

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VK.2000.00006 vom 27. Oktober 2000

ZH Verwaltungsgericht, 2000-10-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VK.2000.00006

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VK.2000.00006 du 27 octobre 2000

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VK.2000.00006 del 27 ottobre 2000

Regeste

Forderung aus verwaltungsrechtlichem Vertrag | Bindung an einen Sondernutzungskonzessionsvertrag, der neuerem Bundesrecht widerspricht? Das Verwaltungsgericht ist zur Behandlung der Klage nach Art. 82 lit. b und k VRG zuständig (E. 1). Die Passivlegitimation der Beklagten wird nicht bestritten (E. 2). Die *clausula rebus sic stantibus* ist kein geeigneter Ansatzpunkt für die Anpassung von Verträgen an neues Recht (E. 4a). Intertemporal ist die Anwendung des neuen Rechts zulässig, da sie nur eine unechte Rückwirkung darstellen würde (E. 4b). Der Vertrag begründet keine wohlerworbene Rechte der Klägerin, da solche nur Privaten zukommen können (E. 4c). Die Klägerin kann sich jedoch grundsätzlich auf das Vertrauensprinzip berufen (E. 4d). Der Vertrag widerspricht neuerem Recht (E. 4e). Der Vertrag enthält in erster Linie eine Sondernutzungskonzession (E. 5a). Die von der Beklagten zu erbringenden Leistungen stellen vor allem das Entgelt für die Einräumung der Sondernutzung dar (E. 5b). Die Klägerin kann die vereinbarte Exklusivität der Nutzung nicht mehr garantieren und verliert ihren Anspruch auf Entschädigung mindestens in diesem Umfang (E. 5c). Die Klägerin hat gestützt auf den Vertrag keine Investitionen getätigt oder andere Dispositionen vorgenommen. Die Interessenabwägung fällt zu Gunsten der Anwendung des neuen Rechts aus (E. 5 d).

Erwägungen

E. 3

a) Die Klägerin stützt ihre Forderung von Fr. Z (Summe der pro Anschluss und Monat von den Abonnenten erhobenen Konzessionsgebühren) auf Ziff. 2.2. des Vertrags vom 26. November 1990 sowie bezüglich der mit Wirkung ab 1. Juli 1992 vereinbarten Erhöhung dieser Gebühr auf den Gemeinderatsbeschluss vom 9. Dezember 1991 (act.--). b) Die Beklagte hielt und hält dem im Wesentlichen entgegen, mit der Revision der bundesrechtlichen Kommunikationsgesetzgebung (Totalrevision des FMG und Teilrevision des RTVG) habe die vertraglich zugunsten der Klägerin vereinbarte Konzessionsgebühr ab 1. Januar 1998 ihre gesetzliche Grundlage verloren. Gemäss dem revidierten Art. 40 Abs. 2 RTVG benötige der Weiterverbreitungskonzessionär nicht mehr eine Sondernutzungskonzession der betroffenen Gemeinden, sondern besitze seit dem 1. Januar 1998 einen bundesrechtlichen Anspruch auf unentgeltliche Benutzung des Bodens im Gemeindegebrauch zur Verlegung und zum Betrieb von Leitungen. Auf die nunmehr erforderliche Bewilligung – eine Polizeierlaubnis – habe der Konzessionär Anspruch, wenn er nachweise, dass die Bewilligungsvoraussetzungen erfüllt seien. Für die Erteilung dieser Bewilligung dürfe lediglich eine kostendeckende Verwaltungsgebühr erhoben werden. Damit unterscheide sich die neue Rechtslage grundlegend von der früheren Ordnung, gemäss wel-

cher die Gemeinden frei darüber hätten entscheiden können, ob und zu welchen – insbesondere auch finanziellen – Bedingungen Kabelnetzbetreibern mittels Sondernutzungskonzessionen die Nutzung des öffentlichen Grundes bewilligt werde, was auch die Möglichkeit eingeschlossen habe, ein solches Nutzungsrecht ausschliesslich einem Betreiber einzuräumen. Seit Inkraftsetzung der neuen Telekommunikationsordnung erbringe die Klägerin der Beklagten keine Leistungen mehr, welche Letzterer nicht auch ohne Konzessionsvertrag zustehen würden. Mit der neuen Telekommunikationsordnung sei der Konzessionsvertrag nachträglich fehlerhaft geworden, was zwar nicht zu dessen Nichtigkeit, aber zu dessen Anfechtbarkeit führe. Indem dem Vertrag durch das neue Telekommunikationsrecht des Bundes eine wesentliche Grundlage entzogen worden sei, liege ein Anwendungsfall der *clausula rebus sic stantibus* vor. Danach müsse die Aufhebung oder Anpassung vertraglicher Rechte und Pflichten dann möglich sein, wenn der einen Vertragspartei die Vertragserfüllung infolge stark veränderter Verhältnisse nicht mehr zumutbar sei. - Im Weiteren berufe sich die Beklagte auf das Unmöglichwerden einer Leistung gemäss Art. 119 des Obligationenrechts (OR): Zwar treffe hier die nachträgliche Unmöglichkeit der Erfüllung die Klägerin, die der Beklagten nach der neuen bundesrechtlichen Ordnung entgegen dem Vertrag keine Exklusivität mehr gewährleisten könne. Sei aber die entsprechende Verpflichtung der Klägerin erloschen, verliere Letztere auch ihre Gegenforderung gegenüber der Beklagten. - Schliesslich berufe sich die Beklagte auf die Rechtsgleichheit: Könne die Klägerin die vertraglich zugesicherte Exklusivität nicht mehr gewährleisten, verfüge die Beklagte auch nicht mehr über ein faktisches Monopol und werde sie gegenüber potentiellen Konkurrenten rechtsgleich behandelt, sofern sie gestützt auf den Vertrag die Konzessionsgebühr weiterhin bezahlen müsse.

E. 4

In Rechtsprechung und Lehre ist umstritten, ob und unter welchen Voraussetzungen öffentlichrechtliche Verträge einer Anpassung an geänderte Rechtsnormen unterliegen. a) Die Rechtsfigur der *clausula rebus sic stantibus*, auf die sich die Beklagte vor allem beruft, bildet hierfür keinen geeigneten Ansatzpunkt. Sie ist in erster Linie auf die Anpassung von Verträgen an veränderte tatsächliche Verhältnisse zugeschnitten. Danach kann eine derartige Änderung in den tatsächlichen Verhältnissen – nur – dann zu einer Vertragsänderung oder –aufhebung führen, wenn das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung infolge ausserordentlicher und unvorhersehbarer Änderungen der Umstände so gestört ist, dass das Beharren des Gläubigers auf seinem Vertragsanspruch geradezu eine wucherische Ausbeutung des Missverhältnisses und damit einen offenbaren Rechtsmissbrauch bedeute (bezüglich privatrechtlicher Verträge Guhl/Koller, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000, § 38 Rz. 25 ff.; BGE 122 III 97; bezüglich öffentlichrechtlicher Verträge Häfelin/Müller, Rz. 907 ff. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; VGr, 16. Dezember 1999, VK.1999.00002, E. 5b). Diese Voraussetzung dürfte vorliegend kaum erfüllt sein: Die Hauptleistung der Klägerin, nämlich die Einräumung der Sondernutzung an ihrem öffentlichen Grund, hat ihren Wert an sich behalten. Dass sie nicht mehr in der Lage ist, der Beklagten weiterhin exklusiv den Betrieb eines Kabelnetzes zu ermöglichen, lässt das Beharren auf der weiteren Vertragserfüllung kaum als ausbeuterisch oder missbräuchlich im Sinn der *clausula rebus sic stantibus* erscheinen. Letztlich kann aber offen bleiben, ob vorliegend - in ausdehnender Auslegung dieses ohnehin nur subsidiär zum Zuge kommenden Rechtsinstituts - ein Anwendungsfall der *clausula rebus sic stantibus* anzunehmen ist. Wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt, ist der klägerische Anspruch auf Entrichtung der Konzessionsgebühr aus anderen, spezifischer eingreifenden Rechtsgründen

weggefallen. b) Aus intertemporalrechtlicher Sicht stellt die Anwendung neuen Rechts auf zeitlich offene Dauersachverhalte lediglich eine "unechte" Rückwirkung dar. Die unechte Rückwirkung ist grundsätzlich zulässig, sofern ihr nicht ein wohlerworbenes Recht entgegensteht und sofern sie mit dem Vertrauensgrundsatz vereinbar ist (Häfelin/Müller, Rz. 273 ff.). Das muss auch dort gelten, wo ein zeitlich offener Dauersachverhalt wie hier durch öffentlichrechtlichen Vertrag geregelt wird. c) Die heute zunehmend als problematisch eingestufte Rechtsfigur der wohlerworbenen Rechte ist im Bemühen entstanden, gewissen Rechtspositionen Privater eine besondere Rechtsbeständigkeit zu verleihen. Solche Rechte stehen unter dem Schutz der Eigentumsgarantie; nach neuerer Rechtsprechung werden sie dort, wo weniger die sachenrechtliche Fixierung als die vertrauensbildende Beziehung zwischen Staat und Bürger dominiert, auch durch den Grundsatz von Treu und Glauben bzw. das hieraus abgeleitete Vertrauensprinzip geschützt. Sie sind grundsätzlich auch durch Gesetz nicht abänderbar (vgl. Häfelin/Müller, Rz. 815; Imboden/Rhinow und Rhinow/Krähenmann, je Nr. 122 B III). Das Bundesgericht ordnet Rechtsansprüche Privater aus öffentlichrechtlichen Verträgen den wohlerworbenen Rechten zu. In BGE 103 Ia 31 hatte es die Rechtsbeständigkeit eines öffentlichrechtlichen Erschliessungsvertrags zu beurteilen, der den Grundeigentümer zur Erstellung einer Kanalisationsleitung verpflichtete und ihn andererseits von der Entrichtung einer Kanalisationsanschlussgebühr für bestimmte Grundstücke befreite, für welche die Gemeinde gestützt auf ein später erlassenes Kanalisationsreglement gleichwohl Anschlussgebühren erheben wollte. Das Bundesgericht erwog, der Vertrag sei mit dem Erlass des Kanalisationsreglementes nicht ungültig geworden; er hätte auch nach Inkrafttreten dieses Reglementes abgeschlossen werden dürfen und könne daher fortbestehen. Gültig begründete subjektive öffentliche oder private Rechte fielen aber selbst dann nicht eo ipso dahin, wenn eine gesetzliche Regelung geschaffen werde, mit der sie sich nicht "vertrügen". Selbst wenn es sich daher bei der fraglichen Vereinbarung um einen seinerzeit gültig begründeten Abgabevergünstigungsvertrag handeln würde, genösse er den Schutz der wohlerworbenen Rechte. Ein Teil der Lehre stimmt dieser Rechtsprechung ausdrücklich oder stillschweigend zu (Häfelin/Müller, Rz. 909; Imboden/Rhinow und Rhinow/Krähenmann, je Nr. 46 B XIII und Nr. 122 B V; René Rhinow, Wohlerworbene und vertragliche Rechte im öffentlichen Recht, ZBl 80/1979, S. 14 f.). Die Qualität wohlerworbener Rechte kommt nach dieser Auffassung namentlich den – häufig nicht durch Verfügung, sondern durch Vertrag verliehenen - Konzessionen, auch den Sondernutzungskonzessionen zu (Häfelin/Müller, Rz. 1898, 2010; Imboden/Rhinow und Rhinow/Krähenmann, je Nr. 119 B IV), wobei dies allerdings nicht für alle in einer Konzession verkündeten Rechte zuzutreffen braucht (Imboden/Rhinow und Rhinow/Krähenmann, je Nr. 122 B IV). Im vorliegenden Fall kann sich die Klägerin bezüglich der streitigen Konzessionsgebühr schon deswegen nicht auf ein wohlerworbenes Recht berufen, weil mit dieser Rechtsfigur – wie mit der Eigentumsgarantie im Allgemeinen – lediglich Rechtspositionen Privater gegenüber dem Gemeinwesen geschützt werden. d) Ein Teil der Lehre lehnt es ab, vertragliche Rechtsansprüche Privater gegenüber Gesetzesänderungen, die mit diesen Ansprüchen kollidieren, als wohlerworbene Rechte zu qualifizieren und ihnen absolute Gesetzesbeständigkeit zuzuerkennen. Nach dieser Auffassung schafft zwar der Vertrag bezüglich solcher Ansprüche eine wirksame Vertrauensgrundlage und gebietet das aus dem Grundsatz von Treu und Glauben abgeleitete Vertrauensprinzip, dieses gewichtige Vertrauensinteresse zu berücksichtigen. Indem die vertraglichen Ansprüche nicht von vornherein im Sinn von wohlerworbenen Rechten als absolut gesetzestbeständig erachtet werden, bleibt jedoch Raum für eine Interessenabwägung, in

welcher dem (bedeutenden) Vertrauensinteresse das öffentliche und/oder private Interesse an der sofortigen und uneingeschränkten Durchsetzung des neuen Rechts gegenübergestellt wird (Beatrice Weber-Dürler, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel und Frankfurt a.M. 1983, S. 160 f. und 226; im gleichen Sinn Alfred Kölz, Intertemporales Verwaltungsrecht, ZSR 102/1983 II, S. 181 f.; vgl. auch Häfelin/Müller, Rz. 537 f.). Bei zwischen Gemeinwesen und Privaten abgeschlossenen öffentlichrechtlichen Verträgen sind im Rahmen dieser Betrachtungsweise beide Vertragspartner grundsätzlich gleichgestellt: Der Vertrag schafft eine Vertrauensgrundlage nicht nur für den Privaten, sondern auch für das Gemeinwesen, welches sich ebenso wie der Private auf das Vertrauensprinzip berufen kann. Dieser Ansatz (der den Ansprüchen Privater aus öffentlichrechtlichen Verträgen nicht von vornherein absolute Gesetzesbeständigkeit im Sinn wohlervorbener Rechte zuerkennt) findet sich auch in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung. Im Urteil VB.1999.00281 vom 2. März 2000 hatte das Verwaltungsgericht das Begehren eines privaten Unternehmens um Rückerstattung von Erschliessungskosten zu beurteilen, die aufgrund 1972/73 abgeschlossener öffentlichrechtlicher Verträge geleistet worden waren und deren Rückerstattung mit der Begründung verlangt wurde, das Gemeinwesen komme seinen Verpflichtungen aus diesen Verträgen nicht nach. Zu beurteilen war dabei insbesondere die vertragliche Pflicht des Gemeinwesens, Baubewilligungen im fraglichen Gebiet nur unter Auferlegung von Einkaufsbeträgen nach quartierplanrechtlichen Grundsätzen zu gewähren, sowie die Pflicht, dermassen eingenommene Einkaufsbeträge an die private Vertragspartnerin abzuliefern. Ausgehend davon, dass derartige Auflagen in Baubewilligungen bzw. entsprechende Bauverweigerungen nach neuerem Recht (Planungs- und Baugesetz vom 7. September 1975; Bundesgesetz über die Raumplanung vom 22. Juni 1979) widerrechtlich gewesen wären und daher die vertraglich vereinbarte Leistung der Gemeinde im Sinn von Art. 119 OR unmöglich geworden sei, hat das Gericht geprüft, welche Folgen sich aus dem Unmöglichwerden der Leistung ergäben. Mit der (analogen) Anwendung von Art. 119 OR ist das Gericht stillschweigend davon ausgegangen, dass der private Vertragspartner keinen Anspruch darauf habe, dass das Gemeinwesen seine vertraglich begründeten, jedoch gesetzwidrig gewordenen Leistungspflichten erfülle. e) Die Frage der Anpassung von öffentlichrechtlichen Verträgen an neue Rechtsnormen stellt sich freilich nur dort, wo das neue Recht, auf das sich die vertragsmüde Partei beruft, mit einer vertraglichen Verpflichtung kollidiert. Ob Letzteres zutrifft, ist im Zweifelsfall aufgrund einer Auslegung des Vertrags einerseits und des angerufenen neuen Rechts andererseits zu beurteilen. In BGE 122 I 328 hatte das Bundesgericht das Entschädigungsbegehren eines Privaten bezüglich eines Grundstücks zu beurteilen, das bei einer früheren Zonenplanrevision von der Grünzone einer Bauzone und bei einer späteren Zonenplanrevision der Landwirtschaftszone zugewiesen worden war; mit der früheren Zuweisung zur Bauzone war eine Bedingung eines Vertrags erfüllt worden, mit welchem der Eigentümer der Gemeinde ein anderes Grundstück verkauft hatte, und in welchem bei der Festsetzung des Kaufpreises der Mehrwert des dem Eigentümer verbleibenden, der Bauzone zuzuweisenden Grundstücks berücksichtigt worden war. Das Bundesgericht kam zum Schluss, die spätere Zuweisung des zweiten Grundstücks zur Landwirtschaftszone sei nicht vertragswidrig; eine willkürfreie Auslegung des Vertrags ergebe, dass die Gemeinde ihre vertraglichen Pflichten vollständig erfüllt und keine über das Jahr 1982 hinausreichende Garantie für die Beständigkeit des Zonenplans oder eine entsprechende Wertgarantie für das betreffende Grundstück übernommen habe. Im Urteil vom 20. September 1995 (ZBI 98/1997, S. 272 E. 4) hatte das Bundesgericht die Rechtsbeständigkeit einer durch Dienst-

barkeitsvertrag begründeten Zusicherung der Gemeinde betreffend Überbaubarkeit eines damals in der Kernzone liegenden Grundstücksteils gegenüber späteren Änderungen der kommunalen Nutzungsplanung zu beurteilen. Das Bundesgericht hiess die vom Eigentümer erhobene staatsrechtliche Beschwerde unter anderem mit der Begründung gut, seit der Zusicherung im Vertrag sei keine Rechtsänderung erfolgt, welche die Tragweite des Ortsbild- und Landschaftsschutzes in einem anderen Licht erscheinen liesse, weshalb das Vertrauensschutzinteresse gegenüber dem öffentlichen Interesse an der Festsetzung des angefochtenen Plans überwiege.

E. 5

a) Der Vertrag vom 26. November 1990 enthält - wie jeder Vertrag, der zur Hauptsache die Erteilung einer Konzession (Sondernutzungs- oder Monopolkonzession) beinhaltet - einen Verfügungsmässigen und einen vertraglichen Teil (zur gemischten Rechtsnatur der Konzessionserteilung vgl. Häfelin/Müller, Rz. 2009; Imboden/Rhinow und Rhinow/Krähenmann, je Nr. 46 IV a). Der Vertrag legt für beide Parteien verschiedene Leistungspflichten bzw. entsprechende Ansprüche fest. Den wichtigsten Bestandteil und zugleich den Verfügungsmässigen Teil bildet die Erteilung der Sondernutzungskonzession (vgl. Ziff. 4.1. – 4.5.). Gegenüber diesem Teil des Vertrags erscheint das in Ziff. 1 unter dem Titel "Konzession" erteilte alleinige Recht der Beklagten, auf dem Gebiet der Klägerin eine Gross-Gemeinschaftsantennen-Anlage auf eigene Rechnung zu erstellen und zu betreiben, in mehrfacher Hinsicht als untergeordnet: Zum einen bedurfte es schon nach dem bei Abschluss des Vertrags vom 26. November 1990 geltenden Bundesrecht für den Betrieb einer solchen Gemeinschaftsantenne einer bundesrechtlichen Konzession (Art. 78 ff. der Verordnung I vom 17. August 1983 zum Telegrafien- und Telefonverkehrsgesetz vom 14. Oktober 1922; AS 1983 1783 ff.). Zum andern setzte die Erteilung dieser bundesrechtlichen Konzession voraus, dass der Bewerber das Recht auf Benützung des öffentlichen Grundes besass (so auch noch Art. 40 lit. b RTVG in der ursprünglichen Fassung vom 21. Juni 1991). Dieses Recht musste dem Bewerber der bundesrechtlichen Kabelnetzkonzession in Form einer Sondernutzungskonzession durch die Gemeinde erteilt werden, worauf er – dem Wesen der Sondernutzungskonzession entsprechend - keinen Anspruch hatte. Kraft dieses faktischen Verteilungsmonopols (Häfelin/Müller, Rz. 1995 ff.) konnte die Klägerin der Rechtsvorgängerin der Beklagten das "alleinige" Recht auf Sondernutzung zum genannten Zweck einräumen. So betrachtet handelt es sich bei den weiteren vertraglichen Pflichten der Beklagten, wie diese zutreffend geltend macht (Klageantwort Ziff. 25), um Nebenbestimmungen der Sondernutzungskonzession. Wäre diese Konzession nicht vertraglich, sondern Verfügungsmässig eingeräumt worden, hätten diese weiteren Pflichten in der Form von Auflagen statuiert werden können. b) Nach der neuen, ab 1. Januar 1998 geltenden bundesrechtlichen Regelung sind Weiterverbreitungskonzessionäre berechtigt, für den Bau und Betrieb von Leitungen den Boden im Gemeingebrauch unentgeltlich in Anspruch zu nehmen (Art. 40 Abs. 2 RTVG in der Fassung vom 30. April 1997). Sie benötigen damit keine Sondernutzungskonzession der betroffenen Gemeinden mehr, sondern lediglich eine Polizeibewilligung, für deren Erteilung lediglich eine kostendeckende Verwaltungsgebühr erhoben werden darf (Art. 40 Abs. 2 RTVG in Verbindung mit Art. 35 Abs. 4 FMG). Beide Parteien (Klageschrift Ziff. 28 f.; Klageantwort Ziff. 42 ff.) gehen von dieser Rechtslage aus (vgl. Häfelin/Müller, Rz. 2016a). Die Klägerin macht jedoch geltend, das neue Recht stehe nicht in unmittelbarem Widerspruch zum Vertrag vom 26. November 1990; es sei der Beklagten auch nach der neuen Rechtslage nicht verwehrt, mit der Gemeinde einen Vertrag

abzuschliessen, der zu deren Gunsten eine Entschädigung – etwa dafür, dass die Gemeinde keine eigene Anlage betreibe – vorsehen könnte. Bei der vereinbarten Konzessionsgebühr handle es sich nicht um das Entgelt für das der Beklagten bzw. ihrer Rechtsvorgängerin eingeräumte Recht, den öffentlichen Grund für die Verlegung und den Betrieb der Leitungen zu benutzen (Klageschrift Ziff. 32). Das ergebe sich schon daraus, dass der Gemeinderat für diese Berechtigung lediglich eine einmalige Gebühr von höchstens Fr. 3'750.- hätte verlangen dürfen und dass eine jährlich wiederkehrende Abgabe in der Grössenordnung von Fr. 50'000.- dem Äquivalenzprinzip widersprechen würde (Klageschrift Ziff. 22). Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden. Zum einen widerspricht die der Beklagten bzw. ihrer Rechtsvorgängerin eingeräumte Sondernutzungskonzession (vgl. Ziff. 4.2. des Vertrags) dem neuen Recht jedenfalls insoweit, als sie der Beklagten die alleinige, andere Weiterverteilungskonzessionäre ausschliessende Berechtigung verleiht. Zum andern ist aufgrund der gewählten Vertragsgestaltung die in Ziff. 2.2. des Vertrags vorgesehene Konzessionsgebühr von Fr. 0.50 pro Monat und Wohnung in erster Linie als Entgelt für das der Beklagten bzw. ihrer Rechtsvorgängerin eingeräumte Recht, den öffentlichen Grund für die Verlegung und den Betrieb der Leitungen zu benutzen, vereinbart worden. Das ergibt sich schon aus der Berücksichtigung der Rahmenbedingungen des bei Vertragsabschluss geltenden objektiven Rechts (vgl. Erwägung 5 a). Der Vertrag enthält keine Bestimmungen, welche dieser Auslegung klar entgegenstehen würden; in ihrem Gesamtzusammenhang sprechen die Bestimmungen des Vertrags für die Auslegung der Beklagten. Aus Ziff. 4.2. des Vertrags bzw. der dort verwendeten Formulierung "ohne Kostenverrechnung" lässt sich nichts anderes ableiten; damit soll lediglich klargestellt werden, dass für die mit den Installationen verbundene Nutzung des öffentlichen Grundes von der Beklagten bzw. ihrer Rechtsvorgängerin ausser der vereinbarten Konzessionsgebühr kein (weiteres) Entgelt verlangt werde. Die Klägerin zeigt denn auch mit ihren Ausführungen nicht konkret auf, für welche andere Leistung (als die Einräumung der Sondernutzungskonzession gemäss Ziff. 4 des Vertrags) die streitbetroffene Konzessionsgebühr das Entgelt bilden soll. Die Verpflichtung der Beklagten zur Entrichtung der in Ziff. 2.2 des Vertrags festgelegten Konzessionsgebühr steht daher in unmittelbarem Widerspruch zum neuen Recht, das den Weiterverteilungskonzessionären einen Anspruch auf unentgeltliche Nutzung des öffentlichen Grundes einräumt. Schliesslich widerspricht der Vertrag dem neuen Recht auch insoweit, als die Klägerin als Vertragspartner darin Einfluss auf die Tarifgestaltung zwischen dem Weiterverteilungskonzessionär und dessen Abonnenten (einmalige Grundgebühren und monatliche Abonnementsbeträge gemäss Ziff. 2.2. des Vertrags) genommen hat. Mit Art. 40 Abs. 2 RTVG hat der Bundesgesetzgeber in Ausschöpfung seiner verfassungsrechtlichen Kompetenzen (Art. 92 und Art. 93 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999) abschliessend normiert, unter welchen Voraussetzungen der Weiterverteilungskonzessionär den Boden im Gemeingebrauch für den Bau und Betrieb von Leitungen in Anspruch nehmen darf. Er darf dieses Recht unentgeltlich beanspruchen und muss der in Art. 35 Abs. 3 FMG vorgesehenen Koordinationspflicht genügen. Darüber hinausgehende Bedingungen – namentlich auch solche betreffend die Tarifgestaltung – wären verfassungswidrig. c) Beim Auftreten anderer Bewerber ist die Klägerin nicht mehr in der Lage, den vertraglichen Rechtsanspruch der Beklagten auf ausschliessliche Nutzung des öffentlichen Grundes zur Verlegung von Leitungen für die Weiterverbreitung durchzusetzen. Solche andere Bewerber müssten sich die vertragliche Regelung nicht entgegenhalten lassen. Das bedeutet, dass der Vertrag

jedenfalls in dieser Hinsicht vor dem neuen Recht nicht standhält. Damit entfällt allerdings nicht ein Anspruch der Klägerin, sondern ein solcher der Beklagten. Weil die Erfüllung dieses Anspruchs durch die Klägerin unmöglich geworden ist, verliert jedoch Letztere ihre noch nicht erfüllte Gegenforderung (vgl. Art. 119 Abs. 2 OR). Aus diesem Grund müsste die Beklagte ab 1. Januar 1998 jedenfalls insoweit von der Entrichtung der Konzessionsgebühr entbunden werden, als diese als Entgelt für die Ausschliesslichkeit der fraglichen Berechtigung zu betrachten ist. Soweit mit der Konzessionsgebühr die Nutzungsberechtigung als solche (und nicht deren Ausschliesslichkeit) abgegolten wird, kann die Beklagte allerdings aus Art. 119 Abs. 2 OR nichts zu ihren Gunsten ableiten. Zu beachten ist jedoch, dass das Festhalten an der Konzessionsgebühr dann zu einer rechtsungleichen Behandlung der Beklagten führte, wenn andere Weiterverbreitungskonzessionäre auf dem Gemeindegebiet der Klägerin tätig würden. d) Im Rahmen der nach dem Gesagten in Anknüpfung an das Vertrauensprinzip erforderlichen Interessenabwägung (vgl. Erwägung 4 d) fällt in Betracht: Die Klägerin behauptet nicht, sie habe aufgrund des Konzessionsvertrags vom 29. November 1990 oder des vorangehenden Vertrags vom 5./19. November 1973 irgendwelche oder sogar erhebliche Investitionen getroffen. Die Vertrauensbetätigung ist zwar dort, wo ein – ursprünglich fehlerfreier – verwaltungsrechtlicher Vertrag die Vertrauensgrundlage bildet, keine zwingende Voraussetzung des Vertrauensschutzes (Weber-Dürler, S. 96 ff.), muss aber im Rahmen der Interessenabwägung berücksichtigt werden. Mangels erfolgter Investitionen ist das Interesse der Klägerin an der Aufrechterhaltung der vertraglichen Verpflichtung der Beklagten zur Entrichtung der Konzessionsgebühr rein fiskalischer Art. Gegen die Aufrechterhaltung dieser vertraglichen Verpflichtung spricht das private Interesse der Beklagten, welche jedenfalls das Recht zur ausschliesslichen Nutzung des öffentlichen Grundes verliert und zumindest insoweit von der hierauf entfallenden Gegenleistung entbunden werden muss. Sie hat inskünftig eine Konkurrenzierung durch andere Weiterverbreitungskonzessionäre zu befürchten, welche Anspruch auf unentgeltliche Nutzung des öffentlichen Grundes haben (vgl. vorn Erwägung 5 c). Gegen die Aufrechterhaltung des vertraglichen Gebührenanspruchs der Klägerin gegenüber der Beklagten spricht sodann das öffentliche Interesse des Bundes an der sofortigen und uneingeschränkten Durchsetzung des neuen Rechts. Gesamthaft gesehen überwiegen die öffentlichen und privaten Interessen an der Durchsetzung des neuen Rechts die entgegenstehenden fiskalischen Interessen der Klägerin an der Aufrechterhaltung ihres vertraglichen Anspruchs.

E. 6

... Demgemäss entscheidet das Verwaltungsgericht: 1. Die Klage wird abgewiesen. ...

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