

S. 190 / Nr. 34 Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege (d)

BGE 71 I 190

34. Urteil vom 1. Juni 1945 i.S. Autophon A.-G. gegen eidg. Post- und Eisenbahndepartement.

Regeste:

Nachträgliche Anfechtung einer Gewerbekonzessionsbedingung mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde (Erw. 1).

Charakter der Telephonkonzession; Zulässigkeit elektrizitätspolizeilicher Auflagen; Unzulässigkeit der Meldepflicht für unabhängige Anlagen; Auflagen, die sich nicht auf eine unter die Regalpflicht fallende Tätigkeit beziehen, verstossen gegen Art. 2 TVG und Art. 31 BV (Erw. 2 - 4).

Recours de droit administratif dirigé après coup contre une condition de la concession accordée pour une industrie (consid. 1).

Nature de la concession pour les installations téléphoniques admissibilité de prescriptions de police dans le domaine de l'électricité (obligation d'annoncer des installations indépendantes); inadmissibilité d'exigences qui ne se rapportent pas à une activité rentrant dans le cadre de la régle (art. 2 LF réglant la correspondance télégraphique et téléphonique, du 14 octobre 1922; art. 31 CF; consid. 2 à 4).

Contestazione, mediante ricorso di diritto amministrativo, di una condizione apposta ad una concessione industriale (consid. 1).

Natura della concessione telefonica ai sensi dell'art. 3 LF 14 ottobre 1922 sui telegrafi e telefoni. Ammissibilità di una condizione motivata da ragioni di sicurezza delle comunicazioni telefoniche, apposta alla concessione (obbligo di notifica d'impianti indipendenti). Una condizione che sia stata posta all'esercizio di un'attività non compresa dalla privativa dell'Amministrazione dei telefoni è contraria all'art. 2 leg. cit. e costituisce una violazione della libertà di commercio e d'industria (art. 31 CF).

Seite: 191

A. Die Beschwerdeführerin ist seit dem Jahre 1935 Inhaberin einer Konzession zur Erstellung von Schwachstromanlagen im Anschluss an das staatliche Telephonnetz. Für unabhängige Telephonanlagen, d.h. solche, deren Verbindungsleitungen weder die schweizerische Grenze noch öffentliche oder solche Grundstücke kreuzen, die nicht dem Besitzer der Einrichtung gehören, bedarf sie der Konzession nicht (Art. 2 TVG); dagegen auferlegt ihr Art. 1 Ziff. 8 der Konzessionsurkunde die Pflicht, die Telegraphenverwaltung über die Erstellung derartiger Anlagen vor dem Vertragsschluss in Kenntnis zu setzen. Neben ihrer Tätigkeit als Installationsfirma befasst sich die Beschwerdeführerin mit Herstellung und Vertrieb eines Gegensprechapparates unter der Bezeichnung Vivavox. Es handelt sich dabei um eine vom Telephon unabhängige Anlage, von der sich in einem oder mehreren Räumen eines Betriebes die Hauptstation, in andern die Unterstationen befinden. Von der ersten aus kann durch Druck auf die Teilnehmertaste und durch Sprechen vor dem Apparat die Verbindung mit den Personen aufgenommen werden, die sich im Raume der Unterstation befinden; der dort Aufgerufene kann antworten, ohne dass er seinen Platz zu verlassen oder irgendwelche Handgriffe auszuführen hätte.

Am. 3. Dezember 1943 teilte die Telegraphen- und Telephonabteilung der PTT der Beschwerdeführerin mit, dass deren Werbung für die Vivavox-Anlage zu einer ernsthaften Konkurrenzierung von zweckmässigen Telephonanlagen der Telephonverwaltung führen müsse. Sie sehe sich deshalb veranlasst, zu verlangen, dass dem Art. 1 Ziff. 8 der Konzession nunmehr nachgelebt werde. Als die Beschwerdeführerin die Meldepflicht bestritt, beschränkte die Generaldirektion der PTT diese auf bei Telephon-Abonnenten zu erstellende Anlagen. Die Beschwerdeführerin hielt aber an ihrem Standpunkt fest, worauf die Generaldirektion der PTT mit Entscheid vom 15. März 1944 die Meldepflicht bestätigte. Die Telegraphen- und

Seite: 192

Telephonabteilung habe, wird darin ausgeführt, als öffentliche Anstalt die Pflicht, bei ihren Abonnenten für eine zweckmässige Ausgestaltung der telephonischen Einrichtungen zu sorgen, ihnen im Bedarfsfall ratend zur Seite zu stehen und sie in die Lage zu versetzen, ihre telephonischen Einrichtungen so zu wählen, wie es ihren Verhältnissen und Bedürfnissen am besten entspreche. Sinn und Zweck der Meldepflicht bestünden also darin, den Telephonteilnehmern eine sachgemässe Aufklärung zu ermöglichen. Ausserdem läge eine gewisse Beeinträchtigung des Telephonregals vor, wenn die Verwaltung zufolge Nichteinhaltung der Meldepflicht verhindert würde, die staatlichen Telephonanlagen auch bei den Teilnehmern zweckentsprechend auszubauen. Die formelle Grundlage

für die der Beschwerdeführerin auferlegte Meldepflicht liege in den Art. 27 und 132 der Verordnung I zum TVG vom 1. Juni 1942 (VO I) sowie in der Ausführungsbestimmung Nr. 569. Darnach sei die Verwaltung befugt, von Fall zu Fall die erforderlichen ergänzenden Vorschriften aufzustellen. Dass die Auflage gegenüber einem Nichtkonzessionär unzulässig wäre, sei unbehelflich. Denn da der Inhaber einer Konzession mit dieser besondere Rechte erhalte, dürften ihm auch besondere Pflichten überbunden werden, soweit sie sachlich gerechtfertigt seien. Das treffe aber hier zu. Ausserdem sei die Meldepflicht auch aus Rücksichten auf die Elektrizitätspolizei geboten; es habe sich nämlich gezeigt, dass die Anlagen der Konzessionärin je nach ihrer Installation Störungen in der Telephonleitung verursachen könnten.

Gegen diesen Entscheid beschwerte sich die Autophon A.-G. beim eidg. Post- und Eisenbahndepartement, wurde aber von diesem am 14. Juli 1944 abgewiesen. Der Entscheid geht zunächst davon aus, dass der Ablauf der Frist für die Anfechtung der Konzessionsurkunde die Verwaltung nicht hindere, die Rechtmässigkeit von Art. I Ziff. 8 der Konzessionsbedingungen im Zusammenhang mit einer Verfügung, die deren Befolgung vorschreibe,

Seite: 193

nachzuprüfen. Es wird dann ausgeführt, dass der Telegraphen- und Telephonabteilung nach Art. 21 des BG über die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen die Kontrolle der Schwachstromanlagen obliege, und zwar unabhängig davon, ob die Anlage von einem konzessionierten Telephon-Installateur erstellt werde und ob sie sich bei einem Telephonteilnehmer befinde. Freilich wäre nicht recht einzusehen, warum aus sicherheitspolizeilichen Gründen eine Meldung schon vor Vertragsschluss verlangt werden sollte. Indes diene die den Telephon-Installateuren durch die Konzession auferlegte Meldepflicht nicht ausschliesslich dieser Kontrolle. Sie ergebe sich vielmehr aus dem BG betreffend den Telegraphen- und Telephonverkehr. Darnach (Art. 3) stelle die Bewilligung zur Erstellung und zum Betrieb regalpflichtiger Einrichtungen für elektrische und radioelektrische Zeichen-, Bild- oder Lautübertragungen eine echte Konzession dar. Bei deren Erteilung sei die Verwaltung frei (Art. 3 TVG, Art. 15 VO I), jedenfalls solange sie sich keiner rechtsungleichen Behandlung der Einzelnen schuldig mache. Darüber, nach welchen Grundsätzen das freie Ermessen zu handhaben sei, stelle Art. 15 einzelne, jedoch nicht abschliessende Grundsätze auf, schliesse es also nicht aus, dass die Konzession aus andern als den in Gesetz oder Verordnung genannten Gründen verweigert werden könne. Das Recht zur Verweigerung der Konzession schliesse das weniger weitgehende in sich, die Erteilung der Konzession von gewissen Bedingungen abhängig zu machen oder sie an bestimmte Auflagen zu knüpfen. Auch das Bundesgericht habe dies im Urteil BGE 55 I 281 ausgesprochen. Die Befugnis dazu ergebe sich aus Art. 27 VO I. Von der darin der PTT-Verwaltung eingeräumten Befugnis habe diese durch die Ausführungsbestimmung Nr. 569 Gebrauch gemacht, wo die in Art. I Ziff. 8 der Bedingungen genannte Meldepflicht aufgestellt werde. Da die konzessionierten Installateure zum Staat in einem besonderen Gewaltverhältnis stünden, seien auch die Einwendungen unstichhaltig, die

Seite: 194

von der Beschwerdeführerin aus dem Gesichtspunkt der Art. 4 und 31 BV erhoben würden. Es könne nicht gefordert werden, dass die dem Konzessionär auferlegten Pflichten mit dem von der Konzession betroffenen Gebiet in einem unmittelbaren Zusammenhange stünden. Für deren Zulässigkeit müsse genügen, dass sie eine Frage regeln, die ihre Ausstrahlungen auf jenes Gebiet habe. Das treffe hier zu, weil durch die Errichtung unabhängiger Telephonanlagen häufig der Ausbau des staatlichen Telephonanschlusses beim betreffenden Abonnenten verunmöglicht werde. Es folgen dann Ausführungen über den Sinn der Meldepflicht, wie sie schon der Entscheid der Generaldirektion der PTT enthält. Die den konzessionierten Telephon-Installateuren auferlegte Meldepflicht diene somit den Interessen des Telephonregals und verstosse weder gegen die Verfassung noch gegen das Gesetz. Dass die Beschwerdeführerin ihr bisher nicht nachgekommen sei, gebe ihr keine Befugnis auf fernere Missachtung dieser Pflicht.

B. Mit rechtzeitig verwaltungsgerichtlicher Beschwerde beantragt die Autophon A.-G., den Entscheid des eidg. Post- und Eisenbahndepartementes aufzuheben und zu erkennen, dass alle Verfügungen und Auflagen der Telephonverwaltung betreffend Überbindung der Pflicht, der PTT-Verwaltung Projekte von Vivavox-Anlagen bei Telephonteilnehmern vor Vertragsabschluss zu melden, unzulässig seien.

Zur Begründung wird auf ein Gutachten verwiesen, das Professor Giacometti der Beschwerdeführerin am 17. Februar 1944 erstattet hat, sowie auf die Nachträge dazu vom 12. April und 24. Juli 1944. Darin wird im wesentlichen ausgeführt: Die verlangte Meldepflicht liesse sich an sich mit allgemeinen Elektrizitätspolizeilichen Erwägungen rechtfertigen. Doch beabsichtige die Verwaltung keine derartige Kontrolle auszuüben. Sie verfolge damit, wie sich aus der gewechselten Korrespondenz ergebe, vielmehr privatwirtschaftliche Zwecke. Das sei unzulässig, weil die Beschwerdeführerin für die

Seite: 195

Herstellung von Vivavox-Anlagen nicht dem Telephonregal unterstehe, sondern dafür den Schutz der Handels- und Gewerbefreiheit geniesse; hieran vermöge die Berufung der Verwaltung auf die Konzessionsbestimmungen nichts zu ändern. Verletzt sei Art. 2 TVG, dem auch die Vollziehungsverordnung nicht widersprechen dürfe, was zuträfe, wenn deren Art. 17 dahin ausgelegt würde, dass er die rechtliche Grundlage für eine auf Konkurrenzgründen beruhende Massnahme der Verwaltung bilde. Auch die Art. 27 und 132 der VO I enthielten keine Ermächtigung zur Bekämpfung der Konkurrenz, die die Beschwerdeführerin mit ihrer Anlage allenfalls für die Verwaltung bilden könnte. Das freie Ermessen der PTT-Verwaltung, den Konzessionären Bedingungen aufzuerlegen, bestehe nur soweit, als das richtige Funktionieren der staatlichen Telephonanstalt dies erfordere. In der Beschwerde wird dann weiter ausgeführt, dass das Telephonregal selbst dann nicht verletzt wäre, wenn bei Ausübung der der Beschwerdeführerin erlaubten regalfreien Tätigkeit gewisse Interessen der Telephonverwaltung, sogar solche mit Bezug auf die Regaltätigkeit, verletzt würden. Andernfalls wäre deren Tätigkeit nicht mehr regalfrei und könnte die Verwaltung die Vorschrift von Art. 2 TVG dadurch wirkungslos machen, dass sie eine Interessenbeeinträchtigung behauptete. Durch die Erstellung von Vivavox-Anlagen könne der Ausbau des staatlichen Telefons auch gar nicht technisch, sondern höchstens kommerziell beeinträchtigt werden. Übrigens habe sich die Verwaltung bisher nicht auf die Bestimmung von Art. 1 Ziff. 8 der Bedingungen berufen, obwohl ihr bekannt gewesen sei, dass die Beschwerdeführerin seit 1939 Vivavox-Anlagen erstelle. Die Auferlegung der Meldepflicht dafür verstosse somit gegen Art. 2 lit. b TVG sowie die Art. 4 und 31 BV.

C. Das eidgenössische Post- und Eisenbahndepartement beantragt die Abweisung der Beschwerde.

D. In Replik und Duplik haben die Parteien an ihren Standpunkten im wesentlichen festgehalten.

Seite: 196

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Vivavox-Anlage dient der elektrischen Lautübertragung im Sinne von Art. 1 TVG. Sie kreuzt in der Regel mit ihren Verbindungslinien keine öffentlichen oder fremden Grundstücke und ist in diesem Falle als unabhängige Telephonanlage regalfrei (Art. 2 TVG). Wenn Art. 1 Ziff. 8 der von der Beschwerdeführerin seinerzeit angenommenen Konzession für derartige von Konzessionsinhabern erstellte Anlagen gleichwohl eine Meldepflicht vor Vertragsabschluss statuiert, deren Rechtmässigkeit die Beschwerdeführerin heute bestreitet, so ist vorerst zu prüfen, ob solche Bestreitung heute noch gehört werden kann.

Die Telephonkonzession ist, wie Konzessionen überhaupt, keine allgemein verbindliche Norm, deren Rechtsbeständigkeit das Verwaltungsgericht nur im Anschluss an den Erlass selbst oder bei Anfechtung einer gestützt darauf ergangenen Verfügung vorfrageweise überprüfen könnte, sondern eine Verfügung, ein Akt der Anwendung des Telephonverkehrsgesetzes. Sie hätte, was die darin dem Konzessionär auferlegte Meldepflicht betrifft, bei Erteilung der Konzession mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde angefochten werden können. Dass dies seinerzeit unterblieben ist, kann jedoch nicht zur Folge haben, dass die Auflage nicht noch nachträglich angefochten werden könnte; dies aus einem doppelten Grunde. Zunächst unterscheidet sich die Telephon-Konzession als eine echte Gewerbekonzession von Konzessionen anderer Art wie etwa der Eisenbahn- oder Wasserwerkskonzession dadurch, dass sie nicht einem Einzelnen unter Ausschluss Anderer erteilt wird, und ferner insoweit, als darin dem Konzessionär nicht vorgeschrieben wird, die konzedierte Tätigkeit überhaupt oder doch bis zu einem bestimmten Zeitpunkt auszuüben, widrigenfalls sie dahinfalle, noch wird sie für bestimmte Zeit erteilt. Sie lässt es vielmehr zu, dass der daraus Berechtigte auf die Ausübung der ihm

Seite: 197

eingeräumten Tätigkeit oder auf die Konzession selbst nachträglich verzichtet und nach solcher Verzichtserklärung neuerdings eine gleiche Konzession verlangen kann. Erfüllt er dabei die Bedingungen, bei deren Vorliegen die Konzession auch andern Bewerbern erteilt wird, so muss sie ihm neuerdings erteilt werden. Der Konzessionär hat es damit in der Hand, sich von mit der ersten Konzession verbundenen Auflagen allenfalls dadurch zu befreien, dass er die neuerliche Erteilung, die eine vom Konzessionär als unzulässig erachtete Auflage wieder enthalten sollte, mit verwaltungsgerichtlicher Beschwerde anfecht. Bei solcher Sachlage sprechen Gründe der Zweckmässigkeit dafür, dass bei derartigen Gewerbekonzessionen die Anfechtung noch nachträglich möglich sein soll, wenn der Konzessionär deren Verfassungs- oder Gesetzmässigkeit bestreitet. Es spricht dafür noch ein weiterer Grund. Oberste Richtschnur für die Tätigkeit der Verwaltung ist dort, wo sie nicht ausdrücklich auf ihr freies Ermessen verwiesen wird, das Gesetz. Es gilt der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung. Ihre Verfügungen haben verbindliche Kraft nur insoweit, als sie rechtmässig sind. Daraus ergibt sich für die Verwaltung die Befugnis, die Übereinstimmung ihrer

Verfügungen mit Gesetz und Verordnung jederzeit nachzuprüfen, dies jedenfalls dann, wenn der Bürger, wie das hier zutrifft, nach Abgabe der Erklärung, dass er auf die ihm durch eine frühere Verfügung eingeräumten Rechte verzichte, Anspruch erheben kann auf eine neue Verfügung und gleichartige Verfügungen auch jederzeit von unbestimmten Dritten verlangt werden können. Es widerstreitet den daran beteiligten öffentlichen Interessen, dass ein solcher Verwaltungsakt, wenn er mit dem Gesetz nicht übereinstimmt, nicht jederzeit sollte zurückgenommen oder abgeändert werden können. Hat sich zudem die Verwaltung wie hier im Sinne des Zurückkommens auf eine getroffene Verfügung entschieden, so besteht für das Verwaltungsgericht, das zum Schutze des Bürgers gegenüber der Verwaltung

Seite: 198

eingesetzt ist, umso weniger Anlass, diese Frage anders zu entscheiden.

Offen bleiben kann daher, ob, wie das Gutachten Giacometti anzunehmen scheint, die Konzessionsauflage gegen ein unverzichtbares oder unverlierbares Recht verstossen würde und deswegen als nichtig behandelt werden könnte. Die Frage müsste übrigens verneint werden. Der Verfasser des Gutachtens rechnet selbst an anderer Stelle (Verfassungsgerichtsbarkeit S. 82) die Rechte aus Art. 4 und 31 BV, über deren Verletzung die Rekurrentin sich beschwert, nicht zu diesen Rechten, noch vermöchte Art. 2 lit. b TVG solche zu begründen. Die Praxis anerkennt, dass Nichtigkeit nur bei besonders hoher Wertung des Rechtsgutes und bei besonders groben und schwerwiegenden Verstössen dagegen Platz greifen könne (IMBODEN, Der nichtige Staatsakt S. 146 f. und die dortigen Verweisungen).

2. Der Telegraphen- und Telephonabteilung der PTT obliegt nach Art. 21 in Verbindung mit Art. 4 des BG über die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen die Kontrolle über die ersten, wenn sie zufolge der Nähe von Starkstromanlagen zu Gefährdungen oder Störungen des Betriebes Anlass geben können; sie kann ferner nach Art. 17 TVG die Einstellung des Betriebes einer privaten elektrischen Anlage verlangen, die die staatlichen und öffentlichen Schwach- und Starkstromanlagen in ihrem gegenwärtigen Bestand oder im Betriebe hindert. Sie wäre also befugt, aus Elektrizitätspolizeilichen Gründen einzuschreiten, wenn die Vivavox-Anlagen Störungen des öffentlichen Telephons (Induktionswirkungen, Überhören) zur Folge hätten. Die Verwaltung behauptet, dass dies zutrefte; die Beschwerdeführerin bestreitet es, weil derartige Störungen nur bei fehlerhafter Installation möglich seien. Derartige Gründe vermöchten zudem, wie der angefochtene Entscheid selbst anerkennt, eine Meldepflicht des Erstellers privater Telephonanlagen höchstens nach Ausführung, eventuell nach Vertragsschluss,

Seite: 199

keinesfalls vor diesem Zeitpunkt, zu begründen. Ob hier solche polizeiliche Gründe vorliegen, ist jedoch nach dem Sinn des angefochtenen Entscheides nicht zu untersuchen. Er geht davon aus, dass die Meldepflicht, wie sie den Telephon-Konzessionären durch die Konzession auferlegt ist, nicht in erster Linie dieser Kontrolle zu dienen hat, sondern dass sie aus andern Gründen verlangt wird. Die Beschwerdeführerin hat übrigens den in der Beschwerde an das Departement gestellten Eventualantrag, den Entscheid der Generaldirektion der PTT dahin abzuändern, dass ihre Anlagen lediglich zum Zwecke einer technischen Kontrolle vor deren Ausführung zu melden seien, fallen lassen (Beschwerde S. 17). Falls die Verwaltung an der Meldepflicht aus diesen Elektrizitätspolizeilichen Gründen festhalten sollte, ist ihr unbenommen, die Frage einer Meldepflicht nach Vertragsabschluss neuerdings zu prüfen.

3. Die Konzession für die Erstellung und, den Betrieb von Telephonanlagen ist, da Art. 1 sie dem durch Art. 36 BV begründeten Regal unterwirft, keine blosse polizeiliche Erlaubnis, sondern die Verleihung eines Hoheitsrechtes, einer echten Konzession (BGE 55 I 280). Deren Erteilung steht im Ermessen der Konzessionsbehörde (Art. 3 TVG, Art. 15 Abs. 1 VO). Sie kann sie verweigern, wenn zu befürchten ist, die Konzession oder die konzessionspflichtige Anlage werde zu einem unerlaubten, gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstossenden oder zu einem die Interessen des Landes, der PTT-Verwaltung oder des Rundspruchs schädigenden Zweck benützt werden (Art. 15 Abs. 2 VO). Sie kann die Erteilung der Konzession auch an bestimmte Auflagen oder Bedingungen knüpfen, solche, die den Erwerb der Konzession, die Voraussetzungen persönlicher und sachlicher Art umschreiben, bei deren Vorliegen die Konzession zu erteilen ist (vgl. Art. II Ziff. 1 - 3 der Bedingungen), oder aber an Auflagen, die die Pflichten des Konzessionärs nach Erlangung der Konzession zum Gegenstand haben;

Seite: 200

die letztern können allgemeine Betriebsvorschriften sein oder Verhaltensmassnahmen betreffen, die eine polizeigemässe Verwendung der Anlagen gewährleisten sollen. Bedingungen dieser Art finden sich in Art. I Ziff. 4, 6, 7, 9, 10 der Konzession. Zu diesen gehört auch die hier streitige Meldepflicht.

Bei Prüfung der Frage nach der Rechtmässigkeit von Bedingungen, die die Erlangung der Konzession betreffen, hat die Praxis den Grundsatz aufgestellt, dass die Verwaltung auch insoweit, als dem Gesetz keine Vorschrift über die nähere Ausgestaltung zu entnehmen ist gehalten sei, willkürliche, schikanöse und unsachliche Bestimmungen zu vermeiden (BGE 55 I 281 Erw. 3). Entsprechendes muss auch für die Betriebsvorschriften gelten. Dabei ist klar, dass es der Verwaltung nicht zustehen kann, die Ausübung der Konzession an Bedingungen zu knüpfen, die sich nicht auf eine unter die Regalpflicht fallende Tätigkeit beziehen. Denn wie die Verweigerung, so müssen auch die die Erteilung einschränkende Bedingungen durch die Zwecke des Regals bestimmt sein. Verhältnisse, die eine Verweigerung der Konzession nicht zu rechtfertigen vermöchten, können auch nicht Inhalt einer Bedingung oder Auflage bilden. Andernfalls würden dem Betroffenen mit der Bedingung weitergehende Belastungen auferlegt und damit zugleich die Grenzen des Regals überschritten. Soweit ginge aber das der Verwaltung bei Verleihung der Konzession eingeräumte Ermessen nicht.

4. Soweit Vivavox-Anlagen unter Art. 2 TVG fallen, sind sie nicht regalpflichtig. Erstellung und Betrieb haben mit dem Regal weder direkt etwas zu tun, noch hat die Anlage, soweit nicht Gründe der Elektrizitätspolizei in Frage stehen, darauf irgendwelche Einwirkungen. Die Meldepflicht kann daher nicht abzielen auf die Wahrung des Regals, das durch eine regalfreie Anlage überhaupt nicht verletzt werden kann. Sie hat ihren Grund, wie aus der Stellungnahme der Verwaltung deutlich ersichtlich ist, vielmehr in der Befürchtung, die Anlagen der Beschwerdeführerin könnten das regalpflichtige Telephon

Seite: 201

konkurrenzieren, also in der Verfechtung rein privatwirtschaftlicher Gesichtspunkte. Sie fallen aber weder mit der Wahrung des Regals zusammen, noch lassen sie sich mit dem allgemeinen Interesse begründen, wie es etwa dann vorliegt, wenn durch die Ausgestaltung einer Konzession die Gefährdung der Existenz einer andern konzessionierten Unternehmung vermieden werden kann (BGE 61 I 313 Erw. 2). Wie die Meldepflicht auf Art. 15 Abs. 2 VO gestützt, d.h. wie insbesondere die Vivavox-Anlage zu einem die Interessen der PTT-Verwaltung schädigenden Zweck benützt werden könnte, ist nicht erfindlich, noch inwiefern sie Bestand, Betrieb oder künftige Entwicklung des staatlichen Telephons hindern könnte. Unter Hinderung im Sinne von Art. 17 VO kann, wie aus dem Titel, unter dem die Bestimmung steht und aus dem Zusammenhang der beiden Absätze derselben hervorgeht, doch nur eine technische Behinderung etwa durch Anlagen verstanden werden, die wegen ihrer Art und Verwendung technische Störungen begünstigen, nicht auch solche, die sich bloss privatwirtschaftlich als Störung, Hinderung der Entwicklung darstellen würden. Übrigens liegt es in der Eigenart der Anlage, dass sie insbesondere für Lager, Magazine, Buchhaltungen, Kartotheekräume usw., d.h. für Geschäftslokale verwendet wird, für die in der Regel kein direkter Anschluss an das öffentliche Telephon besteht, und dass sie, soweit sie auch für andere Räumlichkeiten installiert wird, in der Regel neben dem Telephon Verwendung findet.

Die Auffassung, wornach derartige nicht das Regal betreffende Bedingungen zulässig wären, weil die Verwaltung dafür entschädigt werden müsse, dass sie sich durch Freigabe der Anlage der Kontrollmöglichkeit begeben habe (vgl. CASPAR, Konzessionen und Erlaubnisse in schweiz. Telegraphen- und Funkrecht Zch. Diss. 1933 S. 134), übersieht, dass die unabhängige Anlage nicht Teil des Netzes wird, anstattspolizeiliche Interessen, die ein Kontrollrecht zu begründen vermöchten, von den

Seite: 202

elektrizitätspolizeilichen abgesehen nicht in Frage stehen können und dass von Entschädigung der Verwaltung für die Aufgabe einer Befugnis, die sie bisher ausgeübt hat, überhaupt nicht die Rede sein kann, weil die Freigabe ihren Grund nicht in einer Verfügung der Verwaltung, sondern in der gesetzlichen Vorschrift hat, die unabhängige Sende- und Empfangseinrichtungen vom Telephonregal ausnimmt.

Die statuierte Meldepflicht geht daher über den Rahmen einer zulässigen Konzessionsbedingung offensichtlich hinaus. Wenn die Verwaltung nicht befugt ist, der Beschwerdeführerin die Erstellung von Vivavox-Anlagen direkt zu untersagen, noch, wie sie anerkennt, befugt wäre, ihr deshalb die Telephoninstallations-Konzession zu verweigern, so fehlt es an einer Grundlage auch für die Meldepflicht. Diese verstösst gegen Art. 2 lit. b TVG, indem sie eine Bedingung zum Inhalt der Konzession macht, die mit der Handhabung des Regals nichts zu tun hat, und bedeutet einen Missbrauch des Regals für einen diesem fremden Zweck. Mit dem besondern Verhältnis, in dem der Konzessionär zum Staat steht, lässt sich die Meldepflicht nicht begründen. Denn die besondern Pflichten, die der Konzessionär auf sich nimmt und die seine Freiheitssphäre einschränken dürfen, können die Grenzen des Regals nicht überschreiten, auf dem die Konzessionspflicht beruht.

Die unrichtige Auslegung von Art. 2 TVG durch die Konzessionsbehörde stellt daher gleichzeitig einen Verstoß gegen Art. 31 BV dar. Nach einem allgemein anerkannten Grundsatz des

Verwaltungsrechts braucht zwar der Staat bei Verleihung eines nutzbaren Rechtes, das, weil es ursprünglich bei ihm stand, auch nicht dem Geltungsbereich der Gewerbefreiheit angehört, nicht nach den Grundsätzen der Gewerbefreiheit zu verfahren (BURCKHARDT, zu Art. 31 BV S. 245, sowie die bei SALIS-BURCKHARDT Bd. II Nr. 423 - 425 zitierten Entscheidungen des Bundesrates). Das kann aber nur soweit gelten, als eine

Seite: 203

Tätigkeit in Frage steht, die mit dem Gegenstand der konzessionierten Tätigkeit zusammenhängt, nicht auch insoweit die Konzession dazu benützt werden soll, dem Konzessionär eine Tätigkeit zu verbieten oder ihn darin einzuschränken, mit Bezug auf die er auf die Handels- und Gewerbefreiheit Anspruch erheben kann. Mit den Interessen des Regals lässt sich eine derartige Massnahme nicht begründen. Hier fehlt nach dem bereits Ausgeführten jener Zusammenhang zwischen Konzession und Meldepflicht vor Abschluss eines Vertrages über eine unabhängige Anlage. Dass aber die Meldepflicht eine Beeinträchtigung der Beschwerdeführerin in der Möglichkeit des Verkaufes von Vivavox-Anlagen darstellt, hat die PTT-Verwaltung selbst dadurch anerkannt, dass sie die Einhaltung der Meldepflicht mit einer ernsthaften Konkurrenzierung durch die Anlagen der Beschwerdeführerin begründete. Es könnte übrigens auch ohne solche ausdrückliche Anerkennung nicht zweifelhaft sein. Die Beeinträchtigung ist nicht minder gross und nicht von anderer Art, als wenn die Meldepflicht gegenüber einem privaten Konkurrenten bestünde.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird gutgeheissen und unter Aufhebung des Entscheides des eidg. Post- und Eisenbahndepartements vom 14. Juli 1944 festgestellt, dass eine Pflicht der Beschwerdeführerin, den Amtsstellen der PTT-Verwaltung Projekte von Vivavox-Anlagen bei Telephon-Teilnehmern vor Vertragsschluss zu melden, nicht besteht