

Schiedsspruch vom 20. Dezember 2018
Seite i

Schiedsspruch

DIS-SV- KR-849-18

Drillisch Online GmbH
(vormals Drillisch Online AG)

./.

Telefonica Germany GmbH & Co. OHG

Schiedsspruch vom 20. Dezember 2018
Seite ii

Übersendung gemäß Artikel 39.6 DIS-Schiedsgerichtsordnung

**Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V.
DIS-SV-KR-849-18**

In dem Schiedsverfahren

**Drillisch Online GmbH
(vormals Drillisch Online AG)**

-Schiedsklägerin-

gegen

Telefonica Germany GmbH & Co. OHG

Schiedsspruch

vom

20. Dezember 2018

Schiedsort: München

INHALTSVERZEICHNIS

| | | |
|-------------|---|-----------|
| I. | SCHIEDSPARTEIEN | 1 |
| II. | SCHIEDSGERICHT | 1 |
| III. | GRUNDLAGE FÜR DAS SCHIEDSVERFAHREN UND ANWENDBARE REGELN ... | 1 |
| | 1. Schiedsvereinbarung | 1 |
| | 2. Schiedsregeln | 2 |
| | 3. Verfahrensablauf | 2 |
| IV. | SACHVERHALT..... | 4 |
| | 1. Hintergrund der Auseinandersetzung | 4 |
| | 2. Einschlägige Vertragsbestimmungen | 7 |
| | 3. Die Positionen und Anträge der Parteien | 7 |
| V. | ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE..... | 12 |
| | 1. Zur Zuständigkeit des Schiedsgerichts | 12 |
| | 2. Zur Zulässigkeit der Schiedsklage | 14 |
| | 3. Zur Begründetheit | 16 |
| | 4. Zu den Kosten | 20 |
| VI. | SCHIEDSSPRUCH..... | 22 |

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS¹

Amicus curiae Schriftsatz

Stellungnahme der EU Kommission vom 16. Oktober 2018

ANLAGE 5

Die als Anlage K46 vorlegte Anlage 5 zum MBA Vertrag

DIS-SchO

Schiedsgerichtsordnung der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit in der Fassung vom 1. März 2018

Duplik

Der Schriftsatz der Schiedsbeklagten vom 5. Oktober 2018

EU Kommission

¹ Genauer: Die in diesem Schiedsspruch definierten Begriffe und Abkürzungen.

Schiedsspruch vom 20. Dezember 2018

Seite ii

Kommission der Europäischen Union

E-Plus

E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG

MBA

Mobile Bitstream Access

MBA Vertrag

Die zwischen den Parteien am 25. Juni 2014 in der Fassung der [...] Änderungsvereinbarung vom [...] geschlossene Transitionsvereinbarung (Anlage K13, K15)

MNO

Mobile Network Operator

MVNO

Mobile Virtual Network Operator (Service Provider)

PPP

Eröffnungsplädoyer der Schiedsbeklagten vom 23. Oktober 2018 mittels einer Powerpoint Präsentation

Replik

Der Schriftsatz der Schiedsklägerin vom 10. August 2018

TELEFONICA

Telefónica Deutschland Holding AG, die Muttergesellschaft der Schiedsbeklagten

Wortprotokoll

Das von der mündlichen Verhandlung am 23. Oktober 2018 durch die Stenografin Frau [...] erstellte Protokoll mit den Korrekturen der Schiedsbeklagten vom 9. November 2018.

SCHIEDSSPRUCH

I. SCHIEDSPARTEIEN

- Die Schiedsklägerin ist die Drillisch Online GmbH (ehemals Drillisch Online AG), mit Sitz in Wilhelm-Röntgen-Straße 1 bis 5, 63477 Maintal, vertreten durch die Geschäftsführer Alexander-Kim Hardt, Jochen Mogalle, Florian Jung, Heiko Hambüchers, Thomas Henkel, Martin Witt und Alessandro Nara.

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

- Die Schiedsbeklagte ist die Telefónica Germany GmbH & Co. OHG, mit Sitz in Georg-Brauchle-Ring 23 bis 25, 80992 München, vertreten durch die Gesellschafter Telefónica Germany Management GmbH, ebenda, diese vertreten durch die Geschäftsführer Markus Haas und Alfons Lösing, sowie die Telefónica Deutschland Holding AG, ebenda, vertreten durch den Vorstand, die Herren Markus Haas und Alfons Lösing

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

sowie

[...]

Die Schiedsklägerin und Schiedsbeklagte werden nachstehend gemeinsam als die „Parteien“ bezeichnet.

II. SCHIEDSGERICHT

[...]

- Schiedsrichterin, von der Schiedsklägerin benannt;

[...]

- Schiedsrichter, von der Schiedsbeklagten benannt;

[...]

- Vorsitzender Schiedsrichter, von den beiden Schiedsrichtern ernannt.

III. GRUNDLAGE FÜR DAS SCHIEDSVERFAHREN UND ANWENDBARE REGELN

1. Schiedsvereinbarung

- 1 Das Schiedsverfahren betrifft im Wesentlichen die Frage, ob die Schiedsklägerin Anspruch auf die Bestellung eines Gutachters zwecks Durchführung eines Preisrevisionsverfahrens hat. Die von der Schiedsklägerin in Bezug genommene Schiedsvereinbarung ergibt sich aus Ziffer 10 des MBA Vertrages, ergänzt durch Anlage 5, Fast-Track-Dispute-Resolution („ANLAGE 5“, Anlage K46). Ziffer 10 lautet wie folgt:

[...]

- 2 Ziffer 2 der ANLAGE 5 enthält folgende Bestimmung:

[...]

[...]

[...]

[...]

3 Schließlicb heißt es in Ziffer (3) der Vorbemerkungen der ANLAGE 5:

[...]

2. Schiedsregeln

4 Wie auch in der Verfahrensleitenden Verfügung Nr. 1 (vom 16. Juli 2018) festgehalten, besteht Einvernehmen der Parteien darüber, dass die DIS-Schiedsordnung in der Fassung vom 1. März 2018 („DIS-SchO“) auf das vorliegende Verfahren anzuwenden ist und demgemäß die Regeln über das beschleunigte Verfahren gemäß Anlage 4 der DIS-SchO ebenfalls zur Anwendung kommen.

5 Auf die Abfassung und Unterzeichnung von *Terms of Reference*, wie in Ziffer 8 der ANLAGE 5 vorgesehen, haben die Parteien einvernehmlich verzichtet (Verfahrensleitende Verfügung Nr. 1, Ziffer 2.2).

6 Vereinbarungsgemäß ist die Verfahrenssprache Deutsch und der Schiedsort München. Es ist aufgrund der Parteienvereinbarung ebenfalls unstrittig, dass das deutsche Recht auf die streitigen Rechtsbeziehungen der Parteien Anwendung findet.

3. Verfahrensablauf

7 Mit Datum vom 22. Mai 2018 hat die Schiedsklägerin bei der DIS Schiedsklage nebst der Anlagen K 1-K 57 eingereicht. Diese wurde der Schiedsbeklagten durch die DIS am 30. Mai 2018 zugestellt. Die Schiedsbeklagte hat darauf mit der Erwiderung vom 18. Juni 2018 geantwortet, der die Anlagen B 1 -B 6 beigefügt waren.

8 Am 13. Juli 2018 hat das Schiedsgericht mit den Parteien eine Telefonkonferenz abgehalten. Das Ergebnis der Telefonkonferenz wurde in der Verfahrensleitenden Verfügung Nr. 1 des Schiedsgerichts vom 16. Juli 2018 festgehalten.

9 Mit Schriftsatz vom 10. August 2018 hat die Schiedsklägerin eine Replik nebst der Anlagen K 58-K 61 (die „Replik“) eingereicht. Anlage K 60 enthält die schriftliche Zeugenerklärung von [...] und Anlage K 61 die von [...]. Am 5. Oktober 2018 hat die Schiedsbeklagte die Duplik nebst der Anlagen B 7-B 22 sowie der Anlagen BLex 1-BLex 23 (die „Duplik“) eingereicht. Die Duplik enthält schriftliche Zeugenaussagen von [...] sowie [...] (Anlagen BZA 1 und BZA 2).

10 Mit Mail vom 15. Oktober 2018 hat das Schiedsgericht die Parteien in Bezug auf die bevorstehende mündliche Verhandlung angeschrieben und insbesondere Zweifel geäußert, ob eine Vernehmung der Zeugen erforderlich sei.

11 Am 16. Oktober 2018 hat die Kommission der Europäischen Union („EU Kommission“) eine auf Englisch verfasste Stellungnahme („*Amicus Curiae* Schriftsatz“) eingereicht, der eine Anlage beigefügt war. Das Schiedsgericht hat sie am gleichen Tag an die Parteien weitergeleitet.

12 Mit Mail vom 18. Oktober 2018 haben beide Parteien sich mit dem vom Schiedsgericht vorgeschlagenen Verfahrensablauf der mündlichen Verhandlung für einverstanden erklärt. Sie haben des Weiteren erklärt, dass sie eine Vernehmung der Zeugen der jeweiligen Gegenseite für

entbehrlich halten. Wie in der Mail des Schiedsgerichts vom 15. Oktober 2018 unter Ziffer 6 ausgeführt, ist dieser Verzicht ohne Präjudiz hinsichtlich des Inhalts der Zeugenaussagen erfolgt und stellt damit kein Anerkenntnis der verzichtenden Partei hinsichtlich der Richtigkeit der Aussagen der nicht vernommenen Zeugen dar.

- 13 Am 19. Oktober 2018 hat die Schiedsbeklagte unaufgefordert per Mail neue Dokumente vorgelegt, die sie als Anlagen B 23 - B 31 gekennzeichnet hat. Das Schiedsgericht hat die Schiedsklägerin am gleichen Tag aufgefordert mitzuteilen, ob dagegen Einwände bestehen. Mit Schriftsatz vom 19. Oktober 2018 hat die Schiedsklägerin die Zulassung dieser neuen Anlagen abgelehnt und sich dabei vor allem auf die Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör berufen. Mit Schreiben vom 20. Oktober 2018 hat die Schiedsbeklagte sodann näher ausgeführt, weshalb von einer Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht die Rede sein könne und sie diese Unterlagen benötige, um auf den Vortrag der EU Kommission zum Inhalt und Umfang der Commitments und die Vertragsbeziehungen der Parteien Stellung nehmen zu können.
- 14 Mit Schreiben vom 22. Oktober 2018 hat das Schiedsgericht die Parteien wie folgt angeschrieben:
- (1) Die neuen Anlagen B 28 - B 31 werden zugelassen, da die EU Kommission in ihrer Stellungnahme vom 16. Oktober 2018 darauf Bezug nimmt und es daher sachdienlich ist, die entsprechenden Dokumente einsehen zu können.
 - (2) Die neuen Anlagen B 23 - B 27 werden ebenfalls zugelassen, nachdem die Schiedsbeklagte in ihrer Eingabe vom 20. Oktober 2018 klargestellt hat, dass es ihr um die Stellungnahme zum Vortrag der EU Kommission zum Inhalt und Umfang der Commitments (und der Vertragsbeziehungen der Parteien) gehe (Ziff. 8). Das Schiedsgericht berücksichtigt des Weiteren, dass die EU Kommission sich in ihrem *Amicus Curiae* Schriftsatz klar gegen den Standpunkt der Schiedsbeklagten ausspricht, die Zahl der vorgenannten Dokumente überschaubar ist und letztere vom Zusammenhang her klar sind.
 - (3) Das Schiedsgericht lässt die Anlagen B 23-B 27 allerdings mit der Maßgabe zu, dass die Schiedsbeklagte ihre Bezugnahme während der mündlichen Verhandlung auf die Passagen beschränkt, die sie in der Email vom 19.10. erwähnt hat.
 - (4) Sollte die Schiedsklägerin während der mündlichen Verhandlung erklären, dass sie sich mangels der beschränkten Zeit mit dem einen oder anderen der in Ziffer 3 genannten Dokumente nicht ausreichend auseinandersetzen können, so wird das Schiedsgericht prüfen, ob es angezeigt ist, hier Abhilfe zu schaffen, und gegebenenfalls wie.
 - (5) Der Schiedsbeklagten wird aufgegeben, zu Beginn der mündlichen Verhandlung eine Kopie der in der Mail vom 19. Oktober 2018 jeweils genannten Passagen der Anlagen B 23-B 28 vorzulegen.
- 15 Am 23. Oktober 2018 wurde in den Kanzleiräumen von Jones Day, Prinzregentenstrasse 11, München die mündliche Verhandlung im Beisein der Parteien und ihrer Vertreter durchgeführt. Beiden Parteien wurde ausreichend Gelegenheit zur Darstellung ihres jeweiligen Standpunktes (im Falle der Schiedsbeklagten anhand einer Powerpoint Präsentation)² und zur Beantwortung der vom Schiedsgericht gestellten Fragen eingeräumt.
- 16 Ein Wortprotokoll der Verhandlung wurde von [...] von SD Steno Deutschland angefertigt. Es wurde den Parteien mit Mail vom 24. Oktober 2018 zwecks eventueller Korrektur übersandt. Mit Mail vom 9. November 2018 übermittelte die Schiedsbeklagte einige Korrekturen zum Protokoll, welchen die Schiedsklägerin nicht widersprochen hat und die vom Schiedsgericht akzeptiert

² Eröffnungsplädoyer der Schiedsbeklagten vom 23. Oktober 2018 (43 Seiten), nachstehend die „PPP o“.

werden.

- 17 Am Ende der mündlichen Verhandlung hat das Schiedsgericht das Verfahren für geschlossen erklärt, was in der Mail des Schiedsgerichts an die Parteien vom 24. Oktober 2018 nochmals unter Vorbehalt von Eingaben der Parteien zu den Kosten bestätigt wurde.
- 18 Mit der verfahrensleitenden Verfügung Nr. 2 vom 31. Oktober 2018 hat das Schiedsgericht unter Angabe von Gründen den Streitwert im Zeitpunkt des Endes der Mündlichen Verhandlung auf [...] festgesetzt.
- 19 Am 14. November 2018 haben die Parteien ihre Kostennoten eingereicht. Von der vom Schiedsgericht eingeräumten Möglichkeit, zu den Kosten der Gegenseite bis zum 22. November 2018 Stellung zu nehmen, haben sie keinen Gebrauch gemacht.
- 20 Am 10. Dezember 2018 hat das Schiedsgericht der DIS den Text des Schiedsspruchs gemäß Artikel 39.3 DIS-SchO zur Durchsicht übermittelt.

IV. SACHVERHALT

1. Hintergrund der Auseinandersetzung

- 21 Die Parteien haben am 25. Juni 2014 einen „Mobile Bitstream Access Vertrag über den Erwerb von Netzkapazitäten im Mobilfunknetz von Telefónica Germany GmbH & Co. OHG“ geschlossen (der „MBA Vertrag“). Die Schiedsbeklagte ist auf dem deutschen Mobilfunkmarkt als sog. Mobile Network Operator („MNO“) tätig. Sie ist eine Tochtergesellschaft der Telefónica Deutschland Holding AG („TELEFÓNICA“). Aufgrund des MBA Vertrages hat sie der Schiedsklägerin einen Teil ihres Mobilfunknetzes zur Verfügung gestellt. Dadurch kann letztere auf dem deutschen Markt als sog. Mobile Virtual Network Operator („MVNO“, teilweise schlicht auch als „Non-MNO“ bezeichnet) eigene Mobilfunkdienstleistungen in eigenem Namen und auf eigene Rechnung gegenüber Endkunden erbringen, und zwar unabhängig und damit im Wettbewerb zu denen der Schiedsbeklagten.
- 22 Der Schiedsklägerin wurden insgesamt 20% der bestehenden und zukünftigen Netzkapazität der TELEFONICA überlassen,³ und zwar „upfront“, d.h. im Jargon der Mobilfunkbetreiber als „Vorleistung“ auf dem „Vorleistungsmarkt“, und gegen ein entsprechendes Entgelt⁴.
- 23 Der MBA Vertrag ist Teil der Abhilfemaßnahmen bzw. der sog; „Remedies“, die TELEFONICA der EU Kommission unterbreitet hat, damit der Kontrollerwerb über das Geschäft der E-Plus, einem anderen deutschen MNO, im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens genehmigt werde. Aufgrund der Übernahme der E-Plus durch die TELEFONICA ist die Zahl der MNO in Deutschland von vier auf drei gesunken. Gleichzeitig hatte die Schiedsbeklagte es übernommen, „einen von der EU Kommission zu genehmigenden „Monitoring Trustee“ einzusetzen, der dafür zuständig ist, die Erfüllung der Abhilfemaßnahmen, d.h. der sogenannten „Commitments“ und der sich aus der Freigabeentscheidung der EU Kommission ergebenden Auflagen und Bedingungen zu überwachen.⁵
- 24 Die Freigabeentscheidung der EU Kommission ist am 2. Juli 2014 erfolgt (Anlage KI). Zum gleichen Zeitpunkt hat letztere auch den Monitoring Trustee, Competition Rx Ltd., ernannt, die in 2015 von Mazars übernommen wurde (Anlage K 12). Der Zusammenschluss wurde am 1.

³ Siehe näher dazu MBA Vertrag, Präambel (3) und (6).

⁴ [...].

⁵ MBA Vertrag, Präambel (1) und (2).

Oktober 2014 vollzogen.⁶

- 25 Der MBA Vertrag ist von den Parteien am [...] in Vollzug gesetzt worden. Er hat eine Grundlaufzeit bis zum [...], die [...] Mal um [...] Jahre, also bis [...] verlängert werden kann. Der MBA Vertrag wurde von den Parteien mehrfach geändert, zuletzt am [...] durch die [...]. Änderungsvereinbarung,⁷ die dem vorliegenden Rechtsstreit zugrunde liegt.
- 26 Mit vorab per Mail und als Einschreiben versandtem Schreiben vom 5. September 2017 forderte die Schiedsklägerin die Schiedsbeklagte auf, „innerhalb einer Woche die gemäß Ziffer 2.4 des MBA Vertrages vorgesehenen Gespräche über ein Price Review aufzunehmen und (...) vorab ein Angebot zu unterbreiten, [...]“⁸ Der Sache nach lehnte die Schiedsbeklagte dieses Anliegen mit Schreiben vom 18. September 2017 mangels Festlegung des „Price Review Zeitpunktes“ und ausreichender Zahlen, Daten und Fakten, aus denen sich die angeblich mangelnde Wettbewerbsfähigkeit der Schiedsklägerin herleiten ließe, ab.⁹
- 27 Mit Mail vom 4. Oktober 2017 erklärte die Schiedsklägerin, dass der 5. September 2017 der Price-Review-Zeitpunkt sei, die Übersendung des Schreibens vom 5. September 2017 für den Zugang ausreichend sei, dass die Schiedsbeklagte noch keinen Vorschlag unterbreitet habe und wegen [...] sie gemäß Ziffer 2.4 des MBA Vertrages alsbald einen Schiedsgutachter anrufen müsse.¹⁰
- 28 Die Schiedsbeklagte widersprach der Auffassung, dass der 5. September 2017 der relevante Price-Review-Zeitpunkt sei und erklärte (zusätzlich) in Ihrer Erwiderungsmail vom 9. Oktober 2017, was den Kern der streitigen Auseinandersetzung der Parteien kristallisiert:

„Im Hinblick auf das weitere Prozedere nach Ziffer 2.4 der Transition Vereinbarung erfordern die [...] zunächst einmal die gemeinsame Feststellung, dass die zwischen den Häusern vereinbarten Preise es Ihnen zum Price Review Zeitpunkt nicht mehr erlaubt haben, [...].

Ob dies der Fall ist, wird in unseren Häusern offensichtlich unterschiedlich beurteilt. Um gemeinsam beurteilen zu können, ob Sie in der Lage waren, zum Price Review Zeitpunkt [...], benötigen wir zwangsläufig alle für Ihre Position notwendigen Informationen von Ihnen. Wie sollen wir Ihre Auffassung überprüfen und bewerten können, ohne Ihre grundlegenden Annahmen, Ihr Zahlenmaterial und Ihre Berechnungsmethoden zu kennen? Die Verpflichtung zur Vorlage der relevanten Daten folgt sowohl aus dem Sinn und Zweck von Ziffer 2.4 der Transition Vereinbarung als auch dem vertraglichen und gesetzlichen Gebot von Treu und Glauben. Diesem Gebot folgend, bieten wir Ihnen Zug um Zug an, unser Datenmaterial sowie unsere Berechnungsmethoden offen zu legen, aus denen sich unsere Auffassung ergibt.

Wir betonen nochmals, dass es ohne eine inhaltlich substantiierte Darstellung beider Positionen weder möglich ist, die in Ziffer 2.4 der Transition Vereinbarung zunächst verlangte Feststellung zu treffen, ob die zwischen uns vereinbarten Preise Ihnen zum Price Review Zeitpunkt erlaubt haben, [...], noch die [...] über eine mögliche Preisanpassung nach Treu und Glauben [...], sollte die vorgelagerte Feststellung nicht getroffen werden können.

Mit Ihrem bisherigen Vorgehen in dieser Sache, das einer Blockade und Verweigerung der Mitwirkung gleichkommt, vereiteln Sie die Durchführung des in Ziffer 2.4 der Transition

⁶ Mitteilung der TELEFONICA vom 1. Oktober 2014, Anlage K 10.

⁷ Anlage K 15.

⁸ Anlage K 25.

⁹ Anlage K 27.

¹⁰ Anlage K 28.

Vereinbarung festgelegten Überprüfungsprozesses. Dabei legen wir Wert auf die Feststellung, dass die angesprochenen Informationen durch beide Seiten beizubringen sind. Es entspricht der Billigkeit, dass jede Partei die ihren Standpunkt begründenden Tatsachen darlegt. Eine alleinige Darlegungspflicht durch Telefónica begründet weder Ziffer 2.4 der Transition Vereinbarung noch entspräche sie Treu und Glauben. Auf dieser Grundlage lässt sich weder eine gemeinsame Feststellung treffen noch verhandeln. Allein auf unser neues Produktportfolio zu verweisen, ist im Lichte der Ziffer 2.4 der Transition Vereinbarung sicher nicht ausreichend.

Nach alledem haben wir Sie nochmals aufzufordern, uns durch eine geeignete und substantiierte Darstellung Ihrer Position in die Lage zu versetzen, die [...] Feststellung treffen zu können. Gleichzeitig bieten wir an, Ihnen notwendige Informationen vorzulegen. Sobald diese Informationen ausgetauscht wurden, kann die jeweilige Bewertung vorgenommen werden und bei Konsens beider Parteien über die Notwendigkeit einer Preisanpassung [...].¹¹

- 29 Die Schiedsklägerin widersprach der vorgenannten Auffassung, akzeptierte aber einen Gesprächstermin,¹² der am 16. Oktober 2017 in München stattfand.¹³
- 30 Da die Schiedsbeklagte alsdann die Überprüfbarkeit der anlässlich des Treffens diskutierten Tarifbeispiele der Schiedsklägerin bemängelte, übersandte die Schiedsklägerin mit Mail vom 18. Oktober 2017 weitere Tarifbeispiele.¹⁴ Diese wurden von der Schiedsbeklagten aus mehreren Gründen per Mail vom 26. Oktober 2017 als unzureichend zurückgewiesen¹⁵. Die Schiedsklägerin stellte dann am darauf folgenden Tag das Ende der [...] in dem Preis-Review-Verfahren zum 5. Oktober 2017 fest und bot gleichzeitig eine Verlängerung der [...] bis zum 27. November 2017 an.¹⁶ Mangels einer Einigung sollte alsdann ein Schiedsgutachter benannt werden.
- 31 Nach einem weiteren Mailaustausch und einem Telefonat am 14. November 2017¹⁷ kam es am 21. November 2017 erneut zu einem Telefonat der Parteien, während dessen eine Excel-Tabelle mit einer Analyse von Tarifberechnungen besprochen wurde.¹⁸ Alsdann fand am 14. Dezember 2017 in Frankfurt ein Gespräch auf Vorstandsebene der Parteien statt, bei dem es allerdings zu keiner Verhandlung über den Price Review kam.¹⁹
- 32 Mit Schreiben vom 7. Februar 2018 unterbreitete die Schiedsklägerin die Namen von drei Wirtschaftsprüfern als Kandidaten für die Rolle des Schiedsgutachters²⁰. Diese Vorgehensweise wurde von der Schiedsbeklagten mit Schreiben vom 19. Februar 2018 aus mehreren dort genannten Gründen abgelehnt.²¹

¹¹ Anlage K 29.

¹² Mail vom 11. Oktober 2017, Anlage K 30.

¹³ Siehe zum Ablauf und Inhalt des Gesprächstermins die schriftlichen Zeugenerklärungen vom 9. August 2018 von [...], Rdn. 1 Iff., und [...], Rdn. 3ff. (Anlagen K60 und K61) einerseits, sowie Zeugenaussage vom 5. Oktober 2018 von [...] Rdn. 5 ff (Anlage BZA-2) andererseits und Anlage K 31.

¹⁴ Anlage K 32 und K 33.

¹⁵ Anlage K 34.

¹⁶ Mail der Schiedsklägerin vom 27. Oktober 2017, Anlage K 35.

¹⁷ Anlage K 36 und K 37.

¹⁸ Anlage K 38 und die schriftlichen Zeugenerklärungen von [...], Rdn. 9 ff., sowie von [...], (Anlage BZA-I) Rdn. 14 ff. und von [...], Rdn. 14 ff

¹⁹ Angeregt durch die Mail der Schiedsklägerin vom 28. November 2017, Anlage K39. Zum Gesprächsverlauf wird auf die schriftliche Zeugenerklärung von [...], Rdn. 17ff. verwiesen.

²⁰ Anlagen K 40 und K 41.

²¹ Anlage K 42.

33 Der von der Schiedsklägerin ²² daraufhin angerufene Präsident der Handelskammer Hamburg lehnte mit Schreiben vom 15. März 2018 die Benennung eines Schiedsgutachters ab. Die Handelskammer sei nicht dazu berufen, „eine Parteistreitigkeit über das Vorliegen der Benennungsvoraussetzungen zu klären. Dies ist Sache der Parteien bzw. eines staatlichen Gerichts (...)“.²³

34 Die Schiedsklägerin hat daraufhin am 22. Mai 2018 das vorliegende Schiedsverfahren eingeleitet.

2. Einschlägige Vertragsbestimmungen

35 Zwei Vertragsbestimmungen sind für den vorliegenden Rechtsstreit maßgeblich und werden daher hier wörtlich wiedergegeben. Es handelt sich zum einen um Ziffer 2.4 des MBA Vertrages, der aus neun Sätzen besteht, die der Übersichtlichkeit halber und zwecks weiterer Bezugnahme als solche gekennzeichnet werden:

[...]

[...]

[...]

[...]

[...]

[...]

[...]

[...]

[...]

[...]

36 Zum anderen geht es um Ziffer 2.7 des MBA Vertrages, der in den hier relevanten Passagen folgendes bestimmt:

[...]

[...]

[...]

3. Die Positionen und Anträge der Parteien

37 Die Schiedsklägerin bringt vor, dass das in Ziffer 2, ANLAGE 5 vorgesehene Fast-Track Streitschlichtungsverfahren auf den vorliegenden Rechtsstreit anwendbar sei, denn es reiche aus, dass die Streitigkeit in Zusammenhang mit einem Vertrag steht, der in Erfüllung der Commitments geschlossen wurde. Das angerufene Schiedsgericht sei daher zuständig. Es bestehe

²² Anlagen K 43 und K 44.

²³ Anlage K 45.

auch ein Rechtsschutzbedürfnis für die Schiedsklage.

- 38 Die Schiedsklägerin ist der Ansicht, dass ihr mit Schreiben vom 5. September 2017 geäußelter Wunsch nach einer Price Review zur Einleitung des Price Review Verfahrens gemäß Ziffer 2.4 Satz 2 des MBA Vertrages genüge. Dadurch sei für die Parteien gemäß Ziffer 2.4 Satz 6 und 7 des MBA Vertrages ein [...] eröffnet worden. Der Vertrag gäbe in Ziffer 2.4 Satz 3 die Faktoren an, die die Parteien [...] insbesondere berücksichtigen sollten. Danach sollten die Parteien [...] [...].²⁴ Die Schiedsbeklagte habe allerdings jede [...] und Kooperation verweigert.
- 39 Falls die Parteien innerhalb [...] zu keiner Einigung kommen, bestimmen die Parteien gemeinsam einen Schiedsgutachter, der dann über die Preisanpassung zu entscheiden habe (Ziffer 2.4 Satz 7 und Ziffer 2.7 Satz 1 und 2 des MBA Vertrages). Können die Parteien sich dagegen nicht auf einen Schiedsgutachter einigen, sei dieser vom Präsidenten der Handelskammer Hamburg gemäß Ziffer 2.7 Satz 4 des MBA Vertrages zu bestimmen. Obwohl es zu keiner Einigung der Parteien gekommen sei, habe die Schiedsbeklagte sich geweigert, an der Bestellung des Gutachters mitzuwirken. Der Präsident der Handelskammer Hamburg habe nur aufgrund der Verweigerungshaltung der Schiedsbeklagten von der Benennung eines Gutachters abgesehen, da streitig geworden sei, ob die Ernennungsvoraussetzungen für den Gutachter vorliegen. Dies sei der Grund für dieses Schiedsverfahren.
- 40 Die darüber hinausgehenden Forderungen der Schiedsbeklagten seien künstlich aufgebaute Hürden, die im Vertrag keine Stütze fänden.²⁵ Das Verhalten der Schiedsbeklagten verstoße nicht nur gegen die Vertragspflichten, sondern auch gegen die gegenüber der EU Kommission abgegebenen Commitments.²⁶
- 41 Für die Schiedsklägerin haben die Parteien die [...] zur Durchführung eines Price Review Verfahrens erschöpft, weshalb die Schiedsklage nicht nur zulässig, sondern auch begründet sei.
- 42 Mit der Replik hat die Schiedsklägerin ihre Anträge wie folgt „konkretisiert“ und in der Mündlichen Verhandlung geltend gemacht:

„Die Schiedsklägerin beantragt,

festzustellen, dass die Voraussetzungen für die Bestimmung eines unabhängigen Dritten (z.B. Wirtschaftsprüfer) gemäß Ziffer 2.4 in Verbindung mit Ziffer 2.7 des Mobile Bitstream Access Vertrags über den Erwerb von Netzkapazitäten im Mobilfunknetz von Telefónica Germany GmbH & Co. OHG durch den Präsidenten der Handelskammer Hamburg vorliegen und dieser unabhängige Dritte als Schiedsgutachter innerhalb von drei Monaten im Sinne des § 317 BGB verbindlich für die Schiedsklägerin und die Schiedsbeklagte zu entscheiden hat, ob und wenn ja, in welchem Umfang die Preise für den Bezug von Netzkapazität durch die Schiedsklägerin von der Schiedsbeklagten nach den in Ziffer 2.4 des Mobile Bitstream Access Vertrags über den Erwerb von Netzkapazitäten im Mobilfunknetz von Telefónica Germany GmbH & Co. OHG genannten Gesichtspunkte [...] zum 5. September 2017 für [...] anzupassen sind; [nachfolgend: „Klagebegehren 1“]

die Schiedsbeklagte zu verurteilen, gemeinsam mit der Schiedsklägerin beim Präsidenten der Handelskammer Hamburg gemäß Ziffer 2.4 in Verbindung mit Ziffer 2.7 des Mobile Bitstream Access Vertrags über den Erwerb von Netzkapazitäten im Mobilfunknetz von Telefónica Germany GmbH & Co. OHG die Bestimmung eines unabhängigen Dritten (z.B. Wirtschaftsprüfer) zu beantragen, der über das "Ob" und/oder das "Wie" einer

²⁴ Replik, Rdn.29 ff.

²⁵ Replik, Rdn 15.

²⁶ Replik, Rdn. 52 ff.

Preisanpassung gemäß Ziffer 2.4 des Mobile Bitstream Access Vertrags über den Erwerb von Netzkapazitäten im Mobilfunknetz von Telefónica Germany GmbH & Co. OHG entscheidet; [nachgehend: „Klagebegehren 2“]

die Schiedsbeklagte zu verurteilen, den gemäß Ziffer 2.4 in Verbindung mit Ziffer 2.7 des Mobile Bitstream Access Vertrags über den Erwerb von Netzkapazitäten im Mobilfunknetz von Telefónica Germany GmbH & Co. OHG vom Präsidenten der Handelskammer Hamburg bestimmten unabhängigen Dritten gemeinsam mit der Schiedsklägerin damit zu beauftragen, als Schiedsgutachter innerhalb von [...] im Sinne des § 317 BGB verbindlich für die Schiedsklägerin und die Schiedsbeklagte zu entscheiden, ob und wenn ja, in welchem Umfang die Preise für den Bezug von Netzkapazität durch die Schiedsklägerin von der Schiedsbeklagten nach den in Ziffer 2.4 des Mobile Bitstream Access Vertrags über den Erwerb von Netzkapazitäten im Mobilfunknetz von Telefónica Germany GmbH & Co. OHG genannten Gesichtspunkte [...] zum 5. September 2017 für [...] anzupassen sind; [nachfolgend: „Klagebegehren 3“]

festzustellen, dass alle Schäden, die der Schiedsklägerin aufgrund der von der Schiedsbeklagten verursachten Verzögerungen des Price Review Verfahrens gemäß Ziffer 2.4 in Verbindung mit Ziffer 2.7 des Mobile Bitstream Access Vertrags über den Erwerb von Netzkapazitäten im Mobilfunknetz von Telefónica Germany GmbH & Co. OHG entstehen, von der Schiedsbeklagten zu tragen sind.“ [nachfolgend: „Klagebegehren 4“]

43 Für die Schiedsklägerin liegt bei den in der Replik neu formulierten Klagebegehren keine Klageänderung vor. Ihre neu gefassten Anträge würden sich in der Sache nicht von den ursprünglichen Anträgen unterscheiden, verfolgten sie doch jeweils das Ziel, einen Gutachter zu bestellen, der das „Ob“ und gegebenenfalls das „Wie“ einer Preisanpassung überprüft.²⁷ Doch selbst wenn eine Klageänderung vorliege, sei sie jedenfalls nicht verspätet im Sinne von § 1046(2) ZPO.

44 In der Mündlichen Verhandlung hat die Schiedsklägerin hilfsweise und rein vorsorglich ihre Anträge aus der Schiedsklage aufrecht erhalten.²⁸ Diese lauteten:

„Die Schiedsklägerin beantragt, die Schiedsbeklagte zu verurteilen,

der Bestellung eines unabhängigen Gutachters für die Durchführung eines Price Review gemäß Ziffer 2.4 in Verbindung mit Ziffer 2.7 des Mobile Bitstream Access Vertrages über den Erwerb von Netzkapazitäten im Mobilfunknetz von Telefónica Germany GmbH & Co. OHG durch den Präsidenten der Handelskammer Hamburg zuzustimmen,

zuzustimmen und zu erklären, dass die Voraussetzungen für die Bestellung eines unabhängigen Gutachters für die Durchführung eines Price Review gemäß Ziffer 2.4 in Verbindung mit Ziffer 2.7 des Mobile Bitstream Access Vertrages über den Erwerb von Netzkapazitäten im Mobilfunknetz von Telefónica Germany GmbH & Co. OHG durch den Präsidenten der Handelskammer Hamburg erfüllt sind,

zu erklären, dass die Schiedsbeklagte der Entscheidung des Präsidenten der Handelskammer Hamburg hinsichtlich des unabhängigen Gutachters für die Durchführung eines Price Review gemäß Ziffer 2.4 in Verbindung mit Ziffer 2.7 des Mobile Bitstream Access Vertrages über den Erwerb von Netzkapazitäten im Mobilfunknetz von Telefónica Germany GmbH & Co. OHG zustimmen wird,

zuzustimmen und zu erklären, dass die Schiedsbeklagte sich an eine von dem unabhängigen

²⁷ [...], Wortprotokoll, S.23.

²⁸ [...], Wortprotokoll, S.25

Gutachter getroffene Entscheidung über den Price Review betreffend das "Ob" und "Wie" einer Preisanpassung gemäß Ziffer 2.4 Satz 7 des Mobile Bitstream Access Vertrages über den Erwerb von Netzkapazitäten im Mobilfunknetz von Telefónica Germany GmbH & Co. OHG halten wird,

zuzustimmen und zu erklären, dass alle Schäden, die der Schiedsklägerin aufgrund der von der Schiedsbeklagten verursachten Verzögerungen des Price Review Verfahrens gemäß Ziffer 2.4 in Verbindung mit Ziffer 2.7 des Mobile Bitstream Access Vertrages über den Erwerb von Netzkapazitäten im Mobilfunknetz von Telefónica Germany GmbH & Co. OHG entstehen, von der Schiedsbeklagten zu tragen sind.

Zudem beantragt die Schiedsklägerin,

der Schiedsbeklagten die Kosten des Schiedsverfahrens aufzuerlegen.“

- 45 Die Schiedsbeklagte beantragt demgegenüber, die Schiedsklage als unzulässig, jedenfalls als unbegründet abzuweisen²⁹ und der Schiedsklägerin die Kosten des Schiedsverfahrens aufzuerlegen³⁰
- 46 Die Schiedsbeklagte geht zunächst von der Unzuständigkeit des Schiedsgerichts aus, da die Klageanträge vom sachlichen Anwendungsbereich der Schiedsvereinbarung nicht gedeckt seien. Das Schiedsverfahren sei nur zwecks Überprüfung der Einhaltung von Commitments vorgesehen, diene demgegenüber nicht für reine kommerzielle Vertragsregelungen. Bei der Preisanpassung gehe es allerdings nur um eine solche kommerzielle Regelung.³¹
- 47 Des Weiteren ist die Schiedsbeklagte der Ansicht, dass die mit der Replik gestellten Klageanträge 1 (Teil 2), 2 und 3 von der Schiedszusage in zeitlicher Sicht nicht gedeckt seien. Die im Vertrag (Ziffer 4, ANLAGE 5) enthaltene Schiedszusage hätte von der Schiedsklägerin gemäß § 148 BGB nur innerhalb der dort vorgesehenen Annahmefrist von 20 Kalendertagen nach Ablauf der Konsultationsfrist der CEOs durch Einreichung der Schiedsklage angenommen werden können. Bei Einreichung der Replik sei die vertragliche Annahmefrist bereits abgelaufen gewesen. Eine Schiedsvereinbarung in Bezug auf die neuen Anträge der Schiedsklägerin sei daher nicht zustande gekommen³²
- 48 Die mit der Replik gestellten vier Anträge seien keine Konkretisierung der mit der Schiedsklage ursprünglich geltend gemachten fünf Anträge. Es handle sich vielmehr um eine umfassenden Neugestaltung der Klageanträge.³³ Die beiden Feststellungsanträge (neue Klageanträge 1 und 4) seien des Weiteren unzulässig³⁴
- 49 Auch der dritte Klageantrag sei unzulässig (bzw. von der Schiedsvereinbarung nicht gedeckt, da er auf eine zukünftige Leistung (Beauftragung des erst noch zu bestimmenden Schiedsgutachters) und damit vorbeugenden Rechtsschutz abziele³⁵ Die Schiedsvereinbarung diene nur der Abhilfe einer (behaupteten) Commitmentverletzung, nicht dagegen der Prävention. Im Übrigen seien insoweit die Voraussetzungen für vorbeugenden Rechtsschutz gemäß § 259 ZPO nicht erfüllt, da es keinen Grund zur Besorgnis gebe, die Schiedsbeklagte würde sich der rechtzeitigen Leistung

²⁹ Duplik, Rdn. 263; [...]

³⁰ Wortprotokoll, S. 71

³¹ Duplik, Rdn.215 ff..

³² Duplik, Rdn. 198-203.

³³ Duplik, Rdn. 188 ff., vgl. Slides 22 der PPP

³⁴ Duplik Rdn.224 ff.

³⁵ Duplik, Ptdn.229 ff..

entziehen³⁶

- 50 Eine Klageänderung im Laufe des Fast-Track Dispute Resolution Verfahrens widerspreche im Übrigen der Natur dieses Verfahrens und sei deshalb ausgeschlossen. Das ergebe sich auch aus Art. 3 Anlage 4 der DIS-SchO, der nur zwei Schriftsatzrunden vorsähe. Schließlich würden die Voraussetzungen für eine Klageänderung nach § 1046 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen, insbesondere sei die Verspätung der Klageerhebung nicht entschuldigt³⁷
- 51 Jedenfalls sei die Schiedsklage mit ihren ursprünglichen, aber auch mit den zuletzt gestellten Klagebegehren vollumfänglich unbegründet.
- 52 Entgegen der Auffassung der Schiedsklägerin sei sie aus der Upfront-MBA MVNO Remedy nicht verpflichtet, der Schiedsklägerin fortlaufend kommerzielle attraktive Preise und Bedingungen anzubieten und die Geeignetheit (suitability) der Schiedsklägerin in Form von Rentabilität und Wettbewerbsfähigkeit sicher zu stellen. Der von der Schiedsklägerin konstruierte Inhalt der Upfront-MBA-MVNO Remedy bestehe schon nicht. Jedenfalls aber würde eine Verletzung der vertraglichen Pflichten der Schiedsbeklagten aus Ziffer 2.4 i. V. m. 2.7 des MBA Vertrages nicht zugleich zu einer Verletzung der Verpflichtungen der Schiedsbeklagten aus den Commitments führen. Das Price Review Verfahren sei nicht Gegenstand der Commitments.
- 53 Abgesehen davon habe sie ihre vertraglichen Verpflichtungen aus Ziffer 2.4 i. V. m. 2.7 des MBA Vertrages erfüllt.
- 54 Ein Anspruch der Schiedsklägerin gegen die Schiedsbeklagte auf Zustimmung zur Bestellung eines Schiedsgutachters durch den Präsidenten der Handelskammer Hamburg bzw. auf Zustimmung und Erklärung, dass die Voraussetzungen für eine solche Bestellung vorliegen, bestünde nicht. Die Parteien seien nämlich noch nicht zu der [...] gemeinsamen Feststellung gelangt, dass [...]. Noch nicht einmal die hierzu erforderliche Prüfung des Preisanpassungsbegehrens konnte bislang erfolgen, weil die Schiedsklägerin ihren Informationspflichten nicht nachgekommen sei. Die Schiedsklägerin habe ihr Verlangen nach einer Preisanpassung weder substantiiert noch beziffert. Ebenso wenig habe sie zur Prüfung und [...] geeignete Informationen zur Verfügung gestellt. Die [...], wären sinnlos, wenn die Schiedsklägerin [...] de facto dadurch aushebeln könnte, dass sie keine inhaltliche Grundlage für solche [...] anbiete.
- 55 Es sei auch nicht so, dass die Schiedsklägerin schutzlos gestellt wäre, wenn sie die ordnungsgemäße Durchführung des Price Review Verfahrens durch eine ungerechtfertigte Blockade der gemeinsamen Feststellung im Sinne von Ziffer 2.4 Satz 6 des MBA Vertrages verhindere. In diesem Fall nämlich könnte die Schiedsklägerin Rechtsschutz vor den zuständigen Zivilgerichten suchen. Mangels hinreichender Informationen durch die Schiedsklägerin in dem eingeleiteten Price Review Verfahren lasse sich auch nicht die erforderliche Eignung und die Unabhängigkeit eines Dritten im Sinne von Ziffer 2.7 des MBA Vertrages überprüfen, weshalb die Schiedsbeklagte auch deshalb keinesfalls verpflichtet sein könne, im Voraus der Bestellung eines Schiedsgutachters durch den Präsidenten der Handelskammer Hamburg zuzustimmen und irgendwelche Erklärungen in diesem Zusammenhang abzugeben.
- 56 Die Schiedsklägerin könne auch keinen Verzögerungsschaden aus einer angeblichen Verzögerung des Price Review Verfahrens verlangen. Die Schiedsbeklagte befinde sich mit ihren vertraglichen Pflichten nicht in Verzug. Es liege keine Pflichtverletzung oder Verzögerung vor, die sie zu vertreten habe.

³⁶ Duplik, Ptdn.229 ff..

³⁷ Duplik, Rdn.208 ff..

V. ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

1. Zur Zuständigkeit des Schiedsgerichts

- 57 Das Schiedsgericht ist für den ihm von der Schiedsklägerin unterbreiteten Streit zuständig. Die Zuständigkeit ergibt sich aus Ziffer 10 des MBA Vertrages in Verbindung mit der [...] in ANLAGE 5.
- 58 Das von den Parteien in ANLAGE 5 vereinbarte [...] betrifft gemäß Ziffer 10 des MBA Vertrages „Streitigkeiten, die sich aus der Transition Vereinbarung (=MBA Vertrag) ergeben und die ihren Ursprung in einer vom MBA MVNO behaupteten Verletzung der von TELEFONICA angebotenen und von der EU Kommission akzeptierten Abhilfemaßnahmen haben ...“
- 59 Der MBA Vertrag ist ein integraler Bestandteil der Verpflichtungszusagen der TELEFONICA bzw. eine der drei von der EU Kommission akzeptierten Abhilfemaßnahmen in Form der Upfront MBA MVNO Remedy³⁸ Soweit es um deren Umsetzung geht und insoweit eine Verletzung behauptet wird, ist das Fast-Track Streitschlichtungsverfahren anwendbar. Die Umsetzung der Abhilfemaßnahmen reduziert sich nach der Überzeugung des Schiedsgerichts nicht auf den Abschluss des MBA Vertrages, sondern auch auf dessen Durchführung. Soweit entscheidende Vertragsbestimmungen des MBA Vertrages zur Debatte stehen, sind dessen Durchführung und damit die vorgenannten Abhilfemaßnahmen betroffen. Eine Trennung dieser Vereinbarung in einen rein regulatorischen Teil, für den die schiedsgerichtliche Zuständigkeit gegeben wäre und in einen rein kommerziellen Teil, für den sie fehlen würde, lässt sich im Wege der Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB weder dem Wortlaut noch dem Zweck des MBA Vertrages entnehmen. Bei seiner Auslegung der fraglichen Vertragsbestimmungen hat das Schiedsgericht von den allgemeinen Auslegungsregeln gemäß der §§ 133, 157 BGB auszugehen. Danach ist bei der Auslegung von Willenserklärungen ihr rechtlich maßgeblicher Sinn nach Treu und Glauben und unter mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu ermitteln. Im Zweifel ist anzunehmen, dass die Parteien eine vernünftige Regelung treffen wollten, die den beiderseitigen Interessen entspricht und zu dem erstrebten Erfolg führt (Staudinger, BGB (2017), § 133 Rdn. 52 m. w. N.). Die von den Parteien vereinbarten Klauseln müssen daher Sinn machen, und zwar auch im Hinblick auf die Abgrenzung zwischen Streitigkeiten, die in die Zuständigkeit des Schiedsgerichts fallen und solchen, die dem staatlichen Gericht vorbehalten bleiben sollen.
- 60 Die mit der Schiedsklage verfolgten Anträge betreffen die Preisanpassungsregelung. Dabei handelt es sich zweifelsohne um eine wichtige Vertragsbestimmung, gerade wenn man die [...] berücksichtigt, mit der der MBA MVNO eine Überprüfung der Preise fordern darf. Eine [...] und [...] der Preise pro Jahr soll offensichtlich dem Service Provider die Chance geben, jeweils zeitnah einen den Markt- und damit Wettbewerbsbedingungen adäquaten Preis vom MVO zu erzielen. Das Schiedsgericht vermag nicht einzusehen, weshalb es sich hier um eine rein kommerzielle Regelung ohne Bezug zu den Commitments handeln sollte. Im Gegenteil, immer wenn die Durchsetzung einer wesentlichen Vertragsbestimmung, zu der die Preisanpassungsregelung zweifelsohne gehört, in Frage steht, ist der Bezug zu den Commitments gegeben. Es kommt dabei nicht darauf an, wie die Schiedsbeklagte meint, ob hier eine „bloße und zudem haltlose Behauptung [vorliegt], die Schiedsbeklagte behindere vertragswidrig die Durchführung des Price Review Verfahrens“, um den erforderlichen Bezug zu den Commitments herzustellen. Ausreichend ist vielmehr, dass es um eine wesentliche Vertragsbestimmung geht, deren behauptete Nichteinhaltung einer schnellen Überprüfung zugänglich sein muss.
- 61 Soweit die Schiedsbeklagte meint, beim Kapazitätsmodell spiele der Preis keine Rolle und der MBA Vertrag hätte auch ohne das streitgegenständliche Price Review Verfahren abgeschlossen werden können³⁹ übersieht sie, dass letzteres nun einmal Bestandteil des MBA Vertrages und

³⁸ *Amicus Curiae* Schriftsatz, Rdnr. 3, 19 ff.

³⁹ [...], Wortprotokoll, S' 40 17-25'

damit der Upfront Remedy ist.

- 62 Eine andere Sichtweise wäre unverständlich, da sie mit dem Ziel und Zweck des vereinbarten Verfahrens zur Preisüberprüfung nicht in Einklang zu bringen wäre. Ein erfahrungsgemäß mehrere Jahre dauerndes Gerichtsverfahren über mehrere Instanzen über ein einzelnes Price Review Verfahren wäre geeignet, die [...] mögliche Preisüberprüfung und ggfls. -anpassung für die Laufzeit des Vertrages zu verhindern und so ad absurdum zu führen. [...] Preisprüfung und ggfls. Preisanpassung belegt den Willen der Parteien, rasch und zeitnah die jeweils geltenden Preise abschließend und rechtsverbindlich festzulegen, was nicht zuletzt auch die [...] zeigt. Diesem Ziel stünde deshalb ein ordentliches Gerichtsverfahren schon aufgrund seiner üblichen Dauer entgegen.
- 63 Es erscheint außerdem naheliegend, dass sich die Parteien bei Streitigkeiten um Einkaufspreise und Margen nicht der Öffentlichkeit im staatlichen Gerichtsverfahren aussetzen wollten.
- 64 Es spricht im Übrigen einiges dafür, dass die Vereinbarung mit der Preisanpassungsklausel von TELEFONICA der Kommission als Teil der von ihr übernommenen Verpflichtungszusagen vorgelegt worden ist und auch deshalb als Teil des Commitments anzusehen ist.⁴⁰ Dagegen spricht nicht, dass die Parteien als die unmittelbar von dem Vertragsinhalt betroffenen Personen über den Inhalt der einzelnen Klauseln verhandelt haben und dabei auch kommerzielle Überlegungen eine Rolle gespielt haben. Auch der von der Schiedsbeklagten betonte Umstand, dass die EU Kommission sich während des Prüfungsverfahrens kaum mit Artikel 2.4 auseinandersetzt habe.⁴¹ vermag ein anders Auslegungsergebnis von Ziffer 10 der MBA Vereinbarung nicht zu begründen.
- 65 Für die Richtigkeit des vom Schiedsgericht gefundenen Auslegungsergebnisses spricht auch, dass danach Raum für Streitentscheidungen der staatlichen Gerichte verbleibt, soweit „alle übrigen Streitigkeiten aus und im Zusammenhang mit dieser Vereinbarung“ betroffen sind⁴² So schuldet die Schiedsklägerin zum Beispiel nach Ziffer 1.4, zweiter Spiegelstrich des MBA Vertrages volumenabhängige Vergütungen. Sollte die Parteien sich beispielsweise über deren Umfang streiten, oder sollte es insoweit zur Nichtzahlung oder Zahlungsverzögerungen kommen, so wäre wohl das staatliche Gericht anzurufen. Letztlich kann diese Frage hier aber offen bleiben.
- 66 Ein anderes Auslegungsergebnis rechtfertigt auch nicht die von der Schiedsbeklagten in der mündlichen Verhandlung aufgestellte Behauptung, der MBA Vertrag wäre von der EU Kommission auch ohne die Preisanpassungsregelung genehmigt worden.⁴³ Entscheidend ist allein, dass diese Regelung Bestandteil der Vereinbarung geworden ist und der zu zahlende Preis einschließlich eventueller Preisanpassungsregelungen als Hauptleistung der Schiedsklägerin essentieller Vertragsbestandteil ist.
- 67 Auch wenn das Schiedsgericht an die von der EU Kommission in ihrem *Amicus Curiae* Schriftsatz vertretene Rechtsauffassung in keiner Weise gebunden ist, sieht es sich doch in seiner Rechtsauffassung zu seiner Zuständigkeit durch die Argumente der Kommission bestätigt. Nach Auffassung der Kommission findet das in Ziffer 10 der MBA Vereinbarung vereinbarte Fast Track Schiedsverfahren auf alle Streitigkeiten über Klauseln in dem MBA Vertrag Anwendung, die letztlich dazu dienen, dass MBA MVNO Remedy zu implementieren. Dazu gehörte nach Auffassung der Kommission insbesondere auch die Preisanpassungsklausel in dem MBA

⁴⁰ Während der Mündlichen Verhandlung wurde erklärt, dass der erste Entwurf des MBA Vertrages von der Schiedsbeklagten kam und bereits auch eine Preisanpassungsregelung enthielt, wenn auch in deutlich anderer Form), Wortprotokoll, S. 146 - 148.

⁴¹ [...], Wortprotokoll, S. 41 ff., unter Bezugnahme auf die Anlagen B 29, B 31

⁴² Auf Befragung des Schiedsgerichts während der Mündlichen Verhandlung hat die Schiedsbeklagte konkret als einzigen Fall-der staatlichen Gerichtszuständigkeit den der Preisanpassung angegeben, vgl. [...], Wortprotokoll, S. 110.

⁴³ [...], Wortprotokoll, 5.40 :22'25.

Vertrag, weil gerade sie geeignet sei, einen fortgesetzten Preiswettbewerb sicher zu stellen.⁴⁴

68 Auch sieht die Kommission den anhängigen Rechtsstreit über die Auslegung der Preisanpassungsregelungen in Ziffer 2.4 und 2.7 des MBA Vertrages als im Zusammenhang stehend mit der Erfüllung der Commitments von TELEFONICA an.

69 Die Schiedsvereinbarung in Ziffer 10 des MBA Vertrages erfasst entgegen der Ansicht der Schiedsbeklagten auch die in der Replik gestellten Klagebegehren. Sie zielt auf (künftige) Streitigkeiten ab, „die sich aus der Transition Vereinbarung ergeben und die ihren Ursprung in einer vom MBA MVNO behaupteten Verletzung (...) von (...) Abhilfemaßnahmen“ haben. Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts ergibt sich aus dieser Vorschrift, ohne dass es dazu einer weiteren Maßnahme, sei es eine Annahmeerklärung der Schiedszusage durch die Schiedsklägerin bedürfte. ANLAGE 5 enthält keine darüber hinausgehende Schiedszusage, sondern beschreibt lediglich, wie es in Ziffer 10 des MBA Vertrages [...], „ein Verfahren zur zügigen Streitschlichtung inkl. eines Eskalationsverfahrens.“ Die Aussage, ANLAGE 5 enthalte keine „fertige Schiedsvereinbarung, sondern ein Angebot auf Abschluss einer Schiedsvereinbarung“ liegt daher neben der Sache⁴⁵

Bei dem Einwand der Schiedsbeklagten betreffend den ergebnislosen Ablauf der (vermeintlichen) Abnahmefrist gemäß Ziffer 4, Anlage 5 handelt es sich nicht um eine die

70 Zuständigkeit des Schiedsgerichts betreffende Frage, sondern um eine Frage der Zulässigkeit der jüngsten Klageanträge (vgl. dazu V. 2.).

71 Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die von der Schiedsklägerin verfolgten Klagebegehren in der ursprünglichen und jüngsten Fassung ist deshalb gegeben.

2. Zur Zulässigkeit der Schiedsklage

72 Die Schiedsklage ist zulässig (a), allerdings fehlt dem ersten, auf Feststellung gerichteten Klagebegehren das für seine Zulässigkeit erforderliche Feststellungsinteresse (b).

a) Zur Zulässigkeit der Schiedsklage

73 Die in der Replik neu formulierten Klageanträge sind in zeitlicher Hinsicht zulässig, da die im 1. Absatz der Ziffer 4, ANLAGE 5, enthaltene Frist zur Anrufung der DIS insoweit nicht anwendbar ist.

74 ANLAGE 5 regelt im Detail ein Verfahren der „Fast-Track-Dispute-Resolution.“ Es ist erkennbares Ziel dieses Regelungswerks, innerhalb eines möglichst geringen Zeitraums zu einer Streitlösung zu gelangen. Das gilt zunächst über den in Ziffer 3, ANLAGE 5, vorgesehenen vorschiedsgerichtlichen Eskalationsprozess. Bleibt dieser erfolglos, so hat die antragende Partei, vorliegend also die Schiedsklägerin, „[...] (...) bei der [DIS] die Durchführung des Schiedsverfahrens zu beantragen.“

75 Es ist unstrittig, dass die CEOs der Parteien sich am 4. Mai 2018 in Frankfurt zwecks Streitbeilegung getroffen haben, und dass es zu keiner Einigung gekommen ist.⁴⁶ Die am 22. Mai 2018 erhobene Schiedsklage ist somit vor Ablauf der vorgenannten Frist von [...] erhoben worden und damit zulässig.

⁴⁴ *Amicus Curiae* Schriftsatz, Rdn. 32'

⁴⁵ [...], Wortprotokoll, S. 48 :25'26

⁴⁶ Schiedsklage, S. 43 f ; Anlagen K 55 und K 56; in der Erwiderung, Rdn. 160, wird die Unzulässigkeit der Schiedsklage unter dem hier genannten Aspekt nicht geltend gemacht'

- 76 Die Zulässigkeit der Schiedsklage erfasst auch die in der Replik neu gefassten Klageanträge, denn auch sie haben ihre Grundlage in den Meinungsverschiedenheiten im Sinne von Ziffer 4 Abs. 1, Anlage 5 und Ziffer 3 Anlage 5 die Gegenstand des dem Schiedsverfahren vorangehenden Eskalationsprozesses waren. Denn Ziffer 4, 1. Absatz der ANLAGE 5, stellt auf die „Meinungsverschiedenheiten“ der Parteien ab, die Gegenstand der in Ziffer 3, ANLAGE 5, beschriebenen Konsultationsphase gewesen sein müssen.
- 77 Entgegen der Auffassung der Schiedsbeklagten sind die mit der Replik erstmals geltend gemachten Feststellungsanträge auch vom sachlichen Anwendungsbereich der Schiedsvereinbarung gedeckt. Die Schiedsbeklagte leitet ihre Ansicht aus ANLAGE 5, Ziffer 4 Abs. 2, 5 und 15 her, wo von [...] Rede ist, die die Schiedsbeklagte ergreifen müsse, um die Selbstverpflichtungen gegenüber der antragstellenden Partei zu erfüllen⁴⁷ Die Schiedsklägerin müsse deshalb die Anordnung konkreter Maßnahmen verlangen und nicht lediglich die Klärung abstrakter Rechtsfragen.
- 78 Das Schiedsgericht vermag eine solche Einschränkung der schiedsrichterlichen Regelungsbefugnis weder dem Wortlaut noch dem Sinn und Zweck der in ANLAGE 5 genannten Regelungen zu entnehmen. Es folgt deshalb den allgemeinen Regeln zur Feststellung der Zulässigkeit von Feststellungsanträgen, worauf in Bezug auf das Klagebegehren 1 noch zurückzukommen sein wird (nachstehend unter V.2.b).
- 79 Falls ein wirtschaftliches, jedenfalls aber rechtliches Interesse an einer beantragten Feststellung gegeben ist, kann auch im vorliegenden Schiedsverfahren effektiver Rechtsschutz im Wege einer Feststellung erfolgen⁴⁸ ohne dass darüber hinaus eine konkrete Handlung angeordnet werden muss. Das ergibt sich bereits aus [...] Ziffer 15, 2. Satz, ANLAGE 5. Danach entscheidet das Schiedsgericht „über alle Ansprüche, Gesuche und Anträge, die bei dem Schiedsgericht geltend gemacht oder gestellt wurden.“ Ein Ausschluss von Feststellungsanträgen lässt sich dieser Vorschrift nicht entnehmen; er ließe sich auch nicht rechtfertigen. Das Schiedsgericht kann im Übrigen der ANLAGE 5 nicht entnehmen, weshalb eine solche Beschränkung der schiedsrichterlichen Entscheidungsbefugnis von den Parteien hätte gewollt sein sollen.
- 80 Die Schiedsklage ist auch im Hinblick auf das Klagebegehren 3 zulässig. Die darin beantragte Verurteilung der Schiedsbeklagten zu einer gemeinsamen Beauftragung des von der Handelskammer Hamburg benannten Dritten als Schiedsgutachter ist nicht auf eine künftige Leistung gerichtet, sondern lediglich einer von mehreren Schritten in dem vertraglich vereinbarten Preis Review/Preisanpassungsverfahren. Letztlich kann jedoch die Frage dahinstehen, ob das Klagebegehren zu 3) auf eine künftige Leistung gerichtet ist, da jedenfalls die Voraussetzungen des § 259 ZPO erfüllt sind. Die Schiedsbeklagte hat nachhaltig und wiederholt die Bestellung eines Dritten gemäß Ziffern 2.4 und 2.7 des MBA Vertrages mit der Begründung abgelehnt, die Vertragspartner hätten schon nicht gemäß Ziffer 2.4 Satz 6 [...]. Dies rechtfertigt nach Überzeugung des Schiedsgerichts die Bedenken, dass sich die Schiedsbeklagte auch nach einer Benennung eines Dritten durch die Handelskammer Hamburg einer entsprechenden Beauftragung entziehen wird. In diesem Fall müsste die Schiedsklägerin ein erneutes Schiedsverfahren einleiten, um die Mitwirkung der Schiedsbeklagten an der Beauftragung des Schiedsgutachters zu erzwingen.
- 81 Schließlich kann das Schiedsgericht auch nicht der Auffassung der Schiedsbeklagten folgen, der Schiedsklage fehle das für ihre Zulässigkeit erforderliche Rechtsschutzbedürfnis, da der Schiedsklägerin aufgrund der von ihr geltend gemachten Verzögerung bei der Bestellung eines Schiedsgutachters der Weg zu den ordentlichen Gerichten auf unmittelbare Preisanpassung offen

⁴⁷ Duplik, Rdn.224 ff.

⁴⁸ Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 3. Aufl. 2008, Rdn. 1448 m.w.N. Danach soll im Schiedsverfahren ein wirtschaftliches Interesse für die Feststellungsklage genügen.

stehe.⁴⁹ Dabei übersieht nämlich die Schiedsbeklagte, dass es nicht ihr zusteht durch eine Verweigerung der Vertragserfüllung den von der Schiedsklägerin zu wählenden Rechtsweg zu bestimmen. Vielmehr steht es der Schiedsklägerin frei darüber zu entscheiden, ob sie das von ihr als berechtigt angesehene Price Review Verfahren mithilfe des Schiedsgerichts zwangsweise durchführen will oder stattdessen auf unmittelbare Preisanpassung klagt. Ob für die letztere Klage tatsächlich, wie die Schiedsbeklagte meint, der Weg zu den ordentlichen Gerichten offen stünde, kann hier dahinstehen.

82 Das Schiedsgericht vermag schließlich in den erstmals in der Replik erhobenen Klagebegehren keine (unzulässige) Klageänderung zu erkennen: Die dort gestellten Anträge sind auf der Grundlage des identischen Streitgegenstandes auf die gleichen Ziele gerichtet wie die ursprünglichen Klageanträge.

b) Zur Unzulässigkeit des Klagebegehren 1

83 Dem Klagebegehren 1 fehlt dass für seine Zulässigkeit erforderliche Feststellungsinteresse. Das dafür erforderliche wirtschaftliche, jedenfalls aber rechtliche Interesse an alsbaldiger Feststellung setzt voraus, dass dem Recht des Klägers im Verhältnis zum Beklagten eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit droht und das Feststellungsurteil geeignet wäre, die Gefahr zu beseitigen. Allerdings ist nach herrschender Meinung die Feststellungsklage mangels Feststellungsinteresses unzulässig, wenn es dem Kläger möglich und zumutbar ist, bereits eine Leistungsklage zu erheben und darüber ein Urteil zu erwirken, aus dem vollstreckt werden kann. Dies gebietet die Prozessökonomie, nämlich eine Doppelbefassung der Gerichte zur Vermeidung von Kosten zu minimieren.⁵⁰

84 Hier liegt die das Feststellungsinteresse für das Klagebegehren 1 beseitigende „Leistungsklage“ in dem Klagebegehren 2, weshalb das Klagebegehren 1 als unzulässig abzuweisen ist.

3. Zur Begründetheit

85 Die Schiedsklage ist im Hinblick auf die (zuletzt erhobenen) Klagebegehren 2 bis 3 begründet, nicht jedoch in Bezug auf das Klagebegehren 4.

a) Zum Klagebegehren 2

86 Die Schiedsklägerin kann von der Schiedsbeklagten die gemeinsame Antragsstellung beim Präsidenten der Handelskammer Hamburg auf Benennung eines Schiedsgutachters verlangen, da die dafür vereinbarten, erforderlichen Vorstufen durchlaufen worden sind, die Schiedsbeklagte sich aber gleichwohl einem gemeinsamen Antrag widersetzt.

87 In Ziffer 2.4, Satz 1 des MBA Vertrages haben die Parteien festgestellt, dass [...]. Erstmals zum [...], d.h. nach einer vertraglichen Laufzeit von [...] sollte die Schiedsklägerin dann die Möglichkeit haben, die Vertragspreise zur Überprüfung zu stellen. Nach dem [...] sollte dies [...] möglich sein, zum [...], Ziffer 2.4, Satz 2. Unstreitig hat die Schiedsklägerin von dieser Möglichkeit erstmals mit Schreiben vom 5. September 2017 Gebrauch gemacht und einen entsprechenden „Wunsch“ geäußert.

88 Ein besonderes Formerfordernis schreibt der Vertrag ebenso wenig vor, wie das Vorliegen weiterer Voraussetzungen, [...]. Insoweit scheint zwischen den Parteien Einigkeit zu bestehen.⁵¹ Das Fehlen formeller Voraussetzungen um das Preisanpassungsverfahren in Gang zu bringen, mag auf den ersten Blick erstaunen, lässt sich aber ohne weiteres dadurch erklären, dass die

⁴⁹ Duplik, Rdn.235 f.

⁵⁰ Vgl. dazu BGH, NJW-RR 2002, 1377 f. und RGZ 21, 382, 387 f.

⁵¹ [...], Wortprotokoll, S. 53 :29 -53 :2.

Parteien den gleichen Markt von Mobilfunkempfängern bedienen und deshalb von einer umfassenden Marktkennntnis auf beiden Seiten auszugehen ist.

- 89 Wegen Ziffer 2.4 Satz 1 des MBA Vertrages muss der Wunsch eines Price Reviews mit ggfls. nachfolgender Preisanpassung darauf gerichtet sein, [...] zu gewährleisten. Anhaltspunkte dafür, dass die Schiedsklägerin mit ihrem Verlangen nach einem Price Review im September 2017 andere Ziele verfolgt hat, haben sich nicht ergeben. Bezeichnend ist in diesem Zusammenhang, dass die Schiedsklägerin mit ihrem ersten Verlangen nach einem Price Review bis zum 5. September 2017 gewartet hat, obwohl sie erstmals schon zum 1. Juli 2016 eine Überprüfung der Preise hätte verlangen können.
- 90 Einer besonderen bzw. ausdrücklichen Benennung des Zeitpunkts, zu dem der Price Review durchzuführen ist, bedarf es dabei in dem Verlangen entgegen der Auffassung der Schiedsbeklagten nicht.⁵² Es liegt auf der Hand, dass der maßgebliche Stichtag der Tag ist, an dem das Verlangen dem MNO zugeht. Einen rückwirkenden Zeitpunkt sieht der MBA Vertrag nicht vor. Hier ist der Schiedsbeklagten das maßgebliche Schreiben der Schiedsklägerin vom 5. September 2017 unstrittig noch am gleichen Tag per Mail zugegangen.
- 91 Dass das Original des Schreibens vom 5. September 2017 bei der Schiedsbeklagten erst am 11. September 2017 eingegangen ist⁵³, ist ohne Relevanz, worauf die Schiedsklägerin in ihrem Mail vom 4. Oktober 2017 zutreffend hingewiesen hat (Anlage K 28). Da der 5. September 2017 nach dem [...] liegt, konnte schlechterdings nur davon ausgegangen werden, dass es sich hierbei um die [...] Möglichkeit der [...] Preisprüfung handelt.⁵⁴
- 92 Im Schreiben vom 5. September 2017 führte die Schiedsklägerin eingangs aus, dass es ihr um [...] Preise gehe, die die Schiedsbeklagte ihr vertraglich zugesichert habe. Sie erklärte ausdrücklich, dass sie „kurzfristig eine Absenkung des bislang geregelten Einkaufspreises für die Datennutzung“ benötige. Der Umstand, dass die Schiedsklägerin ihren Wunsch lediglich anhand von [...] erläuterte, ändert nichts daran, dass sie ihren Wunsch auf Überprüfung der Preise gegenüber der Schiedsbeklagten klar und unmissverständlich zum Ausdruck gebracht hat. Das Schiedsgericht hält es insoweit auch für unschädlich, dass die Schiedsklägerin nicht von Anfang an mitgeteilt hat, dass das Price-Review-Verfahren sich nicht nur auf [...], sondern auch auf [...] beziehen sollte.⁵⁵ Eine entsprechende Nachfrage der Schiedsbeklagten wäre ohne weiteres möglich und zumutbar gewesen.
- 93 Die Schiedsklägerin hat die Schiedsbeklagte ausdrücklich aufgefordert, „innerhalb von einer Woche die gemäß Ziffer 2.4 des MBA Vertrages vorgesehenen Gespräche über ein Preisreview aufzunehmen.“ Die gesetzte Frist war kurz, aber ausreichend, um Gespräche dieser Art aufzunehmen. Das Schiedsgericht vermag schon nicht zu erkennen, weshalb die Schiedsbeklagte sich bis zum 18. September 2017 Zeit gelassen hat, um den Empfang des Schreibens vom 5. September 2017 zu bestätigen.⁵⁶
- 94 Mit der gleichzeitigen Aufforderung an die Schiedsbeklagte, vorab ein Angebot zu unterbreiten, ist die Schiedsklägerin wohl über das in diesem Stadium zu verfolgende Ziel hinausgeschossen, da der MBA Vertrag eine entsprechende Verpflichtung der Schiedsbeklagten nicht vorsieht. Allerdings hält das Schiedsgericht dieses Verlangen nicht für abwegig, da die Schiedsbeklagte durch die Abgabe eines solchen Angebotes in ihren Rechten nicht beeinträchtigt wäre und so die [...] über eine eventuelle Preisanpassung nach dem Price Review hätten beschleunigt werden

⁵² So aber die Schiedsbeklagte, s. [...], Wortprotokoll, S' 53:4-7

⁵³ Vgl. Schreiben der schiedsbeklagten vom 18. September 2017 (Anlage K27).

⁵⁴ Den von der Schiedsbeklagten dazu in der Mail vom 9. Oktober 2017 anhand eines Beispiels angestellten Überlegungen vermag das Schiedsgericht nicht zu folgen (Anlage K 29)

⁵⁵ So aber die Schiedsbeklagte, s. [...] Wortprotokoll, S' 53 :9'12'

⁵⁶ Anlage K27.

können. Keinesfalls jedoch machte die Aufforderung zur Abgabe eines Angebots das Verlangen nach einem Price Review als solches vertragswidrig.

- 95 Die Schiedsbeklagte hat sich einer Teilnahme an dem von der Schiedsklägerin eingeleiteten Price Review Verfahren unberechtigt entzogen. Die von ihr dazu vorgebrachten Gründe halten einer Nachprüfung nicht stand.
- 96 Die Schiedsbeklagte meint, die Schiedsklägerin habe nur eine unzureichende Informationsgrundlage geschaffen; d.h. versäumt „substantiierte] und überprüfbare Informationen über die [...]“ zur Verfügung zu stellen.⁵⁷ Die knappe [...] zeige, dass die Informationsgrundlage für die gemeinsame Feststellung und [...] im Voraus zu legen sei, und nicht erst während der laufenden [...], gemeinsam geschaffen werden müsse⁵⁸ Es wird insoweit im Übrigen auf das unter Rdn. 28 zitierte Schreiben der Schiedsbeklagten vom 9. Oktober 2017 verwiesen. Auch sehe der MBA Vertrag keine [...] zugunsten der Schiedsklägerin vor⁵⁹
- 97 Das Schiedsgericht vermag weder der Ziffer 2.4 noch dem MBA Vertrag im Übrigen eine (umfassende) Informationspflicht der Schiedsklägerin in Vorbereitung des eigentlichen Price Review Verfahrens zu entnehmen. Abgesehen davon sind beide Parteien als Wettbewerber auf dem Endkundenmarkt unterwegs und dürften schon deshalb selbst umfassende Kenntnis nicht nur über die eigene Preisgestaltung, sondern auch über die Preisgestaltung des jeweils anderen aus ihrer eigenen Marktbeobachtung haben, ist doch letztere schon allein deshalb zwangsläufig erforderlich, um selbst im Wettbewerb bestehen zu können.
- 98 Ausweislich Ziffer 2.4 Satz 1 MBA Vertrag waren die Vertragspartner beim Vertragsabschluss aufgrund ihrer jeweils eigenen Erkenntnisse des Marktes in der Lage die damals vereinbarten Preise als [...] zu qualifizieren. Ziffer 2.4 Satz 6 des MBA Vertrages legt den Parteien die Pflicht [...] über eine Preisanpassung auf, wenn sie feststellen, dass [...]“. Dem Schiedsgericht erschließt sich nicht, warum, anders als noch bei Beginn des Vertrages, der Schiedsbeklagten, aufgrund eigener Kenntnisse eine Beurteilung der [...] der jeweiligen Preise während der Vertragslaufzeit nicht mehr möglich sein soll.
- 99 Zusammenfassend bleibt deshalb festzuhalten, dass die Schiedsbeklagte verpflichtet gewesen wäre, allein auf das Verlangen der Schiedsklägerin mit Schreiben vom 5. September 2017 hin in [...] mit der Schiedsklägerin [...]. Mit ihrem Argument, die Schiedsklägerin habe ihrerseits das Price Review Verfahren blockiert und sich einer Mitwirkung verweigert, kann die Schiedsbeklagte kein Gehör finden.
- 100 Da es nicht Aufgabe des Schiedsgerichts ist, über das „ob“ und ggfs. den Umfang einer Preisanpassung zu befinden, bedarf es hier keiner weiteren Überlegungen, wie die Parteien gemeinsam die [...], feststellen können. Ebenso wenig bedarf es Ausführungen zu der Frage, wie der Schiedsgutachter gemäß Ziffer 2.4, Satz 7 zu dieser Entscheidung gelangen kann. Es ist daher auch nicht Aufgabe des Schiedsgerichts darüber zu befinden, ob die Auswahl einiger [...] ausreicht, um zu einer solchen Entscheidung gelangen zu können.
- 101 Das Schiedsgericht teilt grundsätzlich den Standpunkt der Schiedsbeklagten, dass die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der Frage der Notwendigkeit einer Preisanpassung letztlich bei der Schiedsklägerin liegt⁶⁰ Das bedeutet aber nicht, dass die Schiedsklägerin schon zu Beginn eines Price Review Verfahrens gemäß Ziffer 2.4 „eine Informationsgrundlage für eine

⁵⁷ Erwiderung, Rdn. 141.

⁵⁸ Erwiderung, Rdn. 142 und Schreiben der Schiedsbeklagten vom 9. Oktober 2017, Anlage K 29,

⁵⁹ [...], Wortprotokoll, S. 54:7-10

⁶⁰ Vgl. Duplik. Rdn. 244, wo dies allerdings in Bezug auf die Frage der behaupteten Verletzung der Commitments erwähnt wird, um die es als solche allerdings nicht geht; [...], Wortprotokoll, S. 54:19-30.

Beurteilung der [...] zum Price-Review-Zeitpunkt zu schaffen“ hätte⁶¹ oder dass die Schiedsbeklagte an dem Price Review Verfahren und/oder an [...] über eine Preisanpassung nicht aktiv und unter Beachtung der vertraglichen Treuepflichten mitwirken müsste. Fragen der Darlegungs- und Beweislast würden sich allenfalls dann stellen, wenn die Parteien im Rahmen des Price Review Verfahrens keine Einigung über die künftig geltenden Preise erzielen würden.

102 Die Schiedsbeklagte kann auch kein Gehör finden mit dem Argument, die [...] für [...] in Ziffer 2.4 werde zur Farce, wenn die Schiedsklägerin nicht zuvor eine ausreichende Informationsgrundlage zur Verfügung stelle⁶². Zunächst ist festzuhalten, dass die Schiedsbeklagte sich auf diese [...], soweit ersichtlich, ohne äußeren Zwang eingelassen hat und zwar offenbar ohne dass es zu anderweitigen Änderungen des in Ziffer 2.4 dargestellten Preisanpassungsmechanismus gekommen wäre. Als sehr erfahrenes Unternehmen wusste sie, worauf sie sich dabei einließ, und wusste insbesondere auch, dass im Fall einer Nichteinigung ein Schiedsgutachter für beide Parteien entscheiden werde, „ob und wenn ja, in welchem Umfang die Preise nach den obigen Gesichtspunkten (...) anzupassen sind,“ Ziffer 2.4, Satz 7. Es liegt auf der Hand, dass die Verlagerung der Entscheidungsbefugnis auf einen Dritten für beide Seiten ein nicht unerheblicher Anreiz sein sollte, sich einvernehmlich zu einigen.

103 Letztlich kann dahinstehen aus welchem Grund die [...] gemäß Ziffer 2.4 [...] sind. Das Schiedsgericht kann insoweit nur feststellen, dass die Parteien sich auf eine Preisanpassung „[...]“, nicht haben einigen können. Die Schiedsklägerin, vertreten durch [...], konnte deshalb bereits im Besprechungstermin vom 17. Oktober 2016 gegenüber den Vertretern der Schiedsbeklagten erklären, „dass man einen Schiedsgutachter anrufen müsse, sollte man sich nicht einigen.“⁶³ Einer darüber hinausgehenden Feststellung bedurfte es nicht, um zu dem Ergebnis zu kommen, dass die Voraussetzungen für die Einschaltung eines unabhängigen Dritten als Schiedsgutachter gemäß Ziffer 2.4 und 2.7 des MBA Vertrages seit dem 5. Oktober 2017 vorliegen. Es kommt daher in diesem Stadium insbesondere nicht darauf an, dass, wie die Schiedsbeklagte meint, die von der Schiedsklägerin herangezogenen „[...]“ der Schiedsbeklagten völlig ungenügend und ungeeignet sind, um [...].“⁶⁴

104 Es steht außerdem fest, dass sich die Parteien nicht auf einen unabhängigen Dritten als Schiedsgutachter haben einigen können. Auf den Schriftwechsel der Parteien vom Februar 2018 (oben Rdn. 32) wird insoweit verwiesen, so dass alle Voraussetzungen des § 2.4 MBA Vertrag erfüllt sind. Es kommt insofern nicht entscheidend darauf an, aus welchem Grunde es nicht zu einer Einigung der Parteien gekommen ist

b) Zum Klagebegehren 3

105 Das Klagebegehren 3 ist im vollen Umfang begründet.

106 Wie bereits oben dargelegt hat die Schiedsklägerin Anspruch darauf, dass die Schiedsbeklagte alles erforderliche tut, damit das vertraglich vereinbarte Price Review Verfahren fortgesetzt werden kann, nachdem die direkten [...] der Parteien hinsichtlich des Price Reviews und einer eventuellen Preisanpassung [...] sind. Diese gemäß Ziffer 2.4 und 2.7 begründete Pflicht beinhaltet nicht nur die Mitwirkung an einer Bestellung eines Schiedsgutachters durch die Handelskammer Hamburg, sondern auch die Mitwirkung an der Beauftragung des noch zu bestellenden Schiedsgutachtens..

c) Zum Klagebegehren 4

⁶¹ [...], Wortprotokoll, S. 55:8-10.

⁶² Duplik, Rdn. 49.

⁶³ So der Zeuge der Schiedsbeklagten, [...], Anlage BZA-2, Rdn. 7.

⁶⁴ [...], Wortprotokoll, S. 3 0:1 -3.

- 107 Das auf Feststellung eines Schadenersatzanspruchs lautende Klagebegehren 4 ist als unbegründet abzuweisen. Die Schiedsklägerin verlangt die Feststellung, dass ihr von der Schiedsbeklagten die Schäden zu ersetzen seien, „die durch die fortlaufende Verzögerungstaktik der Schiedsbeklagten entstehen. Sie könne vorerst allerdings die Schadenshöhe nicht beziffern, weil die Preisanpassung noch offen sei“⁶⁵ Den Anspruch auf Schadenersatz leitet die Schiedsklägerin aus Verzug her, der durch die Nichtdurchführung des Price Review Verfahrens eingetreten und von der Schiedsbeklagten zu vertreten sei.⁶⁶
- 108 Die Schiedsbeklagte hält die Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch nach §§ 280, 286 BGB für nicht erfüllt, da sie mit ihren vertraglichen Pflichten nicht im Verzug sei; im Übrigen sei der von der Schiedsklägerin behauptete Schaden völlig unsubstantiiert, zumal eine Preisanpassung ja [...] eingreifen würde⁶⁷
- 109 Zwar ist ein Feststellungsantrag grundsätzlich dann zulässig, wenn die Schadenshöhe noch nicht festgestellt werden kann. Allerdings ist zweifelhaft, ob und inwieweit eine schuldhafte Pflichtverletzung seitens der Schiedsbeklagten gegeben war. Der Schiedsklägerin stand es frei, bereits ab dem 5. Oktober 2017 schiedsgerichtliche Hilfe in Anspruch zu nehmen, was sie allerdings erst am 22. Mai 2018 getan hat.⁶⁸ Jedenfalls ist nicht ausreichend erkennbar, weshalb und wie der Schiedsklägerin ein von der Preisanpassung, sollte es zu einer solchen kommen, zu trennender Schaden mangels der verspäteten Ernennung eines Schiedsgutachters entstanden sein soll. Dafür hat die Schiedsklägerin nichts Konkretes vorgetragen, und es erscheint daher spekulativ und nur theoretisch denkbar, dass der Schiedsklägerin ein Schaden aufgrund der verzögerten Bestellung eines Schiedsgutachters erwächst, und für welchen Zeitraum dies in Betracht kommt. Das Klagebegehren 4 ist daher abzuweisen.

4. Zu den Kosten

a) Einleitung

- 110 Nach Art. 33 des DIS-SchO hat das Schiedsgericht über die Kosten des Schiedsverfahrens einschließlich der den Parteien erwachsenen und zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten zu entscheiden. Insoweit besteht ein weitreichendes Ermessen des Schiedsgerichts.⁶⁹
- 111 Wesentliches Kriterium der schiedsgerichtlichen Kostenentscheidung ist gemäß Art. 33.3 DIS-SchO der Ausgang des Verfahrens. Das Schiedsgericht kann unter Berücksichtigung der Umstände des Falles die Kosten gegeneinander aufheben oder verhältnismäßig teilen (Art. 33.2 DIS-SchO). Soweit die Kosten des schiedsgerichtlichen Verfahrens feststehen, hat das Schiedsgericht auch darüber zu entscheiden, in welcher Höhe die Parteien diese zu tragen haben.

b) Kosten des Schiedsverfahrens

(1) Parteikosten der Schiedsklägerin

- 112 Die Schiedsklägerin hat Anwaltshonorare in Höhe von [...] sowie Kosten zwecks Teilnahme an der Mündlichen Verhandlung von [...], insgesamt also [...] geltend gemacht. Sie verlangt auf diesen Betrag Zinsen in Höhe von 9% p.a. über dem Basiszinssatz gemäß § 288 Abs. 2 BGB ab Zugang des Schiedsspruchs. Die Anwaltskosten betreffen neun Verfahrensvertreter mit

⁶⁵ Replik, Rdn. 129 ff.

⁶⁶ Replik, Rdn. 132.

⁶⁷ Erwiderung, Rdn. 211 f f ; Duplik, Rdn. 262.

⁶⁸ Siehe insoweit auch PPP, Seite 41.

⁶⁹ Vgl. Manner, in: Nedden/Herzberg, ICC Schiedsordnung, DIS-Schiedordnung 2014, § 35 DIS-SchO, Rdn. 5.

Stundensätzen zwischen [...] und [...].

(2) Parteikosten der Beklagten

113 Die von der Schiedsbeklagten geltend gemachten Anwaltskosten belaufen sich auf [...] und betreffen zehn Verfahrensvertreter mit Stundensätzen zwischen [...] und [...]. Für Reisekosten hat die Schiedsbeklagte [...] und für Kurierdienste [...] geltend gemacht. Insgesamt belaufen sich damit die Parteikosten des Schiedsverfahrens auf [...]. Darüber hinaus sind der Schiedsbeklagten während des Zeitraums des vorschiedsgerichtlichen Eskalationsprozess Anwaltskosten in Höhe von [...] entstanden.

114 Das Schiedsgericht hält die Parteikosten der Schiedsbeklagten, die fast den doppelten Betrag der Parteikosten der Schiedsklägerin ausmachen, für überhöht. Dies bedeutet keine Kritik an der professionellen Arbeitsqualität der Beklagtenvertreter, es geht vielmehr um die Frage, wieweit es für eine Partei zumutbar ist, sich an der Höhe der Parteikosten der anderen Partei zu beteiligen. Das Schiedsgericht legt daher den erstattungsfähigen Rahmen der Parteikosten der Schiedsbeklagten auf [...] fest.

(3) Kosten des Schiedsverfahrens

115 Die Kosten des Schiedsverfahrens wurden von der DIS in Höhe von [...] festgesetzt. Sie wurden von den Parteien anteilig eingezahlt.

116 Auf der Grundlage des festgesetzten Streitwertes von [...] belaufen sich die Kosten des schiedsgerichtlichen Verfahrens insgesamt auf [...]. Diese Kosten setzen sich zusammen wie folgt:

(a) DIS Bearbeitungsgebühr: [...]

(i) Honorar für das Schiedsgericht: [...]

[...] [...]
Gesamt

(ii) Auslagen der Schiedsrichter

[...] [...]
Gesamt

(iii) Tagegeld

[...] [...]
Gesamt

(b) Kostenverteilung

117 Das Schiedsgericht bewertet die Klagebegehren 2 und 3 jeweils mit 75 % des gesamten Streitgegenstandes, da sie auf Leistungen in Form von Mitwirkungshandlungen gerichtet sind. Das Klagebegehren zu 1) tritt als Feststellungsantrag hinter den Klageantrag zu 2) zurück. Das Klagebegehren zu 4) bezieht sich auf eine nicht bezifferbare Nebenforderung. Insbesondere unter Berücksichtigung des Ausgangs des Verfahrens und einer vergleichenden Gesamtbetrachtung der Rechtsanwaltskosten bestimmt das Schiedsgericht, dass die Schiedsbeklagte die Kosten des Schiedsverfahrens (also die Kosten des Schiedsgerichts, die DIS-Bearbeitungsgebühr, Kosten und Auslagen der Schiedsklägerin sowie ihre eigenen Kosten und Auslagen) in Höhe von 75% zu tragen hat.

- 118 Unberücksichtigt bleiben dabei die von der Schiedsbeklagten für den Zeitraum des vorschiedsgerichtlichen Eskalationsprozesses geltend gemachten Anwaltskosten in Höhe von [...], welche das Schiedsgericht nicht als Kosten des Schiedsverfahrens ansieht.
- 119 Die Parteien haben die Kostenvorschüsse hälftig eingezahlt. Da die Schiedsbeklagte 75% der Schiedskosten zu tragen hat, muss sie die Hälfte der von der Schiedsklägerin eingezahlten Kostenvorschüsse tragen, d.h. [...] an die Schiedsklägerin erstatten, nebst Zinsen in der beantragten Höhe ab Zugang des Schiedsspruchs bis zur Bezahlung.
- 120 Vor diesem Hintergrund sind die Parteikosten wie folgt zu tragen:
- Schiedsbeklagte: 75 % von [...] = [...];
 - Schiedsklägerin: 25 % von [...] = [...].
- 121 Demgemäß hat die Schiedsbeklagte der Schiedsklägerin Parteikosten in Höhe von [...] zu erstatten nebst Zinsen in der beantragten Höhe ab Zugang des Schiedsspruchs bis zur Bezahlung.

VI. SCHIEDSSPRUCH

- 122 Das Schiedsgericht erlässt folgenden Endschiedsspruch:
1. Das Schiedsgericht ist zur Entscheidung über die streitgegenständlichen Ansprüche zuständig.
 2. Das Klagebegehren 1 wird als unzulässig abgewiesen.
 3. Die Schiedsbeklagte wird verurteilt, gemeinsam mit der Schiedsklägerin beim Präsidenten der Handelskammer Hamburg gemäß Ziffer 2.4 in Verbindung mit Ziffer 2.7 des Mobile Bitstream Access Vertrags über den Erwerb von Netzkapazitäten im Mobilfunknetz von Telefónica Germany GmbH & Co. OHG die Bestimmung eines unabhängigen Dritten (z.B. Wirtschaftsprüfer) zu beantragen, der über das "Ob" und/oder das "Wie" einer Preisanpassung gemäß Ziffer 2.4 des Mobile Bitstream Access Vertrags über den Erwerb von Netzkapazitäten im Mobilfunknetz von Telefónica Germany GmbH & Co. OHG entscheidet;
 4. Die Schiedsbeklagte wird verurteilt, den gemäß Ziffer 2.4 in Verbindung mit Ziffer 2.7 des Mobile Bitstream Access Vertrags über den Erwerb von Netzkapazitäten im Mobilfunknetz von Telefónica Germany GmbH & Co. OHG vom Präsidenten der Handelskammer Hamburg bestimmten unabhängigen Dritten gemeinsam mit der Schiedsklägerin damit zu beauftragen, als Schiedsgutachter innerhalb von drei Monaten im Sinne des § 317 BGB verbindlich für die Schiedsklägerin und die Schiedsbeklagte zu entscheiden, ob und wenn ja, in welchem Umfang die Preise für den Bezug von Netzkapazität durch die Schiedsklägerin von der Schiedsbeklagten nach den in Ziffer 2.4 des Mobile Bitstream Access Vertrags über den Erwerb von Netzkapazitäten im Mobilfunknetz von Telefónica Germany GmbH & Co. OHG genannten Gesichtspunkte [...] anzupassen sind;
 5. Die Kosten des Schiedsverfahrens betragen [...]. Davon hat die Schiedsbeklagte [...] zu tragen. Die Schiedsbeklagte wird daher verurteilt, für die Kosten des Schiedsverfahrens [...] nebst Zinsen von 9% p.a. über den Basiszinssatz, ab Zugang des Schiedsspruchs an die Schiedsklägerin zu bezahlen.
 6. Die Schiedsbeklagte wird verurteilt, für die Parteikosten der Schiedsklägerin [...] nebst Zinsen von 9% p.a. über dem Basiszinssatz ab dem Zugang des Schiedsspruchs an die Schiedsklägerin zu zahlen.

7. Alle weiteren im Schiedsverfahren gestellten Anträge werden abgewiesen.

Ort des Schiedsverfahrens: München

[20.] Dezember 2018

[...]
Schiedsrichterin

[...]
Schiedsrichter

[...]
Vorsitzender Schiedsrichter