

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00617 vom 10. September 2020

ZH Verwaltungsgericht, 2020-09-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2019.00617

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00617 du 10 septembre 2020

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00617 del 10 settembre 2020

Regeste

Glasfaseranschluss | Qualifikation des Vertragsverhältnisses zwischen ewz und privater Fernmeldediensteanbieterin (Glasfaser) als öffentlich-rechtliches Verhältnis/Anfechtungsobjekt. Gemäss Leistungsauftrag nimmt das ewz eine öffentliche Aufgabe wahr, die im Errichten und Betreiben eines Breitbandtransportnetzes und der Versorgung mit breitbandigen Glasfaseranschlüssen besteht. Auch wenn das ewz diese Aufgabe nicht gegenüber den Fernmeldediensteanbieterinnen zu erbringen hat, so ergibt sich vorliegend aus dem Leistungsauftrag, dass der Betrieb eines Glasfasernetzes untrennbar mit der Zugangsgewährung an Fernmeldediensteanbieter verbunden ist, womit der Vertrag unmittelbar in einem Zusammenhang mit der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe steht (Funktionstheorie, E. 5.3). Zudem wird mit den im Leistungsauftrag festgelegten Grundsätzen anderen Fernmeldediensteanbieterinnen als der Swisscom AG ein Markteinstieg ermöglicht und damit die Realisierung einer bestimmten Wirtschaftsordnung als öffentliches Interesse verfolgt (Interessentheorie, E. 5.4). Während nach der modalen Theorie ein privatrechtliches Rechtsverhältnis vorläge (E. 5.5), überwiegen im Übrigen aber die Elemente, die für ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis sprechen (E. 5.8). Soweit das Gesetz die Vertragsform zulässt und die Rechtsweggarantie nicht beeinträchtigt ist, hat die Erwirkung einer Vertragsanpassung grundsätzlich im Klageverfahren zu erfolgen. Insofern war das ewz mangels Verfügungskompetenz nicht dazu verpflichtet, eine Verfügung betreffend die Preislisten zu erlassen. Damit fehlte es an einem tauglichen Anfechtungsobjekt für eine Einsprache an den Stadtrat, und dieser trat zu Recht nicht auf die Einsprache ein. Das von der Beschwerdegegnerin im Einspracheverfahren eventualiter beantragte Eingreifen des Departementsvorstehers wäre dabei als rein aufsichtsrechtlich zu qualifizieren, und das Verwaltungsgericht könnte eine solche Aufforderung bzw. deren Verweigerung nicht überprüfen (E. 6). Gutheissung.

Erwägungen

E. 3

Abteilung VB.2019.00617 Urteil der 3. Kammer vom 10. September 2020 Mitwirkend: Abteilungspräsident Rudolf Bodmer (Vorsitz), Verwaltungsrichterin Silvia Hunziker, Ersatzrichter Christian Mäder, Gerichtsschreiberin Cornelia Moser. In Sachen Stadt Zürich, vertreten durch RA B und RA C, Beschwerdeführerin, gegen D AG, vertreten durch RA E, Beschwerdegegnerin, betreffend Glasfaseranschluss, hat sich ergeben: I. A. Am 30. September 2014 schlossen die Fernmeldediensteanbieterin D AG und das Elektrizitätswerk der Stadt Zürich (ewz) einen Rahmenvertrag über die Grundsätze zur Erbringung der Services, basierend auf dem Glasfasernetz ewz.zürinet, sowie einen Einzelvertrag über den Service ewz.FLL (Fiber Local Loop) ab. Der Anhang mit der

Preisliste für ewz.FLL wurde zum Bestandteil des Einzelvertrags erklärt. Per Juli 2016 senkte das ewz die Preise für das Angebot ewz.FCS (Fiber Connectivity Service). Nachdem die Anfrage der D AG bezüglich Senkung der Preise für ewz.FLL erfolglos geblieben war, ersuchte die D AG am 25. Januar 2017 das ewz um Erlass einer anfechtbaren Anordnung über die Senkung der Preise für das Produkt ewz.FLL auf Fr. 15.- monatlich und für die Aufschaltgebühr auf Fr. 50.- pro Anschluss. B. Mit Schreiben vom 7. April 2017 berief sich das ewz auf die privatrechtliche Natur des Einzelvertrags zwischen der D AG und dem ewz und teilte der D AG mit, dass nur der Vorsteher des Departements der Industriellen Betriebe eine formelle und anfechtbare Nichteintretensverfügung erlassen könne. Sodann seien die Preise sachlich gerechtfertigt und nicht diskriminierend, weshalb keine Preisreduktion angezeigt sei. C. Am 12. Mai 2017 erhob die D AG, vertreten durch Rechtsanwalt E, Einsprache an den Stadtrat Zürich und beantragte u. a. die Anweisung an das ewz, das Produkt ewz.FLL rückwirkend per 1. Juli 2016 zu einem monatlichen Preis von Fr. 15.- und mit einer Aufschaltgebühr von Fr. 50.- pro Anschluss anzubieten. Mit Beschluss vom 20. Dezember 2017 trat der Stadtrat Zürich mangels sachlicher Zuständigkeit nicht auf die Einsprache ein. II. Dagegen liess die D AG am 12. Februar 2018 beim Bezirksrat Zürich Rekurs erheben und beantragen, dass der Einspracheentscheid aufzuheben und die Sache zur materiellen Behandlung und neuen Beurteilung an den Stadtrat oder eventualiter an das ewz zurückzuweisen sei. Mit Beschluss vom 11. Juli 2019 hiess der Bezirksrat den Rekurs gut, hob den Beschluss des Stadtrats auf und wies die Sache zur materiellen Entscheidung bzw. zum Entscheid über die noch nicht beurteilten Eintretensvoraussetzungen an den Stadtrat zurück. Die Verfahrenskosten auferlegte er der Stadt Zürich. III. A. Am 16. September 2019 erhob die Stadt Zürich, vertreten durch Rechtsanwalt B und Rechtsanwältin C, Beschwerde an das Verwaltungsgericht mit dem Antrag, den Beschluss des Bezirksrats unter Kosten- und Entschädigungsfolgen aufzuheben. B. Der Bezirksrat Zürich verzichtete am 25. September 2019 mit Verweis auf die Begründung des angefochtenen Entscheids auf eine Vernehmlassung. Mit Beschwerdeantwort vom 26. Oktober 2019 beantragte die D AG unter Kosten- und Entschädigungsfolgen die Abweisung der Beschwerde und Rückweisung der Sache zur materiellen Behandlung und Beurteilung an die Stadt Zürich. C. Am 20. September 2019 leitete die Stadt Zürich das von der D AG am 6. August 2019 gestellte Gesuch um vorsorgliche Senkung der Preise für das Produkt ewz.FLL an das Verwaltungsgericht weiter, woraufhin der Rechtsvertreter der D AG telefonisch bestätigte, dass das Gesuch als solches um vorsorgliche Massnahmen für das Verfahren vor Verwaltungsgericht zu behandeln sei. Mit Schreiben vom 7. Oktober 2019 nahm die Stadt Zürich zum Gesuch um vorsorgliche Massnahmen Stellung und ersuchte um Abweisung des Gesuchs. Daraufhin reichte die D AG am 18. Oktober 2019 nochmals eine Vernehmlassung ein, wozu die Stadt Zürich am 28. Oktober 2019 erneut Stellung nahm. Das Verwaltungsgericht wies das Gesuch der D AG um Erlass vorsorglicher Massnahmen mit Beschluss vom 14. November 2019 ab. D. In ihrer Replik vom 18. Dezember 2019 hielt die Stadt Zürich an ihren Anträgen fest. Am 31. Januar 2020 reichte die D AG eine Duplik ein, woraufhin die Stadt Zürich gemäss Schreiben vom 7. Februar 2020 auf eine weitere Vernehmlassung verzichtete. Die Kammer erwägt: 1. 1.1 Das Verwaltungsgericht hat seine Zuständigkeit bereits mit Beschluss vom 14. November 2019 geprüft und entsprechend bejaht; darauf kann verwiesen werden. 1.2 Nach § 49 in Verbindung mit § 21 Abs. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG) sind Gemeinden zur Beschwerde legitimiert, wenn sie durch die Anordnung wie eine Privatperson berührt sind und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder

Änderung dieser Anordnung haben (lit. a), die Verletzung von Garantien rügen, die ihnen die Kantons- oder die Bundesverfassung gewährt (lit. b), oder bei der Erfüllung gesetzlicher Aufgaben in ihren schutzwürdigen Interessen anderweitig verletzt sind, insbesondere bei einem wesentlichen Eingriff in ihr Finanz- oder Verwaltungsvermögen (lit. c).

1.2.1 Zur Begründung ihrer Legitimation stützt sich die Beschwerdeführerin einerseits auf die ihr im Bereich des Glasfasernetzes zukommende Autonomie und andererseits auf ihre Betroffenheit wie eine Privatperson, weil sie in diesem Bereich als freie Marktteilnehmerin betroffen sei. Sodann macht sie geltend, dass der Entscheid der Vorinstanz einen wesentlichen Eingriff in ihr Vermögen darstelle und dessen präjudizielle Wirkung massgebliche Konsequenzen für sie zur Folge hätte.

1.2.2 Vorliegend ist gerade umstritten, ob die Beschwerdeführerin zu der Beschwerdegegnerin in einem öffentlich-rechtlichen Vertragsverhältnis steht und ob sie allenfalls gleich oder ähnlich wie eine Privatperson betroffen ist. Der Qualifikation des Rechtsverhältnisses als dem öffentlichen Recht oder dem Zivilrecht unterstehend kommt zudem ohnehin eine präjudizielle Wirkung zu, weshalb die Beschwerdeführerin zur Beschwerde legitimiert ist.

2. 2.1 Gemäss dem in § 1 VRG verankerten Grundsatz zur sachlichen Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden werden öffentlich-rechtliche Angelegenheiten von den Verwaltungsbehörden und vom Verwaltungsgericht entschieden, während privatrechtliche Ansprüche vor den Zivilgerichten geltend zu machen sind. Entsprechend regelt die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO) das Verfahren vor den kantonalen Instanzen für streitige Zivilsachen (Art. 1 lit. a ZPO). Ob im Sinn von § 1 VRG bzw. Art. 1 lit. a ZPO eine streitige Zivilsache oder eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit vorliegt, beurteilt sich – gleich wie die Frage, ob eine Zivilsache oder eine Angelegenheit des öffentlichen Rechts i. S. v. Art. 72 Abs. 1 bzw. Art. 82 lit. a BGG vorliegt – nach der Rechtsnatur des Streitgegenstands. Dabei ist entscheidend, ob die Parteien Ansprüche des Bundeszivilrechts erheben und ebensolche objektiv streitig sind oder ob es sich um Ansprüche des öffentlichen Rechts handelt (BGr, 3. Juli 2019, 1C_602/2018, E. 3.1 m. w. H.; BGr, 18. Januar 2018, 4A_305/2017, E. 1.3, nicht publ. in: BGE 144 III 111; vgl. auch BGE 129 III 415 E. 2.1; 128 III 250 E. 1a).

2.2 Für die Frage, ob eine Streitigkeit im Rahmen der Verwaltungs- oder der Zivilrechtspflege zu beurteilen ist, muss mit Blick auf das Legalitätsprinzip in erster Linie auf die vom Gesetzgeber spezialgesetzlich vorgegebene Lösung abgestellt werden. Nur wenn die Auslegung der entsprechenden Regelung Zweifel fortbestehen lässt, ist im Sinn eines objektivierten Methodenpluralismus auf die verschiedenen in der Praxis entwickelten weiteren Kriterien zur Abgrenzung von privat- oder verwaltungsrechtlicher Natur einer Bestimmung zurückzugreifen. Diese sind dann im Sinn einer wertenden Abwägung sachbezogen und pragmatisch miteinander zu kombinieren, um eine verlässliche Aussage über die Rechtsnatur der Norm bzw. das dieser zugrunde liegende Rechtsverhältnis machen zu können. Dabei ist zu berücksichtigen, ob der umstrittene Rechtssatz ausschliesslich oder vorwiegend privaten oder öffentlichen Interessen dient (Interessentheorie), er die Erfüllung öffentlicher Aufgaben oder die Ausübung einer öffentlichen Tätigkeit zum Gegenstand hat (Funktionstheorie), die handelnde Organisation dem Privaten als Träger hoheitlicher Gewalt gegenübertritt (Subordinationstheorie) oder die Norm zivil- bzw. öffentlich-rechtliche Wirkungen oder Folgen nach sich zieht (modale Theorie). Regelmässig nur von untergeordneter Bedeutung sind je nach Zweck und Anlass der Abgrenzung die rein formellen Kriterien wie der Umstand, ob die Regelung als öffentliches oder privates Recht erlassen wurde (Rechtsquellentheorie), in welcher Rechtsform die Behörde allenfalls gehandelt hat

(Rechtsformentheorie) oder ob der anzuwendenden Norm zwingender Charakter zukommt oder nicht (BGr, 18. Januar 2016, 2C_386/2014, E. 2; BGE 138 II 134 E. 4, 137 II 399 E. 1.1; René Wiederkehr/Paul Richli, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. I, Bern 2012, Rz. 1 ff.; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. A., Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 217 ff.).

E. 3.1

Die Vorinstanz hatte zu beurteilen, ob der Stadtrat die Streitsache zu Recht als privatrechtliche Angelegenheit qualifizierte und deshalb seine Zuständigkeit verneinte. Zur Qualifizierung des Verhältnisses zwischen den Parteien zog die Vorinstanz die Subordinations-, Interessen- und Funktionstheorie bei. Sie erwog, gemäss dem Leistungsauftrag Telekom der Stadt Zürich stünden die Dienstbietenden mit dem ewz in einem Vertragsverhältnis, und das Ziel des Leistungsauftrags sei die Verbesserung des Telekommunikationsangebots für die Bevölkerung und die Wirtschaft in der Stadt Zürich, womit ein öffentliches Interesse verfolgt werde. Aus dem Umstand, dass das ewz den Zugang zum Netz diskriminierungsfrei zu gewähren und den Wettbewerb unter den Anbietenden von Endkundendiensten zu fördern habe, lasse sich nicht zwingend schliessen, dass das Rechtsverhältnis privater Natur sei, vielmehr werde damit ein öffentliches Interesse (Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit) verfolgt und deute dieses darauf hin, dass sich das ewz gerade nicht wie ein Privater frei im Markt bewege und die Zugangsbedingungen einzelfallbezogen festsetzen dürfe. Sodann sei zum Zeitpunkt, in welchem der Leistungsauftrag Telekom beschlossen worden sei, seitens der Privatwirtschaft kein Aufbau eines Glasfasernetzes zu erwarten gewesen, weshalb kein eigentlicher Markt existiert habe und als Folge davon die Erstellung und der Betrieb eines solchen Netzes zur öffentlichen Aufgabe erklärt worden sei. Aus diesem Grund liesse sich auch daraus, dass das ewz.zürinet in Konkurrenz zum Glasfasernetz der Kooperationspartnerin Swisscom stehe, nicht ableiten, dass ewz.zürinet am wirtschaftlichen Wettbewerb teilnehme. Genauer gesagt habe der Leistungsauftrag bzw. die Kooperation mit der Swisscom gar eine Einschränkung bzw. weitgehende Ausschaltung des Wettbewerbs bewirkt. Im Weiteren sei die im Leistungsauftrag vorgesehene Entschädigung zu marktüblichen Preisen am ehesten als Benutzungsgebühr zu charakterisieren, die nicht individuell, sondern einseitig vom ewz festgelegt werde und für sämtliche Provider gleichermassen gelte. Zusammengefasst sei deshalb von einem öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis auszugehen. Dabei dürfe ebenfalls nicht ausser Acht gelassen werden, dass unabhängig vom zugrunde liegenden Rechtsverhältnis der vorliegende Streitgegenstand, nämlich die Preisfestsetzung des Produktes ewz.FLL, die nach den im Leistungsauftrag festgelegten Grundsätzen zu erfolgen habe, ohnehin öffentlich-rechtlicher Natur sei. Dabei sei allerdings die Frage, ob es sich beim Schreiben des ewz vom 7. April 2017 um eine anfechtbare Anordnung im Sinn von § 10c Abs. 2 VRG handle, noch nicht entschieden worden, weshalb sie – die Vorinstanz – nicht darüber zu befinden habe, sondern sich der nun als zuständig erklärte Stadtrat in einem erneuten Entscheid damit auseinanderzusetzen habe.

E. 3.2

Die Beschwerdeführerin stützt ihre Argumentation, es handle sich um ein privatrechtliches Rechtsverhältnis, unter anderem auf einen Entscheid des Bundesgerichts vom 5. Juni 2019 (2C_727/2018). Das Bundesgericht sei in diesem den Kanton Genf betreffenden Entscheid mit einer ähnlichen Ausgangslage zum Schluss gekommen, dass zwischen den industriellen Betrieben des Kantons Genf (SIG) und der privaten Telekommunikationsanbieterin ein

privatrechtlicher Vertrag bestünde. Insbesondere hätte die Vorinstanz berücksichtigen müssen, dass nicht nur öffentliche, sondern auch private Interessen im vorliegenden Rechtsverhältnis eine Rolle spielten, weshalb die Interessentheorie alleine nicht massgebend sein könne. Die Anwendung der Funktionstheorie führe sodann zum Schluss, dass die Telekommunikation nach der Gemeindeordnung zwar eine öffentliche Aufgabe darstelle, diese aber nicht zur Grundversorgung gehöre. Da sie (die Beschwerdeführerin) nur mittelbar eine öffentliche Aufgabe wahrnehme und im Bereich des Glasfasernetzes ein freier Markt bestünde, könne diese Aufgabe auch privatwirtschaftlich wahrgenommen werden. Weiter sei entgegen der Ansicht der Vorinstanz aus dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung und den vorgesehenen marktüblichen Preisen keineswegs ersichtlich, dass sie sich nicht frei am Markt bewegen könne, sondern sei dies vielmehr ein Bekenntnis zu möglichst grossem Wettbewerb unter den Telekommunikationsunternehmen und zum privatwirtschaftlichen Prinzip des Wettbewerbs. Sodann sei die Grundrechtsbindung kein Indiz für ein öffentlich-rechtliches Vertragsverhältnis. Vielmehr seien die zahlreichen wesentlichen Elemente des Privatrechts, die im Rahmenvertrag und Einzelvertrag zwischen den Parteien enthalten seien, zu berücksichtigen. Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, dass es sich nur schon deswegen um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handle, weil sie die vereinbarten Preise betreffe, die gemäss Leistungsvereinbarung festzusetzen seien, sei falsch, denn die Preise seien vertraglich vereinbart und unterlägen der Verhandlung der Parteien.

E. 3.3

Die Beschwerdegegnerin ist dahingegen der Ansicht, dass sich vorliegend die Ausgangslage wesentlich von derjenigen, die dem Urteil des Bundesgerichts vom 5. Juni 2019 zugrunde lag, unterscheiden würde, insbesondere bestünde für das ewz im Unterschied zur genferischen SIG eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung, Telekommunikationsdienste zu erbringen. Aber auch wenn es sich nicht um ein öffentlich-rechtliches Vertragsverhältnis handle, so wäre auch das Verweigern einer Anpassung der Preise als Verfügung zu betrachten gewesen und der Stadtrat hätte auf die Einsprache eintreten müssen. Dies lasse sich aus den öffentlich-rechtlichen Vorgaben des Leistungsauftrags, insbesondere aus dem Diskriminierungsverbot schliessen.

E. 4.1

Die vorliegende Streitigkeit bezieht sich in materieller Hinsicht auf die Höhe des Preises, zu welchem die Beschwerdegegnerin das Produkt ewz.FLL bezieht. Die Vorinstanz kam in ihrer Eventualbegründung zum Schluss, dass vorliegend nicht ein sich aus dem Vertragsverhältnis zwischen den Parteien ergebender Anspruch, sondern eine allfällige Verletzung der im Leistungsauftrag Telekom auferlegten Verpflichtungen im Streit liege. Die im Leistungsauftrag festgelegten Verpflichtungen seien öffentlich-rechtlicher Natur, und zwar selbst dann, wenn der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag privatrechtlicher Natur sei. Die Preisfestsetzung, die sich an den im Leistungsauftrag festgelegten Grundsätzen zu orientieren habe, stütze sich damit auf öffentliches Recht. Deshalb könne auf eine Prüfung der Frage, ob es sich um einen privat- oder öffentlich-rechtlichen Vertrag handelt, verzichtet werden.

E. 4.2

Dieser Auffassung kann so aber nicht gefolgt werden; massgebend ist die Rechtsnatur des Streitgegenstandes (E. 2.1). Aus der Tatsache, dass die Preise nach öffentlich-rechtlichen

Grundsätzen festgelegt werden, kann noch nicht gefolgert werden, dass die Rechtsnatur des Verhältnisses zwischen den Parteien nicht mehr relevant sei. So können auch Streitigkeiten, die auf öffentlich-rechtlich oder gemischtrechtlich festgelegten Tarifen beruhen, zivilrechtlicher Natur sein, bspw. bei der Anfechtung des Kontrollzuschlags für die Benutzung eines öffentlichen Verkehrsbetriebs ohne gültigen Fahrschein ist dieser als Erfüllung einer im Tarif kodifizierten zivilrechtlichen Nebenpflicht des Transportvertrags zu qualifizieren (vgl. BGE 136 II 489 E. 2.4). Zwar sind Fälle denkbar, bei denen ein öffentlich-rechtliches Beschwerdeverfahren eingeleitet werden kann, obwohl es sich um zivilrechtliche Verträge handelt. Die Anwendung der sogenannten Zweistufentheorie auf zivilrechtliche Verträge ohne gesetzliche Grundlage ist allerdings umstritten (mehr dazu unten, E. 6.3.1), weshalb vorerst auf die Qualifikation des Rechtsverhältnisses zwischen dem ewz und der Beschwerdegegnerin einzugehen ist.

E. 4.3

Hinzu kommt, dass die Auffassung der Vorinstanz dazu führen würde, dass sämtliche Streitigkeiten aus Verträgen, an welchen ein Gemeinwesen beteiligt ist, per se immer öffentlich-rechtlicher Natur wären, wenn zur Begründung des Anspruchs auf eine Vertragsanpassung Grundrechte (wie das Diskriminierungsverbot) angerufen werden. Denn Gemeinwesen sind auch bei privatrechtlichen Tätigkeiten an die Grundrechte und damit an das Diskriminierungsverbot gebunden (Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 1404). Dass sich die Rechtsnatur des Streitgegenstands je nach Begründung des Begehrens ändert und damit die Wahl des Rechtsmittelwegs in die Hand der klagenden Vertragspartei gelegt wird, kann indessen – sogar bei Gemeinwesen, umso weniger bei Dritten – nicht sein. Auch wenn im vorliegenden Fall das Diskriminierungsverbot gemäss Leistungsauftrag verletzt worden sein sollte, so ändert das nichts daran, dass die Beschwerdegegnerin in erster Linie eine Anpassung ihres Vertrags mit dem ewz (Senkung der Preise von ewz.FLL) anstrebt. Ob sie zur Begründung ihres Anliegens nun eine Verletzung des Leistungsauftrags, des Diskriminierungsverbots, von Art. 8 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV) oder anderen Bestimmungen anruft, wirkt sich nicht auf die Zuständigkeiten und den Instanzenzug aus.

E. 5.1

Das Verhältnis zwischen dem ewz und der Beschwerdegegnerin wird nicht durch Rechtssatz bestimmt, sondern im Wesentlichen durch den Rahmenvertrag betreffend Telecom Services auf der ewz.zürinet Plattform und den Einzelvertrag betreffend ewz.FLL, beide datierend vom 30. September 2014. Bestandteil des Einzelvertrages bildet die Preisliste ewz.FLL gemäss Anhang 2 des Vertrags. Die Preisliste unterliegt der einseitigen Änderung durch das ewz, nachdem diese die Fernmeldedienstanbieterin (die Beschwerdegegnerin) konsultiert hat. Der Fernmeldedienstanbieterin steht der Widerspruch offen, woraufhin nach einer einvernehmlichen Lösung zu suchen ist. Sofern die Parteien keine Einigung erzielen können, tritt die Änderung unter Vorbehalt einer Kündigung durch die Fernmeldedienstanbieterin in Kraft. Am 1. Juli 2019 wurde die Preisliste letztmals angepasst. Das ewz ist eine Dienstabteilung des Departements der Industriellen Betriebe der Stadt Zürich und hat keine eigene Rechtspersönlichkeit, währenddem die Beschwerdegegnerin als Aktiengesellschaft des Privatrechts ausgestaltet ist. Die Organisationsform der Parteien spielt allerdings keine Rolle für die Qualifikation des Rechtsverhältnisses (Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 1300), ebenso wenig die behördeninterne Kompetenzverteilung. So sind die Verträge, welche das ewz abschliesst,

durch den Vorsteher des Departements der Industriellen Betriebe zu genehmigen (Art. 49 der Geschäftsordnung des Stadtrates vom 10. Dezember 2003 in Verbindung mit Art. 49 und 50 der Gemeindeordnung der Stadt Zürich vom 26. April 1970 [GO]), wovon auch die Preislisten als Anhang des Vertrags erfasst sind. Aus dieser öffentlich-rechtlichen Organisationsnorm ergibt sich aber nur, wer innerhalb des öffentlichen Organs zum Abschluss von (öffentlich- oder privatrechtlichen) Verträgen zuständig ist, was jedoch keinen Einfluss auf die Qualifikation des Vertragsverhältnisses hat.

E. 5.2

Wenig aussagekräftig ist bei der Qualifizierung von Verträgen in der Regel die Subordinationstheorie, da sowohl bei privat- als auch öffentlich-rechtlichen Verträgen eine Willenserklärung der Parteien im Vordergrund steht und dadurch kein Unterordnungsverhältnis besteht (Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 1293; Wiederkehr/Richli, Rz. 228 ff.; René A. Rhinow, Verfügung, Verwaltungsvertrag und privatrechtlicher Vertrag, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985, Basel 1985, S. 303). Ebenfalls nicht entscheidend für die Qualifikation eines Vertrags ist der subjektive Wille der Parteien (VGr, 10. Februar 2011, VK.2010.00002, E. 1.4.1; VGr, 10. Juli 2008, VK.2006.00007, E. 1.3; BGr, 27. September 1996, 4C.382/1995, E. 1c, publiziert in: ZBl 98/1997 S. 410 ff.; Andreas Abegg, Der Verwaltungsvertrag zwischen Staatsverwaltung und Privaten, Zürich/Basel/Genf 2009, S. 46 ff.; anders BGE 134 II 297 E. 3.3); somit sind weder Gerichtsstandsklauseln noch obligationenrechtliche Elemente bei Vertragsverletzungen alleine ausschlaggebend für die Qualifikation, wie dies die Beschwerdeführerin geltend macht. Sie können aber allenfalls im Rahmen der modalen Theorie Berücksichtigung finden (E. 5.5).

E. 5.3

Nach der Funktionstheorie wird eine Norm oder ein Rechtsverhältnis dem öffentlichen Recht zugeordnet, wenn das entsprechende Verwaltungshandeln unmittelbar der Besorgung von Verwaltungsaufgaben dient, sofern das einschlägige Gesetz dieses Handeln nicht dem Zivilrecht unterstellt (BGE 138 I 274 E. 1.2). Ein dem öffentlichen Recht unterstehender, d. h. verwaltungsrechtlicher Vertrag, zeichnet sich daher dadurch aus, dass er direkt die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zum Inhalt hat oder er einen öffentlich-rechtlich normierten Gegenstand betrifft, wie zum Beispiel Erschliessungen, Enteignungen oder Subventionen. Dagegen liegt eine privatrechtliche Vereinbarung vor, wenn sich ein Gemeinwesen zum Beispiel durch Kauf- oder Werkverträge bloss die Hilfsmittel beschafft, deren es zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben bedarf und dem Privaten dadurch nicht unmittelbar die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe übertragen wird (BGr, 3. Juli 2019, 1C_602/2018, E. 3.1 m. w. H.; BGE 128 III 250 E. 2b; 134 II 297 E. 2.2).

E. 5.3.1

In diesem Zusammenhang ist der Leistungsauftrag für das Erbringen von Telekommunikationsdienstleistungen vom 20. Dezember 2006 (Leistungsauftrag Telekom) und dessen Hintergrund genauer zu betrachten: Mit dem Leistungsauftrag Telekom beauftragt die Stadt Zürich das ewz, Telekommunikationsdienstleistungen zu erbringen, welche das Bereitstellen von Übertragungsinfrastrukturen und -diensten wie Glasfasern, Wellenlängen und Bandbreiten für Telekommunikationsverbindungen umfassen. Das ewz wurde beauftragt, ein Breitbandtransportnetz zu errichten und zu betreiben und öffentliche Institutionen, private Unternehmen und die Bevölkerung mit breitbandigen

Glasfaseranschlüssen zu versorgen (Art. 1 Leistungsauftrag Telekom). Mit der Erteilung des Leistungsauftrags an das ewz sollte die Stadt Zürich an ein enorm leistungsfähiges Internet angebunden werden. Es wurde davon ausgegangen, dass das ewz die Grundinfrastruktur dafür schneller und günstiger realisieren könne als andere. Ebenso wurde damals (im Jahr 2006) nicht erwartet, dass die Privatwirtschaft ein Glasfasernetz aufbauen würde; insbesondere die Swisscom und die damalige Cablecom verfügten über ein eigenes Telekommunikationsnetz (Kupfer und Koax; Weisung des Stadtrates vom 24. Mai 2006, GR Nr. 2006/200. Um den Aufbau und Betrieb eines Breitband-Telekommunikationsnetzes (Glasfasernetz) durch das ewz rechtlich zu verankern und einen Rahmenkredit zu sprechen, wurde mit Volksabstimmung vom 11. März 2007 die Telekommunikation explizit in der Gemeindeordnung als Aufgabe verankert (vgl. Art. 73 lit. g GO). Mit dem Konzept einer offenen Transportplattform, die grundsätzlich allen Anbietenden von Fernmelde- und Rundfunkdienstleistungen offensteht, sollten die Voraussetzungen für einen verbesserten Wettbewerb unter verschiedenen Telekommunikationsanbietenden geschaffen werden (Weisung 2006, S. 6 f. Art. 5 Abs. 1 Leistungsauftrag Telekom). Die Weisung 2006 hält weiter fest, dass die Diensteanbietenden in einem Vertragsverhältnis zum ewz stünden und das ewz sich diesen gegenüber wettbewerbsneutral zu verhalten habe; sie würden dem ewz für die Benützung des lokalen Breitbandnetzes eine Entschädigung zu marktüblichen Preisen entrichten (Weisung 2006, S. 9; Art. 5 Abs. 2 und Art. 7 Abs. 1 Leistungsauftrag Telekom). Das ewz habe für das Geschäftsfeld Telekom langfristig Eigenwirtschaftlichkeit anzustreben und dafür zu sorgen, dass Quersubventionierungen zwischen dem Strom- und dem Telekom-Markt ausgeschlossen sind (Weisung 2006, S. 4; Art. 4 Leistungsauftrag Telekom). Bis ins Jahr 2010 veränderten sich die Marktbedingungen, sodass sich die Swisscom AG entschied, selbst ein Glasfasernetz aufzubauen. Da die Stadt Zürich einerseits den diskriminierungsfreien Zugang für sämtliche Service Provider sicherstellen wollte und es andererseits aus volks- und betriebswirtschaftlicher Sicht nicht für vertretbar hielt, einen parallelen Netzausbau voranzutreiben, wurde eine Kooperation mit der Swisscom AG angestrebt (Weisung 2010, S. 2). Der Leistungsauftrag wurde entsprechend angepasst (Art. 1bis Abs. 2 Leistungsauftrag Telekom, wonach sich das ewz und die Swisscom AG gegenseitig unentziehbare Nutzungsrechte an den von ihnen zwischen Hausanschluss und Übergabepunkt installierten Glasfasern einräumen). Gemäss Weisung (Weisung 2010, S. 6) stehen rund 75 % des Glasfasernetzes im Eigentum des ewz und rund 25 % im Eigentum der Swisscom AG; damit können beide ein vollfunktionsfähiges Glasfasernetz betreiben. Zudem wurden für Layer-1-Angebote und Punkt-zu-Punkt-Verbindungen eine gesetzliche Grundlage geschaffen, die dem ewz das Vermieten von Glasfasern ausdrücklich gestattet (Art. 7 Abs. 3 Leistungsauftrag Telekom; Weisung 2010, S. 14). Die Grundversorgung im Bereich der Telekommunikation wird mittels Konzession an die Swisscom gewährleistet (Art. 1 und 14 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 [FMG]). Von der Grundversorgung erfasst ist der Zugang zum Internet mit einer garantierten Übertragungsrate von 10/1 Mbit/s (Art. 15 Abs. 1 lit. d der Verordnung über die Fernmeldedienste vom 9. März 2007 [FDV]). Es steht einem Gemeinwesen offen, darüber hinaus- gehende Dienstleistungen anzubieten bzw. als selbst gewählte öffentliche Aufgaben zu bestimmen (dazu: Andreas Lienhard/Daniel Kettiger, Handlungsspielräume von Gemeinden bei der Versorgung mit Energie und Telekommunikation, Jusletter vom 10. August 2009, Rz. 28). Insbesondere verzichtete der Gesetzgeber auf Bundesebene bisher darauf, den Zugang zum Glasfasernetz zu regulieren (vgl. www.bakom.admin.ch,

Das BAKOM, Organisation, Rechtliche Grundlagen, Bundesgesetze, FMG-Revision 2019, zuletzt besucht am: 27. April 2020). Um trotz fehlender Regulierung ein gewisses koordiniertes Vorgehen im Bereich des Glasfasernetzwerks zu erreichen, ergriffen die Kommunikationskommission (ComCom) und das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) die Initiative und organisierten für die Akteure der Branche seit 2008 insgesamt neun runde Tische als Diskussionsplattform zum Thema Glasfasernetz (www.bakom.admin.ch, Telekommunikation, Technologie, Glasfaser und FTTH, zuletzt besucht am: 27. April 2020).

E. 5.3.2

Die öffentlichen Aufgaben werden von der Verfassung und dem Gesetz bestimmt und sind das Ergebnis eines politischen Entscheids. Was eine öffentliche Aufgabe ist, wer diese Aufgabe übernimmt und wie sie zu erfüllen ist, wird durch Gesetzesauslegung bestimmt (BGE 138 II 134 E. 4.3.1). Das Bundesgericht kam im Urteil betreffend den Kanton Genf zum Schluss, dass der Bundesgesetzgeber den Zugang zum Teilnehmeranschluss im Bereich der Glasfasernetze nicht geregelt habe und dem kantonalen Recht keine Anhaltspunkte zu entnehmen seien, dass die genferische SIG im Bereich des Glasfasernetzes eine öffentliche Aufgabe erfüllen würde. Insbesondere sei durch den Genfer Gesetzgeber eine Vorlage, die den Glasfaseranschluss für alle vorgesehen hätte, abgelehnt worden. Zwar sehe die massgebliche gesetzliche Grundlage vor, dass die SIG Dienstleistungen und Infrastrukturen im Bereich der Telekommunikation bereitstellen könne, damit sei aber lediglich beabsichtigt worden, die Kompetenzen der SIG beim Netzauf- und -ausbau zu nutzen und für die SIG eine neue Finanzierungsquelle zu schaffen (BGr, 5. Juni 2019, 2C_727/2018, E. 1.4.1 ff.). Im Unterschied dazu statuiert das stadtzürcherische Recht mit dem Leistungsauftrag und der Aufgabenzuteilung innerhalb der Gemeindeordnung anlässlich der Volksabstimmung vom 11. März 2007 eine Handlungspflicht seitens des ewz, womit eine öffentliche Aufgabe begründet wurde (so auch Weisung 2010, S. 1) und sich die vorliegende Konstellation insofern von derjenigen unterscheidet, die das Bundesgericht zu entscheiden hatte. Weiter erscheint es sodann auch nicht ausgeschlossen, dass Rechtsverhältnisse, die einen ähnlichen Gegenstand regeln (wie hier die Nutzung des Glasfasernetzes), je nach kantonalen oder kommunalen Regelungen in anderen Kantonen bzw. Gemeinden anders zu qualifizieren sind (BGE 134 II 297 E. 3.3).

E. 5.3.3

Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dass der zwischen dem ewz und der Beschwerdegegnerin geschlossene Vertrag nicht unmittelbar der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe diene, sondern dass die öffentliche Aufgabe nur die Bereitstellung der Infrastruktur für die Endkunden umfasse. Nach der Rechtsprechung dient der Vertrag insbesondere dann bloss hilfsweise der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, wenn es um Verträge der Bedarfsverwaltung geht, beispielsweise die Beschaffung von für die Kehrriechtabfuhr benötigten Fahrzeugen (BGE 134 II 297 E. 2.2 und E. 3.3) oder der Einbau eines Schulhausbodens (VGr, 22. Dezember 2011, VK.2011.00003, E. 4.2). Ebenfalls als Hilfsmittel und damit privatrechtlich qualifiziert wurde ein Vertrag der Eidgenossenschaft mit einer Beratungsfirma für Kommunikations- und Marketingsaufgaben in einem Aktionsprogramm und ein Vertrag der Stadt Genf mit Konsortialen zum Bau und Betrieb eines öffentlichen Schlachthauses im Baurecht (BGE 128 III 250 E. 2b mit Verweis auf BGr, 11. Juli 1995, 4C.434/1994 sowie BGr, 25. März 1997, 4C.498/1996) sowie das Verhältnis zwischen Tierhalter und dem Tierspital der Universität Zürich, dessen

öffentliche Aufgaben sich in der Forschungs- und Lehrtätigkeit erschöpfen (VGr, 8. Dezember 2000, VB.2000.00311, E. 3b). Vertragsverhältnisse, die Infrastruktur- und Versorgungsaufgaben betreffen, werden regelmässig als öffentlich-rechtlich qualifiziert, so beispielsweise ein Vertrag, welcher eine Dienstbarkeit für den Bau eines Tunnels einräumte, da der Bau und Betrieb des betreffenden Strassentunnels unmittelbar die in der Verfassung verankerten Aufgabe des Baus und Unterhalts von Strassen verwirklichte (BGr, 28. Juni 2010, 4A_116/2010, E. 4.4), das Verhältnis zwischen einer Gemeinde als Betreiberin einer Kinderkrippe und den die Krippe besuchenden Kindern bzw. deren Eltern (VGr, 1. November 2016, VB.2016.00462, E. 2.3), das Verhältnis zwischen einem kommunalen Altersheim und dessen Benutzerinnen und Benutzern (VGr, 23. Januar 2019, VB.2018.00376, E. 3.2 ff., im Endeffekt aber offengelassen), ein Vertrag über die Abfuhr von Abfällen (VGr, 10. Juli 2008, VK.2006.00007, E. 1.3, anders aber: BGE 134 II 297 E. 3.3), Verhältnis zwischen kommunalem Wasserversorgungsbetrieb und Wasserbeziehenden (VGr, 21. Dezember 2000, VB.2000.00325, E. 1b; BGr, 20. Februar 2012, 2C_404/2010, E. 1; anders die Belieferung eines Industrieunternehmens mit grossen Mengen von Brauchwasser: Bezirksrat Pfäffikon vom 7. Juni 1984, in ZBl 87/1986 S. 410 E. 5 und E. 6) sowie das Rechtsverhältnis zwischen einem Gemeindeelektrizitätswerk und Strombezügern (BGr, 27. September 1996, 4C.382/1995, publiziert in ZBl 98/1997 S. 410; BGE 105 II 234). Ebenfalls als öffentlich-rechtlich wurde das Verhältnis zwischen beauftragten Team-Supervisoren und einer Klinik qualifiziert, da die Verträge im Zusammenhang mit dem öffentlichen Leistungsauftrag und der Sicherstellung der Behandlung und Pflege von psychisch kranken Menschen stehen (VGr, 12. Januar 2005, PB.2004.00074, E. 3.6) sowie das Verhältnis zwischen dem Kanton und einer privaten Weiterbildungseinrichtung zur Durchführung arbeitsmarktlicher Massnahmen im Rahmen des AVIG, soweit das Gesetz die Finanzierung als öffentliche Aufgabe vorsieht (BGE 128 III 250 E. 2c/aa und dd, und Bemerkungen dazu von Yvo Hangartner, AJP 2000 S. 1497; und weitere Beispiele: Bernhard Waldmann, Der verwaltungsrechtliche Vertrag – Eine Einführung, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann [Hrsg.], Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis, Zürich 2007, S. 9; Wiederkehr/Richli, Rz. 188 ff.). Dem Leistungsauftrag zufolge besteht die Aufgabe wie oben ausgeführt im Errichten und Betreiben eines Breitbandtransportnetzes und der Versorgung der öffentlichen Institutionen, privaten Unternehmen und der Bevölkerung mit breitbandigen Glasfaseranschlüssen. Damit ist das ewz im Bereich der Infrastruktur- und Versorgungsaufgaben tätig.

Rechtsverhältnisse, die mit der Erfüllung einer solchen Aufgabe zusammenhängen, werden von der Rechtsprechung regelmässig als öffentlich-rechtlich qualifiziert. Zwar ist der Beschwerdeführerin insofern zuzustimmen, als dass die öffentliche Aufgabe nicht gegenüber den Fernmeldedienstanbieterinnen zu erfüllen ist, sondern gegenüber den Endkunden. Die öffentliche Aufgabe wird mit dem Vertrag auch nicht an die Beschwerdegegnerin übertragen. Daraus lässt sich aber noch nicht schliessen, dass der Vertrag nicht unmittelbar der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe diene. So ist der sich vorliegend aus der öffentlichen Aufgabe ergebende Betrieb eines Glasfasernetzes untrennbar mit der Zugangsgewährung an Dienstbietende verbunden, insbesondere weil das ewz nicht befugt ist, direkt mit Endkunden und Endkundinnen Verträge abzuschliessen (Art. 7 Abs. 1 Leistungsauftrag Telekom). Damit besteht entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin sehr wohl ein direkter Zusammenhang zur Erfüllung der öffentlichen Aufgabe. Insbesondere steht es dem ewz nicht offen, zu entscheiden, ob es die öffentliche Aufgabe selber und direkt zu erfüllen gedenkt und mit welchen Mitteln es dies tut (wie dies

beispielsweise beim Abtransport von Abfällen der Fall war, vgl. BGE 134 II 297 E. 3.1 f.). Vielmehr sieht der Leistungsauftrag die Zugangsgewährung an Dienstbietende als notwendigen Zwischenschritt ausdrücklich vor. Damit ist die vorliegende Konstellation mit dem Verhältnis zwischen beauftragten Team-Supervisoren und einer Klinik vergleichbar, da dieses Verhältnis in einem engen Zusammenhang mit dem öffentlichen Leistungsauftrag und der Sicherstellung der Behandlung und Pflege von psychisch kranken Menschen stand (VGr, 12. Januar 2005, PB.2004.00074, E. 3.6), oder mit dem Verhältnis zu privaten Weiterbildungseinrichtungen zur Durchführung arbeitsmarktlicher Massnahmen im Rahmen des AVIG (BGE 128 III 250 E. 2c/cc) und nicht mit der Beschaffung von Hilfsmitteln oder die Weitergabe der Abfallabfuhr (BGE 134 II 297 E. 3.3). Folglich spricht das funktionale Kriterium eher für ein öffentlich-rechtliches Verhältnis.

E. 5.4

Nach der Interessentheorie wird eine Norm oder ein Rechtsverhältnis dem öffentlichen oder dem privaten Recht danach zugeordnet, ob sie die Wahrung öffentlicher oder privater Interessen bezwecken. Dabei kann davon ausgegangen werden, dass das Bereitstellen von Übertragungsinfrastrukturen und -diensten für das Glasfasernetz einem öffentlichen Interesse dient. Allerdings liegt das Handeln des Gemeinwesens regelmässig im privaten Interesse, wenn es ähnliche Ziele wie Private verfolgt, etwa bei der Teilnahme des Gemeinwesens am wirtschaftlichen Wettbewerb (Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 225).

E. 5.4.1

Es wäre grundsätzlich auch weiteren Unternehmen möglich, als Konkurrenz zur Swisscom AG und dem ewz am Glasfasermarkt in der Stadt Zürich aufzutreten, allerdings wäre dies mit hohen Eintrittshürden verbunden, insbesondere sind die Investitionskosten hoch, da das Angebot netzgebunden ist (dazu: Vlcek Michael, Die Erzwingung unangemessener Preise im Kartell- und Fernmelderecht, Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Diss. Zürich, Zürich 2013, S. 73 ff). Ein eingeschränkter Wettbewerb führt allerdings noch nicht dazu, dass sich das Gemeinwesen zwingend den öffentlich-rechtlichen Handlungsformen zu bedienen hat, vielmehr spielt es eine Rolle, wie das Gemeinwesen bzw. der Gesetzgeber mit dem eingeschränkten Wettbewerb umgeht. So sind die Errichtung eines rechtlichen Monopols oder einer bestimmten Marktordnung sowie das Vorliegen von gesetzlich geregelten Anschlusspflichten Indizien dafür, dass die ihnen zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse als öffentlich-rechtliche zu qualifizieren wären (BGr, 18. Januar 2018, 4A_305/2017, E. 5.2 f.). Aber auch eine Kontrahierungspflicht seitens des Gemeinwesens muss nicht zwingend dazu führen, dass das Rechtsverhältnis als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren wäre. So sind auch sich aus dem öffentlichen Recht ergebende Kontrahierungspflichten des Gemeinwesens teilweise auf dem Zivilweg durchzusetzen bzw. begründen ein privatrechtliches Rechtsverhältnis (BGr, 29. Januar 2019, 2C_966/2018, E. 3.6 mit Hinweisen; Tobias Jaag/Markus Rüssli, Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, 5. A., Zürich 2019, S. 365; vgl. auch BGE 124 III 44 E. 1a/bb).

E. 5.4.2

Hier liegt keine Konstellation vor, in welcher das ewz am wirtschaftlichen Wettbewerb wie ein Privater teilnimmt. Mit ewz.zürinet sollte ein funktionierender Wettbewerb gewährleistet werden und der Zugang der Service Provider zum ewz.zürinet sollte als Open-Access-Netz und diskriminierungsfrei erfolgen (Weisung 2010, S. 2). Das ewz

fördert den Wettbewerb auf dem Telekommunikationsmarkt und strebt eine möglichst grosse Anzahl von geeigneten Dienstbietenden auf seinem Netz an (Art. 5 Abs. 2 Leistungsauftrag Telekom). Insofern wird anderen Fernmeldedienstbietenden als der Swisscom AG ein Markteintritt ermöglicht und damit die Realisierung einer bestimmten Wirtschaftsordnung als öffentliches Interesse verfolgt. So sieht der Leistungsauftrag eine Pflicht zur Gleichbehandlung und Wettbewerbsneutralität vor (Art. 5 Abs. 2 Leistungsauftrag Telekom und Art. 7 Abs. 1 Leistungsauftrag Telekom) und der Zugang für alle Fernmeldeanbieterinnen zum Netz des ewz (Art. 5 Abs. 1 Leistungsauftrag Telekom). Insofern werden gleiche Bedingungen für sämtliche Fernmeldedienstanbieterinnen geschaffen (vgl. dazu BGr, 27. September 1996, 4C.382/1995, E. 1b, publiziert in ZBl 98/1997 S. 410; BGE 105 II 234, E. 2). Damit strebt der Leistungsauftrag Telekom Wettbewerb auf der Ebene der Fernmeldedienstanbieterinnen und nicht auf der Ebene des ewz und dessen Konkurrenten an, weshalb auch nicht gesagt werden kann, dass ewz agiere am Markt wie ein Privater und nehme am Wettbewerb teil, vielmehr hat das ewz mit seiner Tätigkeit für Wettbewerb unter den Fernmeldedienstbietenden zu sorgen, wozu sie Vertragsverhältnisse zu diesen eingeht. Und diese Vertragsverhältnisse wiederum bezwecken die Wahrung dieser öffentlichen Interessen. Auch die Kooperation mit der Swisscom AG ist dadurch geprägt, dass eine gewisse Marktordnung, nämlich das Verhindern eines Swisscom-Monopols, angestrebt wurde (Weisung 2010, S. 2 f.). Ebenso spricht für die Verfolgung von öffentlichen Interessen die fehlende oder untergeordnete Absicht auf Erzielung eines Gewinns seitens des ewz; es wird lediglich Eigenwirtschaftlichkeit angestrebt (vgl. Art. 4 Leistungsauftrag Telekom).

E. 5.4.3

Zwar kann der Beschwerdeführerin, soweit sie auf das Urteil des Bundesgerichts vom 5. Juni 2019 (2C_727/2018, E. 1.3) verweist, zugestimmt werden, dass mit dem Rechtsverhältnis auch private Interessen, insbesondere jene der Telekommunikationsbranche, verfolgt werden. Diese treten allerdings angesichts der eingeschränkten Wettbewerbsverhältnisse im Glasfasermarkt in der Stadt Zürich, der durch den Leistungsauftrag Telekom geschaffenen Wirtschaftsordnung und der verschiedenen öffentlichen Interessen, welche das ewz.zürinet erfüllt (Diskriminierungsfreier Zugang, Gewährleistung von Wettbewerb, Interesse an der Glasfaserinfrastruktur) in den Hintergrund, weshalb auch die Interessentheorie auf ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis zwischen dem ewz und der Beschwerdegegnerin schliessen lässt.

E. 5.5

Unter dem Blickwinkel der modalen Theorie ist zu prüfen, ob sich die Rechtsfolgen der Verletzung einer Norm auf öffentliches oder auf privates Recht stützen. Der Leistungsauftrag Telekom sieht lediglich vor, dass die Dienstbietenden mit dem ewz in einem Vertragsverhältnis stehen und diesem eine Entschädigung zu marktüblichen Preisen entrichten (Art. 5 Abs. 2 und Art. 7 Abs. 1 Leistungsauftrag Telekom). Wie das Vertragsverhältnis auszugestalten ist bzw. welche Rechtsfolgen sich bei einer Vertragsverletzung ergeben, regelt der Leistungsauftrag Telekom nicht. Damit ist davon auszugehen, dass der Leistungsauftrag Telekom dies der Autonomie der Parteien überlässt, was eher für ein privatrechtliches Vertragsverhältnis spricht. Sodann sind im Vertrag zwischen dem ewz und der Beschwerdegegnerin auch hauptsächlich privatrechtliche Elemente enthalten: so verweist der Vertrag auf AGB und sieht Kündigungsrechte sowie eine Haftung bei Vertragsverletzungen vor.

E. 5.6

Umgekehrt deutet auf ein öffentlich-rechtliches Verhältnis hin, dass die Preise (mehr oder weniger) einseitig durch die Beschwerdeführerin festgelegt werden. Zwar steht der Beschwerdegegnerin ein Widerspruchs- und allfälliges Kündigungsrecht zu, sollten sich die Bedingungen ändern. Dies ändert nichts daran, dass die von der Beschwerdeführerin festgelegten Preise in gleicher Weise für alle Fernmeldedienstanbieterinnen gelten und nur beschränkt individuell je nach Angebot und Nachfrage festgelegt werden. Schliesslich darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass auch in privatrechtlichen Verträgen (je nach Marktverhältnissen) oftmals einseitige Preisfestsetzungen vorzufinden sind.

E. 5.7

Die Beschwerdegegnerin vertritt die Auffassung, die Verankerung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung im Leistungsauftrag sei ein Hinweis auf die öffentlich-rechtliche Natur des Vertragsverhältnisses. Dieser Argumentation kann allerdings nicht gefolgt werden. Dass das Gemeinwesen auch beim privatrechtlichen Handeln an die Grundrechte gebunden ist, wird vom Bundesgericht oft anerkannt (vgl. etwa BGE 136 II 489 E. 2.4; 109 Ib 146 E. 4; anders womöglich BGr, 1. Oktober 2012, 2C_167/2012, E. 4.2–4.4). Allein der Grundrechtsbindung wegen ist jedenfalls keine öffentlich-rechtliche Natur des Rechtsverhältnisses anzunehmen (dazu oben E. 4.3 und unten, E. 6.4).

E. 5.8

Während nach der modalen Theorie ein privatrechtliches Rechtsverhältnis vorläge, überwiegen im Übrigen aber die Elemente, die für ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis sprechen. Zwar hat sich die Rechtsprechung bereits mit vergleichbaren Rechtsverhältnissen befasst und qualifizierte diese teilweise als privatrechtlich. So unterstehen beispielsweise Transportverträge der SBB dem Zivilrecht; diese Qualifikation ist allerdings auf die Auslegung des zugrundeliegenden Rechts zurückzuführen. Insbesondere weil Art. 56 des Bundesgesetzes über die Personenbeförderung vom 20. März 2009 vorsieht, dass der Zivilrichter vermögensrechtliche Streitigkeiten beurteilt (BGE 136 II 489 E. 2.4 zum früheren Art. 50 des Transportgesetzes). Ähnliches hielt das Bundesgericht betreffend das Rechtsverhältnis der SWITCH als Registerbetreiberin mit den Nutzerinnen und Nutzer fest; die zivilrechtliche Natur des Rechtsverhältnisses ergab sich hauptsächlich aus der massgebenden Verordnung, welche ähnlich wie das Zivilrecht das anwendbare Recht bestimmte und einen Gerichtsstand sowie die Festlegung des Angebots mittels allgemeinen Geschäftsbedingungen vorsah (BGE 131 II 162 E. 2.2). Damit unterscheiden sich diese Fälle insofern vom vorliegenden, als das Verhältnis zwischen der Beschwerdegegnerin und der Beschwerdeführerin nicht wie bei oben genannten Entscheiden teilweise durch Rechtssatz bzw. durch Auslegung dieses bestimmt wird. Dahingegen macht der Leistungsauftrag Telekom lediglich Vorschriften zur Tätigkeit des ewz, trifft aber keine konkreten Regelungen für das Rechtsverhältnis zu den Dienst anbietenden. Infolgedessen gelangen überhaupt erst die obengenannten Theorien im Sinn eines Methodenpluralismus zur Anwendung (oben, E. 2.2). In einer abschliessenden Gesamtwürdigung ist von einem Rechtsverhältnis öffentlich-rechtlicher Natur auszugehen.

E. 6.1

Insofern als die Preise Bestandteil des Vertrags zwischen dem ewz und der Beschwerdegegnerin sind, stellen sie vermögensrechtliche Bestandteile des Vertrags dar. Die Preise sind nicht direkt anwendbar, sondern nur aufgrund der Übernahme in das

Vertragsverhältnis; die von der Beschwerdegegnerin angestrebte Änderung der Preise läuft daher grundsätzlich auf eine Anpassung dieses Vertrags hinaus. Ob eine solche Vertragsanpassung mittels Erlass einer Verfügung erwirkt werden kann, wurde durch die Vorinstanz nicht vertieft geprüft, vielmehr überliess sie die Prüfung der Einspracheinstanz, also dem Stadtrat. Käme der Stadtrat zum Schluss, es sei keine Verfügung zu erlassen, hätte dies wiederum einen Nichteintretensentscheid zur Folge. Nachdem der Stadtrat in seinem Einsprachebeschluss ausdrücklich festgehalten hatte, es handle sich nicht um eine anfechtbare Verfügung, und sich auch die Parteien zu dieser Frage geäußert haben, rechtfertigt es sich vorliegend aus prozessökonomischen Gründen, auf diese Frage ebenfalls einzugehen.

E. 6.1.1

Es stellt sich die Frage, ob das ewz bzw. die Beschwerdeführerin überhaupt verpflichtet war, eine anfechtbare Verfügung zu erlassen, wodurch das von der Beschwerdegegnerin gewählte Anfechtungsverfahren zur Anwendung gelangen würde. Dieses setzt voraus, dass eine anfechtbare Anordnung einer Behörde oder eines Trägers öffentlicher Aufgaben bzw. das unrechtmässige Verweigern oder Verzögern einer solchen Anordnung vorliegt (§ 19 Abs. 1 VRG). Damit zusammenhängend stellt sich vorliegend insbesondere die Frage, ob einer der von der Beschwerdegegnerin angerufenen Behörden trotz der vertraglichen Regelung Verfügungskompetenz zukam. Das Vorliegen eines Vertrags schliesst jedenfalls das Anfechtungsverfahren noch nicht aus (Tobias Jaag, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 81 N. 12 f. VGr, 23. Januar 2019, VB.2018.00376, E. 3.4).

E. 6.1.2

Besteht keine Kompetenz der Behörden, eine Anordnung zu erlassen, kommt das Anfechtungsverfahren nicht zur Anwendung und steht für Streitigkeiten, die mit einem verwaltungsrechtlichen Vertrag in einem Zusammenhang stehen, nur das Klageverfahren zur Verfügung (§§ 81 ff. VRG). Ob ein kartell- oder wettbewerbsrechtliche Verfahren infrage kommt, braucht hier nicht geprüft zu werden.

E. 6.2

Unter Anordnungen sind individuell-konkrete Akte, die in Anwendung von Verwaltungsrecht ergangen, auf Rechtswirkungen ausgerichtet sowie verbindlich und erzwingbar sind, zu verstehen (BGE 121 II 473 E. 2a; Martin Bertschi/Kaspar Plüss, Kommentar VRG, Vorbemerkungen zu §§ 4–31 N. 18 mit weiteren Hinweisen; ferner Jürg Bosshart/Martin Bertschi, Kommentar VRG, § 19 N. 3 ff.). Anordnungen sind von einer Behörde zu erlassen, der Verfügungsbefugnis zukommt. Die Verfügungsbefugnis kommt grundsätzlich Behörden zu, die zur unmittelbaren Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe sachlich, örtlich und funktionell zuständig sind (Pierre Tschannen/Zimmerli Ulrich/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Bern 2014, S. 244). Davon gibt es einige Ausnahmen, unter anderem dann, wenn sich zwei rechtlich gleichgeordnete Verwaltungsträger gegenüber stehen (bspw. zwei Gemeinden), wenn das Gesetz eine andere verwaltungsrechtliche Handlungsform vorschreibt (z. B. die Vertragsform), wenn das Gesetz die verwaltungsrechtliche Streitigkeit auf den Klageweg verweist oder wenn das Rechtsverhältnis vollständig dem Privatrecht untersteht (vgl. Tschannen/Zimmerli/Müller, S. 244; Michael Merker in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann [Hrsg.], Brennpunkte im Verwaltungsprozess, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 97 f.).

E. 6.3

Die beiden Ausnahmen, wonach eine Verfügungskompetenz ausser Betracht fällt, wenn das Rechtsverhältnis vollständig dem Privatrecht untersteht und das Sachgesetz eine andere Handlungsform vorsieht, sind zu relativieren.

E. 6.3.1

Gemäss der Zweistufentheorie ist nämlich zu unterscheiden zwischen dem Vertragsabschluss und der vorgängigen verwaltungsinternen Willensbildung der Behörden bezüglich der Frage, ob, mit wem und worüber ein Vertrag abgeschlossen wird; diese ist allenfalls als Anordnung zu behandeln (VGr, 20. September 2018, VB.2018.00078, E. 3.2; dazu Frank Klein, Die Rechtsfolgen des fehlerhaften verwaltungsrechtlichen Vertrags, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 146; nach Bosshart/Bertschi, § 19 N. 9 ff. soll die Zweistufentheorie bei privatrechtlichen Verträgen nur im gesetzlich vorgesehenen Fall Anwendung finden). Inwieweit ein besonderer Anfechtungsweg gegen das Ergebnis der Willensbildung geöffnet werden soll, ist allerdings umstritten und ergibt sich nicht direkt aus dieser Unterscheidung. Im Bereich des Submissionsrechts bzw. des öffentlichen Beschaffungswesens wurde die Zweistufentheorie und die Anfechtbarkeit der Vergabeverfügung bei Erreichen gewisser Schwellenwerte gesetzgeberisch umgesetzt (vgl. BGE 131 I 137 E. 2.4), zudem auch im Subventionsrecht des Bundes (vgl. Art. 16 Abs. 5 und Art. 19 Abs. 3 des Bundesgesetzes über Finanzhilfen und Abgeltungen vom 5. Oktober 1990 [Subventionsgesetz, SuG]). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung behandelt das Ergebnis der verwaltungsinternen Willensbildung über den Vertragsabschluss in gewissen Fällen als anfechtbare Verfügung (bspw. die Zuteilung von Pachtland durch öffentlich-rechtliche Korporationen, wenn diese durch das anwendbare kantonale Recht als öffentlich-rechtliche Aufgabe betrachtet wird: BGr, 19. März 2014, 2C_314/2013, E. 1.1.3; kritisch: Christoph Pappa/Daniel Jaggi, Rechtsschutz Dritter beim Abschluss von verwaltungsrechtlichen Verträgen, AJP 2012 S. 800 ff.). Die Zweistufentheorie erfüllt ihren Zweck insbesondere in Fällen, in denen der Rechtsschutz nicht anders gewährleistet wäre, aber das Rechtsschutzinteresse derart ist, dass eine Anfechtungsmöglichkeit unabdingbar erscheint (Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. A., Bern 1983, S. 130; vgl. zudem Art. 5 Abs. 3 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1969 [VwVG]). Lehnt eine Behörde den Abschluss eines Vertrags ab, so besteht noch gar kein Vertrag, was den Rechtsschutz mindestens erschwert (zur umstrittenen Zuständigkeit bei der culpa in contrahendo bei verwaltungsrechtlichen Verhältnissen: Jaag, § 81 N. 16). Die Zweistufentheorie dient damit dem Rechtsschutz Dritter. Vorliegend geht es jedoch nicht um einen Fall, bei dem es um die dem Vertragsschluss vorgelagerte Willensbildung geht, weshalb die Zweistufentheorie und deren Anwendbarkeit nicht weiter vertieft zu werden braucht.

E. 6.3.2

Teilweise wird auch die Willensäusserung zur Aufhebung eines bestehenden Vertrags als Anordnung betrachtet (VGr, 23. Januar 2019, VB.2018.00376, E. 3.4). Ein solcher Fall liegt hier nicht vor.

E. 6.3.3

Geht es um die Frage, ob bei veränderten Verhältnissen unmittelbar in Anwendung gesetzlicher Bestimmungen eine Vertragsänderung oder eine Auflösung des Vertrags angezeigt ist, wird in der Lehre vereinzelt die Zulässigkeit des Anfechtungsverfahrens

mittels Erlass einer Verfügung gefordert; diesen Überlegungen entsprechen auch die Erwägungen der Vorinstanz. Diesen Lehrmeinungen zufolge ergeben sich solche Streitigkeiten nicht aus einem Vertrag, sondern es handle sich um eine Streitigkeit um einen Vertrag (Bernhard Rütsche, Staatliche Leistungsaufträge und Rechtsschutz, ZBJV 152/2016 S. 71 ff., 96 f. ähnlich Moor/Poltier, Droit administratif, Volume II: Les actes administratifs et leur contrôle, 3. A., Bern 2011, S. 477 ff.). Anderen Lehrmeinungen zufolge soll eine Verfügung in solchen Fällen nur erfolgen können, wenn das Gesetz das Anfechtungsverfahren ausdrücklich vorsieht (Daniela Thurnherr, Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln, Zürich/St. Gallen 2013, Rz. 682; ähnlich Tschannen/Zimmerli/Müller, S. 355 sowie Abegg, S. 109 f.). Unter Berücksichtigung der Zweistufentheorie und deren Zweck scheint in solchen Fällen ein Mittelweg angezeigt: Soweit das Gesetz die Vertragsform zulässt, soll sich die Durchsetzung von Vertragsänderungen nach demselben Verfahren richten wie bei sonstigen vertraglichen Streitigkeiten. Eine Ausnahme davon erscheint lediglich angezeigt, falls der Rechtsschutz darunter leiden würde und die Rechtsweggarantie beeinträchtigt wäre, indem beispielsweise das anwendbare Klageverfahren eine Gestaltungsklage nicht zuliesse.

E. 6.4

Vorliegend hat der kommunale Gesetzgeber in Art. 7 Abs. 1 des Leistungsauftrags Telekom ausdrücklich die Vertragsform vorgesehen für das Verhältnis zwischen dem ewz und den Telekommunikationsdiensteanbieterinnen wie die Beschwerdegegnerin, und damit im Gesetz eine andere verwaltungsrechtliche Handlungsform als die Verfügung vorgeschrieben (oben, E. 6.2). Insofern als es nicht um den Abschluss (oder allenfalls um die Auflösung) eines Vertragsverhältnisses geht, bezüglich welchem die Rechtsprechung das Anfechtungsverfahren unter Umständen auch bei Verträgen anerkennt (oben, E. 6.3), ist deshalb davon auszugehen, dass dem ewz keine Verfügungskompetenz zukommt (oben, E. 6.2). Auch aus der Rechtsweggarantie ergibt sich keine Notwendigkeit, die Ablehnung der Vertragsanpassung als Verfügung zu qualifizieren (oben, E. 6.3.3). Denn die verwaltungsrechtliche Klage nach §§ 81 ff. VRG lässt sowohl Leistungs-, Gestaltungs- sowie Feststellungsklagen im Grundsatz zu (VGr, 20. Dezember 2007, VK.2007.00005, E. 2.1; Jaag, § 83 N. 8). Die oben erwähnte Unterscheidung, ob es sich um Streitigkeiten um einen Vertrag oder um eine solche aus einem Vertrag handelt, spielt bei der Bestimmung des anwendbaren Verfahrens jedenfalls dann keine Rolle, soweit der Vertrag bereits geschlossen wurde (zur Zweistufentheorie siehe oben, E. 6.3). Damit ist davon auszugehen, dass durch das Klageverfahren der Rechtsschutz der Vertragsparteien genügend gewahrt ist. Dies gilt auch, soweit die Beschwerdegegnerin Grundrechtsverletzungen geltend macht: Zwar verlangt Art. 29a BV einen Rechtsschutz bei Grundrechtsverletzungen, dieser muss aber nicht zwingend in einem Anfechtungsverfahren erfolgen; mithin können auch Zivilgerichte die Rüge von Grundrechtsverletzungen überprüfen (dazu VGr, 20. September 2018, VB.2018.00078, E. 4.3 m. w. H., bestätigt in: BGr, 3. Juli 2019, 1C_62/2018, E. 5.4).

E. 6.5

Beim Schreiben des ewz vom 7. April 2017 handelt es sich somit nicht um eine anfechtbare Verfügung. Mangels Verfügungskompetenz wäre das ewz auch nicht verpflichtet gewesen, eine solche zu erlassen. Demnach war der Stadtrat nicht verpflichtet, auf die Einsprache der Beschwerdegegnerin einzutreten, mit welcher sie geltend machte, beim Schreiben des ewz vom 7. April 2017 handle es sich um eine anfechtbare Anordnung. Dies gilt auch unter der

Berücksichtigung, dass der Vorsteher des Departements der Industriellen Betriebe die Verträge des ewz und die davon Bestandteil bildenden Preislisten zu genehmigen hat (dazu E. 5.1). Zwar erscheint es mindestens nicht ausgeschlossen, dass sowohl der Vorsteher des Departements der Industriellen Betriebe als auch der Stadtrat als oberste Exekutivbehörde der Beschwerdeführerin das ewz dazu auffordern könnten, die Preislisten anzupassen. Darin wäre allerdings keine vor Verwaltungsgericht anfechtbare Anordnung zu erblicken, vielmehr würde eine solche Aufforderung in Ausübung der Aufsichtsfunktion gegenüber den ihnen unterstellten Verwaltungseinheiten erfolgen und wäre damit wohl als aufsichtsrechtliches Einschreiten zu qualifizieren. Ein solcher aufsichtsrechtlicher Entscheid unterstünde dem öffentlichen Recht, und zwar unabhängig davon, ob die Rechtsbeziehung zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin im Einzelfall öffentlich-rechtlicher oder zivilrechtlicher Natur ist. Allerdings ist das Verwaltungsgericht für die Aufsicht von Gemeinden nicht zuständig, weshalb es solche Aufforderungen bzw. deren Unterlassen nicht überprüfen kann (vgl. § 164 Abs. 1 des Gemeindegesetzes vom 20. April 2015 [GG]; Bertschi, Vorbemerkungen zu §§ 19–28a, N. 73 f.). Für eine allenfalls mögliche Überweisung der Einsprache an den Vorsteher des Departements der Industriellen Betriebe, welche die Beschwerdegegnerin subeventualiter beantragte, bestand kein Anlass (§ 5 Abs. 2 VRG; Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 5 N. 48). Insgesamt lag keine anfechtbare Anordnung vor und eine solche wurde auch nicht unrechtmässig verweigert, weshalb es an einem tauglichen Anfechtungsobjekt für eine Einsprache an den Stadtrat fehlte. Folglich würde die Rückweisung durch die Vorinstanz einen erneuten Nichteintretensbeschluss des Stadtrates nach sich ziehen.

E. 6.6

Zusammengefasst kam die Vorinstanz zwar zu Recht zum Schluss, es liege ein verwaltungsrechtlicher Vertrag vor, allerdings übersah sie, dass der Beschwerdeführerin aufgrund des im Leistungsauftrag vorgesehenen vertraglichen Rechtsverhältnisses keine Verfügungskompetenz betreffend Preislisten zukam. Die Vorinstanz wäre zwar als Aufsichtsbehörde über die Gemeinden zu einem aufsichtsrechtlichen Einschreiten gegenüber der Beschwerdeführerin zuständig (vgl. § 164 Abs. 1 GG), dass sie aufsichtsrechtliche Massnahmen getroffen hat, ist allerdings nicht ersichtlich. In diesem Sinn war der Stadtrat nicht verpflichtet, die als Einsprache erfolgte Eingabe der Beschwerdegegnerin als Rechtsmittel zu prüfen und trat zu Recht nicht darauf ein. Die Beschwerde ist damit gutzuheissen und der Beschluss des Bezirksrats aufzuheben; die Rekurskosten sind der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Die Beschwerdeführerin hat im Rekursverfahren keine Parteientschädigung beantragt.

E. 7.1

Die Gerichtskosten sind der unterliegenden Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG). Die Höhe der Gerichtsgebühr bemisst sich nach dem Zeitaufwand des Verwaltungsgerichts, der Schwierigkeit des Falls und dem Streitwert oder tatsächlichem Streitinteresse (§ 65a Abs. 1 VRG). Im vorliegend eher aufwendigen Verfahren, in welchem sich schwierige Rechtsfragen stellten, ist nicht nur der gefällte Zwischenentscheid über die vorsorglichen Massnahmen mitzuberücksichtigen, sondern auch, dass nur die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden zu prüfen war, und somit keine materielle Prüfung erfolgte, was aufgrund des Äquivalenzprinzips zu einer Herabsetzung der Gebühr führen muss (vgl. auch Plüss, § 65a N. 11; § 4 Abs. 2 der Gebührenordnung des Verwaltungsgerichts vom 3. Juli 2018). Als angemessen erweist sich

eine Gerichtsgebühr von Fr. 5'000.-.

E. 7.2

Eine Parteientschädigung bleibt der Beschwerdegegnerin aufgrund ihres Unterliegens versagt (§ 17 Abs. 2 VRG). Der Beschwerdeführerin als Gemeinwesen steht in der Regel gestützt auf § 17 Abs. 2 lit. a VRG keine solche zu, da die Erhebung und Beantwortung von Rechtsmitteln zu den angestammten Aufgaben des Gemeinwesens bzw. zur üblichen Amtstätigkeit gehört (Plüss, § 17 N. 51 ff.). Allerdings ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin in diesem speziellen Bereich nicht auf einen Wissensvorsprung zurückgreifen konnte, weshalb es sich dennoch rechtfertigt, ihr eine Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren zuzusprechen (Plüss, § 17 N. 50 ff.).

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