

S. 275 / Nr. 45 Post, Telegraph und Telephon. (d)

BGE 55 I 275

45. Urteil vom 7. November 1929 i. S. Keller & Locher gegen eidg. Post- und Eisenbahndepartement.

Regeste:

1. Beschwerden gegen Entscheide des Postdepartements über Ansprüche aus dem Telegraphen- und Telephonverkehrsgesetz fallen in die Zuständigkeit des Bundesgerichts.
2. Dem Telephonregal unterstellt und demnach der Ausführung durch konzessionierte Unternehmungen vorbehalten ist nicht nur die Erstellung betriebsfertiger Telephonanlagen, sondern auch diejenige von Teilstrecken.
3. Die Beschränkung der Konzessionserteilung auf Firmen, die seit 2 Jahren im Handelsregister eingetragen sind, ist nicht rechtswidrig.

A. - Die Obertelegraphendirektion erteilt an inländische Installationsfirmen Konzessionen zur Ausführung

Seite: 276

von Hausleitungen für staatliche Telephonanlagen. Die seit dem 1. Januar 1923 geltenden, verschärften Konzessionsbedingungen schreiben in Art. I, Ziffer 1 vor, die Konzession werde nur an Schweizerfirmen erteilt, die seit «wenigstens 2 Jahren im Handelsregister eingetragen sind und deren leitende Persönlichkeiten das schweizerische Bürgerrecht besitzen». Die Konzessionäre haben sich über gründliche Fachausbildung, praktische Erfahrung, gesunde finanzielle Fundierung des Unternehmens, geeignetes Personal und solides, einwandfreies Geschäftsgebahren auszuweisen (Artikel I, 2). Der Konzessionär ist auf Verlangen des Abonnenten verpflichtet, alle nach der Inbetriebnahme einer Installation notwendig werdenden Erweiterungen, Abänderungen oder Reparaturen auszuführen. Er ist verpflichtet, bei Störungen (die durch die Organe der Telegraphenverwaltung eingegrenzt wurden) in den von ihm ausgeführten Hausinstallationen auf Verlangen des Abonnenten oder des Telephonamtes sofort Abhilfe zu schaffen (Artikel II, 5).

B. - Die Kollektivgesellschaft Keller & Locher in Basel hatte schon vor ihrer Eintragung im Handelsregister am 22. Februar 1929 beim Telephonamt Basel um die Konzession zur Erstellung von Hausleitungen nachgesucht und war mit ihrem Begehren unter Hinweis auf die Konzessionsbedingungen abgewiesen worden. Sie hat dann am 30. April 1929 die Eintragung im Handelsregister des Kantons Basel-Stadt bewirkt und ist am 3. Mai 1929 bei der Obertelegraphendirektion vorstellig geworden mit dem Antrag, es sei die Erteilung der Konzession gestützt auf ihre berufliche Eignung zu erteilen und von dem Erfordernis eines zweijährigen Handelsregistereintrages abzusehen. Das Begehren ist von der Obertelegraphendirektion und auf Beschwerde hin vom eidgenössischen Post- und Eisenbahndepartement abgewiesen worden. Im Departementsentscheid wird das Erfordernis einer zweijährigen Handelsregistereintragung mit der Notwendigkeit begründet, die Konzessionen auf

Seite: 277

eingesessene Firmen zu beschränken, die sich über ihre Lebensfähigkeit, über ein loyales und korrektes Geschäftsgebahren und über ein tüchtiges Monteurpersonal ausgewiesen haben.

C. - Die Kollektivgesellschaft Keller & Locher hat gegen diesen Entscheid rechtzeitig Beschwerde erhoben. Sie beantragt, es sei zu erkennen, dass die Rekurrenten berechtigt seien, Hausleitungen von staatlichen Telephonanlagen auszuführen, eventuell sei die Obertelegraphendirektion anzuweisen, den Rekurrenten die Konzession zu erteilen.

Das Gesetz betreffend den Telegraphen- und Telephonverkehr vom 14. Oktober 1922 spreche in Art. 18 nur von der Erstellung der «Anschlussleitung zwischen der Zentrale und dem Gebäude, worin die Teilnehmerstation errichtet werden soll» und habe dadurch die Erstellung der Hausanschlüsse freigegeben. Weil das Gesetz keine einschränkenden Bestimmungen enthalte, so ergebe sich daraus in Verbindung mit Art. 31 BV, dass die Ausführung der Hausanschlüsse frei sein soll. Diesen Rechtssatz verletze der angefochtene Entscheid und darum sei die Beschwerde nach Art. 10 VDG gegeben.

Selbst wenn das Gesetz die Verwaltung etwa ermächtigen sollte, von den Erstellern der Hausanschlüsse den Nachweis der sachlichen Eignung zu verlangen, so sei das Erfordernis eines zweijährigen Eintrages im Handelsregister doch rechtswidrig. «Es wäre eine unrichtige Anwendung eines der Verwaltung gegebenen Rechtes, von den Erstellern der Hausanschlüsse den Nachweis der sachlichen Eignung zu verlangen, wenn die Verwaltung auf Grund eines solchen Rechtes den zweijährigen Eintrag im Handelsregister fordern wollte.»

D. - In ihrer Antwort beantragt die Obertelegraphendirektion die Beschwerde als unbegründet unter Kostenfolge abzuweisen.
Die Erstellung von Hausleitungen falle nach Art. 1 des erwähnten Gesetzes unter das Regal. Nach Art. 3

Seite: 278

desselben Gesetzes könnten für solche Anlagen auch Konzessionen erteilt werden und von dieser Befugnis sei in § 14, Abs. 2 der Telephonordnung Gebrauch gemacht worden. Verzichte die Verwaltung darauf, Hausleitungen selbst auszuführen so sei sie berechtigt, die Bedingungen festzusetzen, unter denen die Verleihung dieses Vorzugsrechtes an Dritte erfolgen soll. Die Festsetzung dieser Bedingungen liege in ihrem freien Ermessen und niemand habe einen Rechtsanspruch auf die Erteilung der Konzession. Die Verwaltung habe dabei für einen guten Telephonbetrieb zu sorgen und diesem Zwecke diene die streitige Bedingung eines zweijährigen Handelsregistereintrages.

E. - In der Replik bestreiten die Beschwerdeführer, dass sich Art. 3 des Gesetzes auf die Erstellung von Hausleitungen beziehe. Art. 3 handle vielmehr von der Erstellung und dem Betrieb ganzer Telephonanlagen. Eine Konzession nach Art. 3 müsse sich überdies auf eine konkrete Telephonanlage beziehen und könnte nicht in der allgemeinen Erlaubnis bestehen, sich in Konkurrenz mit anderen Firmen um die Erstellung beliebiger Telephonanlagen zu bewerben.

Eventuell müsse die Bewilligung nach sachlich richtigen Gesichtspunkten erteilt werden, was aber nicht geschehe mit dem Erfordernis eines zweijährigen Handelsregistereintrages, das nicht nur «zweifelhafte Neugründungen» von der Ausführung solcher Hausleitungen fernhalte, sondern auch tüchtige Berufsleute.

In der Duplik führt die Verwaltung aus, dass ihr Art. 3 das Recht einräume, Konzessionen für ganze Anlagen wie auch einzelne Teile solcher Anlagen zu erteilen, ferner für die Einrichtung allein oder den Betrieb allein oder für Einrichtung und Betrieb zusammen. Das Gesetz lasse auch mangels einschränkender Bestimmungen verschiedenartige Konzessionstypen zu, insbesondere spezielle wie auch generelle Konzessionen.

Weil das Gesetz über die Art, wie die Konzessionen

Seite: 279

zu erteilen seien, keine Vorschriften enthalte, so handle es sich dabei um freies Ermessen der Verwaltung. Die Beschwerde richte sich, richtig betrachtet, gegen einen angeblichen Missbrauch dieses freien Ermessens. Ein solcher Missbrauch liege nicht vor, insbesondere habe die Verwaltung bei der Ausübung ihres freien Ermessens keine allgemeinen Rechtsgrundsätze verletzt. Gerade um die allgemeinen Rechtsgrundsätze, z. B. den der Rechtsgleichheit, inne zu halten, sei die streitige Konzessionsbedingung aufgestellt worden. Darüber, ob der zweijährige Handelsregistereintrag die beste Auslese unter den Installateuren sichere, könne man in guten Treuen verschiedener Ansicht sein. Aber die Verwaltung wie die grosse Mehrzahl der Beteiligten seien von den Ergebnissen des bisherigen Systemes befriedigt. Aus diesen Ausführungen ergebe sich, dass das Verwaltungsgericht für die Beurteilung der Beschwerde nicht zuständig sei.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- Nach Ziffer XII des Anhanges zum VDG unterliegen der Anfechtung durch Verwaltungsgerichtsbeschwerde Entscheide des Postdepartements über Ansprüche, die sich auf das Telegraphen- und Telephonverkehrsgesetz (TVG) und die dazu gehörenden Vollziehungsverordnungen stützen. Ob die Verwaltungsentscheidung eine Angelegenheit betrifft, die das Gesetz im Einzelnen nicht abschliessend geordnet hat und die deshalb in gewissem Umfange von der Vorinstanz nach freier Entschliessung in der einen oder andern Weise erledigt werden konnte, die also insoweit auf verwaltungsmässigem Ermessen beruht, ist für die sachliche Zuständigkeit des Bundesgerichts ohne Bedeutung. Denn das VDG scheidet die Zuständigkeit nach Beschwerdefällen (Art. 4 ff.), nicht nach Beschwerdegründen (Art. 10) aus. Wenn nämlich Art. 10 VDG anordnet, der Beschwerdeführer könne nur geltend machen, der angefochtene Entscheid beruhe auf einer Verletzung von Bundesrecht, so

Seite: 280

schliesst dies nur die freie Überprüfung des Ermessens, das die Verwaltung darf walten lassen, aus, nicht aber die Prüfung der Frage, ob ein Ermessensmissbrauch oder eine Ermessensüberschreitung, somit eine Verletzung von Bundesrecht, vorliegt. Dies bedingt aber in beschränktem Umfange eine materielle Überprüfung der Verwaltungsentscheidung und setzt ein Eintreten auf die Beschwerde wegen Ermessensmissbrauch oder Ermessensüberschreitung voraus. Der Nichteintretensantrag der Verwaltung am Schluss der Duplik ist deshalb unbegründet.

2.- Art. 1 TVG räumt der Telegraphenverwaltung das ausschliessliche Recht zur Erstellung und zum

Betriebe von Telephonanlagen ein, und Art. 3 sieht die Möglichkeit vor, zur Erstellung und zum Betrieb solcher Anlagen Konzessionen zu erteilen. Es handelt sich dabei um echte Konzessionen im verwaltungsrechtlichen Sinne, nämlich darum, Privaten das Recht zur Ausübung einer Tätigkeit einzuräumen, die das Gesetz der Verwaltung unter Ausschluss jeder privaten Konkurrenz vorbehalten hat (FLEINER, Institutionen, 8. Aufl. S. 341 und 345 f.).

Unter das Telephonregal im Sinne von Art. 1 TVG fällt nicht nur der Betrieb von Telephoneinrichtungen, sondern auch deren Erstellung.

Die Verwaltung ist berechtigt, unter Berufung auf Art. 1 TVG, das private Gewerbe von der Errichtung von Telephonanlagen überhaupt auszuschliessen. Durch diese Unterstellung unter das Regal ist die Errichtung von Telephonanlagen dem Geltungsbereich der Gewerbefreiheit entzogen (BURCKHARDT, Kommentar, 2. Aufl. S. 254). Die Beschwerdeführer berufen sich demnach zu Unrecht auf Art. 31 BV.

Wenn Art. 3 TVG sodann der Verwaltung die Möglichkeit einräumt, Konzessionen zur Erstellung und zum Betrieb von Telephonanlagen zu erteilen, so kommen dabei, neben Konzessionen für die Erstellung und den Betrieb vollständiger Anlagen durch den künftigen Betriebsinhaber, auch Konzessionen zur berufsmässigen

Seite: 281

Erstellung von Telephoneinrichtungen in Frage, und zwar nicht nur für ganze betriebsfertige Telephonanlagen, sondern auch für alle in den Rahmen des Regals fallenden Einzelarbeiten, wie die Erstellung von Teilstrecken, die Ausführung von Reparaturen an regalpflichtigen Einrichtungen etc., kurz für alle Arbeiten, die die Verwaltung den Privatunternehmungen überlässt. Hiezu gehören die in § 14, Abs. 2 der Telephonordnung erwähnten Hausleitungen, die der Teilnehmer am Telephonnetz durch private Unternehmer ausführen lassen darf. Dass für die Ausführung dieser Hausleitungen einzig konzessionierte Unternehmungen in Frage kommen können, beruht darauf, dass die Erstellung von Telephonanlagen jeder Art unter das Regal fällt. Die gegenteiligen Darlegungen der Beschwerdeführer sind mit der Ordnung in Art. 1 und 3 TVG unvereinbar.

3.- Ist die Verwaltung berechtigt, das Privatgewerbe von der Erstellung von Telephonanlagen auszuschliessen, so muss sie auch befugt sein, die Zulassung desselben von der Erfüllung gewisser Erfordernisse (Konzessionsbedingungen) abhängig zu machen. Die Ausgestaltung der Konzessionsbedingungen ist, da das Gesetz hierüber keine Vorschriften enthält, der Verwaltung überlassen. Diese ist jedoch nach allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts gehalten, willkürliche, schikanöse und unsachliche Bestimmungen zu vermeiden.

Die Beschwerde richtet sich gegen das Erfordernis eines zweijährigen Handelsregistereintrags. Dieses Erfordernis soll rechtswidrig sein, weil es, wie in der Replik des Näheren ausgeführt wird, ein unsachliches und unrichtiges Kriterium bilde.

Diese Behauptung ist indessen deshalb unhaltbar, weil sich das Erfordernis mit guten Gründen rechtfertigen lässt. Es dient dazu nach gewissen formalen, eine Willkür möglichst ausschliessenden Gesichtspunkten, eine Auslese unter den Bewerbern zu treffen. Die Beschränkung der Konzessionserteilung auf Firmen, die ihr Geschäft

Seite: 282

schon während einer gewissen Zeit betreiben und sich durch die tatsächliche Führung ihres Betriebes über das Vorhandensein der persönlichen und sachlichen Garantien für eine zuverlässige Erfüllung der mit der Konzessionserteilung verbundenen Pflichten (vgl. Art. 11, 5 der Konzession) ausgewiesen haben, ist als sachlich berechtigt anzuerkennen. Das angefochtene Erfordernis ist zweifellos geeignet, diesem Zweck zu dienen. Dass es nicht das Einzige ist, und dass sein Zweck auch auf anderem Wege erreicht werden könnte, bewirkt ebensowenig eine Verletzung von Bundesrecht, wie der Umstand, dass damit einzelne, an sich vielleicht geeignete Unternehmungen während einer gewissen, verhältnismässig kurzen Zeit von der Konzession ausgeschlossen werden. Die Grundsätze des Bundesrechts sind gewahrt, weil die Verwaltung die Bedingung des zweijährigen Handelsregistereintrags einheitlich in allen Fällen anwendet und das Erfordernis selbst auf keinen Fall als unsachlich bezeichnet werden kann.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird abgewiesen