

DIS-SV-KR-833-18

Schiedsspruch

In dem Schiedsverfahren

mobilcom-debitel GmbH, Hollerstraße 126, 24782 Büdelsdorf, vertreten durch ihre Geschäftsführer Ingo Arnold und Rickmann von Platen

- Schiedsklägerin -

Verfahrensbevollmächtigte: [...],

gegen

1.

Telefonica Germany GmbH & Co. OHG, Georg-Brauchle-Ring 23-25, 80992 München, vertreten durch ihre Gesellschafter Telefonica Germany Management GmbH und Telefonica Deutschland Holding AG, diese vertreten durch die Geschäftsführung bzw. den Vorstand, jeweils bestehend aus Markus Haas (Vorsitzender), Cayetano Carbajo Martin, Valentina Daiber, Guido Eidmann, Nicole Gerhardt, Alfons Lösing, Wolfgang Metze und Markus Rolle

Schiedsbeklagte zu 1) -

2.

Telefonica Deutschland Holding AG, Georg-Brauchle-Ring 23-25, 80992 München, vertreten den Vorstand, jeweils bestehend aus Markus Haas (Vorsitzender), Cayetano Carbajo Martin, Valentina Daiber, Guido Eidmann, Nicole Gerhardt, Alfons Lösing, Wolfgang Metze und Markus Rolle

Schiedsbeklagte zu 2) -

Verfahrensbevollmächtigte: [...]

Ort des Schiedsverfahrens: München

hat das Schiedsgericht auf die mündliche Verhandlung vom 6. und 7. Dezember 2018 durch die Schiedsrichter [...] am 4. Februar 2019 für Recht erkannt:

- I.1 Die [...] im Sinne der Vergütungsregelungen der bestehenden Diensteanbieterverträge zwischen der Schiedsklägerin und der Schiedsbeklagten zu 1) werden für die [...] nach billigem Ermessen des Schiedsgerichts wie folgt festgesetzt:
 - a) Für den Zeitraum [...] verbleibt es endgültig bei der für diesen Zeitraum abgeschlossenen [...]
 - b) Für [...] werden die als Anlage 1 bis 3 diesem Tenor beigefügten [...] festgesetzt.
- I.2 Es wird festgestellt, dass die Schiedsbeklagte zu 1) verpflichtet ist, an die Schiedsklägerin den Differenzbetrag zu zahlen zwischen (i) dem Betrag, den die Schiedsklägerin für das Kalenderjahr 2017 tatsächlich an die Schiedsbeklagte zu 1) gezahlt hat (einschließlich der Vorbehalts-

zahlung), und (ii) dem Betrag, der sich als Zahlungsverpflichtung unter den Diensteanbieterverträgen bei den vom Schiedsgericht für das Jahr 2017 festgesetzten [...] ergibt, nebst Zinsen i.H.v. neun Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 11. April 2018.

- II.1 Auf den Hilfsantrag der Schiedsklägerin wird festgestellt, dass sich der Antrag zu II.1 gegenüber der Schiedsbeklagten zu 1) erledigt hat; die Kosten des erledigten Teils trägt diese.
- II.2. Es wird festgestellt, dass die Schiedsbeklagte zu 1) bis zum Ablauf des Jahres [...] verpflichtet ist, der Schiedsklägerin die Vermarktung des jeweils von der Schiedsbeklagten zu 1) vermarkteten [...], und einschließlich eines dem [...] zur Vermarktung an Endkunden bereitzustellen, insbesondere in der Regel spätestens [...] durch die Schiedsbeklagte zu 1), und die in Anlage K4 genannten technischen Informationen zur Verfügung zu stellen, sowie die in Anlage K 4 genannten Mitwirkungshandlungen vorzunehmen, soweit die Schiedsbeklagte zu 1) nicht [...]
- II.3 Es wird festgestellt, dass die Schiedsbeklagten verpflichtet sind, der Schiedsklägerin alle Schäden zu ersetzen, die dieser dadurch entstanden sind und entstehen werden, dass die Schiedsbeklagten [...].
- III:1 Die Schiedsbeklagte zu 1) wird verurteilt, der Schiedsklägerin zur Vermarktung von Eigentartarifen an Endkunden Datenübertragungsraten im 4G-Übertragungsstandard mit einer Geschwindigkeit von mindestens [...] Mbit/s bis zum Ablauf des Jahres [...] ohne eine über die Entrichtung des vereinbarten [...] zur Verfügung zu stellen, insbesondere die erforderlichen technischen Informationen in der Form gemäß Anlage K 4 bereitzustellen und die weiteren in Anlage K 4 genannten Mitwirkungshandlungen vorzunehmen
- III.2 Es wird festgestellt, dass die Schiedsbeklagte zu 1) verpflichtet ist, der Schiedsklägerin bis zum Ablauf des Jahres [...] zur Vermarktung von Eigentartarifen an Endkunden Datenübertragungsraten im 4G-Übertragungsstandard mit der von den Schiedsbeklagten [...] zur Verfügung zu stellen, insbesondere die erforderlichen technischen Informationen in der Form der Anlage K 4 bereitzustellen und die weiteren in Anlage K4 genannten Mitwirkungshandlungen vorzunehmen, soweit die Schiedsbeklagte zu 1) im Einzelfall nicht konkret nachweist, dass technische, betriebliche oder wirtschaftliche Gründe entgegenstehen.
- III.3 Es wird festgestellt, dass die Schiedsbeklagten verpflichtet sind, der Schiedsklägerin alle Schäden zu ersetzen, die dieser dadurch entstanden sind und entstehen werden, dass sie der Schiedsklägerin nicht ab dem [...] die Produkte im 4G-Übertragungsstandard gem. dem Antrag III.1 zur Vermarktung von Eigentartarifen an Endkunden bereitstellen.
- IV.1 Es wird festgestellt, dass die Schiedsklägerin bis zum Ablauf des Jahres [...] berechtigt ist, in [...], für welche sie Vorleistungen der Schiedsbeklagten zu 1) unter den Verträgen bezieht, die zwischen ihr bzw. ihren Rechtsvorgängern auf der einen Seite und der Schiedsbeklagten bzw. deren Rechtsvorgängern auf der anderen Seite über Mobilfunkleistungen im vormaligen E-Plus-Netz geschlossen wurden (Verträge [...]).
- IV.2 Es wird festgestellt, dass die Schiedsbeklagten verpflichtet sind, der Schiedsklägerin sämtliche Schäden zu ersetzen, die dieser dadurch entstanden sind und entstehen werden, dass ihr die Schiedsbeklagten den Vertrieb von Mobilfunkprodukten nach Maßgabe der Feststellungen im Antrag zu IV.1 untersagen.

- V. Im Übrigen wird die Schiedsklage abgewiesen.
- VI. Die Kosten des Schiedsverfahrens tragen die Schiedsbeklagten zu 60% und die Schiedsklägerin zu 40%. Nach Berücksichtigung der bereits geleisteten Zahlungen haben die Schiedsbeklagten für Verfahrenskosten der Schiedsklägerin [...] € zu erstatten und weitere [...] € für Auslagen des Schiedsgerichts auf das für dieses Verfahren bei der DIS eingerichtete Konto zu zahlen. Die Schiedsbeklagten haben von den der Schiedsklägerin entstandenen Anwaltskosten einen Betrag in Höhe von [...] € an die Schiedsklägerin zu zahlen. Die übrigen Kosten der Schiedsparteien für ihre Rechtsverfolgung, einschließlich der Kosten der Sachverständigen und der Honorare und Auslagen der Prozessbevollmächtigten, werden gegeneinander aufgehoben.

A Tatbestand und Verfahren

- 1 Zu Tatbestand und bisherigem Verfahrensablauf wird zunächst auf die Zwischenentscheide vom 14. September und 26. Oktober 2018 verwiesen. Hinsichtlich des Vortrags der Parteien zur Begründetheit der Schiedsklage ist Folgendes zu ergänzen:
- I. Vortrag der Schiedsklägerin
- 2 Die Schiedsklägerin stützt ihre Ansprüche auf die Verletzung des Non-MNO Remedy der Verpflichtungszusagen sowie auf Vertrag. Dazu macht sie geltend:
- 3 *Verweigerung einer angemessenen [...]:* Die Schiedsbeklagten verstießen gegen Buchstabe C.3.a) der Verpflichtungszusagen, indem sie sich weigerten, eine angemessene [...] mit der Schiedsklägerin abzuschließen, nach der sich die Vergütung der Schiedsklägerin für ihre gemäß Diensteanbieterverträgen erbrachten Leistungen richte. Im März 2017 hätten die Parteien letztmalig eine vertragliche Einigung für [...] erzielt. Eine weitere Einigung sei nicht zustande gekommen, weil die Schiedsbeklagten abweichend von den vertraglichen Vorgaben und der jahrelang geübten Praxis der Parteien einen deutlich höheren Anteil an der [...] durch die Schiedsklägerin gefordert hätten. Ein sachlicher Grund dafür sei weder gegeben noch dargetan. Das Verlangen der Schiedsbeklagten, die wirtschaftlichen Bedingungen der Diensteanbieterverträge zum Nachteil der Schiedsklägerin zu ändern, sei mit den Verpflichtungszusagen nicht vereinbar, weil diese die bei Freigabe der Fusion 2014 bestehenden wirtschaftlichen Konditionen bis zum Ende des Jahrs [...] unverändert erhalten sollten. Deshalb verletze jede Verschlechterung der Vertragsbedingungen die Verpflichtungszusagen. Kern dieser Vertragsbedingungen seien die [...] Der Schiedsklägerin nachteilige Änderungen gegenüber den Konditionen des Jahres 2014 seien unabhängig davon unzulässig, ob sie im Einzelfall zu einer Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit der Schiedsklägerin führten, da den Verpflichtungszusagen sonst die praktische Wirksamkeit genommen würde. Ebenso wenig könnten Änderungen der Marktumstände im beschleunigten Schiedsverfahren der Durchsetzung der Verpflichtungszusagen entgegenstehen.
- 4 Soweit Änderungen der Commercial Balance Vertragsänderungen rechtfertigen könnten, seien dafür unbeachtlich jedenfalls alle Umstände, deren Bedeutung und Rechtsfolgen vertraglich geregelt seien. Das betreffe die Frage der Erreichung eines bestimmten [...] durch die Schiedsklägerin, die ihr vorgeworfene Strategie der [...], das Bestreben einen bestimmten [...] zu erreichen, aber auch Umstände, die nach der vertraglichen Risikoverteilung von der einen oder anderen Seite zu tragen seien.

- 5 Die insoweit darlegungs- und beweispflichtigen Schiedsbeklagten hätten auch keine veränderten Marktumstände dargelegt, die eine Änderung des [...] zu ihren Gunsten rechtfertigten. Insbesondere werde ein geändertes Nutzerverhalten im [...] -Modell bereits berücksichtigt und sei per se kein Grund für Vergütungserhöhungen. Die Schiedsklägerin missbrauche das [...] -Modell auch nicht, um sich auf Kosten der Schiedsbeklagten zu optimieren. Die vertraglich im [...] vereinbarten Ziele wie der [...] seien von ihr stets erreicht worden. [...]. Hauptgrund für einen [...] der Schiedsbeklagten im Vertrieb der Schiedsklägerin seien im Übrigen fehlende wettbewerbsfähige Vorleistungen der Schiedsbeklagten für die Schiedsklägerin gewesen, etwa infolge von Netzproblemen und der Vorenthaltung des [...]. Entgegen dem Vortrag der Schiedsbeklagten seien [...]. Außerdem hätten die Schiedsbeklagten Wettbewerb zunehmend in den Niedrigpreisbereich verlagert, ihre Tarifpreise für Vorleistungen an die Schiedsklägerin durch [...] unterlaufen und der Schiedsklägerin entgegen ihren Verpflichtungszusagen verboten, die [...] für Eigentarife zu nutzen.
- 6 Die Forderung nach einer Änderung der [...] zu ihren Gunsten könnten die Schiedsbeklagten auch nicht aus der bei den E-Plus-Verträgen im Jahr 2014 bestehenden [...] ableiten. Dieser Versuch leide an verschiedenen Mängeln. Insbesondere könne eine [...] nicht dergestalt in eine [...] umgerechnet werden.
- 7 Der erst in der Duplik gehaltene Vortrag der Schiedsbeklagten, der [...] der Schiedsklägerin im Jahr 2017 habe tatsächlich nur [...] betragen, sei prozessual und materiell-rechtlich präkludiert.
- 8 Die von den Schiedsbeklagten geforderte Erhöhung ihres [...] von [...] auf [...] verschlechtere die Wettbewerbsbedingungen der Schiedsklägerin im Übrigen erheblich. Dies zeige die durch die Gutachter der Schiedsklägerin festgestellte fehlende Kostendeckung bei einer solchen Preiserhöhung besonders deutlich. Für das Gutachten seien aussagekräftige Tarife ausgewählt worden.
- 9 Zudem bestehe ein vertraglicher Anspruch der Schiedsklägerin auf Festsetzung der von ihr begehrten [...], weil eine übliche Vergütung festzusetzen sei. Diese ergebe sich vor allem aus den Regelungen, welche die Parteien in der Vergangenheit getroffen hätten. Ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht nach § 316 BGB stehe der Schiedsbeklagten zu 1 nicht zu.
- 10 Neben der Bestimmung der [...] für die Jahre [...] fordert die Schiedsklägerin die Rückgewähr überzahlter Vergütung und Ersatz des Schadens, der ihr infolge der Unsicherheit über die [...] zwischen den Parteien entstanden sei und entstehen werde. Die [...] in Ziff. 28.3 des mobilcom Vertrags (Anlage K 15) stehe dem Schadensersatzanspruch nicht entgegen. Sie erfasse nicht die Verletzung der Verpflichtungszusagen. Außerdem handele es sich bei ihr um eine nach § 307 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 1 BGB unwirksame Allgemeine Geschäftsbedingung. Ferner enthielten die anderen Dienstleisterverträge keine entsprechende Regelung. Die Schiedsbeklagten hätten auch vorsätzlich oder jedenfalls grob fahrlässig gehandelt.
- 11 Der mit dem Hauptantrag zu I.3 geforderte Betrag von € [...] entspreche der Differenz zwischen den bei einer [...] geschuldeten Beträgen und den vorsorglich unter Vorbehalt auf der Grundlage eines [...] tatsächlich an die Schiedsbeklagten gezahlten Beträgen. Für den Fall, dass das Schiedsgericht für das Jahr [...] eine [...] festsetze, die den Wert von [...] unterschreite, begehre die Schiedsklägerin mit dem Hilfsantrag zu I.3 die Differenz zwischen dem von ihr für [...] tatsächlich geleisteten Betrag und dem Betrag, der sich aufgrund der Festsetzung durch das Schiedsgericht ergebe.
- 12 *Bereitstellung des [...]:* Die Schiedsklägerin fordert die Bereitstellung des aktuellen [...] Tarifportfolios, die Feststellung der Verpflichtung der Schiedsbeklagten, bis zum Ablauf des Jahres [...] auch

künftig die [...] bereitzustellen, und Ersatz der Schäden, welche ihr infolge der Verweigerungshaltung der Schiedsbeklagten bereits entstanden seien und entstehen werden.

- 13 Die Schiedsbeklagten weigerten sich zu Unrecht, der Schiedsklägerin die von ihnen [...], insbesondere das [...], zur Verfügung zu stellen, solange die Schiedsklägerin nicht ihren unberechtigten Forderungen nach einer erhöhten Vergütung nachkomme. Darin liege ein Verstoß gegen Buchstabe C.3.a) der Verpflichtungszusagen, weil die Schiedsklägerin daran gehindert sei, Endkunden so wie dort vorgesehen wettbewerbsfähige Angebote zu unterbreiten. Dies stelle zugleich einen Verstoß gegen die Diensteanbieterverträge dar, welche die Bereitstellung der [...] als Hauptleistungspflicht der Schiedsbeklagten zu 1) regelten. Diese Verträge enthielten keine Beschränkung auf bestimmte Produkte. Alles, was die Schiedsbeklagten mittels des [...] vertrieben, müssten sie auch der Schiedsklägerin zur Verfügung stellen. Dem in diesen Verträgen enthaltenen Verweis auf die Definition der jeweiligen Mobilfunkleistungen „in Anlage 1“ komme nach Wortlaut, Systematik, Vertragshistorie und gelebter Praxis im Jahr [...] sowie Sinn und Zweck keine Bedeutung zu. Die Schiedsbeklagten könnten sich auch nicht auf Ausnahmen von ihrer Bereitstellungspflicht berufen. Die Bereitstellungspflicht beschränke sich nicht auf [...]. Jedenfalls könne das Schiedsgericht der Schiedsklägerin aber ein Minus zusprechen. Dazu unterbreitet die Schiedsklägerin drei Anregungen.
- 14 Der Antrag zu II.2 sei begründet, weil die Schiedsbeklagten zur Bereitstellung aller von ihnen vermarkteten Tarife verpflichtet seien.
- 15 Die Schiedsbeklagten müssten der Schiedsklägerin neue Produkte auch mit einer Vorlaufzeit von mindestens [...] zur Verfügung stellen. Dies zeige die in der Vergangenheit gelebte Praxis der Parteien und entspreche auch [...].
- 16 *Bereitstellung des 4G Übertragungsstandards:* Die Schiedsklägerin fordert die uneingeschränkte Bereitstellung des derzeit aktuellen Übertragungsstandards, die Feststellung, dass die Schiedsbeklagten auch künftig den aktuellen Standard zur Verfügung stellen müssten, und Ersatz des Schadens, der durch die gedrosselte Bereitstellung des Standards in der Vergangenheit bereits entstanden sei und noch entstehen würde.
- 17 Die Schiedsbeklagten stellten der Schiedsklägerin als Vorleistungen für die Vermarktung von Eigentariften lediglich Zugang zu 4G-Leistungen mit einer Geschwindigkeit von höchstens [...] Mbit/s zur Verfügung. Das liege deutlich unter der derzeit aktuellen Höchstgeschwindigkeit von bis zu [...] Mbits/s. Die Schiedsbeklagten verstießen auf diese Weise zum einen gegen Buchstabe C.3.a) der Verpflichtungszusagen, weil eine Vertragsdurchführung zu wirtschaftlichen und marktfähigen Konditionen verweigert werde. Zum anderen verstießen sie gegen Buchstabe C.3.b) der Verpflichtungszusagen, der ausdrückliche Regelungen zur Bereitstellung von 4G-Leistungen enthalte. Der Non-MNO-Remedy verpflichte die Schiedsbeklagten dazu, der Schiedsklägerin während der gesamten Laufzeit der Verpflichtungszusagen jeweils aktuelle 4G-Leistungen zur Verfügung zu stellen. Die Verpflichtungszusagen liefen ohne diese Pflicht zur Bereitstellung aktueller technologischer Neuerungen leer. Dem Wortlaut dieser Regelung ließen sich keine Anhaltspunkte für eine Einschränkung der Zugangsverpflichtung auf eine bestimmte Geschwindigkeit entnehmen. Vielmehr seien die Schiedsbeklagten danach verpflichtet, sämtliche 4G-Produkte, die sie Endkunden anböten, auch Diensteanbietern wie der Schiedsklägerin als Vorleistung zur Verfügung zu stellen. Das von den Schiedsbeklagten vorgelegte Kommissionsschreiben (Anlage B 52) sei im vorliegenden Zusammenhang ohne Relevanz.

- 18 Das Ziel der 4G-Zusage, die Wettbewerbsfähigkeit der Diensteanbieter bei 4G- Produkten sicher zu stellen, könne nicht erreicht werden, wenn die Schiedsbeklagten an eigene Endkunden die höchstmögliche Geschwindigkeit vermarkteten, während den Diensteanbietern nur ein technisch veraltetes Produkt angeboten werde. Der Wettbewerb zwischen den Mobilfunkanbietern werde, auch seitens der Schiedsbeklagten, ganz besonders mit der Downloadgeschwindigkeit geführt. Die Bereitstellungspflicht erschöpfe sich nicht in einer Nichtdiskriminierungsverpflichtung. Sie beschränke sich auch nicht auf die Vermarktung von Originaltarifen. Gerade durch ihre Eigentarife leiste die Schiedsklägerin entscheidende Impulse für den Wettbewerb. Die von den Schiedsbeklagten für die Nutzung von 4G mit einem Übertragungsstandard von mindestens [...]Mbit/s für [...] der Schiedsklägerin verlangte [...] sei prohibitiv hoch und mit dem unter C. 3b) Abs. 2 der Commitments garantierten 4G-Zugang der Schiedsklägerin zu wettbewerbsfähigen Konditionen unvereinbar. Die Verpflichtung zur vorbehaltlosen Bereitstellung von Vorleistungen auch für [...] ergebe sich aus den Diensteanbieterverträgen, die zudem Bestandteil der UMTS-Lizenzen gewesen seien, die eine Diskriminierung der Diensteanbieter gegenüber dem Eigenvertrieb des Netzbetreibers ausschlossen.
- 19 Die Schiedsbeklagten seien unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt berechtigt, für 4G-Leistungen für [...] mit der jeweils aktuellen Übertragungsgeschwindigkeit (derzeit b
- 20 is zu [...] Mbit/s) einen Aufpreis („[...]“) zu fordern. Vielmehr seien alle Leistungen der Schiedsbeklagten unter den Diensteanbieterverträgen nach dem [...] abzurechnen.
- 21 *Kein gesondertes Entgelt für EU-Roaming:* Die Schiedsbeklagten verletzten Buchstabe C.3.a) der Verpflichtungszusagen, weil sie von der Schiedsklägerin zu Unrecht eine gesonderte Vergütung für EU-Roaming-Leistungen verlangten, die ihre Endkunden nach dem Roam-like-at-home-Prinzip in Anspruch nähmen. Die Schiedsklägerin fordere Feststellung, dass der von den Schiedsbeklagten behauptete gesonderte Vergütungsanspruch nicht bestehe, und Rückzahlung zu Unrecht erhobener Roaming-Entgelte.
- 22 Die Schiedsbeklagten erhielten eine Vergütung für EU-Roaming bereits als Bestandteil der bestehenden Zahlungen für Vorleistungen. Das Entgelt für die EU-Roaming-Leistungen sei Teil des „International Roaming“, das [...]. Die Schiedsklägerin sei nicht Großkunde im Sinne der Roaming-VO, weil sie Roamingleistungen nicht direkt von den Betreibern der Netze erwerbe, mit denen sich die Endverbraucher beim Roaming im Ausland verbinden. Nach Art. 3 Abs. 3 der Roaming-VO fänden die sog. Schutzobergrenzen für Großkundenentgelte gemäß der - zwischenzeitlich geänderten - VO (EG) 717/2007 auf die Schiedsklägerin keine Anwendung. Dem Verlangen der Schiedsbeklagten nach einem gesonderten Entgelt für EU-Roaming stehe im Übrigen Art. 6a Roaming-VO entgegen. Die Schiedsklägerin sei Roamingkundin im Sinne der Roaming-VO. Das ergebe sich aus Wortlaut, Systematik sowie Sinn und Zweck dieser Verordnung. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme hätten sich die Parteien nicht auf die jeweiligen Schutzobergrenzen für Großkunden (sog. Whole Sale Caps) gem. Roaming-VO als Vergütung für EU-Roaming geeinigt. Vielmehr hätten die Schiedsbeklagten die Abrechnung der Gebühren für EU-Roaming lediglich häufiger einseitig geändert. Schon nach seinem Wortlaut sei der Begriff Roaming-Kunde nicht auf Endverbraucher beschränkt, was auch eine vergleichende Betrachtung anderer Sprachfassungen sowie ein Vergleich mit Art. 3 Abs. 1 TSM-VO belege. Zu berücksichtigen sei, dass die EU-Roaming-Leistungen nunmehr in den von den Netzbetreibern wie der Schiedsbeklagten verlangten und von der Schiedsklägerin zu entrichtenden Endkundenpreisen enthalten seien.

- 23 Eine Forderung von Entgelten, die nach den Diensteanbieterverträgen nicht geschuldet sei, verstoße gegen Buchstabe C.3.a) der Verpflichtungszusagen, weil sie die wirtschaftliche Austauschbeziehung in Frage stelle. Zugleich sei ein Verstoß gegen die Diensteanbieterverträge gegeben.
- 24 *Vertrieb von E-Plus Leistungen in [...]:* Die Schiedsbeklagten verletzen Buchstabe C.3.a) der Verpflichtungszusagen, indem sie es der Schiedsklägerin verwehren, Leistungen gemäß den E-Plus-Verträgen in [...] zu vertreiben. Dieses Verhalten stehe im Widerspruch zu den Verpflichtungszusagen, die Diensteanbieterverträge zu den seinerzeit bestehenden wirtschaftlichen Konditionen fortzuführen. Die Schiedsklägerin begehre Feststellung ihres Rechts zum Vertrieb von E-Plus Leistungen in den [...] und Ersatz des Schadens, der ihr infolge des von den [...] entstanden sei und noch entstehen werde.
- 25 Ein [...] für E-Plus Leistungen habe bei Erlass der Verpflichtungszusagen nicht bestanden und sei auch in der Folge nicht mit Zustimmung der Schiedsklägerin vereinbart worden. Dementsprechend bestehe neben dem Anspruch der Schiedsklägerin aus der Verpflichtungszusage auch ein Anspruch aus ihren Verträgen mit der Schiedsbeklagten zu 1).
- 26 Die ursprünglich zwischen der Schiedsklägerin und der E-Plus Mobilfunk GmbH bzw. E-Plus Mobilfunk GmbH & Co.KG („E-Plus Mobilfunk“) geschlossenen Verträge bestünden ungekündigt fort und seien weiterhin Grundlage für darunter erbrachte Vorleistungen an die Schiedsklägerin. Ein [...] sei auch nicht durch die E-Plus [...] (Anlage K 92) eingeführt worden. Zu keinem Zeitpunkt sei bei den Verhandlungen über die [...] ein [...] angesprochen worden.
- 27 Entgegen der Behauptung der Schiedsbeklagten würden die E-Plus-Verträge bis heute fortgesetzt. Es könnten auch weiterhin unter den E-Plus-Verträgen neue Tarife hinzukommen. Die den E-Plus-Verträgen zuzuordnenden Kunden seien schon anhand der entsprechenden [...] gem. Ziff. 2 (1) der 9. Zusatzvereinbarung erkennbar. Auch der [...] für E-Plus und BASE im Anschluss an den Abschluss der [...] begründe nicht das von den Schiedsbeklagten behauptete [...].

II. Vortrag der Schiedsbeklagten

- 28 Die Schiedsbeklagten halten die Schiedsklage für insgesamt unbegründet. Dazu tragen sie zusammengefasst vor:
- 29 Der Antrag I.1. (Hauptantrag) sei unbegründet, weil sich ein Anspruch der Schiedsklägerin auf "Festsetzung" einer konkreten Preisregelung weder aus den Commitments noch aus Vertrag ergebe. Die Verträge sähen [...] zu den [...] vor. Die Schiedsklägerin und die Schiedsbeklagte zu 1) hätten diese [...] stets erheblich geändert.
- 30 Nach der Fortführungsverpflichtung im Non-MNO-Remedy A sei lediglich die Ausübung von Kündigungsmöglichkeiten durch die Schiedsbeklagte zu 1) bzw. E-Plus bis zum Jahr [...] ausgeschlossen worden, im Übrigen sollten die Diensteanbieterverträge „wie sie sind“ Bestand haben. Entsprechend den getroffenen Vereinbarungen der Parteien sei die Schiedsbeklagte zu 1) berechtigt, [...] mit geänderten Bedingungen zu verhandeln und, komme es zu keiner Einigung, diese im Rahmen der Angemessenheit (§§ 315, 316 BGB) festzusetzen. Ziff. 2.1 des mobilcom-Vertrags (Anlage K 15) zeige, dass [...]. Das Bestimmungsrecht bestehe jedenfalls, solange dadurch die Fähigkeit der Schiedsklägerin zur wirksamen Teilnahme am Wettbewerb nicht erheblich beeinträchtigt werde. Für das Vorliegen einer solchen Wettbewerbsbeeinträchtigung sei die Schiedsklägerin darlegungs- und beweispflichtig. Die konkrete Beweislastverteilung könne indes dahinstehen. Die Schiedsbeklagte

zu 1) habe umfangreich dargelegt und unter Beweis gestellt, dass die Wiederherstellung der Commercial Balance der Parteien es rechtfertige, den [...] der Schiedsklägerin auf jedenfalls weniger als [...] anzupassen. Schon deshalb seien der Hauptantrag und der erste Hilfsantrag auch unter dem Gesichtspunkt der Wiederherstellung der Commercial Balance abzuweisen. Darüber hinaus habe die Schiedsbeklagte zu 1) sogar konkret nachgewiesen, dass die von ihr geforderte [...] mit [...] nicht über die Wiederherstellung der Commercial Balance hinausgehe.

- 31 Der erste Hilfsantrag I.1. sei unbegründet, weil sich ein dahingehender Anspruch weder aus den Commitments noch aus Vertrag ergebe. Soweit das Schiedsgericht den zweiten Hilfsantrag entscheiden müsse, für die Jahre [...] eine [...] „nach billigem Ermessen des Gerichts“ festzusetzen, sei zu berücksichtigen, dass die Leistungsbestimmung durch die Schiedsbeklagte zu 1) mit [...] bereits billigem Ermessen entspreche. Sollte das Schiedsgericht diese nicht für angemessen erachten, begehrten die Schiedsbeklagten hilfsweise, mindestens eine [...] und äußert hilfsweise, entsprechend [...] (jeweils zu Gunsten der Schiedsklägerin) festzusetzen. Dabei sei zudem nur eine Regelung für [...], nicht für den gesamten von der Schiedsklägerin beanspruchten Zeitraum von [...] angemessen.
- 32 Jedenfalls sei die Schiedsbeklagte zu 1) berechtigt, in den Verhandlungen über [...] Anpassungen zu verlangen, die zur Wiederherstellung der Commercial Balance erforderlich seien. Das gelte auch, wenn diese Anpassungen zu einer Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten der Schiedsklägerin führten, wofür die Schiedsklägerin die Beweislast trage. Erst wenn sie eine solche nachgewiesen habe, trage die Schiedsbeklagte zu 1) die Beweislast dafür, dass überhaupt Umstände vorlägen, die zu einer Abweichung von der in 2014 bestehenden Commercial Balance führten. Dies gelte insbesondere im Hinblick auf die grundsätzliche Vertragswidrigkeit des Verhaltens der Schiedsklägerin wie [...] und [...]. Dagegen sei die Schiedsklägerin darlegungs- und beweisverpflichtet für die Darlegung, dass das daraus resultierende Recht zur Abänderung die Grenzen des nach dem Maßstab der Commercial Balance Zulässigen überschreite. Unabhängig davon reichten Vortrag und Nachweise der Schiedsbeklagten zu 1) für die Feststellung aus, dass die von ihr geforderte [...] nach dem Maßstab der Commercial Balance gerechtfertigt sei.
- 33 Vorsorglich machen die Schiedsbeklagten geltend, die von ihnen begehrte [...] sei für die Schiedsklägerin weder prohibitiv, noch beeinträchtige sie ihre Wettbewerbsfähigkeit. Die in diesem Zusammenhang von der Schiedsklägerin vorgelegte [...] - Stellungnahme (Anlage K 104) leide an einer Vielzahl von Mängeln. Dagegen bestätige das von den Schiedsbeklagten vorgelegte Gutachten [...] (Anlage B 28), dass die Schiedsklägerin mit der vorgeschlagenen [...] wettbewerbsfähig sei. Eine Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit der Schiedsklägerin sei faktisch nicht eingetreten. Jedenfalls sei eine solche nicht relevant.
- 34 Beim Vergleich mit dem Jahr 2014, in dem die Commitments abgegeben wurden, müssten auch die Konditionen der E-Plus Diensteanbieterverträge herangezogen werden. Allein dies führe dazu, dass die tatsächliche [...] der Schiedsklägerin hinsichtlich der Leistungen der Gesellschaften, die nun im Konzern der Schiedsbeklagten zu 2) vereint seien, bei nur [...] gelegen habe. Der Wert von [...] entspreche der [...] der Schiedsklägerin im Jahr 2014 unter Einbeziehung der E-Plus Diensteanbieterverträge. Er entspreche zudem der [...] der Schiedsklägerin. Dies ergebe sich aus einer von der Schiedsbeklagten zu 1) mittlerweile vorgenommenen genauen Überprüfung des Kundenbestands der Schiedsklägerin.
- 35 Die im Jahr 2014 bestehende Commercial Balance sei dadurch zu Lasten der Schiedsbeklagten

verschoben, dass die Schiedsklägerin das vertraglich vereinbarte Ziel eines [...] in den letzten Jahren deutlich verfehlt habe. Die von der Schiedsklägerin geltend gemachten Gründe für einen „[...]“ seien insgesamt nicht stichhaltig. Störungen der Netzqualität seien vorübergehender Natur gewesen und hätten auf der Konsolidierung des Netzes der Schiedsbeklagten zu 1) mit dem Netz von E-Plus beruht. Sie bewegten sich zudem im Bereich des auch bei anderen Netzbetreibern Üblichen.

- 36 Der [...], der Hauptgrund für die Anpassung der [...] sei, habe seine Ursache vielmehr in [...] der Schiedsklägerin insbesondere im Jahr [...]. Dabei wechsle die Schiedsklägerin ihre Endkunden auf Vorleistungsebene auf günstigere Tarife, die dem ursprünglich [...] so weit wie möglich entsprächen, berechne ihren Endkunden aber weiterhin den [...]. Es sei vertragswidrig, wenn die Schiedsklägerin die ihr zustehenden Möglichkeiten, [...], nicht nutze. [...] und [...] der Schiedsklägerin machten eine Anpassung der [...] entsprechend der Forderung der Schiedsbeklagten zu 1) erforderlich. Dies werde durch Berechnungen der Schiedsbeklagten belegt.
- 37 Der Antrag zu I.2. sei unbegründet, weil weder die Voraussetzungen von § 33a GWB noch die von § 280 BGB vorlägen. Gemäß Ziffer 28.3 des Mobilcom-Vertrages seien [...], ausgeschlossen. Dabei handele es sich auch um keine Allgemeine Geschäftsbedingung, da die fragliche Klausel jedenfalls von der Schiedsbeklagten zu 1) nicht „gestellt“ worden sei. Bei dieser gleichermaßen für beide Vertragsparteien geltenden Regelung fehle es zudem an einer unangemessenen Benachteiligung der Schiedsklägerin. Die Schiedsklägerin habe auch nicht hinreichend dargelegt, welcher Schaden ihr kausal entstanden sei. Vielmehr seien die Kundenzahlen der Schiedsklägerin nicht zurückgegangen, sondern sogar gestiegen.
- 38 Der Antrag zu I.3. sei unbegründet, weil der von der Schiedsklägerin geltend gemachte Rückzahlungsanspruch weder aus Vertrag noch aus § 33a GWB oder sonstiger deliktischer Haftung noch aus ungerechtfertigter Bereicherung folge, denn die Schiedsbeklagten hätten sich rechtmäßig verhalten. Im Übrigen greife auch hier der [...] nach Ziffer 28.3 des Mobilcom-Vertrages.
- 39 Der Antrag zu II.1 sei bereits unzulässig. Die Schiedsbeklagte zu 1) stelle der Schiedsklägerin die in diesem Antrag bezeichneten [...] aufgrund der [...] (Anlage K 141) bis zur verbindlichen Klärung der maßgeblichen [...] zur Verfügung. Sie habe zudem zu keinem Zeitpunkt die [...] für den Fall einer Einigung oder verbindlichen gerichtlichen bzw. schiedsrichterlichen Entscheidung über die [...] infrage gestellt. Die [...] gelte bis zu einer außergerichtlichen Einigung der Parteien oder einer endgültigen vollstreckbaren gerichtlichen und/oder schiedsgerichtlichen Klärung der [...].
- 40 Der Antrag zu II.1. sei im Übrigen hinsichtlich der Schiedsbeklagten zu 2) bereits deshalb unbegründet, weil diese nicht im operativen Geschäft tätig sei. Hinsichtlich der Schiedsbeklagten zu 1) sei dieser Antrag unbegründet, weil er vollumfänglich vom Antrag Ziffer I.1. erfasst sei. Die Schiedsklägerin habe das ihr bereits im August 2017 unterbreitete Angebot der Schiedsbeklagten zu 1) nicht angenommen, weil ihr die Preisberechnung zu hoch erschienen sei. Weder nach den Commitments noch vertraglich bestehe aber eine Pflicht der Schiedsbeklagten zu 1) zur Leistung ohne Gegenleistung.
- 41 Die O2 Diensteanbieterverträge umfassten keine Tarife, die unter anderen Marken auf dem Mobilfunknetz der Schiedsbeklagten zu 1) für Endkunden angeboten würden. Das [...] sei bei Vertragschluss unter Bezugnahme auf die Anlage 1 zu den O2 Diensteanbieterverträgen (Anlagen B 30 bis B 42) definiert worden. Bei dem in dieser Anlage unter Ziff. 7 [...] habe es sich ausschließlich um

[...] gehandelt. Weitere [...] seien nicht umfasst, obwohl es bereits bei Abschluss der O2 Diensteanbieterverträge derartige [...] gegeben habe.

- 42 Sofern die Schiedsbeklagte zu 1) der Schiedsklägerin oder deren Rechtsvorgängerin [...] als Vorleistung zur Verfügung gestellt habe, sei dies aufgrund separater vertraglicher Regelungen erfolgt, etwa im Zusammenhang mit der Nutzung von [...]. Die Schiedsbeklagte zu 1) setze ihre Markenstrategie auch nicht missbräuchlich zum Nachteil der Schiedsklägerin ein.
- 43 Schließlich sei die Schiedsklägerin beweisfällig dafür geblieben, dass sie einen Anspruch auf Bereitstellung von Informationen über neue Tarife mindestens sechs Wochen vor Vermarktungsbeginn habe.
- 44 Der Antrag zu II.1 sei darüber hinaus unbegründet, weil keine Leistungspflicht der Schiedsbeklagten zu 1) bestehe, wenn die Schiedsklägerin ihre eigene Leistungspflicht abstreite und die Schiedsbeklagten sich zudem - hilfsweise - auf die berechnete Ausübung des Zurückbehaltungsrechts [...].
- 45 Für den Antrag II.2. gelte Entsprechendes.
- 46 Der Antrag zu II.3. sei im Schiedsverfahren unbegründet, weil er auf die § 33a GWB, § 280 Abs.1 BGB und § 826 BGB, nicht aber auf die Commitments gestützt werde. Im Übrigen gelte das zum Antrag I.2. Ausgeführte. Es fehle bereits an einer Pflichtverletzung der Schiedsbeklagten, jedenfalls handelten diese nicht schuldhaft. Zudem sei der von der Schiedsklägerin behauptete Schaden nicht schlüssig dargelegt. Schließlich treffe die Schiedsklägerin ein erhebliches Mitverschulden. Der von ihr behauptete Schaden wäre nicht entstanden, wenn sie entsprechend [...] bis zu einer gerichtlichen Billigkeitsprüfung anerkannt hätte.
- 47 Der Antrag zu III.1. sei unbegründet, weil die Schiedsklägerin hier ebenfalls eine Leistung ohne Gegenleistung begehre. Die Schiedsbeklagte zu 1) habe die betreffenden Datenübertragungsraten der Schiedsklägerin auch für [...] angeboten, die Schiedsklägerin wolle aber den dafür geforderten Preis nicht bezahlen. Ferner werde dieser Antrag ohne jede zeitliche Befristung und damit über das Ende des Jahres [...] hinaus erhoben und gehe daher in jedem Fall zu weit.
- 48 Außerdem vermöge keine der von der Schiedsklägerin angegebenen Anspruchsgrundlagen diesen Anspruch zu begründen. Dieser folge weder aus der Non-MNO Remedy A, der MNO-Remedy B noch aus Vertrag. Die Schiedsklägerin erhalte 4G-Zugang im selben Umfang wie andere Diensteanbieter und MVNO's gem. dem Non-MNO-Remedy B. Weder aus den Commitments noch aus der Freigabeentscheidung ergebe sich eine Verpflichtung der Schiedsbeklagten, Zugang zu bestimmten Geschwindigkeiten (z.B. [...]Mbit/s), zu sämtlichen 4G-Produkten oder gar zu bestimmten Tarifmodellen zu gewähren. In diesem Zusammenhang legen die Schiedsbeklagten ein Schreiben der Kommission an eine dritte Partei vom 18. November 2016 (Anlage B 52) vor, aus dem sich ihres Erachtens ein Verständnis der Bereitstellungsverpflichtung nach dem Non-MNO-Remedy als bloßes Diskriminierungsverbot ergebe. Zudem sei das Angebot der Schiedsbeklagten zu 1) an die Schiedsklägerin für 4G-Leistungen mit [...] Mbit/s nicht prohibitiv. Es fehle auch an besonderen wettbewerblichen Effekten von [...]. Zugang zu 4G-Leistungen werde der Schiedsklägerin entsprechend der vertraglichen Regelung gewährt.
- 49 Der Antrag III.2. sei schon deshalb unbegründet, weil unter den Commitments kein Anspruch auf bestimmte Datenübertragungsraten bestehe.

- 50 Der Antrag III.3. sei unbegründet, weil es bereits an substantiiertem Sachvortrag der Schiedsklägerin fehle, wie sich der Anspruch aus § 33a GWB, § 280 Abs.1 BGB und § 826 BGB ergeben solle. Im Übrigen fehle eine Pflichtverletzung und jedenfalls ein schuldhaftes Verhalten der Schiedsbeklagten und es greife der [...] nach Ziffer 28.3 des Mobilcom-Vertrages (Anlage K 15). Schließlich seien die Ausführungen zum angeblichen Schaden unsubstantiiert und treffe die Schiedsklägerin ein erhebliches Mitverschulden.
- 51 Der Antrag zu IV.1. sei unbegründet, weil der Schiedsklägerin weder aus den Commitments noch aus Vertrag ein Anspruch auf Feststellung zustehe, dass die Schiedsklägerin keine gesonderte Vergütung für EU-Roaming schulde. Die Schiedsbeklagte zu 1) habe einen entsprechenden Anspruch gegen die Schiedsklägerin gehabt und habe ihn auch weiterhin. Falsch sei die Prämisse der Schiedsklägerin, die Abrechnung von EU-Roaming-Leistungen sei Bestandteil des im Rahmen der Diensteanbieterverträge praktizierten [...]. Dies sei nur bis [...] der Fall gewesen. Nach Einführung der VO (EU) Nr. 531/2012 seien jedoch die jeweils [...] abgerechnet worden. Dies habe einer Forderung der Schiedsklägerin entsprochen. Dieses Abrechnungssystem habe für die E-Plus Kunden allerdings erst [...] eingeführt werden können. Die Vereinbarung der Parteien, nach den [...] abzurechnen, sei nicht mit Einführung des RLAH-Prinzips unwirksam geworden. Diensteanbieter seien keine „Endkunden“ bzw. „Roaming-Kunden“ im Sinne der Roaming-VO. Das Verlangen einer Vergütung für Roaming-Leistungen stelle auch keine Verletzung der Commitments dar. Dementsprechend sei der auf Rückzahlung bereits gezahlter Roaming-Entgelte gerichtete Antrag IV.2. ebenfalls unbegründet.
- 52 Der Antrag zu V.1 sei unbegründet, weil sich ein entsprechender Anspruch der Schiedsklägerin weder aus den Commitments noch aus Vertrag ergebe. Die Commitments verhielten sich nicht zu der Frage, welche Vertriebskanäle den Non-MNOs zur Verfügung stehen müssten. Ferner sei das von der Schiedsbeklagten zu 1) gegenüber der Schiedsklägerin ausgesprochene [...] rechtmäßig. Nach Abschluss der [...] seien für das gesamte Neukundengeschäft allein [...] maßgeblich. Damit gelte auch insgesamt zu Lasten der Schiedsklägerin ein [...]. Für die Neukunden-Akquisition spielten die E-Plus Diensteanbieterverträge seit März [...] keine Rolle. Es gebe keine Produkte mehr, welche die Schiedsklägerin auf Grundlage von nach den [...] erbrachten Vorleistungen gegenüber Endkunden anbiete. Deshalb fehle der Schiedsklägerin jedenfalls ein schutzwürdiges Feststellungsinteresse für diesen Antrag.
- 53 Die Schiedsbeklagte zu 1) erbringe nach Abschluss der [...] auf ihrem Mobilfunknetz keine Vorleistungen für die Schiedsklägerin mehr aufgrund der E-Plus Diensteanbieterverträge. Diese Verträge hätten zwar aufgrund der Selbstverpflichtungserklärung der E-Plus Mobilfunk GmbH (Anlage K 51) noch bis [...] Bestand. Durch die Abschaltung des E-Plus Mobilfunknetzes sei jedoch ihr praktischer Anwendungsbereich entfallen. Die Commitments verpflichteten die Schiedsbeklagte zu 2) auch nicht dazu, dass E-Plus-Mobilfunknetz aufrecht zu erhalten, um weiterhin die Erbringung von Mobilfunkprodukten aufgrund der E-Plus Diensteanbieterverträge durch die Schiedsbeklagte zu 1) zu ermöglichen. Überdies sei es fernliegend, dass die Vertragsparteien eine Weitergeltung der E-Plus Diensteanbieterverträge für [...] beabsichtigt hätten, insbesondere wenn man berücksichtige, dass Vorleistungsprodukte im schnelllebigen Telekommunikationsgeschäft in regelmäßigen Abständen durch Weiterentwicklungen abgelöst würden. Eine Pflicht der Schiedsbeklagten zu 1), die genannten [...] weiterzuentwickeln, gebe es entgegen der Ansicht der Schiedsklägerin nach der [...] nicht. Vielmehr sei beiden Parteien bei Abschluss der [...] bewusst gewesen, dass das E-Plus-Mobilfunknetz nach Abschluss der Konsolidierung abgeschaltet würde. Es habe zudem das gemeinsame Verständnis bestanden, dass die [...] und [...] eingestellt würden.

- 54 Auch die mit Antrag IV.2. geltend gemachte Feststellung der Schadensersatzpflicht gehe ins Leere. Die Schiedsbeklagte zu 2) stehe schon in keiner Vertragsbeziehung mit der Schiedsklägerin und habe die [...] weder vereinbart noch ausgesprochen. Im Übrigen gälten die Ausführungen zum Antrag I.2. entsprechend. Es fehle an einer Pflichtverletzung und jedenfalls an einem schuldhaften Verhalten der Schiedsbeklagten, zudem greife der [...] gem. Ziff 28.3 des mobilcom-Vertrages. Schließlich habe die Schiedsklägerin einen Schaden nicht schlüssig dargelegt.
- 55 Im Übrigen wird für den Parteivortrag auf die von den Parteien eingereichten Schriftsätze, das Wortprotokoll der mündlichen Verhandlung vom 6. und 7. Dezember 2018 (nachfolgend: WP¹) und die Wiedergabe von Parteivortrag in den nachfolgenden Entscheidungsgründen verwiesen.

III. Weiteres Verfahren des Schiedsgerichts

- 56 Am 14. September 2018 hat das Schiedsgericht verfahrensleitende Hinweise zur Begründetheit der Schiedsklage erteilt. Die Schiedsklägerin hat am 12. Oktober 2018 eine Replik vorgelegt. Die Duplik der Schiedsbeklagten ist am 20. November 2018 beim Schiedsgericht eingegangen. Über die Begründetheit der Schiedsklage ist am 6. und 7. Dezember 2018 in München mündlich verhandelt worden. Dabei wurden die von der Schiedsklägerin benannten Zeugen [...] und [...] sowie die von den Schiedsbeklagten benannten Zeugen [...] und [...] vernommen. Befragt wurden außerdem die von der Schiedsklägerin beauftragten Sachverständigen der [...], sowie die von der Schiedsbeklagten beauftragten Sachverständigen [...].
- 57 In der mündlichen Verhandlung am 6. Dezember 2018 hat die Schiedsklägerin die Klageanträge gemäß Ziff. 8.1 der Terms of Reference in der Fassung des Schriftsatzes vom 8. August 2018 mit der Maßgabe gestellt, dass als erster Hilfsantrag zum Antrag I.1. folgender Antrag aus der Replik vom 12. Oktober 2018 eingefügt wird:

Als [...]bzw. [...]im Sinne der [...] der bestehenden Diensteanbieterverträge zwischen der Schiedsklägerin und der Schiedsbeklagten zu 1) werden für die Jahre [...]jeweils die Bedingungen der als **Anlage B 7** beigefügten [...]festgesetzt. Der bisherige Hilfsantrag (die [...] nach billigem Ermessen des Schiedsgerichts festzusetzen) wird als zweiter Hilfsantrag zu I.1 aufrechterhalten.

- 58 Die Schiedsbeklagten beantragen weiterhin Klageabweisung.

Mit Schriftsätzen vom 14. Dezember 2018 haben die Parteien zum Ergebnis der mündlichen Verhandlung Stellung genommen. Unter dem 16. Dezember 2018 hat das Schiedsgericht die Europäische Kommission um eine Erläuterung zu einem von den Schiedsbeklagten als Anlage B 52 vorgelegten anonymisierten Kommissionsschreiben aus einem anderen Verfahren gebeten. Die Kommission hat darauf mit Schreiben vom 21. Dezember 2018 geantwortet.

B Entscheidungsgründe

- 59 Die Schiedsklage hat im Ergebnis (leicht) überwiegend Erfolg. Der Antrag zu I.1 ist im zweiten Hilfsantrag begründet, wobei das Schiedsgericht die [...] entsprechend der Anlage K 138 festsetzt. Der

¹ Zitiert nach der Paginierung der Word-Version

Antrag zu I.2 ist unbegründet, weil eine gewisse Wahrscheinlichkeit für einen gegenständlich von diesem Antrag erfassten Schaden nicht dargelegt ist. Der Rückzahlungsantrag zu I.3 hat im Hilfsantrag, jedoch nur gegen die Schiedsbeklagte zu 1) Erfolg. Der Antrag zu II.1 ([...]) wird gegenüber der Schiedsbeklagten zu 2) abgewiesen; gegenüber der Schiedsbeklagten zu 1) wird auf den Hilfsantrag der Schiedsklägerin festgestellt, dass sich dieser Antrag erledigt hat. Dem Antrag zu II.2 wird im Hilfsantrag mit Einschränkungen stattgegeben. Der Schadensersatzfeststellungsantrag zu II.3 ist gegenüber beiden Schiedsbeklagten begründet. Nach dem Antrag zu III.1 (4G-Bereitstellung) ist die Schiedsbeklagte zu 1) zu verurteilen, während dieser Antrag gegen die Schiedsbeklagte zu 2) abgewiesen wird. Dem Antrag zu III.2 (4G mit [...]) wird ebenfalls nur gegenüber der Schiedsbeklagten zu 1) mit der Maßgabe stattgegeben, dass der Bereitstellungspflicht im Einzelfall zwingende Gründe entgegenstehen können. Der Schadensersatzfeststellungsantrag zu III.3 ist gegenüber beiden Schiedsbeklagten begründet. Die Anträge zu IV.1 und IV.2 (EU-Roaming) werden abgewiesen. Der Antrag zu V.1 ([...]) ist mit der Maßgabe begründet, dass der Urteilstenor [...] berücksichtigt. Der Schadensersatzfeststellungsantrag wegen des [...] ist gegen beide Schiedsbeklagten begründet.

I.1 Festsetzung der [...] für die Jahre [...]

- 60 Die Schiedsklägerin beantragt, die [...] gemäß den Anlagen K 1 bis K 3 festzusetzen, die inhaltlich der letzten [...] der Parteien für den Zeitraum [...] (Anlage K 30) entsprechen. Die Schiedsbeklagten wenden dagegen ein, sie seien berechtigt, den [...] der Schiedsklägerin niedriger festzusetzen; jedenfalls müsse die Schiedsklägerin einer [...] zustimmen.
- a) Der für die [...] maßgebliche Vertragsinhalt im Lichte der Commitments
- 61 aa) In Rn. 77 der Commitments haben sich die Schiedsbeklagten im Non- MNO Remedy verpflichtet, die bestehenden Diensteanbieterverträge (nachfolgend: DAV) zwischen der Schiedsklägerin und den Schiedsbeklagten und/oder der E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG (nachfolgend: E-Plus Mobilfunk) bis Ende [...] zu verlängern. Gemäß Rn. 84 der Commitments sollte es als Erfüllung dieser Verpflichtung angesehen werden, wenn die Schiedsbeklagte zu 1) den Diensteanbietern entsprechend Rn. 78 der Commitments Selbstverpflichtungserklärungen übersandte, in denen sie auf ihr ordentliches Kündigungsrecht in den DAV bis Ende des Jahres [...] verzichtete. Entsprechende Selbstverpflichtungserklärungen wurden von E-Plus Mobilfunk unter dem 27. Februar 2015 (Anlage K 51) und von der Schiedsbeklagten zu 1) unter dem 2. März 2015 (Anlage K 50) abgegeben.
- 62 Die DAV der Parteien sahen zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses [...] vor. Die Parteien hatten ab [...] das [...] angewandt. Die Notwendigkeit [...] ergab sich dabei ausdrücklich aus S. 5 der Anlage 1 zur Nachtragsvereinbarung Nr. 1 zur 4. Zusatzvereinbarung zum Debitel- und Talkline-Vertrag (Anlage K 24) sowie aus der nach übereinstimmendem Vortrag der Parteien in diesem Sinne zu verstehenden Regelung in Anlage 1 zur 7. Zusatzvereinbarung vom 13. Juli 2009 zum mobilcom-Vertrag, S. 4, Abs. 3 (Anlage K 26). Im Anschluss an die Übernahme der E-Plus Mobilfunk durch die Schiedsbeklagte zu 2) vereinbarten die Parteien, dass das bis dahin für diese Verträge angewandte [...] ab dem Jahr 2015 auch für die E-Plus DAV durch das [...] ersetzt werden sollte (Präambel der [...] zu den DAV [...], Anlage K 27). Diese Vereinbarung bestimmt in Ziff. 6.5 ebenfalls, dass eine [...], anhand derer sich der [...] der mobilcom-debitel im E-Plus-Netz errechnet, einer gesonderten [...] vorbehalten ist.

- 63 Die in den Commitments zugesagte Verlängerung bestehender Verträge kann damit nicht im Sinne einer unveränderten, statischen Fortgeltung bis zum Jahr [...] verstanden werden. Zweifellos zulässig sind vielmehr zunächst einvernehmliche Änderungen durch die Parteien wie insbesondere die Erstreckung des [...] auf die E-Plus-Verträge nach Vollzug des Zusammenschlusses.
- 64 bb) Darüber hinaus sind Veränderungen der [...] aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen aber auch dann nicht generell ausgeschlossen, wenn sich die Parteien auf keine Anpassung einigen können.
- 65 (1) Die DAV enthalten keine Parteiabrede darüber, wie die [...] festzusetzen ist, wenn sich die Parteien nicht einigen können. Zwar bestand unter Geltung des [...] ein Recht der Schiedsbeklagten zu 1), die Höhe der für ihre Leistungen von der Schiedsklägerin zu entrichtenden Vergütungen einseitig zu bestimmen (...). Diese Regelung wurde aber mit Einführung des [...] dahingehend geändert, dass die Parteien [...] über die [...] abschlossen (vgl. [...]). Die dort in Ziff. 7.1 vorgesehene unveränderte Fortgeltung des früheren DAV (Anlage K 15) erfasst ausdrücklich nur solche Regelungen, die durch die [...] nicht geändert und/oder ergänzt wurden. Wesentlicher Regelungsgehalt der [...] war jedoch gerade die [...] auf das [...]. In Ziff. 1.4 der [...] haben die Parteien für den Fall inhaltlicher Widersprüche ausdrücklich [...] vereinbart. Auf Seite 5 der Anlage 1 zur [...] haben sie bestimmt, dass sie jeweils [...] vereinbaren, der für [...] verwendet werden sollte.
- 66 (2) Entgegen der Auffassung der Schiedsbeklagten steht der Schiedsbeklagten zu 1) unter diesen Umständen nach der Auffassung der Mehrheit des Schiedsgerichts kein Leistungsbestimmungsrecht nach billigem Ermessen gemäß §§ 315, 316 BGB zu.
- 67 Bereits der Umstand, dass die Parteien das [...] mit einseitiger Bestimmung der Vergütung durch die Schiedsbeklagte zu 1) durch das [...] ersetzt haben, in dem an die Stelle dieser einseitigen Bestimmung [...] der Parteien treten, spricht maßgeblich gegen die Anwendung der Auslegungsregel des § 316 BGB.
- 68 Haben die Parteien eine einvernehmliche Festlegung des Preises vereinbart, ist ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht einer der Parteien gerade ausgeschlossen, so dass § 316 BGB nicht zur Rechtsfolgenkorrektur bei gescheiterten Vertragsverhandlungen genutzt werden kann (MüKo BGB/Würdinger, 7.Aufl. 2016, § 316, Rn. 2; Staudinger/Rieble, BGB, Neubearbeitung 2015, § 316, Rn. 12; Erman/Westermann, BGB, 15. Aufl. 2017, § 316, Rn. 7). Regelmäßig wird es nicht dem Parteiwillen entsprechen, eine Partei dem Bestimmungsrecht des Vertragspartners zu unterwerfen, wenn die Höhe der Vergütung vertraglich einer späteren Vereinbarung vorbehalten war, auch wenn diese letztendlich scheitert.
- 69 Grundsätzlich kann eine Vertragslücke nicht durch Rückgriff auf § 316 BGB geschlossen werden, wenn dies dem Interesse der Parteien und ihrer Willensrichtung typischerweise gerade nicht entspricht (vgl. BGH, Urt. v. 13.04.2010, XI ZR 197/09, NJW 2010, 1742, Rn. 18, zu einer Zinsänderungsbestimmung). Ein Bestimmungsrecht des Netzbetreibers gemäß § 316 BGB über die Höhe der vom Diensteanbieter geschuldeten Vergütung entspricht offensichtlich nicht der Interessenlage der Parteien. Ein solches Bestimmungsrecht würde den Diensteanbieter dazu nötigen, sich mit der Zahlung jeder Vergütung abzufinden, die die unter Umständen nicht unbeträchtliche Spanne der Billigkeit noch nicht überschreitet. Er müsste also auch einen Betrag akzeptieren, der an der Obergrenze dessen liegt, was (gerade noch) nicht als unbillig bezeichnet werden kann, und zwar auch dann,

wenn diese Obergrenze deutlich über einem Durchschnittswert liegt. Hierin läge ein so großes Entgegenkommen des Diensteanbieters an den Netzbetreiber, dass im Allgemeinen nicht angenommen werden kann, der Diensteanbieter sei dazu bereit (vgl. BGH, Urt. v. 13.03.1985, IVa ZR 211/82, BGHZ 94, 98 = NJW 1985, 1895, 1896, zur Provision aus Maklervertrag).

- 70 Dem steht nicht entgegen, dass § 316 BGB dem Interesse an der Aufrechterhaltung von Verträgen und damit an der Verhinderung ihrer Unwirksamkeit dienen soll (vgl. BGHZ 94, 98 [juris-Rn 9]; Staudinger/Rieble, aaO, § 316, Rn. 9, unter Bezug auf die Motive zum BGB II 192). Ist ein Rückgriff auf § 316 BGB ausgeschlossen, kann die Unwirksamkeit der Vereinbarung nach den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung vermieden werden. Danach kann es dem mutmaßlichen Willen und der Interessenlage der Parteien entsprechen, dass das Gericht den „angemessenen“ Betrag festlegen soll, und zwar, ohne dass es zuvor einer besonderen Bestimmung durch einen Beteiligten bedarf (vgl. BGHZ 94, 98 [juris-Rn. 18]; Urt. v. 07.04.1978, V ZR 141/75, BGHZ 71, 276 = NJW 1978, 1371 [juris-Rn. 36], zur Wertanpassungsklausel im Fall eines Ankaufsrechts für ein gewerblich genutztes Grundstück).
- 71 So liegt es hier. Bei den DAV handelt es sich um Dauerschuldverhältnisse, da sie für eine unbestimmte Laufzeit abgeschlossen worden sind (vgl. nur Ziff. 23.1 DAV mobilcom, Anlage K 15). Soll im Rahmen eines derartigen Dauerschuldverhältnisses die Vergütung [...] neu vereinbart werden, so handelt es sich um eine [...] Anpassung des Vertragsinhalts. Entspricht es der Parteiabrede, die Anpassung im Wege der Einigung vorzunehmen, und ist für den Fall der Nichteinigung die Leistungsbestimmung keinem Dritten übertragen (§ 317 BGB), so entspricht es der Lebenserfahrung, dass die Abrede derjenigen Vertragspartei, die glaubt, eine Erhöhung oder Ermäßigung ihrer Leistung beanspruchen zu können, die die andere Partei nicht zugesteht, anheimstellt, den höheren Anspruch oder die mindere Verpflichtung gerichtlich geltend zu machen, damit die Leistung unter Ausgleich der gegenläufigen Interessen durch Urteil festgesetzt werde (BGH, Urt. v. 21.12.1977, V ZR 179/75, WM 1978, 228 [juris-Rn. 17] zur Neufestsetzung des Erbbauzinses).
- 72 Der Weg der unmittelbaren gerichtlichen Festsetzung im Fall der Nichteinigung steht den Parteien auch im vorliegenden Fall offen. Die Schiedsbeklagte zu 1) ist durch die Schiedsklausel der Commitments nicht daran gehindert, eine entsprechende Klage vor dem ordentlichen Gericht zu erheben (siehe schon ZE I, Rn. 70).
- 73 Der Klageweg ist der Schiedsbeklagten zu 1) auch zumutbar. Für die Abrechnung der Bestandskunden verbleibt es ohnehin bei der im Zeitpunkt ihres jeweiligen Vertragsschlusses [...]. Die [...] für neuhinzugewonnene Kunden könnte vor einer gerichtlichen Festsetzung vorläufig jedenfalls auf der Grundlage der letzten einvernehmlichen Vereinbarung erfolgen, deren Angemessenheit durch die Schiedsklägerin nicht in Zweifel gezogen worden ist. Zudem gibt es die Möglichkeit zum Abschluss einer [...], von der die Parteien vorliegend auch Gebrauch gemacht haben (vgl. Anlage K 141).

- Minderheitsmeinung zum Leistungsbestimmungsrecht der Schiedsbeklagten -

- 74 Nach Auffassung des abweichenden Schiedsrichters ist für das Verständnis der [...] maßgeblich zu berücksichtigen, dass hiermit nach dem insoweit ersichtlich übereinstimmenden Parteiwillen auch die Möglichkeit einer Erfolgskontrolle der Schiedsklägerin durch die Schiedsbeklagte zu 1) und einer in der Entscheidungszuständigkeit der Schiedsbeklagten zu 1) liegenden Anreizsetzung für die Zukunft verbunden war [...]. Dies schließt notwendigerweise auch die Möglichkeit des Entzugs des Anreizes bei [...] oder Anerkennung der wirtschaftlichen Parameter ein. Durch die Commitments

wurde hieran nichts geändert, denn hierdurch sollten lediglich die bestehenden Verträge mit ihrem vereinbarten Inhalt fortgesetzt werden to prolong their existing contracts“, Commitments Rn. 77, Anlage K 46). Vor diesem Hintergrund war es zwar das Ziel der Parteien, möglichst einvernehmlich die [...] Preisfestsetzung vorzunehmen. Für den Fall des Scheiterns solcher Bemühungen ist damit aber die Möglichkeit einer zunächst einseitigen Preisfestsetzung durch die Schiedsklägerin nach § 316 BGB nicht ausgeschlossen, oder vom Parteiwillen nicht gedeckt. Dem widerspricht auch nicht, wie die Mehrheit meint, das Ersetzen des [...]. Eine solche Regelung steht auch nicht im Widerspruch zur Interessenlage der Parteien; denn die Schiedsklägerin hätte jedenfalls die Möglichkeit, im Rahmen des § 315 Abs. 3 BGB die Billigkeit der Preisfestsetzung durch die Schiedsbeklagte zu 1) überprüfen zu lassen. Entgegen der Mehrheitsmeinung ist es deshalb für den Fall der fehlgeschlagenen Vereinbarung über den Preis nicht zuletzt im Interesse der Aufrechterhaltung der Verträge, die ja auch auf der Grundlage der Commitments erwünscht war, naheliegend auf die gesetzliche Auslegungsregel des § 316 BGB zurückzugreifen. Eine möglicherweise vorrangige ergänzende Vertragsauslegung, wonach es im Falle der Nichteinigung jeder Partei freistehen soll, eine richterliche Preisfestsetzung zu beantragen, steht im Widerspruch zu dem vorstehend beschriebenen übereinstimmenden Parteiwillen (Anreizsetzung und Möglichkeit des zukünftigen Wegfalls der Anreize bei veränderten Umständen)

- 75 Der Klageweg ist der Schiedsbeklagten zu 1) entgegen der Mehrheitsmeinung nicht zumutbar, denn hieraus ergeben sich nicht zuletzt auch im Hinblick auf die Beweislast entscheidende Nachteile: Nach der von der Mehrheitsmeinung bevorzugten (ergänzenden) Auslegung hat die Schiedsbeklagte zu 1) als Klägerin nach allgemeinen Regeln die Beweislast für klagebegründende Umstände (vgl. insoweit folgerichtig unten Rn. 80 ff.). Nach der Lösung gem. §§ 316, 315 Abs. 3 BGB muss dagegen die Schiedsklägerin die Unbilligkeit der Preisfestsetzung vortragen und beweisen. Dies entspricht nach Auffassung des abweichenden Schiedsrichters im Hinblick auf die beabsichtigte Erfolgskontrolle und Anreizsetzung (verbunden mit der Möglichkeit von deren Rücknahme) dem erkennbaren Parteiwillen zumal die Schiedsbeklagte zu 1) auch schon nach dem früher geltenden [...] (vgl. hierzu oben Rn. 64).
- 76 Diese vorstehend in ihren Grundzügen dargelegte abweichende Meinung stellt für die nachfolgenden Feststellungen des Schiedsgerichts nicht nur im Hinblick auf die schon angesprochene Beweislastverteilung eine entscheidende Weichenstellung dar: Im Rahmen der nach § 315 Abs. 3 BGB maßgeblichen Billigkeitsüberlegungen kommt es zudem nach Meinung der Minderheit nicht nur auf die Wiederherstellung einer möglicherweise verschobenen Commercial Balance an, sondern auch (aufgrund der mit Abgabe der Commitments verfolgten wettbewerblichen Zielsetzung) auf den Nachweis der Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit der Schiedsbeklagten. Im Interesse der Lesbarkeit dieses Schiedsspruchs wird nicht an jeder Stelle und nachfolgend nur vereinzelt auf die sich aus der von dem abweichenden Schiedsrichter für richtig gehaltenen Feststellung ergebenden Konsequenzen hingewiesen.
- Ende der Minderheitsmeinung -
- 77 cc) Für die Frage, in welchem Rahmen und nach welchen Grundsätzen die [...] der Parteien bis [...] neu festgelegt werden können, kommt es seit der Freigabeentscheidung der Kommission im Fall M.7018 Telefonica Deutschland/E-Plus auf Sinn und Zweck der Verlängerungsklausel der Non-MNO-Remedy an.
- 78 Aus Rn. 1399 der Fusionsfreigabe folgt als Zweck der Non-MNO-Remedy, die wettbewerblichen

Fähigkeiten und Anreize der Serviceprovider, die seinerzeit einen Großhandelsvertrag mit Telefonica oder E-Plus hatten, jedenfalls aufrechtzuerhalten. Nach Rn. 1400 der Entscheidung sollte insbesondere die Verlängerung der bestehenden Verträge die Verhandlungsposition der Serviceprovider gegenüber den anderen Mobilfunknetzbetreibern stärken. Um diesen Zweck zu erreichen, ist eine Auslegung der Verlängerungsklausel erforderlich, die formelle und inhaltliche Verpflichtungen umfasst. Über die formelle Verpflichtung zur Fortführung der Verträge im Wege des Verzichts auf das ordentliche Kündigungsrecht bis [...] hinaus müssen die Schiedsbeklagten die Verträge in der Weise erfüllen, dass die wirtschaftlichen Bedingungen für die Geschäftstätigkeit der Non-MNOs zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses erhalten bleiben (Amicus Curiae-Schriftsatz der Kommission (nachfolgend: AC), Rn. 36). Maßgeblich für die Zulässigkeit von Veränderungen der [...] ist danach, ob das ursprünglich darin vereinbarte wirtschaftliche Gleichgewicht der Parteien aufrechterhalten wird und durch die Verlängerung ungestört bleibt (AC, Rn. 40). Dieses Verständnis entspricht nicht nur der Auffassung der Kommission, sondern auch dem Vortrag der Schiedsbeklagten zu 2) in dem Verfahren T-43/16 vor dem Gericht der Europäischen Union (vgl. AC, Rn. 38 bis 41).

- 79 Danach sind Änderungen der Verträge, durch die das wirtschaftliche Gleichgewicht zwischen den Parteien nicht beeinträchtigt wird, möglich. Aus dem Commitments ergibt sich keine Verpflichtung der Schiedsbeklagten, die Diensteanbieterverträge und [...] bis zum Ende des Jahres [...] unabhängig von Veränderungen der Marktverhältnisse fortzuführen, die ihr wirtschaftliches Gleichgewicht in für die Schiedsbeklagten negativer Weise beeinflussen.
- 80 Davon ausgehend sind insbesondere einvernehmliche Änderungen der Vertragsbedingungen ohne weiteres zulässig, weil sie das Verständnis der Parteien von einer veränderten Commercial Balance zum Ausdruck bringen. Die in den Verträgen vorgesehenen [...] geben im Einklang damit den Parteien regelmäßige Gelegenheit, die Notwendigkeit einer Veränderung der [...] im Hinblick auf Verschiebungen des wirtschaftlichen Gleichgewichts zu überprüfen.

b) Beweislast

- 81 Soweit eine der Parteien eine für die andere Partei unvorteilhafte Änderung der Verträge begehrt, mit der die andere Partei nicht einverstanden ist, hat sie nach allgemeinen Grundsätzen die Beweislast dafür, dass die entsprechende Änderung zur Aufrechterhaltung des wirtschaftlichen Gleichgewichts erforderlich ist. Begehren die Schiedsbeklagten eine Verschlechterung der Konditionen der Schiedsklägerin gegenüber dem Status Quo, so haben sie danach die Beweislast dafür, dass die Veränderung zur Erhaltung der wirtschaftlichen Balance notwendig ist.
- 82 Das steht im Einklang mit der Beweislastregel in Rn. 124 FTDRR, wonach jede Partei des Schiedsverfahrens die Beweislast für diejenigen Tatsachen hat, auf die sie ihre Klage oder Verteidigung stützt. Die Schiedsklägerin begehrt eine unveränderte Fortschreibung der [...] (Anlage K 28). Dementsprechend sind es die Schiedsbeklagten, die zu ihrer Verteidigung geltend machen, die [...] sei wie von ihnen gefordert zu ihren Gunsten zu verändern. Für diese Beweislastverteilung spricht vorliegend zudem der Zweck der Commitments, durch Aufrechterhaltung des wirtschaftlichen Gleichgewichts der Verträge die Wettbewerbsfähigkeit der Schiedsklägerin zu gewährleisten.

c) Wettbewerbliche Relevanz

- 83 Das Schiedsgericht hat im Zwischenentscheid I vom 14. September 2018, Rn. 65, ausgeführt, dass es jedenfalls als Umgehung der Verlängerungspflicht anzusehen ist, wenn die Schiedsbeklagten in

den Verträgen vereinbarte Verhandlungsvorbehalte dazu benutzen, die Möglichkeit der Schiedsklägerin zu wirksamem Wettbewerb erheblich zu behindern. Da durch die Verpflichtungszusagen der Wettbewerb durch den einzelnen begünstigten Marktteilnehmer geschützt werden soll, ist in diesem Zusammenhang nicht darauf abzustellen, ob die Schiedsbeklagten überhaupt wirksamem Wettbewerb ausgesetzt sind, sondern darauf, ob ein durch die Zusagen begünstigter Marktteilnehmer wie hier die Schiedsklägerin in einer für seine wirksame Teilnahme am Wettbewerb relevanten Weise beeinträchtigt wird.

84 In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die Kommission bei der Freigabeentscheidung die Abgabe der Commitments als für die Aufrechterhaltung wirksamen Wettbewerbs erforderlich angesehen hat. Damit ist jedenfalls jeder Verstoß gegen Regelungen der Commitments wettbewerbslich erheblich, die den Schutz der wirksamen Teilnahme bestimmter Unternehmen am Wettbewerb bezwecken. Daraus folgt, dass nach Sinn und Zweck der Commitments jede Verschlechterung der Commercial Balance zu Lasten der Schiedsklägerin bis Ende [...] als wettbewerbslich erheblich anzusehen ist.

85 Zudem würde die Prüfung der wettbewerbslichen Erheblichkeit jedes einzelnen Verstoßes gegen Verpflichtungszusagen im engen zeitlichen Rahmen eines Fast-Track-Verfahrens nicht praktikabel sein. Entgegen der Ansicht der Schiedsbeklagten erfordert der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kein abweichendes Verständnis. Die Commitments werden auf Vorschlag der Parteien von der Kommission als Voraussetzung für die Freigabe der von den Parteien begehrten Fusion angenommen. Es kann dann nicht als unverhältnismäßig angesehen werden, wenn die Schiedsbeklagten an den Inhalt ihrer Verpflichtungszusagen gebunden werden (vgl. EuGH, Urt. v. 29.6.2010 - Rs. C 441/07 P, Slg. 2010, I-5949, Rn. 47 f. - Alrosa, in Bezug auf Verpflichtungszusagen gemäß Art. 9 VO 1/2003). Deren Verbindlichkeit und Anwendbarkeit ist nicht von einer im Einzelfall durch die Begünstigten nachzuweisenden, bei Verzicht auf das jeweilige Commitment eintretenden wettbewerbslichen Beeinträchtigung der durch die Commitments geschützten Unternehmen abhängig. Bei einem anderen Verständnis wäre die Effektivität der Commitments beseitigt und die in ihnen vorausgesetzte Durchsetzbarkeit im Fast-Track-Schiedsverfahren aufgehoben.

86 Damit kommt nach der Mehrheitsmeinung der Prüfung und dem Nachweis wettbewerbslicher Erheblichkeit im Hinblick auf die durch die Commitments geprägten Vertragsbeziehungen der Parteien keine eigenständige Bedeutung zu. Alleinentscheidend ist vielmehr die Aufrechterhaltung des wirtschaftlichen Gleichgewichts.

d) Bezugspunkt der Prüfung

87 Bezugspunkt für die Prüfung, ob eine Änderung des wirtschaftlichen Gleichgewichts zulasten der Schiedsbeklagten zu 1 eine [...] für sie erforderlich machen kann, ist die [...].

88 Demgegenüber kann die [...] nicht als Einigung der Parteien auf [...] angemessene Commercial Balance verstanden werden. Zu diesem Zeitpunkt hatte die Schiedsbeklagte zu 1) im Anschluss an die Präsentation vom [...] ihre Forderung nach [...] bereits nachdrücklich deutlich gemacht. Bis zum Abschluss der [...] hatten die Parteien über diese Forderung der Schiedsbeklagten zu 1) keine Einigung erzielt. Dementsprechend heißt es [...].

89 Bezugspunkt für die Prüfung, ob für die Zeit ab [...] (Ablauf der [...], Anlage K 30) wirtschaftliche oder tatsächliche Veränderungen eine Anpassung der [...] zu Gunsten der Schiedsbeklagten zur

Erhaltung der bei Freigabe des Zusammenschlusses bestehenden Commercial Balance rechtfertigen, ist damit die [...] in der Fassung [...] (Anlage K 138).

e) Zeitliche relevante Umstände

90 Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Parteien beim Abschluss einvernehmlicher [...] das jeweilige bekannte Verhalten der anderen Partei im Hinblick auf die Notwendigkeit von Vertragsanpassungen zur Erhaltung des wirtschaftlichen Gleichgewichts berücksichtigt haben. Dies entspricht der im kaufmännischen Verkehr berechtigten Erwartung, dass der andere Vertragspartner rational handelt und sich kaufmännisch vernünftig verhält (vgl. BGH, Beschl. v. 19.06.1975, KVR 2/74, BGHZ 65, 30 = NJW 1975, 1837 [juris- Rn. 30] - Zementverkauf Niedersachsen II). Insbesondere entspricht es kaufmännisch rationalem wirtschaftlichem Vorgehen, bei der Preisbestimmung die für die Bemessung des Kaufpreises erheblichen Umstände zu berücksichtigen (vgl. OLG Düsseldorf, Urf. v. 14.03.2018 - VI-U (Kart) 7/16, WuW 2018, 338 [juris-Rn. 259]). Für die [...] Verhandlungen über die [...], die einer [...] entsprechen, ist deshalb davon auszugehen, dass die im Zeitpunkt der Verhandlung bekannten Umstände, die eine einer Partei günstigere Preisgestaltung rechtfertigen, von dieser auch zur Sprache gebracht werden. Geschieht dies nicht, liegt nahe, dass die fraglichen Umstände keine Anpassungsforderung begründen konnten. Will sich eine der Parteien bei einer späteren Verhandlung noch auf einen schon zum früheren Zeitpunkt bekannten Umstand berufen, muss sie deshalb jedenfalls darlegen und gegebenenfalls beweisen, warum der ursprünglich bekannte, aber nicht beachtete Umstand für die Zukunft relevant geworden ist.

91 Danach war die Schiedsbeklagte zu 1) allerdings nicht gehalten, schon bei [...] die erst während des Jahres [...] bekannt gewordenen Umstände geltend zu machen, die eine Anpassung der [...] für das Jahr [...] rechtfertigen könnten. Denn die Schiedsbeklagte zu 1) hatte bereits kurz zuvor, nämlich in einer Präsentation [...] deutlich gemacht, für das Jahr [...] eine erhebliche Änderung der [...] zu ihren Gunsten erreichen zu wollen. Der [...] für das bereits fast abgeschlossene Kalenderjahr [...] kann unter diesen Umständen nicht entnommen werden, dass die Schiedsbeklagten aus erst bis [...] bekannt gewordenen Umständen keine Gründe für eine Anpassung der [...] für [...] und künftige Jahre mehr entnehmen könnten.

f) Die für eine Beeinträchtigung des wirtschaftlichen Gleichgewichts zu Lasten der Schiedsbeklagten geltend gemachten Gründe

92 Nach diesen Grundsätzen ist zu prüfen, ob und ggfls. inwiefern die von den Schiedsbeklagten geltend gemachten Gründe eine Änderung der [...] zu ihren Gunsten rechtfertigen.

aa) Verfehlung der Ziele der [...]

93 Die Schiedsbeklagten machen geltend, die Grundlage für die der Schiedsklägerin im [...] -Modell eingeräumte [...] sei entfallen, weil sich mittlerweile herausgestellt habe, dass die Schiedsklägerin das mit der [...] vereinbarte Ziel, ein [...] aufzubauen und zu betreiben, verfehlt habe. Dadurch habe sich die Commercial Balance zu Lasten der Schiedsbeklagten verschoben, was eine Anpassung der [...] rechtfertige (Duplik Rn. 167, 173 f.). Damit haben die Schiedsbeklagten keinen Erfolg.

94 Die [...] wurde von den Parteien am 9. Juni / 13. Juli 2009 abgeschlossen. In Absatz 2 und 3 der Präambel heißt es dort:

[...]

[...]

- 95 Ob diesen Aussagen in der Präambel ein rechtlich durchsetzbarer Verpflichtungswille der Schiedsklägerin zu entnehmen ist, erscheint fraglich, kann aber dahinstehen. Jedenfalls ist es den Schiedsbeklagten nach der Mehrheitsmeinung verwehrt, sich nach Abgabe der Commitments gegenüber der Schiedsklägerin noch auf die Verfehlung der Ziele der [...] zu berufen.
- 96 Der [...] Zeitraum für die Erreichung des angestrebten [...] war am [...] und damit deutlich vor der an die Commitments geknüpften Freigabe des Zusammenschlusses durch die Kommission am 2. Juli 2014 abgelaufen. Die Verfehlung des [...] hinderte die Schiedsbeklagten weder an der Abgabe der Commitments, noch am Abschluss der einvernehmlichen [...] und [...]. Unter diesen Umständen können sich die Schiedsbeklagten zur Begründung einer Veränderung der [...] nach Abgabe der Commitments im Jahr 2014 nicht mehr auf eine Verfehlung der in der Präambel der [...] im Jahr 2009 genannten Ziele berufen. Ist Zweck der Non-MNO-Remedy insbesondere die Erhaltung des bei Abgabe der Commitments im Jahr 2014 bestehenden wirtschaftlichen Gleichgewichts der Parteien, so müssen vorher möglicherweise eingetretene Zielverfehlungen unberücksichtigt bleiben.
- 97 Im Übrigen legt Absatz 2 der Präambel der [...] nach seinem Wortlaut das Verständnis nahe, dass hier allein von der eigenen Geschäftsstrategie der Schiedsklägerin die Rede ist, ein [...] aufzubauen. Dafür sprechen insbesondere auch Satz 2 und 3 dieses Absatzes, wo es konkret um die Ausrichtung des Geschäfts der Schiedsklägerin geht.

bb) Umstellung der E-Plus-Verträge auf das [...]

- 98 Die Schiedsbeklagten meinen, zur Feststellung der im Jahr 2014 bestehenden Commercial Balance der Parteien seien auch die Konditionen der E-Plus- Diensteanbieterverträge heranzuziehen. Diese Verträge seien [...] gewesen, auf die erst im Jahr [...] das [...] -Modell übertragen worden sei. Dadurch seien die Konditionen massiv und überobligatorisch zu Gunsten der Schiedsklägerin verbessert worden. Unter Berücksichtigung der zu diesem Zeitpunkt noch nicht auf das [...] umgestellten E- Plus-Verträge errechnen die Schiedsbeklagten für das Jahr [...] eine [...] der Schiedsklägerin von [...] (Duplik, Rn. 139 bis 148).
- 99 Diese Erwägungen rechtfertigen keine Anpassung der [...] für das Jahr [...] und die Folgejahre zu Gunsten der Schiedsbeklagten. Die Parteien haben sich nach der Mitte 2014 erfolgten Übernahme von E-Plus durch die Schiedsbeklagten [...] darauf geeinigt, dass bereits für die O2- DAV geltende [...] -Modell auch auf die E-Plus-Verträge anzuwenden. Für diese Vereinheitlichung der [...] dürften kommerzielle wie technische Gründe gesprochen haben (vgl. von den Schiedsbeklagten vorgelegte E-Mail des Mitarbeiters der Schiedsklägerin [...], Anlage B 30). Jedenfalls ist nichts dafür ersichtlich, dass die Schiedsbeklagten mit der Erstreckung des [...] auf die E-Plus-Verträge der Schiedsklägerin ein wirtschaftlich nicht gerechtfertigtes Geschenk machen wollten. Das widerspräche der erfahrungsgemäßen Erwartung, dass sich Geschäftspartner im kaufmännischen Verkehr regelmäßig rational verhalten. Im Übrigen stand der deutlichen [...] infolge des Übergangs auf das [...] ein vollständiger [...] gegenüber, die der Schiedsklägerin bis dahin für Neukunden, Vertragsverlängerungen und Optionen im Rahmen des [...] bei E-Plus gewährt worden waren.
- 100 Ohne dass es darauf noch ankommt, ist die von den Schiedsbeklagten vorgelegte Umrechnung der E-Plus-Konditionen 2014 in eine [...] von lediglich [...] (Rn. 143 Duplik) nicht nachvollziehbar und von der Schiedsklägerin, die in einer eigenen Berechnung insoweit auf eine [...] kommt, substantiiert bestritten (PHB Schiedsklägerin, Rn. 66).

cc) Geändertes Nutzerverhalten der Endkunden

- 101 Die Schiedsbeklagten behaupten, wichtiges Motiv für die Einführung des [...] - Modells durch die [...] sei gewesen, die Schiedsklägerin zukünftig am [...]. Diese [...] seien jedoch durch verändertes Nutzerverhalten drastisch zurückgegangen (vgl. KE, Rn. 206, 258 bis 270).
- 102 Die Schiedsbeklagten legen indes nicht dar, wo sich dieses vermeintlich wichtige Motiv in den Vereinbarungen der Parteien wiederfindet oder inwiefern die Schiedsklägerin ihm zugestimmt hat. Grundsätzlich werden im [...]. Darüber besteht Einigkeit zwischen den Parteien (vgl. nur KE, Rn. 159, Replik, Rn. 118 f.). Die Befragung der Sachverständigen beider Parteien hat ebenfalls ergeben, dass [...] jedenfalls keine erhebliche Bedeutung zukommt (vgl. [...]). Es ist deshalb nicht ersichtlich, wieso den [...] eine wesentliche Bedeutung bei der Einführung des [...] zugekommen sein sollte.

dd) Investitions- und Betriebskosten der Netzinfrastruktur

- 103 Die Schiedsbeklagten machen geltend, sie erlitten durch den Aufbau, den Unterhalt, die Modernisierung und den Betrieb der Mobilfunknetzinfrastruktur sowie die Lizenzkosten für Mobilfunkfrequenzen erhebliche Mehrkosten, die im Rahmen des [...] keine Berücksichtigung fänden. Dies rechtfertige eine Erhöhung ihres [...] (KE, Rn. 206, 264).
- 104 Dieser Vortrag der Schiedsbeklagten ist bereits un schlüssig. Als Nachweis für eine Erhöhung der Netzkosten berufen sich die Schiedsbeklagten auf getätigte Investitionen in Höhe von [...] Mrd.€ 2015 und [...] Mrd. € 2016. Als Beleg dafür haben sie als Anlage B 10 Auszüge aus den Geschäftsberichten der Schiedsbeklagten für die Jahre 2015 und 2016 vorgelegt. Nach dem Auszug der Seite 40 des Geschäftsberichts 2015 betragen die Investitionen auf kombinierter Basis, also unter notwendiger Einbeziehung der übernommenen E- Plus-Gruppe, 2014 bereits 1,161 Mrd. €. Die damit für 2015 statt einer Erhöhung festzustellende Reduzierung der Investitionen um 129 Mio. € erklärt der Geschäftsbericht im Wesentlichen aus der Realisierung fusionsbedingter Synergien, welche die Investitionen in den Ausbau des LTE-Netzes und die Integration des Netzwerks überkompensierten. Auch der im Geschäftsbericht 2016 (Anlage B10) als „CapEx“ angegebene Wert der Investitionen für 2016 liegt mit 1,102 Mrd. € immer noch um 59 Mio. € unter dem für das Fusionsjahr ermittelten kombinierten Wert.
- 105 Nicht zuletzt aufgrund der fusionsbedingten Synergien dürfte die Schiedsbeklagte zu) 1 in den Jahren 2016 und 2017 auch deutlich niedrigere Investitionsquoten als ihre Wettbewerber gehabt haben. So standen 2016 einer Investitionsquote der Schiedsbeklagten zu 1 von [...] % solche von [...] % (Vodafone) und [...] % (Deutsche Telekom) gegenüber, die Werte für 2017 lauten [...] % für die Schiedsbeklagte zu 1), [...] % für Vodafone und [...] % für Deutsche Telekom (vgl. Gutachten [...]). In einer von der Schiedsklägerin als Anlage K 116 vorgelegten Mitteilung der Schiedsbeklagten vom 21. Februar 2018 heißt es zum vorläufigen Ergebnis für das Jahr 2017, der Investitionsaufwand (CapEx) habe 262 Mio. € und damit 26,7% weniger als im Vorjahr betragen, da das Investitionsprofil im Zusammenhang mit der anhaltenden Netzkonsolidierung weiterhin optimiert werden konnte; außerdem habe das Unternehmen im letzten Quartal 2017 von zusätzlichen synergiebezogenen Einsparungen in Höhe von ca. 30 Mio. € profitiert, die aus dem Ausbau nur eines LTE-Netzwerks resultierten.
- 106 Der von den Schiedsbeklagten behauptete Aufwand für den Erwerb von Mobilfunkfrequenzen in Höhe von [...]Mrd. € im Jahr 2015 ergibt sich nicht in einer für das Schiedsgericht nachvollziehbaren

Weise aus der als Beleg dafür vorgelegten Anlage B 10. Den darin enthaltenen Auszügen aus Geschäftsberichten sind vielmehr keine Angaben zu den Kosten des Erwerbs von Mobilfunkfrequenzen zu entnehmen.

- 107 Auch die in diesem Zusammenhang in KE, Rn. 268 aufgestellte Behauptung einer Reduzierung der Terminierungsentgelte wird durch die von den Schiedsbeklagten erstellte, in KE, Rn. 261 vorgelegte Tabelle nicht bestätigt. Die für die Ertragssituation der Schiedsbeklagten maßgebliche Differenz zwischen Terminierungskosten und -einnahmen ist danach von [...] € im Februar 2016 bis Dezember 2017 auf [...] € [...].
- 108 Es kommt hinzu, dass für die Notwendigkeit der Anpassung der [...] die absolute Höhe der Investitionskosten der Schiedsbeklagten zu 1 nicht aussagekräftig ist. Maßgeblich sind vielmehr die Kosten pro Leistungseinheit. Insofern bestand bei der Befragung Einigkeit der Sachverständigen beider Parteien, dass die Netzkosten pro Einheit im Sinne von Nutzungseinheit in den letzten Jahren [...] sind (vgl. [...]). Darüber hinaus haben die Gutachter der Schiedsklägerin ausgeführt, auch die Netzkosten pro Kunde seien im Allgemeinen [...] Der von den Schiedsbeklagten benannte Sachverständige [...] meinte, dazu ohne detaillierte Analyse keine Angaben machen zu können (WP, Seite 453 bis 454 u.). In ihrem nach der mündlichen Verhandlung am 14. Dezember 2018 eingereichten Schriftsatz machen die Schiedsbeklagten dazu keine Ausführungen.
- 109 Im Übrigen liegt es nahe, gestiegene Netzkosten gegebenenfalls in höheren Endkundenpreisen weiterzugeben. Entscheidet sich der Netzbetreiber indes gegen diese Möglichkeit, so wäre es eine Störung des wirtschaftlichen Gleichgewichts in Form einer Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit der Schiedsklägerin, die netzbedingten Kostensteigerungen in Form eines durch eine veränderte [...] erhöhten Vorleistungspreises allein an sie weiterzugeben.

ee) „[...]“ der Schiedsklägerin

- 110 Die Schiedsbeklagten behaupten, [...]. (KE, Rn. 222 bis 229, Duplik, Rn. 184 bis 200). Die daraus resultierende Verschlechterung der Ertragslage der Schiedsbeklagten zu 1 rechtfertigt die von ihr vorgeschlagene Anpassung der [...].
- 111 Für die Beurteilung dieses Arguments kommt es zunächst darauf an, ob diese behaupteten „[...]“ der Schiedsklägerin ein vertragsgemäßes oder vertragswidriges Verhalten darstellen und welchen Umfang sie haben. Eine weitere, nachfolgend unter ff) behandelte Frage ist, ob und inwieweit „[...]“ der Schiedsklägerin zu einer Reduzierung der [...] der Schiedsbeklagten zu 1 führen, die eine Anpassung der [...] zu ihren Gunsten rechtfertigen könnte.
- 112 (1) Die von den Schiedsbeklagten als „Optimierung“ kritisierte Tarifmigration stellt ein grundsätzlich vertragsgemäßes Verhalten der Schiedsklägerin dar.
- 113 Unstrittig besteht für die von der Schiedsklägerin bei der Schiedsbeklagten bestellten Mobilfunkvorleistungen [...] (vgl. KE, Rn. 224). Seit der [...] (Anlage K 31) und damit schon deutlich vor der Freigabe des Zusammenschlusses enthalten [...] der Parteien ausdrückliche [...] (vgl. die in Replik, Rn. 132, aufgeführten Nachweise aus den mit den Anlagen K 28 bis K 31 vorgelegten [...]). Diese Regelungen sehen bei Überschreiten bestimmter Werte [...] zu Gunsten der Schiedsbeklagten vor.
- 114 Ebenso wie die Tarifmigration als solche ist auch eine aktive Verlagerung von Bestandskunden aus höherwertigen Tarifen [...] am unteren Rand der Gruppe [...] als solche nicht vertragswidrig, sondern

im [...] vorgesehen. Danach ist ein Kundenvertrag als [...] immer bei der [...] zu berücksichtigen, solange es sich nur überhaupt um einen [...] handelt.

- 115 Vor diesem Hintergrund ist entgegen dem Vortrag der Schiedsbeklagten (Duplik, Rn. 206) nichts für ein gemeinsames Verständnis der Parteien bei Vertragsschluss ersichtlich, dass sich Endkundertarif und Vorleistungstarif entsprechen sollen, also keine Tarifmigration stattfindet. Der Hinweis der Schiedsbeklagten auf die als Anlage B 31 vorgelegte Dokumentation der Schiedsklägerin zur [...] geht fehl. Dort heißt es zwar auf Seite 4:

[...].

Wenig später heißt es indes in demselben Dokument:

[...].

- 116 Daraus ergibt sich eindeutig, dass sich Vorleistungs- und Endkundertarife keineswegs entsprechen müssen.
- 117 (2) Die Schiedsklägerin hat vorgetragen, sie nehme Tarifwechsel im Einkauf vor, bewege sich damit indes innerhalb der Vereinbarungen im [...] -Modell (Replik, Rn. 126, 132). Die Beklagten haben behauptet, die Schiedsklägerin nehme in großem Umfang einkaufsseitige Tarifwechsel vor. Sie haben dafür Tabellen mit Beispielen für Tarifwechsel in den Jahren [...] bis [...] vorgelegt (KE Rn. 226). Daraus ergibt sich etwa, dass die Schiedsklägerin im Jahr [...] Vorleistungen für knapp [...] nicht mehr unter [...] mit [...] bezog, sondern diese auf [...] mit einer [...] wechselte, also [...] weniger als im [...]. Daraus errechnen die Schiedsbeklagten einen Rückgang ihres Bruttoertrags für diese Endkunden der Schiedsklägerin in Höhe von insgesamt knapp [...]. Demgegenüber sei die Schiedsklägerin gegenüber den jeweiligen Endkunden weiterhin berechtigt, eine höhere reale monatliche Grundgebühr entsprechend der mit dem jeweiligen Endkunden für die Dauer der Vertragslaufzeit getroffenen Vereinbarung abzurechnen. Die Schiedsklägerin hat diese von den Schiedsbeklagten ermittelten Zahlen nicht bestritten, sondern sich darauf berufen, diese Tarifwechsel seien zuvor von den Schiedsbeklagten niemals beanstandet worden (Replik, Rn. 134).
- 118 Die Schiedsbeklagten konnten auch durch die von ihnen benannten Zeugen nicht belegen, dass „[...]“ der Schiedsklägerin die vertraglich vereinbarten [...] überschreiten (vgl. [...]).

ff) Rückgang der [...] und [...]

- 119 Die Schiedsbeklagten machen geltend, die Vergütung der Schiedsbeklagten zu 1) für die Erbringung der Mobilfunk-Vorleistungen gegenüber der Schiedsklägerin habe sich insbesondere im Geschäftsjahr [...]. [...]

120 (1) Begriffsbestimmung

Nach übereinstimmendem Vortrag der Parteien handelt es sich bei [...]. Der Preis des dem Endkunden der Schiedsklägerin angebotenen Tarifs kann davon abweichen, also insbesondere niedriger sein. [...].

(2) [...] als Vertragsziel

121 Unter Ziff. 1 der einvernehmlichen [...] (Anlagen K 29 und K 30) haben die Parteien jeweils vereinbart:

[...]

Nach dem eindeutigen Wortlaut („[...]“ und „[...]“) wird damit keine einklagbare Verpflichtung begründet. Allerdings müssen sich beide Parteien gemeinsam bemühen, nach Maßgabe der jeweiligen Marktumstände das [...] zu erreichen.

122 Dass es sich bei der [...] lediglich um ein Bemühensziel, nicht jedoch um eine rechtlich harte Verpflichtung handelte, wird auch dadurch belegt, dass in den monatlichen Reportings der Schiedsbeklagten die [...] nur bis Ende [...] ausgewiesen wurde. In diesem Jahr gab es noch eine ausdrückliche und mit Rechtsfolgen belegte Regelung im Zusammenhang mit [...]. Nachdem in den [...] nur noch das Bemühen um die [...] vorgesehen war, wurde die jeweils erzielte [...] in den Reportings dagegen nicht mehr ausgewiesen (vgl. Anlagenkonvolut K 168, PHB Schiedsklägerin Rn. 38 bis 40).

123 Die Bemühungspflicht der Parteien bezüglich der Aufrechterhaltung des [...] bezieht sich auf die [...]. Wie sich zweifelsfrei aus den als Anlage K 168 vorgelegten monatlichen Reportings der Schiedsbeklagten zu 1) an die Schiedsklägerin, jeweils Seite 6, ergibt, haben die Parteien unter [...] verstanden. Das Bemühensziel ist damit jedenfalls auch erreicht, wenn [...] aufrechterhalten wird. Damit kommt es für die weitere Prüfung allein auf die [...] an.

124 Die Schiedsbeklagten behaupten, das Ziel [...] sei in den Jahren [...] nicht erreicht worden. Sie haben vorgetragen, die [...].

125 Die Schiedsklägerin hat diese Angaben zwar nicht bestritten. Die in KE Rn. 230 dargelegte Entwicklung der [...] haben die Schiedsbeklagten aber lediglich durch eine Aussage des Zeugen [...] belegt, der angab, diese Werte aus dem „Abrechnungssystem“ ermittelt zu haben. Sie decken sich jedoch nicht mit der auf Quellenangaben gestützten Angabe der [...]. Addiert man in dieser Tabelle jeweils die Angaben zur [...] für die [...], so ergibt sich für [...] eine solche von [...]. Das Schiedsgericht legt seinen weiteren Überlegungen diesen Wert zugrunde (§ 27 Abs. 1 DIS-SchO 1998). Dargelegt ist damit [...]. Mit der Behauptung einer [...] kann im Hinblick auf den Widerspruch zwischen der Bekundung des von den Schiedsbeklagten benannten Zeugen [...] für die Jahre [...] und [...] einerseits und der im PHB Schiedsbeklagte, Rn. 93, vorgelegten Tabelle andererseits kein Rückgang der [...] für [...] belegt werden.

126 Hinsichtlich des nach den [...] für die Bemühenspflicht allein maßgeblichen Kennwerts der [...] ist zur Überzeugung des Schiedsgerichts damit lediglich [...] festgestellt.

(3) [...]

127 Die Beeinträchtigung des wirtschaftlichen Gleichgewichts eines Vertrags kann grundsätzlich auch darin liegen, dass eine Partei durch ihr Verhalten berechnete Ertragserwartungen der anderen Partei zunichtemacht.

128 Die Schiedsbeklagten haben geltend gemacht, [...] stehe kein entsprechender Rückgang bei den Erträgen der Schiedsklägerin gegenüber. Sie haben sich dazu auf den ARPU (Average revenue per

user) der Schiedsklägerin im Netz der Schiedsbeklagten zu 1) bezogen. In diesem Zusammenhang haben die Schiedsbeklagten Vergleiche des [...] ARPU der Endkunden der drei deutschen Mobilfunknetzbetreiber mit der durchschnittlichen monatlichen [...] vorgelegt. Diese Vergleiche weisen erhebliche methodische Schwächen auf.

- 129 So ist im vorliegenden Verfahren der Vergleich mit einem unter Einbeziehung der ARPUs von Telekom und Vodafone ermittelten Wert untauglich. Beim Vergleich mit dem ARPU des Mutterkonzerns der Schiedsklägerin bleibt unberücksichtigt, dass dieser Wert [...] umfasst und daher keinen Aufschluss über die Entwicklung des von der Schiedsklägerin im Netz der Schiedsbeklagten erzielten ARPU zu geben vermag. Allerdings ist den Schiedsbeklagten die Höhe des ARPU, den die Schiedsklägerin mit der Schiedsbeklagten erzielt, unbekannt. Da es sich dabei um ein Geschäftsgeheimnis der Schiedsklägerin handelt, kann es dieser auch nicht zum Nachteil gereichen, keine entsprechenden Angaben gemacht zu haben. Einen gewissen Aufschluss könnte ein Vergleich der Entwicklung des ARPU der Schiedsbeklagten mit der von den Beklagten mit der Schiedsklägerin erzielten [...] sein. Die im Sachverständigengutachten [...] (Anlage K 104, Rn. 188), eingefügte und von [...] erstellte Tabelle gibt dazu jedoch keine belastbaren Erkenntnisse. Die Schiedsbeklagten wenden zu Recht ein, dass die dort vorgenommene Berechnung der [...] der Schiedsklägerin aus der in Bezug genommenen Fundstelle KE Rn. 261 nicht hervorgeht. So beginnen die Angaben in KE, Rn. 261 überhaupt erst im [...], während die Tabelle von [...] im [...] einsetzt. Auch ist etwa der bei ca. [...] liegende Wert dieser [...] für [...] nicht in Einklang zu bringen mit den Werten in KE, Rn. 261, weil dort sämtliche Einzelwerte [...] bei mindestens [...]liegen.
- 130 Zugrunde gelegt werden kann allerdings die in der Duplik, Rn. 193, wiedergegebene Grafik mit der Entwicklung des ARPU der Schiedsbeklagten im Vergleich zum Durchschnittswert der drei deutschen Netzbetreiber und zu der von der Schiedsbeklagten mit der Schiedsklägerin erzielten [...]. Daraus ergibt sich für die [...] mit der Schiedsklägerin ein [...], wobei sich die [...] hat. Demgegenüber ist der [...] im Wesentlichen stabil geblieben und insgesamt über die Zeitspanne von [...] bis [...] nur unwesentlich gesunken.
- 131 Nach der von den Schiedsbeklagten in KE Rn. 232 vorgelegten Tabelle ist die [...].
- 132 Auch wenn es wirtschaftlich für die Schiedsbeklagten eher auf den mit der Schiedsklägerin erzielten Gesamtumsatz als auf den Umsatz pro Kunden ankommen dürfte, ist damit im Ergebnis zur Überzeugung des Schiedsgerichts belegt, dass [...].
- 133 Nicht dargelegt ist demgegenüber, dass [...] oder danach ausgleichen konnten. In [...], wird dies nur für [...] vorgetragen. Nach der für diese Aussage der Schiedsbeklagten in Bezug genommenen Abb. 7-1 im [...] -Gutachten (Anlage K 104) war von [...] ein [...] zu verzeichnen, erst [...] kam es zu [...]. Insoweit erscheint allerdings möglich, dass [...] auf die Streitigkeiten der Parteien zurückzuführen ist.
- 134 **(4) Relevanz der Feststellungen zur Entwicklung von [...] und [...]**
- 135 Soweit danach ein [...] festzustellen ist, berechtigt dieser Umstand die Schiedsbeklagten nicht für sich allein zu einer Änderung der [...] unter dem Aspekt einer für sie ungünstigen Verschiebung des wirtschaftlichen Gleichgewichts.
- 136 Dem Interesse der Schiedsbeklagten an einem werthaltigen Geschäft mit Endkunden trägt in der [...] die Position „[...]“ Rechnung. Steigt der [...], so vergrößert sich der [...] der Schiedsklägerin.

Eine Differenzierung danach, ob es sich um [...] handelt, trifft die [...] nicht.

- 137 Nicht erfüllte Erwartungen der Schiedsbeklagten an die Entwicklung der [...] können darüber hinaus eine Änderung der [...] zu Gunsten der Schiedsbeklagten zu 1) nur dann rechtfertigen, wenn sie von der Schiedsklägerin zu vertreten sind. Soweit sie dagegen auf Umständen beruhen, für die die Schiedsbeklagte zu 1) einzustehen hat, oder auf beide Parteien gleichermaßen treffende Marktentwicklungen zurückzuführen ist, ist das wirtschaftliche Gleichgewicht der Diensteanbieterverträge nicht zu Lasten der Schiedsbeklagten verschoben.
- 138 (a) Die Schiedsklägerin hat in der Replik mit den Anlagen K 118 bis K 127 eine Reihe von Berichten vorgelegt, die eine schlechte Netzqualität der Schiedsbeklagten zu 1) belegen sollen. Diese Anlagen stammen sämtlich aus der Zeit deutlich nach Freigabe der Fusion. Insbesondere in den Tests der als seriös anzusehenden Veröffentlichungen „Connect“, „test“ und „Chip“ (K 118 bis K 121) aus den Jahren 2017 und 2018 wird substantiiert über Schwächen des Netzes der Schiedsbeklagten zu 1) im Vergleich zu ihren Wettbewerbern Telekom und Vodafone berichtet. Während 2017 bei „Connect“ Telekom als Testsieger mit sehr gut und Vodafone mit gut abschlossen, erzielte die Schiedsbeklagte zu 1) lediglich ein ausreichend. Im Test wurde dieses Ergebnis mit dem laufenden Netzzusammenschluss nach der Übernahme von E-Plus erklärt. In „test 6/2017“ heisst es, die Qualität des Netzes der Schiedsbeklagten zu 1) sei die schlechteste, konkurrenzfähig sei dieses Netz allein in Städten. Auch beim Telefonieren in Zügen schneide das Netz der Schiedsbeklagten eindeutig am schlechtesten ab. Im „Chip Netztest 2018“ erreichte das Netz der Schiedsbeklagten, dem großes Optimierungspotential bescheinigt wurde, ebenfalls lediglich den letzten Platz. Bei „Connect 1/2018“ wird ausgeführt, „noch mehr als im Vorjahr (ächze das Telefonica-Netz) unter dem laufenden Zusammenschluss der ehemals separaten Funkzellen von E-Plus und O2“, so dass dieses Netz erneut den letzten Platz im Test belegte. Diesen Tests, denen umfangreiche Prüfungen zugrunde liegen, kommt eine andere Bedeutung zu als ebenfalls vorgelegten Meldungen über vorübergehende Netzstörungen, die möglicherweise im Mobilfunk allgemein nicht ungewöhnlich sein mögen (vgl. Duplik, Rn. 180 mit Nachweisen).
- 139 Dahinstehen kann, ob die Testergebnisse für die Schiedsbeklagte zu 1) nach erfolgreicher Konsolidierung des O2- mit dem früheren E-Plus-Netz besser werden, wie der Vertreter der Schiedsbeklagten in der mündlichen Verhandlung unter Hinweis auf eine erst wenige Tage zuvor publizierte und dem Schiedsgericht nicht vorgelegte Veröffentlichung geltend machen wollte (vgl. WP, Seite 491, ZE 16, bis Seite 493, ZE 23). Dieses - unterstellt - günstigere Testergebnis kann sich erst im Laufe des Jahres 2019 als absatzsteigernd für das Netz der Schiedsbeklagten zu 1) auswirken.
- 140 Für den zur Beurteilung der Forderung der Schiedsbeklagten nach einer Anpassung der [...] vorliegend maßgeblichen Zeitraum steht damit fest, dass die Vertriebstätigkeit der Schiedsklägerin zu Gunsten des Netzes der Schiedsbeklagten zu 1) durch dessen schlechte Qualität beeinträchtigt wurde, wobei es nicht auf die dafür bestehenden Gründe, etwa die Netzkonsolidierung mit E-Plus, ankommt. Für die Netzqualität hat jedenfalls die Schiedsbeklagte zu 1) als Vorleistungserbringerin einzustehen.
- 141 (b) Bestehen bei einer Dienstleistung im Vergleich zu den Wettbewerbern Qualitätsmängel, so liegt es nahe, den Absatz durch preislich günstige Angebote zu steigern oder zumindest aufrechtzuerhalten. [...]. Diese Zusatzleistungen würden der Schiedsklägerin für [...] jedoch nicht angeboten. Dieser Vortrag wurde von den Schiedsbeklagten nicht bestritten, er wurde in der Beweisaufnahme

vielmehr bestätigt ([...]). Es ist plausibel, dass diese Tarif- und Werbeangebote es der Schiedsklägerin erheblich erschweren, hochpreisige Tarife zu vermarkten.

142 (c) Unabhängig von den weiteren von der Schiedsklägerin geltend gemachten Beeinträchtigungen ihrer Vertriebsbemühungen durch die Schiedsbeklagte zu 1) reichen bereits die soeben unter (a) und (b) behandelten Umstände aus, um für den hier maßgeblichen Zeitraum die Erforderlichkeit einer Änderung der [...] zu Gunsten der Schiedsbeklagten zu 1) wegen des nur eingeschränkt festgestellten Rückgangs von [...] und [...] (vgl. Rn. 127 bis 133) auszuschließen. Auf der Grundlage des ermittelten Sachverhalts kann das Schiedsgericht keine Verschiebung des wirtschaftlichen Gleichgewichts zwischen den Parteien feststellen, die eine veränderte [...] erforderlich macht.

g) Ergebnis zum Antrag I.1

143 Gleichwohl sind der Hauptantrag und der erste Hilfsantrag der Schiedsklägerin zu I.1 zurückzuweisen. Die Klage hat jedoch mit dem zweiten Hilfsantrag zu I.1 Erfolg, weil die Schiedsklägerin eine Festsetzung der [...] für [...] entsprechend der [...] der Anlage K 138 begehren kann. Für [...] bleibt es unverändert bei der für diesen Zeitraum einvernehmlich vereinbarten [...] gemäß Anlage K 30.

144 aa) Mit dem Antrag zu I.1 begehrt die Schiedsklägerin, die [...] für die Jahre [...] entsprechend den als Anlage K 1 bis K 3 beigefügten [...] festzusetzen. Die in diesen Anlagen eingefügte [...] entspricht einer [...] (Anlage K 30), für die [...] wurden. Wie oben Rn. 87 bereits ausgeführt, kann die lediglich für [...] noch einvernehmlich vereinbarte [...] indes nicht als Einigung der Parteien auf eine für [...] angemessene Commercial Balance verstanden werden. Die Schiedsbeklagte zu 1) hatte zu diesem Zeitpunkt ihre Forderung nach einer deutlichen Anpassung der [...] bereits nachdrücklich erhoben und die Parteien waren sich einig, dass für [...] schnellstens eine neue [...] mit neuen Konditionen vereinbart werden musste.

145 bb) Mit dem ersten Hilfsantrag zu I.1 begehrt die Schiedsklägerin die [...] festzusetzen. Im Hinblick auf die späteren einvernehmlichen Änderungen der [...] kommt ein Rückgriff auf die [...] jedoch nicht mehr in Betracht.

146 cc) Mit dem zweiten Hilfsantrag überlässt die Schiedsklägerin die Festsetzung der [...] für die [...] dem billigen Ermessen des Schiedsgerichts. Das Schiedsgericht übt aus den vorstehend ausgeführten Gründen sein Ermessen dahingehend aus, dass es für die [...] bei der [...] verbleibt und die [...] festgesetzt werden.

147 (1) Die Anlage K 138 gibt das übereinstimmende Verständnis der Parteien über die angemessene und damit dem wirtschaftlichen Gleichgewicht zwischen ihnen entsprechende [...] im Jahr [...] wieder (vgl. o. Rn. 79, 88). Nach dem Ergebnis des Schiedsverfahrens haben sich keine Gründe dafür ergeben, wegen einer - allein erheblichen (vgl. o. Rn. 89 f.) - erst in den Verhandlungen für die Zeit ab [...] zu berücksichtigenden Verschiebung des wirtschaftlichen Gleichgewichts zulasten der Schiedsbeklagten die [...] für die Zeit von [...] gegenüber der Anlage K 138 zu ihren Gunsten zu verändern (vgl. o. Rn. 80, 91 bis 141).

148 (2) Unter [...] (Anlage K 30) haben die Parteien Einigkeit darüber bekundet, für die [...] zu vereinbaren. Anders als in [...] (Anlage K 141) haben sie keine [...] vorgesehen. Sie haben damit ihren ein-

deutigen Willen zum Ausdruck gebracht, [...] anzusehen. Das Schiedsgericht trägt diesem Parteiwillen Rechnung.

149 (3) Für [...] kann [...] erfolgen. Die [...] für [...] ist ebenfalls durch das Schiedsgericht zu bestimmen. Im Laufe des Jahres [...] etwa eintretende Veränderungen des wirtschaftlichen Gleichgewichts der Parteien sind, entsprechend der früheren Übung der Parteien, erst bei den Verhandlungen über die [...] zu berücksichtigen.

150 Die [...] für [...], die der Anlage K 138 entspricht, stellt sich damit wie folgt dar:

		[...]							
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]		
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]		
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]		
[...]									
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]		
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]		
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]		

151 Das Schiedsgericht hat eingehend geprüft, ob eine Anpassung der [...] für das [...] angemessen ist, etwa dergestalt, dass die [...]. In entsprechender Weise hatte die Schiedsklägerin in ihrem Hauptantrag eine Anpassung der [...] auf [...] mit dem Faktor [...] beantragt (vgl. Anlage K 1). Im Ergebnis hält das Schiedsgericht eine solche [...] Anpassung indes nicht für sachgerecht.

152 Nach dem Ergebnis des Schiedsverfahrens sieht das Schiedsgericht keine Evidenz für die Annahme, dass sich der [...] im Jahresverlauf tendenziell [...] entwickeln, so dass man beispielsweise [...] zugrunde legen könnte, und die Summe dieser [...] wäre. Vielmehr zeigt die Anlage K 140 eine [...] des Geschäfts, die trotz der in der Darstellung bestehenden Unklarheiten (vgl. u. Rn. 164) jedenfalls offenbart, dass die Schiedsklägerin einen [...] erzielen konnte, wobei dann allerdings [...] erreicht wurde. Demgegenüber bleibt es wie ausgeführt (o. Rn. 145) für den ausweislich der Anlage K 140 [...]. Unter diesen Umständen und unter Berücksichtigung des Vortrags der Schiedsklägerin, dass sich die [...] K 138 und K 30 wirtschaftlich entsprechen ([...]), setzt das Schiedsgericht nach billigem Ermessen für den die [...] umfassenden Geltungsbereich der Anlage 1 zum Tenor die unveränderte, [...] fest.

153 Die danach maßgeblichen [...] sind diesem Schiedsspruch als Anlagen 1 bis 3 zum Tenor beigelegt. [...]. In die Anlagen 1 bis 3 wurden jedoch diejenigen Regelungen der Anlage K 29 für das laufende Geschäftsjahr nicht übernommen, die ihren Sinn bei der hier gebotenen [...] eindeutig verloren haben oder die nach der im Laufe des Schiedsverfahrens gewonnenen Kenntnis des

Schiedsgerichts zwischenzeitlich insbesondere durch technische Entwicklungen (z. B. Netzzusammenlegung) überholt sind. Außerdem waren Anpassungen im Hinblick auf die sich ständig verändernden Tarife geboten. Insoweit hat das Schiedsgericht sein billiges Ermessen dahingehend ausgeübt, die jeweils relevanten Tarife den Anlagen K 1 bis K 3 zur Schiedsklage zu entnehmen. Die Schiedsbeklagten haben die Maßgeblichkeit der in den Anlagen K 1 bis K 3 aufgeführten Tarife für die jeweiligen Jahre nicht bestritten.

I.2 Feststellung der Schadensersatzpflicht wegen Verweigerung des Abschlusses einer angemessenen [...] ab [...]

- 154 Mit diesem Antrag begehrt die Schiedsklägerin die Feststellung, dass die Schiedsbeklagten verpflichtet sind, der Schiedsklägerin alle Schäden zu ersetzen, die dieser dadurch entstanden sind und entstehen werden, dass die Schiedsbeklagten den Abschluss einer angemessenen [...] für den Zeitraum ab dem [...] verweigern.
- 155 Gegenstand dieses Antrags sind damit ausschließlich solche Schäden, die kausal auf [...] seit [...] zurückzuführen sind. Dabei muss es sich um Schäden handeln, die weder Gegenstand des Antrags II.3 (Vorenthaltung des [...]) noch des Antrags III.3 (Vorenthaltung 4G-Übertragungsstandard für Eigentarife) sind, weil es ansonsten an einem Rechtsschutzbedürfnis für den Antrag I.2 fehlen würde.
- 156 Für die Begründetheit des Antrags I.2 reicht die Darlegung der gewissen Wahrscheinlichkeit eines derartigen Schadens aus. Nach der Lebenserfahrung muss ein Eintritt des Schadens in der Zukunft mit einiger Sicherheit zu erwarten sein. Dafür bedarf es weder des Nachweises eines konkreten Schadens, noch einer hohen Schadenswahrscheinlichkeit (vgl. nur BGH, Urt. v. 24.05.2000, I ZR 222/97, GRUR 2001,78, 79, juris- Rn. 24 - falsche Herstellerpreisempfehlung).
- 157 Die Schiedsklägerin hat jedoch auch eine nach diesen Grundsätzen ausreichende, über den mit dem Antrag I.3 geltend gemachten Rückzahlungsanspruch hinausgehende Schadenserwartung nicht dargelegt. In der Klage (Rn. 194) und der Replik (Rn. 192) macht sie unter diesem Antrag als Schaden [...] und entgangenen Gewinn geltend, weil sie angesichts der Unsicherheiten über die [...] nicht mit wettbewerbsfähigen Angeboten im Markt auftreten konnte, wobei die Klägerin insbesondere auf [...] verweist. Es ist jedoch nicht zu erkennen, wieso [...] oder Gewinn aus unterbliebenen Geschäften deshalb fehlen, weil es keine Vereinbarung über die [...] gibt. Für die Schiedsklägerin folgte kein Vertriebsverbot aus dem fehlenden Abschluss einer [...]; ihre möglicherweise durch eine schlechte Qualität des Netzes der Beklagten oder deren aggressiverer Rabatt- oder Tarifgestaltung entstandenen Schäden sind nicht Gegenstand des Antrags I.2. Mögliche Schäden wegen unterbliebener Bereitstellung des [...], des [...] sowie des [...] sind Gegenstand der Anträge II.3, III.3 und V.2. Wie sich insbesondere aus Rn. 203 der Replik ergibt, konnte die Schiedsklägerin nach Auslaufen der [...] (K 30) bei bestehender Unsicherheit über die [...] weiterhin erhebliche Umsätze im Netz der Schiedsbeklagten erzielen, also dafür offenbar ausreichend attraktive Angebote unterbreiten. Es kann also keine Rede davon sein, dass die Schiedsklägerin wegen Unsicherheiten über die [...] nicht mehr mit ausreichend attraktiven Angeboten im Markt auftreten konnte. Es erscheint unter diesen Umständen nicht in einer für einen Schadensersatzfeststellungsantrag hinreichenden Weise wahrscheinlich, dass sich in einem Betragsverfahren für die Schiedsklägerin ein über die vom Antrag I.2. nicht erfassten Schadenspositionen hinausgehender weiterer Schaden kausal darauf wird zurückführen lassen, dass die Schiedsklägerin wegen der Unsicherheit über die [...] nicht mit ausreichend attraktiven Angeboten im Markt auftreten konnte.

158 Der Antrag zu I.2 ist somit als unbegründet abzuweisen.

I.3 Bezifferter Rückzahlungsantrag über [...] €

159 a) Mit diesem Antrag begehrt die Schiedsklägerin die Zahlung von [...]€ von den Schiedsbeklagten. Dieser Betrag, dessen Höhe die Schiedsklägerin in Rn. 203 der Replik substantiiert dargelegt und die Schiedsbeklagten nicht bestritten haben, entspricht der Differenz zwischen den bei [...] geschuldeten und den vorsorglich unter Vorbehalt tatsächlich von der Schiedsklägerin an die Schiedsbeklagte zu 1) gezahlten Beträgen in den [...].

160 Als Anspruchsgrundlage eines entsprechenden Rückzahlungsanspruchs der Schiedsklägerin kommen die Diensteanbieterverträge in Verbindung mit der durch diesen Schiedsspruch festgesetzten [...] in Betracht. Es handelt sich damit nicht um einen Schadensersatzanspruch wegen Folgeschäden, so dass die Wirksamkeit des [...] hier dahingestellt bleiben kann.

161 b) Der Hauptantrag zu I.3 ist jedoch unbegründet, weil die Schiedsklägerin für das Gesamtjahr [...] keine Abrechnung auf der Grundlage der Anlage K 30 verlangen kann und nicht ersichtlich ist, dass sie nach der maßgeblichen Anlage 1 zum Tenor (entspricht K 138) im Zeitraum [...] erreichen konnte. Nach ihrem eigenen Vortrag (Replik, Rn. 204) [...].

162 c) Mit dem Hilfsantrag zu I.3 begehrt die Schiedsklägerin die Feststellung, dass die Schiedsbeklagten verpflichtet sind, an die Schiedsklägerin den Differenzbetrag zu zahlen zwischen (i) dem Betrag, den die Schiedsklägerin für das Kalenderjahr [...] tatsächlich an die Schiedsbeklagten gezahlt hat (einschließlich der Vorbehaltszahlungen), und (ii) dem Betrag, der sich als Zahlungsverpflichtung unter den Diensteanbieterverträgen bei der vom Schiedsgericht für das Jahr [...] festgesetzten [...] ergibt, nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 14.02.2018.

163 Dieser Antrag war bei Klageerhebung begründet, da der Schiedsklägerin ein solcher Rückzahlungsanspruch jedenfalls in Höhe von [...]€ zustand. Dieser Betrag entspricht der Differenz zwischen der in den [...] erfolgten Abrechnung auf der Grundlage eines [...] und dem der Schiedsklägerin insoweit mindestens zustehenden [...].

164 Unstrittig hat die Schiedsbeklagte zu 1) der Schiedsklägerin aufgrund der [...] jedoch im Anschluss an deren Unterzeichnung ([...]) zwischenzeitlich eine Gutschrift in Höhe von [...]€ erteilt (vgl. PHB Schiedsklägerin, Rn. 110). Ob sich der Rückzahlungsantrag zu I.3 damit im Hilfsantrag erledigt hat (vgl. PHB SKI, Rn. 110), oder ob gleichwohl noch ein Rückzahlungssaldo zugunsten der Schiedsklägerin besteht, kann das Schiedsgericht aufgrund des Vortrags der Parteien und der vorgelegten Dokumente nicht zuverlässig feststellen. Die in Anlage K 140 angegebenen [...] für [...] lauten auf [...]“, was [...] zur Folge hätte. Dieser Wert steht aber in Widerspruch zu dem Saldo aus den ebenfalls ausgewiesenen einzelnen [...]. Dieser Saldo beträgt lediglich [...], was eine [...] zur Folge hätte. Unabhängig davon lässt sich den Angaben in K 140 aber auch allein der [...] und nicht [...] entnehmen, den die Schiedsklägerin im hier maßgeblichen Zeitraum [...] erreicht hat. Die eindeutige Zuordnung in [...] ist dem Schiedsgericht daher nicht möglich.

165 Da aber zum einen der Feststellungsausspruch noch keine Zahlungspflicht beinhaltet und zum anderen die Schiedsklägerin die Zahlung eines etwaigen Differenzbetrags verlangen kann, ist es - auch unter Berücksichtigung der von der Schiedsbeklagten zu 1) erteilten Gutschrift - zur Wahrung

effektiven Rechtsschutzes der Schiedsklägerin geboten, dem Antrag I.3 im Hilfsantrag stattzugeben. Da diesem Antrag gegenüber dem Antrag I.1 kein selbständiger Wert zukommt, bleibt dies ohne Kostenfolgen (vgl. u. Rn. 286).

166 Der Anspruch besteht nur gegenüber der Schiedsbeklagten zu 1) als Vertragspartnerin der Schiedsklägerin. Gegenüber der nicht an den Dienstbieterverträgen beteiligten Schiedsbeklagten zu 2) ist er unbegründet.

167 Die Schiedsbeklagte zu 1) schuldet der Schiedsklägerin für den sich aus dem Hilfsantrag zu I.3 etwa zu deren Gunsten ergebenden Differenzbetrag Zinsen in Höhe von 9 Prozent über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem 11. April 2018. Der Zinsanspruch folgt aus § 288 Abs. 2, § 291 BGB analog. Die Vorschrift des § 291 BGB ist vorliegend nicht direkt anwendbar, weil die Einreichung einer Schiedsklage keine Rechtshängigkeit im Sinne von § 291 BGB zur Folge hat. Gerechtfertigt erscheint aber eine analoge Anwendung dieser Vorschrift aufgrund der vergleichbaren Interessenlage: Die Haftungsverschärfungen der § 288 Abs. 2, § 291 BGB finden ihren Grund in den erhöhten Sorgfaltsanforderungen an den Beklagten ab Kenntnis von der Einreichung der Klage. Die danach geschuldeten Prozesszinsen nach § 291 BGB sind eine Entschädigung dafür, dass dem Gläubiger einer Geldschuld Kapital vorenthalten wird. In der Sache hat der Schuldner der Geldforderung einen Risikozuschlag dafür zu bezahlen, dass er es auf einen Rechtsstreit ankommen lässt. Diese Situation ist derjenigen bei Einleitung eines Schiedsverfahrens vergleichbar. Gemäß § 6.1. S. 2 der DIS-SchO 1998 beginnt das Schiedsverfahren mit der Einreichung der Schiedsklage bei der DIS-Geschäftsstelle, vorliegend dem 11. April 2018.

168 Für eine bereits früher eingetretene Verzinsungspflicht gemäß § 818 Abs. 4, § 819 Abs. 1 BGB fehlt es in Bezug auf die [...] an der dafür erforderlichen Bösgläubigkeit der Schiedsbeklagten.

II.

II.1 Bereitstellung des aktuellen [...]

169 Mit dem Antrag zu II.1 beantragt die Schiedsklägerin,

die Schiedsbeklagten zu verurteilen, der Schiedsklägerin das [...] zur Vermarktung an Endkunden bereitzustellen, und insbesondere die in Anlage K 4 genannten technischen Informationen zu den in Anlage K 4 genannten Tarifen zur Verfügung zu stellen, sowie die dort genannten Mitwirkungshandlungen vorzunehmen.

170 In der mündlichen Verhandlung am 7. Dezember 2018 hat der Vertreter der Schiedsklägerin hilfsweise die einseitige Erledigung dieses Antrags geltend gemacht (vgl. WP, Seite 605, ZE 26 bis 606, ZE 8). Diese Erklärung ist als hilfsweiser Antrag auf Feststellung der Erledigungserklärung unter Kostenbelastung der Schiedsbeklagten zu verstehen.

171 Der Hauptantrag ist als unzulässig abzuweisen. Auf den Hilfsantrag der Schiedsklägerin wird festgestellt, dass sich der Antrag zu II.1 gegenüber der Schiedsbeklagten zu 1) erledigt hat; die Kosten des erledigten Teils trägt diese. Gegenüber der Schiedsbeklagten zu 2) ist auch der Hilfsantrag unbegründet, weil sie keine operative Gesellschaft ist und diesen Leistungsantrag nicht erfüllen kann.

172

Die Schiedsbeklagte zu 1) hatte die Bereitstellung des [...] von der Zustimmung der Schiedsklägerin zu einer [...] abhängig gemacht. Vor diesem Hintergrund hatte das Schiedsgericht in Rn. 83 des Zwischenentscheid vom 14. September 2018 keine Bedenken gegen die Zulässigkeit dieses Antrags. Der Antrag war ursprünglich auch begründet. Die im Non-MNO-Remedy abgegebene Zusage, die Diensteanbieterverträge zu verlängern und nicht zu kündigen, enthält die Verpflichtung, die Verträge zu erfüllen und die Schiedsklägerin nicht durch Vorenthaltung der Hauptleistung zur Annahme nachteiliger Vertragsänderungen zu nötigen. In einem solchen Verhalten liegt eine unzulässige Beeinträchtigung der nach den Commitments aufrechtzuerhaltenden Commercial Balance zwischen den Parteien.

173 Das von der Schiedsklägerin beanstandete Verhalten der Schiedsbeklagten zu 1) stellte damit eine Verletzung der nach dem Non-MNO-Remedy geschuldeten Fortführungspflicht dar. Gegenüber dem Anspruch der Schiedsklägerin konnte sich die Schiedsbeklagte zu 1) auf kein [...] berufen (vgl. [...]). [...] Bei der gebotenen interessengerechten Auslegung sind damit eindeutig nur [...], entgegen Rn. 413 der Duplik indes nicht ein unbestrittener Anspruch auf Verhandlungen über eine [...]. Der Schiedsklägerin steht im Falle einer Nichteinigung über die [...] nach Auffassung der Mehrheit des Schiedsgerichts auch kein Leistungsbestimmungsrecht nach § 316 BGB zu (vgl. oben Rn. 65 bis 72). Dementsprechend war die Schiedsbeklagte zu 1) entgegen Duplik Rn. 408 nicht gem. § 273 Abs. 1 BGB zur Zurückhaltung der Bereitstellung der Vorleistungsprodukte berechtigt, wenn die Schiedsklägerin eine vorläufige Anerkennung der Preisbestimmung durch die Schiedsbeklagte zu 1) verweigerte.

174 Der ursprünglich zulässige und gegenüber der Schiedsbeklagten zu 1) begründete Antrag ist jedoch nachträglich unzulässig geworden, so dass Erledigung eingetreten ist. Unstrittig erhält die Schiedsklägerin gegenwärtig Zugang zum [...] aufgrund [...] (Anlage K 141), die zwar am [...] unterzeichnet, dem Schiedsgericht jedoch erst mit der Replik am 12. Oktober 2018 vorgelegt worden ist. Die [...] war dem Schiedsgericht bei der dem Zwischenentscheid vom 14. September 2018 zugrundeliegenden mündlichen Verhandlung am 3. August 2018 unbekannt. Die Schiedsbeklagten haben auch erst in der Duplik vom 20. November 2018 (Rn. 385) auf die entsprechende Frage des Schiedsgerichts unter 4b) der verfahrensleitenden Hinweise vom 14. September 2018 klargestellt, dass die Schiedsbeklagte zu 1) zu keinem Zeitpunkt die Bereitstellung des [...] für den Fall einer Einigung über die [...] infrage gestellt hat.

175 Unter diesen Umständen erhält die Schiedsklägerin nunmehr zuverlässig und kontinuierlich Zugang zum [...], und zwar entweder nach der [...] oder sodann nahtlos aufgrund einer schiedsrichterlichen Festsetzung der oder einer Einigung der Parteien über die [...]. Dieses Verständnis hat der Verfahrensbevollmächtigte der Schiedsbeklagten in der mündlichen Verhandlung am 7. Dezember 2018 ausdrücklich bestätigt ([...]). Soweit die Schiedsbeklagten in ihrer Stellungnahme vom 28. November 2018 zu den Hinweisen des Schiedsgerichts in der Telefonkonferenz vom 27. November 2018, unter Rn. 6 ausgeführt haben:

Das [...] wurde der Schiedsklägerin mit Schreiben [...] mit einer [...] angeboten. Dieses Angebot war unabhängig vom Abschluss einer [...].

haben sie dieser Aussage sogleich hinzugefügt:

Bei Abschluss einer [...] für den [...] hätte sich die [...] nach dieser [...] bestimmt. Vorausset-

zung für die Bereitstellung des [...]war in beiden Fällen eine vertragliche Grundlage, die nunmehr in Form der [...] vorliegt....

176 Darin lag die Bestätigung, dass das [...] gegenwärtig aufgrund der [...] bereitgestellt wird. Dadurch wurde entgegen PHB Schiedsklägerin, Seite 52, Rn. 6, nicht infrage gestellt, dass die Bereitstellung kontinuierlich entweder nach der [...] oder sodann nahtlos aufgrund einer schiedsrichterlichen Festsetzung oder einer Einigung über die [...] erfolgt.

177 Da der Hilfsantrag der Schiedsklägerin auf Feststellung der Erledigung gegen die Schiedsbeklagte zu 1) Erfolg hat, sind die insoweit entstandenen Kosten von dieser zu tragen.

II.2 Antrag auf Bereitstellung aller aktuellen Tarife bis Ende [...] insbesondere spätestens [...]

178 Mit dem Antrag zu II.2 will die Schiedsklägerin festgestellt wissen,

dass die Schiedsbeklagten bis zum Ablauf des Jahres [...] verpflichtet sind, der Schiedsklägerin die Vermarktung aller jeweils von den Schiedsbeklagten vermarkteten Mobilfunkprodukte und Leistungspakete (Tarife) zur Vermarktung an Endkunden bereitzustellen, insbesondere spätestens [...] durch die Schiedsbeklagten die in Anlage K 4 genannten technischen Informationen zur Verfügung zu stellen, sowie die in Anlage K 4 genannten Mitwirkungshandlungen vorzunehmen.

179 Die Schiedsklägerin hat für den Fall, dass das Schiedsgericht den Antrag zu II.2 nicht in vollem Umfang für begründet halten sollte, angeregt, dass ein Minus zum Antrag festgestellt werde. Dazu hat sie in PHB SKI, Rn. 41 bis 43 drei Vorschläge unterbreitet.

180 Im Hinblick darauf wird festgestellt,

dass die Schiedsbeklagte zu 1) bis zum Ablauf des Jahres [...] verpflichtet ist, der Schiedsklägerin die Vermarktung des jeweils von der Schiedsbeklagten zu 1) vermarkteten [...] (Mobilfunkprodukte und Leistungspakete, einschließlich aller jeweils neu eingeführten oder veränderten Tarife, und einschließlich eines dem Tarif „[...]“ entsprechenden Tarifs) zur Vermarktung an Endkunden bereitzustellen, insbesondere in der Regel spätestens [...] durch die Schiedsbeklagte zu 1), und die in Anlage K 4 genannten technischen Informationen zur Verfügung zu stellen, sowie die in Anlage K 4 genannten Mitwirkungshandlungen vorzunehmen, soweit die Schiedsbeklagte zu 1) nicht [...].

181 Klarzustellen ist dabei schon vorab, dass sich der Verweis dieses Tenors zu II.2 auf die Anlage K 4 entsprechend dem Wortlaut der Verurteilung ausschließlich auf die in der Anlage K 4 genannten technischen Informationen und Mitwirkungshandlungen bezieht, nicht jedoch auf die Beschreibung der Tarife unter 1. der Anlage K 4. Der Umfang der tenorierten Bereitstellungspflicht der Schiedsbeklagten hinsichtlich aktueller und neuer Tarife ergibt sich vielmehr ausschließlich unmittelbar aus der Urteilsformel ohne Rückgriff auf die Anlage K 4 sowie aus den Entscheidungsgründen dieses Schiedsspruchs.

182 Ansprüche der Schiedsklägerin hinsichtlich der konkreten Bereitstellung von Tarifen und Mobil-

funkleistungen können nur gegenüber ihrer Vertragspartnerin, der Schiedsbeklagten zu 1), bestehen. Die Schiedsbeklagte zu 2) kann diese Leistungsansprüche gegen einen Netzbetreiber als nicht operativ tätige Gesellschaft nicht erfüllen.

183 Ausgangspunkt für die Beurteilung der Frage, inwieweit die Schiedsbeklagte zu 1) gegenüber der Schiedsklägerin verpflichtet ist, Mobilfunkdienstleistungen zur Verfügung zu stellen, ist der Wortlaut der von den Parteien abgeschlossenen Verträge. Die [...] enthalten in Ziff. 1.1. übereinstimmend folgende Regelung:

[...]

184 Für die weiteren Ausführungen wird vom [...] ausgegangen und auf die [...] nur eingegangen, soweit in ihnen abweichende Regelungen getroffen wurden.

185 Unter den Definitionen, die dem in Ziff. 1 behandelten Vertragsgegenstand vorangestellt sind, heisst es:

[...]

186 Damit beschränkt sich die Bereitstellungspflicht der Schiedsbeklagten zu 1) gem. Ziff. 1.1 [...] ausdrücklich auf die „[...]“. Entgegen der Ansicht der Schiedsklägerin besagt [...] nicht, dass ausnahmslos alle mittels des O2-Netzes erbrachten Mobilfunkdienstleistungen bereitzustellen sind.

187 In der Anlage 1 zum [...] (Anlage B 40) heisst es unter Ziff. 7.: „[...]“

188 Es folgt eine Aufzählung, die [...].

189 Unter „[...]“ in der Anlage 1 zur [...] (Anlage K 26) heisst es:

[...]

190 Aus der Systematik der zwischen den Parteien bestehenden Vereinbarungen ergibt sich keine Erweiterung der danach auf die Anlage 1 in ihrer jeweiligen Fassung beschränkten [...]. Ohne Erfolg beruft sich die Schiedsklägerin insoweit auf [...] (vgl. S. 60, Rn. 35 PHB Schiedsklägerin). Diese Regelung lautet:

[...]

191 Entsprechende Bestimmungen ohne Regelung der [...] enthalten [...]

192 Es handelt sich hier lediglich um eine Regelung der [...], für die [...] auf [...] verweist. Geregelt ist ausdrücklich [...]. Eine Erweiterung der [...] ergibt sich aus dieser [...] Regelung nicht.

193 Grundsätzlich zu Recht macht die Schiedsklägerin indes geltend, bei der Auslegung eines Vertrages könne auch das Verhalten der Parteien nach Vertragsschluss zu berücksichtigen sein. Allerdings haben die Parteien [...].

- 194 Haben - wie hier - Kaufleute eine [...] vereinbart, so ist der Einwand, die Berufung auf die Formbedürftigkeit nachträglicher Änderungs- oder Ergänzungsvereinbarungen verstoße gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) und stelle eine unzulässige Rechtsausübung dar, bei einem Individualvertrag grundsätzlich nur erheblich, wenn [...] bewusst vereitelt worden ist (vgl. BGH, Urt. v. 17.09.2009, I ZR 43/07, MMR 2010, 336, Rn. 22; BGH, Urt. v. 02.06.1976 - VIII ZR 97/74, BGHZ 66, 378, 382 f.). Dafür reicht es nicht aus, wenn eine vom Vertrag abweichende Praxis einer Partei von der anderen Partei über einen längeren Zeitraum, beispielsweise 15 Jahre, nicht beanstandet worden ist (vgl. BGH, Urt. v. 17.09.2009, I ZR 43/07, MMR 2010, 336, Rn. 23). Im Hinblick auf eine Reihe zwischen [...] kann eine Individualvereinbarung hier nicht ohne weiteres ausgeschlossen werden.
- 195 Gleichwohl erscheint es im Hinblick auf die langjährige Vertragspraxis der Parteien gerechtfertigt, hinsichtlich der Bereitstellung [...] von einer [...] auszugehen. Anders als in den vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fällen hat vorliegend die Schiedsbeklagte zu 1) der Schiedsklägerin unstrittig über einen Zeitraum von [...] ständig neue oder geänderte [...] bereitgestellt, die sodann von der Schiedsklägerin [...] vertrieben worden sind. Keine der Parteien macht geltend, dass diese tatsächlich erfolgte Bereitstellung von Tarifen wegen [...] vertragswidrig gewesen wäre. An diese langjährige Vertragspraxis sind die Parteien nunmehr unabhängig davon gebunden, dass es sicher schon aus Gründen der Transparenz und Rechtssicherheit zweckmäßig gewesen wäre, entsprechend der ursprünglichen Absprache alle derartigen Änderungen in [...] zu dokumentieren. Tatsächlich ist die [...] nach übereinstimmendem Vortrag der Parteien kein einziges Mal aktualisiert worden.
- 196 Jedenfalls sprechen Sinn und Zweck [...] im Hinblick auf die unstrittige Schnellebigkeit des Mobilfunkgeschäfts entscheidend dafür, dass die Schiedsbeklagte zu 1) kontinuierlich der Schiedsklägerin neue und wettbewerbsfähige Produkte bereitstellt und auch bereitstellen muss. [...].
- 197 Daraus folgt andererseits jedoch nicht, dass über die in langjähriger einvernehmlicher Vertragspraxis erfolgte Fortschreibung [...] hinaus alle überhaupt über das Netz der Schiedsbeklagten zu 1) angebotenen Tarife bereitgestellt werden müssen. Die Schiedsklägerin hat nicht belegt, dass ihr von der Schiedsbeklagten zu 1) in der Vergangenheit ohne besondere Vereinbarung Tarife unter anderen Marken als [...] bereitgestellt wurden. Für die Nutzung von [...] trafen die Parteien gesonderte Vereinbarungen (vgl. Anlagen B 43 und B 44).
- 198 Insbesondere Tarife [...] sind der Schiedsklägerin zu keinem Zeitpunkt als Vorleistungsprodukte angeboten worden. Dabei war sich die Schiedsklägerin bereits unmittelbar nach der Fusion bewusst, dass die Schiedsbeklagte zu 1) Mobilfunkdienstleistungen unter der [...] anbot. So heißt es in einer E-Mail des Zeugen [...] vom 31. Oktober 2014 (Anlage B 30):
- [...].
- 199 Zu einer Vereinbarung bezüglich [...] ist es nach dem von den Parteien vorgetragenen Sachverhalt indes nicht gekommen. Die Schiedsklägerin hat auch nicht dargelegt, dass sie nach dem 31. Oktober 2014 und vor Beginn der zu diesem Schiedsverfahren führenden Auseinandersetzung über eine Änderung der [...] die Auffassung vertreten habe, die [...] müssten nach den [...] bereitgestellt werden. Vielmehr hat der Zeuge [...] bekundet (WP, Seite 55, ZE 2 bis ZE 7):
- [...]
- 200 Allerdings werden die zwischen den Parteien bestehenden Vereinbarungen nach der Freistellung

der Fusion durch die von den Schiedsbeklagten abgegebenen Commitments überlagert. Die im Non-MNO-Remedy statuierte Fortführungspflicht verpflichtet die Schiedsbeklagten, dass zum Zeitpunkt der Freigabe bestehende wirtschaftliche Gleichgewicht der DAV aufrechtzuerhalten. Das schließt die Verpflichtung der Schiedsbeklagten ein, den wirtschaftlichen Erfolg der DAV nicht durch außerhalb der Verträge liegende Handlungen zu beeinträchtigen, die die Fähigkeit der Schiedsklägerin zu wirksamem Wettbewerb mit der Schiedsbeklagten beeinträchtigen. Eine solche Beeinträchtigung liegt etwa vor, wenn die Schiedsbeklagten [...] anbieten, für [...] jedoch [...] verlangen, die es ihr nicht erlaubt, diesen [...] nachzubilden (vgl. Rn. 223 bis 226 Replik, wobei es in diesem Zusammenhang auf die Einzelheiten und die Richtigkeit des dort errechneten Deckungs-Deltas nicht ankommt).

201 Danach ergibt sich aus den Commitments ein Anspruch der Schiedsklägerin gegen die Schiedsbeklagte zu 1), ihr die zur Erhaltung ihrer effektiven Wettbewerbsfähigkeit erforderlichen Vorleistungen jeweils im Rahmen des [...] zur Verfügung zu stellen. Für den auf S. 63 in Rn. 43 PHB SKI konkret angesprochenen [...] kann eine entsprechende Verpflichtung in den Tenor aufgenommen werden. Dabei handelt es sich jedoch nicht um die Bereitstellung des [...] als solche.

202 Die in diesem Sinne bestehende Bereitstellungspflicht für das [...] besteht, soweit die Schiedsbeklagte zu 1) nicht konkret für einen bestimmten Tarif oder ein bestimmtes Leistungspaket nachweist, dass technische, betriebliche oder wirtschaftliche Gründe entgegenstehen. Es muss sich dabei grundsätzlich um zwingende Gründe handeln. Es muss sich dabei grundsätzlich um zwingende Gründe handeln. Einen zwingenden wirtschaftlichen Grund stellt zum Beispiel [...] dar. Als wirtschaftlicher Grund ist es weiterhin anzusehen, wenn sich die Schiedsbeklagte zu 1) im Rahmen ihrer unternehmerischen Dispositionsfreiheit dafür entscheidet, ihr Leistungsangebot zu ändern oder anzupassen und in diesem Zusammenhang nicht mehr zeitgemäße Angebote einzustellen oder auslaufen zu lassen. Trotz der insoweit im Wortlaut bestehenden Unterschiede sind sämtliche DAV in diesem Sinne auszulegen.

203 [...] enthält zwar keine Einschränkung der Bereitstellungspflicht. Eine [...] kann es indes aus der Natur der Sache heraus bei einem auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen DAV in einer ständigen Veränderungen unterworfenen Branche wie dem Mobilfunk nicht geben. Eine Einschränkung der Leistungspflicht aus zwingenden technischen, betrieblichen oder wirtschaftlichen Gründen ergibt sich aus einer nach beiden Seiten interessengerechten, an Treu und Glauben orientierten Auslegung des Vertrags. Dasselbe gilt für die grundsätzliche Möglichkeit der Schiedsbeklagten zu 1), ihr Angebot anpassen zu können.

204 Nach [...] besteht [...]. Die Ausnahmen zu diesem Grundsatz sind die beschriebenen technischen, betrieblichen oder wirtschaftlichen Gründe.

205 Eine nach dem Wortlaut weitergehende Einschränkung der [...] enthält allein [...]. Dort heißt es:

[...]

206 Der Regelungsinhalt dieser Bestimmung ist unklar. So ist eine Auslegung möglich, wonach sich die näher umschriebenen „[...]“ nur auf das [...] beziehen, jedoch nicht auf [...]. Darüber hinaus besteht ein offensichtliches Spannungsverhältnis zwischen einerseits der Möglichkeit, [...]. Jedenfalls kann sich aber aus [...] nach Abgabe der Commitments keine [...] der Schiedsbeklagten zu 1) ergeben als für die [...]. Jede andere Auslegung ließe die Verpflichtungszusagen leerlaufen, weil die Schiedsbeklagte zu 1) durch neue Angebote ihre Verpflichtungen nach Belieben umgehen oder

aushöhlen könnte.

b) Frist für die Bereitstellung

207 Ohne Erfolg begehrt die Schiedsklägerin, dass ihr die von der Bereitstellungspflicht umfassten Tarife insbesondere spätestens [...] durch die Schiedsbeklagten zur Verfügung zu stellen sind.

208 Die [...] enthalten keine entsprechende Bestimmung. Lediglich im [...] (K 15) heißt es unter Ziff. 1.1 am Ende:

[...]

209 Allerdings enthält diese Ziff. 1.1 zuvor die schon oben in Rn. 144 wiedergegebene Regelung, wonach die Schiedsbeklagte zu 1) [...].

210 Als Änderung der [...] kommen grundsätzlich sowohl Änderungen bestehender als auch die Einführung neuer Tarife in Betracht; auch die Ergänzung der [...] ist eine Änderung. Allerdings ist es nach Vertragsschluss zu keiner Änderung der [...] gekommen (vgl. o. Rn. 195). Die Schiedsklägerin hat auch nicht dargelegt, dass bei der Einführung neuer Tarife stets eine Ankündigungsfrist von [...] eingehalten worden ist. Die von der Schiedsklägerin vorgebrachten Beispiele (PHB Schiedsklägerin, Seite 64, Rn. 48) zeigen, dass in der Regel nur eine [...] gewahrt worden ist. Der Zeuge [...] hat ausgesagt, regelmäßige Frist seien „[...]“ gewesen (WP, Seite 49, ZE 20). Diese Aussage hat er sodann dahingehend präzisiert, es habe auf beiden Seiten ein Grundverständnis „[...]“ gegeben, jedoch „[...]“ (WP, Seite 66, ZE 15 bis ZE 24). Der Zeuge [...] hat angegeben, eine Vorlaufzeit von [...] sei nicht immer einzuhalten (WP, Seite 333, ZE 7 bis ZE 19).

211 Die Schiedsklägerin beruft sich darauf, dass ihr neue Tarife unabhängig von einer Änderung der [...] zur Verfügung gestellt werden müssten und verweist auf die langjährige Vertragspraxis. Lässt man ungeachtet der [...] der Verträge, wie oben ausgeführt, eine Änderung der bereitzustellenden Leistungen außerhalb der [...] durch Vertragspraxis zu (vgl. o. Rn. 193 bis 196), so folgt daraus aber zwingend, dass die [...] ebenso der Änderung durch die Vertragspraxis unterliegt. Aus der Vertragspraxis ergibt sich, wie dargelegt, im Regelfall lediglich eine Ankündigungsfrist von [...].

II.3 Antrag auf Schadensersatzfeststellung wegen Vorenthaltung [...]

212 Die Schiedsklägerin hat nach Abschluss der I[...] (Anlage K 141) unstrittig Zugang zum [...] erhalten (vgl. o. Rn. 174). Der genaue Zeitpunkt dieser Zugangsgewährung ist allerdings für das Schiedsgericht nach dem Ergebnis der Verhandlungen nicht festzustellen. Die vorherige Verweigerung des Zugangs zu diesen Tarifen mit der Begründung, die Schiedsklägerin habe eine Änderung der [...] nicht zugestimmt, war unzulässig (vgl. o. zu II.1, Rn. 72 f.). Für diesen Zeitraum steht der Schiedsklägerin dem Grunde nach ein Schadensersatzanspruch zu. Da es sich dabei um einen unmittelbar aus der Nichterfüllung folgenden Schadensersatzanspruch handelt, greift der [...] von vorneherein nicht.

213 Die Schiedsklägerin macht geltend, neue [...] mit wesentlich verbesserten Leistungen (insbesondere 4G) seien nach ihrer Einführung etwa in der [...] nicht bereitgestellt worden und hätten sich

auch im [...] nicht freischalten lassen (Klage, Rn. 122 bis 124 mit Anlagen K 78 und K 79). Dabei handelte es sich um Tarife im 4G-Standard mit bis zu [...] Mbit/s (vgl. Anlage K 79). Die Weigerung der Bereitstellung von Produkten im 4G-Übertragungsstandard zur Vermarktung von [...] an Endkunden ist allerdings Gegenstand des Schadensersatzfeststellungsantrags III.3. Da die Schiedsklägerin kein Beispiel für eine Verweigerung der Bereitstellung des [...] außerhalb von Angeboten mit dem 4G-Übertragungsstandard vorgetragen hat, ist der Feststellungsantrag II.3 auf Schäden wegen der Verweigerung der Bereitstellung zur Vermarktung als [...] zu beschränken. Für eine weitergehende Feststellung der Verpflichtung zum Schadensersatz nach diesem Antrag besteht im Hinblick auf den Antrag III.3 kein Rechtsschutzbedürfnis.

- 214 Es erscheint hinreichend wahrscheinlich, dass der Schiedsklägerin durch die verzögerte Bereitstellung von [...] im 4G-Standard ein Schaden entstanden ist. Sie wurde dadurch in ihrer Fähigkeit zum Vertrieb wettbewerbsfähiger Angebote am Markt erheblich behindert. Ob insoweit auch noch nach der im Zuge der [...] erfolgten Bereitstellung für [...] fortwirkende Schäden entstanden sind, kann für den Feststellungsantrag dahinstehen und bleibt der Klärung in einem Betragsverfahren überlassen.
- 215 Der Anspruch besteht als vertraglicher Schadensersatzanspruch gegenüber der Schiedsbeklagten zu 1). Diese hat mit der vertragswidrigen Weigerung, dass [...] bereitzustellen, ihre vertraglichen Pflichten jedenfalls fahrlässig verletzt.
- 216 Schuldner des Schadensersatzanspruchs kann allerdings anders als bei auf das operative Geschäft bezogenen Leistungsansprüchen nach Mehrheitsmeinung auch die Schiedsbeklagte zu 2) sein. Der Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Bereitstellungspflicht für das [...] folgt gegenüber der Schiedsbeklagten zu 2) aus den von ihr abgegebenen Commitments. Die Commitments entfalten unmittelbare Schutzwirkung für die Schiedsklägerin.
- 217 Die Befugnis der Schiedsklägerin zur Einleitung eines Fast Track Dispute Resolution-Schiedsverfahrens belegt, dass die von der Schiedsbeklagten zu 2) in den Commitments gemachten Zusagen private Rechtspositionen zugunsten bestimmter Drittparteien begründen (vgl. Kommission, Weißbuch über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 81 und 82 des EG-Vertrags, Amtsblatt C Nr. 132 v. 12.5.1999, Rn. 90, zum Instrument der Verpflichtungszusagenentscheidung gemäß dem später verabschiedeten Art. 9 VO 1/2003: *„Die Kommission muss solchen Zusagen eine verbindliche Wirkung geben können [...] damit [...] den Beteiligten und Dritten die Möglichkeit gegeben wird, sich gegebenenfalls vor einer staatlichen Instanz auf diese Zusagen zu berufen.“* Diese Bindungswirkung der Commitments besteht im Verhältnis zur Schiedsklägerin. Die von der Schiedsbeklagten zu 2) unterbreiteten Verpflichtungszusagen stellen entweder ein rechtsverbindliches Angebot an einen bestimmbaren Personenkreis dar, dessen Bindungswirkung für die Dauer der Verhaltenszusagen (bis [...]) besteht und das die Schiedsklägerin spätestens durch die Einleitung des Schiedsverfahrens angenommen hat, oder sie sind als bindendes einseitiges Versprechen (vgl. § 657 BGB, zur dogmatischen Einordnung MüKoBGB-Schäfer, 7. Auflage 2017, § 657 Rn. 5; Art. 2:107 PECL2 - Principles of European Contract Law; Art. 1:103 Abs. 2 DCFR^{2 3}-Draft Common Frame of Reference) gegenüber den in Rn. 76 ff. der Commitments (K 42) näher

² A promise which is intended to be legally binding without acceptance is binding.

³ A valid unilateral undertaking is binding on the person giving it if it is intended to be legally binding without acceptance.

bezeichneten Dritten, darunter Serviceprovider wie die Schiedsklägerin, zu qualifizieren.

218 Die Schutzwirkung der Commitments zugunsten der Schiedsklägerin erstreckt sich auf die Einhaltung der materiellen Vertragsfortführungspflicht, die die Erfüllung der vertraglichen Bereitstellungs-
pflichten als wesentliches Mittel zur Teilnahme am Wettbewerb umfasst. Die Schiedsbeklagte zu
2) hat auch jedenfalls fahrlässig gehandelt, da ihr das die Commitments verletzende vertragswid-
rige Verhalten der Schiedsbeklagten zu 1) nicht verborgen bleiben konnte und durfte, und sie die
Einhaltung der Commitments gegenüber der Schiedsklägerin als Service Provider gewährleisten
musste. Die Verurteilung nach dem Feststellungsantrag II.3 hat daher gegenüber beiden Schieds-
beklagten zu erfolgen.

III.

III.1 Antrag auf Bereitstellung von 4G mit mindestens [...] Mbit/s für [...] ohne gesonderte Gegenleistung

219 Mit dem Antrag zu III.1 beantragt die Schiedsklägerin,

die Schiedsbeklagten zu verurteilen, der Schiedsklägerin zur Vermarktung von Eigentarif an
Endkunden Datenübertragungsraten im 4G-Übertragungsstan- dard mit einer Geschwindigkeit von
mindestens [...] Mbit/s ohne gesonderte Gegenleistung zur Verfügung zu stellen, insbesondere die
erforderlichen technischen Informationen in der Form gemäß Anlage K 4 bereitzustellen und die
weiteren in Anlage K 4 genannten Mitwirkungshandlungen vorzunehmen.

220 In der mündlichen Verhandlung hat die Schiedsklägerin das schon nach einer Auslegung des Klä-
gervorbringens gebotene Verständnis bestätigt, dass unter „ohne gesonderte Gegenleistung“ in
diesem Antrag zu verstehen ist „ohne eine über die Entrichtung des vereinbarten [...] hinausge-
hende gesonderte Vergütung“ (WP, Seite 654, ZE 9 - 15). Das Schiedsgericht hat diese klarstel-
lende Formulierung in den Antrag aufgenommen.

221 Nach Abschluss der [...] hat die Schiedsklägerin Zugang zur Vermarktung des [...] der Schiedsbe-
klagten zu 1) mit 4G-Leis- tungen bei einer Übertragungsraten von bis zu [...] Mbit/s. Zur Vermark-
tung als [...] hat die Schiedsklägerin Zugang zu 4G-Leistungen mit der Übertragungsraten von bis
zu [...] Mbit/s. Zugang zu 4G-Leistungen mit einer Übertragungsraten von [...] Mbit/s zur Vermark-
tung als [...] macht die Schiedsbeklagte zu 1) von einer Vereinbarung abhängig, in der sich die
Schiedsklägerin zur Zahlung einer „[...]“ verpflichtet, für die nach Ansicht der Schiedsklägerin keine
Rechtsgrundlage besteht und die zudem [...] sei.

222 Nach Ziff. 3.b) des Non-MNO-Remedy haben die Schiedsbeklagten allen Diensteanbietern Zugang
zu 4G bis zum Jahr [...] zu gewähren. Diese Zusage verhält sich nicht zu bestimmten Übertragungs-
geschwindigkeiten oder Preisen des Zugangs. Sie beschränkt sich insoweit auf ein Diskriminie-
rungsverbot im Hinblick auf anderen Diensteanbietern/MVNO gewährte Konditionen. Dieses Ver-
ständnis der Ziff. 3.b) Non-MNO-Remedy hat die Kommission auf Anfrage des Schiedsgerichts mit
E-Mail vom 21. Dezember 2018, die den Parteien zur Kenntnis gegeben worden ist, bestätigt.

223 Jedoch kommen als Grundlage für den von der Schiedsklägerin hier geltend gemachten Anspruch
die Diensteanbieterverträge in Betracht, wobei etwaige Auswirkungen der Vertragsverlängerungs-
zusage in Ziff. 3.a) des Non-MNO- Remedy zu berücksichtigen sind.

224 Wie sich aus den Ausführungen oben zum Antrag II.2 (Rn. 183 bis 206) ergibt, ist die Schiedsbeklagte zu 1) verpflichtet, der Schiedsklägerin alle aktuellen [...] bis Ende [...] zur Verfügung zu stellen. Das gilt auch für heute bereits angebotene [...] mit einer Übertragungsrate von [...] Mbit/s. Die dafür geschuldete Vergütung bemisst sich allein nach der [...]. Das wird durch [...] bestätigt. Dort heißt es unter der Überschrift „[...]“:

[...]

225 Dabei besteht keine Differenzierung zwischen dem Vertrieb von [...] durch die Schiedsklägerin und ihrem Bezug von der Schiedsbeklagten zu 1) als Vorleistungen für [...]. Soweit eine Bereitstellungs- pflicht der Schiedsbeklagten zu 1) für Tarife besteht, erfasst diese sowohl die Bereitstellung für die Vermarktung als [...] als auch das Angebot als Vorleistung für [...]. Das ergibt sich zweifelsfrei aus den DAV der Parteien. Gem. [...] hat mobilcom das Recht,

[...]

226 In den Definitionen nach der Präambel dieses Vertrags wird der Begriff „[...]“ definiert als

[...]

227 Die [...] enthalten entsprechende Bestimmungen. Mit der Bezugnahme auf [...] wird deutlich, dass es sich hier um [...] handelt.

228 Für die Begründetheit des Antrags zu III.1 reicht es aus, dass die Schiedsklägerin die Bereitstellung von Datenübertragungsraten im 4G-Übertragungs- standard mit einer Geschwindigkeit von min- destens [...] Mbit/s ohne über die [...] hinausgehende Vergütung zur Vermarktung von [...] an End- kunden verlangen kann, weil sie einen Anspruch auf Bereitstellung in Form des entsprechenden [...] hat (vgl. o. zu II.2). Der Antrag lässt offen, wie die Schiedsbeklagte zu 1) ihre Verpflichtung erfüllen will. Dies kann insbesondere durch die Erfüllung der Verpflichtung zur Bereitstellung von ihr bereits angebotener O2-Tarife geschehen. Die Schiedsbeklagten haben nicht dargelegt, [...]. Das Interesse der Schiedsbeklagten, sich bei besonders attraktiven Tarifen einen Wettbewerb durch [...] der Schiedsklägerin fernzuhalten, ist nicht berücksichtigungsfähig.

229 Dieses Ergebnis folgt schon aus der Fortführungszusage für bestehende Verträge gem. Ziff. 3.a) Non-MNO-Remedy. Zweck dieser Verpflichtung ist es, den bestehenden Anreiz für und die Fähig- keit von Diensteanbietern zum wirksamen Wettbewerb mit den Schiedsbeklagten jedenfalls bis Ende [...] zu erhalten (vgl. KOM AC, Rn. 41). Neben dem Preis sind zentrale Wettbewerbsparame- ter im Mobilfunk Datenvolumen, Netzqualität und Geschwindigkeit (zur Bedeutung des Zugangs zu innovativen Technologien im Mobilfunk vgl. KOM, Freigabeentscheidung K 42, Rn. 584, Rn. 600). Die wettbewerbliche Bedeutung dieser qualitativen Parameter zeigt sich anschaulich daran, dass sie regelmäßig in der Werbung der Anbieter hervorgehoben werden und eine preisliche Differen- zierung der Tarife erlauben. Zudem erscheint das Wettbewerbspotential der Diensteanbieter ge- rade auf dem Gebiet der Eigenmarken besonders groß, weil sie allein hier Alternativangebote zu den Tarifen der Netzbetreiber anbieten können. Es liegt auf der Hand, dass dieses Wettbewerbs- potential außerordentlich geschwächt würde, wenn gerade die attraktivsten Leistungen nicht als [...] angeboten werden könnten.

230 Das Ziel, die Wettbewerbsfähigkeit der Diensteanbieter zu erhalten, kann in einem von weitreichen-

den und schnellen technologischen Innovationen geprägtem dynamischen Markt wie dem Mobilfunk daher nur erreicht werden, wenn die Diensteanbieter Zugang zu Produktinnovationen wie insbesondere höheren Übertragungsraten zu Konditionen erhalten können, die nach den bisher von ihnen mit den Netzbetreibern ausgehandelten Verträgen angemessen sind. Angemessen ist im vorliegenden Fall [...].

- 231 Soweit der Trustee in seinem Vorschlag vom 2. März 2018 in Rn. 51 f. für [...] einen Anspruch der Schiedsklägerin auf 4G mit [...] Mbit/s nur im Fall einer (hier nicht belegten) Diskriminierung gegenüber einem anderen Diensteanbieter angenommen hat, hat er ausschließlich das Diskriminierungsverbot nach Ziff. 3.b) der Commitments in Erwägung gezogen. Mit Ziff. 3a Non-MNO-Remedy und den bestehenden vertraglichen Vereinbarungen der Parteien hat sich der Trustee nicht auseinandergesetzt, so dass seiner Stellungnahme schon aus diesem Grunde insofern auch keine Bedeutung zukommt.
- 232 Zeitlich ist der Anspruch der Schiedsklägerin allerdings auf den Ablauf des Jahres [...] zu beschränken, da danach keine Fortführungsverpflichtung für die DAV und damit ggfls. auch keine Bereitstellungspflicht mehr besteht.
- 233 Der Anspruch besteht nur gegen die Schiedsbeklagte zu 1) als Vertragspartnerin und operativer Gesellschaft. Der Antrag ist gegenüber der Schiedsbeklagten zu 2) mangels Passivlegitimation unbegründet.
- 234 Für die Auslegung der Bezugnahme der Verurteilung nach diesem Antrag auf die Anlage K 4 gilt Rn. 177 entsprechend.

III.2 Bereitstellung künftig möglicher Übertragungsgeschwindigkeiten

- 235 Mit dem Antrag zu III.2 begehrt die Schiedsklägerin die Feststellung,
- dass die Schiedsbeklagten verpflichtet sind, der Schiedsklägerin bis zum Ablauf des Jahres [...] zur Vermarktung von [...] an Endkunden Datenübertragungsraten im 4G-Übertragungsstandard mit der von der Schiedsbeklagten jeweils gegenüber Endkunden angebotenen maximalen Geschwindigkeit ohne gesonderte Gegenleistung zur Verfügung zu stellen, insbesondere die erforderlichen technischen Informationen in der Form der Anlage K 4 bereitzustellen und die weiteren in Anlage K 4 genannten Mitwirkungshandlungen vorzunehmen.
- 236 Diesem Antrag ist mit der Maßgabe stattzugeben, dass am Ende des Antrags eingefügt wird:
- ... soweit die Schiedsbeklagte zu 1) nicht [...].
- Dabei gilt für die Auslegung der Bezugnahme der Verurteilung nach diesem Antrag auf die Anlage K 4 Rn. 177 entsprechend.
- 237 Eine weitergehende Einschränkung des Anspruchs auf die gegenüber Endkunden im Rahmen von Tarifen des [...] angebotenen maximalen Geschwindigkeiten ist nicht gerechtfertigt. Im Hinblick auf die große Bedeutung der Übertragungsgeschwindigkeit als Wettbewerbsparameter (vgl. o. Rn. 229) würde es eine durch die Commitments ausgeschlossene Beeinträchtigung des wirtschaftlichen Gleichgewichts der DAV darstellen, würde die Schiedsbeklagte zu 1) der Schiedsklägerin die

Möglichkeit verwehren, mit [...] dieselben qualitativen Leistungsmerkmale darzustellen, wie es die Schiedsbeklagte zu 1) bei der Vermarktung eigener Tarife kann. Andernfalls könnte die Schiedsbeklagte zu 1) die Wettbewerbsfähigkeit der Schiedsklägerin in ihrem Netz dadurch beseitigen oder zumindest schwer beeinträchtigen, dass sie qualitative Weiterentwicklungen ihrer Tarife, wie insbesondere höhere Übertragungsgeschwindigkeiten, allein in Tarifen außerhalb des [...] anbietet.

238 Der Anspruch besteht nur gegenüber der Schiedsbeklagten zu 1), da die Schiedsbeklagte zu 2) keine Mobilfunkleistungen erbringt.

III.3 Antrag auf Schadensersatzfeststellung wegen Nichtbereitstellung von 4G gemäß Antrag III.1

239 Der Antrag ist begründet. Der [...] greift nicht, weil ein vertraglicher Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung besteht. Dabei handelt es sich um einen unmittelbaren Schaden und keinen Folgeschaden. Es ist wahrscheinlich, dass dadurch, dass die Schiedsbeklagte zu 1) die Bereitstellung von 4G mit einer Übertragungsgeschwindigkeit von [...] Mbit/s von einer nicht gerechtfertigten Forderung auf Zahlung einer erheblichen „[...]“ abhängig gemacht hat, die Schiedsklägerin an Umsätzen und Erträgen mit neuen [...] und einer Geschwindigkeit von mindestens [...] Mbit/s im 4G-Standard gehindert worden ist. Es erscheint nicht unwahrscheinlich, dass der Schiedsklägerin dadurch sonst zu erwartende Umsätze entfallen sind, die ihr als Deckungsbeitrag oder Gewinn fehlen.

240 Die Schiedsbeklagte hat mit der vertragswidrigen Weigerung, 4G mit [...] Mbit/s zur Vermarktung für [...] bereitzustellen, ihre vertraglichen Pflichten jedenfalls fahrlässig verletzt.

241 Im Hinblick darauf, dass die Bereitstellungsverpflichtung in die Schutzwirkung der Fortführungspflicht der Commitments einbezogen ist, besteht der auf Schadensersatz gerichtete Anspruch auch gegen die Schiedsbeklagte zu 2). Die Schiedsbeklagte zu 2) hat jedenfalls fahrlässig gehandelt, da ihr das die Commitments verletzende vertragswidrige Verhalten der Schiedsbeklagten zu 1) nicht verborgen bleiben konnte und durfte, und sie die Einhaltung der Fortführungspflicht der Commitments gegenüber der Schiedsklägerin als Service Provider gewährleisten musste.

IV.

IV.1 Keine gesonderte Vergütung für EU-Roaming ab 15. Juni 2017 (Inkrafttreten des RLAH-Prinzips)

242 Mit dem Antrag zu IV.1 begehrt die Schiedsklägerin die Feststellung,

dass der Schiedsbeklagten zu 1) gegen die Schiedsklägerin bis zum Ablauf des Jahres [...] keine gesonderte Vergütung für EU-Roaming-Leistungen zusteht, welche die Schiedsbeklagten seit dem 15. Juni 2017 nach dem Roam-Like-At-Home-Prinzip gemäß der Roaming-Verordnung (EU 2015/2120) für Endkunden der Schiedsklägerin erbringen.

243 Dieser Feststellungsantrag ist zurückzuweisen. Die Schiedsklägerin konnte im Schiedsverfahren nicht nachweisen, dass die Schiedsbeklagte zu 1) seit dem 15. Juni 2017 eine Vergütung für EU-

Roaming verlangt oder verlangt hat, die über die von der Schiedsklägerin dafür nach dem [...] unter Beachtung der Grenzen des geltenden Unionsrechts geschuldete Vergütung hinausgeht.

a) **Vereinbarungen und Praxis der Parteien**

- 244 Bestandteil der mit den Tarifen der Schiedsbeklagten von der Schiedsklägerin erworbenen Leistungspakete waren schon immer EU-Roaming-Leistungen. Die damit verbundenen Kosten wurden entgegen der Ansicht der Schiedsbeklagten im [...] berücksichtigt. Das ergibt sich aus [...]. Nach [...] sind die Ausgaben für International Roaming Teil der [...], die als [...] zu berücksichtigen sind.
- 245 Nach Inkrafttreten der Verordnung (EU) Nr. 531/2012 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Union (ABI 2012, L 172/10) am 1. Juli 2012 verlangte die Schiedsklägerin mit E-Mail vom 3. August 2012 rückwirkend entsprechend dieser Verordnung angepasste Einkaufskonditionen von der Schiedsbeklagten zu 1) (siehe die E-Mail von [...]).[...].
- 246 Im Anschluss daran hat die Schiedsbeklagte zu 1) ohne Widerspruch der Schiedsklägerin die Abrechnung nach dem [...] dahingehend korrigiert, dass der Schiedsklägerin eine [...] erstattet wurde (vgl. Anlagen B 55 und B 56). Die Parteien haben dadurch in ihrer Vertragspraxis eine zwingend gebotene Anpassung an eine Rechtsänderung vollzogen. Dieser Befolgung zwingenden Rechts konnte die [...] nicht entgegenstehen, dies umso weniger als [...].
- 247 Von [...] bis [...] hat die Schiedsbeklagte zu 1) sodann eine Vereinfachung der Abrechnung vorgenommen, bei der [...]. Dieser Änderung der [...] hat die Schiedsklägerin nach ihrem Vortrag und dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht widersprochen. Nachdem sich über einen Zeitraum von [...] durch die Anwendung der [...], ist auch nicht ersichtlich, warum sie dieser Änderung als Abkehr vom [...] hätte widersprechen sollen. Sie konnte vielmehr ohne weiteres annehmen, dass auch die künftigen Abrechnungen einer Berechnung gem. [...] unter Einhaltung der nunmehr gesetzlich vorgeschriebenen Großhandels-Caps entsprechen würden.
- 248 Ab dem 1. Juni 2017 wurden im [...] unmittelbar die gedeckelten Großhandelspreise hinterlegt und entsprechend abgerechnet. Die der Schiedsklägerin berechnete Roaming-Vergütung änderte sich dadurch nur im Rahmen der jeweils geltenden Höchstgrenzen.

b) **Bedeutung der RLAH-VO**

- 249 Die Erhebung der nach dem [...] Ausgaben für EU-Roaming in Gestalt des gedeckelten Großhandelsentgelts ist nicht durch das Inkrafttreten der Verordnung (EU) 2015/2120 am 15. Juni 2017 unzulässig geworden, mit der das Roam-like-at-home-Prinzip eingeführt worden ist.
- 250 Durch diese Verordnung wurde in die Verordnung Nr. 531/2012 ein Art. 6a eingeführt, der lautet:

Abschaffung von Endkunden-Roaming-Aufschlägen

Roaminganbieter dürfen ihren Roamingkunden ab dem 15. Juni 2017 [...] für die Abwicklung abgehender oder ankommender regulierter Roaminganrufe, für die Abwicklung versendeter regulierter SMS-Roamingnachrichten oder für die Nutzung regulierter Datenroaming-Dienste

[.] im Vergleich mit dem inländischen Endkundenpreis in einem Mitgliedstaat weder zusätzliche Entgelte noch allgemeine Entgelte für die Nutzung von Endgeräten oder von Dienstleistungen im Ausland berechnen.

251 Durch diese Regelung wurde im Interesse innerhalb der EU reisender Mobilfunknutzer die gesonderte Berechnung von Roaming-Gebühren verboten. Die Schiedsklägerin kann sich gegenüber der Schiedsbeklagten zu 1) jedoch nicht auf diese Bestimmung berufen. Entgegen ihrer Auffassung ist sie nicht Roaming-Kunde im Sinne der Verordnungen 531/2012 und 2015/2120.

252 Für den Begriff des Roaming-Kunden im durch die VO 2015/2120 eingefügten Art. 6a ist Art. 2 Abs. 2 lit. g) der VO 531/2012 maßgeblich. Danach ist „Roamingkunde“ der Kunde eines Anbieters von regulierten Roamingdiensten in einem terrestrischen öffentlichen Mobilfunknetz in der Union, dessen Vertrag oder Vereinbarung mit diesem Roaminganbieter unionsweites Roaming ermöglicht. Nach Art. 2 Abs. 2 lit. f) VO 531/2012 ist „unionsweites Roaming“ die Benutzung eines mobilen Gerätes durch einen Roaming-Kunden zur Tätigkeit oder Annahme von unionsinternen Anrufen, zum Senden und Empfangen von unionsinternen SMS-Nachrichten oder zur Nutzung paketvermittelter Datenkommunikationsdienste in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem sich das Netz des inländischen Betreibers befindet, aufgrund einer Vereinbarung zwischen den Betreibern des Heimatnetzes und dem Betreiber des besuchten Netzes. Aus diesen Bestimmungen ergibt sich - nach wie vor und entgegen Rn. 277 bis 279 der Replik übereinstimmend mit der Vorgängerregelung - eindeutig, dass Roaming-Kunde nur ein Endkunde oder Endverbraucher ist, der durch Benutzung eines mobilen Geräts unionsintern Roaming-Dienste in Anspruch nimmt. Dazu zählt die Schiedsklägerin als Anbieter von Mobilfunkdienstleistungen nicht. Für die von der Schiedsklägerin vertretene Differenzierung zwischen einem Nutzer, der auf Reisen sein muss, und einem davon zu trennenden Roaming-Kunden, nämlich seinem Serviceprovider (vgl. [...]), besteht damit weder nach dem Wortlaut der Regelung, noch nach dem auf den Schutz und die Interessen der Verbraucher im Binnenmarkt bezogenen Regelungsziel der RLAH-VO eine Grundlage. Ebenso wenig kann dem in der englischen Fassung der Verordnung benutzten Begriff „retail roaming charges“ oder ähnlichen Begriffen der französischen oder italienischen Sprachfassungen ein von dem Begriff „Endkunden-Roamingaufschläge“ in der deutschen Fassung abweichendes Begriffsverständnis entnommen werden, das zu einer erweiternden Auslegung von „Endkunde“ unter Einbeziehung der Schiedsklägerin führen müsste (vgl. [...]). Zwar kann gemäß Art. 3 Abs. 1 der RLAH-VO 2015/2120 Endnutzer auch ein Diensteanbieter sein. Aus dieser der Gewährleistung des Zugangs zum offenen Internet dienenden Bestimmung ist jedoch kein Aufschluss zum Verständnis des Begriffs „Endkunden-Roamingaufschläge“ in Art. 6a dieser Verordnung zu entnehmen. Auch nach dem Verständnis der Schiedsklägerin handelt es sich dabei um „retail charges“. Unter „retail“ ist aber der Einzelhandel und damit der Absatz an Endverbraucher zu verstehen, die die Roamingleistung nicht für eine eigene Wertschöpfung in Form eines Mobilfunkdienstes verwenden. Es geht also um den Absatz einer Roamingleistung im Einzelhandel, nicht für den Einzelhandel (vgl. Replik Rn. 281).

253 Damit ist die Schiedsklägerin nicht seit 15. Juni 2017 gegenüber der Schiedsbeklagten zu 1) von allen Kosten für EU-Roaming befreit. Vielmehr sind im Rahmen des [...] bei der Ermittlung der [...] weiterhin die der Schiedsbeklagten für ihr Netz nutzende Kunden der Schiedsklägerin [...] für EU-Roaming zu berücksichtigen, höchstens jedoch in Höhe des jeweils gemäß der VO (EU) 2017/920 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 531/2012 in Bezug auf Vorschriften für Großkunden-Roaming-Märkte, Art. 1 Nr. 4, geltenden maximalen durchschnittlichen Großkundenentgelts.

254 Dabei steht es den Parteien frei, sich von vorneherein auf eine vereinfachte Abrechnung nach den

Großkunden-Caps zu einigen. Sofern die Schiedsklägerin indes bezweifelt, dass in einer bestimmten Periode die im [...] berücksichtigungsfähigen [...] der Schiedsbeklagten zu 1) für Kunden der Schiedsklägerin das jeweilige Großhandels-Cap erreichen, hat die Schiedsbeklagte zu 1) ihr nach Wahl der Schiedsklägerin stets oder im Einzelfall eine Abrechnung auf Grundlage der [...] zu erteilen, bei der dann das Großhandels-Cap zu berücksichtigen ist.

c) Keine relevante Doppelzahlung

255 Entgegen der von der Schiedsklägerin geäußerten Befürchtung ist nach dem Ergebnis des Schiedsverfahrens nicht festzustellen, dass die Schiedsklägerin bei dieser Abrechnungsweise für EU-Roaming-Leistungen der Schiedsbeklagten zu 1) doppelt oder jedenfalls teilweise zweifach zahlen müsste. Zwar ist es erklärte Absicht der Kommission, dass unionsweites Roaming als fester Bestandteil in die Inlandstarife aufgenommen wird, die auf den verschiedenen Inlandsmärkten angeboten werden (vgl. Erwägungsgrund 25 der VO 2015/2120). Die Schiedsklägerin konnte indes schon nicht belegen, dass es im Fall der von der Schiedsbeklagten zu 1) bereitgestellten Tarife wegen der Abschaffung der EU-Roaming-Aufschläge zu einer Erhöhung der Endkundentarife gekommen ist.

256 Die dazu von der Schiedsklägerin allein vorgelegte Anlage K 155 belegt eine solche Preiserhöhung wegen der RLAH-VO nicht. Bei diesem Dokument handelt es sich um eine Vorstellung der im [...] neu eingeführten „[...]“, für die bestimmte Preise genannt werden, die ein größeres Leistungspaket unter anderem mit einer EU-Roaming-Flat einschließen. Es erfolgt jedoch weder eine Zuordnung von Kosten des Tarifs zu dieser EU-Roaming-Flat, noch findet sich die Aussage, dass der Tarif ohne die EU-Roaming-Flat günstiger wäre. Ein Grund für die Schiedsbeklagten ihre Tarife zu verteuern, läge nur dann vor, wenn die Einführung des RLAH-Prinzips bezogen auf ihr Gesamtnetz zu Einnahmeverlusten führen würde, weil ihre Terminierungsausgaben höher als ihre Terminierungseinnahmen sind. Diese Voraussetzung ist jedenfalls nicht erwiesen. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ist vielmehr davon auszugehen, dass [...] und etwas Abweichendes nur nach umfassenden Untersuchungen angenommen werden könnte, die hier von keiner Partei vorgelegt wurden (vgl. [...]). Die Schiedsbeklagten haben somit unwiderlegt geltend gemacht, Endkundenentgelte seien nach Einführung des RLAH-Prinzips nicht wegen der Erbringung von EU-Roaming-Leistungen erhöht worden (vgl. PHB Schiedsbeklagte, Rn. 247).

257 Sofern gleichwohl der Schiedsklägerin um einen EU-Roaming-Vergütungsanteil erhöhte Vorleistungstarife in Rechnung gestellt werden sollten, wäre sie jedenfalls [...]. Im Hinblick auf die weiterhin bestehende große Bedeutung des Wettbewerbsparameters Preis gerade auf dem Mobilfunkmarkt wäre dann naheliegend, dass sich die Marktverhältnisse insgesamt in Richtung auf eine Berücksichtigung von EU-Roaming-Vergütungsbestandteilen in Endkundentarifen entwickelt hätten, sodass auch der Schiedsklägerin bei einer entsprechenden Erhöhung ihrer Tarife kein Wettbewerbsnachteil entstehen sollte.

IV.2 Antrag auf Rückzahlung geleisteter Roaming-Vergütung

258 Mit dem Antrag zu IV.2 begehrt die Schiedsklägerin, die Schiedsbeklagten zu verurteilen, an die Schiedsklägerin [...]€ zzgl. Zinsen als überzahlte Roaming-Entgelte gem. Anlage K 5 zurückzuzahlen.

259 Dieser Antrag, der sich auf von der Schiedsklägerin geleistete Zahlungen im Zeitraum [...] und damit auf die Zeit nach dem Inkrafttreten der RLAH-VO bezieht, ist unbegründet. Die Schiedsbeklagte zu 1) durfte, wie zum Antrag IV.1 ausgeführt, nach dem 15. Juni 2017 weiter nach dem [...] angefallene Kosten für EU-Roaming bis zum Höchstbetrag des jeweils geltenden Großhandels-Deckels abrechnen. Die Schiedsklägerin hat nicht geltend gemacht, dass ihr auch nach einer solchen Abrechnung ein Rückzahlungsanspruch zusteht. Dafür ist auch nichts ersichtlich.

V.

V.1 Antrag zum [...]

260 Mit dem Antrag zu V.1 beantragt die Schiedsklägerin die Feststellung,

dass die Schiedsklägerin bis zum Ablauf des Jahres [...]berechtigt ist, in Fachmärkten der [...], für welche sie Vorleistungen der Schiedsbeklagten zu 1) unter den Verträgen bezieht, die zwischen ihr bzw. ihren Rechtsvorgängern auf der einen Seite und der Schiedsbeklagten bzw. deren Rechtsvorgängern auf der anderen Seite über Mobilfunkleistungen im vormaligen E-Plus-Netz geschlossen wurden (es folgt die Aufzählung der [...]sog. E-Plus-Verträge)

261 Während die [...] eine Regelung enthalten, [...], enthielten die vor Freigabe des Zusammenschlusses bestehenden E-Plus-DAV kein derartiges [...] (vgl. Anlagen K 18 bis K 21).

262 Im Anschluss an die Übernahme von E-Plus durch die Schiedsbeklagte zu 2) wurde [...].

263 Eine Geltung des [...] auch für bisherige E-Plus-Produkte ergibt sich nicht bereits aus [...], wo es heißt:

[...]

264 Ausweislich seiner Einordnung unter „[...]“ bezieht sich dieser Verweis allein auf die Möglichkeit, die [...] entsprechend den Regelungen der O2-Verträge [...] zu können.

265 In [...] wurde einerseits geregelt, dass [...]. Außerdem bestimmte [...], dass die Schiedsklägerin [...]. Weiter heißt es dort:

[...]

266 Zum Abschluss einer solchen [...] kam es nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht (Zeuge [...]).[...] erfolgte der Widerruf der Markennutzung für die Marken [...] und [...] durch die Schiedsbeklagte zu 1). Danach war die Schiedsklägerin nur noch berechtigt, die Marken [...] und [...].

267 [...]. Um es in diesem Sinn der Schiedsklägerin zu ermöglichen, [...] im Serviceprovider-Modell einkaufs- und endkundenseitig weiterhin auf dem Mobilfunknetz der Schiedsbeklagten abzubilden, sollte die Schiedsbeklagte zu 1) gem. [...].

268 [...]. Dort heißt es in Ziff. 4.5:

[...]

Daraus ergibt sich klar, dass [...].

269 Der Widerruf der [...] ließ die Vereinbarungen über die [...] unberührt. Die Schiedsklägerin kann die [...] im Netz der Schiedsbeklagten zu 1) vertreiben. [...].

270 In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die Schiedsbeklagten nach dem Non-MNO-Remedy Ziff. 3.a) verpflichtet sind, die bei Freigabe der Fusion bestehenden DAV unter Aufrechterhaltung ihres wirtschaftlichen Gleichgewichts fortzuführen (vgl. nur Kommission, AC, Rn. 36, 38, 41). Es steht außer Frage, dass es sich bei den [...] um einen sehr bedeutenden und sehr erfolversprechenden Vertriebskanal handelt ([...]). Die Möglichkeit, diesen Vertriebskanal zu nutzen, stellte für die Schiedsklägerin im Zeitpunkt der Fusion einen wesentlichen wirtschaftlichen Vorteil der [...] dar. Deshalb durfte ihr dieser Vertriebskanal auch nicht im Jahr [...] im Zuge der technischen Zusammenführung der Netze von E-Plus und O₂ entzogen werden. Da nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme im Zusammenhang mit [...] nicht über das [...] gesprochen worden ist, kann auch keine einvernehmliche Erstreckung des [...] durch die Parteien auf die der Schiedsklägerin in der [...] angenommen werden. Dagegen spricht bereits maßgeblich, dass keinerlei Gegenleistung erkennbar ist, die der Schiedsklägerin von den Schiedsbeklagten für einen solchen [...] gewährt worden wäre.

271 Unter diesen Umständen kann das Nebeneinander der [...] einerseits und der [...] andererseits nur dahingehend verstanden werden, dass die Schiedsklägerin die Vorleistungsprodukte [...] und ihre künftigen Weiterentwicklungen [...] auch nach [...] weiterhin für [...] nutzen darf, ohne dabei einem [...] zu unterliegen.

272 Aufgrund der bis zum Jahr [...] mit Fortführungspflicht weiter nebeneinander bestehenden E-Plus- und O₂-DAV kann die Schiedsklägerin grundsätzlich durchaus wählen, nach welchem Vertrag sie Vorleistungen der Schiedsbeklagten zu 1) beziehen will. Allerdings ist jedenfalls die Frage, ob die Schiedsklägerin unter einem E-Plus- oder einem O₂-DAV handelt, für die Schiedsbeklagte zu 1) ohnehin daran zu erkennen, welche Vorleistung bei ihr abgefragt wird.

V.2 Schadensersatzfeststellungsantrag wegen [...]

273 Mit dem Antrag zu V.2 begehrt die Schiedsklägerin die Feststellung,

dass die Schiedsbeklagten verpflichtet sind, der Schiedsklägerin sämtliche Schäden zu ersetzen, die dieser dadurch entstanden sind und entstehen werden, dass ihr die Schiedsbeklagten [...] nach Maßgabe der Feststellungen im Antrag zu V.1 [...].

274 Im Hinblick auf die große Bedeutung des [...] ist jedenfalls hinreichend wahrscheinlich, dass der Schiedsklägerin durch das von den Schiedsbeklagten ausgesprochene [...] ein Schaden entstanden ist. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht fest, dass die Schiedsklägerin aufgrund des von der Schiedsbeklagten zu 1) ausgesprochenen [...] die Neukundenakquise in den [...]vorsorglich eingestellt hat ([...]).

275

Dieser Schaden ist unmittelbar auf das schädigende, vertragsverletzende Verhalten der Schiedsbeklagten zu 1) zurückzuführen, so dass der [...] nicht eingreift (vgl. o. Rn. 239). Die Schiedsbeklagte zu 1) hat mit dem der Schiedsklägerin vertragswidrig auferlegten [...] ihre vertraglichen Pflichten jedenfalls fahrlässig verletzt.

276 Für diesen Schaden hat auch die Schiedsbeklagte zu 2) einzustehen (vgl. o. Rn. 216 bis 218). Die Schiedsbeklagte zu 2) hat jedenfalls fahrlässig gehandelt, da ihr das die Commitments verletzende vertragswidrige Verhalten der Schiedsbeklagten zu 1) nicht verborgen bleiben konnte und durfte, und sie die Einhaltung der Fortführungspflicht der Commitments gegenüber der Schiedsklägerin als Service Provider gewährleisten musste.

VI. Weitere Anträge

277 Die auf Auskunft, Rechnungslegung und Versicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit der auf Auskunft und Rechnungslegung gerichteten Anträge IV bis VII. sind im ersten Zwischenentscheid des Schiedsgerichts vom 14. September 2018 bereits als im vorliegenden Schiedsverfahren unstatthaft und damit unzulässig zurückgewiesen worden.

278 Über den als Hilfsantrag gestellten Antrag VIII. ist nicht zu entscheiden, da die Bedingung unter die er gestellt ist, nicht eingetreten ist.

C Kostenentscheidung

279 Die Entscheidung über die Kosten beruht auf §§ 35.1, 35.2 und 35.3 DIS-SchO 1998. In Ermangelung einer abweichenden Vereinbarung war in diesem Schiedsspruch auch darüber zu entscheiden, welche Partei die Kosten des schiedsrichterlichen Verfahrens einschließlich der den Parteien erwachsenen und zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten zu tragen hat. Die Kosten des schiedsrichterlichen Verfahrens (DIS Bearbeitungsgebühr sowie Honorar und Auslagen der Schiedsrichter) verteilt das Schiedsgericht gem. § 35.2 DIS-SchO 1998 im Verhältnis des jeweiligen Unterliegens. Die Schiedsklägerin unterliegt mit ihren Klageanträgen insgesamt zu 40 %, die Schiedsbeklagten unterliegen zu 60 %. Hinsichtlich der Honorare und Auslagen der Parteien trifft das Schiedsgericht eine Entscheidung nach pflichtgemäßem Ermessen. Danach ergibt sich im Ergebnis ein Erstattungsanspruch der Schiedsklägerin gegen die Schiedsbeklagten in Höhe von insgesamt [...]€; darüber hinaus hat die Schiedsbeklagte weitere [...]€ für Auslagen des Schiedsgerichts zu zahlen. Dies beruht auf folgenden Erwägungen:

280 1. Die Kostengrundentscheidung hinsichtlich der Kosten des schiedsrichterlichen Verfahrens (DIS Bearbeitungsgebühr sowie Honorar und Auslagen der Schiedsrichter) ergibt sich aus der Bewertung des Verhältnisses des jeweiligen Obsiegens und Unterliegens der Parteien hinsichtlich der einzelnen Klageanträge. Dabei werden für die Bewertung der einzelnen Anträge die im Laufe des Schiedsverfahrens von keiner Seite in Frage gestellten Angaben der Schiedsklägerin im Schriftsatz vom 13. Juli 2018 zur Berechnung des vorläufigen und zwischenzeitlich endgültig festgesetzten Streitwerts von [...]€ zugrunde gelegt.

281 a) Der Streitwert für den Antrag I.1 wurde von der Schiedsklägerin mit insgesamt [...]€ angegeben und aufgrund der Differenz zwischen dem ihr von der Schiedsbeklagten angebotenen [...] und dem von ihr begehrten [...] für die [...] berechnet. Damit ist [...] jeweils ein Wert von [...] zuzuordnen.

- 282 Die Parteien waren und sind sich einig, dass für den [...] die Anlage K 30 maßgeblich ist. Dieser unstreitige Zeitraum bleibt deshalb bei der Kostenentscheidung unberücksichtigt. Für die Erfolgsquote der Klage im Jahr [...] kommt es danach nur auf die [...] an. Bei Anwendung der mit der Anlage K 138 übereinstimmenden [...] und unter Berücksichtigung der in der Anlage K 140 enthaltenen Angaben erscheint dem Schiedsgericht nicht hinreichend wahrscheinlich, dass die Schiedsklägerin im [...] einen [...] erreicht hätte. Plausibel erscheint dem Schiedsgericht demgegenüber die Annahme, dass mit einem [...] die [...] erreicht worden sein könnte, woraus sich - nur für die Zwecke der vorliegenden Kostenentscheidung - ein [...] ergibt. Dies entspricht, bezogen auf die Differenz von [...] zwischen angebotenen [...] und geforderten [...], einem Erfolg der Klägerin für das Jahr [...] von [...].
- 283 Für das Jahr [...] legt das Schiedsgericht einen geschätzten [...] nach der Anlage 2 zum Tenor von [...] zugrunde, was für dieses Jahr zu einem Erfolg der Klage in Höhe von [...]€ führt. Der Abschlag von [...]€ auf den [...] entspricht dabei [...].
- 284 Für das Jahr [...] legt das Schiedsgericht einen [...] zugrunde.
- 285 Insgesamt würde sich auf dieser Grundlage ein Erfolg der Schiedsklage beim Antrag zu I.1 in Höhe von [...]€ ergeben. Allerdings erscheint insoweit ein moderater Abzug im Hinblick darauf geboten, dass der Hauptantrag und der erste Hilfsantrag abgewiesen worden sind. Das Schiedsgericht erachtet es deshalb als angemessen, die Erfolgsquote der Schiedsklägerin beim Antrag I.1 mit 9/10 oder [...]€ zu bewerten, in Höhe von [...]€ waren die Schiedsbeklagten erfolgreich.
- 286 Den Anträgen zu I.2 und I.3 kommt, wie von der Schiedsklägerin vorgetragen, gegenüber dem Antrag zu I.1 kein gesonderter Wert zu.
- 287 b) Die Anträge zu II.1 bis II.3 sind insgesamt mit [...]€ zu bewerten. Davon entfallen [...]€ auf die Anträge II.1 und II.3, sowie die weiteren [...]€ auf den Antrag zu II.2.
- 288 Für den Antrag zu II.2 nimmt das Schiedsgericht einen Erfolg der Klägerin in Höhe von 60% (entspricht [...]€) an. Ein Abschlag in Höhe von insgesamt 40% (entspricht [...]€) ist geboten und ergibt sich aus der Abweisung dieses Antrags gegenüber der Schiedsbeklagten zu 2) (20%), der Beschränkung der Vorankündigungsfrist auf [...] (5%), der Einschränkung der [...]im Hinblick auf zwingende Gründe (5%) sowie aus dem Umstand, dass die Schiedsklägerin nicht die Bereitstellung [...] unmittelbar, sondern nur entsprechender und für ihre Wettbewerbsfähigkeit erheblicher Tarife verlangen kann (10%), wobei nur ein Hilfsantrag erfolgreich war.
- 289 Beim Antrag zu II.1 konnte nur dem Hilfsantrag und diesem auch nur gegenüber der Schiedsbeklagten zu 1) stattgegeben werden. Darüber hinaus ist der Anspruch auf Schadensersatzfeststellung auf Schäden infolge der Nichtbereitstellung des [...] in der Zeit zwischen der Verweigerung der Bereitstellung ([...]) und der Bereitstellung auf Grundlage der [...], die am [...] unterzeichnet wurde, begrenzt. Diese den Anspruch beschränkenden Umstände bewertet das Schiedsgericht insgesamt mit 60% (entspricht [...]€) des Werts der Anträge II.1 und II.3.
- 290 c) Für die Anträge III.1 und III.3 hat die Schiedsklägerin insgesamt einen Betrag von [...]€ als Wert angesetzt. Gegenüber der Schiedsbeklagten zu 1) sind diese beiden Anträge in vollem Umfang erfolgreich, gegenüber der Schiedsbeklagten zu 2) jedoch nur der auf Feststellung der Schadensersatzpflicht gerichtete Antrag zu III.3. Im Hinblick darauf ist für die Anträge III.1

und das Unterliegen der Schiedsklägerin mit insgesamt 10% oder [...] € anzusetzen. Aus demselben Grund ist die Schiedsklägerin bei dem Bereitstellungsantrag zu III.2 (Wert: [...]€) mit [...]€ erfolgreich und mit [...]€ unterlegen.

291 d) Bei den mit insgesamt [...]€ bewerteten Anträgen IV.1 und IV.2 (EU- Roaming) ist die Schiedsklägerin insgesamt unterlegen, bei den Anträgen V.1 und V.2 ([...]€) dagegen insgesamt erfolgreich. Die bereits im ersten Zwischenentscheid des Schiedsgerichts abgewiesenen Anträge zu VI (Auskunft) und VII (Rechnungslegung) sind mit [...]€ zu bewerten.

292 e) Damit hat die Schiedsklage im Ergebnis zu 3/5 (entspricht einem Wert von [...]€) Erfolg, im Umfang von 40% (entspricht einem Wert von [...]€) ist sie unbegründet. Die Kosten des Schiedsverfahrens fallen also zu 60% den Schiedsbeklagten und zu 40% der Schiedsklägerin zur Last.

293 2. Im Hinblick auf die Besonderheiten des vorliegenden Falls und unter Berücksichtigung der Höhe der von den Parteien jeweils geltend gemachten Kosten erachtet es das Schiedsgericht nach billigem Ermessen für geboten, den Kostenerstattungsanspruch der Schiedsklägerin gegen die Schiedsbeklagten für Rechtsanwalts honorar auf [...] (netto) festzusetzen und die übrigen Kosten der Parteien für Anwalts honorare sowie ihre Kosten für Sachverständigengutachten gegeneinander aufzuheben.

294 3. Im Hinblick auf die unter den Schiedsbeklagten bestehende Konzernverbindung sowie deren vollständig übereinstimmende Prozessführung im vorliegenden Verfahren geht das Schiedsgericht davon aus, dass die Schiedsbeklagten die Verteilung der ihnen aus diesem Schiedsverfahren entstandenen Kosten konzern- und gesellschaftsrechtlich angemessen untereinander regeln werden. Es erscheint deshalb im vorliegenden Fall nicht erforderlich, eine getrennte Kostenlast für die beiden Schiedsbeklagten auszuweisen. Vielmehr ist es billig, dass sie für ihre Kostenlast als Gesamtschuldner haften.

295 4. Zu berücksichtigende Kosten

Für die Kosten des Schiedsverfahrens ergibt sich folgende Rechnung:

Kosten des Schiedsverfahrens (netto)

1.	DIS-Bearbeitungsgebühr	[...]€
2.	Schiedsrichterhonorar	[...]€
	Auslagen der Schiedsrichter	[...]€
3.	Auslagen des Schiedsgerichts	
	Kosten der Protokollierung	[...]€
	Catering in den Räumen der Rechtsanwälte [...]	[...]€
	Raumkosten für Beratungen des Schiedsgerichts	[...]€
		<hr/>
		[...]€

Bereits gezahlt (netto)

von Schiedsklägerin: [...]€ Kosten der Protokollierung

von Schiedsbeklagten [...]€ Kosten der Protokollierung
[...]€ Catering in den Räumen [...]

Zu berücksichtigende Vorschüsse (netto)

Schiedsklägerin

1. DIS Bearbeitungsgebühr [...]€
2. Vorschuss auf Schiedsrichterhonorar [...]€
[...]€

Schiedsbeklagte

Vorschuss für Auslagen des Schiedsgerichts [...]€⁴

296 Bei Anwendung der Quote von 60% zu 40% zu Lasten der Schiedsbeklagten für die Kosten des Schiedsverfahrens sind [...]€ € von der Schiedsbeklagten und [...]€ von der Schiedsklägerin zu zahlen. Unter Berücksichtigung der bereits geleisteten Zahlungen ergibt sich damit eine Überzahlung der Schiedsklägerin in Höhe von

[...]€ brutto.

297 In dieser Höhe hat die Schiedsklägerin einen Erstattungsanspruch für überzahlte Verfahrenskosten gegen die Schiedsbeklagten. Außerdem haben die Schiedsbeklagten die durch Vorschüsse nicht gedeckten Auslagen des Schiedsgerichts in Höhe von [...]€ auf das bei der DIS für dieses Verfahren geführte Konto zu zahlen.

298 Die Kosten für zweckentsprechende Rechtsverfolgung haben die Parteien wie folgt angegeben:

Schiedsklägerin (netto)

1. Honorare Verfahrensbevollmächtigte
Pre Dispute Escalation [...]€
2. Honorare Verfahrensbevollmächtigte
Schiedsverfahren [...]€
3. Honorar [...] [...]€
[...]€

Schiedsbeklagte (netto)

1. Honorare Verfahrensbevollmächtigte [...]€
2. Honorar [...] [...]€
[...]€

⁴ Das Schiedsgericht geht davon aus, dass bei der hier gebotenen Nettobetrachtung der allein von der Schiedsbeklagten als Kosten angesetzte, aber wohl von beiden Parteien zu gleichen Teilen geleistete Vorschuss auf die Mehrwertsteuer für Honorare der Schiedsrichter nicht zu berücksichtigen ist. Sollte diese Annahme falsch sein, erfolgt ggfls. insoweit eine Berichtigung des Kostenauspruchs.

299 Aus den oben Rn. 293 ausgeführten Gründen findet eine Kostenerstattung durch die Schiedsbe-
klagten in Höhe von [...]€ (netto) an die Schiedsklägerin statt; im Übrigen werden die Kosten und
Auslagen der Parteien gegeneinander aufgehoben.

[...]

Vorsitzender des Schiedsgerichts

[...]

Schiedsrichter

[...]

Schiedsrichter