vom 22. Februar 2001 den Betreibern, die sich im Rahmen der ersten Aufforderung zur Einreichung von Bewerbungen beworben hatten, nämlich SFR und Orange, die Gleichbehandlung mit den Betreibern versichert hätten, die sich im Rahmen der zweiten Aufforderung beworben hatten.

96. Die Rechtsmittelführerinnen sind der Auffassung, diese Feststellung stelle eine fehlerhafte Wiedergabe des Inhalts der Schreiben vom 22. Februar 2001 dar. Die Schreiben vom 22. Februar 2001 enthielten die Zusicherung einer „angemessenen" Behandlung der Betreiber, die sich im Rahmen der ersten und der zweiten Aufforderung zur Einreichung von Bewerbungen beworben hatten. Das Gericht habe aber den Inhalt der Schreiben als die Zusicherung einer „gleichen" Behandlung der beiden Bewerbergruppen gewürdigt.

97. Zunächst ist festzustellen, dass — anders als nach dem dritten Rechtsmittelgrund — die Rechtsmittelführerinnen nicht eine fehlerhafte rechtliche Qualifizierung von Tatsachen geltend machen. Eine fehlerhafte rechtliche Qualifizierung von Tatsachen besteht in einer fehlerhaften Anwendung einer Norm auf Tatsachen [22].

21 — Angefochtenes Urteil, Randnrn. 95 bis 126.

22 — Vgl. Nr. 3 der Schlussanträge des Generalanwalts Van Gerven vom 26. Juni 1991 in der Rechtssache Costacurta/Kommission (Urteil vom 21. November 1991, C-145/90 P, Slg. 1991, I-5449), Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, 2. Auflage, London 2006, S. 457, Randnr. 16-007.

98. Was aber die Rechtsmittelführerinnen geltend machen, ist eine fehlerhafte Würdigung des Inhalts der Schreiben vom 22. Februar 2001. Es handelt sich somit um eine fehlerhafte Würdigung von Tatsachen durch das Gericht, nicht aber um eine fehlerhafte rechtliche Qualifizierung von Tatsachen. Im Rahmen eines Rechtsmittels, das auf Rechtsfragen beschränkt ist, können die Rechtsmittelführer nicht die Tatsachenwürdigung des Gerichts angreifen, es sei denn, sie behaupten, das Gericht habe die Tatsachen offenkundig verfälscht [23]. Die Darlegung der Rechtsmittelführerinnen, die Schreiben vom 22. Februar 2001 hätten in Wirklichkeit einen anderen Inhalt als den vom Gericht zugrunde gelegten gehabt, ist eine solche Behauptung.

99. Die Geltendmachung eines Fehlers, der im ersten Rechtszug hätte gerügt werden können, aber nicht gerügt wurde, ist im Rechtsmittelverfahren unzulässig [24]. Da jedoch die Rechtsmittelführerinnen nicht einen bereits von der Kommission begangenen und vom Gericht übernommenen Fehler, sondern einen allein vom Gericht begangenen Fehler darlegen, ist die genannte Behauptung meines Erachtens nicht unzulässig.

100. Dieser Teil des dritten Rechtsmittelgrundes ist somit zulässig.

101. Er ist jedoch nicht begründet. Entgegen den Ausführungen der Rechtsmittelführerinnen hat das Gericht nicht festgestellt, dass die französischen Behörden den Betreibern, die sich im Rahmen der ersten Aufforderung zur Einreichung von Bewerbungen beworben hatten, die Gleichbehandlung mit den Betreibern versichert hatten, die sich im Rahmen der zweiten Aufforderung zur Einreichung von Bewerbungen beworben hatten.

102. Das Gericht hat in Randnr. 107 des angefochtenen Urteils die „Gleichbehandlung“ angeführt und sich auf Randnr. 14 des angefochtenen Urteils bezogen, wo es den Inhalt der Schreiben vom 22. Februar 2001 dargelegt hatte. In Randnr. 14 des angefochtenen Urteils ist das Gericht davon ausgegangen, dass die französischen Behörden in den genannten Schreiben eine angemessene Behandlung der Betreiber, die sich im Rahmen der ersten und der zweiten Aufforderung zur Einreichung von Bewerbungen beworben hatten, sowie die Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung hinsichtlich der öffentlichen Abgaben und des wirksamen Wettbewerbs zwischen den Betreibern zugesichert hatten [25]. Da die französischen Behörden die Begriffe „gleich“ und „angemessen“ in ihren Schreiben offensichtlich als Synonyme verwendeten, stellt der bloße Umstand, dass das Gericht bei der Beurteilung des Inhalts des Schreibens den Begriff „Gleichbehandlung“ benutzt hat, keine Verfälschung der Tatsachen dar.

103. Die Rechtsmittelführerinnen haben darüber hinaus kein Argument vorgebracht, das ihre Behauptung stützen könnte, das Gericht habe den Inhalt der Schreiben vom 22. Februar 2001 dadurch verfälscht, dass es sie als eine Zusicherung der Gleichbehandlung werte. Ich schlage daher vor, den dritten Teil

23 — Urteil des Gerichtshofs vom 1. Juni 1994, Kommission/Brazzelli Lualdi u. a. (C-136/92 P, Slg. 1994, I-1981, Randnr. 49), vom 2. März 1994, Hilti/Kommission (C-53/92 P, Slg. 1994, I-667, Randnr. 42), Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I., a. a. O. (Fn. 22), S. 455, Randnr. 16-005.

24 — Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I., a. a. O. (Fn. 22), S. 457, Randnr. 16-006.

25 — Angefochtenes Urteil, Randnr. 14.

des dritten Rechtsmittelgrundes als unbegründet zurückzuweisen.

2. Der Teilverzicht auf die Forderungen gegen Orange und SFR sowie die aus der Systematik der Regelung hergeleitete Ausnahme (erster Teil des vierten Rechtsmittelgrundes)

104. Zur Begründung seiner Auffassung, dass der teilweise Verzicht des französischen Staates auf die Forderungen gegen Orange und SFR keinen selektiven Vorteil darstelle, hat sich das Gericht auf eine aus dem Wesen und der Systematik der Regelung hergeleitete Ausnahme gestützt [26]. Das Gericht ist in diesem Zusammenhang insbesondere davon ausgegangen, dass die gemeinschaftliche Regelung die Gleichbehandlung der Betreiber bei der Erteilung der Lizenzen und der Festsetzung eventueller Abgaben zur Grundlage habe, den Mitgliedstaaten jedoch die Wahl des Verfahrens zur Erteilung der Lizenzen freistelle, solange sie die Grundsätze des freien Wettbewerbs und der Gleichbehandlung beachteten [27]. Sodann hat das Gericht darauf hingewiesen, dass bei der Anwendung des Begriffs der nicht diskriminierenden Abgaben im Sinne von Art. 11 Abs. 2 der Richtlinie 97/13 der Zeitpunkt des Markteintritts des jeweiligen Betreibers zu berücksichtigen sei [28]. Schließlich ist das Gericht davon ausgegangen, dass keine Beihilfe vorliege, solange die Modalitäten der Lizenzen in gleicher Weise für alle betroffenen Betreiber gälten [29]. Es ist zu dem Ergebnis gelangt, dass der Umstand, dass der Staat auf Mittel verzichtet und sich daraus möglicherweise für die von der Herabsetzung der Abgaben Begünstigten ein Vorteil ergeben habe, nicht ausreiche, um das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe anzunehmen, da der Forderungsverzicht unvermeidbar gewesen sei [30].

105. Die Rechtsmittelführerinnen sind der Auffassung, das Gericht habe nicht hinreichend erläutert, weshalb der Verzicht untrennbar mit der gemeinschaftlichen Regelung verbunden sei.

106. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass in dem Teil des Urteils, gegen den sich der vorliegende Teil des Rechtsmittelgrundes richtet [31], das Gericht (nur) die Frage geprüft hat, ob der Teilverzicht des französischen Staates auf die Forderungen gegen Orange und SFR als ein selektiver Vorteil zu betrachten ist. Seine Schlussfolgerung bezüglich der Unvermeidbarkeit aufgrund des Wesens und der Systematik der Regelung in Randnr. 111 des angefochtenen Urteils beschränkte sich somit auf die Unvermeidbarkeit des teilweisen Verzichts auf die Forderungen gegen Orange und SFR [32]. In diesem Zusammenhang ist somit die sachliche Richtigkeit der Begründung des Gerichts nur bezüglich der Unvermeidbarkeit des Teilverzichts zu prüfen, die aus dem Wesen und der Systematik der Regelung hergeleitet wird.

107. Das Gericht hat seine Schlussfolgerung auf die aus dem Wesen und der Systematik der Regelung hergeleitete Ausnahme gestützt. Die Anwendung der Ausnahme, die im Bereich der nationalen Systeme öffentlicher

26 — Ebd., Randnrn. 108 bis 112.
27 — Ebd., Randnr. 108.
28 — Ebd., Randnrn. 109 und 110.
29 — Ebd., Randnr. 110.
30 — Ebd., Randnr. 111.
31 — Ebd., Randnrn. 108 bis 111.
32 — Sie erstreckte sich weder auf die Unvermeidbarkeit der von den Rechtsmittelführerinnen behaupteten sonstigen Vorteile wie des angeblichen zeitweiligen Vorteils aufgrund der früheren Erteilung der Lizenzen noch auf den angeblichen Vorteil einer zugesicherten Auswahl.

Lasten entwickelt und angewandt wurde, bedarf im vorliegenden Fall zunächst einiger Überlegungen bezüglich der Rechtsgrundlage, die dieser Ausnahme zugrunde liegt (a). Sodann werde ich die Anwendung dieser Ausnahme durch das Gericht untersuchen (b).

a) Die Anwendbarkeit und die Rechtsgrundlage der im vorliegenden Fall aus dem Wesen und der Systematik der Regelung hergeleiteten Ausnahme

108. Bevor das Gericht seine Feststellung, dass ein selektiver Vorteil nicht vorliege, mit der aus dem Wesen und der Systematik der Regelung hergeleiteten Ausnahme begründet, nimmt es Bezug auf die Urteile Italien/Kommission [33], Spanien/Kommission [34] und AEM und AEM Torino [35]. Wie aus diesen Urteilen hervorgeht, wurde die aus dem Wesen und dem inneren Aufbau des Systems hergeleitete Ausnahme von der Rechtsprechung im Bereich der nationalen Systeme der öffentlichen Lasten entwickelt [36]. Nach dieser Rechtsprechung stellt eine Ungleichbehandlung von Unternehmen keinen selektiven Vorteil im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG dar, wenn die Ungleichbehandlung untrennbar mit dem Wesen und der Struktur des nationalen Systems der öffentlichen Lasten verbunden ist [37] oder, anders gesagt, wenn die Ungleichbehandlung aus der Logik des nationalen Systems der öffentlichen Lasten folgt [38].

109. In dogmatischer Hinsicht kann die genannte Ausnahme mit der Frage gleichgesetzt werden, ob die Ungleichbehandlung einen spezifischen Vorteil darstellt [39]. Eine andere Auffassung sieht die aus dem Wesen und der Systematik der Regelung hergeleitete Ausnahme als eine Anwendung des „rule of reason" im Bereich der nationalen Systeme der öffentlichen Lasten an [40].

110. Unabhängig von der dogmatischen Einordnung besteht die für die Anwendung der aus dem Wesen und der Systematik der Regelung hergeleiteten Ausnahme entscheidende Frage darin, ob die in Rede stehende Ungleichbehandlung dem inneren Wesen des nationalen Systems der öffentlichen Lasten immanent ist. Die Anwendung der Ausnahme im vorliegenden Fall, in dem es weder um eine Ungleichbehandlung geht, die aus der Logik eines Systems öffentlicher Lasten folgt, noch um eine solche, die aus einem nationalen System folgt, ist somit keinesfalls eindeutig.

33 — Urteil vom 2. Juli 1974, Italien/Kommission (173/73, Slg. 1974, 709, Randnr. 33).

34 — Urteil vom 26. September 2002, Spanien/Kommission (C-351/98, Slg. 2002, I-8031, Randnr. 42).

35 — Urteil vom 14. April 2005, AEM und AEM Torino (C-128/03 und C-129/03, Slg. 2005, I-2861, Randnr. 39).

36 — Der Gerichtshof hat eine solche Ausnahme erstmals im Urteil Italien/Kommission (angeführt in Fn. 33, Randnr. 33) angenommen.

37 — Urteile Italien/Kommission (angeführt in Fn. 33, Randnr. 33), vom 5. Oktober 1999, Frankreich/Kommission (C-251/97, Slg. 1999, I-6639, Randnr. 36), und vom 17. Juni 1999, Maribel (C-75/97, Slg. 1999, I-3671, Randnr. 33).

38 — Urteil des Gerichts vom 6. März 2002, Diputación Foral de Ávala (T-92/00 und T-103/00, Slg. 2002, II-1385, Randnr. 60).

39 — Vgl. insbesondere Urteile vom 10. Januar 2006, Cassa di Risparmio di Firenze u. a. (C-222/04, Slg. 2006, I-289, Randnrn. 137 und 138), vom 15. Dezember 2005, Unicredito Italiano (C-148/04, Slg. 2005, I-11137, Randnr. 51), vom 22. Juni 2006, Belgien und Forum 187/Kommission (C-182/03 und C-217/03, Slg. 2006, I-5479, Randnr. 119), und vom 15. Dezember 2005, Italien/Kommission (C-66/02, Slg. 2005, I-10901, Randnrn. 94 bis 102). Jedoch werden in einigen Urteilen die Selektivität einer Maßnahme und die aus dem Wesen und der Systematik der Regelung hergeleitete Ausnahme getrennt untersucht, vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 22. November 2001, Ferring (C-53/00, Slg. 2001, I-9067, Randnrn. 17 und 18), und Urteil des Gerichts vom 10. April 2008, Niederlande/Kommission (T-233/04, Slg. 2008, II-591, Randnrn. 97 bis 99), sowie Nrn. 315 bis 319 der Schlussanträge des Generalanwalts Léger vom 9. Februar 2006 in der Rechtssache Belgien und Forum 187/Kommission.

40 — Vgl. Heidenhain, M., *Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts*, München, 2003, S. 163.

111. Im Urteil AEM und AEM Torino hat der Gerichtshof zwar die Auffassung vertreten, die innere Logik eines nationalen Systems öffentlicher Lasten könne durch Vorschriften des Gemeinschaftsrechts beeinflusst werden. In jenem Urteil hat er anerkannt, dass eine Differenzierung im nationalen System der öffentlichen Lasten, mit der das Ziel verfolgt werde, den Vorteil auszugleichen, der bestimmten Unternehmen durch die Umsetzung einer Richtlinie entstanden sei, aus der Natur oder dem inneren Aufbau dieses nationalen Systems öffentlicher Lasten folge [41]. Selbst bei Berücksichtigung dieses Aspekts des Urteils AEM und AEM Torino kann jedoch meines Erachtens die aus dem Wesen und dem inneren Aufbau des Systems öffentlicher Lasten hergeleitete Ausnahme, wie sie von der Rechtsprechung anerkannt wurde, im vorliegenden Fall nicht unmittelbar angewandt werden.

112. Im Hinblick auf die Besonderheiten des vorliegenden Falls sehe ich auch keine Notwendigkeit für eine analoge Anwendung der genannten Ausnahme.

113. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs betrifft Art. 87 Abs. 1 EG Entscheidungen, mit denen die Mitgliedstaaten ihre eigenen wirtschafts- und sozialpolitischen Ziele verfolgen, indem sie Unternehmen oder anderen Rechtssubjekten einseitig aus eigenem Recht Mittel zur Verfügung stellen oder Vorteile einräumen, die der Verwirklichung der wirtschafts- und sozialpolitischen Ziele dienen sollen [42].

114. Da Art. 87 Abs. 1 EG nicht auf Maßnahmen des europäischen Gesetzgebers anwendbar ist [43], müssen, damit Vergünstigungen als Beihilfen im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG eingestuft werden können, die Maßnahmen u. a. dem Staat zuzurechnen sein [44]. Die Maßnahme eines Mitgliedstaats, die das Gemeinschaftsrecht fordert, kann somit nicht als eine staatliche Maßnahme im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG eingestuft werden. Anderenfalls würde diese Rechtshandlung des europäischen Gesetzgebers faktisch der Kontrolle des Art. 87 Abs. 1 EG unterworfen [45].

115. Nach Art. 10 EG haben die Mitgliedstaaten die Vorschriften des Gemeinschaftsrechts umzusetzen. Speziell bestimmt Art. 249 Abs. 3 EG, dass eine Richtlinie für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich ist, und Art. 249 Abs. 4 EG legt fest, dass eine Entscheidung in allen ihren Teilen für diejenigen verbindlich ist, die sie bezeichnet.

116. Es ist daher zu prüfen, ob die französischen Behörden, indem sie auf die Forderungen gegen Orange und SFR teilweise verzichteten, lediglich ihre Verpflichtungen aus der gemeinschaftlichen Regelung und somit aus den Art. 10 EG und 249 Abs. 3 und 4 EG erfüllten. Die genannte Maßnahme wäre dann nicht dem französischen Staat

41 — Vgl. Randnrn. 39 bis 43 des Urteils AEM und AEM Torino (angeführt in Fn. 35).

42 — Urteile des Gerichtshofs vom 27. März 1980, Denkavit italiana (61/79, Slg. 1980, 1205, Randnr. 31), und des Gerichts vom 5. April 2006, Deutsche Bahn/Kommission (T-351/02, Slg. 2006, II-1047, Randnr. 100).

43 — Urteil vom 13. Oktober 1982, Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor (213/81 bis 215/81, Slg. 1982, 3583, Randnr. 22), Heidenhain, M., a. a. O. (Fn. 40), S. 23.

44 — Vgl. Urteile vom 16. Mai 2002, Frankreich/Kommission (C-482/99, Slg. 2002, I-4397, Randnr. 24 und die dort angeführte Rechtsprechung), und Deutsche Bahn/Kommission (angeführt in Fn. 42, Randnr. 100).

45 — Eine ähnliche Auffassung vertrat das Gericht im Urteil Deutsche Bahn/Kommission (angeführt in Fn. 42, Randnrn. 100 bis 105).

zuzurechnen, sondern wäre in Wirklichkeit Ausfluss einer Handlung des europäischen Gesetzgebers und unterläge somit nicht Art. 87 Abs. 1 EG.

117. Im Ergebnis bin ich der Ansicht, dass zwar die aus dem Wesen und der Systematik eines nationalen Systems öffentlicher Abgaben hergeleitete Ausnahme im vorliegenden Fall nicht anwendbar ist, dass jedoch eine Ausnahme, die darauf gestützt wird, dass eine nationale Maßnahme aufgrund des Wesens und der Systematik der gemeinschaftlichen Regelung unvermeidbar ist, vorliegend anwendbar sein kann. Es ist daher zu prüfen, wie dies das Gericht getan hat, ob im vorliegenden Fall der teilweise Verzicht unvermeidbar aus der gemeinschaftlichen Regelung folgte.

b) Die Anwendung der auf das Wesen und die Systematik der gemeinschaftlichen Regelung gestützten Ausnahme

118. Die Rechtsmittelführerinnen machen geltend, das Gericht habe nicht erläutert, weshalb der teilweise Verzicht auf die Forderungen gegen Orange und SFR unvermeidbar gewesen sei.

119. Zunächst erscheint es mir angebracht, daran zu erinnern, dass das Gericht in dem fraglichen Teil des angefochtenen Urteils nur die Frage erörtert hat, ob der teilweise Verzicht auf die Forderungen gegen Orange und SFR unvermeidbar war [46].

120. Die französischen Behörden hatten sich für ein Verfahren des „vergleichenden" Angebots entschieden [47] und stellten am 31. Januar 2001 fest, dass die erste Aufforderung zur Einreichung von Bewerbungen teilweise gescheitert sei. Sie stellten fest, dass die Anwesenheit von nur zwei Betreibern auf dem Markt nicht ausreichend sei, um die Entwicklung eines echten Wettbewerbs zu gewährleisten, und dass die Bewerber wegen der Höhe der Abgaben ausgeblieben seien.

121. In Anbetracht der Verpflichtung der Mitgliedstaaten nach Art. 10 Abs. 4 der Richtlinie 97/13, möglichst viele Lizenzen zu erteilen, um die Entwicklung des Wettbewerbs auf dem UMTS-Markt zu garantieren, durften sich die französischen Behörden nicht mit der Erteilung der zwei Lizenzen an Orange und SFR begnügen, sondern mussten weitere Betreiber gewinnen, indem sie die Lizenzen zu günstigeren Bedingungen anboten, vor allem bezüglich der Höhe der Abgaben.

122. Angesichts dieser Verpflichtung hatten die französischen Behörden zu prüfen, wie sich die Senkung der Abgabenhöhe für die

46 — Vgl. Nr. 106 dieser Schlussanträge.

47 — Das Gericht ging davon aus, dass die gemeinschaftliche Regelung die französischen Behörden nicht zur Durchführung öffentlicher Versteigerungen verpflichtete, siehe angefochtenes Urteil, Randnr. 108.

zukünftigen Bewerber auf die Auflagen auswirken würde, die mit den Lizenzen für Orange und SFR verknüpft waren. Wie das Gericht im angefochtenen Urteil feststellte [48], waren die Behörden verpflichtet, das Diskriminierungsverbot nach Art. 11 Abs. 2 der Richtlinie 97/13 zu beachten. Die französischen Behörden waren somit verpflichtet, auf ihre Forderungen gegen Orange und SFR teilweise zu verzichten, soweit dieser Verzicht für die Einhaltung des Diskriminierungsverbots in Bezug auf Orange und SFR und die zukünftigen Bewerber erforderlich war.

123. Wie das Gericht festgestellt hat, besteht eine Diskriminierung in der Anwendung unterschiedlicher Vorschriften auf gleiche Sachverhalte oder in der Anwendung derselben Vorschrift auf unterschiedliche Sachverhalte [49]. Die Beurteilung der beiden Sachverhalte danach, ob sie im Sinne des Diskriminierungsverbots gleich sind oder nicht, hängt jedoch insbesondere von den Zielen der betreffenden gemeinschaftlichen Regelung ab [50].

124. Ein wichtiges Ziel der gemeinschaftlichen Regelung war es nach Art. 11 Abs. 2 der Richtlinie 97/13, die Entwicklung des Wettbewerbs zu fördern. Auf dem Gebiet der Wirtschaft sind geschützter Wettbewerb und Nichtdiskriminierung eng miteinander verbunden [51].

125. Eine grundlegende Voraussetzung für die Entwicklung eines wirksamen Wettbewerbs auf einem Markt ist die Garantie angemessener Wettbewerbsbedingungen für die einzelnen Wirtschaftsteilnehmer. Eine Änderung der mit den Lizenzen für Orange und SFR verknüpften Auflagen war somit durch Art. 11 Abs. 2 der Richtlinie 97/13 geboten, soweit die Anwendung der ursprünglichen Bedingungen der ersten Aufforderung zur Einreichung von Bewerbungen auf die Lizenzen für Orange und SFR nicht geeignet war, angemessene Wettbewerbsbedingungen für Orange und SFR einerseits und die zukünftigen Bewerber andererseits zu gewährleisten.

126. Ausgangspunkt bei der Gewährleistung angemessener Wettbewerbsbedingungen für die Wirtschaftsteilnehmer auf einem neu entstehenden Markt ist zunächst die Gewährleistung gleicher Bedingungen für alle Wirtschaftsteilnehmer. In diesem Zusammenhang weise ich darauf hin, dass — wie das Gericht

48 — Angefochtenes Urteil, Randnr. 108.

49 — Ebd., Randnr. 129.

50 — Herny, R., „Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes", LGDJ, 2003, S. 357, geht davon aus, dass es eine Gleichartigkeit oder eine Besonderheit der Sachverhalte für sich genommen nicht gebe, sondern dass die Beurteilung des Sachverhalts allein nach Maßgabe des Gegenstands und des Ziels der Vorschrift erfolge. Vgl. auch Urteile vom 13. Februar 2003, Spanien/Kommission (C-409/00, Slg. 2003, I-1487, Randnr. 47), vom 8. November 2001, Adria–Wien Pipeline und Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, Slg. 2001, I-8365, Randnrn. 41 und 42), und vom 3. März 2005, Heiser (C-172/03, Slg. 2005, I-1627, Randnr. 40). Zwar beziehen sich diese Urteile auf die Auslegung des Art. 87 Abs. 1 EG. Meines Erachtens kann dieser Rechtsprechung gleichwohl entnommen werden, dass für die Feststellung, ob zwei Sachverhalte gleich oder unterschiedlich sind, die Sachverhalte unter Berücksichtigung der Ziele der gemeinschaftlichen Regelung zu beurteilen sind.

51 — Herny, R., a. a. O. (Fn. 50), S. 263.

festgestellt hat [52] — das Verhältnis zwischen der Höhe der von Orange und SFR in der ersten Aufforderung zur Einreichung von Bewerbungen verlangten Abgaben und der Höhe der Abgaben, die nach Auffassung der französischen Behörden geeignet waren, zusätzliche Bewerber zu gewinnen, bei 8 zu 1 lag. Mir scheint es offensichtlich [53], dass eine Kürzung der Forderungen, die ursprünglich im Hinblick auf die Betreiber, die sich im Rahmen der ersten Aufforderung zur Einreichung von Bewerbungen beworben hatten, vorgesehen war, erforderlich war, um angemessene Wettbewerbsbedingungen für Orange und SFR einerseits und die zukünftigen Bewerber andererseits zu gewährleisten [54].

c) Ergebnis

127. Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass das Gericht in Randnr. 111 des angefochtenen Urteils zu Recht festgestellt hat, dass der teilweise Verzicht auf die Forderungen gegen Orange und SFR unvermeidbar gewesen sei. Da diese Erwägungen ganz offensichtlich waren und bereits im Verfahren vor der Kommission erörtert worden waren, bin ich nicht der Meinung, dass das Gericht es versäumt hat, zu begründen, weshalb der Verzicht auf die Forderungen gegen Orange und SFR unvermeidbar war.

128. Ich schlage daher vor, den ersten Teil des vierten Rechtsmittelgrundes zurückzuweisen und die Begründung des Gerichts, die die Rechtsgrundlage für die aus dem Wesen und der Systematik der Regelung hergeleitete Ausnahme betrifft, zu ersetzen.

3. Die Ungewissheit der Forderungen (zweiter Teil des dritten Rechtsmittelgrundes)

129. Das Gericht hat in Randnr. 107 des angefochtenen Urteils festgestellt, dass die Forderung des Staates nicht sicher gewesen sei, da die Bewerber noch die Möglichkeit gehabt hätten, ihre Anträge bis zum 31. Mai 2001 zurückzuziehen und in der Folgezeit auf ihre Lizenz zu verzichten und die Zahlung der Abgabe einzustellen.

130. Die Rechtsmittelführerinnen wenden sich gegen diese Beurteilung. Sie sind der Meinung, der französische Staat habe auf die Forderungen gegen Orange und SFR am 3. Dezember 2002 teilweise verzichtet. Zu diesem Zeitpunkt hätten Orange und SFR ihre Anträge nicht mehr zurücknehmen können.

131. Meines Erachtens geht dieser Teil des Rechtsmittelgrundes ins Leere. Ein Rechtsmittelgrund geht ins Leere, wenn er die angefochtene Feststellung nicht in Frage stellen kann [55]. Das Gericht hat seine Beurteilung, dass der teilweise Verzicht keinen

52 — Angefochtenes Urteil, Randnr. 145.

53 — In ihrer Rechtsmittelschrift stellen die Rechtsmittelführerinnen im Übrigen nicht grundsätzlich in Frage, dass die französischen Behörden auf die Forderungen gegen Orange und SFR teilweise verzichten konnten. Nach ihrer Auffassung hätte für die französischen Behörden eine Möglichkeit darin bestanden, das gesamte Verfahren neu zu beginnen, was zu gleichen Bedingungen für alle Bewerber geführt hätte, die in diesem neuen Verfahren berücksichtigt worden wären. Was die Rechtsmittelführerinnen dagegen beanstanden, ist, dass das Vorgehen der französischen Behörden Orange und SFR einen Vorteil brachte, der darin bestand, dass die Lizenzen früher erteilt wurden und die Auswahl zugesichert wurde.

54 — Wie bereits oben ausgeführt (vgl. Nrn. 106 und 119 dieser Schlussanträge), beschränkt sich diese Prüfung auf die Frage, ob der teilweise Verzicht auf die Forderungen gegen Orange und SFR unvermeidbar war. Eine andere Frage ist die Bewertung des Vorgehens der französischen Behörden bei der Veranstaltung von zwei aufeinanderfolgenden Aufforderungen zur Einreichung von Bewerbungen und bei der rückwirkenden Anwendung der gleichen Bedingungen auf die Betreiber, die sich im Rahmen der beiden Aufforderungen beworben hatten. Diese Frage ist später zu prüfen (vgl. Nrn. 144 bis 179 dieser Schlussanträge).

55 — Urteil vom 12. Juli 2001, Kommission und Frankreich/TF1 (C-302/99 P und C-308/99 P, Slg. 2001, I-5603, Randnrn. 26 bis 29), Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I., a. a. O. (Fn. 22), S. 465, Randnr. 16-019.

selektiven Vorteil darstelle, auf zwei Argumente gestützt, nämlich zum einen auf die Ungewissheit der Forderungen und zum anderen auf die aus dem Wesen und der Systematik der Regelung hergeleitete Ausnahme. Da der erste Teil des vierten Rechtsmittelgrundes, der sich gegen die Begründung des Gerichts richtet, die sich auf die aus dem Wesen und der Systematik der Regelung hergeleitete Ausnahme stützt, zurückzuweisen ist [56], kann die Feststellung des Gerichts allein mit dieser Begründung hinreichend gerechtfertigt werden. Die Mängel, mit denen die auf die Ungewissheit der Forderungen gestützte Begründung behaftet sein könnte, sind somit auf jeden Fall ohne Einfluss auf den Tenor des angefochtenen Urteils. Der vorliegende Teil des Rechtsmittelgrundes geht daher ins Leere.

132. Was die Begründetheit des vorliegenden Teils angeht, so ist zunächst zwischen dem Zeitraum, der vom 31. Januar 2001 bis zum 31. Mai 2001 reicht, und der streitigen Änderung vom 3. Dezember 2002 zu unterscheiden.

133. Am 31. Januar 2001 stellten die französischen Behörden fest, dass zwei Bewerber ihre Bewerbungen eingereicht hätten und dass dies nicht ausreichend sei, um einen wirksamen Wettbewerb auf dem UMTS-Markt zu gewährleisten. Sie gaben daher bekannt, dass eine zweite Aufforderung zur Einreichung von Bewerbungen erforderlich sein werde. Nach dieser Bekanntgabe setzten sich Orange und SFR mit den französischen Behörden in Verbindung und verlangten, dass die Grundsätze der Gleichbehandlung hinsichtlich der öffentlichen Abgaben und des wirksamen Wettbewerbs zwischen den Betreibern zu beachten seien.

134. Zu diesem Zeitpunkt hätten Orange und SFR ihre Bewerbungen noch zurückziehen können. Die Möglichkeit, dass Orange und SFR die in der ersten Aufforderung zur Einreichung von Bewerbungen enthaltenen Auflagen annehmen würden, wenn die in der zweiten Aufforderung zur Einreichung von Bewerbungen enthaltenen Auflagen wesentlich günstiger waren, war, wie die Kommission feststellte, eher theoretisch [57].

135. In Anbetracht dieser Umstände konnten die Forderungen des französischen Staates gegen Orange und SFR zu Recht als ungewiss eingestuft werden, zumindest von dem Zeitpunkt an, in dem die französischen Behörden ihre Absicht bekannt gegeben hatten, eine zweite Aufforderung zur Einreichung von Bewerbungen mit deutlich günstigeren Auflagen zu veröffentlichen.

136. Unter diesen Umständen sagten die französischen Behörden auf ausdrückliche Bitte von Orange und SFR eine im Verhältnis zu den Betreibern, die sich im Rahmen der zweiten Aufforderung zur Einreichung von Bewerbungen bewarben, angemessene Behandlung zu. Aufgrund dieser Zusage konnten Orange und SFR davon ausgehen, dass die mit ihren Lizenzen verknüpften Auflagen in dem Maße geändert würden, wie dies erforderlich war, um eine angemessene Behandlung sicherzustellen. Es war daher vor dem 31. Mai 2001 klar, dass die Auflagen, die mit den Lizenzen für Orange und SFR verknüpft waren, einem Änderungsvorbehalt unterlagen. Als die französischen Behörden bekannt gaben, dass die Höhe der Abgaben für die

56 — Vgl. Nrn. 104 bis 128 dieser Schlussanträge.

57 — 27. Erwägungsgrund der strittigen Entscheidung.

Bewerber bezüglich der zweiten Aufforderung zur Einreichung von Bewerbungen deutlich niedriger sein würde, umfasste der Änderungsvorbehalt somit bereits die Zusage für einen teilweisen Verzicht auf die Forderungen gegen Orange und SFR. Dies stellte die Kommission in der streitigen Entscheidung fest [58], wo sie davon ausging, dass „die rückwirkende Angleichung … sich bereits implizit aus den Auflagen [ergab], die für die im ersten Anlauf erteilten Lizenzen vereinbart waren". Unter diesen Umständen ist es meines Erachtens nicht möglich, die Forderungen gegen Orange und SFR als gegenwärtig und unbestreitbar einzustufen.

137. Im Ergebnis waren somit die Forderungen gegen Orange und SFR vor der Zusage einer angemessenen Behandlung in den Schreiben vom 22. Februar 2001 als ungewiss anzusehen. Nach diesen Schreiben war klar, dass die Auflagen, mit denen die Lizenzen für Orange und SFR verknüpft waren, dem Vorbehalt eines teilweisen Verzichts unterlagen. In Anbetracht dieser Umstände stellt somit die Tatsache, dass Orange und SFR ihre Angebote am 3. Dezember 2002 nicht mehr zurücknehmen konnten, die Schlussfolgerung des Gerichts in Randnr. 107 des angefochtenen Urteils, dass es sich um einen teilweisen Verzicht auf ungewisse Forderungen gehandelt habe, nicht in Frage.

138. Ich schlage daher vor, den zweiten Teil des dritten Rechtsmittelgrundes als nicht stichhaltig, hilfsweise, als unbegründet zurückzuweisen.

58 — Vgl. 27. Erwägungsgrund der strittigen Entscheidung.

4. Der zeitweise selektive Vorteil (zweiter Teil des vierten Rechtsmittelgrundes)

139. In den Randnrn. 113 bis 122 des angefochtenen Urteils hat das Gericht geprüft, ob die frühere Erteilung der Lizenzen an Orange und SFR diesen einen zeitweiligen selektiven Vorteil gegenüber Bouygues Télécom verschaffte. Das Gericht hat zunächst die frühere Erteilung der Lizenzen als potenziellen Vorteil eingestuft [59], es hat dann festgestellt, dass dieser potenzielle Vorteil Orange und SFR nichts genützt habe [60], und ist schließlich in Randnr. 122 des angefochtenen Urteils zu dem Ergebnis gekommen, dass die frühere Erteilung der Lizenzen an Orange und SFR keinen Wettbewerbsvorteil gegenüber Bouygues Télécom dargestellt habe.

140. In den Randnrn. 123 bis 126 des angefochtenen Urteils hat das Gericht hinzugefügt, dass ein Orange und SFR virtuell gewährter Vorteil jedenfalls das einzige Mittel gewesen sei, um den Anforderungen der gemeinschaftlichen Regelung gerecht zu werden.

141. Im zweiten Teil des vierten Rechtsmittelgrundes machen die Rechtsmittelführerinnen geltend, das Gericht habe einen Rechtsfehler in Bezug auf den Begriff der Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG begangen. Es habe in Randnr. 113 des angefochtenen Urteils festgestellt, dass ein potenzieller Vorteil bestehe; dies hätte genügt, um eine Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG zu bejahen.

59 — Angefochtenes Urteil, Randnrn. 113 bis 115.

60 — Ebd., Randnrn. 115 bis 121.

142. Dieser Teil des Rechtsmittelgrundes geht meines Erachtens ins Leere [61]. Das Gericht stützt seine Schlussfolgerung, dass der angebliche zeitweilige Vorteil keinen selektiven Vorteil darstelle, zum einen in den Randnrn. 113 bis 122 des angefochtenen Urteils auf die Feststellung, dass der Vorteil Orange und SFR nichts genützt habe, und zum anderen in den Randnrn. 123 bis 125 des angefochtenen Urteils auf die Feststellung, dass die Verschaffung eines etwaigen zeitweiligen Vorteils jedenfalls das einzige Mittel gewesen sei, um den Anforderungen der gemeinschaftlichen Regelung gerecht zu werden. Die Rechtsmittelführerinnen sind gegen die Hilfsbegründung des Gerichts in den Randnrn. 123 bis 125 des angefochtenen Urteils nicht förmlich vorgegangen. Der vorliegende Teil des Rechtsmittelgrundes geht daher ins Leere, denn die Mängel, mit denen die Begründung in den Randnrn. 113 bis 122 des angefochtenen Urteils behaftet sein könnte, haben keine Auswirkungen auf die Hilfsbegründung in den Randnrn. 123 bis 125 des angefochtenen Urteils und somit auch nicht auf die Schlussfolgerung des Gerichts.

143. Was die Begründetheit des vorliegenden Teils angeht, so werde ich zunächst die Anwendung des Begriffs des Vorteils im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG in den Randnrn. 113 bis 122 des angefochtenen Urteils untersuchen (a). Sodann werde ich prüfen, ob die angegriffene Schlussfolgerung auf die Hilfsbegründung in den Randnrn. 123 bis 125 des angefochtenen Urteils gestützt werden kann, der die aus dem Wesen und der Systematik der gemeinschaftlichen Regelung hergeleitete Ausnahme zugrunde liegt (b).

61 — Wie oben ausgeführt (vgl. Nr. 131 dieser Schlussanträge), geht ein Rechtsmittelgrund ins Leere, wenn die angegriffene Schlussfolgerung auf eine alternative Begründung gestützt werden und der Rechtsmittelgrund die angegriffene Schlussfolgerung somit nicht zu Fall bringen kann.

a) Der Begriff des Vorteils im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG

144. In dem angefochtenen Urteil hat das Gericht zunächst festgestellt, dass Orange und SFR durch den eineinhalb Jahre früheren Erhalt der Lizenzen grundsätzlich einen selektiven Vorteil gegenüber Bouygues Télécom erlangt hätten [62]. Es ist zu dem Ergebnis gekommen, dass dieser potenzielle Vorteil Orange und SFR nichts genützt habe [63]. Die Kommission habe zur Zeit des Erlasses der angefochtenen Entscheidung feststellen können, dass Orange und SFR von dem zeitweiligen Vorteil der früheren Erteilung ihrer Lizenzen nicht profitiert hätten, und somit annehmen können, dass Orange und SFR nicht wirklich in den Genuss eines Wettbewerbsvorteils gegenüber Bouygues Télécom gekommen seien [64].

145. Die Rechtsmittelführerinnen machen vor allem geltend, die frühere Erteilung der Lizenzen sei als solche ein konkreter und unmittelbarer Vorteil gewesen. Dadurch dass es einen Vorteil verneint habe, weil Orange und SFR nicht in den Genuss dieses Vorteils gelangt seien, habe das Gericht in seinem Urteil einen Rechtsfehler begangen. Für den Begriff der Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG sei es unerheblich, ob sich die Lage des Begünstigten in zeitlicher Hinsicht verbessert habe.

146. Diese Rüge ist meines Erachtens nicht unbegründet.

62 — Angefochtenes Urteil, Randnrn. 113 und 114.
63 — Ebd., Randnrn. 115 bis 121.
64 — Ebd., Randnr. 122.

147. Eine Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG setzt voraus, dass eine staatliche Maßnahme ein Unternehmen im Vergleich zu einem anderen begünstigt [65]. Zu dem Zeitpunkt, als Orange und SFR ihre Lizenzen erhielten, waren sie die einzigen Unternehmen, die Zugang zum UMTS-Markt hatten. Die ausschließliche Möglichkeit des Zugangs zum UMTS-Markt war für Orange und SFR eine Vergünstigung gegenüber den anderen Unternehmen.

148. In den Randnrn. 116 bis 122 des angefochtenen Urteils hat das Gericht das Vorliegen einer Beihilfe verneint, indem es festgestellt hat, dass die Empfänger nicht von dieser Vergünstigung hätten profitieren können. Diese Auffassung ist meines Erachtens unzutreffend.

149. Erstens scheint mir die Frage, ob die Empfänger von der staatlichen Maßnahme profitieren können, eher das Wettbewerbsverhältnis zwischen den Unternehmen zu betreffen als das Vorliegen einer Beihilfe.

150. Zwar ist ein Vorteil, der einem auf einem Markt tätigen Unternehmen gewährt wird, geeignet, den Wettbewerb zum Nachteil der anderen auf demselben Markt tätigen Unternehmen zu verfälschen oder möglicherweise zu verfälschen. Der Zusammenhang zwischen dem Vorteil und der Wettbewerbsverfälschung ist ganz offensichtlich [66]. Die umgekehrte Schlussfolgerung jedoch, dass das Fehlen einer Wettbewerbsverfälschung auf das Fehlen eines Vorteils hindeutet, steht nicht im Einklang mit Art. 87 Abs. 1 EG. Die letztgenannte Vorschrift gilt sowohl für Beihilfen, die den Wettbewerb verfälschen, als auch für solche, die den Wettbewerb verfälschen können. Da es nicht erforderlich ist, dass eine Beihilfe tatsächlich den Wettbewerb verfälscht, lässt die *a posteriori* getroffene Feststellung, dass Orange und SFR von der früheren Erteilung ihrer Lizenzen nicht profitierten, nicht den Schluss zu, dass ein Vorteil nicht bestand.

151. Zweitens beurteilt sich die Frage nach dem Vorliegen einer Beihilfe von dem Zeitpunkt aus, in dem die staatliche Maßnahme getroffen wurde [67]. Meines Erachtens ist es daher nicht möglich, ausgehend von einer *a posteriori* vorgenommenen Untersuchung des Wettbewerbsvorteils, den Orange und SFR aus einer Vergünstigung gezogen haben, das Bestehen eines Vorteils für Orange und SFR zu verneinen. Jedenfalls ist es fehlerhaft, die Wettbewerbsvorteile für den Zeitpunkt zu berücksichtigen, in dem die Kommission ihre Entscheidung erließ, wie das Gericht es in Randnr. 122 des angefochtenen Urteils getan hat. Da sich die Wettbewerbsvorteile einer staatlichen Maßnahme mit der Zeit ändern

65 — Urteile vom 27. Januar 1998, Ladbroke Racing/Kommission (T-67/94, Slg. 1998, II-1, Randnr. 52), und vom 7. Juni 2006, Ufex u. a./Kommission (T-613/97, Slg. 2006, II-1531, Randnr. 67).

66 — Cremer, W., „Artikel 87", in C. Callies und M. Ruffert, *Kommentar zum EU-Vertrag und EG-Vertrag*, Beck, 3. Aufl. 2007, S. 1176, Randnr. 21.

67 — Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 16. Mai 2002, Frankreich/Kommission (angeführt in Fn. 44, Randnr. 71). Nach diesem Urteil „[muss man sich] in den Kontext der Zeit zurückversetzen …, in der die [Maßnahmen] getroffen wurden, … und … sich jeder Beurteilung aufgrund einer späteren Situation enthalten". Obwohl sich diese Stelle auf das Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden privaten Kapitalgebers bezieht, kann diese Regel hinsichtlich des maßgebenden Zeitpunkts meines Erachtens auf den vorliegenden Fall angewandt werden. Vgl. auch Urteil Adria-Wien Pipeline und Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (angeführt in Fn. 50, Randnr. 41), dem zufolge es nicht darauf ankommt, ob die Situation des Begünstigten unverändert geblieben ist. Die Voraussetzungen für die Anwendung sind somit für den Zeitpunkt zu prüfen, in dem die staatliche Maßnahme getroffen wird.

können, darf die Frage, ob eine Beihilfe vorliegt, nicht von dem Zeitpunkt aus beantwortet werden, zu dem die Kommission ihre Entscheidung erließ [68].

152. Drittens kann die Begründung des Gerichts auch nicht darauf gestützt werden, dass es zu dem Zeitpunkt, als Orange und SFR die Lizenzen erteilt wurden, vorhersehbar gewesen sei, dass Orange und SFR von dieser Vergünstigung nicht profitieren würden. Im Gegenteil, die französischen Behörden hatten gerade deswegen beschlossen, das Verfahren für die Erteilung der Lizenzen nicht völlig neu zu beginnen, weil sichergestellt werden sollte, dass ab 1. Januar 2002 auf dem UMTS-Markt eine Mindestzahl von Betreibern tätig werden konnte. Zum Zeitpunkt der Erteilung der Lizenzen an Orange und SFR konnte somit nicht ausgeschlossen werden, dass die Erteilung den genannten Betreibern den Zugang zum UMTS-Markt vor den zukünftigen Bewerbern ermöglichen würde.

153. Indem sich das Gericht auf eine *a posteriori* vorgenommene Analyse der Wettbewerbsvorteile, die Orange und SFR aus der früheren Erteilung der Lizenzen ziehen konnten, gestützt hat, um das Vorliegen eines selektiven Vorteils zu verneinen, hat es bei seiner Begründung in den Randnrn. 113 bis 122 des angefochtenen Urteils einen Rechtsfehler begangen.

154. Da das Gericht seine Feststellung, mit der es einen selektiven Vorteil aufgrund der früheren Erteilung der Lizenzen an Orange und SFR verneinte, nicht nur auf diese fehlerhafte Begründung gestützt hat, sondern auch auf die aus dem Wesen und der Systematik der Regelung hergeleitete Ausnahme, ist zu untersuchen, ob diese Hilfsbegründung geeignet ist, die Feststellung des Gerichts zu tragen.

b) Die Begründung, die auf die aus dem Wesen und der Systematik der gemeinschaftlichen Regelung hergeleitete Ausnahme gestützt wird

155. Das Gericht ist davon ausgegangen, dass „der Orange und SFR virtuell gewährte Vorteil“ jedenfalls das einzige Mittel gewesen sei, um zu vermeiden, dass eine Maßnahme unter Verletzung der gemeinschaftlichen Regelung getroffen wurde [69]. In diesem Zusammenhang verweist das Gericht auf den erheblichen Unterschied zwischen den beiden von den nationalen Behörden nacheinander erlassenen Abgabenregelungen, auf die fehlende Präsenz der Betreiber auf dem UMTS-Markt im Zeitpunkt der streitigen Änderung und auf die Übereinstimmung der Lizenzen für die drei Betreiber [70].

156. Mit der Feststellung, dass die frühere Erteilung der Lizenzen an Orange und SFR unvermeidbar gewesen sei, hat sich das Gericht wiederum auf die aus dem Wesen und der Systematik der gemeinschaftlichen Regelung hergeleitete Ausnahme gestützt [71].

68 — Ein solcher Ansatz würde im Übrigen gegen den Grundsatz der vorherigen Anmeldung staatlicher Beihilfen verstoßen.

69 — Angefochtenes Urteil, Randnr. 123.

70 — Ebd., Randnr. 123.

71 — Bezüglich der Rechtsgrundlage für diese Ausnahme verweise ich auf die Nrn. 108 bis 117 dieser Schlussanträge.

157. In den Randnrn. 123 bis 126 des angefochtenen Urteils hat sich das Gericht darauf beschränkt, die Gründe zu nennen, weshalb die Festsetzung derselben Auflagen unvermeidbar gewesen sei. Meines Erachtens ist die Begründung des Gerichts unzureichend.

158. Da die frühere Erteilung der Lizenzen an Orange und SFR als solche geeignet war, das Wettbewerbsverhältnis zwischen Orange und SFR einerseits und den zukünftigen Bewerbern andererseits zu beeinträchtigen, muss die Feststellung, dass ein selektiver Vorteil aufgrund der aus dem Wesen und der Systematik der gemeinschaftlichen Regelung hergeleiteten Ausnahme nicht besteht, auf zwei Grundlagen beruhen. Erstens muss die frühere Erteilung der Lizenzen an Orange und SFR, die am 18. Juli 2001 erfolgte, nach der gemeinschaftlichen Regelung unvermeidbar gewesen sein (i). Zweitens muss die Festsetzung gleicher Auflagen für Orange, SFR und Bouygues Télécom, die am 3. Dezember 2002 erfolgte, durch die gemeinschaftliche Regelung trotz der Tatsache geboten gewesen sein, dass Orange und SFR ihre Lizenzen vor Bouygues Télécom erhalten hatten (ii).

i) Die Unvermeidbarkeit der früheren Erteilung der Lizenzen an Orange und SFR

159. Wie bereits oben ausgeführt, hat das Gericht in den Randnrn. 123 bis 126 des angefochtenen Urteils nicht begründet, weshalb es unvermeidbar war, die Lizenzen an Orange und SFR früher zu erteilen. Das Gericht hat dies jedoch in dem Teil des angefochtenen Urteils erläutert, der sich mit der Einhaltung des Diskriminierungsverbots befasst [72].

160. Das Gericht ist davon ausgegangen, dass die Mitgliedstaaten nach der Entscheidung Nr. 128/1999 verpflichtet waren, alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um die schrittweise, koordinierte Einführung der UMTS-Dienste in ihrem Gebiet spätestens zum 1. Januar 2002 zu ermöglichen [73]. Diese Frist war einer der zwingenden Bestandteile der gemeinschaftlichen Regelung.

161. Nach der Beurteilung des Gerichts wäre die Durchführung eines völlig neuen Verfahrens vor Ablauf der genannten Frist nicht möglich gewesen [74]. Die Rechtsmittelführerinnen bestreiten diesen Umstand. Sie machen geltend, die Durchführung eines völlig neuen Verfahrens wäre möglich gewesen. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass die Tatsachenwürdigung des Gerichts im

72 — Angefochtenes Urteil, Randnrn. 127 bis 154. In diesem Zusammenhang bin ich der Meinung, dass die getrennte Prüfung des Vorliegens eines selektiven Vorteils in den Randnrn. 95 bis 126 des angefochtenen Urteils und der Einhaltung des Diskriminierungsverbots in den Randnrn. 127 bis 154 des angefochtenen Urteils fehlerhaft ist. Ob ein Vorteil bestand oder nicht, hängt davon ab, ob die Maßnahmen der französischen Behörden durch die gemeinschaftliche Regelung geboten waren. Da das Diskriminierungsverbot Teil der gemeinschaftlichen Regelung ist, hätte das Gericht das Diskriminierungsverbot als Teil der gemeinschaftlichen Regelung prüfen müssen.

73 — Ebd., Randnrn. 141 und 142.

74 — Ebd., Randnr. 141.

Rahmen des Rechtsmittelverfahrens nicht angegriffen werden kann, da ein Rechtsmittel vor dem Gerichtshof auf Rechtsfragen beschränkt ist [75]. Da die Rechtsmittelführerinnen sich nur gegen die Tatsachenwürdigung des Gerichts wenden und keinen Rechtsfehler bei der Tatsachenwürdigung geltend machen, ist diese Rüge als unzulässig zurückzuweisen.

162. Außerdem wären die Behörden bei einem völligen Neubeginn des Verfahrens Gefahr gelaufen, die Bewerbung von Orange und SFR und somit die Möglichkeit in Frage zu stellen, dass die beiden Betreiber ab 1. Januar 2002 auf dem UMTS-Markt tätig wurden [76].

163. Da die gemeinschaftliche Regelung es den französischen Behörden zur Aufgabe machte, einer ausreichenden Zahl von Betreibern oder, in Ermangelung einer solchen, einer Mindestzahl von Betreibern ab 1. Januar 2002 den Zugang zum UMTS-Markt zu ermöglichen, stellte das Gericht zu Recht fest, dass der völlige Neubeginn keine Option gewesen wäre, die der gemeinschaftlichen Regelung entsprochen hätte. Die französischen Behörden waren im Gegenteil nach der gemeinschaftlichen Regelung verpflichtet, zunächst — was sie auch taten — Orange und SFR die Lizenzen zu erteilen, um sicherzustellen, dass eine Mindestzahl von Betreibern ab 1. Januar 2002 auf dem UMTS-Markt tätig werden konnte.

164. Ich bin somit erstens der Auffassung, dass die frühere Erteilung der Lizenzen an Orange und SFR vom 18. Juli 2001 eine unvermeidbare Folge der gemeinschaftlichen Regelung war.

ii) Die Unvermeidbarkeit der Festsetzung gleicher Auflagen für Orange, SFR und Bouygues Télécom am 3. Dezember 2002

165. Wie oben ausgeführt [77], war nicht nur die frühere Erteilung der Lizenzen an Orange und SFR eine unvermeidbare Folge des Wesens und der Systematik der gemeinschaftlichen Regelung, sondern auch die Entscheidung der französischen Behörden vom 3. Dezember 2002, dieselben Auflagen für die Lizenzen von Orange, SFR und Bouygues festzusetzen.

166. Die Rechtsmittelführerinnen machen geltend, die französischen Behörden hätten für Orange und SFR einerseits und Bouygues Télécom andererseits unterschiedliche Auflagen festsetzen müssen. Es ist daher zu prüfen, ob sich die Festsetzung derselben Auflagen unvermeidbar aus der gemeinschaftlichen Regelung ergab oder ob eine unterschiedliche Behandlung geboten war. Diese Prüfung hat für den Zeitpunkt zu erfolgen, zu dem die Maßnahme getroffen wurde, somit für den 3. Dezember 2002.

75 — Urteil Kommission/Brazzelli Lualdi u. a. (angeführt in Fn. 23), Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I., a. a. O. (Fn. 22), S. 453, Randnr. 16-003.

76 — Angefochtenes Urteil, Randnr. 146.

77 — Vgl. Nr. 158 dieser Schlussanträge.

167. Wie das Gericht festgestellt hat, waren die französischen Behörden zur Beachtung des Diskriminierungsverbots verpflichtet [78]. Das Gericht ist auch davon ausgegangen, dass die von verschiedenen Betreibern zu zahlenden Abgaben wirtschaftlich gesehen gleichwertig sein müssten [79].

168. Die französischen Behörden waren verpflichtet, angemessene Wettbewerbsbedingungen für die Betreiber auf dem UMTS-Markt zu gewährleisten [80]. Grundlegende Voraussetzung für die Entwicklung eines wirksamen Wettbewerbs auf einem Markt ist die Gewährleistung angemessener Wettbewerbsbedingungen für die einzelnen Wirtschaftsteilnehmer. Ausgangspunkt bei der Gewährleistung angemessener Wettbewerbsbedingungen für die Wirtschaftsteilnehmer auf einem neu entstehenden Markt ist zunächst die Gewährleistung gleicher Bedingungen für alle Wirtschaftsteilnehmer. Es waren somit grundsätzlich alle Wirtschaftsteilnehmer auf dem Markt gleich zu behandeln, vorausgesetzt, es lagen keine Umstände vor, die eine unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt hätten.

169. Dass Orange und SFR ihre Lizenzen vor Bouygues Télécom erhielten, ist ein Umstand, der die Wettbewerbsbeziehung zwischen den Betreibern hätte beeinträchtigen können. Die Auswirkungen dieses Umstands auf die Wettbewerbsbeziehung zwischen Orange, SFR und Bouygues waren somit zu berücksichtigen.

170. Es sind damit erstens die Auswirkungen des genannten Umstands sowie seine Berücksichtigung durch die Abgabenregelung der französischen Behörden zu prüfen.

171. Der in dieser Abgabenregelung vorgesehene zweite Teilbetrag wird anhand des mit der Lizenz erzielten Umsatzes berechnet. Ein früherer Zugang von Orange und SFR zum UMTS-Markt hätte sich somit auf die Höhe ihrer Abgaben ausgewirkt. Die von den französischen Behörden auf alle Betreiber angewandte Abgabenregelung berücksichtigte daher die Möglichkeit, dass Orange und SFR vor den zukünftigen Bewerbern Zugang zum Markt haben könnten.

172. Zwar war am 3. Dezember 2001, also zu dem Zeitpunkt, zu dem die französischen Behörden beschlossen, die neue Abgabenregelung auf alle Betreiber anzuwenden, keiner der Betreiber auf dem Markt tätig. Die Anwendung der neuen Abgabenregelung führte indessen nicht zwangsläufig zu einer gleichen und unterschiedslosen Behandlung der Betreiber, da die Abgabenregelung Entwicklungen nach dem 3. Dezember 2001 berücksichtigen konnte. Hätte die frühere Erteilung der Lizenzen Auswirkungen auf den früheren Marktzugang gehabt, so wären diese von der neuen Abgabenregelung berücksichtigt worden.

173. Was sodann die Möglichkeit für Orange und SFR angeht, den Marktzugang vor dem 3. Dezember 2002 zu erlangen, stellte das

78 — Angefochtenes Urteil, Randnr. 123.
79 — Ebd., Randnr. 109 unter Hinweis auf Urteil vom 22. Mai 2003, Connect Austria (C-462/99, Slg. 2003, I-5197, Randnr. 90).
80 — Vgl. Art. 10 Abs. 3 und Art. 11 Abs. 2 der Richtlinie 97/13.

Gericht Probleme der UMTS-Technologie und eine für deren Entwicklung wenig günstige Wirtschaftslage fest [81]. Dass Orange und SFR aus ihren Lizenzen keinen Nutzen ziehen konnten, lag somit nicht an fehlenden Initiativen oder Leistungen der genannten Betreiber.

174. Was zweitens die von den Rechtsmittelführerinnen behaupteten sonstigen Vorteile angeht, hat das Gericht festgestellt, dass diese Vorteile nicht bestanden oder jedenfalls nicht das Wettbewerbsverhältnis der Betreiber auf dem UMTS-Markt beeinträchtigt hätten [82].

175. Die Rechtsmittelführerinnen machen geltend, das Gericht habe die Beweislast umgekehrt, indem es zunächst das Vorliegen eines potenziellen zeitweiligen Vorteils eingeräumt und sodann verlangt habe, dass die Rechtsmittelführerinnen den Beweis für die tatsächlichen Folgen dieses Vorteils beibrächten.

176. Diese Rüge ist nicht begründet. Im Zusammenhang mit der in den Randnrn. 123 bis 126 des angefochtenen Urteils enthaltenen Hilfsbegründung, die sich auf die aus dem Wesen und der Systematik der Regelung hergeleitete Ausnahme stützt, wird das Bestehen eines Vorteils im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG nicht festgestellt [83]. Zwar gibt es einen offensichtlichen Zusammenhang zwischen der früheren Erteilung der Lizenzen und dem potenziellen früheren Marktzugang, doch ist ein solcher Zusammenhang zwischen der früheren Erteilung der Lizenzen und den von den Rechtsmittelführerinnen im ersten Rechtszug behaupteten Vorteilen, wie sie in den Randnrn. 117 bis 121 des angefochtenen Urteils beschrieben wurden, nicht offensichtlich. Die Rechtsmittelführerinnen hätten somit belegen müssen, weshalb die frühere Erteilung der Lizenzen zu den angeblichen Vorteilen geführt hatte und welche Auswirkungen diese angeblichen Vorteile auf das Wettbewerbsverhältnis zwischen Orange und SFR einerseits und Bouygues Télécom andererseits gehabt hatten. Es obliegt dem Kläger einer gegen die Entscheidung der Kommission erhobenen Anfechtungsklage nachzuweisen, dass die Feststellung der Kommission unzutreffend ist [84].

177. Im Ergebnis bin ich daher der Auffassung, dass die neue Abgabenregelung die potenziellen Auswirkungen berücksichtigte, die die frühere Erteilung der Lizenzen auf den Zeitpunkt des Marktzugangs der Betreiber haben konnte, und dass sonstige Auswirkungen auf das Wettbewerbsverhältnis zwischen den Betreibern nicht nachgewiesen worden waren. Das Gericht durfte daher zu Recht davon ausgehen, dass die neue Abgabenregelung nicht diskriminierend war [85].

81 — Angefochtenes Urteil, Randnr. 116.

82 — Ebd., Randnrn. 117 bis 126.

83 — Das Vorbringen der Rechtsmittelführerinnen richtet sich gegen die fehlerhaften Ausführungen des Gerichts in den Randnrn. 113 bis 122 des angefochtenen Urteils.

84 — Urteil vom 10. Mai 1990, Sens/Kommission (T-117/89, Slg. 1990, II-185, Randnr. 20).

85 — Vgl. Randnr. 109 des angefochtenen Urteils unter Hinweis auf das Urteil vom 22. Mai 2003, Connect Austria (angeführt in Fn. 79, Randnr. 90).

c) Ergebnis

178. Die frühere Erteilung der Lizenzen an Orange und SFR und die Anwendung der neuen Abgabenregelung auf Orange, SFR und Bouygues Télécom waren somit unvermeidbar. Wie das Gericht festgestellt hat [86], war das Vorgehen der französischen Behörden die einzige Möglichkeit, ihren Verpflichtungen aus der gemeinschaftlichen Regelung nachzukommen. Die Schlussfolgerung des Gerichts, dass ein Vorteil aufgrund der früheren Erteilung der Lizenzen nicht besteht, ist folglich zutreffend.

179. Ich schlage daher vor, den zweiten Teil des vierten Rechtsmittelgrundes zurückzuweisen und die Begründung des Gerichts teilweise zu ersetzen [87].

5. Das Diskriminierungsverbot (dritter Teil des vierten Rechtsmittelgrundes)

180. Im dritten Teil des vierten Rechtsmittelgrundes machen die Rechtsmittelführerinnen einen Rechtsfehler im Zusammenhang mit der Anwendung des Art. 87 Abs. 1 EG bei der Umsetzung des Diskriminierungsverbots geltend.

181. Orange ist der Auffassung, dieser Rechtsmittelgrund sei unzulässig, da die Rechtsmittelführerinnen sich auf die Wiederholung desselben Vorbringens wie im ersten Rechtszug beschränkten.

182. Richtig ist, dass ein Rechtsmittelgrund, der das Vorbringen aus dem ersten Rechtszug wiederholt, unzulässig sein kann [88]. Dies ist jedoch nur der Fall, wenn mit dem Rechtsmittelgrund nicht eine Überprüfung des Urteils des Gerichts, sondern eine erneute Beurteilung des Rechtsstreits in der Sache begehrt wird [89]. In diesem Fall richtet sich der Rechtsmittelgrund in Wirklichkeit gegen den im ersten Rechtszug angefochtenen Rechtsakt und nicht gegen das Urteil des Gerichts. Macht dagegen der Rechtsmittelführer, wie im vorliegenden Fall, geltend, das Gericht habe einen Rechtsfehler begangen, indem es die Begründung der Kommission, die denselben Rechtsfehler aufweise, bestätigt habe, so richtet sich dieser Rechtsmittelgrund gegen das Urteil des Gerichts und ist somit zulässig [90].

183. Die Rechtsmittelführerinnen stützen den dritten Teil des vierten Rechtsmittelgrundes vor allem auf das Diskriminierungsverbot, auf die Unabänderlichkeit der Auflagen in der ersten Aufforderung zur Einreichung von Bewerbungen und auf Art. 87 Abs. 2 EG.

86 — Angefochtenes Urteil, Randnr. 148.

87 — Eine Ersetzung der Begründung des Gerichts gäbe auch die Möglichkeit, den Fehler des Gerichts zu korrigieren, das Vorliegen eines selektiven Vorteils in den Randnrn. 95 bis 126 des angefochtenen Urteils und die Einhaltung des Diskriminierungsverbots in den Randnrn. 127 bis 154 des angefochtenen Urteils getrennt zu prüfen (vgl. Fn. 72).

88 — Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I., a. a. O. (Fn. 22), S. 463, Randnr. 16-017.

89 — Beschluss vom 23. Mai 2007, Smanor u. a./Kommission (C-99/07 P, Slg. 2007, I-70, Randnrn. 34 bis 36).

90 — Beschluss vom 11. November 2003, Martinez/Parlament (C-488/01 P, Slg. 2003, I-13355, Randnrn. 39 bis 41).

184. Was die Begründetheit des auf das Diskriminierungsverbot gestützten Vorbringens anbelangt, so erinnere ich daran, dass eine Diskriminierung in der Anwendung unterschiedlicher Vorschriften auf gleiche Sachverhalte oder in der Anwendung derselben Vorschrift auf unterschiedliche Sachverhalte besteht [91].

185. Die Rechtsmittelführerinnen machen geltend, das von den französischen Behörden angewandte Verfahren sei diskriminierend. Sie behaupten, Orange und SFR in ihrer Eigenschaft als Betreiber, die sich im Rahmen der ersten Aufforderung zur Einreichung von Bewerbungen beworben hatten, und Bouygues Télécom in ihrer Eigenschaft als Betreiber, der sich im Rahmen der zweiten Aufforderung beworben hatte, hätten sich nicht in einer vergleichbaren Lage befunden.

186. Zu prüfen ist somit, ob sich Orange und SFR einerseits und Bouygues Télécom andererseits in einer vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation befanden. Wie bereits oben ausgeführt [92], genügt es für den Nachweis einer Diskriminierung nicht, auf Unterschiede hinzuweisen, die zwischen zwei Gruppen bestehen. Da Rechtsgrundlage des in Rede stehenden Diskriminierungsverbots Art. 11 Abs. 2 der Richtlinie 97/13 ist, ist es entscheidend, ob die von den Rechtsmittelführerinnen behaupteten Umstände gemessen an den Zielen der genannten Richtlinie und der gemeinschaftlichen Regelung erheblich waren [93].

187. Es ist daran zu erinnern, dass der teilweise Verzicht auf die Forderungen des französischen Staates gegen Orange und SFR durch die gemeinschaftliche Regelung geboten war [94]. Im vorliegenden Teil des Rechtsmittelgrundes ist daher nur zu prüfen, ob die Vorgehensweise der französischen Behörden, das Verfahren nicht völlig neu zu beginnen, diskriminierend war [95].

188. Die Rechtsmittelführerinnen machen geltend, diese Art des Vorgehens verstoße gegen den Grundsatz der Unabänderlichkeit. Nach diesem Grundsatz seien die französischen Behörden verpflichtet gewesen, auf die Betreiber, die sich im Rahmen der ersten Aufforderung zur Einreichung von Bewerbungen beworben hätten, eine andere Regelung anzuwenden als auf die Betreiber, die sich im Rahmen der zweiten Aufforderung zur Einreichung von Bewerbungen beworben hätten. Der Grundsatz, dass die Auflagen in der ersten Aufforderung zur Einreichung von Bewerbungen unabänderlich seien, habe für Orange und SFR eine rechtliche Situation herbeigeführt, die sich von der von Bouygues Télécom unterscheide.

189. In diesem Zusammenhang ist erstens darauf hinzuweisen, dass — wie das Gericht im angefochtenen Urteil feststellte — weder die Richtlinie 97/13 noch die Entscheidung Nr. 128/1999 den Grundsatz der Unabänderlichkeit beinhalten [96]. Die gemeinschaftliche Regelung enthält vielmehr Merkmale, die

91 — Vgl. die in Randnr. 129 des angefochtenen Urteils angeführte Rechtsprechung, Urteile des Gerichtshofs vom 14. Februar 1995, Schumacker (C-279/93, Slg. 1995, I-225, Randnr. 30), und vom 13. Februar 1996, Gillespie u. a. (C-342/93, Slg. 1996, I-475, Randnr. 16).

92 — Vgl. Nr. 123 dieser Schlussanträge.

93 — Vgl. Nr. 123 dieser Schlussanträge.

94 — Vgl. Nrn. 104 bis 128 dieser Schlussanträge.

95 — Wie bereits ausgeführt (Fn. 72), hätte das Gericht die Einhaltung des Diskriminierungsverbots bei der Prüfung untersuchen müssen, ob ein selektiver Vorteil vorliegt. Die Rechtsmittelführerinnen haben diesen Teil des Urteils jedoch nicht angefochten.

96 — Angefochtenes Urteil, Randnr. 135.

gegen einen Grundsatz der Unabänderlichkeit sprechen.

190. In dem angefochtenen Urteil hat das Gericht seine Begründung darauf gestützt, dass Art. 8 Abs. 4 der Richtlinie 97/13 die Möglichkeit einer Änderung der Auflagen vorsehe. Nach Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 97/13 werden die in diesem Artikel genannten Auflagen in den Nrn. 2 und 4 des Anhangs der Richtlinie 97/13 aufgeführt. Zwar wird die Höhe der Abgaben in diesen Nummern nicht ausdrücklich genannt, doch ist in Nr. 4.9 des Anhangs bestimmt, dass die aufgeführten Auflagen sonstige gesetzliche Auflagen, die nicht speziell für den Telekommunikationsbereich gelten, unberührt lassen. Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 97/13 bestimmt indessen, dass sich die Auflagen nur auf die in Art. 7 der Richtlinie 97/13 festgelegten Fälle beziehen dürfen, in denen eine Einzelgenehmigung erteilt werden darf. Die in diesem Artikel aufgeführten Auflagen beziehen sich nicht ausdrücklich auf die Höhe der Abgaben. In Anbetracht dieser Bestimmungen darf meines Erachtens bezweifelt werden, dass die auf Art. 8 Abs. 4 der Richtlinie 97/13 gestützten Feststellungen des Gerichts zutreffend sind.

191. Dies hat jedoch keinen Einfluss auf die Schlussfolgerung des Gerichts, dass der Grundsatz der Unabänderlichkeit keine Anwendung finde. Selbst dann, wenn Art. 8 Abs. 4 der Richtlinie 97/13 die Höhe der Abgaben nicht erfassen würde, kann meines Erachtens aus den Bestimmungen der Richtlinie 97/13 abgeleitet werden, dass eine spätere Änderung der Abgabenhöhe möglich sein muss.

192. Wie bereits oben ausgeführt [97], sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, möglichst viele Lizenzen zu erteilen sowie zur Einreichung zusätzlicher Lizenzanträge aufzufordern, wenn sie feststellen, dass die Erteilung einer zusätzlichen Lizenz möglich ist [98]. Art. 11 Abs. 2 der Richtlinie 97/13 sieht vor, dass die Abgabenhöhe der Notwendigkeit Rechnung tragen muss, die Entwicklung innovativer Dienste und den Wettbewerb zu fördern. Hieraus entnehme ich, dass ein Mitgliedstaat verpflichtet sein kann — wie dies auch vorliegend der Fall war –, die Höhe der Abgaben nach unten zu korrigieren, falls dies zur Gewinnung zusätzlicher Bewerber erforderlich ist. In diesem Fall hat er zu prüfen, ob das Diskriminierungsverbot [99] und die Verpflichtung, angemessene Wettbewerbsbedingungen zu gewährleisten [100], eine Änderung der Abgabenhöhe für die bestehenden Lizenzen gebieten. Keine Bestimmung der Richtlinie 97/13 verlangt, dass im Fall der Erteilung einer zusätzlichen Lizenz sämtliche Lizenzen völlig neu erteilt werden müssen. Die Systematik der Regelung der Richtlinie 97/13 sieht somit zumindest implizit die Änderung der Abgabenhöhe für die bestehenden Lizenzen vor.

193. Das Vorbringen der Rechtsmittelführerinnen, das auf die Unabänderlichkeit der Zuteilungsbedingungen gestützt wird, ist somit zurückzuweisen. Da es in der gemeinschaftlichen Regelung einen Grundsatz der Unabänderlichkeit nicht gibt, führte der Umstand, dass Orange und SFR einerseits und Bouygues Télécom andererseits Betreiber waren, die sich im Rahmen von zwei aufeinanderfolgenden Aufforderungen zur Ein-

97 — Vgl. Nr. 121 dieser Schlussanträge.
98 — Vgl. Art. 10 Abs. 4 der Richtlinie 97/13.
99 — Vgl. Art. 10 Abs. 3 der Richtlinie 97/13.
100 — Vgl. Art. 10 Abs. 3 EG.

reichung von Bewerbungen beworben hatten, nicht dazu, dass diese sich in einer unterschiedlichen rechtlichen Situation im Sinne des Diskriminierungsverbots nach Art. 11 Abs. 2 der Richtlinie 97/13 befanden.

194. Jedenfalls scheint mir die Anwendung des Grundsatzes der Unabänderlichkeit Lizenzauflagen vorauszusetzen, die hinreichend unabänderlich sind. Im vorliegenden Fall hatten die französischen Behörden jedoch die Änderung der mit den Lizenzen für Orange und SFR verknüpften Auflagen zugesagt, bevor die Lizenzen an Orange und SFR erteilt wurden und sogar noch bevor die Frist für die Ausübung ihres Recht auf Rücknahme des Antrags abgelaufen war [101]. Selbst wenn ein „Grundsatz der Unabänderlichkeit" gelten sollte, wären meines Erachtens die mit den Auflagen für Orange und SFR verknüpften Auflagen, die unter einem Änderungsvorbehalt standen [102], nicht hinreichend unabänderlich gewesen.

195. Im Ergebnis bin ich der Auffassung, dass Orange und SFR einerseits und Bouygues Télécom andererseits sich angesichts der Ziele der gemeinschaftlichen Regelung nicht in einer unterschiedlichen rechtlichen Situation befanden. Das von den französischen Behörden angewandte Verfahren verstieß somit nicht gegen das Diskriminierungsverbot nach Art. 11 Abs. 2 der Richtlinie 97/13.

101 — Vgl. Nrn. 132 bis 137 dieser Schlussanträge.
102 — Vgl. Nr. 137 dieser Schlussanträge.

196. Schließlich ist das Vorbringen der Rechtsmittelführerinnen, wonach die Einhaltung der Ziele der gemeinschaftlichen Regelung für die Erteilung von UMTS-Lizenzen nicht von Art. 87 Abs. 2 EG erfasst werde, zurückzuweisen. Es geht hier um die Prüfung der Frage, ob ein selektiver Vorteil im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG vorliegt, nicht aber um die der Vereinbarkeit einer Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt nach Art. 87 Abs. 2 EG.

197. Ich schlage daher vor, den dritten Teil des vierten Rechtsmittelgrundes zurückzuweisen.

6. Die Einheitlichkeit des Verfahrens (erster Teil des dritten Rechtsmittelgrundes)

198. Mit dem ersten Teil des dritten Rechtsmittelgrundes rügen die Rechtsmittelführerinnen einen Fehler bei der rechtlichen Qualifizierung der Tatsachen, die die Einheitlichkeit des Verfahrens betreffen.

199. Die Kommission und Orange sind der Ansicht, dass dieser Teil des Rechtsmittelgrundes unzulässig sei. Zwar kann die Frage, ob die beiden Aufforderungen zur Einreichung von Bewerbungen als ein einziges Verfahren oder als zwei getrennte Verfahren zu werten sind, auf den ersten Blick eine Tatsachenfeststellung zum Gegenstand haben. Gleichwohl bin ich der Meinung, dass sich hinter diesem Tatsachenaspekt

eine Rechtsfrage verbirgt. Wie bereits oben ausgeführt [103], besteht eine fehlerhafte rechtliche Qualifizierung von Tatsachen in einer fehlerhaften Anwendung einer Norm auf Tatsachen. Ein Rechtsverstoß kann nicht nur in einer falschen Auslegung einer Rechtsvorschrift bestehen, sondern auch vorliegen, wenn ein bestimmter Sachverhalt rechtlich fehlerhaft qualifiziert wird.

200. Da die in Frage stehende Norm das Diskriminierungsverbot gemäß Art. 11 Abs. 2 der Richtlinie 97/13 ist, das die Anwendung unterschiedlicher Vorschriften auf gleiche Sachverhalte oder die Anwendung derselben Vorschrift auf unterschiedliche Sachverhalte untersagt, ist meines Erachtens die Frage, ob es sich um ein einziges Verfahren oder um zwei getrennte Verfahren handelte, in Wirklichkeit dahin zu verstehen, ob davon ausgegangen werden durfte, dass sich Orange und SFR als Betreiber, die sich im Rahmen der ersten Aufforderung zur Einreichung von Bewerbungen beworben hatten, und Bouygues Télécom als Betreiber, der sich im Rahmen der zweiten Aufforderung beworben hatte, in einer vergleichbaren Lage im Sinne des Diskriminierungsverbots nach Art. 11 Abs. 2 der Richtlinie 97/13 befanden. Diese Frage ist eine Rechtsfrage und somit zulässig.

201. Was die Antwort auf diese Frage angeht, erinnere ich daran, dass es für den Nachweis einer Diskriminierung nicht genügt, auf Unterschiede zwischen zwei Gruppen zu verweisen. Erforderlich ist, dass diese gemessen an den Zielen der gemeinschaftlichen Regelung erheblich sind [104]. Angesichts der Ausführungen im Rahmen der Prüfung des dritten Teils des vierten Rechtsmittelgrundes, auf die ich verweise [105], brachte der Umstand, dass Orange und SFR Bewerber im Rahmen der ersten Aufforderung zur Einreichung von Bewerbungen waren und Bouygues Télécom Bewerber im Rahmen der zweiten Aufforderung war, diese Betreiber nicht in eine unterschiedliche Situation im Sinne von Art. 11 Abs. 2 der Richtlinie 97/13.

202. Ich schlage daher vor, den ersten Teil des dritten Rechtsmittelgrundes zurückzuweisen

7. Ergebnis

203. Im Ergebnis schlage ich vor, den dritten und den vierten Rechtsmittelgrund insgesamt zurückzuweisen und die Begründung des Gerichts teilweise zu ersetzen.

B — *Zum zweiten Rechtsmittelgrund*

204. Im erstinstanzlichen Verfahren hatten die Rechtsmittelführerinnen geltend gemacht, dass ihre Beschwerde bei der Kommission ernste Schwierigkeiten aufgeworfen habe und dass die Kommission daher die in Art. 88

103 — Vgl. Nr. 97 dieser Schlussanträge.
104 — Vgl. Nrn. 123 und 186 dieser Schlussanträge.
105 — Vgl. Nrn. 180 bis 197 dieser Schlussanträge.

Abs. 3 EG geregelte förmliche Prüfungsphase hätte einleiten müssen [106].

205. Das Gericht hat sich mit dieser Rüge in den Randnrn. 86 bis 93 des angefochtenen Urteils befasst. Es ist davon ausgegangen, dass das förmliche Prüfverfahren gemäß Art. 88 Abs. 3 EG unerlässlich sei, sobald die Kommission bei der Prüfung, ob eine Beihilfe vorliege, auf ernste Schwierigkeiten stoße [107]. Es hat sodann geprüft, ob die Argumente, die die Rechtsmittelführerinnen gegen die angefochtene Entscheidung geltend machten, eine ernste Schwierigkeit aufwarfen [108]. Im Rahmen dieser Prüfung hat das Gericht zunächst die Begründetheit der Rügen beurteilt, die die Rechtsmittelführerinnen in Bezug auf das Nichtvorliegen eines selektiven Vorteils geltend machten, und sodann festgestellt, dass die Beurteilung der Kommission insoweit nicht zu einer ernsten Schwierigkeit geführt habe [109]. Das Gericht hat weiter untersucht, ob die französischen Behörden das Diskriminierungsverbot eingehalten hatten. Es ist davon ausgegangen, dass die Prüfung keine ernste Schwierigkeit aufgeworfen habe [110].

206. Die Rechtsmittelführerinnen machen geltend, die Kommission habe bei ihrem Vorgehen die Beurteilung einer ernsten Schwierigkeit mit der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Entscheidung verwechselt.

106 — Angefochtenes Urteil, Randnr. 87.
107 — Ebd., Randnrn. 89 bis 91.
108 — Ebd., Randnr. 93.
109 — Ebd., Randnr. 126.
110 — Ebd., Randnr. 155.

207. Zunächst ist daran zu erinnern, dass die Kommission nach der Rechtsprechung die Prüfung der staatlichen Maßnahme auf die Vorprüfungsphase beschränken darf, wenn sie nach einer ersten Prüfung die Überzeugung gewinnt, dass die Maßnahme keine Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG darstellt oder jedenfalls mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist [111]. Konnte sie dagegen bei der ersten Prüfung nicht alle aufgetretenen Schwierigkeiten ausräumen, ist sie verpflichtet, das förmliche Prüfverfahren einzuleiten [112].

208. Der Begriff der ernsten Schwierigkeit ist seinem Wesen nach objektiv. Ob solche Schwierigkeiten vorgelegen haben, ist vom Gericht anhand der Umstände des Erlasses der staatlichen Maßnahme sowie anhand ihres Inhalts zu beurteilen [113]. Die Kommission hat nach den tatsächlichen und rechtlichen Umständen des einzelnen Falles zu beurteilen, ob wegen der Schwierigkeiten, auf die sie bei der Prüfung der staatlichen Maßnahme gestoßen ist, die Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens erforderlich ist [114]. Auch wenn die Kommission in ihrer Entscheidung

111 — Urteil des Gerichtshofs vom 2. April 1998, Kommission/Sytraval und Brink's France (C-367/95 P, Slg. 1998, I-1719, Randnrn. 38 und 39), sowie Urteile des Gerichts vom 12. Februar 2008, BUPA u. a./Kommission (T-289/03, Slg. 2008, II-81, Randnr. 329), vom 1. Dezember 2004, Kronofrance/Kommission (T-27/02, Slg. 2004, II-4177, Randnr. 52), und vom 8. November 1990, Barbi/Kommission (T-73/98, Slg. 1990, II-619, Randnr. 42). Vgl. für eine eingehende Erörterung des Verhältnisses zwischen der Vorprüfungsphase und dem förmlichen Prüfverfahren Nrn. 17 bis 19 der Schlussanträge des Generalanwalts Tesauro vom 31. März 1993 in der Rechtssache Cook/Kommission (Urteil vom 19. Mai 1993, C-198/91, Slg. 1993, I-2487) und Nrn. 37 bis 38 der Schlussanträge des Generalanwalts Van Gerven vom 28. April 1993 in der Rechtssache Matra/Kommission (Urteil vom 15. Juni 1993, C-225/91, Slg. 1993, I-3203).
112 — Urteile vom 15. September 1998, BP Chemicals/Kommission (T-11/95, Slg. 1998, II-3235, Randnr. 166), vom 18. September 1995, SIDE/Kommission (T-49/93, Slg. 1995, II-2501, Randnr. 58), und vom 15. März 2001, Prayon-Rupel/Kommission (T-73/98, Slg. 2001, II-867, Randnr. 42).
113 — Urteil Prayon-Rupel/Kommission (angeführt in Fn. 112, Randnr. 47).
114 — Ebd., Randnr. 43.

über die Eröffnung eines förmlichen Prüfverfahrens gebunden ist, hat sie dennoch einen gewissen Spielraum bei der Ermittlung und Prüfung der Umstände des Einzelfalls, um festzustellen, ob diese ernsthafte Schwierigkeiten aufwerfen [115].

209. Obwohl der Gerichtshof nicht eindeutig festgestellt hat, welche Umstände auf das Vorliegen einer ernsten Schwierigkeit schließen lassen [116], hat die Rechtsprechung doch die folgenden drei Arten von Indizien angenommen.

210. Eine erste Art von Indiz kann sich aus dem Inhalt der Erörterungen zwischen der Kommission und dem betreffenden Mitgliedstaat während der Vorprüfungsphase ergeben [117].

211. In diesem Zusammenhang stelle ich fest, dass das Gericht auf Schriftsätze Bezug genommen hat, die die Rechtssache betrafen und in denen die Kommission darauf hingewiesen hatte, dass es sich um eine außergewöhnlich komplexe Angelegenheit handele [118]. Das Gericht hat jedoch dargelegt, dass diese Schriftsätze nicht die streitige Maßnahme, sondern andere Maßnahmen betroffen hätten, die zur Einleitung eines förmlichen Prüfverfahrens geführt hätten. Dieser Hinweis lässt somit nicht auf das Vorliegen ernster Schwierigkeiten schließen. Ich stelle fest, dass die Rechtsmittelführerinnen diese Feststellung des Gerichts nicht angegriffen haben [119].

212. Eine zweite Art von Indiz ist der Zeitraum, der in der Vorprüfungsphase verstrichen ist.

213. Geht dieser Zeitraum deutlich über das hinaus, was normalerweise für eine Vorprüfungsphase erforderlich ist, so kann dies ein Hinweis auf eine ernste Schwierigkeit sein [120]. In den Randnrn. 158 und 160 des angefochtenen Urteils hat das Gericht die Auffassung vertreten, die Kommission habe unter Berücksichtigung ihrer Arbeitsbelastung, die sie insbesondere aufgrund der übrigen Beschwerden der Rechtsmittelführerinnen getroffen habe, nicht unangemessen lange gebraucht. Das Gericht hat daher — zumindest implizit — festgestellt, dass die verstrichene Zeit nicht auf eine ernste Schwierigkeit schließen lasse. Auch diese Feststellung des Gerichts ist von den Rechtsmittelführerinnen nicht angegriffen worden.

214. Eine dritte Art von Indiz, das auf das Vorliegen ernster Schwierigkeiten schließen lässt, sind die Würdigungen, auf die die

115 — Ebd., Randnr. 43.

116 — Vgl. Nr. 43 der Schlussanträge des Generalanwalts Alber vom 18. Mai 2000 in der Rechtssache Portugal/Kommission (Urteil vom 3. Mai 2001, C-204/97, Slg. 2001, I-3175).

117 — Vgl. Nr. 45 der Schlussanträge des Generalanwalts Van Gerven vom 28. April 1993 in der Rechtssache Matra/Kommission (angeführt in Fn. 111) sowie Urteil des Gerichts vom 10. Mai 2000, SIC/Kommission (T-46/97, Slg. 2000, II-2125, Randnr. 4).

118 — Angefochtenes Urteil, Randnr. 157.

119 — In ihrer Rechtsmittelschrift beziehen sich die Rechtsmittelführerinnen allein auf die Randnrn. 93, 94, 126 und 155 des angefochtenen Urteils.

120 — Urteile vom 20. März 1984, Deutschland/Kommission (84/82, Slg. 1984, 1451, Randnrn. 15 bis 17), SIC/Kommission (angeführt in Fn. 117, Randnrn. 102 bis 107) und Prayon-Rupel/Kommission (angeführt in Fn. 112, Randnrn. 53 bis 85) sowie Schlussanträge des Generalanwalts Alber vom 18. Mai 2000 in der Rechtssache Portugal/Kommission (angeführt in Fn. 116, Nr. 43).

Kommission nach dem Abschluss der Vorprüfungsphase den Erlass einer Entscheidung stützte. Diese Würdigungen können Schwierigkeiten aufwerfen, die die Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens rechtfertigen [121].

215. Die Prüfung dieses Indizes setzt somit voraus, dass zunächst die materiellen Würdigungen festgestellt werden, auf die die Kommission sich stützte, um sodann zu prüfen, ob der Kommission die für diese Würdigungen erforderlichen Angaben vorlagen [122].

216. In Anbetracht der vorstehenden Erwägungen scheint mir, dass das Gericht mit seiner Vorgehensweise im vorliegenden Fall nicht rechtsfehlerhaft handelte. Vielmehr erscheint mir die vom Gericht angewandte Methode geboten. Da es Sache der Kommission ist, zu entscheiden, auf welche Gründe sie eine Entscheidung stützen will, muss zunächst festgestellt werden, auf welche Beurteilungen die Kommission ihre Entscheidung stützte, bevor geprüft wird, ob ihr für die einschlägigen Beurteilungen ausreichend Angaben vorlagen.

217. Was den Einwand angeht, es habe sich insoweit nur um eine formelle Feststellung gehandelt, so bin ich nicht der Meinung, dass eine umfassende Begründung erforderlich ist, wenn die materielle Prüfung der Würdigungen der Kommission zeigt, dass dieser alle erforderlichen Angaben vorlagen.

218. Im Ergebnis bin ich der Auffassung, dass das Gericht die drei typischen Indizien, die auf eine ernste Schwierigkeit hindeuten können, berücksichtigt hat und dass keines dieser Indizien auf das Vorliegen einer ernsten Schwierigkeit hindeutete. Was das dritte Indiz angeht, das von den Rechtsmittelführerinnen vorgebracht worden ist, so bin ich der Ansicht, dass dem Urteil aufgrund der Methode, die das Gericht angewandt hat, kein Rechtsfehler anhaftet.

219. Die Rechtsmittelführerinnen machen ferner geltend, das Gericht habe der streitigen Entscheidung teilweise dadurch widersprochen, dass es selbst nach komplexen alternativen Würdigungen gesucht habe. Dies habe darauf hingedeutet, dass ein förmliches Prüfverfahren erforderlich gewesen wäre.

220. In diesem Zusammenhang weise ich erstens darauf hin, dass nicht der Umstand, dass erforderliche Würdigungen komplex sind, die Einleitung eines förmlichen Prüfverfahrens gebieten [123]. Die Einleitung eines förmlichen Prüfverfahrens ist nur erforderlich, falls die Kommission bei den Würdigungen, auf die sie ihre Entscheidung stützt, auf ernste Schwierigkeiten stößt. Nur wenn die

121 — Urteile Cook/Kommission (angeführt in Fn. 111, Randnr. 31), SIC/Kommission (angeführt in Fn. 117, Randnrn. 74 bis 85), Prayon-Rupel/Kommission (angeführt in Fn. 112, Randnrn. 86 bis 107) sowie Schlussanträge des Generalanwalts Alber in der Rechtssache Portugal/Kommission (angeführt in Fn. 116, Nrn. 45 bis 51).

122 — Vgl. die Vorgehensweise des Gerichts im Urteil vom 13. Januar 2004, Thermenhotel Stoiser Franz u. a./Kommission (T-158/99, Slg. 2004, II-1).

123 — Urteil BUPA u. a. (angeführt in Fn. 111, Randnr. 333).

Kommission nicht in der Lage war, diese Schwierigkeiten in der Vorprüfungsphase zu überwinden, war somit ein förmliches Prüfverfahren erforderlich.

221. Zweitens tragen die Rechtsmittelführerinnen vor, das Gericht habe der Begründung der Kommission widersprochen und diese Begründung durch seine eigene Begründung ersetzt. Wäre dieses Vorbringen zutreffend, würde es für sich genommen einen Rechtsfehler beinhalten, der zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen kann. Das Gericht ist nicht befugt, die Begründung der Kommission durch seine eigene Begründung zu ersetzen [124]. Daher ist zu prüfen, ob dieses Vorbringen begründet ist.

222. Zunächst betrifft die Rüge der Rechtsmittelführerinnen, das Gericht habe die Ausführungen der Kommission über den wirtschaftlichen Wert der Lizenzen in Frage gestellt, das Vorbringen der Kommission in der mündlichen Verhandlung [125]. Die Entscheidung der Kommission war jedoch auf die Ungewissheit der Lizenzen [126], die Unvermeidbarkeit der Maßnahmen der französischen Behörden aufgrund des Wesens und der Systematik der gemeinschaftlichen Regelung [127] und das Argument gestützt, dass die Lizenzen nicht zu Marktpreisen überlassen werden dürften [128]. Die Beanstandung der Argumente in Bezug auf den wirtschaftlichen Wert der Lizenzen berührt damit nicht die Begründung der streitigen Entscheidung.

223. Sodann tragen die Rechtsmittelführerinnen vor, das Gericht habe in den Randnrn. 113 bis 121 des angefochtenen Urteils die Würdigung der Kommission durch seine eigene Würdigung ersetzt, mit der es einen selektiven Vorteil aufgrund der früheren Entstehung verneint habe. In diesem Zusammenhang weise ich darauf hin, dass die Begründung des Gerichts in den Randnrn. 113 bis 121 fehlerhaft ist. Sowohl nach der Hilfsbegründung des Gerichts in den Randnrn. 123 bis 125 des angefochtenen Urteils als auch nach der Begründung der Kommission in der streitigen Entscheidung [129] wird aber das Fehlen eines selektiven Vorteils auf das Argument gestützt, dass die Festsetzung derselben Auflagen für alle Betreiber nach den Vorschriften der gemeinschaftlichen Regelung unvermeidbar war.

224. Was zudem die in den Randnrn. 131 und 132 des angefochtenen Urteils beschriebenen unterschiedlichen Risiken angeht, die Orange und SFR als Betreiber, die sich im Rahmen der ersten Aufforderung zur Einreichung von Bewerbungen beworben hatten, im Vergleich zu Bouygues Télécom eingingen, so handelt es sich um eine Hilfsbegründung des Gerichts, während die tragende Begründung in der Unvermeidbarkeit des teilweisen Verzichts und der Festsetzung identischer Auflagen entsprechend der Systematik der gemeinschaftlichen Regelung bestand.

124 — Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I., a. a. O. (Fn. 22), S. 456, Randnr. 16-005.

125 — In Randnr. 105 des angefochtenen Urteils stellte das Gericht ausdrücklich fest, dass es das Vorbringen der Kommission in der mündlichen Verhandlung zurückweise. Es bezog sich nicht auf die Begründung der streitigen Entscheidung.

126 — Streitige Entscheidung, 27. Erwägungsgrund.

127 — Ebd., 28. Erwägungsgrund.

128 — Ebd., 29. Erwägungsgrund.

129 — Ebd., 28. Erwägungsgrund.

225. Was schließlich die Analyse der verschiedenen Optionen angeht, die den französischen Behörden offenstanden, so hatte die Kommission diese Optionen vor allem in den Erwägungsgründen 11, 12, 22, 23 und 26 bis 28 der streitigen Entscheidung berücksichtigt; das Gericht hat somit die Begründung der Kommission nicht durch seine eigene Begründung ersetzt.

226. Nach alledem ist die Rüge, dass die Gründe ersetzt worden seien, unbegründet. Die Rechtsmittelführerinnen können sich somit für die Behauptung, die Kommission sei auf ernste Schwierigkeiten gestoßen, nicht auf dieses Argument stützen.

227. Ich schlage daher vor, den zweiten Rechtsmittelgrund als unbegründet zurückzuweisen.

C — *Zum ersten Rechtsmittelgrund*

228. Die Rechtsmittelführerinnen sind der Auffassung, das Gericht habe die Begründungspflicht verletzt.

229. Die Begründung eines Urteils des Gerichts muss dessen Überlegungen so klar und eindeutig zum Ausdruck bringen, dass die Betroffenen ihr die Gründe für das erlassene Urteil entnehmen können und das zuständige Gericht seine Kontrollaufgabe wahrnehmen kann [130].

230. Die Rechtsmittelführerinnen rügen erstens, das Gericht habe sich auf die aus dem Wesen und der Systematik der Regelung hergeleitete Ausnahme gestützt, ohne diese Systematik hinreichend darzulegen. Die Beschreibung der Regelung sei nicht ausreichend detailliert und zudem widersprüchlich gewesen.

231. Ich bin zwar der Ansicht, dass jede Ausnahme, die aus dem Wesen und der Systematik der Regelung hergeleitet wird, ausdrücklich zu begründen ist, doch ist die Rüge der Rechtsmittelführerinnen im vorliegenden Fall unbegründet.

232. Das Gericht hat die einschlägigen Bestimmungen der gemeinschaftlichen Regelung und die sich hieraus für die französischen Behörden ergebenden Verpflichtungen beschrieben [131]. Da die gemeinschaftliche Regelung mehrere Ziele verfolgte (insbesondere die Suche nach vier Betreibern zwecks Ge-

130 — Urteile vom 20. Februar 1997, Kommission/Daffix (C-166/95 P, Slg. 1997, I-983, Randnr. 24), vom 7. Mai 1998, Somaco/Kommission (C-401/96 P, Slg. 1998, I-2587, Randnr. 53), und vom 13. Dezember 2001, Cubero Vermurie/Kommission (C-446/00 P, Slg. 2001, I-10315, Randnr. 20); Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I., a. a. O. (Fn. 22), S. 457, Randnr. 16-008.

131 — Vgl. insbesondere die Darlegung der gemeinschaftlichen Regelung in den Randnrn. 2 bis 8 sowie 108 bis 112, 123 bis 125 und 134 bis 148 des angefochtenen Urteils.

währleistung eines hinreichenden Wettbewerbs [132], die Einhaltung des Diskriminierungsverbots [133] und des Grundsatzes der Wettbewerbsfreiheit [134] sowie die Einhaltung der am 1. Januar 2002 ablaufenden Frist [135]), wird die Begründung dadurch, dass sich das Gericht auf die verschiedenen Ziele dieser Regelung bezog, nicht widersprüchlich.

233. Zweitens machen die Rechtsmittelführerinnen geltend, das Gericht habe den Kausalzusammenhang zwischen dem Wesen und der Systematik der Regelung einerseits und dem teilweisen Verzicht auf die Forderungen gegen Orange und SFR andererseits nicht ausreichend detailliert dargelegt.

234. Um die durch das Wesen und die Systematik der gemeinschaftlichen Regelung bedingte Unvermeidbarkeit des teilweisen Verzichts auf die Forderungen gegen Orange und SFR zu erläutern, war es nicht erforderlich, sich auf alle Merkmale der gemeinschaftlichen Regelung zu beziehen. In diesem Zusammenhang genügte es, auf die Grundsätze der Gleichbehandlung der Betreiber bei der Festsetzung der Abgaben und auf die Notwendigkeit der Entwicklung eines wirksamen Wettbewerbs zu verweisen [136].

235. Auch wenn drittens die Rechtsmittelführerinnen nicht ausdrücklich rügen, dass das Gericht den Kausalzusammenhang zwischen dem Wesen und der Systematik der Regelung einerseits und der früheren Erteilung der Lizenzen an Orange und SFR andererseits nicht hinreichend ausführlich dargelegt habe, werde ich der Vollständigkeit halber auch diese Rüge prüfen.

236. Das Gericht hat zwar in den Randnrn. 123 bis 125 des angefochtenen Urteils nicht erläutert, weshalb die frühere Erteilung unvermeidbar war [137]. Es hat diese Erläuterung jedoch in den Randnrn. 139 bis 142 des angefochtenen Urteils gegeben, wo es sich auf die Verpflichtung der französischen Behörden bezogen hat, die am 1. Januar 2001 ablaufende Frist einzuhalten. Die Rechtsmittelführerinnen hatten somit die Möglichkeit, den Grund für die Unvermeidbarkeit der früheren Erteilung der Lizenzen zu erfahren, und der Gerichtshof konnte seine Kontrollaufgabe wahrnehmen. Der Umstand, dass das Gericht den Grund für die Unvermeidbarkeit nicht in den Randnrn. 139 bis 142 des angefochtenen Urteils genannt hat, stellt folglich keine wesentliche Verletzung der Begründungspflicht dar.

237. Der erste Rechtsmittelgrund ist somit unbegründet. Ich schlage vor, ihn zurückzuweisen.

132 — Ebd., insbesondere Randnr. 134.
133 — Ebd., insbesondere Randnr. 108.
134 — Ebd., insbesondere Randnrn. 108 und 134.
135 — Ebd., insbesondere Randnrn. 141 und 142.
136 — Vgl. Nrn. 106, 107 und 118 bis 124 dieser Schlussanträge.

137 — Wie oben ausgeführt (vgl. Nr. 157 dieser Schlussanträge), beschränkte sich das Gericht in diesen Randnummern auf die Begründung, weshalb die Festsetzung identischer Auflagen für die Lizenzen von Orange, SFR und Bouygues Télécom unvermeidbar war.

D — *Ergebnis*

238. Meines Erachtens sind alle Rechtsmittelgründe zurückzuweisen. Das Rechtsmittel ist somit insgesamt zurückzuweisen.

VII — Kosten

239. Nach Art. 69 § 2 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs, der nach ihrem Art. 118 im Rechtsmittelverfahren entsprechende Anwendung findet, ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Mitgliedstaaten, die dem Rechtsstreit als Streithelfer beigetreten sind, tragen nach Art. 69 § 4 Abs. 1 der Verfahrensordnung ihre eigenen Kosten.

240. Da die Kommission, die französische Regierung, Orange und SFR die Verurteilung von Bouygues und Bouygues Télécom zur Tragung der Kosten beantragt haben und diese mit ihrem Vorbringen unterlegen sind, sind ihnen die Kosten aufzuerlegen.

241. Die Französische Republik trägt ihre eigenen Kosten.

VIII — Ergebnis

242. Aus diesen Gründen schlage ich dem Gerichtshof vor,

1. das Rechtsmittel zurückzuweisen;

2. den Rechtsmittelführerinnen die Kosten aufzuerlegen;

3. der Französischen Republik ihre eigenen Kosten aufzuerlegen.