

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VK.2022.00006 vom 16. September 2024

ZH Verwaltungsgericht, 2024-09-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VK.2022.00006

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VK.2022.00006 du 16 septembre 2024

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VK.2022.00006 del 16 settembre 2024

Regeste

Glasfaseranschluss. | [Klage auf Senkung der Aufschaltgebühr und der monatlich wiederkehrenden Gebühr für den Layer-1-Zugang zum Stadtzürcher Glasfasernetz.] Das Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und dem ewz bzw. der Stadt Zürich betreffend Zugang zum städtischen Glasfasernetz ("ewz.zürinet") ist öffentlich-rechtlicher Natur (E. 1.1); das Verwaltungsgericht ist zur Behandlung der klägerischen Begehren auf Anpassung der Konditionen für das Vorleistungsprodukt ewz.FLL zuständig (E. 1.2 f.). Anforderungen an die Bestimmtheit verwaltungsrechtlicher Leistungsklagen (E. 1.4.1). Eintreten auf die klägerischen Begehren betreffend Senkung der monatlich wiederkehrenden Gebühr für ewz.FLL auf Fr. ..., Senkung der einmaligen Aufschaltgebühr auf Fr. sowie betreffend Verpflichtung zur Unterbreitung eines "Try and Buy"-Angebots (E. 1.4.2 und 1.5). Nichteintreten auf die klägerischen Eventualbegehren betreffend Senkung der Gebühren "auf einen vom Gericht festzulegenden Betrag" bzw. "in Übereinstimmung mit dem Leistungsauftrag [...] und den Erwägungen des Preisüberwachers [...] auf ein vertragskonformes und wettbewerbsneutrales Niveau" (E. 1.4.3). Nichteintreten auf das zusätzliche Feststellungsbegehren betreffend die Rechtswidrigkeit und Unangemessenheit der derzeitigen Gebühren (E. 1.4.4). Die Klägerin ist befugt, von der Beklagten auf dem Klageweg die Ausübung einseitiger öffentlich-rechtlicher Vertragsgestaltungsrechte in Übereinstimmung mit dem objektiven Recht einzufordern (E. 2). Die vom ewz derzeit verlangte monatlich wiederkehrende Gebühr für einen Layer-1-Zugang verstösst nicht gegen das Erfordernis der Marktüblichkeit im Sinn von Ziff. 5 Abs. 2 des städtischen Leistungsauftrags (E. 3.1). Aufgrund des unterschiedlichen Leistungsumfangs und der unterschiedlichen Natur von Layer-1- und Layer-2-Zugängen lässt sich aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung direkter Konkurrenten kein Anspruch auf ein bestimmtes arithmetisches Verhältnis zwischen den monatlich wiederkehrenden Gebühren für diese beiden Vorleistungsprodukte ableiten (E. 3.2.1-3.2.6). Selbst wenn die monatlich wiederkehrenden Gebühren für diese Produkte zur Wahrung der Konkurrentengleichbehandlung in einem genau bestimmbareren Verhältnis stehen müssten, ist das von der Klägerin postulierte ungewichtete Mittel der monatlich wiederkehrenden Gebühren für sämtliche Layer-2-Bandbreitenprofile kein taugliches Kriterium für dessen Ermittlung (E. 3.2.7). Hinsichtlich der alternativen Berechnungsweise anhand eines Vergleichs der Produktionskosten sind die Vorbringen der Klägerin weder hinreichend substantiiert noch enthalten sie taugliche Beweisanträge, angesichts derer sich weitere Beweiserhebungen rechtfertigen würden (E. 3.2.8). Keine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung direkter Konkurrenten infolge überhöhter monatlicher Gebühren für Layer-1-Zugänge; Abweisung des Begehrens auf Senkung der monatlich wiederkehrenden Gebühr für das Produkt ewz.FLL (E. 3.3). direkte Vergleichbarkeit der Leistungen, die durch die einmalige Aufschaltgebühr für Layer-1- und Layer-2-Zugänge abgegolten werden

(E. 4.6). Die höhere Aufschaltgebühr für Layer-1-Zugänge rechtfertigt sich aufgrund der im Regelfall unbestrittenermassen höheren Anbindungskosten der Beklagten (E. 4.7-4.9). Kein Anspruch der Klägerin auf Senkung der Aufschaltgebühr für Layer-1-Zugänge (E. 4.10). Pflicht der Beklagten zur Gleichbehandlung von Layer-1- und Layer-2-Bezügern hinsichtlich der Offerierung von von "Try and Buy"-Angeboten (E. 5). Teilweise Gutheissung soweit Eintreten. Verpflichtung der Beklagten zur Offerierung eines "Try and Buy"-Angebot für das Vorleistungsprodukt ewz.FLL zu analogen Bedingungen wie für das Produkt ewz.FCS.

Erwägungen

E. 3

Zu prüfen ist im Licht der vorstehenden Ausführungen zunächst, ob das objektive Recht der Klägerin einen gerichtlich einklagbaren Anspruch auf Senkung der vom ewz für das Produkt ewz.FLL verlangten monatlichen Gebühr (unter vorläufiger Ausklammerung der Aufschaltgebühr) einräumt bzw. ob der derzeitige Preis im Widerspruch zu den Vorgaben des objektiven Rechts steht (vgl. Rechtsbegehren Ziff. 1.1). Die Klägerin beruft sich hierfür auf den Grundsatz der Gleichbehandlung direkter Konkurrenten (Art. 27 Abs. 1 BV), den Leistungsauftrag Telekom (insbesondere den in Ziff. 5 Abs. 2 festgehaltenen Grundsatz der Nichtdiskriminierung von Marktteilnehmenden), den Vertrauensschutz (Art. 5 Abs. 3 BV und Art. 9 BV) sowie das Willkürverbot (Art. 9 BV).

E. 3.1

Hinsichtlich der Höhe der Entschädigung für die Nutzung des städtischen Glasfasernetzes enthält der Leistungsauftrag Telekom in Ziff. 5 Abs. 2 die Vorgabe, dass eine solche zu "marktüblichen Preisen" zu erfolgen habe. Es drängt sich auf, das klägerische Rechtsbegehren auf Senkung der monatlichen Gebühr (Ziff. 1.1) vorab im Lichte dieser Bestimmung zu beurteilen.

E. 3.1.1

Wie die Beklagte zutreffend ausführt verlangt das Erfordernis der Marktüblichkeit vordergründig eine Festsetzung der Preise auf Grundlage einer vergleichenden Aussenbetrachtung. Eine solche Aussenbetrachtung (auch "Vergleichsmarktmethode") bildet auch eine der gemeinhin anerkannten Methoden zur Bewertung von Preisen; so berücksichtigt der Preisüberwacher bei der Prüfung, ob eine missbräuchliche Erhöhung oder Beibehaltung eines Preises vorliegt, unter anderem "die Preisentwicklung auf Vergleichsmärkten" (Art. 13 Abs. 1 lit. a des Preisüberwachungsgesetzes vom 20. Dezember 1985 [PüG; SR 942 .20]).

E. 3.1.2

Die Klägerin setzt sich in ihren Vorbringen nur am Rand mit der Bedeutung der Vorgabe der Marktüblichkeit im Sinn des Leistungsauftrags Telekom auseinander. Sie beschränkt sich auf die Behauptung, die Beklagte verfüge auf dem Stadtzürcher Markt für Glasfaservorleistungen über ein natürliches Monopol. Zum parallel bestehenden Vorleistungsangebot der Swisscom (vgl. E. 1.1.7.2 hiervor) führt die Klägerin aus, die beiden Anbieterinnen seien "als zumindest kollektiv marktbeherrschend" im Sinn von Art. 4 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG; SR 251) zu betrachten. Die in dieser Situation

erzielbaren Preise, so die Argumentation der Klägerin, seien höher als diejenigen in einer Situation mit wirksamem Wettbewerb, weshalb die Preise der Swisscom offensichtlich nicht als Referenz angeführt werden könnten, wobei die Klägerin zwischen Marktpreisen im Sinn von Preisen, die das Resultat wirksamen Wettbewerbs sind, und marktüblichen Preisen im Sinn von Ziff. 5 Abs. 2 des Leistungsauftrags Telekom keinen Unterschied zu machen scheint. Als alternativen Massstab postuliert die Klägerin in erster Linie eine Preisfestsetzung, die sich an der – gemäss ihrer Schätzung – mutmasslichen Höhe der Gestehungskosten für das niedrigste Bandbreitenprofil des Produkts ewz.FCS orientiert (vgl. hierzu nachfolgend E. 3.2.8).

E. 3.1.3

Nachdem die Klägerin damit im Ergebnis geltend macht, dass aufgrund der eingeschränkten Wettbewerbsverhältnisse im relevanten Markt ein marktüblicher Preis im Sinn von Ziff. 5 Abs. 2 des Leistungsauftrags Telekom gar nicht möglich sei, weist das vorliegende Verfahren gewisse Berührungspunkte zum Wettbewerbsrecht auf. Ins Blickfeld rückt namentlich das Kartellgesetz. Dieses gilt nach dessen Art. 2 Abs. 1 sowohl für Unternehmen des privaten als auch des öffentlichen Rechts, wobei als letztere insbesondere auch wirtschaftlich selbständige Untereinheiten der Zentralverwaltung gelten, sofern sie autonom am Wirtschaftsprozess mitwirken (Marc Amstutz/Ramin Silvan Gohari, in: Marc Amstutz/Mani Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar Kartellgesetz, 2. A., Basel 2021 [BSK KG], Art. 2 N. 142). Nach Art. 7 Abs. 1 KG sind Verhaltensweisen marktbeherrschender und relativ marktmächtiger Unternehmen unzulässig, wenn diese durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Als solche Verhaltensweisen fallen insbesondere die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen (Art. 7 Abs. 2 lit. b KG) sowie die Erzwingung unangemessener Preise (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG) in Betracht. Solches Verhalten kann auch das Resultat eines kollektiven Zusammenwirkens mehrerer Unternehmen darstellen, welchen für sich betrachtet keine marktbeherrschende Stellung zukommt (vgl. dazu Mani Reinert/Barbara Wälchli, BSK KG, Art. 4 N. 400 ff.).

E. 3.1.4

Zwar ist mit Blick auf die Vorbringen der Klägerin festzuhalten, dass das Kriterium der Marktüblichkeit vordergründig auf das Vorhandensein eines funktionierenden Marktes abstellt, an welchem das ewz seine Preispolitik auszurichten hat. Für ein solches Verständnis von Ziff. 5 Abs. 2 des Leistungsauftrags Telekom spricht, dass auch im Anwendungsbereich des Preisüberwachungsgesetzes auf die Vergleichsmarktmethode nur abgestellt werden soll, wenn die Preise auf dem Vergleichsmarkt ihrerseits das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs sind (vgl. Botschaft PüG, BBl 1984 II 755, 771 f.; BGE 130 II 449 E. 6.5). Ebenfalls zu berücksichtigen ist allerdings, dass sich der Zürcher Gemeinderat bei Erlass des Leistungsauftrags Telekom am 20. Dezember 2006 (und auch bei dessen Änderung am 25. Mai 2011) bewusst war, dass auf dem Gebiet der Stadt Zürich neben dem ewz (welches ursprünglich als einzige Netzbetreiberin auf dem Zürcher Markt agierte) – jedenfalls vorläufig – nur ein einziger weiterer Akteur ein Glasfasernetz aufbauen und bereitstellen würde, nämlich die Swisscom (vgl. z. B. Auszug aus dem Protokoll des Stadtrates von Zürich vom 11. Januar 2012, Geschäfts-Nr. 44 ewz, Flächendeckende Erschliessung der Stadt Zürich mit Glasfasern, Objektkredit, Ziff. 2 [S. 3]). Der Gemeinderat antizipierte bei Erteilung des Leistungsauftrags mithin einen Markt mit nur

wenigen Teilnehmern und beträchtlichen Zugangshürden für weitere Anbieterinnen. Trotz dieser Umstände entschied er sich dafür, dem ewz für die Preisgestaltung die Vorgabe der Marktüblichkeit zu machen – anders als etwa der Bundesgesetzgeber für die Festlegung der Netznutzungsentgelte für die Stromversorgung (Art. 14 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 23. März 2007 über die Stromversorgung [StromVG; SR 734.7]) bzw. der Preise für den Zugang zu den Einrichtungen marktbeherrschender Dienstleisterinnen (Doppelader-Metalleitung, Interkonnektion, Mietleitungen, Kabelkanalisationen; Art. 11 Abs. 1 FMG; In beiden Fällen sind die Preise ausgehend von den [anrechenbaren] Kosten festzulegen). Vor diesem Hintergrund erscheint es im Rahmen der Auslegung des Erfordernisses der "Marktüblichkeit" i. S. v. Ziff. 5 Abs. 2 des Leistungsauftrags Telekom nicht angezeigt, die zur Beurteilung herangezogenen Preise vorfrageweise umfassend darauf zu untersuchen, ob sie das Resultat wirksamen Wettbewerbs sind. Eine solche Auslegung stünde einerseits im Widerspruch zur derogatorischen Zuständigkeit des Bundes für die Ergreifung von Massnahmen zur Verhinderung von Missbräuchen in der Preisbildung durch marktmächtige Unternehmen (Art. 96 Abs. 2 lit. a BV) und die gestützt hierauf erlassenen Vollzugs- und Zuständigkeitsbestimmungen des Kartellgesetzes und des Preisüberwachungsgesetzes. Ob der Wettbewerb im Bereich der physischen Layer-1-Zugänge zum städtischen Glasfasernetz in rechtswidriger Weise beeinträchtigt ist und ob das ewz gegenüber der Klägerin allenfalls unzulässige Verhaltensweisen im Sinn von Art. 7 KG an den Tag gelegt hat, ist nicht im vorliegenden Verfahren zu klären. Diese Fragen müssten vielmehr der Wettbewerbskommission unterbreitet werden (Art. 26 Abs. 1 KG). Andererseits hätte eine solche Auslegung unzumutbare Folgen für die Geschäftstätigkeit der Beklagten, welche diesfalls zur Festlegung ihrer eigenen Preise vorab umfassende Abklärungen zur Effektivität des Wettbewerbs auf den vergleichsweise herangezogenen Märkten vornehmen und damit im Ergebnis die Aufgabe der Wettbewerbsbehörden selbst vorwegnehmen müsste. Es bestehen indessen keinerlei Hinweise dafür, dass der Zürcher Gemeinderat dem ewz in Bezug auf die Höhe der für die Netznutzung festgelegten Preise Verpflichtungen auferlegen wollte, die über die Einhaltung der einschlägigen verfassungsrechtlichen Vorgaben und der massgeblichen bundesrechtlichen Bestimmungen des Wettbewerbsrechts hinausgehen.

E. 3.1.5

In ihrer Klageantwort hat die Beklagte anhand der ins Recht gelegten Marktschau substantiiert dargelegt, dass sich die von ihr einverlangten monatlichen Gebühren im Vergleich mit denjenigen anderer Anbieterinnen (sowohl innerhalb wie ausserhalb der Stadt Zürich) – sowohl für ihr Layer-1-, als auch für ihr Layer-2-Produkt – im unteren Mittelfeld bewegen. Namentlich übersteigt der Preis, den Swisscom für ihr Layer-1-Produkt (Swisscom ALO) schweizweit (und insbesondere auch auf dem Gebiet der Stadt Zürich) einheitlich verlangt, seit Jahren durchwegs den Ansatz, den die Beklagte für ewz.FLL verrechnet. Sodann blieb das ewz gemäss den unbestritten gebliebenen Angaben der Beklagten durchwegs unter den Preisen, die J – ein Gemeinschaftsunternehmen lokaler und regionaler Schweizer Energieversorger, welches Dienstleisterinnen einen diskriminierungsfreien Zugang zu allen FTTH-Netzen ihrer Netzpartner garantiert (vgl. ...) – für Layer-1-Zugänge berechnet. Dass das Energieversorgungsunternehmen K für den Layer-1-Zugang in der Stadt L mit einer monatlichen Gebühr von Fr. ... einen tieferen Preis verrechnen kann als das ewz, wird von der Beklagten nachvollziehbar damit erklärt, dass dieses sein Glasfasernetz vollständig abgeschrieben habe und damit völlig befreit von Amortisationserwägungen agieren könne. Unabhängig hiervon lässt sich aus dem alleinigen

Umstand, dass es im nationalen Vergleich der verfügbaren Layer-1-Produkte auch günstigere Angebote als dasjenige des ewz gibt, noch nicht ableiten, dass letzteres nicht als marktüblich im Sinn der Bestimmungen des Leistungsauftrags anzusehen wäre. Die Beklagte begründet ihre Preispolitik mit der von ihr verfolgten und hauptsächlich an Swisscom orientierten Preisfolgerstrategie, die sich anhand der ins Recht gelegten Marktschau leicht nachvollziehen lässt, was auch mit den Feststellungen des Preisüberwachers übereinstimmt.

E. 3.1.6

Im Rahmen der Beurteilung der Marktüblichkeit der umstrittenen Preise kann sodann angemerkt werden, dass der von Swisscom schweizweit verrechnete Preis für deren Layer-1-Produkt Swisscom ALO von monatlich Fr. 25.- (bis und mit 30. September 2022) bzw. Fr. 24.- (seit 1. Oktober 2022) – welcher über dem aktuellen Preis für ewz.FLL von derzeit Fr. ... liegt – vom Preisüberwacher im Rahmen einvernehmlicher Regelungen nach Art. 9 PüG ausdrücklich gutgeheissen wurde. Die Bedeutung dieser einvernehmlichen Regelungen kann nicht mit dem Argument relativiert werden, dass es sich dabei um einen Kompromiss handle, vorliegend jedoch die rechtliche Verpflichtung der Beklagten in Frage stehe, gesetzeskonforme Preise zu verlangen. Denn der Preisüberwacher wird – auch im Rahmen eines Vorgehens nach Art. 9 PüG – keinem Preis zustimmen, der als missbräuchlich angesehen werden muss, zumal er als Alternative auch eine Preissenkung verfügen könnte (Art. 10 PüG). Auch dieser Umstand deutet darauf hin, dass sich der derzeitige Preis des Produkts ewz.FLL auf einem marktüblichen Niveau bewegt. Unerheblich für die Beurteilung der Marktüblichkeit im Sinn des Leistungsauftrags Telekom ist demgegenüber die in der Empfehlung des Preisüberwachers vom 14. Mai 2019 enthaltene Feststellung, dass das ewz, welches gemäss seiner Einschätzung auf dem Markt für den physischen Zugang zur Glasfaser in der Stadt Zürich über mehr als normalen Markteinfluss und daher über Marktmacht im Sinn von Art. 2 PüG verfüge, stattdessen auch eine "eigenständige" bzw. andere Preispolitik verfolgen könnte. Denn wie dargelegt sieht das einschlägige kommunale Recht gerade vor, dass das ewz seine Preispolitik grundsätzlich an den bestehenden Marktpreisen auszurichten hat.

E. 3.1.7

Nach dem Gesagten ist somit davon auszugehen, dass die vom ewz für das Produkt ewz.FLL derzeit verlangte monatliche Gebühr von Fr. ... als marktüblich anzusehen ist und die entsprechende Vorgabe gemäss Art. 5 Abs. 2 des Leistungsauftrags Telekom einhält.

E. 3.2

Ungeachtet der Frage der Marktüblichkeit stellt sich angesichts der klägerischen Vorbringen die Frage, ob die vom ewz für das Produkt ewz.FLL verlangte monatliche Gebühr im Vergleich zu derjenigen für das Produkt ewz.FCS überhöht sein könnte. Darin könnte ein Verstoß gegen den in Ziff. 5 Abs. 2 des Leistungsauftrags Telekom festgehaltenen Grundsatz der Nichtdiskriminierung von Marktteilnehmenden sowie die in Ziff. 7 Abs. 1 des Leistungsauftrags Telekom enthaltene Pflicht zu wettbewerbsneutralem Verhalten erblickt werden. Diese Anforderungen werden weder im Leistungsauftrag selbst noch in den dazugehörigen Materialien näher konkretisiert, weshalb sie primär im Lichte der einschlägigen (bundes-)verfassungsrechtlichen Vorgaben, namentlich den sich aus Art. 27 und Art. 94 BV ergebenden Grundsätzen der Wettbewerbsneutralität staatlichen Handelns und der Gleichbehandlung direkter Konkurrenten auszulegen sind.

E. 3.2.1

Die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 Abs. 1 BV steht natürlichen und juristischen Personen gleichermaßen zu (vgl. BGE 142 I 162 E. 3.2.1; 140 I 218 E. 6.3). Sie schützt die privatwirtschaftliche Tätigkeit (vgl. BGE 148 II 121 E. 7.1; 137 I 167 E. 3.1), nicht hingegen eine staatliche oder öffentliche Aufgabe, auch wenn ihre Ausübung an Private übertragen wurde (vgl. BGE 145 I 183 E. 4.1.2; 142 II 369 E. 6.2; 141 I 124 E. 4.1). Während Art. 27 BV den individualrechtlichen Gehalt der Wirtschaftsfreiheit schützt, gewährleistet Art. 94 BV als grundlegendes Ordnungsprinzip einer auf marktwirtschaftlichen Prinzipien beruhenden Wirtschaftsordnung die systembezogene oder institutionelle Dimension der Wirtschaftsfreiheit. Diese beiden Aspekte sind eng aufeinander bezogen und können nicht isoliert betrachtet werden (vgl. BGE 148 II 121 E. 7.2; 142 I 162 E. 3.2.1). Eine Scharnierfunktion kommt dem Grundsatz der Gleichbehandlung der direkten Konkurrenten und der staatlichen Wettbewerbsneutralität zu (vgl. BGE 142 I 162 E. 3.2.1; 138 I 378 E. 6.1). Dieser Grundsatz geht weiter als das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot nach Art. 8 Abs. 1 BV und verbietet (staatliche) Massnahmen, die den Wettbewerb unter den direkten Konkurrenten verzerren und dadurch nicht wettbewerbsneutral sind (vgl. BGE 147 V 423 E. 5.1.3; 142 I 162 E. 3.7.2). Eine Massnahme, die auf ernsthaften und sachlichen Gründen beruht und daher mit Art. 8 Abs. 1 BV vereinbar ist, kann dennoch eine von Art. 27 BV verbotene Wettbewerbsverzerrung zwischen direkten Konkurrenten bewirken (vgl. BGE 148 II 121 E. 7.1; 121 I 279 E. 4a). Der angesprochene Grundsatz gilt aber nicht absolut und schliesst gewisse Differenzierungen, etwa aus Gründen der Sozialpolitik, des Umweltschutzes oder der Kulturpolitik nicht aus. Eine entsprechend begründete Ungleichbehandlung muss jedoch verhältnismässig sein und soll spürbare Wettbewerbsverzerrungen vermeiden. Erforderlich ist eine Interessenabwägung (vgl. BGE 143 II 598 E. 5.1; 142 I 162 E. 3.7.2; vgl. zum Ganzen auch BGr, 31. März 2023, 2D_53/2020, E. 4.4.1 ff. [nicht publ. in BGE 149 I 146]).

E. 3.2.2

Als direkte Konkurrenten gelten die Angehörigen der gleichen Branche, die sich mit den gleichen Angeboten an dasselbe Publikum richten, um das gleiche Bedürfnis zu befriedigen (vgl. BGE 148 II 121 E. 7.1; 142 I 162 E. 3.7.2; 121 I 129 E. 3b). In Anwendung dieses Grundsatzes liess das Bundesgericht etwa offen, ob Hotels innerhalb und ausserhalb des Luxussegments dasselbe Publikum ansprechen und damit als direkte Konkurrenten gelten können (BGE 142 I 162 E. 3.7.3) oder ob Pizzalieferdienste und Pizzerien mit Blick auf das Take-away-Geschäft in direkter Konkurrenz stehen (BGr, 18. April 2006, 2P.90/2005, E. 4.3.4). Direkte Konkurrenz bejahte es im Verhältnis zwischen den Betreibern unterschiedlich grosser Riesenräder (BGE 128 I 136 E. 3), zwischen Zirkusunternehmen ungeachtet (allfälliger) Unterschiede in der Grösse, der Programmgestaltung und der Qualität der Darbietungen (BGE 121 I 279 E. 6a, 119 Ia 445 E. 1a/cc) sowie partiell zwischen Limousinendiensten und Taxiunternehmen (BGr, 10. März 2017, 1C_329/2016, E. 5.6.2). Verneint wurde ein direktes Konkurrenzverhältnis zwischen einem Zirkus und einem nicht gewinnorientierten Jugendzirkus (BGE 121 I 279 E. 5a) sowie zwischen einer Peepshow einerseits, Kiosken, Kinos, Nightclubs und Striptease-Darbietungen andererseits (BGE 106 Ia 267 E. 5). Ein gewichtiger Teil der Lehre stellt dieser stark kasuistisch geprägten höchstrichterlichen Praxis die Forderung entgegen, dass für die Frage nach dem Vorliegen eines direkten Konkurrenzverhältnisses weniger auf die Branchenzugehörigkeit als auf die (anhand der Frage der Substituierbarkeit der Angebote zu beurteilenden)

Zugehörigkeit zum gleichen sachlich relevanten Markt abzustellen sei (je mit weiteren Hinweisen: Klaus A. Vallender in: Bernhard Ehrenzeller et al. [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. A., Zürich 2023 [St. Galler Kommentar], Art. 27 N. 32; René Rhinow/Gerhard Schmid/Giovanni Biaggini/Felix Uhlmann, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. A., Basel 2011, § 5 Rz. 138).

E. 3.2.3

Die Klägerin erblickt eine Verletzung der genannten Grundsätze darin, dass die pro Anschluss zu entrichtenden monatlichen Gebühren für ewz.FCS seit Mitte 2016 im Verhältnis zum Preis von ewz.FLL in einem unverhältnismässig hohen Ausmass gesenkt worden seien, sodass deren ungewichtetes Mittel (durchschnittliche monatliche Gebühren der Bandbreitenprofile zwischen 10 und 1'000 Mbit/s) mit Fr. ... unter der monatlichen Gebühr für ewz.FLL von derzeit Fr. ...- zu liegen kam. Dies, obschon die mit der Bereitstellung eines ewz.FLL-Zugangs (Layer 1) verbundenen Kosten notgedrungen tiefer seien als diejenigen für die Bereitstellung eines ewz.FCS-Zugangs (Layer 2). Mit einem Layer-1-Zugang (ewz.FLL) werde nämlich lediglich die "rohe Glasfaser" zur Verfügung gestellt, während ein Layer-2-Zugang einen fertig aufgebauten Datenübertragungsdienst (samt der hierfür notwendigen Elektronik) garantiere und sich damit – im Vergleich zu einem Layer-1-Zugang – als veredeltes Produkt präsentiere. Das Preismodell der Beklagten stehe deshalb "auf dem Kopf". Dadurch werde die Klägerin gegenüber solchen Dienstleisterinnen benachteiligt, die ihre Angebote zur Versorgung der Endkunden mit glasfaserbasierten Internetanschlüssen auf dem Vorleistungsprodukt ewz.FCS aufbauten, da diese durch die beschriebene asymmetrische Preissenkung plötzlich mit erheblich tieferen Kosten konfrontiert seien als die Klägerin, welche ihr Angebot auf der Grundlage von ewz.FLL erbringe. Gestützt auf diese Argumentation fordert die Klägerin zum einen die Senkung der monatlichen Gebühr für das Produkt ewz.FLL auf Fr. ... (Rechtsbegehren Ziff. 1.1, erster Spiegelstrich), was der derzeitigen monatlichen Gebühr für das günstigste Bandbreitenprofil des Produkts ewz.FCS von 10 Mbit/s entspricht. Zum anderen verlangt sie für den Fall zukünftiger Senkungen des durchschnittlichen ungewichteten Mittelwerts der monatlichen Gebühren für ewz.FCS eine Verpflichtung der Beklagten zu einer proportionalen Senkung der monatlichen Gebühr für das Produkt ewz.FLL (Rechtsbegehren Ziff. 1.1, zweiter Spiegelstrich; vgl. E. 1.4.2 hiervor).

E. 3.2.4

Grundsätzlich ist der Klägerin dahingehend beizupflichten, dass Dienstleisterinnen, die gestützt auf die Glasfasernetzinfrastruktur des ewz breitbandige Internetanschlüsse an Privat- und/oder Unternehmenskunden anbieten, miteinander in den Wettbewerb treten können, unabhängig davon, ob sie ihre Dienstleistungen auf Grundlage eines Layer-1- oder eines Layer-2-Zugangs erbringen (vgl. zur entsprechenden Praxis der Wettbewerbskommission, welche unabhängig von der verwendeten Technologie vom Bestehen eines sachlich jeweils abzugrenzenden [leitungsgebundenen] Endkundenmarkts für Breitbandinternetanschlüsse von Privatkunden und Geschäftskunden auszugehen scheint: RPW 2020/2, S. 759 ff.; Rz. 116 ff.; RPW 2012/2, S. 171 ff., Rz. 255 ff.). Offenbleiben kann dabei, ob von einem direkten Konkurrentenverhältnis nur dann auszugehen ist, wenn sich die betreffenden Angebote der Dienstleisterinnen innerhalb eines Bandbreitenspektrums bewegen, das in technischer Hinsicht sowohl auf der Grundlage von ewz.FLL als auch von ewz.FCS angeboten werden kann. Jedenfalls hinsichtlich des von der Klägerin (ursprünglich im Rahmen ihres Produkts "...") und später

"...") seit 2014 angebotenen Bandbreitenprofilen von 1'000 Mbit/s ist dies seit der im Mai 2016 erfolgten Einführung eines entsprechenden ewz.FCS-Profiles der Fall. Wenigstens in diesem Rahmen erscheint es somit nicht ausgeschlossen, dass das Verhältnis zwischen den Preisen für die Produkte ewz.FLL und ewz.FCS den Wettbewerb zwischen den Bezüglern dieser beiden Vorleistungsprodukte verzerren könnte.

E. 3.2.5

Wie im Folgenden aufgezeigt, vermag die Klägerin, welche vorwiegend auf einen Vergleich der monatlichen Gebühren für ewz.FLL mit dem ungewichteten Mittel der Gebühren für die verschiedenen Bandbreitenprofile von ewz.FCS sowie auf die unterschiedlichen Produktionskosten für diese beiden Produkte abstellt, das Bestehen einer solchen Wettbewerbsverzerrung jedoch nicht darzutun.

E. 3.2.6

Zunächst ist – mit der Beklagten, deren Ausführungen in dieser Hinsicht im Wesentlichen unbestritten geblieben sind – zu konstatieren, dass die Produkte ewz.FLL und ewz.FCS unterschiedliche Leistungen zum Gegenstand haben. Ungeachtet des Umstands, dass die beiden Vorleistungsprodukte letztlich für die Bereitstellung desselben Endprodukts eingesetzt werden (vgl. zur technischen Ausgangslage Ziff. I.B. hiervor), lassen sich die hierfür verlangten Gebühren sowie die darin enthaltenen Produktionskostenanteile deshalb nicht direkt miteinander vergleichen bzw. kann aus dem rein arithmetischen Verhältnis dieser Preise nicht ohne Weiteres auf das Bestehen einer sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung der betreffenden Dienstanbieterinnen geschlossen werden.

E. 3.2.6.1

Der Bezug von ewz.FCS erlaubt einer Dienstanbieterin die Inanspruchnahme einer Datenübertragungsdienstleistung, in deren Rahmen sie den Datenverkehr für Internet sowie internetbasierte Telefonie-, Fernseh- und Radioangebote an zwei Serviceübergabepunkten an das ewz übergibt und diesen von letzterem mit einer – in Abhängigkeit der Höhe des zu entrichtenden Entgelts – limitierten Bandbreite zur Teilnehmeranschlussdose (OTO) ihres jeweiligen Endkunden übertragen lässt. Beim Bezug von ewz.FLL erhält die Dienstanbieterin hingegen die Glasfaserverbindung zwischen der jeweiligen Anschlusszentrale und dem OTO eines Endkunden zur (weitgehend) freien Verwendung zwecks Erbringung von Endkundendienstleistungen überlassen (vgl. zu den diesbezüglichen Einschränkungen Ziff. 4 des Einzelvertrags zwischen dem ewz und der Klägerin). Dies erlaubt es einer Dienstanbieterin, auf der betreffenden Glasfaser eigene, originär konzipierte Übertragungsdienstleistungen zu erbringen, die zudem individuell auf den jeweiligen Endkunden zugeschnitten werden können. Nur bei Bezug des Produkts ewz.FLL ist es einer Dienstanbieterin möglich, die massgeblichen Leistungsdaten einer Glasfasernutzung (Art der zu übertragenden Daten, Bandbreite, Preis, Bereitstellungsdauer und Servicequalität) eigenständig zu definieren. Infolgedessen kann die Dienstanbieterin ihren Kunden auch bessere oder andere Leistungsdaten anbieten als Konkurrentinnen, welche auf ewz.FCS setzen. Um diese Gestaltungsfreiheit wahrnehmen zu können, muss sie allerdings in eigene technische Ausrüstung in den jeweiligen Anschlusszentralen investieren.

E. 3.2.6.2

Eine Anbieterin, die vom ewz einen Layer-2-Zugang (ewz.FCS; mit gegebenenfalls sehr tiefer Bandbreitenbeschränkung) bezieht, erhält – im Vergleich zu einem Layer-1-Zugang

(ewz.FLL) – somit entgegen der Darstellung der Klägerin kein veredeltes Produkt, sondern ein anderes Produkt. Nur beim Bezug von ewz.FLL kommt die Dienstanbieterin durch ihr exklusives Nutzungsrecht an der betreffenden Anschlussleitung in die Position, von ihr eigens gestaltete Datenübertragungsdienstleistungen mittels einer selbst gewählten technischen Einrichtung erbringen zu können, wobei sie hinsichtlich der verfügbaren Bandbreite grundsätzlich nur durch die von ihr selbst bereitgestellten Gerätschaften limitiert wird. Mithin gelangt sie in den Genuss des gesamten wirtschaftlichen Ertragspotenzials der betreffenden Anschlussleitung. Damit erhält sie auch die Möglichkeit, bei zunehmender Kundenzahl von einer entsprechenden Skalierung auf der von ihr für die Bereitstellung der Datenübertragung selbst beschafften technischen Infrastruktur zu profitieren. Denn unbestrittenermassen steigen die Kosten für Beschaffung und Betrieb der aktiven elektronischen Komponenten mit zunehmender Zahl der bedienten Anschlüsse nicht proportional an, weshalb die Produktionskosten pro Anschluss mit zunehmender Kundenzahl sinken. Zwischen den Parteien ist ebenfalls unstreitig, dass die Kosten für Anschaffung und Betrieb der zur Datenübertragung notwendigen aktiven technischen Infrastruktur mit zunehmender Bandbreitennutzung nicht proportional ansteigen, auch wenn die Beklagte grundsätzlich nachvollziehbar ins Feld führt, dass die Kosten steigen würden, wenn sehr hohe Bandbreiten von sehr vielen Endkunden nachgefragt würden. Diese Umstände lassen das Vorleistungsprodukt ewz.FLL in erster Linie für solche Dienstanbieterinnen attraktiv erscheinen, welche die Kosten für die notwendige aktive Übertragungsinfrastruktur auf einen grossen Kundenstamm verteilen können und/oder über das notwendige Kapital verfügen, um durch Beschaffung der jeweils modernsten technischen Infrastruktur die erhöhte Zahlungsbereitschaft der Endkunden für die damit möglichen Höchstbandbreiten abschöpfen zu können. Demgegenüber beschränkt sich die erworbene Gegenleistung beim Bezug von ewz.FCS darauf, eine vom ewz bereitgestellte Datentransportdienstleistung nach vordefinierten Parametern nutzen zu können, wobei die hierfür anfallenden Kosten grundsätzlich proportional mit der Anzahl der bedienten Kunden ansteigen, womit auch keine Möglichkeit zur Erzielung vergleichbarer Skaleneffekte besteht.

E. 3.2.6.3

Die Wettbewerbsbehörden betrachten Layer-1- und Layer-2-Zugänge aufgrund dieser qualitativen Unterschiede als nicht substituierbar und ordnen sie (auf Ebene der Vorleistungsprodukte) deshalb unterschiedlichen sachlichen Märkten zu, was vom Bundesverwaltungsgericht bestätigt wurde (vgl. Verfügung der Wettbewerbskommission vom 14. Dezember 2020 betreffend Netzausbaustrategie Swisscom, in: RPW 2021/1, S. 227 ff., Ziff. 118 f.; BVGer, 30. September 2021, B-161/2021, Rz. 232, Rz. 402). Es mag zwar zutreffen, dass die Kosten für die Bereitstellung einer einzelnen Glasfaser über einen Layer-1-Zugang für das ewz weniger hoch sind als die Bereitstellung eines Layer-2-Zugangs, da es für ersteren nicht auch noch die zur Datenübertragung notwendigen aktiven Komponenten beschaffen und betreiben muss. Eine auf diese Produktionskosten isolierte Betrachtungsweise verkennt indessen, dass einem Layer-1-Zugang aufgrund des damit einhergehenden, nur durch technische Rahmenbedingungen eingeschränkten Übertragungspotenzials ein anderer wirtschaftlicher Wert zukommt als einem Layer-2-Zugang. Es erscheint ohne Weiteres als sachlich gerechtfertigt und damit als zulässige Ungleichbehandlung, diesen Unterschied in der Preisstruktur des ewz angemessen abzubilden. Besonders deutlich zeigt sich dieser Mangel in der klägerischen Argumentation anhand ihres Vorbringens, wonach ein nichtdiskriminierender Preis für ewz.FLL aufgrund

der fehlenden Notwendigkeit zur Bereitstellung einer aktiven Übertragungseinrichtung günstiger angeboten müsste als das kleinste verfügbare Bandbreitenprofil des Produkts ewz.FCS von 10 Mbit/s (siehe auch nachfolgend E. 3.2.8). Gänzlich ausgeblendet wird dabei der Umstand, dass einer ewz.FLL beziehenden Dienstanbieterin damit gleichermassen die Möglichkeit eingeräumt würde, ihren Endkunden Übertragungsraten zu offerieren, welche diese 10 Mbit/s um ein Hundert- oder gar Tausendfaches übertreffen, wofür sie beim Bezug von ewz.FCS ein vielfach höheres Entgelt entrichten müsste. Wie die Beklagte unbestrittenermassen und zu Recht ausführt, wäre die von der Klägerin gestützt auf ewz.FLL inzwischen angebotene Höchstbandbreite von 25 Gbit/s auf Grundlage des Vorprodukts ewz.FCS überhaupt nicht realisierbar. Bereits dies zeigt auf, dass sich der Leistungsumfang der beiden Vorprodukte hinreichend stark unterscheidet, dass aus einem Vergleich von deren Produktionskosten und der hierauf aufbauenden Preise nicht unmittelbar auf das Bestehen einer unzulässigen Wettbewerbsverzerrung geschlossen werden kann.

E. 3.2.7

Selbst wenn man ungeachtet dieser qualitativen Unterschiede mit der Klägerin davon ausginge, dass die monatlichen Gebühren von ewz.FLL und ewz.FCS für die Wahrung des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität in einem genau bestimmbar Verhältnis stehen müssten, so vermag die Klägerin mit ihren Vorbringen jedenfalls nicht darzulegen, dass anhand des derzeitigen Verhältnisses zwischen diesen Preisen auf das Bestehen einer sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung geschlossen werden müsste.

E. 3.2.7.1

An erster Stelle ist darauf hinzuweisen, dass die Argumentation der Klägerin, inwiefern sie durch die angeblich überhöhten Preise des Produkts ewz.FLL diskriminiert werde, bereits im Grundsatz widersprüchlich erscheint. So verortet sie die behauptete Diskriminierung zum einen darin, dass die Beklagte die monatlichen Gebühren für ewz.FCS seit Mitte 2016 überproportional gesenkt habe, sodass deren ungewichtetes Mittel über sämtliche Bandbreitenprofile hinweg unter der monatlichen Gebühr für ewz.FLL zu liegen kam. Durch diese Änderung habe die Beklagte ihr Preismodell "auf den Kopf gestellt" (vgl. E. 3.2.3 hiervor). Gestützt hierauf ersucht sie um Verpflichtung der Beklagten, die monatlichen Gebühren für ewz.FLL im Fall zukünftiger Preissenkungen proportional zum ungewichteten Mittel der monatlichen Gebühren für ewz.FCS zu senken (Rechtsbegehren Ziff. 1.1. zweiter Spiegelstrich, vgl. E. 1.4.2 hiervor). Anstatt die Vornahme einer proportionalen Preissenkung für das Produkt ewz.FLL auch rückwirkend per Datum der Klageerhebung zu fordern, stellt sich die Klägerin jedoch parallel hierzu auf den Standpunkt, dass eine nichtdiskriminierende monatliche Gebühr für ewz.FLL infolge der im Vergleich zu ewz.FCS geringeren Produktionskosten zwingend tiefer bzw. maximal gleich hoch anzusetzen sei als diejenige für das günstigste ewz.FCS-Bandbreitenprofil von 10 Mbit/s (vgl. E. 3.2.3 hiervor). Gestützt auf diese Annahme fordert sie zusätzlich die Verpflichtung der Beklagten, die monatliche Gebühr für ewz.FLL auf Fr. ... zu senken (Rechtsbegehren Ziff. 1.1, erster Spiegelstrich, vgl. E. 1.4.2 hiervor). Aus den Ausführungen der Klägerin geht allerdings nicht hervor, wie sich diese beiden Ansätze zueinander verhalten sollen bzw. weshalb diese unterschiedlichen Betrachtungsweisen für die Ermittlung eines nichtdiskriminierenden Preisverhältnisses zwischen ewz.FCS und ewz.FLL gleichermassen ausschlaggebend sein sollen. Insbesondere erschliesst sich nicht, weshalb bei einem Abstellen auf den Preis des günstigsten Bandbreitenprofils von ewz.FCS

für die Ermittlung eines nichtdiskriminierenden Preises der Höhe des ungewichteten Mittelwerts der monatlichen Gebühren von ewz.FCS überhaupt noch eine Bedeutung beigemessen werden soll.

E. 3.2.7.2

Zweitens ist mit der Beklagten festzuhalten, dass für jeglichen Vergleich der monatlichen Gebühren für ewz.FCS und ewz.FLL die nur bei ersterem Produkt zusätzlich anfallende monatliche Grundpauschale "L2-Konnektivität" von derzeit Fr. ... zwingend mitzuberechnen ist. Die diesbezüglichen Einwände der Klägerin laufen ins Leere. Ziel des von der Klägerin postulierten Vorgehens ist es gerade, in Anbetracht des behauptetermassen geringeren Leistungsumfangs beim Produkt ewz.FLL zu ermitteln, in welchem Umfang das dafür geschuldete Entgelt niedriger sein müsste. Als Ausgangspunkt dieser Rechnung ist zwingend das vollständige Entgelt zugrunde zu legen, das ein Bezüger von ewz.FCS für den Erwerb der fertigen Datentransportdienstleistung entrichten muss. Dazu gehört unbestrittenermassen auch die bei jedem ewz.FCS Anschluss anfallende Pauschale für L2-Konnektivität. Dass ein Bezüger von ewz.FLL den damit abgegoltenen Aufwand für den "Backhaul" selbst erbringt, ändert daran nichts. Dies trifft im Übrigen auch hinsichtlich der in der bandbreitenabhängigen Gebühr für "High Speed Internet" enthaltenen Entschädigungskomponente für die Bereitstellung der zur Datenübertragung notwendigen aktiven elektronischen Infrastruktur zu, welche die Klägerin für ihren Vergleich offensichtlich mitberücksichtigt.

E. 3.2.7.3

Was sodann das Verhältnis zwischen dem ungewichteten Mittel der monatlichen Gebühren für ewz.FCS und den Gebühren von ewz.FLL betrifft, verkennt die Klägerin, dass dieser Grösse für die zu beantwortende Frage nach dem Vorliegen einer sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung kaum Aussagekraft zukommt. Dies gilt nur schon deshalb, weil sich dieser Wert durch das Hinzufügen oder Streichen von vergleichsweise teureren oder günstigeren Bandbreitenprofilen beinahe beliebig verändern liesse, und zwar völlig ungeachtet vom Bestehen einer entsprechenden Nachfrage, dem Kostendeckungsgrad dieser Angebote sowie den Preisen der übrigen Bandbreitenprofile. So liesse sich beispielsweise der ungewichtete Mittelwert der monatlichen Gebühren für Bandbreitenprofile von 10 bis 10'000 Mbit/s gemäss Preisliste vom 1. Januar 2023 von derzeit Fr. ... (unter Berücksichtigung der Grundpauschale für L2-Konnektivität [vgl. E. 3.2.7.2 hiervor]) durch das Anbieten zusätzlicher Bandbreitenprofile von 700, 800 und 900 Mbit/s zu einem Preis von jeweils Fr. ... pro Monat (ebenfalls inkl. Fr. ... für L2-Konnektivität) auf Fr. ... anheben. Damit käme dieser über dem derzeitigen monatlichen Preis von Fr. ... für das Produkt ewz.FLL zu liegen. Folgte man der klägerischen Argumentation, so wäre das Preisverhältnis zwischen ewz.FCS und ewz.FLL diesfalls offenbar nicht mehr als diskriminierend anzusehen. Indessen ist nicht ersichtlich, inwiefern sich diesfalls die Marktchancen der auf ewz.FLL aufbauenden Diensteanbieterinnen im Vergleich zur jetzigen Situation verbessern würden. Für die Frage, inwiefern das Preisverhältnis zwischen den Vorleistungsprodukten der Beklagten allenfalls zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung der darauf aufbauenden Diensteanbieterinnen führt, kann diesem Wert somit von vornherein keine massgebliche Bedeutung beigemessen werden.

E. 3.2.7.4

Aber auch ungeachtet dieser Überlegungen wäre die von der Klägerin letztlich verlangte Koppelung der monatlichen Gebühren von ewz.FLL an das ungewichtete Mittel der Gebühren von ewz.FCS abzulehnen. Eine solche in die Zukunft gerichtete starre Festsetzung der Preisrelation von Layer-1- und Layer-2-Produkten fällt schon deshalb ausser Betracht, weil sie künftige Kostenentwicklungen etwa bei den elektronischen Anschlussgeräten in den Anschlusszentralen (und auch zukünftige regulatorische Änderungen) nicht abzubilden vermöchte (vgl. BGr, 6. April 2023, 2C_1022/2021, E. 8). Ohnehin könnte das entsprechende Begehren mit Blick auf die – hier analog heranzuziehende – zivilprozessrechtliche Praxis zu Art. 84 Abs. 1 ZPO zum jetzigen Zeitpunkt nicht gutgeheissen werden, da es sich auf einen im Urteilszeitpunkt (noch) nicht fälligen Leistungsanspruch bezieht (vgl. BGr, 6. April 2023, 2C_1022/2021, E. 8; BGr, 5. September 2007, 4A_209/2007, E. 2.3; siehe ferner Sophie Dorschner, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A., Basel 2017 [BSK ZPO], Art. 84 N 6 f.; Lorenz Droese, Res iudicata ius facit, Bern 2015, S. 357 Fn. 1726, m.w.H).

E. 3.2.7.5

Auf Grundlage obenstehender Erwägungen ist das klägerische Rechtsbegehren Ziff. 1.1, zweiter Spiegelstrich somit abzuweisen.

E. 3.2.8

Sodann vermag die Klägerin auch nicht schlüssig aufzuzeigen, weshalb zur Wiederherstellung der Wettbewerbsneutralität eine Senkung der monatlichen Gebühr von ewz.FLL auf Fr. ... notwendig wäre (Rechtsbegehren Ziff. 1.1, erster Spiegelstrich). Sie stützt diese Forderung in erster Linie auf die Behauptung, dass in diesem Betrag, welcher der monatlichen Gebühr des derzeit günstigsten Bandbreitenprofils von ewz.FCS von 10 Mbit/s entspricht, die Kosten der Beklagten zur Bereitstellung der für die Datenübertragung benötigten aktiven Komponenten (Switchport, Optik) eingerechnet seien, deren Anschaffung pro Kunde "etwa 150 Franken" koste. Hierfür offeriert sie keinerlei Beweismittel, sondern stützt sich einzig und allein auf die Annahme, dass bereits das günstigste ewz.FCS-Bandbreitenprofil von 10 Mbit/s kostendeckend betrieben werden müsse, weil "Quersubventionen gemäss Verfassung verboten" seien.

E. 3.2.8.1

Wie die Beklagte zu Recht geltend macht, kann dieser Auffassung nicht gefolgt werden. Das aus Art. 94 BV fliessende Verbot der Quersubventionierung verbietet lediglich die systematische Finanzierung staatlicher Wettbewerbsteilnahme mit Mitteln, die (z. B. infolge eines teilweisen Monopols) ausserhalb eines Wettbewerbsumfelds erwirtschaftet wurden (vgl. BGE 143 II 425 E. 4.3; 138 I 378 E. 9.1, je mit zahlreichen Hinweisen). Demgegenüber wäre es unter dem Gesichtspunkt der Wettbewerbsneutralität nicht zu beanstanden, wenn das ewz innerhalb der Produktgruppe ewz.FCS gewisse Bandbreitenprofile mit Erträgen anderer, teurerer Bandbreitenprofile querfinanzieren würde, da diese Einnahmen nicht aus einem Monopolbereich stammen, sondern aufgrund des parallel bestehenden Netzes der Swisscom wie eingangs dargelegt (E. 1.1.7.2 hiervor) in einem Wettbewerbsumfeld erzielt werden. Angesichts dieses Umstands erscheinen im Übrigen auch die diesbezüglich unbestrittenen Ausführungen der Beklagten nachvollziehbar, wonach sie gar nicht beurteilen könne, ob das von der Klägerin als Basis herangezogene Bandbreitenprofil von 10 Mbit/s isoliert betrachtet kostendeckend sei, da sie

die anfallenden Betriebskosten nur in Bezug auf die gesamte ewz.FCS Produktgruppe und nicht auf die darin jeweils einzeln verrechneten Leistungen (Internet/Telefonie/TV) und Bandbreitenprofile ausweise.

E. 3.2.8.2

Entgegen den Vorbringen der Klägerin lässt sich anhand ihrer Ausführungen auch nicht nachvollziehen, inwiefern ihre Forderung nach einer Senkung der monatlichen Gebühr für ewz.FLL auf den Betrag von Fr. ... den von ihr in diesem Zusammenhang zitierten Berechnungen des Preisüberwachers in dessen Empfehlung vom 14. Mai 2019 entsprechen soll. Bereits aus der von der Klägerin ins Recht gereichten geschwätzten Fassung der Empfehlung ergibt sich, dass der Preisüberwacher dem Vorsteher des Departements der Industriellen Betriebe der Beklagten gestützt auf seine Ausführungen eine Senkung der monatlichen Gebühr für das Produkt ewz.FLL auf Fr. 20.- empfahl und nicht etwa auf Fr. ... Dabei bediente er sich einer anderen Herangehensweise als die Klägerin, indem er, offensichtlich unter Annahme eines kostendeckenden Betriebs der für ewz.FCS notwendigen Infrastruktur über sämtliche Bandbreitenprofile hinweg, versuchte, die für einen ewz.FCS-Anschluss entstehenden durchschnittlichen Mehrkosten anhand der durchschnittlichen Einnahmen pro Anschluss näherungsweise zu ermitteln. Dies, nachdem er festgestellt hatte, dass sich den vom ewz ausgewiesenen Betriebskosten "keinerlei Angaben über die zusätzlichen Kosten für das Layer 2-Angebot entnehmen" liessen und dass die eingereichten Unterlagen "keine exakte Berechnung der durchschnittlichen Zusatzkosten des Angebots ewz.FCS gegenüber ewz.FLL" erlaubten. Der Preisüberwacher führte in der Folge aus, der Preis für ewz.FLL müsse "bei einer kostenorientierten Preissetzung [...] deutlich unter diesem Durchschnittspreis für ewz.FCS liegen, um den zusätzlichen Kosten für den Netzzugang auf Ebene Layer 2 Rechnung zu tragen und die Wettbewerbsfähigkeit von ewz.FLL gegenüber ewz.FCS wieder zu verbessern" und wies darauf hin, dass der ihm damals zur Prüfung unterbreitete Preis für ewz.FLL dieser Anforderung nicht entspreche. Was die Klägerin aus diesen Ausführungen des Preisüberwachers hinsichtlich der von ihr postulierten Berechnungsweise abzuleiten vermeint, welche auf den Preis des günstigsten aller angebotenen ewz.FCS-Bandbreitenprofile und die damit verbundene Behauptung abstellt, dass bereits zu diesem Preis ein kostendeckender Betrieb der gesamten für ewz.FCS notwendigen aktiven Übertragungsinfrastruktur möglich sei, legt sie weder dar noch erschliesst sich dies aus dem Kontext der betreffenden Erwägungen. Es ist nicht ersichtlich und wird von der Klägerin auch nicht näher dargelegt, inwieweit sie zum Beleg bzw. zur genauen Berechnung ihres behaupteten Preissenkungsanspruchs auf Informationen angewiesen wäre, die sich der ungeschwätzten Empfehlung des Preisüberwachers oder den dazugehörigen Verfahrensakten allenfalls entnehmen liessen. Denn der Preisüberwacher wählte den beschriebenen Ansatz einer näherungsweisen Ermittlung der Produktionskosten für ewz.FCS anhand der Umsatzzahlen der Beklagten erklärermassen gerade deshalb, weil er über die aus seiner Sicht notwendigen Informationen zur Ermittlung der Produktionskosten von ewz.FCS nicht verfügte. Somit erübrigt sich mangels Erheblichkeit auch der beantragte Beizug der Verfahrensakten des Preisüberwachers oder die Edition der ungeschwätzten Empfehlung vom 14. Mai 2019, da diese Unterlagen von vornherein untauglich erscheinen, die von der Klägerin geäusserten Tatsachenbehauptungen zur Höhe der Produktionskosten für ewz.FCS zu belegen.

E. 3.2.8.3

Zu behandeln ist sodann das von der Klägerin als alternative Vorgehensweise vorgeschlagene Abstellen auf eine Kostenschätzung bzw. Berechnung der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom), auf welche der Preisüberwacher in seiner Empfehlung vom 14. Mai 2019 Bezug nahm. Der Preisüberwacher wies im Rahmen seines Versuchs, die zur Bereitstellung von ewz.FLL anfallenden Kosten kalkulatorisch zu bestimmen, darauf hin, dass die ComCom mit Teilverfügung vom 22. Februar 2019 in einem Verfahren, welches die Bestimmung des Entgelts für den in Art. 11 Abs. 1 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10) regulierten Netzzugang betraf, für den Zugang zur physischen Glasfaserinfrastruktur monatliche Kosten von Fr. 15.90 berechnet habe. Dies vor dem Hintergrund, dass nach Art. 54 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a FDV für die Berechnung des kostenorientierten Preises, der für die Inanspruchnahme des Netzzugangs nach Art. 11 Abs. 1 FMG massgeblich ist, von denjenigen Kosten auszugehen ist, die eine hypothetisch effiziente Anbieterin für die Wiederbeschaffung von modernen, funktionsäquivalenten Anlagen (modern equivalent assets; MEA) auf sich nehmen müsste. Gestützt hierauf hielt der Preisüberwacher fest, dass die damals geplante monatliche Gebühr für ewz.FLL diesen Betrag von Fr. 15.90 (um ein aus der im Recht liegenden geschwärzten Fassung der Empfehlung nicht hervorgehendes Mass) übersteige. Dies müsse hinterfragt werden, auch wenn einige Vorgaben und Modellannahmen der Berechnung nach FMG nicht in allen Punkten die reale Situation des ewz.zürinet abbilden würden. Die Klägerin führte dazu zusammengefasst aus, beim Betrag von Fr. 15.90 handle es sich um eine Kostenschätzung für das Jahr 2015, wobei das Abstellen des Preisüberwachers auf diese Zahl im Jahr 2019 angesichts der seither sinkenden Kosten als vorsichtig zu werten sei bzw. "noch viel Luft zugunsten der Klägerin" lasse. Das ungewichtete Mittel der monatlichen Gebühren für ewz.FCS sei seit der Kalkulation des Preisüberwachers im Februar 2019 (recte: Mai 2019) um rund 23,3 Prozent gesunken. Wenn man diese seit Februar 2019 erfolgte Senkung des ungewichteten Mittels der monatlichen Gebühren für ewz.FCS um 23,3 Prozent auf diese Zahl anwende, so ergebe sich per Januar 2021 ein Preis von Fr. 12.20.

E. 3.2.8.4

Auch diese Vorbringen stellen keine hinreichende Grundlage dar, um auf das Bestehen einer Ungleichbehandlung infolge überhöhter Preise für ewz.FLL zu schliessen. Weder den Erwägungen des Preisüberwachers noch den Ausführungen der Klägerin lassen sich irgendwelche weiteren Angaben zur referenzierten Kostenschätzung der ComCom entnehmen. Insbesondere hat der Preisüberwacher für diese Schätzung über seinen generellen Verweis auf die "Teilverfügung vom 22. Februar 2019" keine Fundstelle angegeben. Die rund 450-seitige Teilverfügung ist auf deren Website der ComCom zwar zugänglich (<https://www.comcom.admin.ch/comcom/de/home/die-kommission/entscheide/entscheide%202018-2019.html>; besucht am 17. Juli 2024). Allerdings lässt sich dieser, zumindest mittels Volltextsuche, kein solcher Betrag entnehmen. In Anbetracht der diesbezüglich spärlichen Tatsachenvorbringen der Klägerin, die den Entscheid der ComCom, auf welchen sie sich stützen will, nicht einmal als Beweismittel eingereicht hat, ist es nicht Aufgabe des Verwaltungsgerichts, in den Erwägungen der ComCom darüber hinaus nach Ausführungen zu forschen, die geeignet wären, die Existenz einer solchen Kostenschätzung zu belegen. Im Übrigen ist die genannte Teilverfügung, wie der Website der ComCom entnommen werden kann, nach wie vor nicht vollumfänglich rechtskräftig (vgl. BVGr, 16. Juli 2021, A-1286/2019, Dispositivziffern 1 f.), weshalb ohnehin fraglich erscheint, inwiefern für das vorliegende Verfahren darauf abgestellt werden könnte.

E. 3.2.8.5

Was schliesslich die Erhebung anderer möglicher Beweismittel betrifft, anhand derer, dem klägerischen Ansatz folgend, die für das Angebot auf ewz.FCS zusätzlich anfallenden Produktionskosten der Beklagten eruiert werden könnten, um gestützt darauf zu ermitteln, ob und in welchem Verhältnis die monatliche Gebühr für ewz.FLL niedriger sein müsste, stellt die Klägerin in dieser Hinsicht weder entsprechende Beweisanträge noch hinreichend substantiierte Tatsachenbehauptungen auf, angesichts derer sich die Vornahme weiterer Beweiserhebungen von Amtes wegen rechtfertigen würde. Insbesondere legt die Klägerin nicht näher dar, welche Informationen sie für die von ihr letztlich angestrebte Kostenrechnung benötigen würde und wie eine solche genau vorgenommen werden müsste. Auch wenn das Verwaltungsgericht im Klageverfahren frei ist, beim Bestehen von Unklarheiten eigene Sachverhaltsermittlungen vorzunehmen und in diesem Rahmen die Parteien zur Mitwirkung verpflichten kann (vgl. Tobias Jaag, Kommentar VRG, § 85 N. 10), obliegt es in erster Linie den Parteien, das für die Beurteilung der geltend gemachten Ansprüche notwendige Tatsachenfundament mittels hinreichend detaillierter Behauptungen darzulegen und diese im Bestreitungsfall zu substantiieren und mit Beweisofferten zu untermauern (vgl. VGr, 21. Dezember 2009, VK.2009.00005, E. 2; Jaag, Vorbemerkungen zu §§ 81–86 N. 22). Befinden sich die für den Beweis der strittigen Tatsachen notwendigen Informationen oder Beweisstücke im Besitz der beklagten Partei, so hat die Klägerin allenfalls durch Stellung hinreichend konkreter Beweisanträge, welche jeweils mit den massgeblichen Tatsachenbehauptungen zu verbinden sind, deren Herausgabe zu verlangen. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist es hierfür nicht ausreichend, einfach pauschal darauf zu verweisen, dass sich die Beklagte bisher geweigert habe "die relevanten Zahlen ihrer Kosten- und Margenrechnung dem Preisüberwacher offenzulegen" und zu verlangen, "dass das Gericht im vorliegenden Fall auf die Mitwirkungspflicht der Beklagten nach § 7 Abs. 2 VRG pocht". Vielmehr hätte die Klägerin angesichts der Bestreitungen der Beklagten substantiiert dartun müssen, welche Kostenfaktoren aus ihrer Sicht zur Berechnung des nach ihrer Argumentation ausschlaggebenden Unterschieds der Produktionskosten massgeblich sind, wie sich diese allenfalls ermitteln liessen und gegebenenfalls die Verpflichtung der Beklagten zu deren Herausgabe beantragen müssen. Die Ausführungen der Klägerin zur Begründung der verlangten Preissenkung auf Fr. ..., welche schlussendlich auf blossen Mutmassungen zur Kostenstruktur der Beklagten sowie auf Überlegungen des Preisüberwachers beruhen, die zum Beweis der zugrundeliegenden Tatsachenbehauptungen von vornherein untauglich erscheinen, vermögen diesen Anforderungen nicht zu genügen.

E. 3.3

Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass auch unter dem Blickwinkel des Grundsatzes der Gleichbehandlung direkter Konkurrenten bzw. der Wettbewerbsneutralität staatlichen Handelns kein Anlass für die von der Klägerin verlangte Senkung der monatlichen Gebühren für das Produkt ewz.FLL besteht.

E. 3.4

Nebst Geltendmachung eines vertraglichen Anspruchs auf Reduktion der einseitig festgelegten Gebühren für ewz.FLL infolge Verletzung übergeordneten Rechts stützt sich die Klägerin zur Begründung der eingangs genannten Rechtsbegehren auch auf die Lehre zur nachträglichen richterlichen Anpassung von Verträgen an nachträglich veränderte Verhältnisse (*clausula rebus sic stantibus*), den Schutz von berechtigtem Vertrauen in

behördliche Handlungen sowie das Willkürverbot. Unter all diesen Gesichtspunkten beschränkt sie sich jedoch im Wesentlichen auf eine Wiederholung der bereits ausführlich behandelten Vorbringen, wonach das Preismodell der Beklagten durch die überproportionalen Senkungen der monatlichen Gebühren für ewz.FCS auf den Kopf gestellt worden sei und dass das derzeitige Preisverhältnis sowohl im Widerspruch zum auf gemeinderechtl. Ebene massgeblichen Leistungsauftrag Telekom, dem verfassungsrechtlichen Gebot zur Gleichbehandlung direkter Konkurrenten und damit auch zum öffentlichen Interesse stehe. Da die wiederkehrenden monatlichen Kosten für das Produkt ewz.FLL wie ausführlich dargelegt nicht im Widerspruch zum Leistungsauftrag Telekom (E. 3.1 hiervor) stehen und anhand der klägerischen Tatsachendarstellung auch keine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung direkter Konkurrenten dargetan ist (E. 3.2 hiervor), erübrigt sich eine vertiefte Auseinandersetzung mit diesen Vorbringen der Klägerin.

E. 3.5

Auf Grundlage vorstehender Erwägungen ist somit auch das klägerische Rechtsbegehren Ziff. 1.1, erster Spiegelstrich abzuweisen, soweit es die monatlich wiederkehrenden Kosten von ewz.FLL betrifft.

E. 4

verwendet werden (E. 4.5.2 hiervor), verkennt die Klägerin zunächst, dass selbst wenn dies zutreffen sollte, darin mit Blick auf die vorstehenden Erwägungen höchstens ein Anlass für eine kostendeckende Erhöhung der Aufschaltgebühr für das Produkt ewz.FCS zu erblicken wäre. Die verlangte Senkung der Aufschaltgebühr für das Produkt ewz.FLL unter die ausgewiesenen und nicht bestrittenen höheren Kosten liefe dagegen – mit Blick auf die Pflicht zum eigenwirtschaftlichen Betrieb (Ziff. 4 Leistungsauftrag Telekom) – auf eine Gleichbehandlung im Unrecht hinaus. Hierauf hätte die Klägerin grundsätzlich nur Anspruch, sofern von einer andauernden Absicht bzw. Praxis des ewz auszugehen wäre, auch inskünftig nur bei der Aufschaltung von ewz.FLL-Anschlüssen die gesamten anfallenden Aufwendungen an die Dienstanbieterinnen weiterzureichen (vgl. BGr, 27. Januar 2015, 1C_444/2014, E. 4.2 mit Hinweisen). Solches ist indessen weder behauptet noch ersichtlich. Sodann bestreitet die Klägerin mit ihrer Sachdarstellung keineswegs, dass der Beklagten für die Anbindung von Anschlüssen im Rahmen von ewz.FLL faktisch höhere Kosten verrechnet werden als für den – nach unbestrittener Behauptung der Beklagten zahlenmässig überwiegenden – Anteil der Anschlüsse im Rahmen von ewz.FCS mit einer Bandbreite von weniger als 10 Gbit/s. Selbst wenn die Swisscom, wie von der Klägerin behauptet, auch für die Anbindung solcher Anschlüsse in Tat und Wahrheit eine aufwändigere Anbindungsvariante wählen sollte als notwendig wäre und als sie der Beklagten verrechnet, so änderte dies nichts an der Tatsache, dass der Beklagten für die Anbindung von ewz.FCS-Anschlüssen tiefere Anbindungskosten entstehen würden als für ewz.FLL-Anschlüsse. Mangels Rechtserheblichkeit erübrigen sich bei dieser Behauptungslage auch weitere Beweisabnahmen hinsichtlich der tatsächlichen Verhältnisse in den Anschlusszentralen.

E. 4.1

Zu prüfen ist sodann, ob das objektive Recht der Klägerin einen Anspruch auf Reduktion der für das Produkt ewz.FLL verlangten einmaligen Aufschaltgebühr von derzeit Fr. ... auf Fr. ... einräumt (vgl. Klagebegehren Ziff. 1.1, erster Spiegelstrich).

E. 4.2

Die Herstellung der physischen Glasfaserverbindung zwischen der Anschlussdose (Optical Terminal Outlet, OTO) eines Endkunden und dem Netzwerk einer Dienstanbieterin ("Anbindung") erfordert – unabhängig davon, ob dies im Rahmen eines Layer 1- (ewz.FLL) oder eines Layer-2-Zugangs (ewz.FCS) erfolgt – die Vornahme gewisser Verkabelungsarbeiten in der betreffenden Anschlusszentrale. Im Rahmen der bestehenden Kooperation lässt das ewz diese Arbeiten gegen Entgelt von der Swisscom ausführen. Zur Abgeltung des damit verbundenen Aufwands erhebt das ewz von den Dienstanbieterinnen für die Inbetriebnahme jedes Anschlusses eine einmalige Aufschaltgebühr. Für Anschlüsse mit ewz.FLL beträgt diese Gebühr derzeit Fr. ..., für solche mit ewz.FCS dagegen lediglich Fr.

E. 4.3

Die Klägerin erblickt auch hierin eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung direkter Konkurrenten (Art. 27 Abs. 1 BV) bzw. der Nichtdiskriminierung von Marktteilnehmenden (Ziff. 5 Abs. 2). Während sie in ihrer Klagebegründung noch behauptete, dass die Kosten für die Inbetriebnahme eines Anschlusses über ewz.FCS höher seien als bei ewz.FLL, was sich auch in einer höheren Aufschaltgebühr für ewz.FCS niederschlagen müsse, stellte sie sich – nach entsprechenden Erwiderungen der Beklagten – im Lauf des späteren Verfahrens auf den Standpunkt, dass sich die Anbindung eines Anschlusses bei den beiden Produkten ewz.FLL und ewz.FCS technisch nicht voneinander unterscheidet, sodass für die Erhebung unterschiedlich hoher Aufschaltgebühren kein sachlicher Grund bestehe.

E. 4.4

Nach insoweit unbestrittener Darstellung der Beklagten (vgl. die Ausführungen von G und F) stehen zur Anbindung der Teilnehmeranschlüsse in den Anschlusszentralen vier verschiedene Varianten zur Verfügung, welche sich schematisch wie folgt illustrieren lassen: Abbildung 1: Illustration der Netztopologie der Beklagten. Das Gebäude rechts zeigt eine Anschlusszentrale (CO [Central Office]), das Gebäude links zeigt ein Wohn- oder Geschäftshaus, welches an das von ewz und Swisscom gemeinsam betriebene Glasfasernetz angeschlossen ist. Von den vier zu jedem OTO verlaufenden Glasfasern kann jeweils eine durch das ewz und eine durch Swisscom genutzt werden, während zwei Fasern derzeit inaktiv sind.

E. 4.4.1

Wie aus vorstehender Illustration hervorgeht, verläuft die Anbindungsvariante 3 ab dem "OMDF" (Optical Main Distribution Frame; "Hauptverteiler" gemäss Darstellung von F seitens der Beklagten) direkt zu den grün eingefärbten Anlagen des ewz ("ewz.L2"). Dies im Unterschied zur Anbindungsvariante 1, wo zur Übergabe der Glasfaser an die Dienstanbieterinnen ("SP") die Zwischenschaltung eines "XMDF" (Crossover Main Distribution Frame; "Weiche") sowie eines "OHDF" (Optical Handover Distribution Frame; "Übergabepunkt zu den Dienstanbieterinnen") erforderlich ist. In jüngerer Zeit wurde sodann unbestrittenermassen zusätzlich die Anbindungsvariante 4 verwendet, mittels welcher der Datenverkehr vom OMDF über einen separaten OHDF zu den Anlagen des ewz geleitet wird.

E. 4.4.2

Die Aufschaltung eines Anschlusses mittels der Anbindungsvarianten 1 und 4 ist unbestrittenermassen aufwändiger als die Aufschaltung mittels Anbindungsvariante 3. Während bei letzterer lediglich eine sog. "Patchung" (zwischen dem OMDF und "ewz.L2") vorgenommen werden muss, erfolgt bei Anbindungsvariante 1 zunächst eine sog. Einzelfaserüberführung vom OMDF zum XMDF, und es ist zusätzlich eine "Patchung" am OHDF vorzunehmen. Auch bei Anbindungsvariante 4 sind im Unterschied zur Anbindungsvariante 3 eine Einzelfaserüberführung und eine "Patchung" erforderlich.

E. 4.5.1

Die Beklagte begründet die höhere Aufschaltgebühr für ewz.FLL damit, dass sie der Swisscom für die Anbindung eines Anschlusses im Rahmen dieses Produkts ein höheres Entgelt entrichten müsse, welches sie wie auch bei ewz.FCS vollumfänglich an die Dienstanbieterinnen weiterreiche. Bei der Anbindung im Rahmen von ewz.FLL gelangen nach Darstellung der Beklagten aus technischen Gründen ausschliesslich die aufwändigeren und infolgedessen teureren Anbindungsvarianten 1 und 4 zum Einsatz. Demgegenüber sei der Aufwand für die Anbindung von ewz.FCS-Anschlüssen geringer, weil dazu weit überwiegend die weniger aufwändige und von Swisscom günstiger offerierte Anbindungsvariante 3 verwendet werde. Lediglich für das per 1. Januar 2023 neu eingeführte ewz.FCS-Bandbreitenprofil von 10 Gbit/s erfolge die Anbindung aus technischen Gründen ebenfalls mittels der aufwändigeren Variante 4 und nicht wie für die übrigen Bandbreitenprofile mittels Anbindungsvariante 3. Für die seit Anfang des Jahres 2023 weniger als ... aufgeschalteten Anschlüsse mit diesem Profil sei bislang weiterhin eine Aufschaltgebühr von Fr. ... erhoben worden. Die Art einer Weitergabe der entsprechend höheren Kosten für die Aufschaltung dieser Anschlüsse werde derzeit geprüft. Zum Nachweis dieser Preisunterschiede beruft sich die Beklagte auf die "... " der Swisscom, welche – vorbehältlich der besonderen Preise für Eilaufträge – für die Vornahme der Anbindungsarbeiten der Varianten 1 und 4 einen rund ...-mal höheren Preis veranschlagt als für diejenigen der Anbindungsvariante 3.

E. 4.5.2

Die Klägerin bestreitet demgegenüber, dass für die Produkte ewz.FLL und ewz.FCS unterschiedliche Anbindungsvarianten verwendet würden. Gestützt auf Video- und Bildmaterial, welches sie in zwei Anschlusszentralen in der Stadt Zürich aufgenommen habe, macht sie geltend, dass sowohl für ewz.FLL als auch für sämtliche Bandbreitenprofile von ewz.FCS die gleichermassen aufwändigen Anbindungsvarianten 1 und 4 verwendet würden. Die Anbindungsvariante 3, die nach Darstellung der Beklagten für die Aufschaltung von ewz.FCS-Anschlüssen überwiegend verwendet werden soll, sei nie realisiert worden. Als weitere Beweismittel offeriert die Klägerin die Durchführung eines Augenscheins in einer Anschlusszentrale oder die Einholung eines technischen Gutachtens "zur Abhängigkeit des Layer-2-Angebots vom Vorhandensein einer Layer -1-Faser". Ergänzend führt sie aus, sie könne sich die Diskrepanz zwischen diesen Sachdarstellungen nur so erklären, dass Swisscom tatsächlich nur Anbindungsvarianten 1 bzw. 4 gebaut, der Beklagten aber eine Anbindungsvariante 3 verrechnet habe, obwohl diese gar nicht existiere.

E. 4.5.3

Die Beklagte hat mit Stellungnahme vom 7. Juli 2023 wiederum eigene Fotoaufnahmen eingereicht, auf welchen die für Anbindungsvariante 3 verwendeten Gerätschaften

erkennbar seien.

E. 4.6

Anders als bei der Gewährung des Netzzugangs, dessen Art und Umfang sich bei Layer-1- und Layer-2-Zugängen massgeblich voneinander unterscheidet und welcher durch Entrichtung der monatlich wiederkehrenden Gebühr entschädigt wird, kann in Bezug auf die erstmalige Anbindung der jeweiligen Anschlüsse nicht gesagt werden, dass das ewz den Diensteanbieterinnen im Rahmen von ewz.FLL ein grundsätzlich anderes Produkt anbiete als im Rahmen von ewz.FCS. Mit der dafür entrichteten einmaligen Aufschaltgebühr soll dem ewz bei beiden Produkten vielmehr der (aufgrund der Rechnungsstellung durch Swisscom) anfallende Aufwand abgegolten werden, welcher für das Herstellen der physischen Glasfaserverbindung zwischen dem jeweiligen Endkundenanschluss und den Gerätschaften bzw. dem Datenverkehr der jeweiligen Fernmeldediensteanbieterin anfällt. Infolge der ähnlichen Natur der dafür jeweils notwendigen Arbeiten erscheint eine direkte Vergleichbarkeit hinsichtlich der Aufschaltgebühren gegeben bzw. das Verhältnis der entsprechenden Gebühren grundsätzlich geeignet, das zumindest hinsichtlich des klägerischen Produkts "... " bestehende direkte Konkurrenzverhältnis zu den Bezüglern eines entsprechenden 1'000 Mbit/s-Profiles via ewz.FCS zu beeinflussen. Aufgrund der dargelegten Eigenschaften ist die Aufschaltgebühr vergleichbar mit einer kostenabhängigen Kausalabgabe, für welche insbesondere das Äquivalenzprinzip (Art. 5 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 1 BV) zu beachten ist (vgl. BGE 141 V 509 E. 7.1.2). Unter Rechtsgleichheitsaspekten (Art. 8 Abs. 1 BV) ist bei Kausalabgaben ausserdem darauf abzielen, dass die – ex ante festgelegten – Abgabesätze eine möglichst gleichmässige, d.h. auf den konkret verursachten Aufwand abgestimmte Belastung der Abgabepflichtigen ermöglichen, wobei eine gewisse Schematisierung und Pauschalierung zulässig bleibt (BGE 131 II 271 E. 7.2.4; 128 I 240 E. 2.3; 125 I 65 E. 3c; vgl. ausführlich zur Zulässigkeit schematisierender Abgabesätze im Bereich von Wasseranschlussgebühren BGr, 4. Mai 2022, 2C_1027/2020, E. 7.2).

E. 4.7

Im Licht vorstehender Ausführungen – und insbesondere mit Blick auf das Prinzip der Gleichbehandlung von Konkurrenten (vgl. hierzu E. 3.2.1 hiervor) – rechtfertigen sich die unterschiedlichen Sätze, die das ewz für die Aufschaltung eines Layer-1-Zugangs (Fr. ...) und eines Layer-2-Zugangs (Fr. ...) anwendet, nur unter der Voraussetzung, dass dem ewz für die Aufschaltung eines Layer-1-Zugangs (ewz.FLL) im Regelfall tatsächlich (wesentlich) höhere Kosten anfallen als für die Aufschaltung eines Layer-2-Zugangs (ewz.FCS). Wenn in einzelnen Fällen die Kosten für die Aufschaltung eines ewz.FCS-Zugangs höher zu liegen kommen, ändert dies am Gesamtbild nichts, wenn und solange es sich, sowohl qualitativ als auch quantitativ betrachtet, um Ausnahmefälle handelt.

E. 4.8

Die Beklagte hat im vorliegenden Verfahren substantiiert dargelegt, dass ihr für die Aufschaltung eines Layer-1-Zugangs (ewz.FLL) von der Swisscom aufgrund des höheren Aufwands (Einzelfaserüberführung und Patchung) im Regelfall wesentlich höhere Kosten verrechnet werden als für die Aufschaltung eines Layer-2-Zugangs (ewz.FCS) (nur Patchung erforderlich; vgl. E. 4.4.2 und 4.5.1 hiervor), nachdem für eine Aufschaltung von ewz.FLL – unbestrittenermassen – die Anbindungsvarianten 1 oder 4 verwendet werde, für eine Aufschaltung von ewz.FCS hingegen – in der bislang überwiegenden Anzahl der Fälle

– die Anbindungsvariante 3. Die unterschiedlich hohen Preise der Swisscom für die Realisierung der verschiedenen Anbindungsvarianten ergeben sich dabei unmittelbar aus den als Beweismitteln eingereichten Vertragsunterlagen.

E. 4.9

Mit ihrer abweichenden Sachdarstellung, wonach auch für das Produkt ewz.FCS in Tat und Wahrheit bei sämtlichen Bandbreitenprofilen ausschliesslich die aufwändigere Anbindungsvarianten 1 oder

E. 4.10

Nach dem Gesagten ist – nach der derzeitigen Aktenlage – somit auch in Bezug auf die einmaligen Aufschaltgebühren von einer grundsätzlich zulässigen Tarifgestaltung des ewz auszugehen, die namentlich den Anforderungen des Leistungsauftrags Telekom und des Prinzips der Gleichbehandlung von Konkurrenten zu genügen vermag. Das ewz ist allerdings mit Nachdruck darauf hinzuweisen, dass es gehalten ist, periodisch zu überprüfen, ob ihre der Tarifgestaltung zugrundeliegenden Annahmen auch wirklich zutreffen. Im Übrigen ist das ewz darauf hinzuweisen, dass es nicht angeht, für ewz.FCS-Zugänge, welche die Anbindungsvariante 4 benötigen (und damit beim ewz denselben finanziellen Aufwand verursachen wie ein mit Anbindungsvariante 1 aufgeschalteter ewz.FLL-Zugang), eine tiefere einmalige Aufschaltgebühr zu verlangen als für ewz.FLL. Aufgrund der verhältnismässig geringen Zahl betroffener ewz.FCS-Anschlüsse (weniger als ...) besteht heute jedoch noch keine Grundlage für eine hoheitlich durchzusetzende Tarifänderung. Das klägerische Rechtsbegehren Ziff. 1.1 ist demnach auch hinsichtlich der beantragten Senkung der Aufschaltgebühren abzuweisen.

E. 5.1

Zu behandeln ist schliesslich das klägerische Rechtsbegehren Ziff. 2, mit welchem die Klägerin die Verpflichtung der Beklagten beantragt, ihr für ewz.FLL "analog zu ewz.FCS" ein dreimonatiges "Try and Buy"-Angebot zu unterbreiten.

E. 5.2

Nach Darstellung der Klägerin erhalten die Bezüger von ewz.FCS die Möglichkeit, einen Anschluss während drei Monaten kostenlos zu beziehen, sofern sie ihren Endkunden ebenfalls ein solches Gratisangebot unterbreiten. Der Klägerin, welche auf ewz.FLL setze, werde kein solches Angebot gemacht. Die Beklagte bestreitet diese Sachdarstellung nur insoweit, als sie geltend macht, der Klägerin ein solches Angebot keineswegs vorzuenthalten. Sie habe die Möglichkeit eines solchen Angebots auch mit ihren ewz.FLL-Kunden besprochen, namentlich auch mit der Klägerin. Indessen sei die Klägerin nicht darauf eingegangen und habe in der Folge nie Interesse an einem solchen Angebot gezeigt, geschweige denn eine entsprechende Anfrage getätigt. Die Möglichkeit für ein solches Angebot bestehe nach wie vor, was der Klägerin bekannt gewesen sei, da sie dieses im Rahmen ihres früheren Bezugs von ewz.FCS-Zugängen selbst genutzt habe.

E. 5.3

Die Beklagte bestreitet demnach nicht, dass der Klägerin als Bezügerin von ewz.FLL grundsätzlich ein Anspruch auf ein "Try and Buy"-Angebot zu den gleichen Konditionen zukommt, wie sie den Bezüger von ewz.FCS gewährt werden. Da auch den Akten keine Hinweise auf sachliche Gründe zu entnehmen sind, aufgrund derer es sich allenfalls rechtfertigen würde, die Bezüger von ewz.FLL und ewz.FCS in dieser Hinsicht

unterschiedlich zu behandeln, erscheint dies unter dem Blickwinkel des allgemeinen Rechtsgleichheitsgebots (Art. 8 BV) und – soweit zwischen den Bezüglern von ewz.FLL und ewz.FCS ein direktes Konkurrentenverhältnis bejaht werden kann – nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung direkter Konkurrenten bzw. der Wettbewerbsneutralität staatlichen Handelns (Art. 27 Abs. 1 BV und Ziff. 5 Abs. 2 Leistungsauftrag Telekom) auch geboten. Demnach ist die Beklagte in (sinngemässer) Guttheissung des klägerischen Rechtsbegehrens Ziff. 2 zu verpflichten, der Klägerin für das Produkt ewz.FLL ein "Try and Buy"-Angebot zu den gleichen Bedingungen zu unterbreiten, wie sie auch für das Produkt ewz.FCS gelten. Was hingegen die Frage betrifft, ob die Klägerin die Beklagte vor Erhebung der vorliegenden Klage jemals dazu aufgefordert hat, ihr ein solches Angebot auch für ewz.FLL zu unterbreiten, wird dies von der Klägerin weder substantiiert behauptet noch mit Beweismitteln untermauert. Was die Klägerin aus ihrem diesbezüglichen Einwand abzuleiten meint, wonach die Beklagte "sich fragen lassen müsse, warum die Klägerin an einigen wenigen Standorten ewz.FCS 'Try and Buy' hätte nutzen wollen, an den anderen Standorten, wo sie auf ewz.FLL setzt, hingegen nicht", legt sie nicht näher dar. Jedenfalls musste die Beklagte diese frühere Inanspruchnahme des "Try and Buy"-Angebots für ewz.FCS nach Treu und Glauben nicht als Aufforderung verstehen, der Klägerin ein solches auch für ewz.FLL zu unterbreiten, wobei sie diese Möglichkeit gemäss ihrer insoweit unbestritten gebliebenen Tatsachendarstellung im Übrigen ohnehin mit der Klägerin besprochen hatte. Angesichts dieser Umstände ist davon auszugehen, dass die Aufforderung zur Unterbreitung eines "Try and Buy"-Angebots für ewz.FLL erstmals mit Anhebung der vorliegenden Klage erfolgte, was im Rahmen der Kostenverteilung zu berücksichtigen sein wird.

E. 6

Aus dem Vorstehenden resultiert das Nichteintreten auf die klägerischen Rechtsbegehren Ziff. 1.2 und 1.3 sowie die vollumfängliche Abweisung des Rechtsbegehrens Ziff. 1.1. Das Rechtsbegehren Ziff. 2 ist dagegen gutzuheissen und die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin für das Produkt ewz.FLL ein "Try and Buy"-Angebot zu den gleichen Bedingungen zu unterbreiten, wie sie auch für das Produkt ewz.FCS gelten .

E. 7

Zu befinden bleibt über die verbleibenden prozessualen Anträge der Parteien, soweit diese für die Beurteilung der einstweilen zu behandelnden Rechtsbegehren Ziff. 1 und 2 relevant erscheinen und darüber nicht bereits im Rahmen der bisherigen Prozessleitung entschieden worden ist.

E. 7.1

Mit prozessualen Antrag Ziff. 1 beantragt die Klägerin den Beizug der Akten verschiedener Verwaltungs- und Gerichtsverfahren. Nach § 86 in Verbindung mit § 57 Abs. 1 VRG werden die für die Beurteilung nötigen Akten beigezogen, worauf bei offensichtlich unzulässigen oder unbegründeten Rechtsmitteln verzichtet werden kann. Während der Beizug sämtlicher Vorakten im Beschwerdeverfahren die Regel darstellt, von welcher nur in Ausnahmefällen abzuweichen ist (vgl. hierzu Alain Griffel, Kommentar VRG, § 57 N. 4 und § 26a N. 9 ff.), ist bei der sinngemässen Anwendung der Bestimmung im Klageverfahren eine grössere Zurückhaltung angezeigt. Der Beizug von Akten aus anderen Verfahren ist grundsätzlich nur dann als notwendig anzusehen, wenn diese zum Beweis rechtserheblicher strittiger Tatsachen offeriert wurden oder zur Beweiserhebung

von Amtes wegen benötigt werden (vgl. zur Untersuchungsmaxime im Klageverfahren Jaag, Kommentar VRG, Vorbemerkungen zu §§ 81–86 N. 22). Ferner ist das Interesse der Beklagten an der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse angemessen zu berücksichtigen. Hinsichtlich der Verfahrensakten betreffend das klägerische Gesuch vom 25. Januar 2017 (vgl. Ziff. I.C f. hiervor), das Beschwerdeverfahren VB.2019.00617 vor dem Verwaltungsgericht (vgl. Ziff. I.G hiervor) sowie das Gesuch der Klägerin vom 30. April 2021 gestützt auf das Gesetz über die Information und den Datenschutz vom 12. Februar 2007 (IDG; LS 170.4) ist die Notwendigkeit eines Aktenbeizugs für den Beweis rechtserheblicher strittiger Tatsachen im vorliegenden Verfahren weder dargetan noch ersichtlich. Insbesondere lässt sich entgegen den klägerischen Vorbringen nicht nachvollziehen, inwiefern sich die Akten des inzwischen abgeschlossenen parallel geführten IDG-Verfahrens auf die Beurteilung ihrer prozessualen Anträge Ziff. 2 und 3 (vgl. dazu nachfolgend E. 7.2 f.) auswirken sollen. Mangels Rechtserheblichkeit für die klägerische Darstellung, welche die tatsächliche Grundlage für den geltend gemachten Anspruch auf Senkung der monatlich wiederkehrenden Gebühren für ewz.FLL in den behaupteten geringeren Produktionskosten verortet, erübrigt sich sodann wie dargelegt (E. 3.8.2 hiervor) ein Beizug der Akten des Verfahrens OM 461/20; 321-1 vor dem Preisüberwacher sowie die Verpflichtung der Beklagten zur Edition der ungeschwärzten Empfehlung vom 14. Mai 2019. Der klägerische prozessuale Antrag Ziff. 1 ist nach dem Gesagten somit abzuweisen.

E. 7.2

Mit prozessuaalem Antrag Ziff. 2 fordert die Klägerin ferner, die Beklagte sei "zur Herausgabe der IRU-Verträge mit den Unternehmen H und I sowie allfälligen weiteren IRU-Vertragspartnern zu verpflichten und der Klägerin Einsicht in die IRU-Verträge mit den Unternehmen H und I sowie mit allfälligen weiteren IRU-Vertragspartnern zu geben".

E. 7.2.1

Nach unbestrittener Sachdarstellung der Klägerin handelt es sich bei einem IRU ("Indefeasible Rights of Use") -Vertrag um eine Vereinbarung, mit welcher die Eigentümerin eines Übertragungsnetzes einer Dienstanbieterin ein unkündbares Recht zur Nutzung ihres Netzes im Rahmen einer bestimmten Kapazität während einer festen Laufzeit von in der Regel 10 bis 20 Jahren einräumt. Die zugesicherte Netzkapazität wird dem IRU-Erwerber in diesem Zeitraum exklusiv und bedingungslos zur Nutzung überlassen. Im Unterschied zur Gewährung des Netzzugangs via ewz.FLL wird das von der Dienstanbieterin zu entrichtende Entgelt für sämtliche durch den IRU-Vertrag abgedeckten Anschlüsse schon zu Beginn der Vertragsperiode fällig, wohingegen die Entschädigung für die Nutzung des Dienstes ewz.FLL erst zu entrichten ist, wenn ein Endkunde einen Internetanschluss bei einer Dienstanbieterin bestellt. Die Klägerin macht gestützt auf einen Medienbericht geltend, die Beklagte habe solche IRU-Verträge zumindest mit den Unternehmen H und I abgeschlossen. Auf Grundlage eines Vergleichs zwischen den von diesen Dienstanbieterinnen offerierten Endkundenpreisen mit den Konditionen, welche ihr von ewz und der Swisscom für einen IRU-Vertrag jeweils unterbreitet wurden, äussert sie den Verdacht, auch in dieser Hinsicht gegenüber anderen Dienstanbieterinnen diskriminiert zu werden. Gemäss der klägerischen Darstellung sollen die aggressiven Endkundenpreise von H ab März 2018 zu einem Einbruch ihres Umsatzwachstums geführt haben, womit sie einen wesentlichen Teil ihrer (vorliegend nicht zu behandelnden) Schadenersatzforderung gemäss Rechtsbegehren Ziff. 3 begründet.

E. 7.2.2

Die Klägerin vertritt zum einen den Standpunkt, die Beklagte sei unmittelbar gestützt auf das in § 20 Abs. 1 IDG verankerte Recht auf Zugang zu Informationen öffentlicher Organe verpflichtet, die betreffenden Verträge an sie herauszugeben (vgl. dazu ..., wonach der Öffentlichkeitsgrundsatz bei den vorliegenden verwaltungsrechtlichen Verträgen "unstrittig anwendbar" sei, sodass gestützt hierauf "auch vorliegend eine Edition verlangt werden" könne). Zum anderen macht die Klägerin geltend, die Beklagte sei gestützt auf das einschlägige Verfahrensrecht zur Herausgabe bzw. Einsichtsgewährung in die IRU-Verträge verpflichtet. Nach § 86 VRG seien die Bestimmungen über das Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht im Klageverfahren sinngemäss anwendbar, wozu insbesondere auch die behördliche Pflicht zur Herausgabe von Akten nach § 7 Abs. 3 VRG gehöre. Alternativ lasse sich die Edition im vorliegenden Klageverfahren durch eine analoge Anwendung der zivilprozessualen Mitwirkungspflicht der Parteien gemäss Art. 160 ZPO begründen.

E. 7.2.3

Soweit die Klägerin zur Begründung ihres Begehrens auf das IDG und den darin geregelten materiell-rechtlichen Informationszugangsanspruch abstellt, vermag ihre Argumentation nicht zu überzeugen. Wie die Beklagte zu Recht einwendet richtet sich das Recht auf Zugang zu Informationen in nicht rechtskräftig abgeschlossenen Verwaltungs- und Verwaltungsjustizverfahren nach dem massgeblichen Verfahrensrecht (§ 20 Abs. 3 IDG). Damit ist es auch ausgeschlossen, einen gestützt auf § 20 Abs. 1 IDG allenfalls bestehenden Anspruch auf Zugang zu Informationen unmittelbar im Rahmen eines verwaltungsrechtlichen Klageverfahrens gegen das betreffende öffentliche Organ geltend zu machen. Ein solches Vorgehen verbietet sich bereits aufgrund der von Amtes wegen zu beachtenden sachlichen Zuständigkeit erstinstanzlicher Verwaltungsbehörden für Informationszugangsgesuche im Sinn von § 20 IDG in ihrem eigenen Zuständigkeitsbereich (§ 1 Abs. 2 lit. b der Verordnung über die Information und den Datenschutz vom 28. Mai 2008 (IDV; LS 170.41)). Auch kann die Klägerin nicht einseitig auf das Durchlaufen des ordentlichen Rechtsmittelwegs (Rekurs und anschliessende Beschwerde beim Verwaltungsgericht; § 39a Abs. 3 IDG in Verbindung mit §§ 19 ff. und § 41 VRG) gegen eine Ablehnung ihres Gesuchs verzichten, um im Rahmen einer ohnehin hängigen verwaltungsrechtlichen Klage eine direkte Beurteilung durch das Verwaltungsgericht zu erwirken.

E. 7.2.4

Soweit die Klägerin ihr Begehren auf Herausgabe der IRU-Verträge auf ihre Verfahrensrechte als Partei des vorliegenden Klageverfahrens stützt, ist ihr entgegenzuhalten, dass dem Inhalt dieser Verträge für die einstweilen zu behandelnden klägerischen Rechtsbegehren Ziff. 1 und 2 keine Rechtserheblichkeit zukommt. Die verlangten Verträge betreffen weder unmittelbar die Produkte ewz.FLL oder ewz.FCS noch verlangt die Klägerin eine Verpflichtung der Beklagten zur Unterbreitung einer Offerte für einen IRU-Vertrag mit günstigeren Konditionen oder zur Anpassung ihres Preismodells für den Abschluss solcher Verträge. Soweit sich der Inhalt der IRU-Verträge für die spätere Beurteilung des klägerischen Rechtsbegehrens Ziff. 3 (Schadenersatz) als rechtserheblich erweisen sollte, namentlich für die darin enthaltene Forderung von Fr. 1'787'204.- für entgangenen Gewinn, ist über eine allfällige Herausgabeverpflichtung der Beklagten zu einem späteren Zeitpunkt zu befinden.

E. 7.2.5

Gemäss vorstehenden Erwägungen ist im Rahmen des vorläufig beschränkten Streitgegenstands somit auch der prozessuale Antrag Ziff. 2 der Klägerin abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

E. 7.3

Mit prozessuaalem Antrag Ziff. 3 beantragt die Klägerin sodann die Verpflichtung der Beklagten zur Herausgabe "aller Verträge mit [dem Unternehmen I] über die Nutzung von ewz.FLL, die vor dem aktuellen IRU-Vertrag mit [dem Unternehmen I] bestanden". Die Klägerin führt hierzu aus, sie habe anlässlich eines Gesprächs mit einer (nicht näher genannten) Konkurrentin am 14. Juli 2021 erfahren, dass das Unternehmen I offenbar seit jeher von erheblich tieferen Preisen für das Produkt ewz.FLL profitiert habe. Die Beklagte bestreitet diese Vorwürfe vollumfänglich und macht geltend, das Unternehmen I habe zu keinem Zeitpunkt Vorzugskonditionen erhalten. Die vom ewz verlangten Preise für die Produkte ewz.FLL und ewz.FCS seien abgesehen von IRU-Verträgen für sämtliche Dienstanbieterinnen identisch. Soweit die Klägerin auch dieses Begehren auf einen allfälligen Informationszugangsanspruch nach IDG stützt, kann auf das vorne Ausgeführte verwiesen werden (E. 7.2.3 hiervor). Es besteht auch hinsichtlich dieser Verträge kein Raum, die Beklagte im vorliegenden Verfahren gestützt auf die Bestimmungen des IDG zu deren Herausgabe an die Klägerin zu verpflichten. Mangels Rechtserheblichkeit für die zu behandelnden klägerischen Rechtsbegehren Ziff. 1 und 2 besteht sodann auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht kein Anlass, die Beklagte zur Herausgabe von Verträgen mit dem Unternehmen I zu verpflichten. Somit ist im Rahmen des vorläufig beschränkten Streitgegenstands auch der prozessuale Antrag Ziff. 3 der Klägerin abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

E. 8.1

Bei Verfahren mit bestimmbarem Streitwert richtet sich die Gerichtsgebühr nach diesem (§ 3 Abs. 1 der Gebührenordnung des Verwaltungsgerichts vom 3. Juli 2018 [GebV VGr; LS 175.252]). Dabei sind sämtliche geldwerten Vorteile zu berücksichtigen, die der Klägerin bei Gutheissung ihrer Begehren zuteil würden (vgl. Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 65a N. 14; VGr, 9. Dezember 2021, VB.2021.00463, E. 1.1). Während das Verwaltungsgericht bei periodisch wiederkehrenden Leistungen in ständiger Praxis insbesondere im Sozialhilferecht auf die Summe der strittigen Leistungen während einer Dauer von zwölf Monaten abstellt (vgl. statt vieler VGr, 25. August 2022, VB.2022.00277, E. 1.2; Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 65a N. 17), ist es in Streitigkeiten über Mietzinse dagegen entsprechend Art. 92 Abs. 2 ZPO und Art. 51 Abs. 4 BGG vom zwanzigfachen Betrag der jährlichen Leistung ausgegangen (vgl. VGr, 5. November 2015, VB.2015.00129, E. 1.5; VGr, 3. Oktober 2001, VB.2001.00206; E. 1.b; 28. Juni 2000, VB.2000.00110, E. 1.b). Die Rechtsprechung im Bereich der Sozialhilfe gründet insbesondere auf der Pflicht der Fürsorgebehörden, alle hängigen Hilfsfälle mindestens einmal jährlich zu überprüfen (vgl. VGr, 3. Oktober 2001, VB.2001.00206; E. 1.b mit Hinweisen; s. a. BGr, 8. November 2022, 8C_228/2022, E. 4.3.1). Demgegenüber liegen der Praxis in Streitigkeiten über Mietzinse regelmässig unbefristete Mietverhältnisse zugrunde. In Anbetracht der raschen technologischen Entwicklung im Bereich der Netzwerktechnologie, unter Berücksichtigung der bisherigen Dauer des Vertragsverhältnisses sowie nicht zuletzt angesichts der zunehmend differenzierten Gerichtspraxis zur Handhabung Art. 92 Abs. 2 ZPO (vgl. dazu Viktor Rüegg/Michael

Rüegg, BSK ZPO, Art. 92 N. 3 ff. mit Hinweisen), erscheint es vorliegend angebracht, auf den zehnfachen Betrag der einjährigen Leistung abzustellen.

E. 8.2

Im Rahmen des einstweilen auf die klägerischen Rechtsbegehren Ziff. 1, 2 und 4 beschränkten Streitgegenstands würde die Klägerin bei Gutheissung der verlangten Senkung der monatlichen Gebühr von Fr. ... auf Fr. ... eine Ersparnis von Fr. .../Anschluss pro Monat bzw. Fr. .../Anschluss pro Jahr erzielen. Auszugehen ist von rund ... ewz-FLL-Anschlüssen (... Anschlüsse per Ende Juni 2022, vgl. ... ; hochgerechnet mit dem behaupteten durchschnittlichen monatlichen Umsatzwachstum von derzeit ... % , vgl. ...). Dies ergäbe einen Streitwert von rund Fr. ... (Fr. ...x ... Anschlüsse x 10 Jahre). Der geldwerte Vorteil, den die Klägerin mit der verlangten Senkung der Anschlussgebühr und einer in die Zukunft gerichteten Verpflichtung der Beklagten zur Vornahme proportionaler Preissenkungen erzielen könnte, lässt sich hingegen aufgrund der damit verbundenen Unsicherheiten nicht beziffern. Gleiches gilt für einen allfälligen Vorteil infolge Verpflichtung der Beklagten zur Offerierung eines "Try and Buy"-Angebots für ewz.FLL.

E. 8.3

Im Verfahren vor Verwaltungsgericht tragen die Verfahrensbeteiligten die Kosten in der Regel entsprechend ihrem Unterliegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Ergänzend zum Unterliegerprinzip kommt, unabhängig vom Ausgang des Verfahrens, das Verursacherprinzip zum Zug (vgl. Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 13 N. 55 ff.). Die Klägerin unterliegt mit ihren Begehren weitestgehend. Der Kostenanteil für die Gutheissung der Klage in Bezug auf des "Try and Buy"-Angebot erscheint angesichts des geringen Beurteilungsaufwands vernachlässigbar. Überdies ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin diesbezüglich Klage erhob, ohne dass ersichtlich wäre, dass sie sich bei der Beklagten je nach der Möglichkeit eines solchen Angebots auch für ewz.FLL erkundigte (vgl. E. 5.3 hiervor). Angesichts dessen rechtfertigt es sich auch unter dem Blickwinkel des Verursacherprinzips, ihr den betreffenden Kostenanteil ungeachtet ihres Obsiegens aufzuerlegen. Somit sind die Kosten für das vorliegende Teilurteil vollumfänglich der Klägerin aufzuerlegen.

E. 8.4

Der Klägerin steht mangels mehrheitlichen Obsiegens keine Parteientschädigung zu (§ 17 Abs. 2 VRG; vgl. VGr, 14. März 2019, VB.2018.00177, E. 12.3.2; Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 17 N. 21). Unter Berücksichtigung des hohen Streitwerts sowie der ausserordentlichen technischen und rechtlichen Komplexität der Streitsache (vgl. Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 17 N. 51 und 54) ist dagegen der Beklagten gestützt auf § 17 Abs. 2 lit. a VRG eine angemessene Parteientschädigung von Fr. 30'000.- (inkl. MWST) zuzusprechen.

E. 9

Mit vorliegendem Urteil wird über die ihm Rahmen des einstweilen beschränkten Verfahrensgegenstands behandelten materiellen klägerischen Rechtsbegehren Ziff. 1 (betreffend den in die Zukunft gerichteten Anspruch auf Preissenkung) und Ziff. 2 (betreffend die Pflicht zur Unterbreitung eines "Try and Buy"-Angebots) abschliessend entschieden. Es handelt sich aus Sicht des Verwaltungsgerichts um einen selbständig anfechtbaren Teilentscheid im Sinn von Art. 91 lit. a des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG; SR 173.110), da über das noch nicht behandelte klägerische

Rechtsbegehren Ziff. 3 (Schadenersatzforderung) unabhängig befunden werden kann. Dass sich die Klägerin zur Begründung ihrer Begehren Ziff. 1 und Ziff. 3 auf dieselbe Vorfrage stützt, nämlich die behauptete Rechtswidrigkeit der vom ewz für das Produkt ewz.FLL derzeit verlangten Preise, ändert daran nichts (vgl. BGE 146 III 254 E. 2.1.1 mit Hinweis auf BGE 135 III 212 E. 1.2.2).

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