

Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V

**DiS-SV-KR-665/16**

Schiedsspruch

in dem Schiedsverfahren

**1 & 1 Telecom GmbH**

- Schiedsklägerin -

gegen

**Telefónica Deutschland Holding AG**

- Schiedsbeklagte -

## Inhaltsverzeichnis

<b>I.</b>	<b>Schiedsparteien</b> .....	<b>3</b>
	1. Schiedsklägerin .....	3
	2. Schiedsbeklagte .....	3
<b>II.</b>	<b>Schiedsgericht</b> .....	<b>3</b>
<b>III.</b>	<b>Schiedsvereinbarung, Schiedsregeln, Schiedssprache Schiedsort und anwendbares Recht</b> .....	<b>4</b>
	1. <i>Scope</i> .....	4
<b>IV.</b>	<b>VERFAHRENSABLAUF</b> .....	<b>8</b>
<b>V.</b>	<b>Sachverhalt</b> .....	<b>10</b>
	1. Hintergrund der Auseinandersetzung.....	10
	2. Die Positionen und die Anträge der Parteien .....	16
<b>VI.</b>	<b>Entscheidungsgründe</b> .....	<b>18</b>
	1. Zulässigkeit der Schiedsklage .....	18
<b>VII.</b>	<b>Begründetheit</b> .....	<b>29</b>
	1. Voller Zugang zum O2-Netz mit Abschluss der Netzkonsolidierung im Jahr [...].	29
	2. Beweislast für die Existenz eines Anspruchs auf sofortigen Zugang.....	29
	3. Kein Anspruch auf sofortigen, räumlich unbeschränkten Zugang zum LTE- Netz der Schiedsbeklagten aus Annex C, Rn. 77 f., der Commitments - Non-MNO Remedy A .....	30
	4. Der Hilfsantrag .....	39
	5. Kostenentscheidung.....	40
<b>VIII.</b>	<b>Schiedsspruch</b> .....	<b>40</b>

**I. SCHIEDSPARTEIEN**

**1. Schiedsklägerin**

1&1 Telecom GmbH, Elgendorfer Straße 57, 56410 Montabaur, vertreten durch ihre Geschäftsführer Markus Huhn, Martin Witt, Alessandro Stefano Nava, Ludger Sieverding und Moritz Roth

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

**2. Schiedsbeklagte**

Telefonica Deutschland Holding AG, Georg-Brauchle-Ring 23-25, 80992 München, vertreten durch den Vorstandsvorsitzenden Thorsten Dirks und die Vorstandsmitglieder Rachel Empey und Markus Haas

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

**II. SCHIEDSGERICHT**

[...]

Schiedsrichter, von der Klägerin nominiert –

[...]

Schiedsrichter, von der Beklagten nominiert –

[...]

- Vorsitzender Schiedsrichter, von den Schiedsrichtern nominiert –

### III. SCHIEDSVEREINBARUNG, SCHIEDSREGELN, SCHIEDSSPRACHE SCHIEDSORT UND ANWENDBARES RECHT

- 1 Die Parteien streiten über den von der Schiedsklägerin begehrten unbeschränkten Zugang zu dem in Deutschland gelegenen LTE-Mobilfunknetz der Schiedsbeklagten. Die Schiedsklägerin stützt ihre Schiedsklage im Wesentlichen auf einen [...] mit der E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG geschlossenen Vertrag über einen Netzzugang und auf Verpflichtungszusagen ("Commitments"), die die Schiedsbeklagte in dem Fusionskontrollverfahren COMP/M.7018 zur Übernahme der E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG vor der Europäischen Kommission abgegeben hat. Die Commitments sind als Annex C Bestandteil der Freigabeentscheidung der Europäischen Kommission vom 2. Juli 2014, C(2014) 4443 final. Die Schiedsklägerin beruft sich auf in den Commitments, Annex C, Rn. 76 ff., enthaltene Verpflichtungszusagen ("Remedies") zugunsten sog. "Mobile Virtual Network Operator" ("MVNO"). Die Commitments enthalten in ihrem Annex C, Abschnitt F, Rn. 107 ff., eine detaillierte Regelung über die Beilegung von Streitigkeiten um die Erfüllung der Verpflichtungszusagen:

#### **"F. Fast-track Dispute Resolution**

##### **1. Scope**

107. *The fast-track Dispute resolution procedure as described herein shall apply in the event that a Requesting Party claims that TEF DE or an Affiliated Undertaking is failing to comply with the requirements of Section C of the Commitments vis-à-vis that Requesting Party, in particular where:*

- *the Requesting Party and TEF DE have not agreed upon the terms of the respective agreement(s) under (i) the MNO Remedy and/or (ii) the Non-MNO Remedy; and/or;*
- *the Requesting Party and TEF DE have not solved a Dispute under agreements that have been signed under (i) the Upfront MBA MVNO Remedy; (ii) the MNO Remedy and/or (iii) the Non-MNO Remedy, [sic!]*

108. *It is being understood that the fast-track Dispute resolution procedure as described only applies to claims related to TEF DE's compliance with these Commitments, not with other disputes between TEF DE and the Upfront MBA MVNOs, the New Entrant MNO and/or the non-MNOs.*

##### **2. Pre-Dispute Escalation**

109. *Any Requesting Party who wishes to avail itself of the fast track Dispute resolution procedure under either of the two situations set out in the preceding paragraph shall send a written request to that effect (the "Request") to TEF DE, with a copy to the Monitoring Trustee. In the Request, the Requesting Party shall set out in detail the reasons leading that party to believe that TEF DE is failing to comply with the Commitments.*

110. *Within a reasonable period of time not exceeding ten (10) working days after receipt of the Request by TEF DE, the Requesting Party and TEF DE will use their best efforts to resolve through cooperation and consultation all differences of opinion and to settle all Disputes underlying the Request. If the settlement of the Disputes fails within these ten (10) working days, the respective CEOs of TEF DE and the Requesting Party may seek to resolve the matters in Dispute within an additional ten (10) working days from expiry of the ten (10) working days period.*

111. *The Monitoring Trustee shall present to the Parties its own proposal (the "Trustee Proposal") for resolving the Dispute within five (5) working days after receipt of the Request by the Monitoring Trustee, specifying in writing the action(s), if any, to be taken by TEF DE or an Affiliated Undertaking in order to ensure compliance with the Commitments vis-à-vis the Requesting Party, and be prepared, if requested, to facilitate the settlement of the Dispute. To the extent TEF DE and the Requesting Party have*

settled a Dispute on the basis of the Trustee Proposal and TEF DE complies with such settlement, TEF DE shall be deemed not to be in breach of the Commitments.

### **3. Dispute**

112. If the Requesting Party and TEF DE (hereinafter referred to together as the "Parties to the Arbitration") fail to resolve their differences of opinion in the consultation phase described under point 2 "Pre-Dispute Escalation", the Requesting Party may, within twenty (20) calendar days of the expiry of the consultation time for the CEOs referred to in under point 2 "Pre-Dispute Escalation", serve a notice in the sense of a request for arbitration (the "Notice") to the German Institution of Arbitration (hereinafter referred to as the "Arbitral Institution") with a copy of such Notice to TEF DE.

113. The Notice shall set out in detail the Dispute, difference or claim (the "Dispute") and shall contain, *inter alia*, all issues of both fact and law, including any suggestions as to the procedure to be applied in the fast-track arbitration. All documents relied upon shall be attached, e.g. documents, agreements, communications with the Monitoring Trustee, expert reports, and witness statements. The Notice shall also contain a detailed description of the action(s) to be undertaken by TEF DE (including, if appropriate, a draft contract comprising all relevant terms and conditions) and the Trustee Proposal, including a comment as to its appropriateness.

### **4. Answer**

114. TEF DE shall, within fifteen (15) working days from receipt of the Notice, submit its Answer to the Notice (the "Answer") to the Arbitral Institution, with a copy to the Requesting Party. The Answer shall provide detailed reasons for TEF DE's position and set out, *inter alia*, all issues of both fact and law, including any suggestions as to the procedure. All documents relied upon shall be attached, e.g. documents, agreements, communications with the Monitoring Trustee, expert reports, and witness statements. The Answer shall, if appropriate, contain a detailed description of the action(s) which TEF DE proposes to undertake *vis-à-vis* the Requesting Party (including, if appropriate, a draft contract comprising all relevant terms and conditions) and the Trustee Proposal (if not already submitted), including a comment as to its appropriateness.

### **5. Appointment of the arbitrators**

115. The arbitral tribunal shall consist of three persons. The Requesting Party shall nominate one arbitrator in the Notice; TEF DE shall nominate one arbitrator in the Answer. The arbitrators nominated by the Requesting Party and by TEF DE shall, within five (5) working days of the nomination of the latter, nominate the third arbitrator who shall act as chairman of the arbitral tribunal, making such nomination known to the Parties to the Arbitration and the Arbitral Institution which shall forthwith confirm the appointment of all three arbitrators within five (5) working days after the nomination of the third arbitrator. The right to challenge an arbitrator pursuant to Section 18 of the Arbitration Rules of the German Institution of Arbitration (DIS) shall apply.

116. Should the Requesting Party wish to have the Dispute decided by a sole arbitrator, it shall indicate this in the Notice. In this case, the Requesting Party and TEF DE shall agree on the nomination of a sole arbitrator within five (5) working days from the communication of the Answer and communicate the nominated sole arbitrator to the Arbitral Institution.

117. Should TEF DE fail to nominate an arbitrator, or if the two arbitrators nominated by the Parties to the Arbitration fail to agree on the chairman of the arbitral tribunal, or should the Parties to the Arbitration fail to agree on a sole arbitrator, the default

appointment(s) shall be made by the Arbitral Institution within five (5) working days after the expiry of the time limit for the respective nomination.

118. The three-person arbitral tribunal or, as the case may be, the sole arbitrator, are herein referred to as the "Arbitral Tribunal".

## **6. Arbitration procedure**

119. The Dispute shall be finally resolved by arbitration under the Arbitration Rules of the German Institution of Arbitration, with such modifications or adaptations as foreseen herein or necessary under the circumstances (the "Rules"). The place of arbitration is Munich, Germany. The language of the procedure is English or German. Unless the Parties to the Arbitration agree otherwise, hearings, if any, shall be held in Munich.

## **7. Expedited proceedings**

120. The procedure shall be a fast-track procedure pursuant to DIS- Supplementary Rules for Expedited Proceedings 08 (SREP). For this purpose, the Arbitral Tribunal shall shorten all applicable procedural time-limits under the Rules as far as admissible and appropriate in the circumstances. The Parties to the Arbitration shall consent to the use of e-mail for the exchange of documents.

121. The Arbitral Tribunal shall, as soon as practical after the confirmation of the Arbitral Tribunal, hold an organisational conference to discuss any procedural issues with the Parties to the Arbitration. Terms of reference shall be drawn up and signed by the Parties to the Arbitration and the Arbitral Tribunal at the organisational meeting or thereafter and a procedural time-table shall be established by the Arbitral Tribunal. An oral hearing shall, as a rule, be established within two months of the confirmation of the Arbitral Tribunal by the Arbitral Institution.

## **8. Provision of information**

122. In order to enable the Arbitral Tribunal to reach a decision, it shall be entitled to request any information from the Parties to the Arbitration which it deems relevant, to appoint experts and to examine them at the hearing, and to establish the facts by all appropriate means. The Arbitral Tribunal is also entitled to ask for assistance by the Monitoring Trustee in all stages of the procedure if the Parties to the Arbitration agree.

## **9. Confidentiality**

123. The Arbitral Tribunal shall not disclose Confidential Information and apply the standards attributable to confidential information under the Merger Regulation. The Arbitral Tribunal may take the measures necessary for protecting Confidential Information in particular by restricting access to Confidential Information to the Arbitral Tribunal, the Monitoring Trustee, and outside counsel and experts of the opposing party or to the Arbitral Tribunal and the Monitoring Trustee only ("in camera inspection").

## **10. Burden of proof**

124. Each of the Parties to the Arbitration shall bear the burden of proof for the facts on which it relies in order to substantiate its claim, counter-claim or defence.

## **11. Involvement of the Commission**

125. The Commission is allowed and shall be enabled to participate in all stages of the procedure by:

- Receiving all written submissions (including documents and reports, etc.) made by the Parties to the Arbitration;
- Receiving all orders, interim and final awards and other documents exchanged by the Arbitral Tribunal with the Parties to the Arbitration (including terms of reference and procedural time-table);
- Filing any amicus curiae briefs; and
- Sending representatives to the hearing(s) who are allowed to ask questions to the Parties to the Arbitration, witnesses and experts.

126. The Arbitral Tribunal shall forward or shall order the Parties to the Arbitration to forward, the documents mentioned to the Commission without delay.

127. In the event of disagreement between the Parties to the Arbitration regarding the interpretation of the Commitments, the Arbitral Tribunal may seek the Commission's interpretation of the Commitments before finding in favour of any Party to the Arbitration and shall be bound by the interpretation.

## **12. Decisions of the Arbitral Tribunal**

128. The Arbitral Tribunal shall decide the Dispute on the basis of the Commitments and the decision. Issues not covered by the Commitments and the Decision shall be decided (in the order as stated) in accordance with the Merger Regulation, EU law and German law. Any decision taken by the Arbitral Tribunal requires a majority vote by the members of the Arbitral Tribunal.

## **13. Preliminary rulings**

129. Upon request of the Requesting Party, the Arbitral Tribunal may make a preliminary ruling on the Dispute. The preliminary ruling shall be rendered within one month after the confirmation of the Arbitral Tribunal by the Arbitral Institution, shall be applicable immediately and, as a rule, remain in force until a final Decision is rendered by the Arbitral Tribunal.

## **14. Final award**

130. The Arbitral Tribunal shall, in a preliminary ruling as well as in a final award, specify the action(s), if any, to be taken by TEF DE or an Affiliated Undertaking in order to comply with the Commitments vis-avis the Requesting Party (e.g. specify a contract including all relevant terms and conditions). The final award shall be final and binding on the Parties to the Arbitration and shall resolve the Dispute and determine any and all claims, motions or requests submitted to the Arbitral Tribunal. The arbitral award shall also determine the reimbursement of the costs of the successful party and the allocation of the arbitration costs. In case of granting a preliminary ruling or if otherwise appropriate, the Arbitral Tribunal shall specify that terms and conditions determined in the final award apply retroactively.

## **15. Timeframe**

131. The final award shall, as a rule, be rendered within six months after the confirmation of the Arbitral Tribunal by the Arbitral Institution. The time-frame shall, in any case, be extended by the time the Commission takes to submit an interpretation of the Commitment if asked by the Arbitral Tribunal.

## **16. Publication of award**

*132. The Parties to the Arbitration shall prepare a non-confidential version of the final award, without business secrets. The Commission may publish the non-confidential version of the award. The Parties to the Arbitration, the Arbitral Tribunal, all other persons participating in the proceedings and all further persons involved, i.e. in the administration of the arbitral proceedings shall maintain confidentiality towards all persons regarding the conduct of arbitral proceedings. All proceedings are being held in private and remain confidential.*

#### **17. No restriction of Commission**

*133. Nothing in the arbitration procedure shall affect the power to the Commission to take Decisions in relation to the Commitments in accordance with its powers under the Merger Regulation.*

- 2 Grundlage des Schiedsverfahrens ist somit Annex C, Abschnitt F, Ziffer 3, Rn. 112, der Commitments. Diese regelt den Fall, dass es den Parteien des in den Commitments vorgesehenen Verfahrens zur beschleunigten Beilegung von Streitigkeiten (Fast-Track Dispute Settlement) nicht gelungen ist, ihre Meinungsverschiedenheiten in der Konsultationsphase beizulegen. In diesem Fall soll die begehrende Partei (Requesting Party) - hier die Schiedsklägerin - dazu befugt sein, binnen zwanzig Kalendertagen nach Ablauf der Konsultationsfrist für die CEOs der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit ein Schiedsgesuch zuzustellen, mit einer Kopie des Schiedsgesuchs an die Schiedsbeklagte.
- 3 Bestimmungen zu den anwendbaren Schiedsverfahrensregeln und zum Schiedsort finden sich in Annex C, Abschnitt F, Ziffer 6, Rn. 119, der Commitments. Danach soll die Streitigkeit im Rahmen eines Schiedsverfahrens nach den Regeln der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit beigelegt werden, mit dem Vorbehalt zugunsten von Änderungen und Anpassungen, die in den konkreten Umständen notwendig sind. Schiedsort ist München, Deutschland. Wenn nicht die Parteien etwas anderes vereinbaren, sollen mündliche Verhandlungen in München stattfinden. Schiedssprache soll Englisch oder Deutsch sein.
- 4 Annex C, Abschnitt F, Ziffer 7, Rn. 120, der Commitments fügt hinzu, dass das Schiedsverfahren als beschleunigtes Verfahren (Fast-Track Procedure) nach den DIS-Ergänzende Regeln für beschleunigte Verfahren zu führen ist.
- 5 Das auf den Rechtsstreit anwendbare materielle Recht ergibt sich aus Annex C, Abschnitt F, Ziffer 12, Rn. 128, der Commitments. Danach entscheidet das Schiedsgericht auf der Basis der Commitments und der Kommissionsentscheidung COMP/M.7018. Dort nicht geregelte Fragen sind (in dieser Reihenfolge) in Übereinstimmung mit der Fusionskontrollverordnung, EU- Recht und deutschem Recht zu entscheiden.

#### **IV. VERFAHRENSABLAUF**

- 6 Die Schiedsklägerin ersuchte die Schiedsbeklagte mit anwaltlichem Schreiben vom 7. Juni 2016 ("Request") um Durchführung des Streitbeilegungsverfahrens gemäß Annex C, Rn. 107 ff. Der Request wurde abschriftlich der als Überwachungstreuhänder ("Monitoring Trustee") gemäß Annex C, Rn. 87 ff. ernannten CompetitionRx Ltd. übermittelt.
- 7 In der darauf folgenden Zeit fand ein Austausch zwischen den Parteien statt, im Zuge dessen die Schiedsklägerin die Schiedsbeklagte unter anderem aufforderte, ihr den nach Annex C, Rn. 111, der Commitments zu erstellenden Einigungsvorschlag (Trustee Proposal) zu übersenden.
- 8 Mit dem gleichen Anliegen wandte die Schiedsklägerin sich mit Schreiben vom 20. und 22. Juli 2016 außerdem unmittelbar an den Monitoring Trustee.
- 9 Am 25. Juli 2016 übermittelte die Schiedsbeklagte der Schiedsklägerin eine leicht geschwärzte

Fassung des Trustee Proposal. Der Monitoring Trustee hatte seinen Vorschlag bereits am 24. Juni 2016 erstellt und der Schiedsbeklagten sowie der Europäischen Kommission übermittelt. In dem Trustee Proposal heißt es:

*"The Trustee as well as the Commission suggest that this proposal is also shared with 1&1 subject to removal of any confidential information."*

- 10 Der Schriftwechsel zwischen den Parteien vor Einleitung des Schiedsverfahrens endete mit dem Schreiben der Schiedsbeklagten vom 29. Juli 2016.
- 11 Die Schiedsklage vom 15. August 2016 ging bei der Geschäftsstelle der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS) am 16. August 2016 ein. Die Schiedsklage wurde der Schiedsbeklagten am 25. August 2016 zugestellt, nachdem die Schiedsklägerin aufgrund entsprechender Aufforderung durch die DIS-Geschäftsstelle am 23. August 2016 den Gebühren- und Kostenvorschuss geleistet hatte.
- 12 Mit Schriftsatz vom 12. September 2016 erwiderte die Schiedsbeklagte auf die Schiedsklage.
- 13 Am 26. September 2016 erließ das Schiedsgericht die prozessleitende Verfügung Nr. 1. Darin ordnete es unter anderem an, sämtliche Schriftsätze elektronisch der Europäischen Kommission, Generaldirektion Wettbewerb, zu übermitteln und zum Gegenstand der bei der Europäischen Kommission anhängigen Verfahren und der bisherigen Maßnahmen der Europäischen Kommission mit Bezug zum Streitgegenstand vorzutragen.
- 14 Am 6. Oktober 2016 erging die prozessleitende Verfügung Nr. 2 mit verschiedenen Anordnungen zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung.
- 15 Die Schiedsbeklagte nahm zu den Verfügungen mit Schriftsatz vom 11. Oktober 2016 Stellung. Die Stellungnahme der Schiedsklägerin erfolgte ebenfalls am 11. Oktober 2016 gemeinsam mit ihrer Replik.
- 16 Mit weiterem Schriftsatz vom 25. Oktober 2016 äußerte die Schiedsklägerin sich zum Schriftsatz der Schiedsbeklagten vom 11. Oktober 2016.
- 17 Mit der prozessleitenden Verfügung Nr. 3 vom 25. Oktober 2016 bat das Schiedsgericht die Parteien, näher zu den verschiedenen Kundengruppen im E- Plus-Konzern und deren Entwicklung nach der Fusion vorzutragen. Es ersuchte die Parteien ferner, ihren Prozessvortrag und ihre Rechtsauffassung bezüglich der Ansprüche der Schiedsklägerin für den Zeitraum von 2018 bis [...] zu präzisieren.
- 18 Das Schiedsgericht vereinbarte mit den Parteien einen Schiedsauftrag, der am 31. Oktober 2016 unterzeichnet wurde.
- 19 Am 9. November 2016 übermittelte die Schiedsbeklagte ihre Duplik.
- 20 Am 11. November 2016 traf das Schiedsgericht die prozessleitende Verfügung Nr. 4, die weiteren Maßnahmen zur Vorbereitung der Schiedsverhandlung enthielt.
- 21 Die mündliche Schiedsverhandlung fand am 17. November 2016 in München statt. Anwesend waren die Schiedsrichter [...], sowie die nachfolgend aufgeführten Personen:  
Für die Schiedsklägerin: [...].  
Schiedsbeklagte: [...].
- 22 In der Schiedsverhandlung erhielten zunächst die Parteien Gelegenheit zu mündlichem Vortrag.
- 23 In der anschließenden Beweisaufnahme wurden die Zeugen und Sachverständigen wie folgt vernommen:  
Teil I (Auslegung des MVNO-Vertrags): [...]  
Teil II (Benchmarkkunden): [...]  
Teil III (Konsolidierung des Netzes): [...]



- 31 Der von den Parteien unterzeichnete MVNO-Vertrag hat demgegenüber auszugsweise folgenden Inhalt:

[...]

[...]

[...]

[...]

[...]

[...]

[...]

[...]

[...]

[...]

[...]

[...]

[...]

[...]

[...]

[...]

[...]

[...]

(...)

[...]

[...]

[...]

[...]

[...]

[...]

[...]

[...]

[...]

[...]

- 32 Als Gerichtsstand für alle Streitigkeiten aufgrund Vertrags wurde unter Ziffer 15.7 MVNO-Vertrag [...] vereinbart.

- 33 Der Zusammenschluss der Beklagten mit E-Plus wurde von der Europäischen Kommission nach eingehender Prüfung am 2. Juli 2014 gemäß Art. 8 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 139/2004 ("FKVO") freigegeben (Az: C(2004) 4443 final, Anlage K1). Annex C der Freigabeentscheidung enthält die Verpflichtungszusagen (Commitments) der Beklagten, von denen vorliegend die sog. Non-MNO-Remedy (Anlage K 1 Annex C Rz. 76-81 und Rn. 84) zwischen den Schiedsparteien streitig ist. Die entsprechende Regelung in der nicht vertraulichen Fassung des Annex C lautet wie folgt:

*"76. In addition to the Upfront MBA MVNO Remedy and the MNO Remedy, TEF DE*

commits to offer a Non-MNO Remedy package:

**a) 2G/3G/4G access for existing wholesalers**

77. TEF DE commits to offer to all MVNOs/SPs which currently procure 2G/3G/4G products from TEF DE and/or E-Plus to prolong their existing contracts from the Date of Closing until end of [...] (or such earlier date on which TEF DE may terminate to offer 2G, 3G or 4G products to its own clients).

78. TEF DE will proactively send a self-commitment letter to all existing MVNOs/SPs which have an agreement with TEF DE and/or with E-Plus for 2G, 3G and/or 4G network access as of the Date of Closing, in which it will waive its rights of ordinary termination set out in the respective wholesale agreement until the end of year 2025 (or such earlier date on which TEF DE may terminate to offer 2G, 3G or 4G products to its own clients). The right of extraordinary termination for good cause (as provided by law) shall remain unaffected.

**b) 4G access for all MVNOs/SPs**

79. With regard to 4G access, TEF DE commits to provide access to 4G on the basis of an MVNO/SP agreement to all MVNOs/SPs [...] months after the latest of the Technical Launch Dates of the Upfront MBA MVNO(s) as described above under Section C. 1.

80. Access to 4G (as well as 2G and 3G) under the MVNO/SP agreements will be made available at least until end of year [...] (or such earlier date on which TEF DE terminates to offer 4G products to its own clients). TEF DE will offer to SPs/MVNOs best prices under benchmark conditions of comparable products, volumes and commercial/operational model, which TEF DE offers to another SP/MVNO (excluding the Upfront MBA MVNO).

**c) Abolition of customer transfer obligations**

81. TEF DE commits to send out immediately after the Date of Closing letters to all MVNOs/SPs, which currently procure 2G/3G/4G products from TEF DE and/or E-Plus (including, for the avoidance of doubt, the Upfront MBA MVNOs) confirming that the obligation, according to which the respective MVNO/SP has to transfer its customer base to TEF DE and/or E-Plus in case of a change of network or change of business model, is waived. This includes all other contractual conditions which provide direct financial disadvantages in case of a change of network or business model (farewell fees, penalties)."

34 In der vertraulichen Fassung ist bestimmt, dass die Verträge gemäß Rn. 77 von Annex C Commitments bis [...] zu verlängern sind.

35 Weiter ist unter Rn. 84 der Commitments geregelt:

"4. Non-MNO Remedy

84. TEF DE will be deemed to have complied with the commitment in Section C. 3. (Non-MNO Remedy) upon compliance with all conditions and/or obligations laid down therein, including in particular:

- having sent self-commitment letters concerning TEF DE's waiver of termination rights in 2G/3G/4G wholesale access contracts with the content described under Section C. 3. a) to all MVNOs/SPs which at the Date of Closing procure 2G/3G/4G products from TEF DE and/or E-Plus;
- having published its principle offer to enter into an agreement to provide 4G access to MVNOs/SPs on TEF DE's website together with contact details to request details of the offer at the latest six months after the latest of the Technical Launch Dates of the Upfront MBA MVNO(s);
- having negotiated on the basis of the commercial and technical terms as set out above under Section C. 3. b, a 4G wholesale agreement in good faith with the

*interested parties which have signed an NDA with TEF DE with the aim to conclude an agreement; having concluded wholesale agreements with those interested parties, which accept the commercial terms and technical terms resulting from these negotiations; and*

- *having sent confirmation letters to abolish customer transfer obligations with the content described under Section C. 3. c to all MVNOs/SPs which at the Date of Closing procure 2G/3G/4G products from TEF DE and/or E-Plus. "*

36 Für die Beilegung von Streitigkeiten über die Erfüllung der Verpflichtungen aufgrund der Commitments zwischen der Schiedsbeklagten und einer begünstigten Partei ist ein Schiedsverfahren mit vorgeschaltetem Eskalationsverfahren vorgesehen (Anlage K 1, Annex C Rn. 107 ff.).

37 Die Schiedsklägerin hat gegen die Freigabeentscheidung der Europäischen Kommission Klage vor dem Gericht der Europäischen Union (EuG) erhoben. Das Verfahren ist dort anhängig unter dem Aktenzeichen T-307/15.

38 Am 27. Februar 2015 gab die Schiedsbeklagte unter Bezugnahme auf die Commitments und den MVNO-Vertrag eine Selbstverpflichtungserklärung gegenüber der Schiedsklägerin ab (Anlage K 25). Darin bot sie unwiderruflich an, den MVNO-Vertrag bis [...] zu verlängern und verzichtete auf das ordentliche Kündigungsrecht. Ferner erklärte sie wörtlich:

[...]

39 *Am Ende des Vertrages ist weiter geregelt:*

[...]

40 Weiter gab die Schiedsbeklagte am 17. August 2015 - nach Abstimmung mit der Europäischen Kommission und dem Monitoring Trustee - eine Ergänzungserklärung zu der Selbstverpflichtungserklärung ab (Anlage K 26). Diese betrifft die Zusammenführung der Netze von E-Plus und der Beklagten und deren Bedeutung für den Zugangsanspruch der Schiedsklägerin. Unter anderem heißt es darin:

" . . .

[...]

[...]

41 Die Klägerin wandte sich gegen die Selbstverpflichtungserklärung an die Europäische Kommission. Diese teilte mit Schreiben vom 19. November 2015 mit, sie halte die von der Klägerin beanstandete Verlängerung der in dem MVNO- Vertrag enthaltenen Mindestabnahmeverpflichtungen für mit den Commitments vereinbar. Außerdem wies die Europäische Kommission auf die Möglichkeit eines Schiedsverfahrens hin:

*"However, as I am sure you are aware, according to paragraph 107 of the Commitments, 1&1 has the possibility to activate the fast-track dispute resolution procedure provided for by the Commitments."*

42 Die Schiedsklägerin hat hiergegen vor dem Europäischen Gericht (EuG) Klage erhoben. Das Verfahren ist dort unter dem Aktenzeichen T-43/16 anhängig.

43 Nach dem Zusammenschluss begann die Beklagte, das Markenportfolio umzustrukturieren und das E-Plus-Netz und das TEF-Netz zu konsolidieren.

44 Das Markenportfolio von E-Plus umfasste sowohl Marken für preisbewusste Kunden (z.B. "Simyo") als auch Marken des gehobenen Kundensegments (z.B. "BASE"). Der damit erworbene Kundenstamm beinhaltete sowohl Prepaidkunden als auch - wirtschaftlich lukrativere - Postpaidkunden, d.h. Kunden mit fester monatlicher Zahlungsverpflichtung. Die anteilmäßige Zusammensetzung des erworbenen Kundenstamms ist nicht näher bekannt.

45 Die Schiedsbeklagte führte bei einem Teil der erworbenen Kunden eine von ihr als solche bezeichnete "technische Migration" durch. Dabei werden Kunden rechtlich und administrativ

auf Gesellschaften, die schon vor dem Zusammenschluss zum Konzern der Schiedsbeklagten gehörten und der Marke O2 zugeordnet sind, überführt. Dieser Prozess der "technischen Migration" dauert weiterhin an. Die technisch migrierten ehemaligen E-Plus-Kunden behalten ihre als solche identifizierbaren SIM-Karten von E-Plus und damit ihre IMSI (International Mobile Subscriber Identity) und erhalten keinen vollständigen Zugriff auf das Netz der Schiedsbeklagten. Die technisch migrierten Kunden haben in demselben Umfang Zugang zum Netz der Schiedsbeklagten wie die Kunden, die nach wie vor Vertragspartner einer Gesellschaft des ehemaligen E-Plus-Konzerns sind.

- 46 Nach dem Zusammenschluss begann die Schiedsbeklagte ferner, ihr ursprüngliches Netz und das durch die Übernahme erworbene E-Plus-Netz zusammenzulegen. Sie geht dabei gebietsweise vor und führt die Zusammenführung [...]. Nach derzeitigem Planungsstand wird die Konsolidierung Ende 2018 abgeschlossen sein.
- 47 Das Frequenzspektrum, das der Schiedsbeklagten im Bereich 1.800 MHz zur Verfügung steht und das für den Betrieb des bisherigen LTE-Netzes von E-Plus genutzt wurde, hatte sich dadurch wesentlich verringert, dass die Schiedsbeklagte dieses Spektrum bei der Frequenzauktion Mitte 2015 nicht wieder ersteigern konnte. Aufgrund einer Entscheidung der Bundesnetzagentur vom 4. Juli 2014 (Anlage K 37) musste die Schiedsbeklagte die Frequenzen frühzeitig an die Bundesnetzagentur zurückgeben. Dies geschah zum Ablauf des 30. Juni 2016. Seit diesem Zeitpunkt wird das LTE-Netz von E-Plus nicht mehr weiterbetrieben.
- 48 In den Gebieten, in denen die Zusammenführung vollzogen ist, erhalten die Kunden der ehemaligen Gesellschaften des E-Plus-Konzerns sowie die "technisch migrierten" Kunden vollen Zugang zum LTE-Netz der Schiedsbeklagten. Denselben Netzzugang erhalten auch die Kunden der Schiedsklägerin.
- 49 In den verbleibenden Gebieten gewährt die Schiedsbeklagte sowohl den O2- Kunden als auch den (ehemaligen) E-Plus-Kunden im Bereich 2G und 3G seit 2015 Zugang zum jeweils anderen Netz im Wege eines sog. "National Roaming". Soweit die ursprünglichen Netze der Schiedsbeklagten und die E-Plus-Netze noch nicht zusammengeführt wurden, haben demnach sämtliche Kunden der Schiedsbeklagten, einschließlich der (ehemaligen) E-Plus-Kunden im Bereich 2G und 3G Zugang sowohl zum O2-Netz als auch zum E-Plus-Netz und damit im Ergebnis dieselbe räumliche Netzabdeckung. Dies gilt auch für die Kunden der Schiedsklägerin.
- 50 Im Bereich 4G haben die (ehemaligen) E-Plus-Kunden (einschließlich der "technisch migrierten" Kunden) sowie die Kunden der Schiedsklägerin hingegen keinen unbegrenzten Zugriff auf das Netz der Schiedsbeklagten, auch nicht im Wege des National Roaming. Die Schiedsbeklagte schaltete das 4G-Netz von E-Plus zum 1. Juli 2016 ab und gewährt den (ehemaligen) E-Plus-Kunden (einschließlich der "technisch migrierten" Kunden) sowie den Kunden der Schiedsklägerin in räumlich begrenztem Umfang Zugang zu ihrem 4G-Netz im Wege des National Roaming. Der Umfang des so gewährten Zugangs zum 4G- Netz entsprach zunächst der räumlichen Netzabdeckung des abgeschalteten LTE- Netzes von E-Plus. Die Flächenabdeckung war etwas größer als die vorherige Abdeckung durch das E-Plus-Netz, dafür ist der 4G-Zugang in wenigstens acht kleineren räumlichen Gebieten, in denen vorher 4G-Zugang bestand, entfallen.
- 51 Außerdem gewährt die Schiedsbeklagte den technisch migrierten E-Plus-Kunden, einschließlich der Kunden der Schiedsklägerin, Zugang zum 4G-Netz in denjenigen Gebieten, in denen [...]. Die sich daraus ergebende räumliche Netzabdeckung im Bereich 4G, die allen (ehemaligen) E-Plus-Kunden (einschließlich der technisch migrierten Kunden) und den Kunden der Schiedsklägerin gewährt wird, und deren Entwicklung in der Zeit vom 1. Juni 2016 bis zum 1. Oktober 2016 illustriert die als Anlage B 16 von der Schiedsbeklagten zur Akte gereichte Netzabdeckungskarte.
- 52 In der Zeit von August 2015 bis Juni 2016 bot die Schiedsbeklagte auf der Website der zum ehemaligen E-Plus-Konzern gehörenden Marke "BASE" O2-Verträge mit einer O2-SIM-Karte an. Aufgrund dieses Angebots wurden rund [...] O2-Verträge abgeschlossen. Ferner bot die

Schiedsbeklagte (ehemaligen) E-Plus-Kunden, deren Verträge ausliefen, telefonisch O2-Verträge an. Die Anzahl ehemaliger E-Plus-Kunden, die O2-Verträge abschlossen, beläuft sich höchstens auf rund [...].

53 Auf Anfrage der Schiedsklägerin unterbreitete die Schiedsbeklagte der Schiedsklägerin im April 2016 unter Bezugnahme auf die Non-MNO Remedy B (Commitments Rn. 79 f.) ein Angebot über den Zugang zu ihrem gesamten 4G- Netz (Anlage K 44). Das Angebot wich aus Sicht der Schiedsklägerin zu ihren Ungunsten von den Konditionen des MVNO-Vertrags ab. Eine Einigung zwischen den Parteien kam nicht zustande.

54 Mit Schreiben vom 7. Juni 2016 übersandte die Klägerin der Beklagten einen Request (Anlage K 48) zur Auslösung des in den Commitments vorgesehenen Streitbeilegungsverfahrens. In der Folge fanden zwischen den Parteien Verhandlungen und ein Schriftwechsel unter Einbeziehung des Monitoring Trustee statt (Anlagen K 49 bis K 58). Im Zuge dessen forderte die Klägerin den Monitoring Trustee (Schreiben vom 6. Juli 2016, Schreiben vom 15. Juli 2016, Anlagenkonvolut K 51 und Schreiben vom 20. Juli 2016, Anlage K 53; jeweils auch als Kopie an die Beklagte) sowie die Beklagte (Schreiben vom 15. Juli 2016, Anlagenkonvolut K 51 und Schreiben vom 22. Juli 2016, Anlage K 54) auf, ihr den Trustee Proposal vorzulegen. Als Reaktion auf das Schreiben vom 20. Juli 2016 teilte die Beklagte der Klägerin schließlich mit, bereits seit einiger Zeit über den Trustee Proposal zu verfügen. Auf die Aufforderung der Klägerin vom 22. Juli 2016 übersandte die Beklagte der Schiedsklägerin am 25. Juli 2016 eine teilweise geschwärzte Fassung des Trustee Proposal.

55 Der Monitoring Trustee kommt in seinem Proposal zu (auszugsweise) folgender Einschätzung:

*"The Trustee has not identified differences in the service provided to 1&1 customers compared to customers of simyo or blau. According to the customer offers on their respective websites customers are using the 3G E-Plus network and via national roaming the 3G O2 network. No national roaming is offered for 4G (annex 4).*

*Also existing customers of the brand BASE have the same network access as 1&1 customers. However, the Trustee notes that the option to switch to an O2 contract ("Zwei Netze promotion") is being offered to BASE customers:*

*(...)*

*Furthermore, the Trustee notes that for new customers on the BASE website, O2 contracts are being offered:*

*(...)*

*Telefonica explained to the Trustee that these contracts are o2 branded contracts. In addition, it was stated that a relaunch of the BASE website is planned. After the relaunch, Telefonica will offer BASE branded contracts which have the same network access as simyo, blau and 1&1. The relaunch is planned to take place on [...].*

*The Trustee is concerned that there may be inherent discrimination toward 1&1 on the basis that 1&1 is not able to offer o2 contracts with o2 SIM cards to new customers. The Trustee proposes that [...] The Trustee notes that the effect of the potential discrimination is limited. Based on information provided by Telefonica about ... customers switched from an E-Plus and/or BASE contract with an E-Plus SIM card to an o2 contract with an o2 SIM card due to the offer on the E- Plus/BASE website from August 2015 to Juni 2016 via the online channel. With the relaunch of the BASE website as planned by Telefonica, the Trustee understands that this potential discrimination will be terminated as 4G access of the new BASE customers shall be the same as for 1&1 customers. The Trustee will review the website after the relaunch in order to ensure the same treatment of new BASE customers and 1&1 customers."*

*(Anlage K 56 Rn. 36 ff.)*

56 Über den von der Klägerin begehrten Zugang zum Netz der Beklagten wurde keine Einigung

erzielt. Auf CEO-Ebene wurden zwischen den Parteien keine Verhandlungen geführt. Die Klägerin hat mit Schriftsatz vom 15. August 2016 Schiedsklage erhoben. Die Schiedsklage ging am 16. August 2016 bei der Geschäftsstelle der DIS ein und wurde der Schiedsbeklagten am 25. August 2016 zugestellt.

- 57 Die Schiedsklägerin wandte sich im September, Oktober und November 2016 jeweils schriftlich an die Europäische Kommission und rügte u.a. verschiedene Verstöße der Schiedsbeklagten gegen ihre Verpflichtungen aus den Commitments. Die Europäische Kommission antwortete mit Schreiben vom 3. November 2016 (Anlage 1 zum Opening Statement der Schiedsklägerin) und vom 18. November 2016 (Anlage B 24).

## 2. Die Positionen und die Anträge der Parteien

- 58 Die Klägerin behauptet, bereits bei Abschluss des MVNO-Vertrags habe die begründete Erwartung bestanden, dass das der Klägerin zur Verfügung stehende LTE-Netz als maßgebliche neue Netz-Technologie weiter ausgebaut würde - sei es aufgrund von Investitionen in das E-Plus-Netz, sei es durch Zusammenlegung des E-Plus-Netzes mit dem Netz eines anderen Unternehmens. Die Erwartung eines in Zukunft steigenden Leistungsumfangs spiegele sich in [...] wider. Bei einer Übernahme durch E-Plus seien die Vertragsparteien davon ausgegangen, dass [...]. Aus diesem Grund hätten sie vereinbart, dass sich die zu leistenden Dienste und Dienstmerkmale nach den den [...] richten. Durch diese dynamische Regelung habe sichergestellt werden sollen, dass die Schiedsklägerin fortwährend Leistungen state of the art erhalte.
- 59 Die Schiedsklägerin behauptet weiter, die Schiedsbeklagte habe durch ihr Angebot auf der Website der Marke BASE gezielt und wissentlich ehemaligen E-Plus-Kunden O2-Verträge angeboten. Das zeige sich unter anderem daran, dass den Kunden bei Vertragsabschluss O2-SIM-Karten ausgehändigt worden seien. Sie habe versucht, den Benchmarkkunden-Schutz auszuhöhlen, indem sie (potentielle) Premiumkunden nach und nach durch Upselling-Maßnahmen aus der Benchmarkkunden-Gruppe herausholt und den verbleibenden, wirtschaftlich vergleichsweise unattraktiven Kunden einen reduzierten Leistungsumfang anbiete. Beispielsweise habe die Schiedsbeklagte ehemaligen E-Plus-Kunden mit dem Tarif "O2 Free" Zugang zum Netz der Beklagten mit voller räumlicher Abdeckung gewährt. Durch gezielte und selektive Upselling-Angebote an besonders lukrative Kunden habe die Schiedsbeklagte mit rund [...] ehemaligen E-Plus-Kunden O2-Verträge abgeschlossen. Das gezielte und selektive Upselling erfolge überwiegend auf Initiative der Schiedsbeklagten und nicht auf Initiative der Kunden. Die Zahl von [...] Kunden sei erheblich, da sie ins Verhältnis zur Zahl der ehemaligen Postpaid-Kunden von E-Plus gesetzt werden müsse. Inzwischen bestünden die angeblich rund [...] ehemaligen E-Plus-Kunden überwiegend aus Prepaid-Kunden, wohingegen der Fokus der Schiedsklägerin auf Postpaid-Kunden liege. Da sich die Anzahl der ehemaligen E-Plus-Kunden von rund [...] Ende 2016 verringert habe, sei - sofern man die Benchmarkkundengruppe nicht weiter fasst - damit zu rechnen, dass es schon 2021 keine Benchmarkkunden mehr gebe.
- 60 Die Schiedsklägerin ist der Ansicht, die Konsolidierung der LTE-Netze sei seit dem 1. Juli 2016 abgeschlossen. Sie begründet dies vorrangig damit, eine Konsolidierung setze begrifflich das Bestehen mehrerer Netze voraus. Seit der Abschaltung des E-Plus-Netzes zum 1. Juli 2016 gebe es nur noch ein einziges Netz. Dieses Netz sei stabil. Die Konsolidierung sei daher denknotwendig abgeschlossen.
- 61 Sie ist darüber hinaus der Ansicht, die Schiedsbeklagte habe sich in der Ergänzungserklärung zur Selbstverpflichtungserklärung (Anlage K 26) verpflichtet, die Netze getrennt nach Netztechnologien schrittweise zu konsolidieren. Ein Abrücken von diesem Konsolidierungskonzept sei sachlich nicht gerechtfertigt. Insbesondere gebe es keine zwingenden technischen Gründe für eine gemeinsame Konsolidierung der Technologien 2G, 3G und 4G. Auch ohne parallele Konsolidierung der Technologien sei die reibungslose Mobilität der Mobilfunkkunden gewährleistet. Es gebe keine sachlichen Gründe, ehemaligen E-Plus-Kunden und den Kunden der Schiedsklägerin den Zugriff auf das ganze 4G- Netz zu

verweigern. Die erhöhte Netzauslastung in den Gebieten, in denen den ehemaligen E-Plus-Kunden und den Kunden der Schiedsklägerin Zugang zum 4G-Netz der Schiedsbeklagten gewährt werde, führe in den meisten Fällen nicht zu einem für den Kunden fühlbaren Rückgang der Servicequalität. Das Netz sei in den betreffenden Gebieten stabil. Die Öffnung weiterer Gebiete würde daran nichts ändern. Dass es keine Kapazitätsprobleme gebe, werde auch daran deutlich, dass die Schiedsbeklagte ehemaligen E-Plus-Kunden noch im Sommer 2016 ein Upgrade ihres Datenvolumens angeboten habe. Die Schiedsbeklagte könne auch nicht darauf verweisen, sie habe nach Ausgang der Frequenzauktion 2015 zusätzliches Spektrum im Bereich 1.800 MHz benötigt. Die Pflicht zur Rückgabe der Frequenzen habe bei Abgabe der Ergänzungserklärung schon seit längerem im Raum gestanden.

- 62 Die Schiedsklägerin hat zu den technischen Fragen der Netzkonsolidierung zwei sachverständige Stellungnahmen zu den Akten gereicht (Anlagen K 61 und K 64), auf die Bezug genommen wird.
- 63 Die Schiedsklägerin beantragt,
1. die Schiedsbeklagte zu verurteilen, ihre mittelbare Tochtergesellschaft E-Plus Mobilfunk GmbH (vormals E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG) in die Lage zu versetzen und dazu anzuhalten, der Schiedsklägerin zu den Bedingungen des zwischen der Schiedsklägerin und der E-Plus Mobilfunk GmbH geschlossenen MVNO-Vertrags vom 12. Dezember 2013 Zugang zum gesamten Mobilfunknetz (maximale geographische Netzabdeckung) der Telefonica Germany GmbH & Co. OHG, das derzeit auf 2G-, 3G- und 4G-Technologie basiert, zu gewähren.
- hilfsweise, die Schiedsbeklagte zu verurteilen, der Schiedsklägerin ein Angebot auf Abschluss eines Vertrags über die Gewährung von Vorleistungen im 4G-Mobilfunknetz der Telefonica Germany GmbH & Co. OHG zu den Konditionen des zwischen der Schiedsklägerin und der E-Plus Mobilfunk GmbH (vormals E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG) geschlossenen MVNO-Vertrags vom [...] ("benchmark conditions") zu machen.
- 64 Die Schiedsbeklagte beantragt,
- die Schiedsklage abzuweisen
- 65 Sie hält die Schiedsklage für verfristet und rügt die Zuständigkeit des Schiedsgerichts. Der Rechtsstreit unterfalle nicht dem Streitbeilegungsverfahren gemäß Annex C, Rn. 107 ff., der Commitments, da die Schiedsklägerin mit ihren Ansprüchen lediglich eine bestimmte Vertragsauslegung bzw. das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts geltend mache. Außerdem meint die Schiedsbeklagte, der Schiedsklägerin fehle das Rechtsschutzbedürfnis im Hinblick auf die Befassung der Europäischen Kommission mit dem Gegenstand des Verfahrens.
- 66 Die Schiedsbeklagte bestreitet, dass die Schiedsklägerin berechtigterweise einen fortwährenden Ausbau des E-Plus-4G-Netzes habe erwarten können. Wie sich das E-Plus-4G-Netz entwickeln würde, sei bei Abschluss des MVNO-Vertrags völlig offen gewesen. Es sei ungewiss gewesen, ob die Europäische Kommission den Zusammenschluss mit der Schiedsbeklagten freigeben würde und für den Fall des Scheiterns der Fusion sei unklar gewesen, ob E-Plus bzw. deren Muttergesellschaft über die erforderlichen finanziellen Mittel für einen Netzausbau verfügen würde. Auch habe E-Plus bei seiner Strategie für mobiles Highspeed Internet vorrangig auf das 3G-Netz gesetzt. Der aktuelle Netzzugang der Schiedsklägerin liege deutlich über dem Ausbaustand, den diese sich aus der Sicht des Jahres 2013 auch bei optimistischer Betrachtung hätte vorstellen können.
- 67 Nach Ansicht der Schiedsbeklagten werden die Kunden der Schiedsklägerin gegenüber (ehemaligen) E-Plus-Kunden nicht diskriminiert, da beide Kundengruppen den gleichen Netzzugang erhalten, der zudem dem bisherigen Leistungsumfang entspricht.
- 68 Die Schiedsbeklagte betreibe auch kein gezieltes "Upselling", um die Benchmarkkundengruppe auszuhöhlen. Bei den [...] Kunden, die über die BASE-Website O2-Verträge abgeschlossen haben, habe es sich teilweise um Neukunden - und somit nicht um

Benchmarkkunden - gehandelt. Die Freischaltung dieser Kunden für den vollen Netzzugang sei versehentlich erfolgt und beruhe nicht auf einem planvollen, zielgerichteten Abwerben. Der einigen E-Plus-Kunden angebotene "O2 Free Tarif inklusive LTE Max." habe weder dazu geführt, dass diese Kunden O2-SIM-Karten erhalten hätten noch habe er ihnen räumlich erweiterten Zugang zum 4G-Netz verschafft.

- 69 Die Netzkonsolidierung ist nach Ansicht der Schiedsbeklagten noch nicht abgeschlossen. Allerdings habe sie mit der Konsolidierung begonnen und treibe diese mit hoher Priorität und unter erheblichen Investitionen voran, schon weil sie sich davon eine Steigerung ihrer operativen Leistungsfähigkeit bei gleichzeitigen Kostenvorteilen erhoffe. Die Netzkonsolidierung liege daher in ihrem eigenen wirtschaftlichen Interesse. Bei der Konsolidierung führe sie die beiden Ausgangsnetze mit insgesamt ca. [...] Stationen zu einem einheitlichen Zielnetz mit ca. [...] Stationen so zusammen, dass keine Kundengruppe in keiner Radio-Technologie an keinem Ort im Zielnetz die von einem der beiden Ursprungsnetze gewohnte Versorgung, Kapazität oder Qualität verliere. Die Konsolidierung erfolge [...], um Qualitätseinbußen zu minimieren. Sie habe zunächst wegen des unterschiedlichen Ausbaustands der einzelnen Netze [...] erwogen. Aufgrund des Ausgangs der Frequenzauktion 2015 müsse sie nun aber für die LTE Technologie auf Frequenzen zurückgreifen, die bislang für das 2G-Netz verwendet wurden, um die für die Konsolidierung des 4G-Netzes erforderlichen Kapazitätserweiterungen realisieren zu können.
- 70 Der Ausgang der Frequenzauktion 2015 sei nicht vorhersehbar gewesen. Die Abschaltung des E-Plus-4G-Netzes zum 1. Juli 2016 sei durch den Ausgang der Frequenzauktion 2015 erzwungen worden. Die Schiedsbeklagte gewähre seither den (ehemaligen) E-Plus-Kunden und den Kunden der Klägerin in räumlich beschränktem Umfang Zugang zu ihrem 4G-Netz, um diesen trotz Abschaltung des E-Plus-Netzes die gewohnte 4G-Netzabdeckung bieten zu können. Es handle sich hierbei um eine Notlösung, die nicht mit einer Konsolidierung zu verwechseln sei. Gegen einen Abschluss der Konsolidierung sprächen schon [...], mit denen die Schiedsbeklagte in den von dem einseitigen National Roaming betroffenen Bereich trotz aller Gegenmaßnahmen leben müsse. Es sei der Schiedsbeklagten nicht möglich gewesen, die Kapazität des 4G-Netzes provisorisch so aufzurüsten, dass [...]. Das Netz entspreche in diesem Bereich nicht den Anforderungen, die an das LTE-Zielnetz zu stellen seien. Um die erforderliche Mobilfunkqualität in der Zukunft sicherzustellen, müsse die Schiedsbeklagte in den noch nicht konsolidierten Gebieten zunächst die bestehenden 2G-Netze zusammenzuführen, um das für LTE benötigte Spektrum freizumachen. Ein bundesweites National Roaming für das gesamte noch nicht konsolidierte 4G- Netz sei der Schiedsbeklagten unmöglich, da dies - mangels der dafür erforderlichen Kapazitäten - unvermeidlich zu [...] führen würde.
- 71 Die Schiedsbeklagte hat zu den technischen Fragen der Netzkonsolidierung zwei Gutachten des Sachverständigen [...] vorgelegt (Anlagen B 5 und B20).

## VI. ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

- 72 Die Schiedsklage ist zulässig, aber unbegründet.

### 1. Zulässigkeit der Schiedsklage

#### a) Vorliegen einer Schiedsvereinbarung

- 73 Zwischen den Parteien besteht eine wirksame Schiedsvereinbarung mit dem in AnnexC, Rn. 107 ff., der Commitments niedergelegten Inhalt. Das Vorliegen einer Schiedsvereinbarung richtet sich nach deutschem Recht. Gemäß § 1025 Abs. 1 ZPO ist das deutsche Schiedsverfahrensrecht anwendbar, wenn der Schiedsort in Deutschland liegt. Nach herrschender und zutreffender Ansicht unterliegt eine Schiedsvereinbarung entsprechend Art. V Abs. 1 lit. a) des New Yorker UN-Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung

ausländischer Schiedssprüche vom 10.6.1958<sup>1</sup> dem deutschen Schiedsverfahrensrecht, wenn die Parteien entweder deutsches Recht als Schiedsvereinbarungsstatut vereinbart haben oder der Schiedsort in Deutschland liegt.<sup>2</sup> Im vorliegenden Fall haben die Parteien keine Rechtswahlvereinbarung hinsichtlich des Schiedsvereinbarungsstatuts getroffen. Schiedsort ist jedoch München, so dass das deutsche Recht für Zustandekommen und Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung maßgeblich ist.

- 74 Gemäß § 1029 Abs. 1 ZPO liegt eine Schiedsvereinbarung vor, wenn die Parteien vereinbaren, alle oder einzelne Streitigkeiten aus einem bestimmten Rechtsverhältnis vertraglicher oder nichtvertraglicher Art, gleich ob sie bereits entstanden sind oder künftig entstehen werden, der Entscheidung durch ein Schiedsgericht zu unterwerfen. Aus § 1029 Abs. 2 ZPO ergibt sich, dass die Schiedsvereinbarung nicht nur im Wege einer selbständigen Vereinbarung, sondern auch durch eine entsprechende Klausel in einem Vertrag geschlossen werden kann.
- 75 Im vorliegenden Fall wurde die Schiedsvereinbarung auf einem besonderen Weg geschlossen. Die Schiedsbeklagte hat sich gegenüber der EU-Kommission zur Teilnahme an der Fast-Track Dispute Resolution gemäß Annex C, Abschnitt F, der Commitments verpflichtet und in diesem Rahmen ein entsprechendes Angebot zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung abgegeben. Dieses Angebot hat die Schiedsklägerin angenommen, indem sie das Verfahren der Fast-Track Dispute Resolution initiiert und in dessen Rahmen schließlich die Schiedsklage erhoben hat. Dieses besondere Verfahren zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung entspricht demjenigen, das aus dem Bereich der Investitionsschutz-Schiedsgerichtsbarkeit geläufig ist. Auch dort gibt der beteiligte Staat durch Unterwerfung unter die Schiedsgerichtsbarkeit in dem völkerrechtlichen Investitionsschutzvertrag mit dem anderen Staat ein Angebot erga omnes ab, das von dem Investor angenommen wird, indem er die Schiedsklage erhebt.<sup>3</sup>
- 76 Die Schiedsbeklagte hat durch ihre Zusagen nicht nur europarechtliche Pflichten gegenüber der Europäischen Kommission übernommen, sondern bei verständiger Auslegung zugleich ein Angebot auf Abschluss einer Annex C, Rn. 107 ff., der Commitments entsprechenden Schiedsvereinbarung abgegeben.<sup>4</sup> Dieses Angebot war an alle Parteien gerichtet, die auf Grundlage der Commitments Ansprüche geltend machen wollen. Die Schiedsbeklagte entsprach ihren in Annex C, Rn. 107 ff., übernommenen Verpflichtungen gegenüber der EU-Kommission, indem sie sich schon mit Abgabe der Commitments durch ein Angebot erga omnes dem darin vorgesehenen Streitbeilegungsverfahren unterwarf.<sup>5</sup> Das Angebot erga omnes richtet sich an sämtliche Privatrechtssubjekte, die sich auf die verhaltensbezogenen Auflagen der Commitments berufen und diese durchsetzen wollen. Dabei stehen diesen Parteien alternativ weitere Rechtsbehelfe zur Verfügung, nämlich Eingaben an die EU-Kommission, um diese zum Einschreiten gegen die Fusionsparteien wegen Verletzung der Commitments zu bewegen, sowie Schadensersatzklagen gegen die fusionierte Partei wegen Verletzung des Europäischen Wettbewerbsrechts.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> BGBl 1961 II, S. 122.

<sup>2</sup> Vgl. statt aller Geimer, in: Zoller, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 1029 Rn. 110; Schlosser, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2014, § 1029 Rn. 108; Voit, in: Musielak, ZPO, 13. Aufl. 2016, § 1029 Rn. 28.

<sup>3</sup> Schreuer, Consent to Arbitration, in: Muchlinski/Ortino/Schreuer (Hrsg.), The Oxford Handbook of International Investment Law, 2008, S. 830, 836 f.

<sup>4</sup> Vgl. Körber, in: Immenga/Mestmacker, EU-Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, Art. 8 FKVO Rn. 183; Blanke/Sabahi, 74 Arbitration (2008), 211, 221; Hirsbrunner, EuZW 2001, 197, 200.

<sup>5</sup> Vgl. Blanke, ECLR 2007, 673, 675; ders./Sabahi, 74 Arbitration (2008), 211, 221; Blessing, Arbitrating Antitrust and Merger Control Issues, S. 164; Gavra, Arbitration in the Context of EU Merger Control and its Interface with Brussels I Regulation: A New Era for Arbitration in the EU Arena, Global Antitrust Review 2010, S. 72, 81; vgl. auch Radicati di Brozolo, EU Merger Commitments and Arbitration: Re Televisive Italiane v Sky Italia, 29 Arb. Int'l 223, 225 ff.

<sup>6</sup> Blanke/Sabahi, 74 Arbitration (2008), 211, 221 f.; Gavra, Arbitration in the Context of EU Merger Control and its Interface with Brussels I Regulation: A New Era for Arbitration in the EU Arena, Global

77 Im vorliegenden Fall hat die Schiedsklägerin das erga-omnes Angebot der Schiedsbeklagten mit Schreiben vom 7. Juni 2016 (Anlage K48) angenommen, indem sie ausdrücklich auf die Commitments Bezug genommen und erklärt hat, sie wolle in das in Annex C, Abschnitt F, vorgesehene Streitbeilegungsverfahren eintreten:

*„In the name and on behalf of our Client, we herewith submit our Request to enter into fast-track dispute resolution proceedings pursuant to the Commitments (Section F, paragraphs 107 et seqq.).“*

(Anlage K 48 S. 2)

78 Darüber hinaus hat die Schiedsklägerin am 16. August 2016 die vom 15. August 2016 datierende Schiedsklage erhoben und sich in dem Klageschriftsatz ausdrücklich auf die Schiedsklausel in Annex C, Fn. 112, bezogen, die wörtlich wiedergegeben wurde (Schiedsklage v. 15.8.2016 S. 4, Rn. 7). Damit ist auch der Formvorschrift des § 1031 Abs. 1 ZPO genüge getan.

79 Im Ergebnis würde nichts anderes gelten, wenn man Schiedsvereinbarungen für Streitigkeiten um Verpflichtungen aus Fusionskontrollzusagen außerhalb des Regimes der nationalen Schiedsvereinbarungen im Sinne von "arbitration without privity" ansiedeln wollte.<sup>7</sup>

#### **b) Rechtzeitige Erhebung der Schiedsklage**

80 Die Schiedsklage ist nicht verfristet. Die Schiedsklägerin hat rechtzeitig gemäß Annex C, Rn. 112 der Commitments Klage erhoben.

81 Maßgebliches Ereignis für die Wahrung der Frist ist der Eingang der Schiedsklage bei der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit ("DIS") am 16. August 2016. Auf den Eingang der Schiedsklage bei der Schiedsbeklagten, der erst am 25. August 2016 erfolgte, kommt es, entgegen der Ansicht der Schiedsbeklagten, nicht an.

82 Diese Rechtsfolge ergibt sich aus der Regelung in Annex C, Rn. 112, der Commitments sowie den ergänzend anzuwendenden Regelungen der § 1044 ZPO, § 6 DIS-Schiedsgerichtsordnung DIS (DIS-SchO) und den ergänzenden Regelungen für beschleunigte Verfahren (DIS-ERBV).

#### **aa) Maßgeblich ist der Eingang der Schiedsklage bei der DIS- Geschäftsstelle**

83 Gemäß Annex C, Rn. 112, der Commitments kommt es für die Einhaltung der Klagefrist allein darauf an, dass der Anspruchsteller die Schiedsklage der DIS übermittelt, nicht dagegen auf die Zustellung der Schiedsklage bei dem Anspruchsgegner. Die Vorschrift lautet in ihrem relevanten Teil:

*„... serve a notice in the sense of a request for arbitration (the "Notice") to the German Institution of Arbitration [...] with a copy of such Notice to TEF DE.“*

84 Mit nicht zu übersehender Deutlichkeit wird in dem zitierten Text zwischen der bei der DIS einzureichenden Schiedsklage ("Notice") einerseits und der an die Schiedsbeklagte zu übermittelnden Abschrift ("copy") andererseits differenziert. Diese - im Text der Commitments hervorgehobene - terminologische Unterscheidung kann keine andere Funktion haben als deutlich zu machen, dass allein die Einreichung der Schiedsklage ("Notice") bei der DIS über die Einleitung des Verfahrens bestimmt. Die Vorgabe, eine Abschrift ("copy") an den Verfahrensgegner zu übersenden, ist demgegenüber eine bloße Verfahrensvorschrift, die auf eine möglichst frühzeitige Information der Gegenpartei hinwirken soll, auf die es für die Wahrung der Klagefrist hingegen nicht ankommt. Die Regelung in Annex C, Rn. 114, der

---

Antritrust Review 2010, S. 72, 81

<sup>7</sup> So offenbar Gavra, Arbitration in the Context of EU Merger Control and its Interface with Brussels I Regulation: A New Era for Arbitration in the EU Arena, Global Antritrust Review 2010, S. 72, 8

Commitments bestätigt diese Auslegung. Danach beginnt die Frist zur Erwidern auf die Schiedsklage erst mit dem Erhalt der Schiedsklage ("Notice"), woraus im Umkehrschluss folgt, dass die Übersendung der Abschrift ("copy") noch keine Fristen in Gang setzt. Angesichts dessen erschiene es nicht kohärent, die Übermittlung der Abschrift ("copy") als notwendigen Bestandteil der Klageerhebung anzusehen.

- 85 Diese Auslegung von Annex C, Rn. 112, der Commitments, nach der es für die Klageerhebung ausschließlich auf den Eingang der Schiedsklage bei der DIS ankommt, entspricht den Vorschriften des deutschen Schiedsverfahrensrechts wie auch den Schiedsregeln der DIS. Nach § 1044 S. 1 ZPO beginnt das schiedsrichterliche Verfahren mit dem Tag, an dem der Beklagte den Antrag, die Streitigkeit einem Schiedsgericht vorzulegen, empfangen hat. Diese Regelung gilt aber nur, soweit die Parteien nichts anderes vereinbart haben. Die Parteien haben iSv § 1044 S. 1 ZPO etwas anderes vereinbart, wenn sie ihre Streitigkeit der DIS- SchO unterstellt haben. Dann nämlich beginnt das schiedsrichterliche Verfahren gemäß § 6.1 S. 2 DIS-SchO "mit Zugang der Klage bei einer DIS-Geschäftsstelle". Die DIS-SchO stellt damit unmissverständlich klar, dass es für den Verfahrensbeginn nicht auf die Zustellung eines *Schiedsgesuchs* beim Schiedsbeklagten, sondern auf den Zugang einer *Schiedsklage* bei einer DIS- Geschäftsstelle ankommt. Gemäß § 6.1 S. 2 DIS-SchO erfolgt die Verfahrenseinleitung also nicht durch Zugang eines Schiedsgesuchs, sondern durch Zugang einer Schiedsklage. In diesem Sinne ist auch der Begriff "Notice" im Sinne von Annex C, Rn. 112, der Commitments auszulegen. An den Zugang der Klageschrift bei einer DIS-Geschäftsstelle knüpft § 204 Abs. 1 Nr. 11 BGB im Übrigen den Eintritt der Hemmung der Verjährungsfrist für Ansprüche, die deutschem Recht unterliegen.<sup>8</sup> Derselbe Grundsatz gilt auch für die Einhaltung einer Klagefrist, wie sie in Annex C, Rn. 112, vorgesehen ist.
- 86 Auf einen späteren Zeitpunkt kommt es entgegen der Auffassung der Schiedsbeklagten (Klageerwidern v. 12. September 2016 S. 12, Rn. 31-32; Duplik v. 9. November 2016 S. 24-26, Rn. 99-107; Schriftsatz v. 31. Dezember 2016 S. 4-5, Rn. 13) auch nicht deshalb an, weil die Schiedsklägerin den Gebühren- und Kostenvorschuss nach §7.1 DIS-SchO nicht schon mit Einreichung der Klage, sondern erst nachträglich innerhalb der von der DIS-Geschäftsstelle gesetzten Frist geleistet hat. Da die Commitments hierzu keine Regelung enthalten, richtet sich diese Frage nach den Regeln der DIS (Annex C, Rn. 119). Wie soeben begründet, knüpft §6.1 Satz 2 DIS-SchO jedoch den Beginn des schiedsrichterlichen Verfahrens eindeutig an den Zugang der Klage bei einer DIS-Geschäftsstelle - und nicht an die Einzahlung des Kostenvorschusses. Die DIS-Geschäftsstelle hat die Klage an den Beklagten zu übersenden, kann dies aber von der Leistung eines Kosten- bzw. Gebührenvorschusses abhängig machen (§ 8 DIS-SchO). Erfolgt die Zahlung nicht innerhalb einer von der Geschäftsstelle bestimmten angemessenen Frist, endet das Verfahren gemäß § 7.2 Satz 2 DIS-SchO. Für den Fall, dass der Schiedskläger - wie im vorliegenden Fall - erst nach Aufforderung durch die DIS, aber innerhalb der von dieser bestimmten Frist leistet, sehen die DIS-SchO und die DIS-ERBV dagegen keine besondere Rechtsfolgen vor. Mangels einer Vorschrift, die für diesen Fall eine Abweichung von §6.1 Satz 2 DIS-SchO vorsieht, bleibt es bei dem darin festgelegten Verfahrensbeginn. Für den Fall der Einreichung einer unvollständigen Schiedsklage stellt § 6.4 Satz 2 DIS-SchO ausdrücklich klar, dass dieser Mangel dem Beginn des schiedsrichterlichen Verfahrens nicht entgegen steht.
- 87 Nichts anderes ergibt sich schließlich auch aus § 4.1 Satz 2 DIS-ERBV, wonach im beschleunigten Verfahren Schriftsätze bis zur Konstituierung des Schiedsgerichts auch an die andere Partei zu übermitteln sind. Die Regelung ist im vorliegenden Verfahren ohnehin nicht anwendbar, weil die Regelung in Annex C, Rn. 112, über die Zustellung der Klageschrift vorrangig ist (Annex C, Rn. 119). Darüber hinaus setzt §4.1 Satz 2 DIS-ERBV die Regelung des §6.1 Satz 2 DIS-SchO über den Beginn des schiedsrichterlichen Verfahrens nicht außer

---

<sup>8</sup> Schlosser, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2014, § 1044 Rn. 10; Voit, in: Musielak, ZPO, 13. Aufl. 2016, § 1044 Rn. 5, 8; *Elsing*, in: Bockstiegel/Kröll/Nacimienta (Hrsg.), Arbitration in Germany, 2. Aufl. 2015, § 6 DIS-Rules Rn. 3; Schilling, in: Nedden/Herzberg (Hrsg.), ICC-SchO, DIS-SchO, 2014, § 6 DIS-SchO Rn. 47

Kraft. Gemäß § 4.2 DIS-ERBV beginnt die Frist für die Klageerwiderung auch im beschleunigten Verfahren erst mit Übermittlung der Klage durch die DIS- Geschäftsstelle gemäß § 8 DIS-SchO. Diese Regelung ist Beleg dafür, dass auch im beschleunigten Verfahren für den Verfahrensbeginn der Zugang der Schiedsklage bei der DIS-Geschäftsstelle maßgeblich ist.

- 88 Die Schiedsklägerin hat die Anforderungen des Annex C, Rn. 112, der Commitments und des § 6.1 S. 2 DIS-SchO eingehalten, indem sie den Zugang der Schiedsklage vom 15. August 2016 bei der DIS-Geschäftsstelle in Köln am 16. August 2016 bewirkt hat. Der zugestellte Klageschriftsatz erfüllt sämtliche Anforderungen, die § 6.2 und § 6.3 DIS-SchO an den Inhalt einer Schiedsklage stellen. Mit der Zustellung am 16. August 2016 war die Schiedsklage iSd § 6.1 DIS-SchO erhoben, sodass es auf die erst später erfolgte Zustellung bei der Schiedsbeklagten nicht ankommt.

### **bb) Die Einhaltung der Klagefrist**

- 89 Gemäß Annex C, Rn. 112, der Commitments beginnt die Klagefrist von zwanzig Kalendertagen zu laufen, wenn die Frist für die Verhandlungen der CEOs gemäß Annex C, Rn. 110, der Commitments abgelaufen ist. Die Schiedsbeklagte vertritt die Auffassung, die Frist für die CEO-Gespräche sei gemäß Annex C, Rn. 110, abgelaufen, nachdem zwanzig Werktrage nach Zustellung des Begehrens (Requests) der Schiedsklägerin bei der Schiedsbeklagten verstrichen seien (Klageerwiderung v. 16. September 2016 S. 11, Rn. 26-28 und S. 13, Rn. 35; Duplik v. 9. November 2016 S. 20-23, Rn. 81-95; Schriftsatz v. 31. Dezember 2016 S. 7-11, Rn. 20-36). Die genannte Vorschrift bestimme eine Frist von zehn Werktagen nach Zustellung des Begehrens für Verhandlungen der Parteien zur Beilegung des Konflikts und eine weitere Frist von zehn Werktagen für Verhandlungen der CEOs. An den Ablauf dieser Frist für CEO-Gespräche sei die Klagefrist geknüpft. Für deren Ablauf sei es irrelevant, ob CEO-Gespräche überhaupt stattgefunden hätten. Unter der Prämisse, dass ihr der Request der Schiedsklägerin bereits am 7. Juni 2016 zugestellt wurde, sei die Initialfrist von zehn Werktagen am 18. Juni 2016 und die CEO-Frist von weiteren zehn Werktagen am 30. Juni 2016 abgelaufen. Die am 1. Juli 2016 begonnene Klagefrist von zwanzig Kalendertagen habe am 20. Juli 2016 ihr Ende gefunden. Die Schiedsklage sei deshalb selbst dann verfristet, wenn sie mit Zustellung bei der DIS-Geschäftsstelle am 16. August 2016 erhoben worden sei.
- 90 Die Schiedsklägerin hält die Schiedsklage hingegen für fristgerecht erhoben. Die Klagefrist gemäß Annex C, Rn. 112, der Commitments sei an das Scheitern der CEO-Gespräche geknüpft. Da es unstrittig nicht zu CEO-Gesprächen gekommen sei, habe der Lauf der Klagefrist noch gar nicht begonnen (Schiedsklage v. 15. August 2016 S. 56, Rn. 202; Replik v. 11. Oktober 2016 S. 61, Rn. 250-251). Als frühester Anknüpfungspunkt für den Fristbeginn kommt nach Ansicht der Klägerin der 27. Juli 2016 in Betracht, denn erst an diesem Tag seien die Gespräche der Parteien im Rahmen der Pre-Dispute Escalation gescheitert (Schiedsklage v. 15. August 2016 S. 57, Rn. 205; Replik v. 11. Oktober 2016 S. 61-63, Rn. 253-263; Schriftsatz v. 31. Dezember 2016 S. 61-62, Rn. 230-233). Selbst bei unterstelltem Ablauf der Frist könne die Beklagte sich nach dem Rechtsgedanken des § 162 BGB auf den Fristablauf nicht berufen (Schiedsklage v. 15. August 2016 S. 57-59 Rn. 207-214; Replik v. 11. Oktober 2016, S. 60 Rn. 247). Die Beklagte habe durch ihre Weigerung, den Trustee Proposal (ungeschwärzt) der Klägerin zu übermitteln, eine Einigung innerhalb der vorgesehenen Fristen verhindert (Schiedsklage v. 15. August 2016 S. 58-59 Rn. 210-213; Replik v. 11. Oktober 2016 S. 64-67, Rn. 271-286; Schriftsatz v. 31. Dezember 2016 S. 62-63, Rn. 235-236). Die Berufung auf die Verfristung der Schiedsklage wäre nach Ansicht der Schiedsklägerin zudem eine bloße Förmelerei und verstieße gegen das Gebot von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB, weil sie das Fast-Track Dispute Resolution-Verfahren jederzeit neu aufnehmen könne (Schiedsklage v. 15. August 2016 S. 59, Rn. 215-217; Replik v. 11. Oktober 2016 S. 68, Rn. 289-290; Schriftsatz v. 31. Dezember 2016 S. 63, Rn. 237-240).
- 91 Das Schiedsgericht muss nicht entscheiden, ob es sich bei der Klagefrist des Annex C, Rn.

112, der Commitments um eine bloße Ordnungsvorschrift handelt und ob die Klagefrist unabhängig davon zu laufen beginnt, ob CEO-Gespräche stattgefunden haben oder nicht. Jedenfalls begann die zwanzigtägige Klagefrist gemäß Annex C, Rn. 112, der Commitments frühestens fünf Tage nach Erhalt des Trustee Proposal durch die Schiedsklägerin am 25. Juli 2016 und endete damit jedenfalls nach der Klageerhebung am 16. August 2016. Nachdem der Monitoring Trustee seinen Vorschlag ausschließlich der Schiedsbeklagten übermittelt hatte, traf diese die Obliegenheit, den Vorschlag auch der Schiedsklägerin zur Kenntnis zu bringen. Bis zur Erfüllung dieser Obliegenheit liefen die in Annex C, Rn. 111, der Commitments vorgesehenen Fristen für Verhandlungen der Parteien nicht ab und der hieran anknüpfende Beginn der Klagefrist nach Annex C, Rn. 112 wurde entsprechend aufgeschoben. Die Dauer des Fristaufschubs beträgt mindestens fünf Tage nach Erhalt des Trustee Proposal, weil sich aus den Regelungen in Annex C, Rn. 110, 111, ergibt, dass den Parteien vor dem Übergang zur nächsten Eskalationsstufe wenigstens fünf Tage Zeit bleiben soll, um den Trustee Proposal zu prüfen und auf seiner Grundlage zu verhandeln. Im Einzelnen liegen dem folgende Erwägungen zugrunde:

- 92 Nach Annex C, Rn. 109 ff., der Commitments ist vor der Einleitung eines streitigen Verfahrens ein Eskalationsverfahren durchzuführen, um die Möglichkeit einer gütlichen Einigung zwischen den Parteien zu klären. Die Commitments enthalten differenzierte Vorgaben für die Verfahrensgestaltung, die eine gütliche Einigung erleichtern und im Übrigen eine möglichst effektive Durchführung des Verfahrens gewährleisten sollen. Hierzu ist - neben kurzen Fristen und mehreren aufeinander folgenden Verhandlungsstufen - unter anderem vorgesehen, dass in das Verfahren von Anfang an der Monitoring Trustee einbezogen wird (Annex C, Rn. 109), der den Parteien innerhalb von fünf Tagen, also noch innerhalb der ersten Verhandlungsphase, einen Einigungsvorschlag (Trustee Proposal) unterbreiten soll (Annex C, Rn. 111).
- 93 Gemäß Annex C, Rn. 112, der Commitments ist dieser Vorschlag beiden Streitparteien zu übermitteln. Die Auffassung der Beklagten, aus den Begriffsdefinitionen zu Beginn der Commitments ergebe sich, dass der Trustee Proposal ausschließlich an sie zu übersenden war, überzeugt nicht (Klageerwiderung v. 12. September 2016 S. 14 f., Rn. 46 ff.; Duplik v. 9. November 2016 S. 30, Rn. 130 ff.). Die dort getroffene Unterscheidung zwischen "Parties" als Parteien des Zusammenschlusses einerseits und "Parties to the Arbitration" andererseits ist im Rahmen von Annex C, Rn. 111, nicht maßgeblich. Insoweit liegt eine redaktionelle Ungenauigkeit vor. Regelungsgegenstand von Annex C, Rn. 111, der Commitments ist ein Konflikt zwischen der Schiedsbeklagten und einer an dem Unternehmenszusammenschluss nicht beteiligten dritten Partei (Requesting Party). Es liegt fern, dass "Parties" in diesem Zusammenhang nicht die beiden Streitparteien meint, sondern - nach Vollzug des Zusammenschlusses - ausschließlich die Beklagte bezeichnet. Vor allem aber spricht für diese Auslegung die Funktion, die dem Trustee Proposal im Rahmen des Eskalationsverfahrens gemäß Annex C, Rn. 109 ff., zukommt. Nach der Konzeption des Annex C, Rn. 109 ff., bildet der Trustee Proposal die entscheidende Grundlage für die Verhandlungen zwischen den Parteien. Dies zeigt die Vorgabe in Annex C, Rn. 111, den Trustee Proposal innerhalb von nur fünf Tagen nach Einreichung des "Request" zu erstellen, die nur den Zweck haben kann, sicherzustellen, dass der Vorschlag möglichst frühzeitig in den Verhandlungsprozess eingeht. Ferner lässt sich dies aus der Regelung in Annex C, Rn. 111 Satz 2, schließen, wonach die Einhaltung der Commitments fingiert wird, wenn die Parteien eine Einigung auf der Grundlage des Trustee Proposal erzielen. Diese Vorschrift dient erkennbar dem Ziel, den Parteien trotz vergleichsweise kurz bemessener Verhandlungsfristen eine rechtssichere Einigung zu ermöglichen. Dieses Ziel könnte nicht erreicht werden, wenn es im Belieben der Schiedsbeklagten stünde, zu entscheiden, ob und wann sie ihrem Verhandlungspartner den Vorschlag zur Kenntnis bringt. Die Schiedsbeklagte hätte dadurch einen nicht zu rechtfertigenden Verhandlungsvorteil, wohingegen die Schiedsklägerin einer kaum zumutbaren Unsicherheit darüber ausgesetzt würde, ob eine getroffene Vereinbarung gemäß Annex C, Rn. 111 Satz 2, als mit den Commitments vereinbar gilt. Schließlich schreibt Annex C, Rn. 113 Satz 3, vor, dass der Schiedsklage der Trustee Proposal beizufügen ist und dass der Schiedskläger in der Schiedsklage die Angemessenheit der Vorschläge des Treuhänders

zu würdigen hat („The Notice shall also contain [...] the Trustee Proposal, including a comment as to its appropriateness“). Diese Regelung setzt offenbar als selbstverständlich voraus, dass ein potentieller Schiedskläger im Besitz des Trustee Proposal ist, bevor er die Schiedsklage erhebt.

- 94 Es kann dahinstehen, ob der Monitoring Trustee selbst gemäß Annex C, Rn. 111, verpflichtet war, seinen Vorschlag der Schiedsklägerin zuzuleiten. Jedenfalls traf die Schiedsbeklagte, nachdem nur sie den Trustee Proposal erhalten hatte, eine Obliegenheit, den Vorschlag der Schiedsklägerin zu übersenden. Dieser Auffassung waren offenbar auch die Europäische Kommission und der Monitoring Trustee, denn in dem Trustee Report vom 24. Juni 2016 wurde die Übermittlung des Reports an die Schiedsklägerin ausdrücklich angeregt:

*"The Trustee as well as the Commission suggest that this proposal is also shared with 1&1 subject to removal of any confidential information". (Trustee Report, Case M. 7018, vom 24.06.2016, Anlage K 56, S. 13 Rn. 47 S. 2)*

- 95 Dieser Anregung ist die Schiedsbeklagte erst mit Verzögerung am 25. Juli 2016 nachgekommen. Solange die Übermittlung des Trustee Proposal an die Schiedsklägerin nicht erfolgte, war der Ablauf der Verhandlungsfristen gemäß Annex C, Rn. 111, gehemmt. Zwar ist der Lauf der Fristen in Annex C, Rn. 109 ff., nicht ausdrücklich an die Übersendung des Trustee Proposal geknüpft. Die Regelungen enthalten jedoch ein einheitliches Streitbeilegungsverfahren, dessen einzelne Elemente systematisch zusammenhängen. Die kurzen Verhandlungsfristen nach Annex C, Rn. 111, erscheinen nur deshalb gerechtfertigt, weil der Monitoring Trustee durch seinen Vorschlag frühzeitig eine Grundlage für die weiteren Verhandlungen schaffen und zugleich den durch die Commitments gezogene rechtlichen Rahmen in verbindlicher Weise konkretisieren soll. Nur wegen dieser Hilfestellung kann es den Parteien angesonnen werden, in so kurzer Zeit ihren Konflikt abschließend beizulegen.
- 96 Die Dauer der Verhandlungsfrist, die den Parteien nach Zusendung des Trustee Report an die Schiedsklägerin zur Verfügung stand, beträgt mindestens fünf Tage. Gemäß Annex C, Rn. 110, der Commitments sollen die Parteien zunächst auf Sachbearbeiterebene zehn Tage lang verhandeln, bevor sie entscheiden, ob sie für weitere zehn Tage Verhandlungen auf CEO-Ebene führen. Gemäß Annex C, Rn. 111, hat der Trustee seinen Proposal binnen fünf Tagen nach Einleitung des Verfahrens zu unterbreiten. Nach dem vorgeschriebenen Ablauf stehen den Parteien somit wenigstens fünf Tage zur Verfügung, um den Trustee Proposal zu prüfen und auf seiner Grundlage miteinander zu verhandeln. Erst nach Ablauf von weiteren fünf Tagen der initialen Zehn-Tages-Frist beginnt die nächste Eskalationsstufe, nämlich die Frist für die CEO-Verhandlungen. Dementsprechend war der Schiedsklägerin eine Prüfungsfrist von zumindest fünf Tagen ab Erhalt des Trustee Proposal zuzugestehen, um über die weitere Vorgehensweise zu entscheiden. Die Frist für die CEO-Gespräche begann daher erst fünf Werktagen nach dem 25. Juli 2016, als dem Tag, an dem die Schiedsbeklagte den Trustee Proposal an die Schiedsklägerin übersandte. Da der 30. Juli 2016 ein Samstag war, endete die Prüfungsfrist gemäß §§ 188 Abs. 1, 193 BGB mit Ablauf des 1. August 2016, sodass die Klagefrist gemäß § 187 Abs. 1 BGB am 2. August 2016 begann. Die Erhebung der Schiedsklage am 16. August 2016 erfolgte damit innerhalb der dafür vorgesehenen Frist von zwanzig Kalendertagen und war nicht verspätet.

### **c) Die geltend gemachten Ansprüche fallen in den Geltungsbereich der Schiedsvereinbarung**

- 97 Das Schiedsgericht ist sachlich für die Entscheidung über die gestellten Anträge zuständig. Beide Anträge sind vom Anwendungsbereich der Schiedsklausel gemäß Annex C, Rn. 107 ff., der Commitments umfasst.
- 98 Nach Ansicht der Schiedsbeklagten fehlt dem Schiedsgericht allerdings die Zuständigkeit für den vorliegenden Rechtsstreit (Klageerwiderung v. 12. September 2016 S. 18-21, Rn. 66-78; Duplik v. 9. November 2016 S. 33-39, Rn. 147-171; Schriftsatz v. 31. Dezember 2016 S. 11-15, Rn. 40-58). Die Überwachung der Einhaltung der Commitments obliege der Europäischen

Kommission, nicht dem Schiedsgericht (Klageerwiderung v. 12. September 2016 S. 18, Rn. 67-69; Duplik v. 9. November 2016 S. 36-39, Rn. 161-171). Es liege keiner der unter Annex C, Rn. 107 f., der Commitments geregelten Fälle vor (Klageerwiderung v. 12. September 2016 S. 21 Rn. 80; Duplik v. 9. November 2016 S. 33-36, Rn. 147-159; Schriftsatz v. 31. Dezember 2016 S. 11-15, Rn. 40- 57). Die Klägerin mache lediglich eine bestimmte Vertragsauslegung bzw. das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts geltend, insbesondere soweit sie die Schiedsklage auf die Selbstverpflichtungserklärung in Verbindung mit dem MVNO- Vertrag stütze. Die Behauptung, es läge ein in der Selbstverpflichtungserklärung bzw. im MVNO-Vertrag geregelter Sachverhalt ([...]) vor bzw. nicht vor, habe mit den Commitments als solchen und deren Auslegung nichts zu tun. Derartige Fragen seien nach Annex C, Rn. 108, der Commitments bewusst vom Anwendungsbereich des Fast-Track Dispute Resolution-Verfahrens ausgenommen worden (Klageerwiderung v. 12. September 2016 S. 21, Rn. 81; Duplik v. 9. November 2016 S. 33-34, Rn. 150; Wortprotokoll S. 31, Rn. 1-4; Schriftsatz v. 31. Dezember 2016 S. 11-12, Rn. 43).

99 Nach Auffassung der Schiedsklägerin ist das Schiedsgericht hingegen zur Entscheidung über die geltend gemachten Ansprüche berufen. Es liege keine rein vertragsrechtliche Streitigkeit vor, sondern es gehe um die Einhaltung der Commitments und der zu ihrer Erfüllung abgegebenen Selbstverpflichtungserklärung (Wortprotokoll S. 11-12; Schriftsatz v. 31. Dezember 2016 S. 59-60, Rn. 218-223). Die Commitments und die Selbstverpflichtungserklärung begründeten selbständige Verpflichtungen der Schiedsbeklagten. Dass das Bestehen vertraglicher Rechte dabei vorausgesetzt werde, mache den Anspruch der Schiedsklägerin nicht zu einem rein vertraglichen (Schriftsatz v. 31. Dezember 2016 S. 59-60, Rn. 28-219). Die Streitigkeit sei auch nicht rein sachverhaltsbezogen, da es sich bei der Netzkonsolidierung und der behaupteten Diskriminierung der Schiedsklägerin nur um einzelne relevante Umstände handle (Replik v. 11. Oktober 2016 S. 56-57, Rn. 233-234).

100 Das Schiedsgericht hält seine Zuständigkeit zur Entscheidung über die von der Schiedsklägerin geltend gemachten Ansprüche für begründet. Gemäß Annex C, Rn. 107-108, der Commitments ist die Zuständigkeit für alle Streitigkeiten gegeben, die die Einhaltung der Commitments betreffen. Entgegen der Ansicht der Schiedsbeklagten ist das Schiedsgericht weder an einer Auslegung der zwischen den Parteien bestehenden Verträge noch daran gehindert, die für die Entscheidung erheblichen Tatsachen festzustellen. Annex C, Rn. 107, zweiter Spiegelstrich, der Commitments stellt ausdrücklich klar, dass das Schiedsverfahren auch bei Streitigkeiten aufgrund von Verträgen, die zur Erfüllung der Commitments abgeschlossen wurden, zur Verfügung steht. Die Vorschrift begründet die Zuständigkeit des Schiedsgerichts für Streitigkeiten "unter Vereinbarungen", die "unter dem Non-MNO Remedy" geschlossen wurden:

*"the Requesting Party and TEF DE have not solved a Dispute under agreements that have been signed under [...] (iii) the Non-MNO Remedy".*

101 Der Wortlaut von Annex C, Rn. 107, zweiter Spiegelstrich, lässt keinen Zweifel daran, dass die Zuständigkeit des Schiedsgerichts eben nicht allein für die Durchsetzung der Commitments selbst gegeben ist, sondern eben auch für Streitigkeiten aus Verträgen, die in Erfüllung der verschiedenen Verhaltenszusagen der Commitments geschlossen oder verlängert worden sind. Das Schiedsgericht ist deshalb auch für Streitigkeiten um den zwischen den Parteien bestehenden MVNO-Vertrag zuständig, wenn und soweit diese Streitigkeiten auch die Erfüllung der Commitments betreffen.

102 In diesem Sinne versteht das Schiedsgericht im Übrigen auch die Vorschrift des Annex C, Rn. 108, der Commitments, nach der die Fast-Track Dispute Resolution Procedure nur für Ansprüche gilt, die die Erfüllung der Commitments durch die Schiedsbeklagte betreffen, nicht aber für sonstige Streitigkeiten zwischen der Schiedsbeklagten und dritten Parteien.

103 Im vorliegenden Fall beruft sich die Schiedsklägerin mit ihrem Hauptantrag auf das "Non-MNO Remedy" gemäß Annex C, Rn. 76 ff., der Commitments. Damit stellt sie einen Streitgegenstand zur Entscheidung, für den gemäß Annex C, Rn. 107, zweiter Spiegelstrich,

die Zuständigkeit des Schiedsgerichts gegeben ist.

- 104 Soweit die Schiedsklägerin darüber hinaus mit ihrem Hilfsantrag den Abschluss eines neuen MVNO-Vertrags zu bestimmten Bedingungen begehrt, macht sie einen Streitgegenstand geltend, für den das Schiedsgericht gemäß Annex C, Rn. 107, erster Spiegelstrich zuständig ist. Nach dieser Vorschrift gilt das Fast-Track Dispute Resolution Verfahren in Fällen, in denen eine dritte Partei und die Schiedsbeklagte sich nicht auf eine Vereinbarung unter dem Non-MNO Remedy verständigen konnten.
- 105 Das Schreiben der Europäischen Kommission vom 18. November 2016 (Anlage B 24) rechtfertigt keine andere Beurteilung. Die Europäische Kommission hat darin die Ansicht geäußert, die der Schiedsklägerin nach dem MVNO-Vertrag von der Schiedsbeklagten zur Verfügung zu stellende Downloadgeschwindigkeit betreffe eine rein vertragliche Frage (Anlage B 24 S. 2 Abs. 5: "purely contractual nature") und gehöre deshalb in die Zuständigkeit der nationalen Gerichte.
- 106 Diese Auffassung der Europäischen Kommission steht nicht in Widerspruch zum Standpunkt des Schiedsgerichts. Die nach dem MVNO-Vertrag geschuldete Downloadgeschwindigkeit, auf die das Schreiben der Europäischen Kommission sich bezieht, ist ein technisches Leistungsmerkmal, für das die Commitments keine Vorgaben enthalten. Demgegenüber betrifft der hier streitgegenständliche Anspruch der Schiedsklägerin auf Zugang zum LTE-Netz der Schiedsbeklagten und dessen territoriale Reichweite unmittelbar den Regelungsgegenstand der Commitments und die zu ihrer Erfüllung abgegebenen Selbstverpflichtungserklärung der Schiedsbeklagten. Die Präambel der Selbstverpflichtungserklärung unterstreicht den Zusammenhang mit der Erfüllung der Commitments ausdrücklich:

*"Präambel:*

*(A) Telefonica Deutschland Holding AG ("**TEF DE**") hat E-Plus am 01.10.2014 übernommen ("**Zusammenschluss**").*

*(B) Der Zusammenschluss wurde durch die Europäische Kommission nach einem dort unter dem Aktenzeichen COMP/M. 7018 geführten Fusionskontrollverfahren am 02.07.2014 unter Auflagen und Bedingungen ("**Commitments**") freigegeben.*

*(C) Die Commitments beinhalten unter anderem, dass TEF DE*

*(1) die Verlängerung der bestehenden Verträge mit allen virtuellen Mobilfunknetzbetreibern ("**MVNOs**") und Mobilfunkdiensteanbietern ("**Service Providern**"), die zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses 2G-, 3G- und/oder 4G-Produkte von TEF DE und/oder E-Plus beziehen, bis zum Ende des Jahres [...] anbietet;*

*(G) TEF DE wird die jeweiligen Mobilfunknetze der Telefonica Germany GmbH & Co. OHG und von E-Plus, die bei 2G, 3G und 4G bestehen, in den nächsten Jahren konsolidieren, wobei gemäß der derzeitigen Planung die Konsolidierung bei 2G, 3G und 4G jeweils zeitlich und technisch unterschiedlich erfolgen wird ("**Netzkonsolidierung**").*

*Dies vorausgeschickt, erklärt E-Plus gegenüber dem Vertragspartner in Erfüllung der Commitments der TEF DE hiermit das Folgende:..."*

- 107 Folgerichtig hat die Europäische Kommission in ihrem Schreiben vom 19.11.2015 eine Beschwerde der Schiedsklägerin über [...] zwar abschlägig verbeschieden, jedoch ausdrücklich auf das Fast-Track Dispute Resolution Verfahren hingewiesen:

*"However, as I am sure you are aware, according to paragraph 107 of the Commitments, 1&1 has the possibility to activate the fast-track dispute resolution procedure provided for by the Commitments."*

*(Schreiben der Europäischen Kommission, vom 19.11.2015, von der Schiedsklägerin vorgelegt am 4.10.2016, S. 2)*

- 108 Damit bestätigt die Kommission, dass aus ihrer Sicht für Streitigkeiten um die Einhaltung des

Non-MNO Remedy durch die Schiedsbeklagte die Zuständigkeit des Schiedsgerichts gegeben ist.

**d) Keine Sperrwirkung der Verwaltungsverfahren vor der EU-Kommission**

- 109 Nach Auffassung der Schiedsbeklagten steht das Schiedsverfahren für den von der Schiedsklägerin geltend gemachten Anspruch auf Zugang zum LTE-Netz der Schiedsbeklagten auf Basis des MVNO-Vertrags mit E-Plus und der Non-MNO Remedy A nicht zur Verfügung, da die Europäische Kommission diesen Anspruch mit Schreiben vom 19. November 2015 bereits eindeutig abgelehnt habe (Klageerwiderung v. 12. September 2016 S. 19, Rn. 74; Duplik v. 9. November 2016 S. 37-38, Rn. 165-168 und S. 40-41, Rn. 176-177). Auch hinsichtlich des hilfsweise geltend gemachten Anspruchs auf Abschluss eines neuen Vertrags über Zugang zum LTE-Netz der Schiedsbeklagten zu vergleichbaren Bedingungen wie im MVNO-Vertrag auf Basis der Non-MNO Remedy B fehle der Schiedsklägerin das Rechtsschutzbedürfnis, weil sie über ein ihr übermitteltes, mit dem Monitoring Trustee abgestimmtes Vertragsangebot ("Standard Offer") entgegen der Regelung in Abschnitt D, Ziff. 4, 3. Spiegelstrich, der Commitments keine Verhandlungen aufgenommen habe (Klageerwiderung v. 12. September 2016 S. 20-21, Rn. 78; Duplik v. 9. November 2016 S. 39, Rn. 172).
- 110 Demgegenüber vertritt die Schiedsklägerin die Auffassung, über die Streitgegenstände des vorliegenden Verfahrens könne das Schiedsgericht entscheiden, dessen Zuständigkeit mit derjenigen der EU-Kommission konkurriere. Die Zuständigkeiten der Kommission und des Schiedsgerichts seien komplementär: Während die Kommission die in der FKVO vorgesehenen Sanktionen verhängen könne, sei das Schiedsgericht für die Umsetzung der Commitments im horizontalen Verhältnis zwischen den Zusammenschlussparteien und dritten Parteien zuständig (Replik v. 11. Oktober 2016 S. 48-49, Rn. 196). Die Commitments regelten die Rolle der Kommission in den Schiedsverfahren abschließend: Die EU-Kommission könne verbindlich über die Auslegung der Commitments entscheiden und sich durch Wahrnehmung ihrer Beteiligungsrechte in das Schiedsverfahren einbringen (Replik v. 11. Oktober 2016 S. 49-50, Rn. 197-200). Die FKVO enthalte keine Art. 16 VO 1/2003 entsprechende Vorrangregel (Replik v. 11. Oktober 2016 S. 51-52, Rn. 208-209). Schließlich habe die Europäische Kommission in ihrem Schreiben vom 19. November 2015 selbst ausdrücklich erklärt, eine Befassung der Kommission mit Sach- und Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Überwachung der Commitments stehe einem Schiedsverfahren nicht entgegen (Replik v. 11. Oktober 2016 S. 50-51, Rn. 204-206; Schriftsatz v. 31. Dezember 2016 S. 59, Rn. 216).
- 111 Das Schiedsgericht sieht seine Zuständigkeit nicht durch anderweitige Entscheidungen präkludiert. Hinsichtlich der bisherigen Entscheidungen der Europäischen Kommission folgt dies schon daraus, dass diese andere Streitgegenstände betreffen als das vorliegende Verfahren: Weder das Schreiben der Kommission vom 19. November 2015 (von der Schiedsklägerin vorgelegt am 4.10.2016) noch dasjenige vom 18. November 2016 (Anlage B 24) betrafen den räumlichen Umfang des Zugangsanspruchs der Schiedsklägerin, insbesondere den Zugang der Schiedsklägerin zum LTE-Netz der Schiedsbeklagten im vollen Umfang der räumlichen Netzabdeckung. Vielmehr hatten die Schreiben der Kommission die Downloadgeschwindigkeit zum Gegenstand. Diese Ansicht teilte die Europäische Kommission in ihrem Schreiben vom 3. November 2016 an die Bevollmächtigten der Schiedsklägerin (Anlage 1 zur Präsentation zum Opening Statement der Schiedsklägerin S. 2 Abs. 3):
- "As regards the alleged discrimination by Telefonica with respect to download speed (point (2) of the second paragraph of the present letter), to the extent that such issue is not currently pending in front of the arbitration tribunal, we continue to assess your allegations and will revert to you on this point in due course."
- 112 Soweit die Schiedsklägerin mit Schreiben vom 9. September 2016 (Anlage K 63 S. 3-13) Beschwerde bei der Europäischen Kommission bezüglich des Abschlusses der Netzkonsolidierung erhoben hat, ist das Schiedsgericht ebenfalls nicht an einer Entscheidung gehindert. Dies gilt unabhängig davon, ob zwischen dem Gegenstand der Beschwerde und

dem vorliegenden Verfahren Überschneidungen bestehen. Die Abstimmung zwischen dem Schiedsgericht und der Europäischen Kommission ist in Annex C, Rn. 125 ff., der Commitments näher geregelt. Danach ist die Kommission umfassend über den Gang des Schiedsverfahrens zu informieren und kann ihre Rechtsauffassung in das Verfahren einbringen. An die Auslegung der Commitments durch die Europäische Kommission ist das Schiedsgericht gemäß Annex C, Rn. 127, gebunden. Dadurch wird sichergestellt, dass das Schiedsgericht und die Europäische Kommission keine sich inhaltlich widersprechenden Entscheidungen erlassen. Eine darüber hinausgehende Aussetzung des Verfahrens ist weder vorgesehen noch nötig. Die Europäische Kommission teilt diese Einschätzung ausweislich ihres Schreibens vom 3. November 2016 (Anlage 1 zur Präsentation zum Opening Statement der Schiedsklägerin):

*"We also take note of the fact that, in its submission to the arbitral tribunal, 1&1 raised issues similar in matter to those brought to our attention by means of your correspondence mentioned above, in particular with respect to the claim for access to the consolidated 4G network of Telefonica Germany.*

*...In light of the arbitration tribunal already having been seized of the very same questions, regarding the same parties, we consider that it would be inappropriate for the Commission to take steps at this time with respect to those aspects of your complaint that correspond to points (1) and (3) of the second paragraph of the present letter. Therefore, pending the outcome of the arbitration proceedings, we do not intend to pursue, in parallel, your complaint concerning access to the Telefonica consolidated 4G network, as outlined in points (1) and (3) of the second paragraph of the present letter.*

*This is without prejudice to the possibility for the Commission to participate in the arbitration proceedings, as provided for in paragraph*

*125 of the Commitments, or for the arbitration tribunal to seek the Commission's opinion on the interpretation of the Commitments, as per paragraph 127 of the Commitments."*

#### **e) Kein Vorrang der Gerichtsstandsklausel in Ziffer 15.7 MVNO-Vertrag**

- 113 Entgegen der von der Schiedsbeklagten vertretenen Auffassung (Post-Hearing Statement v. 31. Dezember 2016 S. 13 f., Rn. 50; Duplik v. S. 33 f., Rn. 150 und S. 35 f., Rn. 157 ff.), wird die Zuständigkeit des Schiedsgerichts auch nicht durch die Gerichtsstandsklausel in Ziffer 15.7 des MVNO-Vertrags, die in Ziffer 4.2 der Selbstverpflichtungserklärung (Anlage K 25) übernommen wurde, in Frage gestellt.
- 114 Das Streitbeilegungsverfahren der Commitments in Annex C, Rn. 107 ff. ist auf der Grundlage der Freigabeentscheidung der Kommission für Streitigkeiten aus und im Zusammenhang mit den Commitments verbindlich. Die Schiedsbeklagte kann sich zur Verteidigung gegen Ansprüche aus den Commitments nicht auf eine abweichende vertragliche Gerichtsstandvereinbarung berufen, die, wie vorliegend, zwischen E-Plus und der Schiedsklägerin getroffen wurde. In Annex C, Rn. 128, der Commitments wird ausdrücklich klargestellt, dass die FKVO und das übrige EU Recht dem deutschen Recht vorgehen. Für das Verhältnis der Commitments zu vertraglichen Abreden, etwa einer Gerichtsstandvereinbarung, die eine der Fusionsparteien mit einer dritten Partei getroffen gilt ein entsprechender Vorrang. Die Selbstverpflichtungserklärung (Anlage K 25) vermag die Verpflichtung der Schiedsbeklagten aus den gegenüber der EU-Kommission abgegebenen Commitments nicht einzuschränken.
- 115 Im Übrigen ist die Gerichtsstandsklausel mit Annex C, Rn. 107, vereinbar. Sie wird durch die Zuständigkeit des Schiedsgerichts nicht obsolet, sondern behält einen eigenständigen Anwendungsbereich. Dies gilt für den einstweiligen Rechtsschutz nach § 1033 ZPO und für Streitigkeiten um Ansprüche, die nicht die Durchsetzung der Commitments betreffen.

## VII. BEGRÜNDETHEIT

116 Die Schiedsklage ist unbegründet.

117 Die Schiedsklägerin hat über den bereits gewährten räumlichen Umfang hinaus keinen Anspruch auf sofortigen Zugang zum gesamten LTE-Netz der Schiedsbeklagten. Ein solcher Anspruch ergibt sich weder aus den von der Schiedsbeklagten im Fusionskontrollverfahren abgegebenen Commitments noch aus der Selbstverpflichtungserklärung vom 27. Februar 2015 (Anlage K25) in Verbindung mit dem MVNO-Vertrag (Anlage K 12) noch aus der Ergänzungserklärung vom 17. August 2015 (Anlage K 26).

### 1. Voller Zugang zum O2-Netz mit Abschluss der Netzkonsolidierung im Jahr [...]

118 Im Sinne eines Ausgangspunkts ist festzuhalten, dass sich die Schiedsparteien darin einig sind, dass die Schiedsklägerin mit Abschluss des Prozesses der Netzkonsolidierung von der Schiedsbeklagten verlangen kann, dass sie den Kunden der Schiedsklägerin räumlich unbeschränkten Zugang zu ihrem LTE-Netz gewährt. Der Konsolidierungsprozess wird bis Ende des Jahres [...] abgeschlossen sein, sodass der räumlich unbeschränkte Zugang der Kunden der Schiedsklägerin zum LTE-Netz der Schiedsbeklagten nach diesem Zeitpunkt zu gewährleisten ist. Eine entsprechende Verpflichtung ergibt sich aus Ziff. 4 der Ergänzung zur Selbstverpflichtung der Schiedsbeklagten vom 17. August 2015 (Anlage K 26, S. 3), in der es heißt:

[...]

119 Auf Nachfrage des Schiedsgerichts in der Prozessleitenden Verfügung Nr. 3 vom 25. Oktober 2016 (unter 2) hat die Schiedsbeklagte ausdrücklich erklärt, der Anspruch auf räumlich unbeschränkten Zugang zum LTE-Netz werde für den Zeitraum nach Abschluss der Netzkonsolidierung im Jahre [...] nicht bestritten (Duplik vom 9.11.2016 S. 9, Rn. 31).

120 Vor diesem Hintergrund interpretiert das Schiedsgericht den von der Schiedsklägerin gestellten Antrag zu 1. dahingehend, dass sofortiger räumlich unbeschränkter Zugang zum LTE-Netz der Schiedsbeklagten bereits vor dem Ende des Jahres [...] begehrt wird. Entsprechendes gilt für den Antrag zu 2. Der Netzzugang im Zeitraum nach [...] ist somit nicht Gegenstand dieses Schiedsverfahrens.

121 Eine zeitliche Beschränkung der von der Schiedsklägerin zur Entscheidung gestellten Ansprüche ergibt sich nicht nur aus der Reaktion der Prozessparteien auf die Prozessleitende Verfügung Nr. 3, sondern darüber auch daraus, dass die Klägerin einen Streitwert von EUR [...] angegeben hat. Diesen Wert hat sie in ihrer Replik mit der Erwägung begründet, sie habe

[...]

(Replik S. 85, Rn. 361)

122 Daraus erhellt, dass die Parteien nur insoweit um den räumlich unbeschränkten Zugang zum LTE-Netz der Schiedsbeklagten streiten, als es um den Zeitraum bis Ende [...] geht.

### 2. Beweislast für die Existenz eines Anspruchs auf sofortigen Zugang

123 Die Schiedsklägerin verlangt für ihre Kunden sofortigen Zugang zum gesamten LTE-Netz der Schiedsbeklagten. Zur Begründung dieses Anspruchs stützt sie sich auf die von der Schiedsbeklagten im Fusionskontrollverfahren abgegebenen Commitments (Anlage K01), die Selbstverpflichtungserklärung der Schiedsbeklagten vom 27. Februar 2015 (Anlage K25), die Ergänzung zur Selbstverpflichtungserklärung vom 17. August 2015 (Anlage K 26) sowie den zwischen E-Plus und der Schiedsklägerin geschlossenen MVNO-Vertrag vom 12.12.2013 (Anlage K 12) (vgl. Schiedsklage S. 60 ff., Rn. 221 ff.; Replik S. 70 ff., Rn. 297 ff.).

124 Annex C, Rn. 124, der Commitments enthält eine Regelung über die Beweislastverteilung für in diesem Schiedsverfahren geltend gemachte Ansprüche. Danach trägt jede Partei die

Beweislast für diejenigen tatsächlichen Umstände, auf die sie sich beruft, um ihren Klageantrag, ihren Widerklageantrag oder ihre Rechtsverteidigung zu substantiieren. Daraus folgt, dass die Schiedsklägerin diejenigen Tatsachen darlegen und nachweisen muss, aus denen sich die mit ihren Klageanträgen geltend gemachten Ansprüche ergeben.

### **3. Kein Anspruch auf sofortigen, räumlich unbeschränkten Zugang zum LTE-Netz der Schiedsbeklagten aus Annex C, Rn. 77 f., der Commitments - Non-MNO Remedy A**

125 Mit dem Klageantrag zu 1) begehrt die Schiedsbeklagte vollen unbeschränkten Zugang zum gesamten LTE-Netz der Schiedsbeklagten auf der Basis des Non- MNO Remedy A in Verbindung mit der Selbstverpflichtungserklärung und der Ergänzungserklärung der Schiedsbeklagten sowie dem MVNO-Vertrag (Replik S. 69, Rn. 294 f.).

#### **a) Die Pflichten der Schiedsbeklagten nach den Commitments**

126 Nach Annex C, Rn. 77 f., der Commitments ist die Schiedsbeklagte dazu verpflichtet, allen "MVNOs", das sind Betreiber eines virtuellen Mobilfunknetzwerkes, die im Zeitpunkt der Abgabe der Commitments 4G- Leistungen von ihr oder von E-Plus beziehen, eine Verlängerung der bestehenden Verträge bis zum Ende des Jahres [...] anzubieten. Dies soll im Wege einer von der Beklagten gegenüber jedem einzelnen MVNO abzugebenden Selbstverpflichtungserklärung geschehen.

127 Zu den MVNOs im Sinne von Annex C, Rn. 77 f, der Commitments gehört die Schiedsklägerin. Die Schiedsklägerin hatte mit E-Plus Ende 2013 den MVNO- Vertrag (Anlage K12) geschlossen. Zu den Telekommunikationsdienstleistungen, die der Schiedsklägerin aufgrund des MVNO-Vertrags geschuldet sind, zählt gemäß Nr. 1.4.2 MVNO-Vertrag auch der Dienst LTE. Die Schiedsklägerin kann sich deshalb auf das Non-MNO Remedy A berufen.

128 Insoweit vertritt die Schiedsklägerin die Auffassung, bereits das Non-MNO Remedy A selbst gewähre ihr einen Anspruch auf sofortigen und unbeschränkten Zugang zum 4G-Netz der Schiedsbeklagten (Replik S. 71 ff., Rn. 301 ff.). Dieser Auslegung von Annex C, Rn. 77 f., der Commitments vermag sich das Schiedsgericht nicht anzuschließen. In den Commitments heißt es unter Rn. 77 ausdrücklich:

"TEF DE commits to offer to all MVNOs/SPs which currently procure 2G/3G/4G products from TEF DE and/or E-Plus to prolong their existing contracts"

129 Die Commitments gewähren also lediglich einen Anspruch auf Verlängerung bestehender MVNO-Verträge, nicht aber einen Anspruch auf sofortigen Zugang zum 4G-Netz der Schiedsbeklagten oder irgendeinem anderen Mobilfunknetz. Dementsprechend wird in Annex C, Rn. 84, der Commitments ausdrücklich klargestellt, dass TEF DE die Pflichten nach dem Non-MNO Remedy A dadurch erfüllen kann, dass Selbstverpflichtungserklärungen gegenüber den MVNOs/SPs abgegeben werden, mit denen auf die in bestehenden MVNO-Verträgen vorgesehenen Beendigungsrechte verzichtet wird:

"TEF DE will be deemed to have complied with the Commitment in Section C.3 (Non-MNO Remedy) upon compliance with all conditions and/or obligations laid down thereunder, in particular:

- having sent self-commitment letters concerning TEF DE's waiver of termination rights in 2G/3G/4G wholesale access contracts with the content described [...] to all MVNOs/SPs which at the Date of Closing procure 2G/3G/4G products from TEF DE and/or E-Plus;"

130 Danach erschöpfen sich die unmittelbar durch die Commitments begründeten Pflichten der Schiedsbeklagten zunächst in der Verlängerung bestehender MVNO- Verträge. Einen Anspruch auf Netzzugang gewähren die Commitments selbst nicht ausdrücklich. In welchem Umfang die Schiedsbeklagte verpflichtet ist, den vormaligen Vertragspartnern von E-Plus im

Rahmen der zu verlängernden MVNO- Verträge Mobilfunkleistungen anzubieten, ist in den Commitments selbst nicht geregelt. Allerdings liegt auf der Hand, dass Inhalt und Umfang der zu erbringenden Mobilfunkdienstleistungen in der Zeit nach dem Zusammenschluss nicht völlig im Belieben der Schiedsbeklagten stehen kann. Ihre nach den Commitments bestehende Verpflichtung erschöpft sich deshalb nicht in dem formalen Akt der Vertragsverlängerung. Der Inhalt ihrer Verpflichtungen im Einzelnen ergibt sich vielmehr aus den in Abstimmung mit der EU-Kommission abgegebenen Selbstverpflichtungserklärungen.

#### **b) Die Pflichten der Schiedsbeklagten nach den Selbstverpflichtungserklärungen**

- 131 Über die bloße Verlängerung des MVNO-Vertrags hinausgehende Ansprüche werden der Schiedsklägerin durch die Selbstverpflichtungserklärungen eingeräumt. Zur Erfüllung des Non-MNO Remedy A hat die E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG "in Erfüllung der Commitments der TEF DE" (Telefonica Deutschland Holding AG) die Selbstverpflichtungserklärung vom 27. Februar 2015 (Anlage K 25) und die Ergänzungserklärung vom 17. August 2015 (Anlage K26) gegenüber der Schiedsklägerin abgegeben. An diese Erklärungen der E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG ist die Schiedsbeklagte nach der Behauptung der Schiedsklägerin gebunden (Schiedsklage v. 15. August 2016 S. S. 64, Rn. 237 ff.). Die Schiedsbeklagte stellt dies nicht in Abrede (Duplik v. 9. November 2016 Rn. 8 und S. 5, Rn. 13).
- 132 In der Selbstverpflichtungserklärung (Anlage K 25) sagt die Schiedsbeklagte der Schiedsklägerin die Verlängerung des mit E-Plus bestehenden MVNO-Vertrages zu (Ziff. 1 der Erklärung, Anlage K 25). Das darin enthaltene Angebot zur Vertragsverlängerung wurde von der Schiedsklägerin spätestens mit Schreiben vom 13. Mai 2016 (Anlage K45 S. 1 Abs. 3) angenommen.
- 133 In der Präambel erklärt die Schiedsbeklagte darüber hinaus Folgendes:  
 [...]
   
 [...]
- 134 Unter Ziffer 1. Absatz 2 der Selbstverpflichtungserklärung vom 25. Februar 2015 verpflichtete die Schiedsbeklagte sich gegenüber der Schiedsklägerin, unabhängig vom [...] mindestens in dem nach dem MVNO-Vertrag geschuldeten Umfang Mobilfunkleistungen zu erbringen:  
 [...]
- 135 Diese Verpflichtung der Schiedsbeklagten zur Leistungserbringung nach Maßgabe des MVNO-Vertrags wurde in der Ergänzungserklärung zur Selbstverpflichtungserklärung (Anlage K 26) konkretisiert. Darin heißt es:  
 [...]
   
 [...]
   
 [...]
   
 [...]
- 136 Die Schiedsklägerin hat somit aufgrund der Selbstverpflichtungserklärung sowie der Ergänzungserklärung, die in Erfüllung der Commitments abgegeben wurden, einen Anspruch auf Verlängerung des MVNO-Vertrags sowie auf Erbringung von Mobilfunkleistungen [...], der sich aus diesem MVNO-Vertrag ergibt.
- 137 In Bezug auf 4G-Leistungen hat die Schiedsklägerin Anspruch auf Zugang zum noch bestehenden E-Plus Netz und - nach Abschluss der Konsolidierung - zum konsolidierten Netz der Schiedsbeklagten. In der Phase zwischen dem Beginn und dem Abschluss der Konsolidierung steht der Schiedsklägerin nach dem Inhalt der Ergänzungserklärung ein Anspruch [...] in dem Sinne zu, dass sie Anspruch auf Zugang zum konsolidierten Netz der Schiedsbeklagten erhält, sobald [...].
- 138 Die Schiedsklägerin stützt ihr Begehren, bereits zum gegenwärtigen Zeitpunkt

unbeschränkten Zugang zum 4G-Netz der Schiedsbeklagten zu erhalten, folgerichtig auf die Selbstverpflichtungserklärungen in Verbindung mit dem MVNO-Vertrag (Replik S. 75 ff., Rn. 318 ff.). Zur Begründung dieses Anspruchs macht die Schiedsklägerin zwei Gesichtspunkte geltend:

- Die nach dem MVNO-Vertrag relevanten ehemaligen E-Plus Kunden hätten bereits jetzt unbeschränkten Zugang zum 4G-Netz der Schiedsbeklagten. Die Kunden der Schiedsklägerin seien genauso zu behandeln wie diese Kunden, sodass ihnen deshalb ein unbeschränkter Anspruch zum LTE-Netz der Schiedsbeklagten zu gewähren sei. Dazu unten c).
- Der Prozess der Netzkonsolidierung im Bereich 4G sei bereits abgeschlossen, weil das E-Plus Netz zum 1. Juli 2016 abgeschaltet worden sei. Damit seien alle Voraussetzungen für einen Anspruch der Schiedsklägerin zum nunmehr konsolidierten LTE-Netz der Schiedsbeklagten verwirklicht. Dazu unten d).

139 Das Schiedsgericht hält keinen der beiden Gründe für durchgreifend.

### **c) Inhalt und Umfang der Pflichten der Schiedsbeklagten nach dem MVNO-Vertrag**

#### **aa) Anspruch auf Gleichbehandlung mit den E-Plus Kunden**

140 Der im Bereich 4G vormals von E-Plus, nunmehr von der Schiedsbeklagten geschuldete Leistungsumfang ist in Ziffer 1.4.2 MVNO-Vertrag festgelegt. Danach ist [...]. Welche Auswirkungen ein Zusammenschluss von E-Plus mit einem anderen Mobilfunknetzbetreiber auf die so festgelegte "Benchmarkgruppe" hat, ist weder in dem MVNO-Vertrag noch in der Selbstverpflichtungserklärung ausdrücklich geregelt. Beide bedürfen insoweit der Auslegung.

141 Das Schiedsgericht legt die Regelungen in Ziffern 1.2 Absatz 2 und 1.4.2 Absatz 1 MVNO-Vertrag in Verbindung mit der Selbstverpflichtungserklärung vom 25. Februar 2015 dahingehend aus, dass die maßgebliche Vergleichskundengruppe nach dem Zusammenschluss neben den Kunden der noch bestehenden E-Plus-Gesellschaften auch diejenigen Kunden umfasst, bei denen lediglich eine sogenannte "technische Migration" durchgeführt wurde, die also nach wie vor über eine E-Plus-SIM-Karte verfügen und nur aus administrativen und rechtlichen Gründen auf unter der Marke O2 geführte Gesellschaften der Beklagten übergeleitet wurden. Nicht dazu gehören demgegenüber ehemalige Kunden des E-Plus-Konzerns, die aufgrund neu abgeschlossener individueller Verträge zu O2 gewechselt sind. Die Gleichbehandlung der Kunden der Schiedsklägerin mit denjenigen Kunden der Schiedsbeklagten, die heute noch über eine E-Plus-SIM Karte verfügen, ist indessen gewährleistet.

Dies beruht auf folgenden Überlegungen:

#### **bb) Kein Anspruch auf Zugang zum Mobilfunknetz eines möglichen Fusionspartners**

142 Sowohl die Regelungssystematik des MVNO-Vertrags als auch die Verhandlungsgeschichte ergeben mit hinreichender Deutlichkeit, dass sich die Vertragsparteien für den Fall des Zusammenschlusses der Schiedsbeklagten mit einem anderen Mobilfunknetzbetreiber nicht darauf einigen konnten, der Schiedsklägerin ohne weiteres Zugang zum gesamten Netz des Konzernverbundes zu gewähren.

143 Den Parteien war die Möglichkeit eines Unternehmenszusammenschlusses bei Vertragsabschluss bewusst und sie haben für diesen Fall [...]. Aus dieser Regelung erhellt, dass die Parteien des MVNO-Vertrags den Anspruch der Schiedsklägerin ausdrücklich auf Gleichbehandlung mit der "Benchmarkkundengruppe" im Sinne von Ziffer 1.2 Absatz 2 MVNO-Vertrag beschränkt haben. Ein darüber hinausgehender Anspruch zum gesamten Netz des Konzerns im Fall eines Zusammenschlusses sollte nicht bestehen. [...] Nach dem Vertrag hat die Schiedsklägerin keinen Anspruch auf Gleichbehandlung ihrer Kunden mit den O2 Kunden. Vielmehr kann sie lediglich die Gleichstellung ihrer Kunden mit den E-Plus Kunden verlangen.

144 Dieses Auslegungsergebnis-Anspruch auf Gleichbehandlung lediglich mit den E-Plus Kunden,

nicht mit den O2 Kunden - wird durch die Entstehungsgeschichte des MVNO Vertrags bestätigt. Die Verhandlungsgeschichte, die insbesondere in Anlage B 4 dokumentiert ist, zeigt, dass [...].

[...]

145 Die unter Ziffer 2.3 MVNO-Vertrag tatsächlich getroffene Vereinbarung sieht demgegenüber vor, dass E-Plus die Dienste auf dem

[...]

[...]

146 Somit verbietet sich eine Auslegung von Ziffer 1.2 Absatz 2 MVNO-Vertrag, die im Ergebnis darauf hinausläuft, in die Gruppe der "Benchmarkkunden" [...]. Im Ergebnis liefe die Ansicht der Schiedsklägerin darauf hinaus, der Schiedsklägerin aufgrund des Zusammenschlusses automatisch einen Anspruch auf Zugang zum gesamten Netz der Beklagten zu gewähren. Dies wäre mit dem Inhalt und dem übereinstimmenden Willen der Parteien des MVNO-Vertrags nicht vereinbar.

147 Entgegen der Auffassung der Schiedsklägerin lässt sich auch den übrigen Regelungen des MVNO-Vertrags kein Anspruch auf Zugang zum gesamten 4G- Netz der Schiedsbeklagten entnehmen. Die Ansicht, die Schiedsklägerin habe Anspruch auf Netzzugang "state of the art", d.h. nach dem sich stets fortentwickelnden Stand der Technik (Replik v. 11. Oktober 2016 S. 13f., Rn. 48 f.; Post-Hearing Brief v. 31. Dezember 2016, S. 3 Rn. 6, S. 11 Rn. 32, S. 19-21, Rn. 68-73) findet im Vertragstext keine Stütze und wird im Übrigen durch die Vertragshistorie widerlegt. Insbesondere lässt sich ein solcher Anspruch nicht der Präambel entnehmen. [...]

[...]

148 Diese zurückhaltende Formulierung zeigt, dass die Parteien über eine darüber hinausgehende Verpflichtung gerade keine Einigung erzielten.

### **cc) Kunden mit E-Plus-SIM-Karte sind Benchmarkkunden**

149 Auf der anderen Seite liefe es dem Zweck, den die Parteien mit der Festlegung einer Benchmarkkundengruppe verfolgt haben, zuwider, würde man diese auch nach dem Vollzug des Zusammenschlusses auf die Kunden der noch fortbestehenden E-Plus-Gesellschaften beschränken. [...]

150 Dieser veränderten Interessenlage ist bei der Auslegung der Selbstverpflichtungserklärungen und des MVNO-Vertrags in der Weise Rechnung zu tragen, dass rein administrative und rechtliche Umstrukturierungen innerhalb des Konzerns keinen Einfluss auf die Eigenschaft als Benchmarkkunde haben. Andernfalls stünde die maßgebliche "Benchmark" de facto zur freien Disposition der Schiedsbeklagten. Darin läge eine wesentliche Verkürzung der Rechtsposition der Schiedsklägerin, die nicht mehr Ausdruck des in Ziffer 1.2 Absatz 2 MVNO- Vertrag zwischen den Vertragsparteien gefundenen Kompromisses wäre. Dementsprechend erkennt auch die Schiedsbeklagte an, dass [...].

151 Von den so definierten "Benchmarkkunden" ist nach den Feststellungen des Schiedsgerichts nach wie vor eine hinreichend große und vielgestaltige Gruppe vorhanden. Im Übrigen kann auch nicht festgestellt werden, dass die "Benchmarkkundengruppe" ausgetrocknet ist oder von der Schiedsbeklagten zielgerichtet dezimiert wurde.

152 Nach dem Vortrag der Schiedsbeklagten, dem die Schiedsklägerin nicht entgegengetreten ist, hatte der E-Plus-Konzern im Oktober 2013 insgesamt rund [...] Kunden. Legt man den Vortrag der Schiedsbeklagten unter Rn. 232 ihrer Duplik zugrunde, betrug die Zahl der E-Plus-Kunden zuzüglich der "technisch" migrierten ehemaligen E-Plus-Kunden im Dezember 2016 rund [...]. Unabhängig davon, ob die Schiedsbeklagte diese Zahl durch ihren späteren Vortrag in der mündlichen Verhandlung und dem Schriftsatz vom 31. Dezember 2016, die die Zahl der Kunden mit E-Plus SIM-Karte im Dezember 2016 mit [...] angeben, korrigiert hat, ist davon

auszugehen, dass die Benchmarkkundengruppe nach wie vor ein ausreichendes Volumen hat, um die ihr im MVNO-Vertrag zugedachte Funktion zu erfüllen. Die Annahme einer Verringerung der Kundenzahl auf [...] vermag eine gegenteilige Schlussfolgerung nach Überzeugung des Schiedsgerichts nicht zu rechtfertigen. Die Gruppe der Benchmarkkunden verfügt aktuell mit wenigstens rund [...] nach wie vor über eine beachtliche Größe, die nicht übermäßig von der Größe der ursprünglichen Gruppe abweicht. Die gegenwärtige Zahl der Benchmarkkunden erlaubt auch keine pessimistische Prognose über die Entwicklung der Benchmarkkundenzahl in den kommenden knapp zwei Jahren bis zum Ende des Jahres [...]. Es fehlt an hinreichenden Anhaltspunkten dafür, dass die Benchmarkkundengruppe die ihr nach dem MVNO-Vertrag zugedachte Funktion derzeit und in dem Zeitraum bis Ende [...] nicht mehr erfüllen kann.

- 153 Für den Zeitraum nach [...] kommt es hinsichtlich des vorliegenden Rechtsstreits auf den Benchmarkkundenvergleich ohnehin nicht mehr an, weil dann die 4G- Netze der Fusionsparteien vollständig konsolidiert sind und die Schiedsklägerin vollumfänglichen Zugang zum 4G-Netz der Schiedsbeklagten erhält.

**dd) Keine willkürliche Austrocknung des Pools der Benchmarkkunden durch die Schiedsbeklagte**

- 154 Es ist auch nicht festgestellt, dass sich die Zusammensetzung der Benchmarkkunden seit dem Zusammenschluss wesentlich geändert hätte. Die Behauptung der Schiedsklägerin, die Benchmarkkundengruppe habe ursprünglich zu einem erheblichen Teil aus [...] bestanden und setze sich nunmehr im Wesentlichen nur noch aus [...] (Opening Statement v. 17. November 2016 S. 17 Rn. 25 ff., Slide 9 ff.), ist nicht erwiesen. Maßgeblich sind - entgegen der Ansicht der Schiedsklägerin - nicht nur [...], sondern auch die im Wege der "technischen Migration" auf andere Gesellschaften des Konzerns der Schiedsbeklagten überführten Kunden. Im Hinblick auf die Zusammensetzung dieser Kundengruppe, also der technisch migrierten Kunden, ist die Beweisaufnahme unergiebig geblieben. Der Zeuge [...] hat ausgesagt, er wisse weder, ob die - noch bestehende - [...] heute ausschließlich Prepaid-Kunden als Vertragspartner habe, noch kenne er die Zusammensetzung des Kundenpools der ehemaligen [...] -Gesellschaften (Wortprotokoll S. 210 Rn. 17-29). Gleichermaßen hat der Zeuge [...] lediglich bekundet, nicht zu wissen, inwiefern die "technische" Migration [...] betroffen habe (Wortprotokoll S. 217 Rn. 21-28).
- 155 Insgesamt lässt sich eine signifikante Veränderung der Benchmarkkundengruppe derzeit nicht feststellen. Dies gilt selbst dann, wenn man die Behauptung der Schiedsklägerin zugrunde legen würde, nach der seit Vollzug des Zusammenschlusses ca. [...] Kunden aus der Gruppe der Benchmarkkunden zu O2 gewechselt sind, und weiter annähme, dass es sich bei diesen Wechsler ausschließlich um [...] handelte. Ohne Feststellungen zur Zusammensetzung der Benchmarkkundengruppe insgesamt fehlt es an einer geeigneten Bezugsgröße, um zu beurteilen, ob ein Verlust von rund [...] die Benchmark derart verändert haben kann, dass diese ihre Eignung, der Schiedsklägerin marktfähige Leistungen und Konditionen zu sichern, verliert. Im Übrigen ist weder dargelegt noch sonst ersichtlich, inwiefern eine Kundengruppe in der Größenordnung von [...] die übliche Kundenfluktuation im Mobilfunkmarkt übersteigt.
- 156 Anders wäre der Fall zu beurteilen, wenn die Schiedsbeklagte durch zielgerichtete Maßnahmen den Pool der Benchmarkkunden aushöhlen würde, um dem Wettbewerb der Schiedsklägerin zu schaden, insbesondere zu dem Zweck, den Kunden der Schiedsklägerin den Zugang zu LTE-Diensten zu versperren. Ein planmäßiges Abwerben von Benchmarkkunden durch die Schiedsbeklagte, mit dem die Zusammensetzung der Benchmarkkundengruppe gezielt zum Nachteil der Schiedsklägerin verändert werden soll, könnte sich als treuwidrig oder rechtsmissbräuchlich erweisen. Für eine solche Schlussfolgerung fehlt es indessen an hinreichenden Anhaltspunkten.
- 157 Nach dem Vortrag der Parteien und dem Ergebnis der Beweisaufnahme, insbesondere der Aussage des Zeugen [...], steht zwar fest, dass die Schiedsbeklagte gezielt Benchmarkkunden, deren Verträge endeten, ansprach und ihnen O2-Verträge anbot

(Aussage [...] Wortprotokoll S. 200 Rn. 26S. 202 Rn. 18). Selbst wenn man zugunsten der Schiedsklägerin unterstellt, dass es auf diese Weise zum Abschluss von rund [...] O2-Verträgen mit [...] aus dem Benchmarkpool kam, lässt sich die Annahme eines zielgerichteten Handelns zum Nachteil der Schiedsklägerin allein darauf nicht stützen. Die "Abwerbung" von E-Plus Kunden zugunsten einer O2-Gesellschaft ist ein legitimes unternehmerisches Verhalten der Schiedsbeklagten im Wettbewerb um Mobilfunkkunden. Die von der Schiedsbeklagten gegebenen Commitments und Selbstverpflichtungserklärungen enthalten keine Verpflichtung, sich des Wettbewerbs um Kunden von E-Plus zu enthalten. Eine andere Beurteilung wäre nur gerechtfertigt, wenn aufgrund des Verhaltens der Schiedsbeklagten auf absehbare Zeit die Gefahr bestünde, dass sich unter den Benchmarkkunden keine Kunden mehr befinden, die annähernd vergleichbar mit dem von der Schiedsklägerin angesprochenen Kundensegment sind. Ohne nähere Kenntnis der Zusammensetzung der Benchmarkkundengruppe und den Umfang der üblichen Marktfluktuation lässt sich eine dahingehende Feststellung nicht treffen.

- 158 Die Tatsache, dass die Schiedsbeklagte auf der Website der Marke "BASE" vorübergehend für einen Zeitraum von rund einem Jahr O2-Verträge mit vollem Zugang zu ihrem LTE-Netz anbot und in diesem Zusammenhang rund [...] O2-Verträge abgeschlossen wurden, bietet ebenfalls keine tragfähige Grundlage für die Feststellung, die Schiedsbeklagte habe gezielt den Pool der Benchmarkkunden aushölen wollen. Nachdem der Monitoring Trustee diese Praxis in seinem Proposal vom 24. Juni 2016 beanstandet hatte (Anlage K 56 S. 13 Rn. 48), stellte die Schiedsbeklagte diese Praxis unverzüglich ein, nämlich mit dem Relaunch der Website am 1. Juli 2016. Das Schiedsgericht wertet dies - neben der, gemessen an der Gesamtzahl der Benchmarkkunden, verhältnismäßig geringen Zahl von [...] Kunden - als Beleg dafür, dass die Schiedsbeklagte die Schiedsklägerin nicht gezielt schädigt. Dies entspricht der Einschätzung, zu der auch der Monitoring Trustee gelangte:

*"With the relaunch of the BASE website as planned by Telefonica, the Trustee understands that this potential discrimination will be terminated as 4G access of the new BASE customers shall be the same as for 1&1 customers."*

**ee) Ergebnis: Gleichbehandlung der Kunden der Schiedsklägerin mit den Benchmarkkunden**

- 159 Es ist zwischen den Parteien nicht streitig, dass die Schiedsbeklagte der Schiedsklägerin räumlich denjenigen Netzzugang gewährt, den sie den E-Plus-Kunden (einschließlich der ehemaligen [...] -Kunden, bei denen eine "technische Migration" durchgeführt wurde) gewährt. Die Schiedsbeklagte erfüllt ihre Pflicht zur Gleichbehandlung der Kunden der Schiedsklägerin mit den Benchmarkkunden gemäß Ziffern 1.4.2 Absatz 1 und 1.2.1 Absatz 2 MVNO-Vertrag, indem sie den Kunden der Schiedsklägerin bis zum Abschluss der Netzkonsolidierung [...] insoweit räumlich eingeschränkten Zugang zu ihrem LTE-Netz mit Hilfe des sog. National Roaming gewährt. Darüber hinaus ist die Schiedsbeklagte nach der Regelung in Ziffer 1.4.2 Absatz 1 MVNO-Vertrag nicht verpflichtet, der Schiedsklägerin schon jetzt Zugang zu ihrem gesamten 4G-Netz zu gewähren.

**d) Der Prozess der Netzkonsolidierung ist nicht abgeschlossen**

- 160 Die Schiedsklägerin ist der Ansicht, der Prozess der Netzkonsolidierung sei mit der Abschaltung des E-Plus LTE-Netzes zum 1. Juli 2016 abgeschlossen (Schiedsklage v. 15. August 2016 S. 45 f., Rn. 157 ff.; Replik v. 11. Oktober 2016 S. 36 f., Rn. 147 ff.; Post-Hearing Brief S. 36f., Rn. 124 ff.). Es komme nicht darauf an, dass die im Zeitpunkt des Zusammenschlusses von E-Plus und Telefonica vorhandenen verschiedenen Mobilfunknetze der Technologien 2G, 3G und 4G bis heute noch nicht vollständig konsolidiert seien. Maßgeblich sei allein, dass es seit dem 1. Juli 2016 nicht mehr zwei, sondern nur noch ein einziges LTE- Mobilfunknetz gebe, nämlich dasjenige der Schiedsbeklagten. Damit sei Konsolidierung eingetreten und die Schiedsklägerin habe Anspruch auf unbeschränktem

Zugang zum konsolidierten Netz der Schiedsbeklagten.

- 161 Nach Auffassung des Schiedsgerichts ist entgegen der Ansicht der Schiedsklägerin mit der Abschaltung des E-Plus 4G-Netzes zum 1. Juli 2016 keine vollständige Konsolidierung eingetreten, sodass ein Anspruch auf Zugang zum gesamten 4G-Netz der Schiedsbeklagten derzeit nicht besteht.

#### **aa) Der maßgebende Konsolidierungsbegriff**

- 162 Der Begriff der Konsolidierung wird in den Selbstverpflichtungserklärungen der Schiedsbeklagten nicht definiert. Allerdings stellt die bloße Abschaltung eines von mehreren Netzen nach der Überzeugung des Schiedsgerichts noch keine Netzkonsolidierung dar. Da die technischen Komponenten des E-Plus LTE-Netzes nach der Abschaltung physisch weiterhin existieren, lässt sich nicht sagen, es gebe infolge der Abschaltung nur noch ein einziges Netz. Die Abschaltung der Frequenzen macht die technische Zusammenführung der Netze nicht entbehrlich. Weiter haben die nachvollziehbaren und überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen [...] deutlich gemacht, dass eine Netzkonsolidierung regelmäßig eine Fülle technischer Maßnahmen umfasst, durch die die Infrastruktur der Netze zusammengeführt und die unterschiedlichen Netztechnologien aufeinander abgestimmt werden (Gutachten Anlage B 5 S. 12 ff., Wortprotokoll S. 257, Zeile 20-32, S. 258, Zeile 27-30, S. 279 Zeile 23 ff.-S. 280 Zeile 3). Die Schiedsklägerin und deren Sachverständiger [...] haben demgegenüber die Auffassung vertreten, die von der Schiedsbeklagten bzw. [...] angesprochenen Maßnahmen seien technisch nicht erforderlich gewesen, um den Kunden der Schiedsklägerin vollen Zugang zum 4G-Netz zu verschaffen (Replik v. 11. Oktober 2016 S. 41 ff., Rn. 166 ff.; Gutachten Anlage K61 S. 12 ff.; Wortprotokoll S. 231 ff. ab Zeile 27; sachverständige Stellungnahme Anlage K 64 S. 7 ff.). Außerdem stellen sie die Sachgerechtigkeit der Vorgehensweise der Schiedsbeklagten in Frage (Replik v. 11. Oktober 2016 S. 39 f., Rn. 160 ff.; Gutachten Anlage K61 S. 7 f.). Ihrer Ansicht nach sind die Maßnahmen aus diesen Gründen nicht Teil der Netzkonsolidierung.
- 163 Nach Auffassung des Schiedsgerichts kann der Konsolidierungsbegriff nicht auf diejenigen Maßnahmen verengt werden, die zur Zusammenführung von Netzen technisch unerlässlich sind. Ein solches Verständnis würde den mannigfachen Zusammenhängen zwischen technischen und betriebswirtschaftlichen Fragen nicht angemessen Rechnung tragen. Deshalb unterfallen auch Maßnahmen, die auf längere Sicht angelegt sind oder mit denen die schrittweise Realisierung von Verbesserungen bezweckt wird, dem Konsolidierungsbegriff. Der allgemeine Sprachgebrauch bestätigt diese Sichtweise: Als "Konsolidierung" wird typischerweise ein Vorgang der Festigung oder Sicherung, mithin der Verbesserung oder Stärkung, bezeichnet.
- 164 Weder die Commitments noch die für die Schiedsbeklagte abgegebenen Selbstverpflichtungserklärungen zwingen die Schiedsbeklagte, bei der Durchführung der Konsolidierung betriebswirtschaftliche Gesichtspunkte völlig außer Acht zu lassen. Es lässt sich auch nicht feststellen, dass die Schiedsbeklagte dazu verpflichtet wäre, bei der Netzkonsolidierung nur eine solche Strategie zu wählen, die die Interessen der Schiedsklägerin bestmöglich berücksichtigen würde, etwa indem sie möglichst frühzeitig einen umfassenden Netzzugang für sämtliche ehemaligen E-Plus Kunden ermöglicht.

#### **bb) Keine verbindliche Festlegung auf eine bestimmte Konsolidierungsstrategie**

- 165 Entgegen der Auffassung der Schiedsklägerin (Replik v. 11. Oktober 2016, S. 38 ff., Rn. 154 ff. Post-Hearing Brief v. 31. Dezember 2016 S. 37 ff., Rn. 131 ff.) hat die Schiedsbeklagte sich in der Selbstverpflichtungserklärung vom 27. Februar 2015 nicht dazu verpflichtet, die Konsolidierung auf eine ganz bestimmte Weise vorzunehmen. Zwar hat die Schiedsbeklagte in der Präambel der Selbstverpflichtungserklärung angekündigt, sie werde die Konsolidierung bei den Technologien 2G, 3G und 4G [...]:

[...]

- 166 Eine rechtsverbindliche Festlegung auf eine solche Vorgehensweise liegt in dieser Erklärung jedoch nicht. Die Ankündigung in der Selbstverpflichtungserklärung vom 27. Februar 2015 (Anlage K 25) stand vielmehr ausdrücklich unter dem Vorbehalt

[...]

- 167 Die Ergänzungserklärung zur Selbstverpflichtungserklärung (Anlage K 26) äußert sich nicht eindeutig zu der Frage der Konsolidierungsstrategie. Aus der bloßen getrennten Skizzierung der geplanten Konsolidierung in der Ergänzungserklärung lässt sich nicht schließen, die Schiedsbeklagte habe sich damit verbindlich darauf festgelegt, die Konsolidierung [...]. Vielmehr wird in der Ergänzungserklärung ausdrücklich gesagt, die Konsolidierung erfolge [...] (Anlage K 26, S. 2). Im Übrigen ist auch in der Ergänzungserklärung von einer [...] die Rede (Anlage K 26, S. 2). Speziell in Bezug auf 4G-Dienste heißt es, mit Abschluss der Netzkonsolidierung in einem bestimmten Aktivierungsgebiet, werde das 4G-Netz [...] auf Basis des konsolidierten Netzes erbracht (Anlage K 26, S. 3).
- 168 Entgegen der Ansicht der Schiedsklägerin ist es Sache der Schiedsbeklagten festzulegen, wie der Konsolidierungsprozess für die ehemaligen E-Plus Kunden, einschließlich der Kunden der Schiedsklägerin, im Einzelnen gestaltet wird. Die Schiedsklägerin hat Anspruch auf Gleichbehandlung ihrer Kunden mit den ehemaligen E-Plus Kunden, nicht aber einen Anspruch auf eine optimale Ausgestaltung des Netzzugangs für ehemalige E-Plus Kunden während der Konsolidierungsphase. Deshalb kommt es nicht darauf an, aus welchen Gründen die Schiedsbeklagte der Gruppe der Benchmarkkunden in nur in räumlich beschränktem Umfang Zugang zu ihrem 4G-Netz gewährt, also den Zugang zu LTE in den [...] ausschließt. Ob die Schiedsbeklagte den Netzzugang in den nicht konsolidierten Gebieten aus zwingenden technischen Gründen (Aussage [...], Wortprotokoll S. 171, Zeile 11-19) oder letztlich nur aus kaufmännischen Erwägungen heraus beschränkt, etwa um eine - mehr oder weniger starke - Beeinträchtigung der Netzqualität für O2-Kunden zu vermeiden (so der Sachverständige [...], Wortprotokoll S. 261 Zeile 11-S. 264 Zeile 9), kann deshalb dahin stehen.
- 169 Im Ergebnis hat weder der von der Schiedsklägerin benannte Sachverständige [...] noch der von der Schiedsbeklagten benannte Sachverständige [...] ausschließen können, dass eine vollständige Öffnung des LTE-Netzes aufgrund der damit verbundenen Zunahme des Datenverkehrs zu spürbaren Einschränkungen für Kunden führen würde. Beide Sachverständige nahmen zum Ausgangspunkt ihrer Einschätzung die Situation in den Gebieten, in denen im Bereich 4G ein National Roaming stattfindet. Im Fall einer weiteren Öffnung des LTE-Netzes der Schiedsbeklagten für zusätzliche Kundengruppen rechneten beide Sachverständigen mit ähnlichen Einschränkungen wie in denjenigen Gebieten, die den ehemaligen E-Plus Kunden bereits im Wege des National Roaming offen stehen (Gutachten [...] Anlage K61 S. 17 f. und Anlage K 64 S. 13 ff.; Aussage [...] Wortprotokoll S. 232 Zeile 29 ff.- 235 Zeile 24 ff.; Gutachten [...] Anlage B 5 S. 26 f. und Anlage B 20 S. 9 ff.; Aussage [...] Wortprotokoll S. 262 Zeile 17-263 Zeile 31). Die Einschätzungen der Sachverständigen unterscheiden sich lediglich hinsichtlich der Intensität der Beeinträchtigungen und ihrer Auswirkungen auf die Qualität der Netznutzung sowie der Möglichkeiten der Schiedsbeklagten, mit betriebswirtschaftlich vertretbarem Aufwand kurzfristig die Netzkapazität zu erhöhen. Während der Sachverständige [...] die zu erwartenden Beeinträchtigungen als verhältnismäßig geringfügig ansieht (Gutachten [...] Anlage K61 S. 17 ff. und Anlage K64 S. 10 ff.) und jedenfalls - durch Maßnahmen der Kapazitätsaufstockung - für "handhabbar" hält (Aussage [...] Wortprotokoll S. 232 Zeile 29 ff.; Gutachten [...] Anlage K61 S. 19 und Anlage K64 S. 18f ), ist nach der Einschätzung des Sachverständigen [...] mit erheblichen Qualitätseinbußen zu rechnen, die durch betriebswirtschaftlich zumutbare Maßnahmen allenfalls kurzfristig aufgefangen werden könnte (Gutachten [...] Anlage B20 S. 13 ff.).

**cc) Keine missbräuchliche Verschleppung der Netzkonsolidierung**

- 170 Die Wahl des Konsolidierungsverfahrens und die Entscheidung über die Behandlung der ehemaligen E-Plus Kunden während der Konsolidierungsphase ist nach Auffassung des Schiedsgerichts somit grundsätzlich Sache der Schiedsbeklagten. Das Schiedsgericht hat insoweit keine Zweckmäßigkeitprüfung vorzunehmen, sondern ist auf die Prüfung beschränkt, ob die Schiedsbeklagte bei der Ausübung ihres unternehmerischen Ermessens rechtliche Grenzen, insbesondere das Verbot des Rechtsmissbrauchs und die Gebote von Treu und Glauben, verletzt hat. Für ein missbräuchliches, treuwidriges oder rechtsmissbräuchliches Vorgehen bei der Konsolidierung mit dem Zweck, die Schiedsklägerin zu diskriminieren, gibt es keine konkreten Anhaltspunkte.
- 171 Das Schiedsgericht würdigt dabei den erheblichen Fortschritt, der seit dem Zusammenschluss der Fusionsparteien bei der Netzkonsolidierung bereits erzielt wurde und der zu einer signifikanten Erweiterung des 4G-Zugangs für die Kunden der Schiedsklägerin geführt hat. Die beiden zu den Akten gereichten Netzabdeckungskarten "LTE-Coverage E-Plus" (Anlage B-13) zeigen die Gebiete mit LTE-Netzabdeckung, in denen also das LTE-Netz der Schiedsbeklagten für die ehemaligen E-Plus Kunden im Wege des National Roaming zugänglich ist. Aus den beiden Bildern ist ersichtlich, dass sich der Zugang zum LTE-Netz für die ehemaligen E-Plus Kunden in dem kurzen Zeitraum zwischen dem 1. Juni 2016 und dem 1. Oktober 2016 sehr erheblich verbessert hat. Bereits im Oktober 2016 stand den ehemaligen E-Plus Kunden das LTE-Netz der Schiedsbeklagten in sämtlichen [...] zur Verfügung, während der Zugang im Juni 2016 noch [...] beschränkt war. Vor diesem Hintergrund verbietet sich die Schlussfolgerung, die Schiedsbeklagte zögere die Konsolidierung des LTE-Netzes heraus oder benachteilige die ehemaligen E-Plus Kunden - und damit auch die Kunden der Schiedsklägerin - in sachlich nicht gerechtfertigter Weise.
- 172 Auch in den Ausführungen und Bekundungen der Sachverständigen finden sich keine Anhaltspunkte für eine willkürliche Verschleppung der Netzkonsolidierung. Der Sachverständige [...] stellt zwar die technische Notwendigkeit der Vorgehensweise der Schiedsbeklagten in Frage und hält es für möglich, dass andere Konsolidierungskonzepte ebenso sachgerecht oder sogar sachgerechter sind, wenn man andere technische und betriebswirtschaftliche Ziele als die Schiedsbeklagte zugrunde legt (Gutachten [...] Anlage K 61 S. 5 und S. 7 f. und Anlage K 64 S. 7 ff.). Er ist jedoch weder der Ansicht, dass das Konzept der Schiedsbeklagten aus technischer Sicht nicht vertretbar wäre noch zeigt er auf, dass die Schiedsbeklagte mit dem Konzept sachfremde Ziele verfolgt.
- 173 Das Schiedsgericht vermag auch nicht zu erkennen, dass die Schiedsbeklagte von einer Verzögerung der Netzkonsolidierung wirtschaftlich profitieren könnte und deshalb für sie ein Anreiz hierzu besteht. Immerhin haben unter der Lückenhaftigkeit der Netzabdeckung bei LTE nicht nur die Kunden der Schiedsklägerin zu leiden, sondern auch die vormaligen E-Plus Kunden, die jetzt noch eine E-Plus SIM-Karte nutzen. Die Schiedsbeklagte hat ein hinreichendes wirtschaftliches Motiv, diese ehemaligen E-Plus Kunden nicht zu verlieren und somit einen Anreiz, diese Kundengruppe durch möglichst baldige Verbesserung der Netzabdeckung bei LTE zufrieden zu stellen. Indem die Schiedsbeklagte dies tut, verbessert sie aber automatisch auch die Situation der Kunden der Schiedsklägerin, weil diese mit den ehemaligen E-Plus Kunden gleich zu behandeln sind und auch gleichbehandelt werden. Insoweit besteht zwischen den Parteien des Schiedsverfahrens also kein Interessengegensatz.

#### 4. Der Hilfsantrag

- 174 Die Schiedsklage ist im Hilfsantrag ebenfalls nicht begründet.
- 175 Mit ihrem Hilfsantrag begehrt die Schiedsklägerin, die Schiedsbeklagte zu verpflichten, ihr ein Angebot auf Abschluss eines neuen Vertrags zu Benchmarkkonditionen entsprechend denjenigen des bereits bestehenden MVNO-Vertrags zu unterbreiten. Nach dem Verständnis des Schiedsgerichts richtet sich dieser Antrag auf Unterbreitung eines Angebots mit dem Inhalt des MVNO-Vertrags, jedoch ohne die sich daraus ergebenden räumlichen Beschränkungen des Netzzugangs.
- 176 Die Schiedsklägerin stützt ihren Anspruch auf die sog. Non-MNO Remedy B gemäß Annex C, Rn. 79 f., der Commitments. Nach Annex C, Rn. 79 ist die Schiedsbeklagte verpflichtet, interessierten MVNO auf Basis eines neu abzuschließenden Vertrags Zugang zu ihrem 4G-Netz zu gewähren. Hinsichtlich der Vertragskonditionen gilt gemäß Annex C, Rn. 80 Satz 2, der Commitments das Günstigkeitsprinzip, d.h. die Schiedsklägerin kann von der Schiedsbeklagten Zugang zu den besten Konditionen verlangen, die diese anderen MVNO anbietet.
- 177 Es bedarf keiner Entscheidung über die Ansicht der Schiedsbeklagten (Klageerwiderung v. 12. September 2016 S. 45-46, Rn. 185-189; Duplik v. 9. November 2016 S. 71-73, Rn. 314-320), Non-MNO-Remedy A gemäß Annex C, Rn. 77 f., der Commitments und Non-MNO-Remedy B gemäß Annex C, Rn. 79 f., der Commitments stünden in einem wechselseitigen Exklusivverhältnis, das eine gleichzeitige Geltendmachung beider Remedies ausschliesse. Denn entgegen der Ansicht der Schiedsklägerin folgt aus Annex C, Rn. 79 f., der Commitments jedenfalls kein Anspruch auf räumlich unbeschränkten Zugang zum 4G-Netz der Schiedsbeklagten zu den Konditionen des bereits bestehenden MVNO-Vertrags. Zwar ist in Annex C, Rn. 79 f., keine räumliche Einschränkung des Anspruchs auf Netzzugang enthalten, sodass sich daraus - wenigstens im Grundsatz - ein Anspruch auf uneingeschränkten Netzzugang ergeben könnte. Für die Annahme, dieser Anspruch richte sich nach den Konditionen des mit der Schiedsklägerin bereits bestehenden MVNO-Vertrags, bieten die Commitments in Annex C, Rn. 79 f., jedoch keine Grundlage. Auch sonst wird in der Freigabeentscheidung der Europäischen Kommission kein solcher Zusammenhang zwischen den aufgrund der Non-MNO Remedy A zu verlängernden Verträgen einerseits und den nach der Non-MNO Remedy B neu abzuschließenden Verträgen andererseits hergestellt (Anlage K 1 Rn. 1378). Der Monitoring Trustee hält die Regelung in den Commitments insoweit für offen (Anlage K 56 S. 12, Rn. 46).
- 178 Die Commitments schreiben in Annex C, Rn. 80 Satz 2, gleiche Vertragskonditionen nur vor, soweit es um gleiche Leistungen geht. Nach der Formulierung der Regelung gilt dies nicht nur für die Art, sondern gerade auch für den Umfang der Leistung ("volumes")-  
*"...prices under benchmark conditions of comparable products, volumes and commercial operational model..."*.
- 179 Da der Leistungsumfang nach dem MVNO-Vertrag in relevanter Hinsicht räumlich beschränkt ist, sind die darin vereinbarten Preise und Konditionen für einen Anspruch auf vollen Netzzugang somit nicht gemäß Annex C, Rn. 80 Satz 2, der Commitments verbindlich. Dass die Schiedsbeklagte anderen Mobilfunkunternehmen vollständigen Zugang zu ihrem 4G-Netz zu den Konditionen des MVNO-Vertrags gewährt, behauptet die Schiedsklägerin nicht. Als einziger Bezugspunkt zur Konkretisierung der Vertragskonditionen käme nach dem Vortrag der Parteien das mit dem Monitoring Trustee abgestimmte Standardangebot in Betracht, das die Schiedsbeklagte, neben anderen Interessenten, der Schiedsklägerin unterbreitete (Anlage K 44).
- 180 Den Abschluss eines MVNO-Vertrags zu den Konditionen des von der Schiedsbeklagten abgegebenen Standardangebots erstrebt die Schiedsklägerin mit ihrem Hilfsantrag jedoch gerade nicht. Ein solcher Anspruch auf Vertragsabschluss wäre auch nicht fällig, weil Annex C, Rn. 84, dritter Spiegelstrich, der Commitments vorsieht, dass die Parteien über die Vertragsbedingungen zunächst verhandeln müssen. Darin liegt eine notwendige

Voraussetzung für die streitige Durchsetzung eines Anspruchs gemäß Annex C, Rn. 79 f. Diese ist nicht gegeben, weil die Schiedsklägerin das Standardangebot der Schiedsbeklagten abgelehnt hat, ohne mit ihr darüber zu verhandeln (Schreiben v. 13. Mai 2016, Anlage K45; Schiedsklage v. 15. August 2016 S. 50, Rn. 173; Replik v. 11. Oktober 2016 S. 83, Rn. 355.).

## 5. Kostenentscheidung

181 Die Kostenentscheidung beruht auf Annex C, Rn. 130, Satz 3, der Commitments. Danach soll das Schiedsgericht auch über die Erstattung der Kosten der siegreichen Partei und über die Verteilung der Kosten des Schiedsverfahrens entscheiden:

*"The arbitral award shall also determine the reimbursement of the costs of the successful party and the allocation of the arbitration costs. "*

182 Indem die Commitments Kostenerstattung zugunsten der erfolgreichen Partei anordnen, folgen sie dem in den europäischen Rechtsordnungen akzeptierten Unterliegensprinzip. Letzteres liegt auch der Regelung des § 35.2 DIS-SchO zugrunde, nach der grundsätzlich die unterliegende Partei die Kosten des schiedsrichterlichen Verfahrens zu tragen hat.

183 Danach kann die siegreiche Partei die Erstattung der ihr zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen Kosten verlangen. Dies gilt ausweislich der eben genannten Regelung sowohl des Annex C, Rn. 130 Satz 3, der Commitments als auch des §35.1 DIS-SchO sowohl für die eigentlichen Kosten des schiedsrichterlichen Verfahrens wie auch für die außergerichtlichen Kosten der siegreichen Partei. Gemäß §35.1 DIS-SchO erfasst die Verpflichtung zur Kostenerstattung die den Parteien erwachsenen und zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten.

184 Nachdem die Schiedsklägerin mit ihren Klageanträgen nicht durchdringen konnte, hat sie die gesamten Kosten des Schiedsverfahrens zu tragen und der Schiedsbeklagten die ihr entstandenen Kosten zu ersetzen.

185 Die Schiedsbeklagte hat Honorare und Auslagen für ihre anwaltlichen Vertreter sowie für den von ihr beauftragten Sachverständigen [...] sowie Auslagen für die Durchführung der Schiedsverhandlung geltend gemacht. Das Schiedsgericht sieht keinen Anlass daran zu zweifeln, dass die von der Schiedsbeklagten geltend gemachten Kostenpositionen tatsächlich entstanden und angemessen sind. Somit steht der Schiedsbeklagten ein Anspruch gegen die Schiedsklägerin auf Erstattung ihrer Verfahrenskosten in Höhe von insgesamt [...] zu.

186 Der Schiedsklägerin steht ein Kostenerstattungsanspruch nicht zu, da sie in vollem Umfang unterlegen ist.

187 Der Kostenerstattungsanspruch der Schiedsbeklagten ist gemäß §§ 291,288 BGB ab Erlass des Schiedsspruchs in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen.

## VIII. SCHIEDSSPRUCH

188 Das Schiedsgericht erlässt folgenden Endschiedsspruch:

1. Das Schiedsgericht ist zur Entscheidung über die streitgegenständlichen Ansprüche zuständig.
2. Die Schiedsklage wird abgewiesen.
3. Die Schiedsklägerin trägt die Kosten des Schiedsverfahrens. Sie wird verurteilt, an die Beklagte [...] zuzüglich Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Erlass des Schiedsspruchs zu zahlen.
4. Alle weiteren im Schiedsverfahren gestellten Anträge werden zurückgewiesen.

Streitwert: [...]

Ort des schiedsgerichtlichen Verfahrens: München

Datum: 14. März 2017

Das Schiedsgericht

[...]

[...]

[...]