

ZH_VERWALTUNGSGERICHT AN.2021.00007 vom 1. September 2022

ZH Verwaltungsgericht, 2022-09-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__AN.2021.00007

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT AN.2021.00007 du 1 septembre 2022

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT AN.2021.00007 del 1 settembre 2022

Regeste

Gebühren | Gebührentarif für Leerrohre. [Die Stadt Zürich und drei Telekommunikationsunternehmen, die Telekommunikationsleitungen in die Kabelkanalisation des ewz eingezogen haben, führen je Beschwerde gegen einen Entscheid des Bezirksrats, der die Höhe der dafür geschuldeten Gebühren reduzierte.] Die angefochtene Gebührenordnung ist prozessual als Erlass zu behandeln (E. 1.1). Die in Zwischenentscheiden getroffene Kostenregelung ist mit Beschwerde gegen den Endentscheid anfechtbar (E. 1.2). Beschwerdelegitimation der Stadt (E. 1.3). Wenn das Gemeinwesen die Nutzung freier Infrastruktur verlangt, darf die dafür geschuldete angemessene Entschädigung nach Art. 78 Abs. 2 FDV die geschätzten Kosten der Anbieterin für die Verlegung eigener Leitungen nicht übersteigen (E. 4.2). Die Kabelkanalisation des ewz wurde als Verwaltungsvermögen im Sondergebrauch Privaten zur längerfristigen Nutzung überlassen (E. 5.1). Dafür ist eine Konzessionsgebühr geschuldet (E. 5.2). Gelockerte Anforderungen an die gesetzliche Grundlage von Kausalabgaben, deren Höhe durch das Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip begrenzt wird (E. 5.3). Das Kostendeckungsprinzip ist auf die umstrittenen, nicht kostenabhängigen Kausalabgaben nicht anwendbar (E. 6). Art. 78 Abs. 2 FDV beschränkt nicht den über die Jahre kumulierten Gesamtgebührenertrag, sondern die Höhe der periodisch vom Gemeinwesen erhobenen Konzessionsgebühren (E. 7.2). Dass den Telekommunikationsunternehmen für das Verlegen eigener Leitungen tiefere Kosten entstünden, ist nicht glaubhaft, da die verlangten Gebühren jährlich maximal 3,4 % der von ihnen genannten geschätzten Erstellungskosten für eigene Leitungen entsprechen (E. 7.3). Keine Verletzung des Äquivalenzprinzips (E. 7.4). Kostenbemessung nach Streitinteresse (E. 9.2). Parteientschädigung an das obsiegende Gemeinwesen (E. 9.4). Gutheissung der Beschwerde der Stadt.

Erwägungen

E. 3

Abteilung AN.2021.00007 AN.2021.00008 Urteil der 3. Kammer vom 1. September 2022
Mitwirkend: Abteilungspräsident André Moser (Vorsitz), Verwaltungsrichter Peter Sprenger, Verwaltungsrichterin Silvia Hunziker, Verwaltungsrichter Reto Häggi Furrer, Verwaltungsrichter Daniel Schweikert, Gerichtsschreiber Yannick Weber. In Sachen I. Stadt Zürich, Stadthaus, vertreten durch den Stadtrat, dieser vertreten durch RA A und/oder RA B, Beschwerdeführerin (AN.2021.00007), II. 1. D GmbH, 2. E AG, 3. F AG, alle vertreten durch RA C, Beschwerdeführerinnen (AN.2021.00008), gegen I. 1. D GmbH, 2. E AG, 3. F AG, alle vertreten durch RA C, Beschwerdegegnerinnen (AN.2021.00007), II. Stadt Zürich, Stadthaus, vertreten durch den Stadtrat, dieser vertreten durch RA A

und/oder RA B, Beschwerdegegnerin (AN.2021.00008), betreffend Gebühren, hat sich ergeben: I. A. Das Elektrizitätswerk der Stadt Zürich (ewz) bietet seine Kabelkanalisation (Leerrohre aus Kunststoff und Zementkanäle) Anbieterinnen von Fernmeldediensten gegen Entgelt zum Einziehen eigener Leitungen an. Die D GmbH (Telekommunikationsunternehmen 1), die E AG (Telekommunikationsunternehmen 2) und die F AG (Telekommunikationsunternehmen 3) nutzen dieses Angebot und haben in die Kabelkanalisation des ewz eigene Leitungen eingezogen. B. Der Vorsteher des Departements der Industriellen Betriebe der Stadt Zürich beschloss am 31. Oktober 2013 eine neue, rückwirkend ab dem 1. Januar 2013 anwendbare Entschädigungsregelung für die Nutzung von Trassees des ewz durch Telekommunikationsunternehmen. Für die Nutzung eines K100-Kunststoffrohrs (d. h. mit Durchmesser 100 mm) oder eines CK15-Zementkanals wurde die Gebühr auf Fr. 12.63 pro Laufmeter und Jahr festgesetzt, für ein K28-Kunststoffrohr (d. h. mit Durchmesser 28 mm) auf Fr. 6.63 pro Laufmeter und Jahr. Nachdem der Stadtrat die dagegen von den Telekommunikationsunternehmen 1 und 2 erhobenen Einsprachen abgewiesen hatte, wies der Bezirksrat Zürich in teilweiser Gutheissung der in der Folge erhobenen Rekurse die Sache mit Beschlüssen vom 15. Dezember 2016 zur weiteren Sachverhaltsabklärung und erneuten Entscheidung an den Stadtrat zurück. C. Nach einem ergebnislosen informellen Schlichtungsverfahren legte der Stadtrat Zürich die Gebühren für die Nutzung der Rohranlagen des Elektrizitätswerks durch Dritte mit Verfügung vom 13. Juni 2018 für den Zeitraum vom 1. Januar 2013 bis 31. Dezember 2017 neu fest. Für die Nutzung eines K100-Kunststoffrohrs oder eines CK15-Zementkanals wurde die Einheitsgebühr auf Fr. 9.52 pro Laufmeter und Jahr festgesetzt, für ein K28-Kunststoffrohr auf Fr. 4.94 pro Laufmeter und Jahr. II. Dagegen erhoben die genannten Telekommunikationsunternehmen am 23. Juli 2018 Rekurs beim Bezirksrat Zürich. Der Bezirksrat Zürich reduzierte die Gebühren für die Nutzung der Rohranlagen mit Beschluss vom 17. Juni 2021 in teilweiser Gutheissung des Rekurses auf Fr. 5.36 pro Laufmeter und Jahr für ein K100-Kunststoffrohr und auf Fr. 1.88 pro Laufmeter und Jahr für ein K28-Kunststoffrohr (Dispositivziffer III). Zudem ordnete der Bezirksrat an, dass den drei Telekommunikationsunternehmen uneingeschränkte Einsicht in die eingereichten Buchhaltungsunterlagen der Stadt Zürich gewährt werde und die bislang erst in geschwärtzter Form offengelegten Belege auf Verlangen nach Rechtskraft des Entscheids in ungeschwärtzter Form zugestellt würden (Dispositivziffer I). Auf die Anträge auf Rückerstattung schon bezahlter Gebühren trat der Bezirksrat nicht ein (Dispositivziffer II). Die Verfahrenskosten von Fr. 3'297.- auferlegte er den drei Telekommunikationsunternehmen zu je 1/6 und zur Hälfte der Stadt Zürich (Dispositivziffer IV). Parteientschädigungen wurden nicht zugesprochen (Dispositivziffer V). III. A. Die Stadt Zürich liess gegen den Beschluss des Bezirkrats vom 17. Juni 2021 am 20. August 2021 Beschwerde an das Verwaltungsgericht erheben und beantragen, die darin vorgenommene Neufestsetzung der Gebühren sowie die Verfahrenskostenaufgabe (Dispositivziffern III+IV) sei aufzuheben. Zudem beantragte sie, ihr zulasten der Telekommunikationsunternehmen 1–3 eine Parteientschädigung zuzusprechen. B. Mit Beschwerde vom 23. August 2021 gelangten auch die Telekommunikationsunternehmen 1–3 gemeinsam mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht und beantragten, die Beschlüsse des Bezirkrats vom 15. Dezember 2016 und vom 17. Juni 2021 aufzuheben, ihnen uneingeschränkte Einsicht in die Buchhaltungsunterlagen zu gewähren und die Gelegenheit zur Ergänzung der Beschwerdebegründung einzuräumen sowie in entsprechender Anpassung der Dispositive der angefochtenen Beschlüsse die Gebühren für

die Rohrnutzung für die Jahre 2013–2017 auf Fr. 0.87 pro Laufmeter und Jahr für ein Rohr mit einem Durchmesser von 100 mm und auf Fr. 0.31 pro Laufmeter und Jahr für ein Rohr mit einem Durchmesser von 28 mm festzulegen. Zudem ersuchten sie um Neuverlegung der Kosten der Beschlüsse des Bezirksrats vom 15. Dezember 2016 und vom 17. Juni 2021 und um Zuspreehung einer Parteientschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer für das Rekurs- und Beschwerdeverfahren. C. Mit Verfügung vom 25. August 2021 vereinigte der Präsident der 3. Abteilung die Beschwerdeverfahren. D. Der Bezirksrat Zürich verzichtete am 1. September 2021 auf eine Vernehmlassung. Die Telekommunikationsunternehmen erstatteten am 27. September 2021 eine Beschwerdeantwort zur Beschwerde der Stadt Zürich und beantragten deren Abweisung unter Entschädigungsfolgen, soweit darauf einzutreten sei. Mit Beschwerdeantwort vom 27. September 2021 beantragte die Stadt Zürich ihrerseits die Abweisung der Beschwerde der Telekommunikationsunternehmen unter Entschädigungsfolgen, soweit darauf einzutreten sei. Nachdem sich die Stadt Zürich in ihrer Beschwerdeantwort ausdrücklich damit einverstanden erklärt hatte, dass den Telekommunikationsunternehmen Einsicht in die städtischen Beschwerdeantwortbeilagen gewährt werde, wurde die entsprechende Einsichtnahme, wie von den Telekommunikationsunternehmen beantragt, mit Präsidialverfügung vom 11. Oktober 2021 gewährt. Die Stadt Zürich liess am 12. Oktober 2021 eine Replik erstatten. Die Telekommunikationsunternehmen replizierten am 2. November 2021. Die Stadt Zürich verzichtete mit Schreiben vom 15. November 2021 auf Vernehmlassung. Nachdem die Telekommunikationsunternehmen am 26. November 2021 eine weitere Stellungnahme erstattet hatten, liess sich die Stadt Zürich am 17. Dezember 2021 erneut vernehmen. Die Parteien reichten in der Folge je eine weitere Stellungnahme ein. Zuletzt liessen sich die Telekommunikationsunternehmen am 7. März 2022 vernehmen. Die Kammer erwägt: 1. 1.1 Die von der Stadt Zürich erlassene, vorliegend streitige Gebührenordnung weist trotz ihrer begrenzten zeitlichen Geltungsdauer sowie ihrer Verzahnung mit den bestehenden Nutzungsverhältnissen mit den beschwerdeführenden Telekommunikationsunternehmen Züge einer generell-abstrakten Regelung auf und erscheint damit als Erlass im Sinn von § 19 Abs. 1 lit. d des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG; LS 175.2; vgl. Jürg Bosshart/Martin Bertschi in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 19 N. 72; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Bern 2014, § 13 N. 8). Gegen den dazu ergangenen Rekursentscheid steht die Beschwerde an das Verwaltungsgericht offen (§ 41 in Verbindung mit § 19 Abs. 1 lit. d VRG). Über Rechtsmittel gegen Erlasse entscheidet das Verwaltungsgericht in Fünferbesetzung (§ 38a Abs. 1 VRG). 1.2 Die beschwerdeführenden Telekommunikationsunternehmen nutzen die Kabelkanalisation des ewz und sind als Gebührenschildnerinnen durch die streitgegenständliche Gebührenregelung und den angefochtenen Beschluss in ihren schutzwürdigen Interessen betroffen (§ 49 in Verbindung mit § 21 Abs. 1 VRG). Deshalb und weil die weiteren Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde der Telekommunikationsunternehmen 1–3 einzutreten. Soweit sich die Zwischenentscheide des Bezirksrats vom 15. Dezember 2016 auf den Inhalt des Endentscheids vom 17. Juni 2021 auswirken, sind sie durch Beschwerde gegen den Endentscheid anfechtbar (§ 41 Abs. 2 in Verbindung mit § 19a Abs. 2 VRG und Art. 93 Abs. 3 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG; SR 173.110]). Die in den Zwischenentscheiden getroffene Kostenregelung ist ebenfalls mit Beschwerde gegen den Endentscheid anfechtbar (Martin Bertschi, Kommentar VRG, § 19a N. 62). Auf die

Beschwerde ist demnach insgesamt einzutreten, auch insoweit sie sich gegen die Zwischenentscheide vom 15. Dezember 2016 richtet. 1.3 Gemäss § 49 in Verbindung mit § 21 Abs. 2 VRG sind Gemeinden und andere Träger öffentlicher Aufgaben mit Rechtspersönlichkeit zur Beschwerde legitimiert, wenn sie durch die Anordnung wie eine Privatperson berührt sind und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung haben (lit. a), die Verletzung von Garantien rügen, die ihnen die Kantons- oder Bundesverfassung gewährt (lit. b), oder bei der Erfüllung von gesetzlichen Aufgaben in ihren schutzwürdigen Interessen anderweitig verletzt sind, insbesondere bei einem wesentlichen Eingriff in ihr Finanz- oder Verwaltungsvermögen (lit. c). Gestützt auf letztere Bestimmung sind Gemeinwesen grundsätzlich befugt, sich für die von ihnen erhobenen Gebühren zur Wehr zu setzen (vgl. Martin Bertschi, Kommentar VRG, § 21 N. 106). Die Stadt Zürich beruft sich nicht auf ihre Gemeindeautonomie, sondern verweist zur Begründung ihrer Legitimation auf den ihr durch den angefochtenen Beschluss entstehenden finanziellen Nachteil. Durch die vorinstanzlich angeordnete Reduktion der Gebühren erscheint die Stadt Zürich mit Blick auf die ihr damit erwachsenden finanziellen Einbussen als in schutzwürdigen Interessen erheblich berührt, womit ihre Beschwerdelegitimation zu bejahen und auf ihre Beschwerde einzutreten ist. 2. Nachdem die Telekommunikationsunternehmen nunmehr die gewünschte Einsicht in die Buchhaltungsunterlagen der Stadt Zürich erhalten haben, ist der diesbezügliche Beschwerdeantrag als gegenstandslos geworden abzuschreiben. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens bildet demnach allein die zulässige Höhe der Gebühren für die Nutzung der Kabelkanalisation des ewz.

E. 3.1

In den Rückweisungsbeschlüssen vom 15. Dezember 2016 erwog die Vorinstanz, dass eine ausreichende gesetzliche Grundlage für die Erhebung einer Gebühr für die Nutzung der Kabelkanalisation bestehe. Sie qualifizierte die Abgabe als kostenabhängige Benutzungsgebühr, deren Höhe durch das Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip begrenzt werde. Der von der Stadt Zürich angewandte Kapitalzinssatz könne nicht zur Bestimmung der Kapitalkosten verwendet werden; es sei unklar, wie hoch die tatsächlich angefallenen Kapitalkosten seien. Bei der Festlegung der Gebührenhöhe sei auch zu berücksichtigen, dass mit früheren Gebühreneinzahlungen bereits ein Teil der Amortisation der Infrastruktur erfolgt sei. Zur Beurteilung, ob das Kostendeckungsprinzip eingehalten sei, bedürfe es konkreter Angaben zu den tatsächlich anfallenden Kosten für laufende Ausgaben, angemessene Rückstellungen, Abschreibungen und Reserven.

E. 3.2

Die Stadt Zürich legte den Gebührentarif für die Jahre 2013 bis 2017 daraufhin neu fest, wobei sie bei ihrer Preisberechnung Kapital-, Betriebs-, Vertriebs- und Verwaltungskosten berücksichtigte.

E. 3.3

Der Bezirksrat ordnete im angefochtenen Beschluss vom 17. Juni 2021 eine Reduktion der nach dem Rückweisungsentscheid neu festgelegten Gebühren an. Diese erachtete er aufgrund des Kostendeckungsprinzips und Art. 78 Abs. 2 der Verordnung vom 9. März 2007 über Fernmeldedienste (FDV; SR 784.101.1) als zwingend (E. 4.8). Zur Bestimmung der zulässigen Gebührenhöhe erörterte der angefochtene Beschluss, welche Kosten der Stadt Zürich aufgrund der Nutzung ihrer Kabelkanalisation durch die

Telekommunikationsunternehmen 1–3 entstünden. Namentlich erwog die Vorinstanz, dass die Lebensdauer der Kabelkanalisationen nur schwierig im Voraus bestimmt werden könne, weshalb nicht auf die historischen Erstellungskosten, sondern auf die aktuellen Kosten zur Erhaltung und Anpassung des Kabelkanalisationsnetzes abgestellt werden müsse. Zur Ermittlung der Abschreibungskosten seien die Investitionskosten der Stadt zu berücksichtigen. Da dem Staat keine Eigenkapitalkosten anfielen und keine gesetzliche Grundlage bestehe, derzufolge das ewz mit der Vermietung seiner Kabelkanalisation einen Gewinn erzielen dürfe, sei eine Verzinsung des eingesetzten Kapitals zum stadtinternen Zinssatz für Kontokorrente naheliegend. Die Vertriebs- und Verwaltungskosten dürften nicht anteilmässig nach dem Verhältnis des Umsatzes im Bereich Kabelkanalisation zum Gesamtumsatz im Bereich Telekom bestimmt werden, sondern es sei ein prozentualer Zuschlag von 6 % zu verwenden.

E. 3.4

Die Stadt Zürich beanstandet die vorinstanzlichen Erwägungen hinsichtlich der Verzinsung des eingesetzten Kapitals und der Vertriebs- und Verwaltungskosten. Nur die von ihr angeordneten Gebühren entsprächen den tatsächlichen Kosten für die Aufrechterhaltung der Kabelkanalisationsinfrastruktur. Sie beantragt eine Überprüfung ihrer Berechnungsmethode durch einen gerichtlich beauftragten, unabhängigen Fachexperten. Nur die Anwendung eines branchenüblichen Zinssatzes für das eingesetzte Kapital stelle sicher, dass die Stadt durch ihre Preisfestsetzung nicht den Wettbewerb verzerre. Für die Berechnung der Vertriebs- und Verwaltungskosten sei ein an den Umsatz anknüpfender Verteilschlüssel anzuwenden; die bezirksrätliche Methode verkenne, dass diese Kosten vom Rohrdurchmesser unabhängig seien.

E. 3.5

Die beschwerdeführenden Telekommunikationsunternehmen rügen nicht (mehr) das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage für die vorgesehenen Gebühren, sondern lediglich deren Höhe. In betragsmässiger Hinsicht wollen sie anerkennen, dass für ihre Nutzung der Kabelkanalisation städtische Betriebskosten im Umfang von Fr. 0.82 pro Meter und Jahr für ein K100-Rohr bzw. Fr. 0.29 für ein K28-Rohr abzugelten seien; darauf sei ein Zuschlag von 6 % für die Vertriebs- und Verwaltungskosten vorzunehmen. Im darüberhinausgehenden Umfang erziele das ewz aber einen unzulässigen Gewinn, weil die Anlagekosten inzwischen bereits vollständig amortisiert seien. Das Fernmelderecht des Bundes stehe einer Gewinnerzielung im vorliegenden Fall entgegen. Mangels Erneuerungsbedarf seien nie Erneuerungsarbeiten an der Kabelkanalisation vorgenommen worden, weshalb auch keine entsprechenden Kosten weiterverrechnet werden dürften. Hätten die Telekommunikationsunternehmen die Kabelkanalisation selber erstellt, so wäre die Anlage inzwischen vollständig abgeschrieben; die Gebühren benachteiligten sie deshalb im Wettbewerb.

E. 4.1

Nach Art. 35 Abs. 1 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10) sind Eigentümerinnen und Eigentümer von Boden im Gemeingebrauch verpflichtet, den Anbieterinnen von Fernmeldediensten die Benutzung dieses Bodens für Bau und Betrieb von Leitungen zu bewilligen, sofern diese Einrichtungen den Gemeingebrauch nicht beeinträchtigen. Ausser kostendeckenden Gebühren darf eine Entschädigung für die Inanspruchnahme von Grund und Boden, soweit sie den Gemeingebrauch nicht

beeinträchtigt, nicht verlangt werden (Art. 35 Abs. 4 FMG). Gemäss Art. 78 Abs. 1 FDV bestimmen die Eigentümerinnen und Eigentümer von Strassenanlagen, mit Ausnahme von Erschliessungsstrassen, wo die Anbieterinnen von Fernmeldediensten innerhalb des Perimeters der Strassenanlage ihre Leitungen verlegen. Soweit dies für die Anbieterinnen zumutbar ist, können sie zudem verlangen, dass ihre freien Infrastrukturen gegen eine angemessene Entschädigung benützt werden. Die Entschädigung darf nicht höher sein als die geschätzten Kosten der Anbieterin für die Verlegung eigener Leitungen (Art. 78 Abs. 2 FDV).

E. 4.2

Wie die Parteien und die Vorinstanz zu Recht erkannten, regelt Art. 35 FMG nicht, in welcher Höhe für die Nutzung bestehender Kabelkanalisationen im Eigentum des Gemeinwesens Gebühren erhoben werden dürfen (vgl. BGr, 19. März 2008, 2A.414/2006, E. 8.4). Der Anspruch von Art. 35 FMG bezieht sich ausschliesslich auf öffentliche Sachen im Gemeingebrauch, nicht dagegen auf Verwaltungs- oder Finanzvermögen (André W. Moser, *Der öffentliche Grund und seine Benützung*, Bern 2011, S. 301). Für die Inanspruchnahme von Grund und Boden dürfen gemäss Art. 35 Abs. 4 FMG nicht mehr als kostendeckende Gebühren verlangt werden; hinsichtlich der Gebühren für die Nutzung im Boden befindlicher Infrastruktur des Gemeinwesens folgt daraus nichts. Wenn das Gemeinwesen die Nutzung freier Infrastruktur verlangt, darf die dafür verlangte angemessene Entschädigung die geschätzten Kosten der Anbieterin für die Verlegung eigener Leitungen nicht übersteigen (Art. 78 Abs. 2 FDV). Eine solche Verpflichtung mag in der Stadt Zürich zwar nicht generell gelten, wohl aber für die drei beschwerdeführenden Telekommunikationsunternehmen nach Massgabe der jeweiligen Konzession. Diese Regelung führt dazu, dass kein finanzieller Anreiz für die Erstellung unnötiger Parallelinfrastruktur besteht und verhindert folglich unnötige Bauarbeiten und die damit einhergehenden Immissionen und Verkehrsbehinderungen (vgl. Moser, S. 300; BGr, 19. März 2008, 2A.296/2006, E. 4.3 a. E. sowie 2A.414/2006, E. 5.3 a. E.).

E. 5.1

Für die Benutzung der Kabelkanalisation erteilte die Stadt Zürich den Telekommunikationsunternehmen 1–3 bzw. ihren Rechtsvorgängerinnen in den Jahren 1997 bzw. 1999 je die dafür notwendige Konzession, welche jeweils eine kostendeckende Entschädigung für die Inanspruchnahme der städtischen Infrastruktur vorsieht. Die Kabelkanalisation des ewz wurde damit als Verwaltungsvermögen im Sondergebrauch Privaten zur längerfristigen Nutzung zur Verfügung gestellt, vergleichbar mit der Sondernutzung einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch (vgl. Tobias Jaag, *Gemeingebrauch und Sondernutzung öffentlicher Sachen*, ZBl 93/1992, S. 145 ff., 164 f.; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8. A., Zürich 2020, Rz. 2216). Für die Inanspruchnahme der Kabelschächte statuierte die Stadt Zürich technische und organisatorische Vorschriften und legte die dafür zu leistenden Entschädigungen fest. Die Aktualisierung ebendieser Tarife im Jahr 2013 bildete Ausgangspunkt dieses Verfahrens (oben I.B.).

E. 5.2

Das Entgelt für ein Sondernutzungsrecht an einer öffentlichen Sache ist die Konzessionsgebühr (Adrian Hungerbühler, *Grundsätze des Kausalabgabenrechts*, ZBl 104/2003 S. 505 ff., 509; teils auch als Benutzungsgebühr bezeichnet, siehe

Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 2769). Als Kausalabgabe knüpft sie an die im Privatrecht geläufige Vorstellung des Leistungsaustauschs (Synallagma) an: Für Leistungen, die der Staat erbringt, soll der ihrem Wert entsprechende Preis bezahlt werden (Peter Karlen, Schweizerisches Verwaltungsrecht, Zürich etc. 2018, S. 429). Die Abgabenerhebung für die Nutzung eines mittels Konzession verliehenen Rechts, auf dessen Verleihung kein Anspruch besteht, erfüllt eine Ausgleichsfunktion, indem sie die Besserstellung egalisiert, welche die Begünstigten durch die Rechtsverleihung erfahren (Peter Karlen, Konzessionsabgaben, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann [Hrsg.], Die Konzession, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 73 ff., 74).

E. 5.3

Aus dem Legalitätsprinzip im Abgaberecht folgt, dass Abgaben in rechtssatzmässiger Form festgelegt sein müssen, sodass den rechtsanwendenden Behörden kein übermässiger Spielraum verbleibt und die möglichen Abgabepflichtigen voraussehbar und rechtsgleich sind (BGE 145 I 52 E. 5.2.1). Öffentliche Abgaben bedürfen dabei im Grundsatz einer Grundlage in einem formellen Gesetz, das den Kreis der Abgabepflichtigen, den Gegenstand der Abgabe und die Höhe der Abgabe in den Grundzügen (Bemessungsgrundlage) festlegt (VGr, 11. Februar 2021, VB.2019.00242, E. 2.1 mit Hinweisen). Diese Anforderungen hat die Rechtsprechung für die Abgabebemessung bei gewissen Arten von Kausalabgaben gelockert: Sie dürfen namentlich dort herabgesetzt werden, wo das Mass der Abgabe durch überprüfbare verfassungsrechtliche Prinzipien (Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip) begrenzt wird und nicht allein der Gesetzesvorbehalt diese Schutzfunktion erfüllt. Der Umfang des Legalitätsprinzips ist demnach je nach der Art der Abgabe zu differenzieren. Das Prinzip darf weder seines Gehalts entleert noch in einer Weise überspannt werden, dass es mit der Rechtswirklichkeit und dem Erfordernis der Praktikabilität in einen unlösbaren Widerspruch gerät (BGE 130 I 113 E. 2.2 mit Hinweisen). Bei Gebühren, die einen stark technischen Charakter haben oder sich rasch wandelnden Verhältnissen unterworfen sind, kann gänzlich auf eine formell-gesetzliche Grundlage verzichtet werden; die erforderliche Begrenzung ergibt sich hier allein aus dem Kostendeckungs- und dem Äquivalenzprinzip (Hungerbühler, S. 517). Bei der öffentlich-rechtlichen Regelung von Geschäften, die auch durch privatrechtliche Verträge getätigt werden könnten, darf die Gebühr in Form einer Preisliste durch die Exekutive oder eine dieser untergeordneten Behörde festgesetzt werden (BGE 103 Ib 324 E. 3c; vgl. auch Lukas Widmer, Das Legalitätsprinzip im Abgaberecht, Zürich 1988, S. 113). In einem älteren Entscheid erachtete das Bundesgericht als zulässig, auch ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage für die vorübergehende Überlassung von Verwaltungsvermögen an einen Dritten ein Entgelt zu verlangen; dies entspreche "den Anforderungen einer ordnungsgemässen Verwaltung" (BGr, Urteil vom 13. Dezember 1961 in: ZBl 63/1962 S. 101 ff., 104).

E. 6.1

Unter den Parteien ist umstritten, ob der städtische Gebührentarif das Kostendeckungsprinzip einhalte. Dieses besagt, dass der gesamte Gebührenertrag die gesamten Kosten des betreffenden Verwaltungszweigs nicht oder nur geringfügig übersteigen soll, was eine gewisse Schematisierung oder Pauschalierung der Abgabe nicht ausschliesst (VGr, 28. Juli 2021, VB.2020.00819, E. 3.4; 10. September 2020, VB.2019.00188, E. 5.7; 4. Juni 2009, VB.2009.00048, E. 2.3; Tschannen/Zimmerli/Müller, § 58 N. 14; Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 2777 f.). Zum Gesamtaufwand sind nicht nur die

laufenden Ausgaben des betreffenden Verwaltungszweigs, sondern auch angemessene Rückstellungen, Abschreibungen und Reserven hinzuzurechnen (BGE 126 I 180 E. 3a/aa mit Hinweisen; Hungerbühler, S. 520 ff.).

E. 6.2

Zusammen mit dem Äquivalenzprinzip kann das Kostendeckungsprinzip als Surrogat für eine ungenügende gesetzliche Grundlage dienen (BGE 121 I 230 E. 3c). Das Äquivalenzprinzip konkretisiert das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Willkürverbot für den Bereich der Kausalabgaben. Es bestimmt, dass eine Gebühr nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der abzugeltenden Leistung stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen halten muss (BGE 145 I 52 E. 5.2.3). Hält eine Gebühr diesen Prinzipien stand, so sind die Anforderungen an die notwendige gesetzliche Grundlage gelockert (vorstehend E. 5.3). Gleichzeitig erlauben sie eine Kontrolle der Abgabenhöhe (Felix Uhlmann, Kriterien der Bemessung von Kausalabgaben in der Praxis, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann [Hrsg.], Kausalabgaben, Zürich 2015, S. 87 ff., 88).

E. 6.3

Zur Begrenzung der Gebührenhöhe findet das Kostendeckungsprinzip nur bei den sogenannten kostenabhängigen Kausalabgaben Anwendung (Karlen, Schweizerisches Verwaltungsrecht, S. 430). Als kostenabhängig – und deshalb dem Kostendeckungsprinzip unterworfen – gelten Kausalabgaben, welche drei kumulative Kriterien erfüllen: Der Abgabe stehen erstens Kosten gegenüber, die zweitens ausscheidbar und drittens zurechenbar sind, d. h. einem bestimmten Verwaltungszweig und einzelnen Leistungsbezügern zugeordnet werden können (VGr, 10. September 2020, VB.2019.00188, E. 5.7). Es ist hingegen nicht anwendbar bezüglich Gebühren für die Nutzung öffentlicher Sachen und Rechte im Sinne von Sondernutzungs-, Konzessions- oder Monopolgebühren (Widmer, S. 58; Tschannen/Zimmerli/Müller, § 58 Rz. 17; Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 2783 f.). Der exklusiven Zurverfügungstellung einer öffentlichen Sache stehen zwar stets Kosten des Gemeinwesens gegenüber, jedoch sind diese regelmässig nicht ausscheidbar (vgl. VGr, 10. September 2020, VB.2019.00188, E. 5.7). Das Kostendeckungsprinzip kann die dem Gesetzesvorbehalt zugedachte Schutzfunktion für einzelne Abgaben indessen nur übernehmen, wenn die Finanzierung des betreffenden Verwaltungszweigs näher abgegrenzt und auf einzelne Kategorien von Abgabepflichtigen bzw. Abgaben verteilt ist (BGr, 20. Februar 2012, 2C_404/2010, E. 6.5). Bei der entgeltlichen Zurverfügungstellung von Verwaltungsvermögen an Private ist eine solche Abgrenzung, Ausscheidung und Zurechnung der dem Gemeinwesen daraus erwachsenden Kosten nicht sinnvoll möglich.

E. 6.4

Die umstrittenen Kabelkanalisationsrohrgebühren sind als Konzessionsgebühren für die Sondernutzung einer öffentlichen Sache (oben E. 5.2) keine kostenabhängigen Kausalabgaben und deshalb dem Kostendeckungsprinzip nicht unterworfen (wohl aber gemäss E. 8 hiernach der begrenzenden Regelung von Art. 78 Abs. 2 FDV). Entsprechend reduzierte die Vorinstanz die von der Stadt verfügbaren Gebühren zu Unrecht mit Verweis auf dieses Prinzip.

E. 7.1

Die eine Sondernutzung der Kabelkanalisation des ewz erlaubenden Konzessionen sehen vor, dass wo immer technisch und wirtschaftlich zumutbar und möglich, die städtische

Infrastruktur zu nutzen und Telekommunikationsleitungen in bestehende Leerrohre einzuziehen sind. Gemäss Art. 78 Abs. 2 FDV darf die Stadt Zürich eine "angemessene Entschädigung" für die von ihr geforderte Nutzung der freien städtischen Infrastruktur (anstelle der Erstellung eigener Kabelschächte durch die Fernmeldedienstleister) verlangen, die nicht höher sein darf als die geschätzten Kosten der Anbieterin für die Verlegung eigener Leitungen. Damit wird sichergestellt, dass das Gemeinwesen im Einklang mit der Vorgabe in Art. 35 Abs. 4 FMG keine Entschädigung für die Inanspruchnahme von Grund und Boden verlangen kann. Beim ewz handelt es sich nicht um eine im Endkundenmarkt selber auftretende (marktbeherrschende) Fernmeldedienstleisterin, weshalb Art. 11 FMG und Art. 54 f. FDV für die Bestimmung der zulässigen Gebührenhöhe keine Anwendung finden.

E. 7.2

Die Telekommunikationsunternehmen 1–3 erachten die in Art. 78 Abs. 2 FDV statuierte Preisobergrenze als überschritten und vertreten den Standpunkt, dass durch die von ihnen seit Erhalt der Konzession entrichteten Gebühren die Kosten der Erstellung der Kabelkanalisation bereits amortisiert worden seien, weshalb jede betragsmässig die von ihnen anerkannten Vertriebs- und Verwaltungskosten der Rohre übersteigende Gebührenerhebung gegen Art. 78 Abs. 2 FDV verstosse. Dabei verkennen sie, dass Art. 78 Abs. 2 FDV nicht den über die Jahre kumulierten Gesamtgebührenertrag, sondern die Höhe der periodisch vom Gemeinwesen erhobenen Konzessionsgebühren begrenzt. Die dafür notwendige Berechnung muss die geschätzten Kosten der Anbieterinnen entsprechend periodisieren. Aus Gründen der Rechtsgleichheit drängt sich dabei auf, periodische Abgaben möglichst kontinuierlich auszugestalten und keine degressiven Tarife vorzusehen (vgl. BGr, 9. Januar 2017, 2C_1061/2015, E. 2.2.3).

E. 7.3

Art. 78 Abs. 2 FDV statuiert nicht die tatsächlichen, sondern bloss die geschätzten Kosten der Anbieterinnen für die Verlegung eigener Leitungen als Obergrenze für die vom Gemeinwesen für die vorgeschriebene Nutzung seiner Kabelschächte verlangten Gebühren. Entgegen der vorinstanzlichen Annahme bezieht sich Art. 78 Abs. 2 FDV sodann auf die Gebührenhöhe insgesamt und schreibt nicht vor, dass bei der Preisberechnung nur gewisse, auch Privaten direkt anfallende Kosten berücksichtigt werden dürften. Die Telekommunikationsunternehmen nannten in ihrer Rekurschrift, auf welche ihre Beschwerdeschrift verweist, einen Betrag von Fr. 280.- pro Laufmeter als geschätzte Baukosten, die ihnen für das Verlegen eigener 100mm-Rohre anfielen. Eine Gebühr von Fr. 9.52 pro Laufmeter und Jahr, wie sie die Stadt Zürich für die Nutzung eines solchen Rohrs verlangen will, entspricht 3,4 % dieser geschätzten Erstellungskosten für das Verlegen eigener Leitungen. Die für ein 28mm-Rohr verlangte Gebühr von Fr. 4.94 beträgt weniger als 2 % der geschätzten Erstellungskosten, welche nicht massgeblich vom Rohrdurchmesser abhängig sind und deshalb wohl in ähnlicher Höhe anfielen. Im Falle der Erstellung eigener Kabelkanalisationen würden den Telekommunikationsunternehmen Kapitalkosten – in der Rekurschrift beziffert mit 3 % – und Unterhaltskosten anfallen, welche sie im Betrag von Fr. 0.87 pro Meter und Jahr für ein 100mm-Rohr bzw. Fr. 0.31 für ein 28mm-Rohr anerkennen wollen. Dass den Privaten im Fall des Verlegens eigener Leitungen schätzungsweise tiefere Kosten als die jährlich vom ewz verlangten Gebühren entstünden, ist vor diesem Hintergrund nicht glaubhaft. Die pauschale Behauptung, wonach die Investitionskosten in die Kabelkanalisation inzwischen bereits amortisiert seien oder bei

privater Bautätigkeit amortisiert wären, sowie die weiteren Vorbringen der Telekommunikationsunternehmen in diesem Zusammenhang, welche auf die buchhalterische Behandlung von Investitionskosten und Anlagewerten zielen, ändern daran nichts. Für eine gutachterliche Überprüfung der Kostenberechnungsmethode, wie sie die Stadt Zürich beantragte, besteht angesichts der fernmelderechtlichen Zulässigkeit der umstrittenen Gebührenhöhe kein Anlass.

E. 7.4

Bei kostenunabhängigen Gebühren ist eine Festlegung der Höhe der Abgabe im formellen Gesetz nicht notwendig, obwohl das Kostendeckungsprinzip keine Anwendung findet, wenn die Bemessung der Abgabe nach dem Äquivalenzprinzip überprüft werden kann (VGr, 10. September 2020, VB.2019.00188, E. 6.2 mit Hinweis auf BGE 121 I 230 E. 3g/aa). Das Äquivalenzprinzip übernimmt in dieser Konstellation die Schutzfunktion des formellen Gesetzes (Markus Heer, Die ausserordentliche Nutzung des Verwaltungsvermögens durch Private, Zürich etc. 2006, S. 146; VGr, 10. September 2020, VB.2019.00188, E. 4.2.2 mit weiteren Hinweisen). Das Äquivalenzprinzip konkretisiert das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Willkürverbot für den Bereich der Kausalabgaben (Art. 5 Abs. 2 und Art. 9 BV). Es bestimmt, dass eine Gebühr nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen halten muss. Der Wert der Leistung bemisst sich nach dem wirtschaftlichen Nutzen, den sie dem Pflichtigen bringt, oder nach dem Kostenaufwand der konkreten Inanspruchnahme im Verhältnis zum gesamten Aufwand des betreffenden Verwaltungszweigs, wobei schematische, auf Wahrscheinlichkeit und Durchschnittserfahrungen beruhende Massstäbe angelegt werden dürfen (BGE 143 I 147 E. 6.3.1). Da den beschwerdeführenden Telekommunikationsunternehmen im Fall des Verlegens eigener Leitungen schätzungsweise die umstrittenen Gebühren übersteigende Kosten anfallen würden, ist keine Verletzung des Äquivalenzprinzips erkennbar. Die beschwerdeführenden Telekommunikationsunternehmen berufen sich denn auch nicht auf das Äquivalenzprinzip und machen nicht geltend, dass die von der Stadt Zürich festgelegten Gebühren in einem Missverhältnis zum wirtschaftlichen Nutzen des Kabelkanalisationszugangs stünden. Ob dem Äquivalenzprinzip im vorliegenden Zusammenhang überhaupt eine eigenständige Bedeutung gegenüber Art. 78 Abs. 2 FDV zukommt, der "angemessene" Nutzungsgebühren für freie Infrastruktur erlaubt, bedarf vor diesem Hintergrund keiner Vertiefung.

E. 8

Die Vorinstanz reduzierte die umstrittenen Gebühren aufgrund des Kostendeckungsprinzips, obwohl dieses keine Anwendung findet (hiervor E. 6.3 f.), und wegen Art. 78 Abs. 2 FDV, mit dem sie sich allerdings als vereinbar erweisen (hiervor E. 7). Die Beschwerde der Stadt Zürich ist demzufolge gutzuheissen und der angefochtene Beschluss des Bezirksrats aufzuheben. Die Beschwerde der Telekommunikationsunternehmen 1-3 erweist sich hingegen als unbegründet und ist abzuweisen, soweit sie nicht als gegenstandslos geworden abzuschreiben ist (siehe oben E. 2).

E. 9.1

Ausgangsgemäss sind die Verfahrenskosten, wie auch die Kosten des Rekursverfahrens, den unterliegenden Telekommunikationsunternehmen 1-3 aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in

Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG). Sie haften dafür aufgrund ihres gemeinsamen Vorgehens solidarisch (Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 14 N. 11). Die Gegenstandslosigkeit des rein nebensächlichen Antrags betreffend die Einsicht in Buchhaltungsunterlagen (vorstehend E. 2) bleibt in Bezug auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen ohne Bedeutung.

E. 9.2

Die Telekommunikationsunternehmen 1-3 geben an, während den vom umstrittenen Gebührentarif betroffenen Jahren 190'137 Rohrmeter genutzt zu haben. Die während dieser fünf Jahre jährlich zu entrichtende Gebühr ist im Beschwerdeverfahren je nach Rohrgrösse im Umfang von Fr. 8.65 bzw. Fr. 4.63 pro Meter umstritten. Mit Blick darauf entspricht das Streitinteresse mindestens einem mittleren einstelligen Millionenbetrag. Liegt der Streitwert über Fr. 1 Mio., sieht § 3 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts vom 3. Juli 2018 (GebV VGr; LS 175.252) einen ordentlichen Gebührenrahmen von Fr. 22'000.- bis Fr. 50'000.- vor. Mangels einschlägiger Erhöhungs- oder Herabsetzungsgründe nach § 4 GebV VGr ist die Gerichtsgebühr in Anwendung der Bemessungsgrundsätze gemäss § 2 GebV VGr nach dem Zeitaufwand des Gerichts sowie der Schwierigkeit des Falls innerhalb dieses Rahmens festzusetzen. Dabei fällt insbesondere der durch den ausgedehnten Schriftenwechsel und den Aktenumfang verursachte erhebliche Aufwand in Betracht.

E. 9.3

Eine Parteientschädigung steht den unterliegenden Telekommunikationsunternehmen 1-3 nicht zu (§ 17 Abs. 2 VRG).

E. 9.4

Die obsiegende Stadt Zürich beantragt eine Parteientschädigung zulasten der Beschwerdeführerinnen. Gemeinwesen steht eine solche gestützt auf § 17 Abs. 2 lit. a VRG gemäss ständiger Rechtsprechung nur in Ausnahmefällen, insbesondere bei ausserordentlichen Bemühungen, zu. Die Entschädigungsberechtigung des Gemeinwesens entfällt in der Regel, weil das Erheben und Beantworten von Rechtsmitteln zu den angestammten amtlichen Aufgaben gehört, der Aufwand für das Rechtsmittelverfahren jenen nicht wesentlich übertrifft, den das Gemeinwesen im Rahmen des nichtstreitigen Verfahrens ohnehin erbringen musste, und die Behörden meist einen Wissensvorsprung aufweisen (zum Ganzen VGr, 22. August 2019, VB.2019.00097, E. 6.3; Plüss, § 17 N. 51). In diesem Verfahren entstand der Stadt Zürich nicht zuletzt durch den ausgedehnten Schriftenwechsel und die in der angefochtenen Verfügung noch nicht behandelten, von den Telekommunikationsunternehmen aufgeworfenen Fragen ein erheblicher Aufwand, der jenen für die ursprüngliche Gebührenfestsetzung massgeblich überstieg. Zudem ist im Fernmelderecht des Bundes von keiner Wissensasymmetrie zwischen den je anwaltlich vertretenen Parteien auszugehen. Demzufolge ist der obsiegenden Stadt Zürich eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen. Diese ist nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Falls, dem Zeitaufwand und den Auslagen zu bemessen (§ 8 Abs. 1 GebV VGr). Dabei kann ausnahmsweise die Verordnung über die Anwaltsgebühren des Obergerichts vom 8. September 2010 (AnwGebV; LS 215.3) als Richtlinie herangezogen und ein Drittel des streitwertabhängigen Betrags nach § 4 Abs. 1 AnwGebV als Ausgangspunkt für die Bemessung der Parteientschädigung genommen werden (Plüss, § 17 N. 66).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.