



## Weisung des Stadtrats von Zürich an den Gemeinderat

vom 21. April 2021

### **Elektrizitätswerk, Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses mit den Service Provider, Teilrevision Leistungsauftrag für das Erbringen von Telekommunikationsdienstleistungen**

#### **1. Ausgangslage**

Gemäss Ziffer 1 Leistungsauftrag für das Erbringen von Telekommunikationsdienstleistungen (Leistungsauftrag, AS 732.110) errichtet und betreibt das Elektrizitätswerk der Stadt Zürich (ewz) auf dem Gebiet der Stadt ein Breitbandtransportnetz (ewz.zürinet) und versorgt öffentliche Institutionen, private Unternehmen und die Bevölkerung mit breitbandigen Glasfaseranschlüssen.

Das ewz.zürinet ist ein FTTH-Netz (Fiber To The Home-Netz) und bildet eine offene Transportplattform, die grundsätzlich allen Anbietenden von Fernmeldediensten (Service Provider) offen steht (Open-Access-Netz). Derzeit nutzen 13 Service Provider diese Möglichkeit und bieten Endkundendienste wie Telefonie, Internet oder Radio und Fernsehen an. Das ewz beschränkt sich gemäss Ziff. 5 Abs. 2 Leistungsauftrag auf Datentransportdienstleistungen und erbringt selbst keine höherwertigen Dienste an die Endkundinnen und Endkunden im Breitbandnetz. Die Service Provider entrichten dem ewz für die Benutzung des lokalen Breitbandnetzes eine Entschädigung zu marktüblichen Preisen. Das ewz hält sich an den Grundsatz der Nichtdiskriminierung von Marktteilnehmenden. Es fördert den Wettbewerb auf dem Telekommunikationsmarkt und strebt eine möglichst grosse Anzahl von geeigneten Dienst anbietenden auf seinem Netz an. Beim Marketing arbeitet das ewz mit den Telekommunikationsunternehmen zusammen und verhält sich dabei gegenüber den Dienst anbietenden wettbewerbsneutral. Endkundinnen und Endkunden beziehen die Dienste von den Service Provider, schliessen mit diesen die Verträge ab und entrichten das Entgelt. Die Service Provider ihrerseits stehen im Vertragsverhältnis mit dem ewz und beziehen von ihm Telekommunikationsdienstleistungen (Ziff. 7 Abs. 1 Leistungsauftrag).

#### **2. Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses mit den Service Provider**

##### **2.1 Bisherige Rechtsauffassung**

Ob das Vertragsverhältnis zwischen dem ewz und den Service Provider privatrechtlich oder öffentlich-rechtlicher Natur ist, legt der Leistungsauftrag selbst nicht fest. Zwar besteht an der Bereitstellung des Glasfasernetzes ein öffentliches Interesse. Die erwähnten Vertragschlüsse dienen jedoch primär privaten Interessen, konkret der Service Provider, die kein eigenes Netz haben. Ausserdem nimmt das ewz mit seinen Dienstleistungsangeboten im Bereich Telekommunikation wie ein Privater am wirtschaftlichen Wettbewerb teil. Mit dem ewz.zürinet steht das ewz in Konkurrenz mit dem Glasfasernetz der Swisscom, aber auch mit herkömmlichen Telekommunikationsnetzen wie dem Hybrid Fiber Coaxial-Netz von UPC oder dem Swisscom Breitband-Kupfernetz. Wenn das Gemeinwesen wie ein Privater am Markt auftritt und dabei einen Ertrag erzielen will, ist regelmässig von privatrechtlichen Verträgen auszugehen. Entsprechend sind die Verträge mit den Service Provider privatrechtlich ausgestaltet und weisen privatrechtliche Elemente wie namentlich Bestimmungen zur ordentlichen und ausserordentlichen Kündigung, Haftungsregelungen sowie Gerichtsstandsklauseln auf. Bis anhin wurde deshalb stets davon ausgegangen, dass dieses Vertragsverhältnis privatrechtlicher Natur ist (vgl. Kapitel 6 von Stadtratsbeschluss [STRB] Nr. 828/2019).

## **2.2 Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 10. September 2020**

In Rahmen einer Rechtsstreitigkeit zwischen der Stadt und einem Service Provider bezüglich der Preisfestsetzung des Produkts ewz.FLL auf dem ewz.zürinet kommt das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 10. September 2020 hingegen zum Schluss, dass von einem Rechtsverhältnis öffentlich-rechtlicher Natur auszugehen ist (vgl. VB.2019.00617, E. 2.2 und E. 5 ff.). Weil der Leistungsauftrag selbst keine Aussage zur Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses zu den Service Provider macht, musste das Verwaltungsgericht die allgemeinen Theorien zur Abgrenzung von öffentlichem Recht und Privatrecht heranziehen und die Rechtsnatur im Rahmen einer Gesamtwürdigung bestimmen.

Da der Stadt im Bereich des Leistungsauftrags keine Verfügungskompetenz zukommt – der Leistungsauftrag bestimmt, dass zwischen dem ewz und den Service Provider ein Vertrag abgeschlossen wird – und damit kein taugliches Anfechtungsobjekt für eine Beschwerde ans Verwaltungsgericht vorlag, wurde die Beschwerde der Stadt dennoch gutgeheissen; die Frage der Qualifikation des Rechtsverhältnisses hatte das Verwaltungsgericht lediglich vorfrageweise behandelt. Damit war die Stadt durch das Urteil nicht beschwert und es bestand keine Möglichkeit, die Frage der Rechtsnatur des Vertrags letztinstanzlich durch das Bundesgericht klären zu lassen.

## **2.3 Rechtslage in anderen Schweizer Städten**

Im Kanton Genf bieten die Services industriels de Genève (SIG) auf dem Glasfasernetz ebenfalls ausschliesslich Transportdienste für Service Provider an. Retail- oder Endkundenservices (TV, Telefon, Internet) werden durch Service Provider erbracht (Art. 1 Abs. 2 Loi sur l'organisation des Services Industriels [LSIG, L 2 35]). In einem Entscheid vom 5. Juni 2019 (BGer 2C\_727/2018) kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass der Vertrag zwischen den SIG und einer privaten Telekommunikationsanbieterin privatrechtlicher Natur ist, weil nicht nur öffentliche Interessen an einem Glasfasernetz, sondern auch private Interessen der Telekommunikationsunternehmen im Rechtsverhältnis bestehen.

In der Stadt St. Gallen wird die Natur des Rechtsverhältnisses zu den Service Provider, die über das Glasfasernetz Telekommunikationsdienstleistungen anbieten, ausdrücklich als privatrechtlich geregelt (vgl. Art. 9 Abs. 2 lit. d Stadtwerkereglement [RS 511.1]).

## **2.4 Regelung der Rechtsnatur im Leistungsauftrag**

Für das ewz birgt die Unsicherheit hinsichtlich der Rechtsnatur seiner Verträge erhebliche Risiken: Seit 2012 wurden angesichts der Veränderungen im Telekommunikationsmarkt zu Gunsten der Service Provider nicht weniger als neunmal die Preise für Vorleistungsangebote gesenkt. Ausgehend vom erwähnten Urteil und unter der Annahme, dass das Rechtsverhältnis zwischen dem ewz und den Service Provider auf dem ewz.zürinet öffentlich-rechtlicher Natur ist, stünde diesen die Möglichkeit offen, die vom ewz unter Marktbedingungen festgelegten Preise mittels einer verwaltungsrechtlicher Klage im Sinne von §§ 81 ff. Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRG, LS 175.2) durch das Verwaltungsgericht überprüfen zu lassen. Gegenstand einer solcher verwaltungsrechtlichen Klage könnte die Frage sein, ob das ewz die (Preis-)Vorgaben des Leistungsauftrags verletzt hat oder nicht. Es drohten langwierige, schwierige und aufwändige Rechtsstreitigkeiten mit ungewissem Ausgang, in denen letztlich Gerichte die Preise festlegen würden. Dies in einem äusserst kompetitiven Marktumfeld, in dem das ewz wie ein Privater in Konkurrenz zur Swisscom und zu anderen Fernmeldedienstleistungsbietenden am wirtschaftlichen Wettbewerb teilnimmt. Langwierige Rechtsstreitigkeiten würden jegliche Planungssicherheit verunmöglichen.

Es soll deshalb im Leistungsauftrag die Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses zu den Service Provider abschliessend als privatrechtlich normiert werden.

### **3. Totalrevision des Leistungsauftrags im 2022**

Ziff. 1<sup>ter</sup> Abs. 1 Leistungsauftrag sieht vor, dass das ewz in Kooperation mit der Swisscom (Schweiz) AG (Swisscom) die Stadt flächendeckend, d. h. 90 Prozent der Nutzungseinheiten (Wohn- und Gewerberäume, NE) auf dem Stadtgebiet, innert rund acht Jahren mit einem Glasfasernetz (FTTH, Fiber to the Home) erschliessen soll. Diese Zielgrösse der 90-prozentigen Erschliessung der Stadt mit Glasfasern war im Juli 2019 erreicht; die Erst- oder Grunderschliessungsphase nach Vorgabe des Leistungsauftrag Telecom ist somit abgeschlossen.

Mit dem Abschluss des Rollouts des Glasfasernetzes rücken nun andere Aspekte des bestehenden gesetzlichen Auftrags ins Zentrum: Der effiziente Betrieb und Unterhalt des Glasfasernetzes sowie dessen Weiterentwicklung und Eigenwirtschaftlichkeit. Insgesamt entspricht der bestehende Leistungsauftrag aus dem Jahre 2011 nicht mehr dem heutigen Entwicklungsstand der Glasfaserinfrastruktur und -dienstleistungen. In diesem Zusammenhang wird derzeit eine Totalrevision des Leistungsauftrags für 2022 geprüft. Gleichzeitig soll dabei der Leistungsauftrag formell an die Vorgaben der Richtlinien der Rechtsetzung (STRB Nr. 623/2015) angepasst werden.

Hinsichtlich der Qualifikation des Rechtsverhältnisses zu den Service Provider besteht ein unmittelbarer Handlungsbedarf. Diese Klarstellung soll deshalb mit vorliegender Teilrevision vorgezogen werden.

### **4. Anpassungen am Leistungsauftrag**

#### **4.1 Zusammenarbeit mit Kundinnen und Kunden, Ziffer 7 (Änderungen kursiv bzw. durchgestrichen)**

<sup>1</sup> Bei der Ausbauplanung und dem Marketing arbeitet das ewz mit den Telekommunikationsunternehmen zusammen. Das ewz ergreift seinerseits ergänzende Marketingmassnahmen für den Anschluss von Liegenschaften an das Breitbandnetz. Es verhält sich dabei gegenüber den Dienst anbietenden wettbewerbsneutral. Endkundinnen und Endkunden beziehen die Dienste von den Dienst anbietenden, schliessen mit diesen die Verträge ab und entrichten das Entgelt. Die Dienst anbietenden ihrerseits stehen ~~im~~ *in einem privatrechtlichen* Vertragsverhältnis mit dem ewz und beziehen Telekommunikationsdienstleistungen.

Abs. 2 und 3 unverändert

In Ziffer 7 Abs. 1 Leistungsauftrag wird abschliessend festgelegt, dass das Vertragsverhältnis zu den Service Provider privatrechtlicher Natur ist.

#### **4.2 Übergangsbestimmung**

##### ***Übergangsbestimmung***

*Die revidierte Ziff. 7 Abs. 1 findet Anwendung auf alle bestehenden Verträge mit Dienst anbietenden.*

Mit der Übergangsbestimmung wird klargestellt, dass die revidierte Ziffer 7 Abs. 1 Leistungsauftrag nicht nur für künftige Vertragsabschlüsse, sondern auch für die bestehenden Verträge mit den 13 Service Provider gilt. Die Verträge sind privatrechtlicher Natur. Das ist deshalb von Bedeutung, weil der Markt bezüglich FTTH-Vorleistungsprodukte eher statisch

ist und in den letzten Jahren kaum neue Verträge mit Service Provider abgeschlossen wurden. Die Qualifikation der Verträge mit den Service Provider als privatrechtlich hat im Wesentlichen zur Folge, dass Streitigkeiten aus diesen Verträgen in die Zuständigkeit der Zivilgerichte fallen. Der Weg der verwaltungsinternen und verwaltungsgerichtlichen Rechtspflege und damit eine Überprüfung der vom ewz unter Marktbedingungen festgelegten Preise wird damit ausgeschlossen. Im Übrigen werden die Verträge durch die vorliegende Teilrevision nicht berührt und die Vertragsbestimmungen bleiben inhaltlich unverändert.

## **5. Regulierungsfolgenabschätzung**

Die Ergänzung in Ziffer 7 Abs. 1 Leistungsauftrag dient der Präzisierung der Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses zwischen dem ewz und den Service Provider. Kleinere und mittlere Unternehmen (KMU) sind somit nicht branchenübergreifend betroffen, sondern nur, sofern es sich dabei um Service Provider handelt. Eine Auswirkung in Form eines finanziellen oder administrativen Mehraufwands ist mit der Präzisierung im Leistungsauftrag für die Service Provider nicht verbunden. Es bedarf daher keiner Regulierungsfolgenabschätzung.

**Dem Gemeinderat wird beantragt:**

- 1. Der Leistungsauftrag für das Erbringen von Telekommunikationsdienstleistungen (AS 732.110) wird wie folgt geändert:**

### **7. Zusammenarbeit mit Kundinnen und Kunden**

<sup>1</sup> Bei der Ausbauplanung und dem Marketing arbeitet das ewz mit den Telekommunikationsunternehmen zusammen. Das ewz ergreift seinerseits ergänzende Marketingmassnahmen für den Anschluss von Liegenschaften an das Breitbandnetz. Es verhält sich dabei gegenüber den Dienst anbietenden wettbewerbsneutral. Endkundinnen und Endkunden beziehen die Dienste von den Dienst anbietenden, schliessen mit diesen die Verträge ab und entrichten das Entgelt. Die Dienst anbietenden ihrerseits stehen in einem privatrechtlichen Vertragsverhältnis mit dem ewz und beziehen Telekommunikationsdienstleistungen.

**Abs. 2 und 3 unverändert**

- 2. Übergangsbestimmung:**

Die revidierte Ziffer 7 Abs. 1 findet Anwendung auf alle bestehenden Verträge mit Dienst anbietenden.

- 3. Die Änderungen treten per sofort in Kraft.**

**Die Berichterstattung im Gemeinderat ist dem Vorsteher des Departements der Industriellen Betriebe übertragen.**

Im Namen des Stadtrats

die Stadtpräsidentin

**Corine Mauch**

die Stadtschreiberin

**Dr. Claudia Cucho-Curti**