

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Erste Kammer)

2. April 2009*

In der Rechtssache C-431/07 P

betreffend ein Rechtsmittel nach Art. 56 der Satzung des Gerichtshofs, eingelegt am 18. September 2007,

Bouygues SA mit Sitz in Paris (Frankreich),

Bouygues Télécom SA mit Sitz in Boulogne-Billancourt (Frankreich),

vertreten durch F. Sureau, D. Théophile, S. Perrotet, A. Bénabent, J. Vogel und L. Vogel,
avocats,

Rechtsmittelführerinnen,

* Verfahrenssprache: Französisch.

andere Verfahrensbeteiligte:

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch C. Giolito als Bevollmächtigten, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Beklagte im ersten Rechtszug,

Französische Republik, vertreten durch G. de Bergues, O. Christmann und A.-L. Vendrolini als Bevollmächtigte,

Orange France SA, vertreten durch S. Hautbourg, S. Quesson und L. Olza Moreno, avocats,

Société française du radiotéléphone — SFR, vertreten durch A. Vincent, avocat, und C. Vajda, QC,

Streithelferinnen im ersten Rechtszug,

erlässt

DER GERICHTSHOF (Erste Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten P. Jann sowie der Richter M. Ilešič, A. Tizzano (Berichterstatter), A. Borg Barthet und J.-J. Kasel,

Generalanwältin: V. Trstenjak,
Kanzler: M.-A. Gaudissart, Referatsleiter,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 11. September 2008,

nach Anhörung der Schlussanträge der Generalanwältin in der Sitzung vom 8. Oktober 2008

folgendes

Urteil

- 1 Die Bouygues Télécom SA (im Folgenden: Bouygues Télécom) und die Bouygues SA beantragen die Aufhebung des Urteils des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften vom 4. Juli 2007, Bouygues und Bouygues Télécom/Kommission (T-475/04, Slg. 2007, II-2097, im Folgenden: angefochtenes Urteil), mit dem dieses ihre Klage auf Nichtigerklärung der Entscheidung der Kommission vom 20. Juli 2004 betreffend die Änderung der von Orange und SFR für UMTS (Universal Mobile Telecommunications System)-Lizenzen geschuldeten Abgaben (Staatliche Beihilfe NN 42/2004 — Frankreich, im Folgenden: streitige Entscheidung) abgewiesen hat.

Gemeinschaftsrechtlicher Rahmen

- 2 Die Richtlinie 97/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. April 1997 über einen gemeinsamen Rahmen für Allgemein- und Einzelgenehmigungen für

Telekommunikationsdienste (ABl. L 117, S. 15), die zur Zeit des Sachverhalts des Ausgangsverfahrens galt, sah in Art. 8 Abs. 4 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.“

3 Art. 9 Abs. 2 erster Gedankenstrich der Richtlinie bestimmte:

„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.“

4 Art. 10 Abs. 3 Unterabs. 1 der Richtlinie lautete:

„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.“

5 Art. 11 der Richtlinie 97/13 bestimmte:

„(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass von dem Unternehmen im Rahmen der Genehmigungsverfahren nur die Gebühren erhoben werden, die die für die Ausstellung, Verwaltung, Kontrolle und Durchsetzung der jeweiligen Einzelgenehmigungen anfallenden Verwaltungskosten abdecken. Die Gebühren für eine Einzelgenehmigung müssen in Relation zu dem damit verbundenen Aufwand stehen und sind mit ausreichenden Einzelheiten in geeigneter Form zu veröffentlichen, damit die Kenntnisnahme ohne Schwierigkeiten möglich ist.

(2) Die 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.“

6 Die Entscheidung Nr. 128/1999/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 1998 über die koordinierte Einführung eines Drahtlos- und Mobilkommunikationssystems (UMTS) der dritten Generation in der Gemeinschaft (ABl. 1999, L 17, S. 1), die zur Zeit des Sachverhalts des Rechtsstreits noch galt, sollte nach ihrem Art. 1 „dazu beitragen, dass die rasche und koordinierte Einführung kompatibler UMTS-Netze in der Gemeinschaft ... erleichtert wird“.

7 Art. 3 Abs. 1 dieser Entscheidung bestimmte:

„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 ...“

Vorgeschichte des Rechtsstreits

- 8 Am 28. Juli 2000 gab der französische Minister für Industrie, Post und Fernmeldewesen eine Aufforderung zur Einreichung von Bewerbungen um die Erteilung von vier Lizenzen für die Einführung von UMTS-Drahtlos- und Mobilkommunikationssystemen heraus. Der Endtermin für die Einreichung der Bewerbungen wurde auf den 31. Januar 2001 festgesetzt; die Bewerbungen konnten bis zum 31. Mai 2001 zurückgezogen werden.
- 9 Da nur zwei Bewerbungen eingereicht wurden, nämlich von Société française du radiotéléphone — SFR (im Folgenden: SFR) und von France Télécom mobiles, die einige Monate später zur Orange France SA (im Folgenden: Orange) wurde, hielten die französischen Behörden eine neue Aufforderung zur Einreichung von Bewerbungen für erforderlich, um einen wirklichen Wettbewerb zu gewährleisten.
- 10 Mit zwei gleichlautenden Schreiben vom 22. Februar 2001 versicherten der Minister für Wirtschaft und Finanzen und der Staatssekretär für Industriefragen den Leitern von SFR und Orange, dass „[d]ie Modalitäten der Aufforderung zu ergänzenden Bewerbungen ... den Marktbeteiligten, denen schließlich eine Lizenz zugeteilt wird, die gleiche Behandlung [garantieren]“.
- 11 Ohne dass die Aufforderung zur Einreichung zusätzlicher Bewerbungen abgewartet worden wäre, wurden SFR und Orange mit zwei Erlassen vom 18. Juli 2001 zwei erste UMTS-Lizenzen erteilt. Diese beiden Lizenzen wurden gegen Entrichtung von Abgaben in Höhe von 4 954 593 000 Euro, zahlbar in Raten, von denen die erste am 31. September 2001 fällig war und die letzte am 30. Juni 2016 fällig sein sollte, erteilt.
- 12 Auf die Aufforderung zur Einreichung von zusätzlichen Bewerbungen hin wurde Bouygues Télécom am 3. Dezember 2002 eine dritte UMTS-Lizenz erteilt. Da es keine weiteren Bewerber gab, wurde die vierte Lizenz nicht erteilt.

- 13 Die dritte Lizenz wurde gegen Zahlung von Abgaben erteilt, die einen festen Bestandteil in Höhe von 619 209 795,27 Euro umfassten, der am 30. September des Jahres der Ausstellung der Lizenz oder bei deren Ausstellung zahlbar war, wenn diese nach diesem Zeitpunkt erfolgte, und einen variablen Teil, der jährlich bis zum 30. Juni des laufenden Jahres für die Nutzung der Frequenzen des vorhergehenden Jahres zahlbar war und nach einem Prozentsatz des durch die Nutzung dieser Frequenzen erzielten Umsatzes berechnet wurde.
- 14 Im Übrigen änderte der Beigeordnete Minister für Industrie mit zwei weiteren Erlässen, ebenfalls vom 3. Dezember 2002 (JORF vom 12. Dezember 2002, S. 20498 bzw. 20499), betreffend SFR bzw. Orange die Bestimmungen über die Abgaben für die Zurverfügungstellung und Verwaltung der Frequenzen durch den Erlass gleichlautender Bestimmungen, wie sie auf Bouygues Télécom Anwendung fanden und wie sie in der vorstehenden Randnummer dieses Urteils beschrieben sind.
- 15 Am 31. Januar 2003 leitete die Kommission der Europäischen Gemeinschaften aufgrund einer Beschwerde der Rechtsmittelführerinnen, mit der eine Reihe von Beihilfemaßnahmen gerügt wurde, die von den französischen Behörden zugunsten von France Télécom ergriffen worden seien, in Bezug auf einige dieser Maßnahmen, zu denen nicht die Maßnahme der Angleichung der von SFR und Orange geschuldeten Abgaben an die für Bouygues Télécom festgesetzten gehörte, das Prüfverfahren im Sinne von Art. 88 Abs. 2 EG ein.
- 16 Mit der streitigen Entscheidung entschied die Kommission gemäß Art. 88 Abs. 3 EG, keine Einwände gegen diese Maßnahme zur Angleichung dieser Abgaben zu erheben, da diese keine Beihilfeelemente im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG enthalte.
- 17 Am 24. November 2004 erhoben die Rechtsmittelführerinnen Klage beim Gericht auf Nichtigklärung der streitigen Entscheidung.

Angefochtenes Urteil

- 18 Die Rechtsmittelführerinnen stützten ihre Nichtigkeitsklage u. a. auf zwei Gründe; zum einen rügten sie eine Verletzung von Art. 87 Abs. 1 EG, da die Änderung der von Orange und SFR geschuldeten Abgaben eine staatliche Beihilfe im Sinne dieser Bestimmung darstelle, und zum anderen eine Verletzung von Art. 88 Abs. 2 EG, da die Sache ernste Schwierigkeiten aufwerfe und die Kommission daher das förmliche Prüfverfahren im Sinne von Art. 88 EG hätte einleiten müssen.
- 19 Das Gericht hat diese beiden Klagegründe gemeinsam behandelt und dabei nur zum Vorliegen ernster Schwierigkeiten Stellung genommen. In Randnr. 93 des angefochtenen Urteils hat es nämlich ausgeführt, dass, wenn solche Schwierigkeiten bestünden, die Entscheidung allein deshalb wegen Nichtvornahme der im EG-Vertrag vorgesehenen kontradiktorischen und eingehenden Prüfung für nichtig erklärt werden könnte, selbst wenn nicht nachgewiesen wäre, dass die Bewertungen, die die Kommission in der Sache vorgenommen habe, Rechts- oder Tatsachenirrtümer enthielten.
- 20 Im Rahmen dieser Prüfung hat das Gericht in den Randnrn. 95 bis 126 des angefochtenen Urteils erstens das Vorbringen zurückgewiesen, mit dem das Vorliegen eines selektiven Vorteils zeitlicher Art dargetan werden sollte, der Orange und SFR dadurch zugutegekommen sei, dass die ersten beiden UMTS-Lizenzen diesen beiden Unternehmen erteilt worden seien, bevor Bouygues Télécom die dritte Lizenz erteilt worden sei. In Randnr. 126 des Urteils hat es ferner die Ansicht vertreten, dass eine solche Beurteilung nicht zu einer ernsten Schwierigkeit führe.
- 21 Hierzu hat das Gericht zunächst in den Randnrn. 100 und 106 des angefochtenen Urteils entschieden, dass diese Lizenzen einen wirtschaftlichen Wert hätten und dass daher zugunsten der Rechtsmittelführerinnen anzunehmen sei, dass die französischen Behörden durch die Herabsetzung der von Orange und SFR geschuldeten Abgaben in erheblichem Umfang auf staatliche Mittel verzichtet hätten.

- 22 Das Gericht hat jedoch sodann in Randnr. 107 des angefochtenen Urteils festgestellt, dass die Forderungen gegen Orange und SFR, auf die der französische Staat verzichtet habe, nicht sicher gewesen seien. Denn „im Rahmen des ersten Verfahrens der Aufforderung zur Einreichung von Bewerbungen hätten diese beiden Bewerber ihre Anträge bis zum 31. Mai 2001 zurückziehen können, wenn mit ihnen keine Versicherung der Gleichbehandlung mit den anderen Betreibern gegeben worden wäre ... Zudem hätten diese Betreiber auch in der Folgezeit noch die Möglichkeit gehabt, auf ihre Lizenz zu verzichten und demzufolge die Zahlung der Abgabe einzustellen, insbesondere wenn sie meinten, Opfer einer Ungleichbehandlung gegenüber Bouygues Télécom zu sein.“
- 23 Das Gericht hat ferner in Randnr. 111 des angefochtenen Urteils ausgeführt, dass der Forderungsverzicht wegen der Besonderheiten des Telekommunikationsrechts der Gemeinschaft in Bezug auf staatliche Beihilfen nicht als staatliche Beihilfe eingestuft werden könne.
- 24 Schließlich hat das Gericht in den Randnrn. 113 und 116 des angefochtenen Urteils entschieden, dass zwar objektiv ein Unterschied zwischen der Situation von Orange und SFR einerseits und derjenigen von Bouygues Télécom andererseits in Bezug auf den Zeitpunkt bestanden habe, zu dem ihnen ihre jeweiligen Lizenzen erteilt worden seien, doch hätten Probleme der UMTS-Technologie und einer für deren Entwicklung wenig günstigen Wirtschaftslage es den ersten Lizenzempfängern nicht erlaubt, auf den Markt vorzudringen und in der Praxis von dem Vorteil zu profitieren, der sich daraus ergeben habe, dass sie ihre Lizenzen vor Bouygues Télécom erhalten hätten.
- 25 Auf alle Fälle hat das Gericht in Randnr. 123 des angefochtenen Urteils festgestellt, dass „der Orange und SFR virtuell gewährte Vorteil das einzige Mittel [war], um zu vermeiden, dass unter Verletzung der Richtlinie 97/13 eine Maßnahme getroffen wurde, die angesichts des erheblichen Unterschieds zwischen den beiden von den nationalen Behörden nacheinander erlassenen Abgabenregelungen diese beiden Betreiber diskriminiert hätte, während ... zur Zeit der streitigen Änderung wegen der verzögerten Einführung der UMTS-Dienste durch Orange und SFR kein Betreiber auf dem Markt war und die Lizenzen der drei konkurrierenden Betreiber die gleichen Merkmale aufweisen“.

- 26 Zweitens hat das Gericht in den Randnrn. 127 bis 156 des angefochtenen Urteils das Vorbringen der Rechtsmittelführerinnen zurückgewiesen, mit dem diese dargetun wollten, dass die Änderung der zu entrichtenden Abgaben gegen das Diskriminierungsverbot verstoße, und hat ausgeführt, dass die Beurteilung der Einhaltung dieses Grundsatzes ebenfalls nicht zu einer ernststen Schwierigkeit führe, die die Einleitung des Prüfverfahrens in Art. 88 EG erforderlich gemacht hätte.
- 27 Zum einen hat das Gericht in den Randnrn. 134 und 136 des angefochtenen Urteils entschieden, dass es sich bei dem Verfahren für die Erteilung der UMTS-Lizenzen trotz der Art und Weise seiner praktischen Durchführung um ein einziges Verfahren zur Erteilung von vier Lizenzen gehandelt habe und dass daher dem Diskriminierungsverbot in einer Gesamtbetrachtung der beiden Aufforderungen zur Einreichung von Bewerbungen Rechnung zu tragen gewesen sei.
- 28 Zum anderen hat das Gericht in Randnr. 148 des angefochtenen Urteils die Ansicht vertreten, dass der Inhalt der Lizenzen identisch gewesen sei und dass, da zum Zeitpunkt der Änderung der von Orange und SFR geschuldeten Abgaben noch kein Betreiber tätig gewesen sei, die gewählte Lösung, die darin bestanden habe, diese Abgaben rückwirkend zu ändern, es den französischen Behörden nicht nur ermöglicht habe, die Gleichbehandlung der drei betroffenen Erwerber gleichzustellen, sondern auch Verzögerungen bei der in der Richtlinie 97/13 vorgesehenen Einführung der UMTS-Dienste zu vermeiden.
- 29 Drittens hat das Gericht in den Randnrn. 157 und 158 des angefochtenen Urteils auch festgestellt, dass weder die Komplexität der Rechtssache noch die Dauer des Verfahrens bei der Kommission derart gewesen seien, dass davon herzuleiten gewesen wäre, dass die Prüfung des Umfangs der Angleichung der Abgaben zu ernsthaften Schwierigkeiten geführt hätte.
- 30 Aufgrund der vorstehenden Erwägungen hat das Gericht die bei ihm anhängige Klage abgewiesen.

Anträge der Verfahrensbeteiligten

- 31 Mit ihrem Rechtsmittel beantragen die Rechtsmittelführerinnen,
- das angefochtene Urteil aufzuheben und die Rechtssache zu erneuter Entscheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichtshofs an das Gericht zurückzuverweisen;

 - der Kommission die Kosten aufzuerlegen.
- 32 Die Kommission sowie die Französische Republik, Orange und SFR beantragen, das Rechtsmittel zurückzuweisen und den Rechtsmittelführerinnen die Kosten aufzuerlegen.

Zum Antrag auf Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung

- 33 Die Rechtsmittelführerinnen haben mit Schriftsatz, der am 17. November 2008 bei der Kanzlei eingegangen ist, gemäß Art. 61 der Verfahrensordnung die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung beantragt.
- 34 Zur Begründung ihres Antrags machen sie geltend, dass einige von der Generalanwältin in ihren Schlussanträgen aufgeworfene Punkte neu seien und die Entscheidung des Gerichtshofs beeinflussen könnten.

³⁵ In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass der Gerichtshof gemäß Art. 61 seiner Verfahrensordnung von Amts wegen, auf Vorschlag des Generalanwalts oder auf Antrag der Parteien die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung anordnen kann, wenn er sich für unzureichend unterrichtet hält oder ein zwischen den Parteien nicht erörtertes Vorbringen als entscheidungserheblich ansieht (vgl. insbesondere Beschluss vom 4. Februar 2000, Emesa Sugar, C-17/98, Slg. 2000, I-665, Randnr. 18, sowie Urteile vom 29. April 2004, Kommission/Kvaerner Warnow Werft, C-181/02 P, Slg. 2004, I-5703, Randnr. 25, und vom 26. Juni 2008, Burda, C-284/06, Slg. 2008, I-4571, Randnr. 37).

³⁶ Im vorliegenden Fall ist der Gerichtshof jedoch nach Anhörung der Generalanwältin der Auffassung, dass er über sämtliche Informationen verfügt, die er für die Entscheidung über das Rechtsmittel der Rechtsmittelführerinnen benötigt, und dass diese Informationen im Verfahren vor ihm erörtert worden sind. Daher ist der Antrag auf Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung zurückzuweisen.

Zum Rechtsmittel

³⁷ Die Rechtsmittelführerinnen stützen ihr Rechtsmittel auf vier Gründe, eine Verletzung der Begründungspflicht, einen Rechtsfehler in Bezug auf das Fehlen ernster Schwierigkeiten, Fehler bei der rechtlichen Qualifizierung der Tatsachen und schließlich mehrere Rechtsfehler bei der Anwendung von Art. 87 EG.

Zum ersten Rechtsmittelgrund: Verletzung der Begründungspflicht in Bezug auf die Anwendung der aus dem Wesen und der Systematik der Regelung hergeleiteten Ausnahme

Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

- 38 Mit ihrem ersten Rechtsmittelgrund rügen die Rechtsmittelführerinnen, dass das Gericht keine ausreichende Begründung für die Anwendung der aus dem Wesen und der Systematik der Regelung hergeleiteten Ausnahme auf den vorliegenden Fall als Abweichung vom Grundsatz, wonach eine unterschiedliche Behandlung, die eine oder mehrere Unternehmen begünstige, zwingend einen selektiven Vorteil darstelle, gegeben habe. Im Einzelnen enthalte das angefochtene Urteil keine hinreichend ausführliche Begründung in Bezug auf den Inhalt dieser Ausnahme oder auf den Kausalitätszusammenhang zwischen dieser und dem Verzicht auf staatliche Mittel in erheblichem Umfang.
- 39 Im Einzelnen führen die Rechtsmittelführerinnen verschiedene Hypothesen an, die ihres Erachtens die Zugrundelegung des Begriffs der Systematik in der vorliegenden Rechtssache rechtfertigen könnten, nämlich die Besonderheit des Telekommunikationsrechts der Gemeinschaften im Hinblick auf das Gemeinschaftsrecht betreffend staatliche Beihilfen, die Notwendigkeit, den in Art. 3 Abs. 1 der Entscheidung Nr. 128/99 vorgesehenen Einführungszeitpunkt 1. Januar 2002 zu beachten, oder aber die Suche nach vier Marktbeteiligten, um einen ausreichenden Wettbewerb zu gewährleisten. Die Rechtsmittelführerinnen vertreten jedoch die Ansicht, dass keine dieser Hypothesen maßgeblich bzw. jedenfalls vom Gericht hinreichend begründet sei.
- 40 Die Kommission, die Französische Republik, Orange und SFR vertreten dagegen die Ansicht, dass das angefochtene Urteil in diesem Punkt ausreichend begründet sei, da es den rechtlichen Rahmen und die einschlägige Rechtsprechung für die Beurteilung dieser Ausnahme ausführlich behandle.
- 41 In Bezug auf die von den Rechtsmittelführerinnen angeführten Hypothesen machen die Kommission und SFR geltend, dass deren Würdigung Teil der Prüfung der Begründetheit des Urteils und nicht der Beachtung der Begründungspflicht sei. Die Französische Republik macht hierzu geltend, dass solche Hypothesen entgegen dem

Vorbringen der Rechtsmittelführerinnen völlig kohärent seien und einander ergänzten. SFR fügt hinzu, dass der erste Rechtsmittelgrund jedenfalls unzulässig sei, da die Rechtsmittelführerinnen in Wirklichkeit die Tatsachenwürdigung des Gerichts beanstandeten.

Würdigung durch den Gerichtshof

- ⁴² Vorab ist daran zu erinnern, dass die dem Gericht gemäß Art. 36 und Art. 53 § 1 der Satzung des Gerichtshofs obliegende Pflicht zur Begründung der Urteile dieses nicht verpflichtet, bei seinen Ausführungen alle von den Parteien des Rechtsstreits vorgetragene Argumente nacheinander erschöpfend zu behandeln. Die Begründung kann auch implizit erfolgen, sofern sie es den Betroffenen ermöglicht, die Gründe für die getroffenen Maßnahmen zu erfahren, und dem zuständigen Gericht ausreichende Angaben an die Hand gibt, damit es seine Kontrollaufgabe wahrnehmen kann (Urteile vom 18. Mai 2006, *Archer Daniels Midland und Archer Daniels Midland Ingredients/Kommission*, C-397/03 P, Slg. 2006, I-4429, Randnr. 60, und vom 8. Februar 2007, *Groupe Danone/Kommission*, C-3/06 P, Slg. 2007, I-1331, Randnr. 46).
- ⁴³ Im vorliegenden Fall hat das Gericht die Gründe angegeben, aus denen es der Ansicht war, dass der in Rede stehende Forderungsverzicht wegen der Systematik des Telekommunikationsrechts nicht vom Begriff der mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbaren staatlichen Beihilfe erfasst werde.
- ⁴⁴ Das Gericht hat nämlich insbesondere in den Randnrn. 108 bis 110 des angefochtenen Urteils die Merkmale der gemeinschaftlichen Regelung der Telekommunikationsdienste durch die Richtlinie 97/13 und die Entscheidung Nr. 128/1999 ausführlich erläutert. Insbesondere hat es entschieden, dass diese Regelung verlange, dass den Mitgliedstaaten zwar die Wahl des Verfahrens zur Erteilung der UMTS-Lizenzen freizustellen sei, dass diese jedoch dabei den Zeitpunkt des Markteintritts des jeweiligen Betreibers zu berücksichtigen und dementsprechend den Grundsatz der Gleichbehandlung der Betreiber einzuhalten hätten.

- 45 Ferner hat nach Randnr. 109 des angefochtenen Urteils die Gemeinschaftsrechtsprechung Art. 11 Abs. 2 der erwähnten Richtlinie bereits dahin ausgelegt, dass die von verschiedenen Betreibern zu zahlenden Abgaben wirtschaftlich gesehen gleichwertig sein müssten.
- 46 Daher, so das Gericht, sei den französischen Behörden unter den Umständen des vorliegenden Falls nichts anderes übrig geblieben, als den Betrag der von Orange und SFR geschuldeten Abgaben herabzusetzen und damit auf die in Rede stehenden Forderungen zu verzichten, um diesen Betrag dem von Bouygues Télécom geschuldeten anzugleichen.
- 47 Demnach geht aus den Randnrn. 108 bis 110 eindeutig hervor, dass das Gericht die Umstände, die im vorliegenden Fall die Anwendung der Ausnahme aufgrund der Systematik, nämlich die Verpflichtung der nationalen Behörden, den Anforderungen der Gleichbehandlung zu genügen, die das Telekommunikationsrecht der Gemeinschaft speziell aufstellt, klar herausgestellt hat.
- 48 Im Übrigen beruhen die weiteren von den Rechtsmittelführerinnen aufgestellten Hypothesen auf einer unrichtigen Auslegung des angefochtenen Urteils.
- 49 Entgegen der Ansicht der Rechtsmittelführerinnen hat das Gericht zum einen nicht die Notwendigkeit geprüft, den Zeitpunkt des 1. Januar 2002, der in Art. 3 Abs. 1 der Entscheidung Nr. 128/1999 als Zeitpunkt für die Einführung der UMTS-Dienste im Gebiet der Mitgliedstaaten vorgesehen ist, als Merkmal des Systems einzuhalten. Es hat diesen Punkt in Wirklichkeit in Randnr. 141 des angefochtenen Urteils nur bei der Beurteilung der Gründe berücksichtigt, aus denen die französischen Behörden entschieden haben, das Vergabeverfahren nicht von Anfang neu zu beginnen.

- 50 Zum anderen ergibt sich aus den Randnrn. 11 und 138 des angefochtenen Urteils ausdrücklich, dass das Gericht die Notwendigkeit, „eine so große Anzahl von Betreibern auszuwählen, dass ein tatsächlicher Wettbewerb in dem fraglichen Sektor gewährleistet gewesen wäre“, nicht als ein Merkmal des Systems herangezogen hat, sondern nur für die Feststellung, dass die erste Aufforderung zur Einreichung von Bewerbungen im Hinblick auf die Notwendigkeit, den Wettbewerb in dem Sektor zu gewährleisten, nicht zu einem zufriedenstellenden Ergebnis geführt habe und dass daher weitere Betreiber hätten gesucht werden müssen.
- 51 Schließlich genügt zu der Rüge einer unzulänglichen Begründung des angefochtenen Urteils in Bezug auf den Kausalzusammenhang zwischen der Natur des Systems und dem Verzicht auf die Forderung gegen Orange und SFR die Feststellung, dass das Gericht in Randnr. 123 des Urteils die Gründe angegeben hat, aus denen es auf das Vorliegen eines solchen Zusammenhangs durch die Feststellung geschlossen hat, dass wegen der gleichen Merkmale der drei UMTS-Lizenzen eine Beibehaltung des ursprünglichen Betrags der von Orange und SFR geschuldeten Abgaben notwendigerweise zu einer Verletzung der spezifischen Gleichbehandlungspflichten geführt hätte, die das Telekommunikationsrecht der Gemeinschaft aufstelle.
- 52 Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist festzustellen, dass die Begründung des angefochtenen Urteils die Gründe rechtlich hinreichend erkennen lässt, aus denen das Gericht entschieden hat, dass die Herabsetzung der von Orange und SFR geschuldeten Abgaben und damit der Verzicht auf die Forderungen gegen diese wegen der Systematik nicht als staatliche Beihilfe hätten betrachtet werden können.
- 53 Der erste Rechtsmittelgrund ist daher als unbegründet zurückzuweisen.

Zum zweiten Rechtsmittelgrund: Rechtsfehler in Bezug auf das Fehlen ernster Schwierigkeiten

Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

- 54 Mit ihrem zweiten Rechtsmittelgrund rügen die Rechtsmittelführerinnen, dass das Gericht die Beurteilung der Frage, ob eine ernste Schwierigkeit vorliege, mit der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der streitigen Entscheidung verwechselt habe. Insbesondere habe sich das Gericht, um zu belegen, dass die Kommission nicht verpflichtet gewesen sei, die förmliche Prüfungsphase einzuleiten, damit begnügt, jeweils am Ende der Prüfung der Stichhaltigkeit eines Vorbringens der Beteiligten ausdrücklich festzustellen, dass diese Prüfung keine ernste Schwierigkeit ergeben habe.
- 55 In Wirklichkeit werde das Vorliegen ernster Schwierigkeiten dadurch bestätigt, dass das Gericht im angefochtenen Urteil bei mehreren komplexen Fragen seine Beurteilung an die Stelle derjenigen der Kommission gesetzt habe und damit der Analyse in der streitigen Entscheidung teilweise widersprochen habe.
- 56 Die Kommission bestreitet die Zulässigkeit dieses Grundes, da dieser nicht im ersten Rechtszug geltend gemacht worden sei. Die Französische Republik macht geltend, dass die Rechtsmittelführerinnen vor dem Gericht die Notwendigkeit, das förmliche Prüfverfahren der Beihilfen im Sinne von Art. 88 EG einzuleiten, nur hilfsweise angeführt hätten.
- 57 Zur Begründetheit machen die Kommission, die Französische Republik, SFR und Orange geltend, dass das Vorgehen des Gerichts rechtlich einwandfrei gewesen sei und nicht auf einer Verwechslung beruhe. Nach Ansicht von Orange hat das Gericht zuvor eine Analyse von der Art durchgeführt, wie sie die Rechtsmittelführerinnen verlangt hätten. Die Kommission fügt hinzu, dass die Einzelheiten, auf die sich das Gericht gestützt habe, die gleichen seien, auf denen die streitige Entscheidung beruhe. Dies belege, dass solche Einzelheiten für die Entscheidung der Fragen ausreichten, auf die sich die Rechtsmittelführerinnen bezogen hätten.

58 Zu dem Vorbringen, die Analyse der Kommission sei vom Gericht verworfen worden, macht die Französische Republik geltend, dass das Gericht nicht seine eigene Beurteilung an die Stelle derjenigen der Kommission gesetzt habe, da das angefochtene Urteil in weitem Umfang auf der Analyse in der streitigen Entscheidung beruhe. Die Kommission, SFR und Orange vertreten weiter die Ansicht, dass die verschiedenen Wertungen des Gerichts nur der Beantwortung des Klagevorbringens der Rechtsmittelführerinnen dienen. Insbesondere fügt SFR hinzu, dass das Gericht das Fehlen ernster Schwierigkeiten nur durch eine eingehendere Untersuchung der Anhaltspunkte prüfen können, über die die Kommission verfügt habe. Auf alle Fälle ist nach Ansicht der Kommission ein solches Vorbringen nicht nur unzulässig, da es sich auf die Tatsachenbeurteilung beziehe, sondern damit könne auch nicht dargetan werden, inwiefern eine andere Beurteilung durch das Gericht als durch die Kommission Folgen in Bezug auf das Bestehen ernster Schwierigkeiten betreffend die Gültigkeit des angefochtenen Urteils haben könne.

Würdigung durch den Gerichtshof

59 Vorab ist darauf hinzuweisen, dass mit diesem Rechtsmittelgrund entgegen der Auffassung der Kommission nicht die Gültigkeit der streitigen Entscheidung in Frage gestellt, sondern beanstandet wird, dass das Gericht bei der Untersuchung des Inhalts dieser Entscheidung zum Zweck der Prüfung, ob ernste Schwierigkeiten vorlägen, einen Rechtsfehler begangen habe.

60 Somit ist der zweite Rechtsmittelgrund zulässig.

61 In Bezug auf die Stichhaltigkeit dieses Rechtsmittelgrundes ist daran zu erinnern, dass nach ständiger Rechtsprechung das Verfahren nach Art. 88 Abs. 2 EG unerlässlich ist, sobald die Kommission bei der Prüfung, ob eine Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist, auf ernste Schwierigkeiten stößt. Die Kommission darf sich also für den Erlass einer positiven Entscheidung über eine Beihilfe nur dann auf die Vorprüfungsphase nach Art. 88 Abs. 3 EG beschränken, wenn sie nach einer ersten Prüfung die Überzeugung gewinnt, dass die Beihilfe vertragskonform ist. Ist die Kommission aufgrund dieser ersten Prüfung jedoch zu der gegenteiligen Überzeugung gelangt oder hat sie nicht alle Schwierigkeiten hinsichtlich der Beurteilung der Vereinbarkeit der

Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt ausräumen können, so ist sie verpflichtet, alle erforderlichen Stellungnahmen einzuholen und zu diesem Zweck das Verfahren des Art. 88 Abs. 2 EG einzuleiten (vgl. u. a. Urteile vom 19. Mai 1993, *Cook/Kommission*, C-198/91, Slg. 1993, I-2487, Randnr. 29, vom 2. April 1998, *Kommission/Sytraval und Brink's France*, C-367/95 P, Slg. 1998, I-1719, Randnr. 39, und vom 17. Juli 2008, *Athinaïki Techniki/Kommission*, C-521/06 P, Slg. 2008, I-5829, Randnr. 34).

⁶² Im vorliegenden Fall hat, wie sich auch aus der Überschrift des betreffenden Teils des angefochtenen Urteils selbst ergibt, der den „zweiten und ... dritten Klagegrund: Verletzung des Art. 87 Abs. 1 EG und des Art. 88 Abs. 2 EG“ betrifft, das Gericht in den Randnrn. 95 bis 160 des angefochtenen Urteils den zweiten Klagegrund, Verletzung des Art. 87 Abs. 1 EG, der sich auf die Auslegung des Begriffs selektiver Vorteil und des Diskriminierungsverbots bezieht, gemeinsam mit dem dritten Klagegrund, Verletzung von Art. 88 Abs. 2 EG, geprüft und dies damit begründet, dass die Kommission die Phase des förmlichen Prüfverfahrens nicht eröffnet habe, obwohl die Prüfung der Maßnahme der Angleichung der Abgaben ernste Schwierigkeiten geboten habe.

⁶³ Diese Vorgehensweise ist unter Berücksichtigung des Umstands gerechtfertigt, dass, wie die Generalanwältin in den Nrn. 208 und 214 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, der Begriff der ernststen Schwierigkeit seinem Wesen nach objektiv ist und dass die Frage, ob solche Schwierigkeiten vorgelegen haben, nicht nur anhand der Umstände des Erlasses der angefochtenen Maßnahme, sondern auch anhand der Beurteilung zu prüfen ist, auf die sich die Kommission gestützt hat (vgl. hierzu Urteil *Cook/Kommission*, Randnrn. 30 und 31).

⁶⁴ Eben diese Prüfung hat das Gericht vorgenommen, als es die Gründe analysiert hat, aus denen die Kommission der Ansicht war, dass die Maßnahme der Angleichung der Abgaben keinen selektiven Vorteil darstelle und nicht gegen das Diskriminierungsverbot verstoße.

- 65 Das Gericht erster Instanz hat daher keinen Rechtsfehler begangen, als es die Beurteilung der Kommission geprüft hat, um feststellen zu können, ob diese auf der Grundlage ausreichender Informationen erstellt worden und geeignet sei, das Bestehen jeder ersten Schwierigkeit auszuschließen.
- 66 Im Übrigen räumen die Rechtsmittelführerinnen in ihrem Rechtsmittel selbst ein, dass das Gericht zu Recht in Randnr. 93 des angefochtenen Urteils aus der Rechtsprechung abgeleitet habe, dass „zu prüfen [ist], ob die Argumente, die die Klägerinnen gegen die [streitige] Entscheidung geltend machten, eine ernste Schwierigkeit aufwarfen. Wäre dies der Fall, so könnte die Entscheidung allein deshalb wegen Nichtvornahme der im Vertrag vorgesehenen kontradiktorischen und eingehenden Prüfung für nichtig erklärt werden, selbst wenn nicht nachgewiesen wäre, dass die Bewertungen, die die Kommission in der Sache vorgenommen hat, Rechts- oder Tatsachenirrtümer enthielten.“
- 67 Auf alle Fälle erforderte die gemeinsame Behandlung der beiden Klagegründe, dass das Gericht nicht nur beurteilte, ob ernste Schwierigkeiten vorlagen, sondern auch das Vorbringen der Rechtsmittelführerinnen zur Stützung ihres zweiten Nichtigkeitsgrundes beantwortete, das sich auf die Stichhaltigkeit der Beurteilungen der Kommission bezog.
- 68 In dieser Hinsicht ist festzustellen, dass die von den Rechtsmittelführerinnen gerügte Ersetzung von Gründen in Wirklichkeit nur die Beantwortung ihres Vorbringens darstellte.
- 69 Somit ist erstens das Vorbringen der Rechtsmittelführerinnen nicht begründet, wonach das Gericht seine eigene Beurteilung an die Stelle der Gründe der streitigen Entscheidung gesetzt habe, als es in den Randnrn. 105, 109 und 110 des angefochtenen Urteils die Ansicht vertreten habe, dass die UMTS-Dienste einen wirtschaftlichen Wert hätten.

- 70 Wie nämlich aus Randnr. 105 des angefochtenen Urteils hervorgeht und wie die Generalanwältin in Nr. 222 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, hat die Kommission erst in der mündlichen Verhandlung vor dem Gericht den gegenteiligen Standpunkt vertreten, nämlich, dass diese Dienste keinen wirtschaftlichen Wert hätten, während sich die streitige Entscheidung auf andere Erwägungen gestützt hat. Somit kann eine Ersetzung der Begründung durch das Gericht erster Instanz nicht vorliegen.
- 71 Das Gleiche gilt, zweitens, für die Behauptung, das Gericht habe seine eigene Beurteilung an die Stelle der Begründung der streitigen Entscheidung gesetzt, als es in den Randnrn. 113 bis 121 des angefochtenen Urteils ausgeführt habe, dass Orange und SFR einen möglichen zeitlichen Vorteil dadurch erhalten hätten, dass ihre Lizenzen früher erteilt worden seien.
- 72 Selbst unterstellt, dass das Gericht in Beantwortung eines Arguments der Rechtsmittelführerinnen zu einem anderen Ergebnis als die Kommission in der streitigen Entscheidung gekommen wäre, hat es doch hilfswiese und ohne eine Ersetzung von Gründen in den Randnrn. 123 bis 125 des angefochtenen Urteils die Begründung der Kommission übernommen, wonach das Nichtbestehen eines selektiven Vorteils im Zusammenhang mit der Anwendung der Gemeinschaftsregelung der Telekommunikationsdienstleistungen gestanden habe.
- 73 Drittens kann auch dem Vorbringen der Rechtsmittelführerinnen nicht gefolgt werden, dass das Gericht seine Beurteilung an die Stelle derjenigen der Kommission gesetzt habe, als es in den Randnrn. 131 und 132 des angefochtenen Urteils ausgeführt habe, dass Orange und SFR einerseits und Bouygues Télécom andererseits sich nicht in einer vergleichbaren Situation befänden, da Bouygues das Risiko eingegangen sei, ihre UMTS-Dienste nicht oder nur verspätet bereitstellen zu können.
- 74 In dieser Hinsicht hat die streitige Entscheidung jede Diskriminierung nicht wegen der Vergleichbarkeit der Situation der drei betroffenen Betreiber, sondern wegen der

Anwendung der Gemeinschaftsregelung für Telekommunikationsdienstleistungen ausgeschlossen, die die von den französischen Behörden gewählte Lösung verlangt habe. Infolgedessen konnte die Frage, ob diese Betreiber im Hinblick auf die von ihnen übernommenen Risiken in einer vergleichbaren Situation waren oder nicht, den Standpunkt der Kommission nicht beeinflussen.

- 75 Viertens und letztens ist auch das Vorbringen unbegründet, dass das Gericht seine Beurteilung an die Stelle derjenigen der Kommission gesetzt habe, als es in den Randnrn. 137 bis 153 des angefochtenen Urteils die verschiedenen Optionen, die sich den französischen Behörden geboten hätten, und ihren Einfluss auf die Gleichbehandlung der Empfänger der Lizenzen untersucht habe.
- 76 In Wirklichkeit hatte die Kommission, wie die Generalanwältin in Nr. 225 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, diese Optionen bereits in der streitigen Entscheidung untersucht, so dass das Gericht seine Beurteilung nicht an die Stelle derjenigen der Kommission gesetzt hat.
- 77 Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist daher festzustellen, dass, auch wenn das Gericht bei der Prüfung einiger der von den Rechtsmittelführerinnen im ersten Rechtszug erhobenen Rügen zu anderen Ergebnissen gelangt ist als die Kommission in der streitigen Entscheidung, keine der Wertungen des Gerichts deren Rechtmäßigkeit in Frage stellen oder das Bestehen ernster Schwierigkeiten erkennen lassen kann.
- 78 Der zweite Rechtsmittelgrund ist daher als unbegründet zurückzuweisen.

Zum vierten Rechtsmittelgrund: Fehler bei der Anwendung von Art. 87 EG

- 79 Der vierte Rechtsmittelgrund, der vor dem dritten Rechtsmittelgrund zu prüfen ist, gliedert sich in drei Teile.

Zum ersten und zum zweiten Teil des vierten Rechtsmittelgrundes

— Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

- 80 Mit dem ersten Teil dieses Rechtsmittelgrundes rügen die Rechtsmittelführerinnen, dass das Gericht rechtsfehlerhaft zu dem Ergebnis gelangt sei, dass die aus der Systematik der Regelung hergeleitete Ausnahme im vorliegenden Fall den Verzicht des französischen Staates auf die Forderungen gegen Orange und SFR unvermeidlich gemacht habe. Da die Systematik die Suche nach einer größeren Zahl von Betreibern erfordert habe, hätten die französischen Behörden in Wirklichkeit entweder das Verfahren von Beginn an wieder aufnehmen oder, wie im vorliegenden Fall, eine neue Aufforderung zur Abgabe von Angeboten ergehen lassen müssen.

- 81 Im letztgenannten Fall hätten die Behörden jedoch andere wirtschaftliche Bedingungen anwenden müssen. Denn entgegen der Entscheidung des Gerichts hätten diese nicht zu einer Diskriminierung geführt, da die ursprünglichen Lizenzempfänger sich nicht in der gleichen Situation wie diejenigen befunden hätten, in der sich die aufgrund einer neuen Aufforderung zur Einreichung von Bewerbungen Ausgewählten befunden hätten, denn zum einen sei diesen Lizenzempfängern zugesichert worden, dass sie die UMTS-Lizenz behalten könnten, ohne dass diese durch neue Bewerber in Frage gestellt würden, und zum anderen seien ihnen die Lizenzen früher erteilt worden, was bereits für sich einen offenkundigen Vorteil darstelle.

- 82 Nach Ansicht von Orange und SFR ist dieser vierte Teil des Rechtsmittelgrundes unzulässig, da er auf eine erneute Würdigung der im ersten Rechtszug geltend gemachten Klagegründe gerichtet sei.
- 83 Auf alle Fälle machen die Kommission, die Französische Republik, SFR und Orange geltend, dass das Gericht die anderen Optionen geprüft habe, die die französischen Behörden hätten ins Auge fassen können, und in Anbetracht der Notwendigkeit, nicht nur die Grundsätze der Gleichbehandlung und des freien Wettbewerbs, sondern auch das Enddatum des 1. Januar 2002, das in Art. 3 Abs. 1 der Entscheidung Nr. 128/1999 vorgesehen gewesen sei, zu beachten, zu dem Ergebnis gelangt sei, dass allein die von diesen Behörden schließlich gewählte Option es erlaubt habe, die Wahrung dieser Grundsätze zu gewährleisten, und sich daher als „unvermeidlich“ aufgedrängt habe.
- 84 Mit dem zweiten Teil des vierten Rechtsmittelgrundes machen die Rechtsmittelführerinnen geltend, dass das Gericht mehrere Rechtsfehler mit der Feststellung begangen habe, dass kein selektiver Vorteil für Orange und SFR vorliege.

— Würdigung durch den Gerichtshof

- 85 Eingangs ist festzustellen, dass die beiden Argumente, auf die die Rechtsmittelführerinnen ihre Ansicht stützen, dass die Erhebung von UMTS-Abgaben von Orange und SFR in anderer Höhe, als sie von Bouygues Télécom gefordert worden seien, keine Diskriminierung der ersten beiden Lizenzempfänger dargestellt habe, unzulässig sind.
- 86 Aus Art. 225 EG, Art. 58 Abs. 1 der Satzung des Gerichtshofs und Art. 112 § 1 Buchst. c seiner Verfahrensordnung folgt nämlich, dass ein Rechtsmittel die beanstandeten Teile des Urteils, dessen Aufhebung beantragt wird, sowie die rechtlichen Argumente, die diesen Antrag speziell stützen, genau bezeichnen muss (Beschluss vom 11. November 2003, Martinez/Parlament, C-488/01 P, Slg. 2003, I-13355, Randnr. 40, und Urteil vom

11. September 2007, Lindorfer/Rat, C-227/04 P, Slg. 2007, I-6767, Randnr. 45 und die dort angeführte Rechtsprechung).

- 87 Zur Stützung des ersten dieser beiden Argumente, wonach Orange und SFR die Zusicherung gegeben worden sei, dass sie ihre Lizenzen behalten könnten, ohne dass diese durch andere Bewerber in Frage gestellt werden könnten, rügen die Rechtsmittelführerinnen keinen Rechtsfehler in Bezug auf den Teil der Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils, konkret Randnr. 144, in dem das Gericht befunden hat, dass die drei Bewerber sich in einer vergleichbaren Situation befänden.
- 88 In Bezug auf das zweite dieser Argumente, wonach SFR und Orange einen Vorteil durch die Erteilung ihrer Lizenzen erhalten hätten, haben die Rechtsmittelführerinnen ebenfalls nichts vorgetragen, was die vom Gericht in dieser Hinsicht vorgenommene Würdigung, insbesondere in den Randnrn. 115 bis 122 des angefochtenen Urteils, in Frage stellen könnte.
- 89 Zum übrigen Vorbringen im Rahmen des zweiten Teils des vierten Rechtsmittelgrundes ist festzustellen, dass es sich entgegen der Ansicht von Orange und SFR nicht auf eine Wiederholung des Vorbringens im ersten Rechtszug beschränkt, sondern sich in Wirklichkeit gegen einen wesentlichen Teil der Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils, insbesondere dessen Randnrn. 108 bis 111, richtet und daher zulässig ist.
- 90 In Bezug auf die Begründetheit dieses Vorbringens ist daran zu erinnern, dass das Gericht in Randnr. 108 des angefochtenen Urteils festgestellt hat, dass die Richtlinie 97/13 und die Entscheidung Nr. 128/1999 den Mitgliedstaaten ein Ermessen in Bezug auf die Wahl des Verfahrens zur Erteilung der Lizenzen einräumen, solange die Grundsätze des freien Wettbewerbs und der Gleichbehandlung beachtet würden.

- 91 Das Gericht hat aus dieser Feststellung, ohne dass die Rechtsmittelführerinnen dem widersprochen hätten, abgeleitet, dass sich die Mitgliedstaaten für ein Verfahren der vergleichenden Auswahl entscheiden könnten, wobei wesentlich sei, dass die Betreiber insbesondere hinsichtlich der Abgaben gleichbehandelt würden.
- 92 Im vorliegenden Fall haben sich die französischen Behörden bei der Ausübung dieses Ermessens dafür entschieden, die in Rede stehenden UMTS-Lizenzen eben durch ein Verfahren der vergleichenden Auswahl zu erteilen. Wie das Gericht in Randnr. 12 des angefochtenen Urteils ausgeführt hat, mussten die Behörden weitere Lizenznehmer nur wegen des teilweisen Fehlschlags der ersten Aufforderung zur Einreichung von Bewerbungen suchen, aufgrund dessen nicht genügend Lizenzen erteilt werden konnten, um einen echten Wettbewerb auf dem Markt der Telekommunikationsdienstleistungen zu gewährleisten.
- 93 In einer solchen Situation boten sich diesen Behörden, wie die Rechtsmittelführerinnen selbst einräumen, drei Optionen, nämlich das Verfahren von Beginn an wieder aufzunehmen, eine Aufforderung zur Einreichung zusätzlicher Bewerbungen abzugeben, ohne rückwirkend die von Orange und SFR geschuldeten UMTS-Abgaben zu erhöhen, oder eine solche Aufforderung ergehen zu lassen und gleichzeitig die erwähnten Abgaben rückwirkend zu ändern.
- 94 Unter den Umständen des vorliegenden Falles hätte, wie das Gericht in Randnr. 141 des angefochtenen Urteils festgestellt hat, die Option, das Verfahren von Beginn an wieder aufzunehmen, die Einhaltung des in Art. 3 Abs. 1 der Entscheidung Nr. 128/1999 als Zeitpunkt für die Umsetzung der Richtlinie 97/13 durch die Mitgliedstaaten in Bezug auf die koordinierte und schrittweise Einführung der UMTS-Dienste in ihrem Gebiet festgesetzten 1. Januar 2002 gefährdet. Ebenso hätte, wie das Gericht zu Recht in den Randnrn. 144 und 145 des angefochtenen Urteils ausgeführt hat, die Option, von Orange und SFR die Zahlung weit höherer Abgaben zu fordern, als sie von Bouygues Télécom verlangt wurden, obwohl aus Gründen, die nicht allein von deren Willen abhängen, noch keiner dieser drei Betreiber auf dem Markt tätig war und diese Lizenzen die gleichen Merkmale hatten, Orange und SFR diskriminiert.

- 95 Die Anwendung einer dieser beiden Optionen hätte es, mit anderen Worten, den französischen Behörden nicht erlaubt, den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts zu genügen.
- 96 Unter diesen Bedingungen war im Rahmen der letztlich von diesen Behörden gewählten Option der Verzicht auf die in Rede stehenden Forderungen aufgrund der Maßnahme der rückwirkenden Angleichung der von Orange und SFR geschuldeten Abgaben an diejenigen, die Bouygues Télécom auferlegt wurden, unvermeidlich.
- 97 Nur eine solche Option war nämlich zum Zeitpunkt des Sachverhalts geeignet, zum einen die Risiken einer verspäteten Einführung der UMTS-Dienste zu verringern, da sich mit ihr sicherstellen ließ, dass mindestens zwei Lizenzen zu dem in Art. 3 Abs. 1 der Entscheidung Nr. 128/1999 vorgesehenen Zeitpunkt erteilt waren. Zum anderen ließ sich mit dieser Option auch ausschließen, dass die drei Betreiber diskriminiert würden, da mit der Angleichung der Abgaben gerade bezweckt war, dem Umstand Rechnung zu tragen, dass sich zum Zeitpunkt der Erteilung der Lizenz an Bouygues Télécom aus von deren Willen unabhängigen Gründen noch keiner der Betreiber auf dem Markt betätigte, so dass ihre Situation daher vergleichbar war.
- 98 Somit hat das Gericht unter diesen Umständen keinen Rechtsfehler mit der Entscheidung begangen, dass die Gemeinschaftsregelung der Telekommunikationsdienste und insbesondere das Diskriminierungsverbot verlangt habe, dass die französischen Behörden die von Orange und SFR geschuldeten Abgaben den von Bouygues Télécom geschuldeten angleichen.
- 99 Folglich ist der erste Teil des vierten Rechtsmittelgrundes teilweise unzulässig und teilweise unbegründet.
- 100 Da dieser erste Teil zurückzuweisen ist, geht der zweite Teil des vierten Rechtsmittelgrundes ins Leere.

- 101 Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs verlangt nämlich die Qualifizierung als Beihilfe, dass alle in Art. 87 Abs. 1 EG genannten Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. Urteil vom 15. Juli 2004, Pearle u. a., C-345/02, Slg. 2004, I-7139, Randnr. 32 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 102 Art. 87 Abs. 1 EG stellt vier Voraussetzungen auf, die kumulativ erfüllt sein müssen. Erstens muss es sich um eine staatliche Maßnahme oder eine Maßnahme unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel handeln. Zweitens muss die Maßnahme geeignet sein, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Drittens muss dem Begünstigten durch sie ein Vorteil gewährt werden. Viertens muss sie den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen (Urteil Pearle u. a., Randnr. 33 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 103 Wie die Prüfung des ersten Teils des vierten Rechtsmittelgrundes ergibt, hat das Gericht in Randnr. 111 des angefochtenen Urteils rechtsfehlerfrei entschieden, dass der Forderungsverzicht kein Merkmal einer staatlichen Beihilfe darstelle, da der Verzicht auf die Forderungen gegen Orange und SFR aufgrund der Systematik der Regelung unvermeidbar gewesen sei.
- 104 Somit fehlt es im vorliegenden Fall an der ersten der in Randnr. 102 des vorliegenden Urteils aufgeführten Voraussetzungen für die Annahme des Vorliegens einer staatlichen Beihilfe.
- 105 Daher kann der zweite Teil des vierten Rechtsmittelgrundes, der sich auf das Vorliegen eines Vorteils zugunsten von Orange und SFR bezieht, auf alle Fälle die Begründetheit des Schlusses des Gerichts auf das Nichtvorliegen einer staatlichen Beihilfe im vorliegenden Fall nicht berühren.

Zum dritten Teil des vierten Rechtsmittelgrundes

— Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

- 106 Mit dem dritten Teil des vierten Rechtsmittelgrundes rügen die Rechtsmittelführerinnen, dass das Gericht bei der Anwendung des Diskriminierungsverbots einen Rechtsfehler begangen habe.
- 107 Zunächst machen sie geltend, Orange und SFR einerseits und Bouygues Télécom andererseits hätten sich zum Zeitpunkt der Angleichung der Abgaben nicht in der gleichen Situation befunden, da die UMTS-Lizenzen für die Ausübung einer Tätigkeit zu unterschiedlichen Zeitpunkten erteilt worden seien. Sodann sei die Änderung der Kriterien für die Erteilung der Lizenzen sowohl wegen des Grundsatzes der Unveränderlichkeit dieser Kriterien im Rahmen eines Ausschreibungsverfahrens wie auch wegen der Richtlinie 97/13 rechtlich nicht möglich gewesen. Schließlich gehöre die Wahrung der von den Gemeinschaftsrichtlinien, insbesondere der Richtlinie 97/13, vorgeschriebenen Ziele nicht zu den in Art. 87 Abs. 2 EG abschließend aufgeführten Ausnahmen.
- 108 Nach Ansicht von Orange und der Kommission dagegen befanden sich die drei Empfänger der UMTS-Lizenzen *de facto* in der gleichen Situation, da Orange und SFR materiell von diesen Lizenzen nicht profitiert hätten. Daher habe das Diskriminierungsverbot unvermeidlich die rückwirkende Angleichung der Abgaben erfordert. Auf alle Fälle bestreitet Orange die Zulässigkeit dieses Teils des vierten Rechtsmittelgrundes, da die Umsetzung des Diskriminierungsverbots bereits mit dem gleichen Vorbringen im Verfahren vor dem Gericht gerügt worden sei.
- 109 Zur Zulässigkeit der Änderung der Kriterien für die Zuteilung der Lizenzen führt die Kommission aus, das Gericht habe festgestellt, dass dieser Grundsatz der Unveränderlichkeit weder in der Richtlinie 97/13 noch in einer anderen anwendbaren Bestimmung des Gemeinschaftsrechts vorkomme. Auf alle Fälle kann nach Ansicht von Orange ein solcher Grundsatz die Pflicht zur Wahrung des Diskriminierungs-

verbots nicht in Frage stellen. Zudem ist der Kommission, SFR und Orange zufolge die Möglichkeit, die Bedingungen für die zu erteilenden Lizenzen zu ändern, ausdrücklich in der Richtlinie 97/13 vorgesehen. Die Französische Republik macht hierzu geltend, dass eine solche Änderung nicht nur möglich, sondern nach Art. 11 Abs. 2 dieser Richtlinie, wonach die Abgaben nichtdiskriminierend sein müssten, zwingend sei.

- 110 Schließlich meinen die Kommission, die Französische Republik, SFR und Orange, dass das Gericht die Richtlinie 97/13 nicht als Ausnahme betrachtet habe, die zu den bereits in Art. 87 Abs. 2 EG vorgesehenen Ausnahmen vom Verbot der unvereinbaren Beihilfen im Sinne von Art. 87 Abs. 1 hinzukomme. Vielmehr habe das Gericht auf diese Richtlinie nur Bezug genommen, um eine rechtliche Begründung dafür zu geben, dass die Maßnahme der Angleichung der Abgaben nicht als staatliche Beihilfe eingestuft werden könne.

— Würdigung durch den Gerichtshof

- 111 Zunächst ist festzustellen, dass das Vorbringen der Rechtsmittelführerinnen, wonach das Gericht zu Unrecht befunden habe, dass Orange und SFR einerseits und Bouygues Télécom andererseits sich in der gleichen Situation befänden, entgegen der Ansicht von Orange zulässig ist.
- 112 In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass im ersten Rechtszug geprüfte Rechtsfragen im Rechtsmittelverfahren erneut aufgeworfen werden können, wenn der Rechtsmittelführer die Auslegung oder Anwendung des Gemeinschaftsrechts durch das Gericht beanstandet (vgl. Urteil vom 13. Juli 2000, Salzgitter/Kommission, C-210/98 P, Slg. 2000, I-5843, Randnr. 43). Könnte nämlich ein Rechtsmittelführer sein Rechtsmittel nicht in dieser Weise auf bereits vor dem Gericht geltend gemachte Klagegründe und Argumente stützen, so würde dies dem Rechtsmittelverfahren einen Teil seiner Bedeutung nehmen (vgl. insbesondere Urteil vom 6. März 2003, Interporc/Kommission, C-41/00 P, Slg. 2003, I-2125, Randnr. 17, und Beschluss Martínez/Parlament, Randnr. 39).

- 113 Das Vorbringen in Bezug auf die Gleichheit der Situation der drei betroffenen Betreiber entspricht diesen Anforderungen, da es gerade darauf gerichtet ist, die Analyse dieser Situation durch das Gericht im Hinblick auf das Diskriminierungsverbot in Frage zu stellen.
- 114 Zur Begründetheit ist festzustellen, dass, wie die Rechtsmittelführerinnen zu Recht geltend machen, nach ständiger Rechtsprechung eine Diskriminierung nur darin bestehen kann, dass unterschiedliche Vorschriften auf vergleichbare Situationen angewandt werden oder dass dieselbe Vorschrift auf unterschiedliche Situationen angewandt wird (Urteile vom 14. Februar 1995, Schumacker, C-279/93, Slg. 1995, I-225, Randnr. 30, und vom 18. Dezember 2007, Laval un Partneri, C-341/05, Slg. 2007, I-11767, Randnr. 115).
- 115 Im vorliegenden Fall hätte die vorherige Erteilung der UMTS-Lizenzen an Orange und SFR die Festsetzung höherer Abgaben als der von Bouygues Télécom geschuldeten nur dann rechtfertigen oder gar erfordern können, wenn der wirtschaftliche Wert dieser Lizenzen nur wegen dieser früheren Erteilung als höher hätte betrachtet werden können als derjenige der dem letztgenannten Unternehmen erteilten Lizenz.
- 116 Dies ist jedoch hier klar nicht der Fall.
- 117 Das Gericht hat nämlich in Randnr. 116 des angefochtenen Urteils festgestellt, dass Orange und SFR die ihnen erteilten Lizenzen nicht hätten nutzen können.
- 118 Wie das Gericht in den Randnrn. 100 und 110 des angefochtenen Urteils zutreffend ausgeführt hat, hat eine Lizenz zwar einen wirtschaftlichen Wert, doch hängt dieser Wert vom Zeitpunkt des Markteintritts der jeweiligen betroffenen Betreiber ab (vgl. auch Urteil vom 22. Mai 2003, Connect Austria, C-462/99, Slg. 2003, I-5197, Randnr. 93).

- 119 Der wirtschaftliche Wert einer Lizenz ergibt sich mit anderen Worten insbesondere aus der Möglichkeit für ihren Empfänger, von den mit dieser Lizenz verbundenen Rechten Gebrauch zu machen, also im vorliegenden Fall der Möglichkeit, den öffentlichen Radiowellenbereich zum Zweck der Verwertung der UMTS-Technologie zu besetzen.
- 120 Wie das Gericht in Randnr. 116 des angefochtenen Urteils, von den Rechtsmittelführerinnen im Rahmen des vorliegenden Rechtsmittels unwidersprochen, festgestellt hat, ist unstreitig, dass Orange und SFR zum Zeitpunkt der Erteilung der Lizenz an Bouygues Télécom, am 3. Dezember 2002, ihre UMTS-Dienste noch nicht einführen und damit ihre Lizenzen noch nicht verwerten konnten, und zwar aus Gründen, die von ihrem Willen unabhängig waren, nämlich wegen Problemen im Zusammenhang mit der UMTS-Technologie und einer für deren Entwicklung wenig günstigen Wirtschaftslage. Daher konnte der Wert der Orange und SFR erteilten Lizenzen nicht lediglich wegen ihrer früheren Zuteilung höher als derjenige der Bouygues Télécom erteilten Lizenz sein.
- 121 Ferner hat das Gericht in den Randnrn. 119 bis 121 des angefochtenen Urteils ebenfalls — ohne dass die Rechtsmittelführerinnen diese Beurteilung im Rahmen des vorliegenden Rechtsmittels rügen — deren Vorbringen zurückgewiesen, dass die frühere Erteilung der Lizenzen an Orange und SFR diesen Vorteile in Bezug auf die Vergabe der Standorte, das Markenimage und die Eroberung von Marktanteilen verschafft habe.
- 122 Daher erlaubt der Umstand, dass die Lizenzen den drei betroffenen Betreibern zu unterschiedlichen Zeitpunkten erteilt wurden, nicht die Annahme, dass diese sich zum Zeitpunkt der Erteilung der Lizenz an Bouygues Télécom in Bezug auf das Ziel der Richtlinie 97/13, nämlich zu gewährleisten, dass die Betreiber unter gleichen Voraussetzungen Zugang zum UMTS-Markt haben, in einer unterschiedlichen Situation befanden.
- 123 Deshalb hat das Gericht mit seiner Feststellung, dass sich die drei betroffenen Betreiber in der gleichen Situation befänden, keinen Rechtsfehler begangen.

- 124 Was schließlich die Behauptung eines Grundsatzes der Unveränderlichkeit der Zuteilungskriterien angeht, hat der Gerichtshof entgegen dem Vorbringen der Rechtsmittelführerinnen in Randnr. 60 seines Urteils vom 7. Dezember 2000, *Telaustria und Telefonadress* (C-324/98, Slg. 2000, I-10745), nur bestätigt, dass die öffentlichen Auftraggeber auch dann das Diskriminierungsverbot zu beachten haben, wenn sie Verträge schließen, die vom Anwendungsbereich der Richtlinie 93/38/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. L 199, S. 84) ausgenommen sind; keineswegs hat er dabei das Bestehen eines solchen Grundsatzes der Unveränderlichkeit festgestellt.
- 125 Wie zum anderen die Generalanwältin in Nr. 192 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, sieht Art. 11 Abs. 2 der Richtlinie 97/13 vor, dass die Abgabenhöhe der Notwendigkeit Rechnung tragen muss, die Entwicklung innovativer Dienste und den Wettbewerb zu fördern. Im vorliegenden Fall ist unstreitig, dass sich die französischen Behörden, wenn sie die Maßnahme der Angleichung der UMTS-Abgaben nicht erlassen hätten, einer ernststen Gefahr des Rückzugs der Bewerbungen von Orange und SFR ausgesetzt hätten. Daher wurden die von den ersten beiden Lizenzempfängern geschuldeten Abgaben gerade zu dem Zweck durch Angleichung an die von Bouygues Télécom erhobenen geändert, die Entwicklung des Wettbewerbs zu gewährleisten.
- 126 Schließlich ist auch das Argument unbegründet, das Gericht habe rechtsfehlerhaft entschieden, dass die Richtlinie 97/13 eine Ausnahme von Art. 87 Abs. 1 EG einführe, die zu den in Art. 87 Abs. 2 EG erschöpfend aufgeführten hinzukomme.
- 127 Wie nämlich die Generalanwältin in Nr. 196 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, führt Art. 87 Abs. 2 EG die Ausnahmen von der Regel der Unvereinbarkeit der staatlichen Beihilfen mit dem Vertrag auf.
- 128 Das Gericht konnte jedoch durch die insbesondere im Licht der Richtlinie 97/13 getroffene Feststellung, dass die Maßnahme der Angleichung der von Orange und SFR

geschuldeten Abgaben an diejenigen, die von Bouygues Télécom erhoben wurden, keine staatliche Beihilfe darstelle, den Inhalt von Art. 87 Abs. 2 EG nicht erweitern, da diese Bestimmung gerade nur auf Maßnahmen Anwendung findet, die eine staatliche Beihilfe darstellen.

- ¹²⁹ Da keiner der drei Teile des vierten Rechtsmittelgrundes durchgreifen kann, ist dieser zurückzuweisen.

Zum dritten Rechtsmittelgrund: Fehler bei der rechtlichen Qualifizierung der Tatsachen

- ¹³⁰ Der dritte Rechtsmittelgrund, mit dem die Rechtsmittelführerinnen Fehler rügen, die das Gericht bei der rechtlichen Qualifizierung der Tatsachen begangen habe, gliedert sich ebenfalls in drei Teile.

- ¹³¹ Die Französische Republik und SFR bestreiten vorab die Zulässigkeit dieses Rechtsmittelgrundes, da mit diesem in allen seinen Teilen die Tatsachenfeststellungen des Gerichts beanstandet würden.

Zum ersten Teil des dritten Rechtsmittelgrundes

— Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

- ¹³² Mit dem ersten Teil ihres dritten Rechtsmittelgrundes rügen die Rechtsmittelführerinnen, dass das Gericht bei der rechtlichen Qualifizierung der Tatsachen einen Fehler

begangen habe, als es die beiden aufeinanderfolgenden Verfahren über die Vergabe der UMTS-Lizenzen als einheitliches Verfahren eingestuft habe. Insbesondere hätte das Gericht sich in Anwendung von Art. 11 der Richtlinie 97/13 auf die Untersuchung der Art und Weise der praktischen Durchführung des Verfahrens beschränken und damit zu dem Ergebnis gelangen müssen, dass es sich um zwei unterschiedliche Verfahren gehandelt habe. Auf der Grundlage eines solchen Fehlers habe das Gericht in der Erwägung, dass die Situation der drei Empfänger dieser Lizenzen gleich gewesen sei, obwohl sie in Wirklichkeit unterschiedlich gewesen sei, fälschlicherweise auf das Nichtvorliegen einer Diskriminierung geschlossen.

- 133 Die Kommission vertritt — wie auch, hilfsweise, die Französische Republik, SFR und Orange — die Ansicht, das Gericht habe zu Recht angenommen, dass das Verfahren zur Vergabe der UMTS-Lizenzen in Wirklichkeit ein einheitliches Verfahren gewesen sei. Hierzu machen die Französische Republik, SFR und Orange geltend, dass der Verweis auf Art. 11 der Richtlinie 97/13 im vorliegenden Fall unzutreffend sei.
- 134 Auf jeden Fall geht dieser Teil nach Ansicht der Kommission ins Leere, da die Frage der Einheitlichkeit des Verfahrens für die Beurteilung der Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes durch das Gericht nicht maßgeblich gewesen sei, denn dieses habe nicht auf die Art und Weise der praktischen Durchführung der Aufforderung zur Einreichung von Bewerbungen abgestellt, sondern auf deren Wirkungen. Ferner müsse das Diskriminierungsverbot allgemein auf die beiden aufeinanderfolgenden Aufforderungen zur Einreichung von Bewerbungen angewandt werden.
- 135 Nach Ansicht von SFR hat das Gericht den Gleichbehandlungsgrundsatz richtig angewandt, als es sich auf den Kontext des sich bildenden UMTS-Marktes gestützt und festgestellt habe, dass keiner der betroffenen Betreiber in diesen Markt eingetreten sei.
- 136 Schließlich macht die Kommission geltend, dass denselben Betreibern im Rahmen eines neuen Vergabeverfahrens UMTS-Lizenzen zu gleichen Bedingungen erteilt worden seien.

— Würdigung durch den Gerichtshof

- 137 Aus den Art. 225 EG und 58 Abs. 1 der Satzung des Gerichtshofs folgt, dass das Rechtsmittel auf Rechtsfragen beschränkt ist. Daher ist allein das Gericht für die Feststellung des Sachverhalts — sofern sich nicht aus den Prozessakten ergibt, dass seine Feststellungen tatsächlich falsch sind — und für dessen Würdigung zuständig. Die Würdigung von Tatsachen stellt, sofern die dem Gericht vorgelegten Beweise nicht verfälscht werden, keine Rechtsfrage dar, die als solche der Kontrolle des Gerichtshofs unterliegt (Urteile vom 2. März 1994, Hilti/Kommission, C-53/92 P, Slg. 1994, I-667, Randnr. 42, vom 21. Juni 2001, Moccia Irme u. a./Kommission, C-280/99 P bis C-282/99 P, Slg. 2001, I-4717, Randnr. 78, und vom 7. Juni 2007, Wunenburger/Kommission, C-362/05 P, Slg. 2007, I-4333, Randnr. 66).
- 138 Im vorliegenden Fall hat das Gericht den Schluss auf die Einheitlichkeit des Verfahrens entgegen der Ansicht der Rechtsmittelführerinnen keineswegs auf die Anwendung von Art. 11 der Richtlinie 97/13 gestützt, der im Übrigen kein rechtliches Kriterium für die Beurteilung der Frage bietet, ob ein Verfahren über die Erteilung von Lizenzen einheitlich ist oder mehrere aufeinanderfolgende Phasen umfasst. In Wirklichkeit hat es nur festgestellt, dass zum einen das Verfahren zur Vergabe der Lizenzen die Erteilung von vier Lizenzen zum Ziel gehabt habe (Randnr. 11 des angefochtenen Urteils) und dass zum anderen die französischen Behörden ihr ursprüngliches Ziel nicht erreicht hätten, diese vier Lizenzen zu erteilen, und daher eine „Aufforderung zur Einreichung zusätzlicher Bewerbungen“ abgegeben hätten (Randnrn. 12, 14 und 15 dieses Urteils).
- 139 Das Gericht hat im Rahmen seiner Beurteilung dieser Umstände daraus in Randnr. 134 des angefochtenen Urteils abgeleitet, dass es sich „[b]ei dem im Juli 2000 von den französischen Behörden eingeleiteten Verfahren für die Erteilung der UMTS-Lizenzen ... trotz der Art und Weise seiner praktischen Durchführung um ein einziges Verfahren ... [handelte]“.
- 140 Daher ist die Frage, ob diese Behörden ein einziges oder vielmehr zwei Verfahren veranstaltet haben, eine Frage im Zusammenhang mit der Tatsachenwürdigung durch das Gericht und nicht, wie die Rechtsmittelführerinnen geltend machen, eine Rechtsfrage im Zusammenhang mit der rechtlichen Qualifizierung dieses Sachverhalts im Hinblick auf Art. 11 der Richtlinie 97/13.

- ¹⁴¹ Da die Rechtsmittelführerinnen nicht rügen, dass das Gericht den ihm unterbreiteten Sachverhalt oder ihm vorgelegte Beweismittel verfälscht hätte, ist der erste Teil des dritten Rechtsmittelgrundes daher als unzulässig zurückzuweisen.

Zum zweiten Teil des dritten Rechtsmittelgrundes

— Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

- ¹⁴² 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 in Rede stehenden Forderungen, auf die der französische Staat verzichtet habe, als nicht sicher betrachtet habe.
- ¹⁴³ Zum einen seien die UMTS-Lizenzen Orange und SFR mit zwei Erlassen vom 18. Juli 2001, also nach Ablauf der Frist, erteilt worden, binnen deren die Möglichkeit zum Rückzug der Bewerbungen wahrgenommen werden können und die am 31. Mai 2001 abgelaufen sei. Zum anderen erlaube die bloße Möglichkeit für die Betreiber, auf ihre Lizenz zu verzichten, nicht den Schluss, dass die in Rede stehenden Forderungen nicht sicher seien, da nach ständiger Rechtsprechung eine Forderung nur dann nicht sicher sei, wenn ihr Bestehen vom Eintritt eines künftigen und möglichen Ereignisses oder dem Eintritt einer aufschiebenden Bedingung abhängig sei.
- ¹⁴⁴ Dagegen vertreten die Kommission, die Französische Republik, SFR und Orange die Ansicht, dass die erwähnten Forderungen nicht sicher seien.

- 145 Sie machen insbesondere geltend, dass Orange und SFR ohne die Zusage einer angemessenen Behandlung in den Ministerialschreiben vom 22. Februar 2001 möglicherweise ihre Bewerbungen zurückgezogen hätten, da die Frist für die Ausübung der Rückzugsmöglichkeit zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgelaufen gewesen sei. Nach Ansicht der Kommission waren diese Forderungen vor Erteilung der Lizenzen an diese Unternehmen mit den Erlassen vom 18. Juli 2001 noch nicht fällig.
- 146 Orange fügt hinzu, dass, was die Genehmigungen zur Besetzung des öffentlichen Bereichs angehe, die Rückzugsmöglichkeit bis zum 31. Mai 2001 fortbestanden habe, da die Lizenzempfänger jederzeit auf diese hätten verzichten und daher die Zahlung der damit verbundenen Abgaben hätten einstellen können.
- 147 Auf alle Fälle geht nach Ansicht der Kommission, der Französischen Republik und von Orange dieser zweite Teil des dritten Rechtsmittelgrundes ins Leere, da er sich gegen einen nichttragenden Grund des angefochtenen Urteils richte, denn das Gericht habe seine Beurteilung, wonach der in Rede stehende Forderungsverzicht keine staatliche Beihilfe darstelle, auf Gründe im Zusammenhang mit der auf der Systematik der Regelung beruhenden Ausnahme gestützt.

— Würdigung durch den Gerichtshof

- 148 Gegen einen nichttragenden Grund einer Entscheidung des Gerichts gerichtete Rügen können nicht zur Aufhebung dieser Entscheidung führen und sind daher unerheblich (vgl. insbesondere Urteil vom 28. Juni 2005, Dansk Rørindustri u. a./Kommission, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P, Slg. 2005, I-5425, Randnr. 148 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 149 Zum einen hat das Gericht, wie die Generalanwältin in Nr. 131 ihrer Schlussanträge ausführt, zwar in Randnr. 106 des angefochtenen Urteils anerkannt, dass die französischen Behörden im vorliegenden Fall in erheblichem Umfang auf staatliche

Mittel verzichtet hätten, dabei jedoch darauf hingewiesen, dass diese nicht sicher gewesen seien, doch hat das Gericht in Randnr. 111 dieses Urteils festgestellt, dass „der Umstand, dass der Staat auf Mittel verzichtet hat und dass sich daraus möglicherweise für die von der Herabsetzung der Abgaben Begünstigten ein Vorteil ergeben hat, angesichts der Besonderheiten des Telekommunikationsrechts der Gemeinschaft gegenüber dem allgemeinen Recht der staatlichen Beihilfen nicht aus[reicht], um das Vorliegen einer mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbaren staatlichen Beihilfe anzunehmen. Denn der Forderungsverzicht, um den es hier geht, war aufgrund der Systematik der Regelung unvermeidbar, abgesehen davon, dass die fragliche Forderung ... nicht sicher war.“

150 Zum anderen ist daran zu erinnern, dass aus den in den Randnrn. 87 bis 95 dieses Urteils dargelegten Gründen die Rüge der Rechtsmittelführerinnen, die sich gegen die Gründe des angefochtenen Urteils und auf die Rechtfertigung mit der Natur und der Systematik der Regelung im Zusammenhang mit der Aufgabe staatlicher Mittel richtet, begründet ist.

151 Daher ist festzustellen, dass, selbst unterstellt, dass das Vorbringen der Rechtsmittelführerinnen, wonach das Gericht einen Rechtsfehler begangen habe, als es die in Rede stehenden Forderungen als nicht sicher eingestuft habe, zulässig und begründet wäre, ein solcher Fehler, wenn er denn festgestellt würde, jedenfalls nicht geeignet wäre, dem Ergebnis Abbruch zu tun, zu dem das Gericht in Randnr. 111 des angefochtenen Urteils gelangt ist.

152 Daher ist der zweite Teil des dritten Rechtsmittelgrundes als ins Leere gehend zurückzuweisen.

Zum dritten Teil des dritten Rechtsmittelgrundes

— Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

- 153 Mit dem dritten Teil ihres dritten Rechtsmittelgrundes machen die Rechtsmittelführerinnen geltend, dass das Gericht den Inhalt der ministeriellen Schreiben vom 22. Februar 2001 dadurch verfälscht habe, dass es ausgeführt habe, sie bezögen sich auf die Zusage einer „Gleichbehandlung“ mit den anderen Betreibern, während sich die Garantien in Wirklichkeit nur auf eine „angemessene Behandlung“ bezogen hätten. Die ministerielle Zusage einer angemessenen Behandlung könne jedoch keine rückwirkende Zusage einer Angleichung des Betrags der von den ersten Empfängern von UMTS-Lizenzen geschuldeten Abgaben an diejenigen der später erteilten Lizenz darstellen. Eine solche Verfälschung der in Rede stehenden Schreiben könne das gesamte Urteil des Gerichts verfälschen.
- 154 Nach Ansicht der Kommission ist dieses Vorbringen unzulässig, da die Frage der semantischen Gleichwertigkeit der Begriffe „Angemessenheit“ und „Gleichheit“ ein neues Vorbringen darstelle. Orange hält dieses Vorbringen ebenfalls für unzulässig, da damit eine Tatsachenbeurteilung durch das Gericht in Frage gestellt werde.
- 155 Jedenfalls ist die Kommission der Ansicht — dies entspricht auch dem Hilfsvorbringen von Orange —, dass dieser Teil des dritten Rechtsmittelgrundes ins Leere geht, da die ministeriellen Zusagen keine wesentliche Rolle bei den Feststellungen und den Erwägungen des Gerichts gespielt hätten.
- 156 Hilfsweise vertritt die Kommission die Ansicht, dass es den Rechtsmittelführerinnen nicht gelungen sei, die Folgerungen des Gerichts zu widerlegen, wonach die beiden ursprünglichen Lizenzempfänger in Wirklichkeit keinen Vorteil erhalten hätten. Die Französische Republik und SFR machen geltend, es sei ausgeschlossen, dass das Gericht die erwähnten Schreiben verfälscht habe.

— Würdigung durch den Gerichtshof

- 157 Wie die Kommission und Orange geltend machen, geht dieser Teil des dritten Rechtsmittelgrundes ebenfalls ins Leere.
- 158 Wie nämlich eindeutig aus den Randnrn. 153 und 154 des angefochtenen Urteils hervorgeht, hat das Gericht seine Beurteilung der Notwendigkeit für die französischen Behörden, die von SFR und Orange geschuldeten Abgaben herabzusetzen, auf den Gleichbehandlungsgrundsatz gestützt, wie es die Richtlinie 97/13 verlangt.
- 159 Das Gericht hat mit anderen Worten niemals festgestellt, dass die Maßnahme der Angleichung der Abgaben wegen der Zusagen einer „angemessenen Behandlung“ durch diese Behörden in den ministeriellen Schreiben vom 22. Februar 2001 geboten gewesen sei.
- 160 Selbst wenn man daher unterstellt, dass das Vorbringen der Rechtsmittelführerinnen, wonach das Gericht den Inhalt dieser Schreiben in Bezug auf die erwähnten Zusagen offensichtlich verfälscht habe, zulässig und begründet wäre, so hätte eine solche Verfälschung jedenfalls keine Folgen für die Begründetheit des angefochtenen Urteils gehabt.
- 161 Daher ist in Anbetracht der in Randnr. 148 dieses Urteils angeführten Rechtsprechung dieser Teil des dritten Rechtsmittelgrundes zurückzuweisen.
- 162 Da keiner der vier Gründe, auf die die Rechtsmittelführerinnen ihr Rechtsmittel stützen, durchgreift, ist dieses als teilweise unzulässig und teilweise unbegründet zurückzuweisen.

Kosten

- 163 Nach Art. 69 § 2 der Verfahrensordnung, der nach Art. 118 der Verfahrensordnung auf das Rechtsmittelverfahren entsprechende Anwendung findet, ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen.
- 164 Da die Kommission, Orange und SFR die Verurteilung der Rechtsmittelführerinnen beantragt haben und diese mit ihrem Vorbringen unterlegen sind, sind ihnen die Kosten dieses Rechtszugs aufzuerlegen.
- 165 Nach Art. 69 § 4 der Verfahrensordnung, der ebenfalls gemäß Art. 118 anwendbar ist, tragen die Mitgliedstaaten, die dem Rechtsstreit als Streithelfer beigetreten sind, ihre eigenen Kosten. Daher sind der Französischen Republik ihre eigenen Kosten aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Erste Kammer) für Recht erkannt und entschieden:

- 1. Das Rechtsmittel wird zurückgewiesen.**
- 2. Die Bouygues SA und die Bouygues Télécom SA tragen die Kosten.**
- 3. Die Französische Republik trägt ihre eigenen Kosten.**

Unterschriften