

Enthält das WTO-Recht eine Verpflichtung zur Entbündelung des Fernmeldeanschlussnetzes?

von

ANDREAS KLEY*

Inhaltsübersicht

- I. Problem
- II. Ziff. 2 der Verpflichtungsliste zum 4. Protokoll betreffend den Anhang über Telekommunikation des GATS
 - A. Rechtsgrundlage
 - B. Begünstigte der Entbündelungspflicht
 - C. Weiteres Vorgehen
- III. Direkte Anwendbarkeit von Ziff. 2?
 - A. Direkte Anwendbarkeit von Ziff. 2 kraft Völkerrecht?
 - B. Direkte Anwendbarkeit von Ziff. 2 kraft Landesrecht?
- IV. Ergebnis

I. Problem¹

Die technischen Neuerungen, die Globalisierung der Märkte und die Liberalisierungs- und Privatisierungsbestrebungen des Fernmeldewesens hatte die Schweiz mit dem Erlass eines totalrevidierten Fernmeldegesetzes (FMG)² beantwortet. Schon kurze Zeit nach dessen Inkrafttreten am 1. Januar 1998 wurde die Forderung erhoben, die «Interkonnektionspflicht» des Art. 11 FMG im Sinne einer Entbündelungspflicht des Anschlussnetzes umzuinterpretieren. Nach mehreren Jah-

* Prof. Dr., Ordinarius für Staatsrecht und Verfassungsgeschichte an der Universität Bern

¹ Es handelt sich um eine überarbeitete und gekürzte Fassung aus einem Gutachten für die Swisscom AG vom 2. Juli 2003.

² Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG; Systematische Sammlung des Bundesrechts [SR] 784.10).

ren politischer und juristischer Auseinandersetzungen hat der Bundesrat am 7. März 2003 beschlossen, auf den 1. April 2003 die Fernmeldeverordnung (FDV)³ zu revidieren. Deren neuer Art. 43 Abs. 1 Bst. a^{ter}-a^{quinquies} sieht vor, dass die marktbeherrschende Anbieterin schnellen Bitstrom-Zugang, gemeinsamen sowie vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss anbieten muss. Dabei stellt sich die Frage, ob die Vorschrift des Art. 43 Abs. 1 Bst. a^{ter}-a^{quinquies} FDV und die damit verbundenen Begriffsbestimmungen in Art. 1 Bst. c-d FDV sich auf eine genügende gesetzliche Grundlage abstützen.

Der Bundesrat selbst erachtet offensichtlich eine formellgesetzliche Grundlage für die Entbündelung als unumgänglich:

«Der Bundesrat hat am 26. Februar 2003 beschlossen, die Entbündelung der letzten Meile so rasch als möglich auf Verordnungsstufe einzuführen. Er will die Verpflichtung zur Entbündelung im Rahmen der laufenden Revision des Fernmeldegesetzes aber auch noch dem Parlament unterbreiten.»⁴

Damit hatte der Bundesrat eingestanden, dass neben der vorgängigen Ordnungsrevision nachträglich die noch fehlende gesetzliche Grundlage geschaffen werden sollte. Bundesrat Moritz Leuenberger kommentierte dieses Vorgehen wie folgt:

«(...) es erscheint als ziemlich wahrscheinlich, dass das Bundesgericht im Streitfall ohnehin entscheidet, im Zweifelsfall sei die Frage dem Gesetzgeber zu überlassen. Darum haben wir zusätzlich die Entbündelung über das Fernmeldegesetz gewählt.»⁵

Seit diese Auseinandersetzungen um die Entbündelung des Fernmelde-Anschlussnetzes im Gange sind, stellte sich die Frage, ob sich die Entbündelungspflicht nicht auch auf eine direkt anwendbare Norm des Rechts der Welthandelsorganisation (WTO-Recht) abstützen lässt. Diese völkerrechtliche Norm wäre für die Befürworter der sofortigen Entbündelung hilfreich, denn sie träte gewissermassen neben die möglicherweise ungenügenden Art. 1 Bst. c-e und 43 Abs. 1 Bst. a^{ter}-a^{quinquies} FDV und würde den Mangel heilen. Eine solche Norm wurde denn auch im Rahmen des WTO-Rechts gefunden und im *Commcare-Verfahren* vor dem Schweizerischen Bundesgericht als Grundlage der Entbündelung

³ SR 784.101.1; Amtliche Sammlung des Bundesrechts (AS) 2003, 544.

⁴ Medienmitteilung des Bundesrates vom 7. März 2003; vgl. auch die Medienmitteilung des Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) vom 26. Februar 2003.

⁵ Interview mit Bundesrat Moritz Leuenberger in der Aargauer Zeitung vom 27. Februar 2003, S. 7.

angeführt.⁶ Im Folgenden soll diese völkerrechtliche Rechtslage dargestellt und auf die diesbezügliche Tragfähigkeit überprüft werden.

II. Ziff. 2 der Verpflichtungsliste zum 4. Protokoll betreffend den Anhang über Telekommunikation des GATS

A. Rechtsgrundlage

Am 5. Februar 1998 ist das 4. Protokoll⁷ betreffend den Anhang zu Verhandlungen über Basis-Telekommunikationsleistungen («Anhang über Telekommunikation»)⁸ des Allgemeinen Abkommens über den Handel mit Dienstleistungen (GATS)⁹ in Kraft getreten. Diesem 4. Protokoll ist eine Liste über spezifische Verpflichtungen («Verpflichtungsliste» oder «Schedule of Specific commitments») beigefügt¹⁰, welche durch ein sogenanntes Reference Paper ergänzt wird. Dieses formuliert wichtige regulatorische Prinzipien, die den gesamten Fernmeldebereich betreffen. So finden sich unter Ziff. 2 unter anderem folgende Bestimmungen¹¹:

⁶ Commcare-Urteil vom 3. Oktober 2001 (2A.503/200 und 2A.505/2000), publiziert und kommentiert in: sic! 2002, S. 18 ff.; Medialex 2002, S. 33 ff. und Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl) 2002, S. 244 ff., wo das Bundesgericht eine Entbündelung mangels gesetzlicher Grundlage abgelehnt hatte. Das Urteil war der Auslöser für die nunmehr erfolgte Revision der FDV.

⁷ SR 0.632.20, AS 1998, 2049.

⁸ SR 0.632.20; AS 1995, 2451. Der Beschluss zu Verhandlungen über Basis-Telekommunikationsdienste im Rahmen des GATS ist in der GATT/WTO-Botschaft 1, Bundesblatt (BBl) 1994 IV 930, abgedruckt. Im Anhang 1 ist die inhaltsgleiche Verpflichtungsliste der EU zum 4. Protokoll zum Anhang über Telekommunikation in deutscher Sprache wiedergegeben.

⁹ Anhang 1.B zum WTO-Abkommen, in: SR 0.632.20, AS 1995, 2418.

¹⁰ Siehe die übersichtliche Darstellung bei Christoph B. GRABER, *Lost Highway – Bleibt KMU der Zugang zur Breitbandkommunikation verbaut?* in: Jörg Schmid u. a. (Hrsg.), *Rechtsfragen rund um die KMU*, Zürich 2003, S. 217–252, insb. S. 236 ff.; Christian BOVEI/Pranvera KËLLEZI, *Positions dominantes dans le secteur des télécommunications*, Medialex 2002, S. 196–208, insbesondere S. 197 ff.

¹¹ Gemäss AS 1998, 2049, werden die dem 4. Protokoll zum Anhang über Telekommunikation beigefügten Verpflichtungslisten in der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts nicht veröffentlicht. Sie sind in einem Sonderdruck in französischer Sprache mit dem Titel «Suisse – Liste d'engagements spécifiques» zusammengefasst. Dieser ist bei der Eidgenössischen Drucksachen- und Materialzentrale, Sektion Bewirtschaftung,

«2. Zusammenschaltung

2.1 Dieser Abschnitt gilt für das Zusammenschalten mit Anbietern, die öffentliche Telekommunikationsnetze oder -dienste bereitstellen, um den Nutzern eines Anbieters die Kommunikation mit Nutzern eines anderen Anbieters zu ermöglichen und Zugang zu Dienstleistungen zu erhalten, die von einem anderen Anbieter bereitgestellt werden.

2.2 Sicherzustellende Zusammenschaltung:

Im Rahmen des zulässigen Marktzugangs wird das Zusammenschalten mit einem Hauptanbieter an jedem technisch durchführbaren Punkt im Netz sichergestellt. Diese Zusammenschaltung wird wie folgt bereitgestellt:

- a) zu nichtdiskriminierenden Bedingungen (einschliesslich technischer Normen und Spezifikationen) und Entgelten sowie in einer Qualität, die nicht schlechter ist als diejenige, die er für eigene gleiche Dienstleistungen oder für gleiche Dienstleistungen nichtverbundener Anbieter von Dienstleistungen oder seinen Tochterunternehmen oder sonstigen verbundenen Unternehmen gewährt;
- b) rechtzeitig zu Bedingungen (einschliesslich technischer Normen und Spezifikationen) und kostenorientierten Entgelten, die transparent, angemessen, wirtschaftlich realistisch und ausreichend entbündelt sind, sodass der Anbieter nicht für Netzelemente oder -einrichtungen zu zahlen braucht, die er für die zu erbringende Dienstleistung nicht benötigt, und
- c) auf Ersuchen zusätzlich an anderen Punkten als den Netzabschlusspunkten, die dem überwiegenden Teil der Nutzer angeboten werden, zu Entgelten, die die Bereitstellungskosten für die notwendigen zusätzlichen Einrichtungen widerspiegeln.»

Bezüglich der Entbündelungspflicht sind folgende, in Ziff. 2.2 der Verpflichtungsliste enthaltene Passagen von Bedeutung:

«(...) wird das Zusammenschalten mit einem Hauptanbieter an jedem technisch durchführbaren Punkt im Netz sichergestellt.

Diese Zusammenschaltung wird (...) bereitgestellt (...)

- rechtzeitig zu Bedingungen (...), die ausreichend entbündelt sind, so dass der Anbieter nicht für Netzelemente zu zahlen braucht, die er für die zu erbringende Dienstleistung nicht benötigt, und
- auf Ersuchen zusätzlich an anderen Punkten als den Netzabschlusspunkten, die dem überwiegenden Teil der Nutzer angeboten werden, zu Entgelten, die die Bereitstellungskosten für die notwendigen zusätzlichen Einrichtungen widerspiegeln.»

3000 Bern, erhältlich. – Die hier abgedruckte deutsche Fassung entspricht der Publikation im Österreichischen Bundesgesetzblatt (BGBl) III Nr. 44/1998 (die Europäische Union hat betreffend die Basis-Telekommunikationsliste dieselben Listenbestimmungen wie die Schweiz übernommen).

B. Begünstigte der Entbündelungspflicht

Das GATS-Abkommen setzt sich aus dem Rahmenabkommen (Preamble und Art. I bis XXIX) sowie verschiedenen Anhängen zusammen. Einer dieser Anhänge ist jener über Telekommunikation, welcher wiederum Listen mit spezifischen Verpflichtungen der Mitgliedländer enthält.

Die allgemeinen Pflichten des GATS unterteilen sich in zwei Gruppen.¹² Eine *erste* Gruppe enthält jene Regeln, welche für alle Mitglieder und alle Dienstleistungen gelten, unabhängig davon, ob sektorspezifische Verpflichtungen eingegangen wurden oder nicht. Zu diesen Verpflichtungen gehört insbesondere diejenige der *Meistbegünstigung* (Art. II). Die *zweite* Gruppe von Verpflichtungen gilt für das einzelne Mitglied nur hinsichtlich jener Wirtschaftsaktivitäten, die in seiner Liste der spezifischen Verpflichtungen aufgeführt sind. Es geht bei dieser Gruppe von Verpflichtungen darum, in bestimmten Bereichen für ausländische Anbieter ein bestimmtes Mass an *Marktzugang* zu gewährleisten (Art. XVI), sowie um *Inländerbehandlung* (Art. XVII).

Mit der Ratifizierung der Verpflichtungsliste des 4. Protokolls zum Anhang über Telekommunikation ist die Schweiz unter anderem die völkerrechtliche Verpflichtung eingegangen, im spezifischen Bereich der Entbündelung *den ausländischen Anbietern von Fernmeldediensten mindestens im vertraglich festgelegten Ausmass Marktzugang sicherzustellen*. Diese Verpflichtung gilt nicht nur im Sinne einer Gleichbehandlung von Anbietern anderer WTO-Mitgliedstaaten untereinander (Meistbegünstigung¹³), sondern auch im Sinne eines Verbots der weniger günstigen Behandlung von Anbietern anderer Mitgliedstaaten gegenüber inländischen Anbietern (Inländerbehandlung¹⁴). Als «ausländische Anbieter» gelten Gesellschaften mit Sitz im Ausland, ihre Zweigniederlassungen im Inland oder ihre Gesellschaften im Inland, an denen sie mehrheitlich beteiligt sind. Der «ausländische» Charakter einer Anbieterin darf nicht de facto zu einer Diskriminierung führen.

Hervorzuheben ist, dass die in den spezifischen Listen festgelegten Marktzugangsverpflichtungen gemäss den Prinzipien der Meistbegünstigung und der Inländerbehandlung nur mit Bezug auf die Behandlung von Anbietern anderer Mitgliedstaaten, *nicht aber mit Bezug auf die Behandlung der inländischen Anbieter* gelten. Ob die Schweiz die Entbündelungsrechte gemäss Ziff. 2 der Verpflichtungsliste den inländi-

¹² Vgl. Botschaft zur Genehmigung der GATT/WTO-Übereinkommen (Uruguay-Runde), GATT/WTO-Botschaft 1, BBl 1994 IV 1 ff., insb. S. 247 ff.

¹³ Vgl. GATT/WTO-Botschaft 1 (FN 12), BBl 1994 IV 259.

¹⁴ Vgl. GATT/WTO-Botschaft 1 (FN 12), BBl 1994 IV 258 f.

schen Anbietern gewähren will, kann sie somit autonom entscheiden; eine völkerrechtliche Vorgabe besteht diesbezüglich nicht. Hingegen geht natürlich von derartigen völkerrechtlichen Marktzugangspflichten ein starker Druck auf die Innenpolitik aus, wird es sich doch der schweizerische Gesetzgeber kaum leisten können, inländische Anbieter schlechter als ausländische zu behandeln. Gemäss Bundesgericht wäre zu prüfen, «ob dasselbe aus Gründen der Gleichbehandlung der Konkurrenten nicht auch für inländische Konkurrenzbetriebe gälte»¹⁵. Es liess die Frage aber offen.¹⁶

C. Weiteres Vorgehen

Können die in Ziff. 2 der Verpflichtungsliste eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen die innerstaatlichen Rechtsadressaten, namentlich die Swisscom AG, direkt verpflichten und entsprechend von den innerstaatlichen Rechtsanwendungsbehörden, namentlich der Kommunikationskommission, direkt angewendet werden? Diese sogleich im folgenden Abschnitt 3 zu besprechende *Frage nach dem sogenannten «Self-executing»-Charakter völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen* muss für jede Bestimmung einzeln erörtert werden.¹⁷ Die Prüfung erfolgt in zwei Stufen: Die erste Stufe besteht darin, anhand völkerrechtlicher Kriterien zu untersuchen, was die Vertragsparteien bezüglich der innerstaatlichen Anwendbarkeit vereinbart haben. Haben sie nichts vereinbart, so kann auf zweiter Stufe über die Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen nach landesrechtlichen Kriterien befunden werden.¹⁸

Falls Ziff. 2 kein Self-executing-Charakter zukommt, bedarf sie der Umsetzung durch den schweizerischen Gesetzgeber. Für die Entbün-

¹⁵ Vgl. Commcare-Urteil (FN 6), Erwägung (E.) 9c.

¹⁶ In einem völlig andern Zusammenhang (Nachzug ausländischer Kinder eines Schweizer Staatsangehörigen) akzeptierte das Bundesgericht allerdings eine Besserstellung der EU-Angehörigen und damit eine Diskriminierung von Schweizern und Schweizerinnen: BGE 129 II 249 ff. und Neue Zürcher Zeitung (NZZ) vom 4. April 2003, Nr. 79, S. 17.

¹⁷ Vgl. Thomas COTTIER/Benoît MERKT, *Auswirkungen des Welthandelsrechts der WTO und des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt auf das Submissionsrecht der Schweiz*, in: Roland von Büren/Thomas Cottier (Hrsg.), *Die neue schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld*, Berner Tage für juristische Praxis (BTJP), Bern 1996, S. 48.

¹⁸ Vgl. Patrick Edgar HOLZER, *Die Ermittlung der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen*, Zürich 1998, S. 52 ff. mit weiteren Hinweisen. Vgl. auch GATT/WTO-Botschaft 1 (FN 12), BBl 1994 IV 418.

delung des Anschlussnetzes kraft Verfügung durch die Kommunikationskommission bietet sie damit keine Grundlage.

III. Direkte Anwendbarkeit von Ziff. 2?

A. Direkte Anwendbarkeit von Ziff. 2 kraft Völkerrecht?

Als erstes ist zu klären, ob das GATS insgesamt bzw. die vorliegend massgebende Ziff. 2 der Verpflichtungsliste kraft Völkerrecht direkt anwendbar, d. h. self-executing ist. Zur Beantwortung dieser Frage müssen die *völkerrechtlichen Auslegungsgrundsätze*, wie sie in Art. 31 ff. VRK¹⁹ festgelegt sind, herangezogen werden. Gemäss Wiener Vertragsrechtskonvention ist in erster Linie der objektive Parteiwille, wie er sich aus dem Wortlaut der Vertragsbestimmung ergibt, massgebend.²⁰ Aber auch der subjektive Parteiwille kann nicht völlig ausser Acht gelassen werden, da oftmals nur anhand der Materialien gezeigt werden kann, ob, und wenn ja, wie sich die Vertragsparteien über die innerstaatliche Anwendung der Vertragsbestimmung geeinigt haben.²¹

Was den *objektiven Parteiwillen* angeht, statuieren das Rahmenabkommen des GATS sowie der Anhang über Telekommunikation mitsamt den Verpflichtungslisten an keinem Ort die unmittelbare Anwendbarkeit durch innerstaatliche Vollzugsorgane. Gegen den Self-executing-Charakter der fraglichen Interkonnectionspflicht aufgrund von Völkerrecht spricht auch die Tatsache, dass die Zusammenschaltung gemäss Ziff. 2.2 «sicherzustellen» ist («to be ensured»). Ein auf direkte Anwendbarkeit zielender Text müsste von einer «Pflicht» oder einem «Recht», einem «Müssen» oder «Dürfen» sprechen, wie dies etwa die zum grössten Teil direkt anwendbaren internationalen Menschenrechtskonventionen von Europarat und UNO (EMRK und UNO-Pakt II) tun. Diese grammatikalische Interpretation wird verstärkt durch Art. VI des Rahmenabkommens. Dieser bestimmt, dass in Sektoren, in denen

¹⁹ Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge (SR 0.111).

²⁰ Knut IPSEN, *Völkerrecht*, 4. Auflage, München 1999, § 11, Rn. 5 ff. Im englischen Sprachgebrauch wird diese Auslegungsmethode «ordinary meaning rule» genannt; der Vorrang des Vertragstextes ergibt sich aus Art. 31 Abs. 4 VRK, wonach ein Ausdruck nur dann eine besondere Bedeutung erhält, wenn feststeht, dass die Parteien dies beabsichtigt haben.

²¹ HOLZER (FN 18), S. 57.

besondere Verpflichtungen eingegangen werden, wie dies im Telekommunikationsbereich der Fall ist, die Mitglieder sicherstellen, dass alle allgemein geltenden Massnahmen, d. h. die innerstaatlichen Regelungen (vgl. Artikelüberschrift), die den Dienstleistungsverkehr betreffen, angemessen, objektiv und unparteiisch angewendet werden. Von einer angemessenen, objektiven und unparteiischen Anwendung der GATS-Bestimmungen ist demgegenüber nicht die Rede. Aus Art. VI geht somit hervor, dass das GATS auch im Gebiet der besonderen Listenverpflichtungen auf innerstaatliche Regelungen baut und nicht mit der direkten Anwendung dieser Verpflichtungen durch innerstaatliche Behörden rechnet.

Der *subjektive Ansatz*, der die Entstehung der GATS-Bestimmungen in die Betrachtung mit einbezieht, bestätigt, dass die direkte Anwendbarkeit von Ziff. 2 völkerrechtlich nicht vorgeschrieben ist. Generell zeigten die WTO-Mitgliedstaaten wenig Bereitschaft, einer direkten Anwendbarkeit des WTO-Rechts vor den eigenen Gerichten zuzustimmen.²² Bezüglich der Verpflichtungsliste im Telekommunikationsbereich geht aus der Verhandlungsstrategie der schweizerischen Delegation der Parteiwille hervor, an die entsprechenden internationalen Verpflichtungen erst gebunden sein zu wollen, wenn die innerstaatliche Gesetzgebung das internationale normative Niveau erreicht hat. Denn solange die alte schweizerische Fernmeldeordnung noch in Kraft war, nahm die Schweiz nur mit den gestützt auf das alte Recht notwendigen Vorbehalten an den Verhandlungen über die Fernmeldeordnung des GATS teil. Die Schweiz hat ihre Situation in ihrer Offerte vom 14. Februar 1997 folgendermassen umschrieben:

«The Federal Law on telecommunications is presently under review. The Government has submitted to Parliament a new draft law by mid-1996. It provides in particular for the removal of the remaining monopoly rights of the Swiss PTT regarding network facilities and voice telephone services. The Parliament has begun discussions on the Government's proposal in the fall of 1996 and is expected to vote on it in mid-1997. Taking into account a 3 months period open for referendum the new law could enter into force by 1.1.1998. Following the decisions to be taken by the Legislator, the Swiss Government will improve the commitments on basic telecommunications under the GATS simultaneously with entering into force of the new law.»²³

Die Verhandlungspartner des Anhangs über Telekommunikation und der dazugehörigen Protokolle mussten nach guten Treuen an-

²² Vgl. Wolfgang BENEDEK, *Die Rechtsordnung des GATT aus völkerrechtlicher Sicht*, Berlin etc. 1990, S. 372, ebenso S. 87.

²³ Schreiben der Schweizerischen Eidgenossenschaft an die WTO vom 14. Februar 1997 (unveröffentlicht).

nehmen, dass die Schweiz die innerstaatliche Anwendbarkeit der internationalen Verpflichtungen in diesem Bereich vom Vorliegen entsprechender nationaler Gesetze abhängig machen wollte.

René Rhinow²⁴ möchte in seiner Stellungnahme allein auf den subjektiven Parteiwillen der Schweiz abstellen, der die Entbündelungspflicht als eine Self-executing-Norm verstanden habe. Er führt dafür die zeitliche Nähe des Inkrafttretens des revidierten Fernmeldegesetzes am 1. Januar 1998 zur Inkraftsetzung der Verpflichtungsliste am 5. Februar 1998 als Grund an. Hier ist festzuhalten, dass aus diesem zeitlichen Abstand von 35 Tagen nicht abgeleitet werden kann, die Normen der Verpflichtungsliste seien self-executing. Denn es ist umstritten, ob Art. 11 FMG über die Interkonnektion überhaupt eine Entbündelungspflicht beinhaltet. Das Bundesgericht hatte jedenfalls eine solche gestützt auf Art. 11 FMG abgelehnt.²⁵ Rhinow zieht aus der von ihm behaupteten Entbündelungspflicht gemäss revidiertem Fernmeldegesetz den Schluss, dass auch die Verpflichtungsliste eine solche Entbündelungspflicht mit Self-executing-Charakter vorsehen müsse. Damit begründet er die völkerrechtliche Entbündelungspflicht aus dem innerstaatlichen Recht. Folgt man dieser Argumentation des subjektiven Parteiwillens, so erhält das Völkerrecht keine eigenständige Bedeutung, sondern verdoppelt das innerstaatliche Recht.

Der von Rhinow angeführte subjektive Parteiwille ist zudem von untergeordneter Bedeutung, weil es auf *die* «Parteiwillen» ankommt und niemals auf den Willen einer einzigen Partei eines multilateralen Regierungsabkommens. Ferner bleibt zu beachten, dass nach der Analyse von Daniel Wüger²⁶ das Bundesgericht «den Parteiwillen ausserordentlich weit auslegt, wenn es darum geht, einer Bestimmung die direkte Anwendbarkeit zu versagen». Das Bundesgericht stellt ferner bei zwischenstaatlichen Handelsverträgen noch darauf ab, ob der Vertrag einen gemeinsamen Binnenmarkt einrichtet.²⁷ Nur wenn dies der Fall ist, will das Bundesgericht einer Vertragsnorm den Charakter als Self-executing-Norm zusprechen. Folgt man dieser Argumentation, so

²⁴ René RHINOW, Stellungnahme zum Gutachten von Andreas Kley zur Frage, ob das Völkerrecht oder das Fernmelderecht eine genügende gesetzliche Grundlage für eine Verpflichtung zur Entbündelung im Anschlussnetz bieten, zuhanden Niederer, Kraft & Frey Rechtsanwälte, Zürich, 7. Februar 2001, S. 9. Diese Stellungnahme lag gemäss ihrem Schreiben vom 9. September 2002 auch der ständerätlichen Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen vor.

²⁵ Vgl. Commcare-Urteil (FN 6), E. 7d.

²⁶ Daniel WÜGER, *Die direkte Anwendbarkeit staatsvertraglicher Normen*, in: Thomas Cottier (Hrsg.), *Der Staatsvertrag im schweizerischen Recht*, Bern 2001, S. 93–250, insb. S. 122.

²⁷ Vgl. BGE 105 II 49 E. 3a, S. 59.

sind die WTO-Abkommen und ihre Protokolle nicht unmittelbar anwendbares Recht.²⁸

Einer Bemerkung bedarf der Entscheid des Bundesgerichts aus dem Jahre 1997 zur Frage, ob Art. 12 der UNO-Kinderrechtskonvention betreffend das Anhörungsrecht des Kindes unmittelbare Anwendbarkeit zukomme.²⁹ In diesem Urteil nahm das Bundesgericht die unmittelbare Anwendbarkeit der völkerrechtlichen Bestimmung an, obwohl diese von «sichern» (Art. 12 Abs. 1) spricht und obwohl sie einen Verweis auf die nationale Gesetzgebung enthält (Art. 12 Abs. 2), und den soeben besprochenen einschlägigen Bestimmungen des GATS (Ziff. 2 Verpflichtungsliste und Art. VI Rahmenabkommen) gleicht. Indessen schloss das Bundesgericht in dieser Entscheid nicht aufgrund des völkerrechtlichen Vertragsinhalts, sondern gestützt auf landesrechtliche Kriterien auf die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 12 UNO-Kinderrechtskonvention. Aus diesem Grund widerspricht der erwähnte Entscheid nicht der oben geführten Argumentation und der Schlussfolgerung, dass das Völkerrecht die unmittelbare Anwendbarkeit von Ziff. 2 der Verpflichtungsliste nicht verlangt.

Die Auslegung von Ziff. 2 der Verpflichtungsliste führt damit zum Ergebnis, dass das Völkerrecht selber dessen unmittelbare Anwendbarkeit nicht verlangt (kein Anwendungsgebot). Somit kann das innerstaatliche Recht selber bestimmen, ob diese völkerrechtliche Norm self-executing ist.

B. Direkte Anwendbarkeit von Ziff. 2 kraft Landesrecht?

Es besteht die Möglichkeit, dass Ziff. 2 aufgrund der schweizerischen Verwaltungs- und Gerichtspraxis für self-executing erachtet wird. Der Begriff der unmittelbaren Anwendbarkeit völkerrechtlicher Bestimmungen ist vom Bundesgericht wiederholt behandelt worden.³⁰ In BGE 118 Ia 112 E. 2b, S. 116 f., hat es ausgeführt:

«Damit ein Beschwerdeführer sich auf eine Staatsvertragsnorm berufen kann, muss diese direkt anwendbar (self-executing) sein. Dies ist dann der Fall, wenn die Bestimmung inhaltlich hinreichend bestimmt und klar ist, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheides zu bilden (BGE 106 Ib 187). Die Norm muss

²⁸ Vgl. WÜGER (FN 25), S. 123.

²⁹ Vgl. BGE 124 III 90 E. 3a, S. 91 ff.

³⁰ Vgl. Olivier JACOT-GUILLARMOD, *L'applicabilité des traités internationaux en Suisse : histoire d'un retour inutile*, Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht 44 (Jubiläumsband) 1989, S. 129 ff., und HOLZER (FN 18), S. 72 ff., 103 ff.

mithin justizierbar sein, die Rechte und Pflichten des Einzelnen zum Inhalt haben, und Adressat der Norm müssen die rechtsanwendenden Behörden sein.»

Demgegenüber hielt das Bundesgericht fest, dass in folgender Situation die unmittelbare Anwendbarkeit fehlt³¹:

«Die erforderliche Bestimmtheit geht vor allem blossen Programmartikeln ab. Sie fehlt auch Bestimmungen, die eine Materie nur in den Umrissen regeln, dem Vertragsstaat einen beträchtlichen Ermessens- oder Entscheidungsspielraum lassen oder bloss Leitgedanken enthalten, sich also nicht an die Verwaltungs- oder Justizbehörden, sondern an den Gesetzgeber richten (...).»

Zusammenfassend müssen gemäss Bundesgericht folgende Kriterien erfüllt sein, um eine Staatsvertragsnorm direkt anwenden zu können:

- Hinreichende Justiziabilität, d. h. hinreichender Bestimmtheits- und Klarheitsgrad einer Norm;
- die Norm muss die Rechtsstellung des Einzelnen regeln bzw. sich an die rechtsanwendenden Behörden richten.

Diese beiden Kriterien gehen allerdings lediglich aus den Textbausteinen hervor, in denen das Bundesgericht seine Praxis zur direkten Anwendbarkeit selbst analysiert. Die Tatsache, dass die Norm die Rechtsstellung des Einzelnen regelt, ist hingegen genau besehen gar kein eigenes Kriterium, sondern nur die Wiederholung der zu beantwortenden Frage. Was die Justiziabilität betrifft, hat Holzer (und auch Wüger³²) mit aller Deutlichkeit gezeigt, dass die tatsächliche Praxis des Bundesgerichts keineswegs nach diesem Kriterium verfährt und festgehalten³³:

«Es kann daher davon ausgegangen werden, dass die Bestimmtheit und Klarheit einer völkerrechtlichen Vertragsbestimmung in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Wirklichkeit kein eigentliches Kriterium zur Vornahme der Prüfung zweiter Stufe darstellt. Die Aussage, eine Vertragsbestimmung sei genügend bestimmt und klar, um im Einzelfall Grundlage der richterlichen Entscheidung zu bilden, muss somit dahin gehend ausgelegt werden, dass damit ausgesagt werden soll, keine anderen landesrechtlichen Kriterien stünden einer unmittelbaren innerstaatlichen Anwendbarkeit entgegen.»

Als die angesprochenen *anderen landesrechtlichen Kriterien* benutzt nach Holzer und Wüger das Bundesgericht in Wirklichkeit folgende:

³¹ BGE 105 II 49 E. 3, S. 58; vgl. auch BGE 125 III 277 E. 2d, S. 281.

³² Vgl. WÜGER (FN 26), S. 139 f., 145 ff.

³³ HOLZER (FN 18), S. 114. In diesem Sinne auch JACOT-GUILLARMOD (FN 30), S. 144 ff.

- die politischen Auswirkungen der unmittelbaren Anwendbarkeit,³⁴
- Ziel und Zweck des völkerrechtlichen Vertrages in seiner Gesamtheit,³⁵
- sowie den Willen von Exekutive³⁶ und Legislative³⁷.

Im Folgenden ist zu untersuchen, ob Ziff. 2 der Verpflichtungsliste anhand dieser eigentlichen (Bestimmtheits-) Kriterien als self-executing hinsichtlich der Entbündelung des Anschlussnetzes taxiert werden kann. Dabei erweist sich insbesondere die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts als aufschlussreich.

In BGE 112 Ib 183 E. 3c, S. 189, hat das *Bundesgericht* den Grundsatz der unmittelbaren Anwendbarkeit mit Bezug auf das GATT 1947 pauschal nicht anerkannt. Im Fall Sunrise³⁸ stellte es ebenfalls in allgemeiner Weise fest, dass die Regeln des GATS lediglich die Signatarstaaten verpflichten, d. h. keine unmittelbar anwendbaren Rechte schaffen, auf die sich die Fernmeldeunternehmen berufen könnten. In beiden Fällen blieb allerdings eine Begründung der bundesgerichtlichen Behauptung des Non-self-executing-Charakters aus. Im Commcare-Urteil hat das Bundesgericht die unmittelbare Anwendung des WTO-Rechts inklusive der Verpflichtungslisten im Sinne einer Entbündelung des Anschlussnetzes abgelehnt: Auch wenn die unmittelbare Anwendbarkeit gegeben wäre, so sei im Hinblick auf Mietleitungen und Übertragungsmedien darin kein subjektives Recht auf Entbündelung oder auf Interkonnektion enthalten. Insofern bleibe das GATS-Recht so oder so zu vage.³⁹

Die *bundesrätliche Botschaft* zum GATT/WTO-Übereinkommen schliesst die unmittelbare Anwendbarkeit der Übereinkommen – wie auch wohl neu das Bundesgericht⁴⁰ – nicht *generell* aus. Denn sie hält fest, dass die unmittelbare Anwendbarkeit für gewisse Bestimmungen der einzelnen Abkommen nicht ausgeschlossen werden kann, was von Fall zu Fall zu beurteilen sei.⁴¹ Bezüglich des TRIPS-Abkommens be-

³⁴ Vgl. BGE 100 Ib 226 E. 3, S. 230 f.

³⁵ Vgl. BGE 105 II 49 E. 3, S. 57 ff.

³⁶ Vgl. BGE 104 IV 175 E. 2c, S. 180.

³⁷ Vgl. BGE 111 V 201 E. 2b, S. 203.

³⁸ Vgl. BGE 125 II 293 E. 3d, S. 305.

³⁹ Vgl. Commcare-Urteil (FN 6), E. 9c. Siehe dazu den entsprechenden Kommentar von GRABER (FN 10), S. 240, der einen logischen Widerspruch zu entdecken glaubt: eine unmittelbar anwendbare Norm könne doch gar nicht vage sein. GRABER übersieht dabei, dass auch eine klare und damit unmittelbar anwendbare Völkerrechtsnorm stets noch auszulegen und in ihrer Tragweite zu bestimmen ist.

⁴⁰ Vgl. Commcare-Urteil (FN 6), E. 9c: «Ob daran in dieser absoluten Form festzuhalten ist, kann offen bleiben».

⁴¹ Vgl. GATT/WTO-Botschaft 1 (FN 12), BBl 1994 IV 418.

jaht die Botschaft ausdrücklich die unmittelbare Anwendbarkeit einzelner Artikel.⁴²

Zur Frage der direkten Anwendbarkeit der GATS-Bestimmungen äussert sich die Botschaft nicht.⁴³ Auch die Lehre schweigt sich in diesem Punkt aus.⁴⁴ Daraus lässt sich freilich nicht e contrario auf den Non-self-executing-Charakter des GATS schliessen. Aufschlussreicher ist die Frage nach dem *Willen der Exekutive und der Legislative* bezüglich der direkten Anwendbarkeit des GATS, insbesondere seiner Verpflichtungslisten im Telekommunikationsbereich. Gemäss Botschaft und den parlamentarischen Verhandlungen zum neuen Bundesgesetz über das Fernmeldewesen bestand ein Ziel der Totalrevision dieses Gesetzes darin, die mengenmässigen Marktzugangsbeschränkungen im schweizerischen Telekommunikationsrecht soweit abzubauen, dass in den anstehenden GATS-Verhandlungen betreffend den Anhang über Telekommunikation mit den WTO-Vertragspartnern eine Einigung erzielt werden könnte.⁴⁵ Mit anderen Worten: Der schweizerische Gesetzgeber wollte nicht GATS-Verpflichtungen eingehen, die eine über die innerstaatlichen Gesetze hinausgehende Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes verlangen. Enthält eine GATS-Bestimmung wie Ziff. 2 der Verpflichtungsliste dennoch eine weitergehende Verpflichtung, hat demnach der formelle Gesetzgeber den entsprechenden Liberalisierungsschritt nachzuholen und nicht die Rechtsanwendung. Dies bestätigten auch die beiden zuständigen Kommissionen

⁴² BBl 1994 IV 287.

⁴³ BBl 1994 IV 242–280.

⁴⁴ Vgl. Ernst-Ulrich PETERSMANN, *The GATT/WTO Dispute Settlement System*, London etc. 1997, S. 28 und 33; Richard SENTI/Rolf H. WEBER, *Das allgemeine Dienstleistungsabkommen (GATS)*, in: Daniel Thürer/Stephan Kux (Hrsg.), *Gatt 94 und die Welthandelsorganisation*, Zürich 1996, S. 129 ff.; Christian ETTER, *Das Dienstleistungsabkommen der Uruguay-Runde und seine Bedeutung für die Schweiz*, in: Thomas Cottier (Hrsg.), *GATT-Uruguay Round*, Bern 1995, S. 91 ff.; Richard SENTI, *GATT-WTO*, Zürich 1994, S. 102 ff. – Für Deutschland: Matthias KOEHLER, *Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS)*, Berlin 1998.

Einzelne Autoren haben unter dem politischen Druck der Entbündelung behauptet, dass das WTO-Recht spezifisch für die Entbündelung unmittelbar anwendbar sei: vgl. z. B. GRABER (FN 10), S. 240 f.; RHINOW (FN 24), S. 4–11, allerdings möchte die Frage vorsichtigerweise nicht abschliessend beurteilen. Entscheidend bleibt, dass in den grossen Gesamtdarstellungen die Frage offen bleibt.

⁴⁵ BBl 1996 III 1412: «Was die GATS/WTO-Verhandlungen betrifft, ist die Schweiz ebenfalls im Zugzwang. Ein Festhalten an der heutigen Fernmeldeordnung widerspräche den WTO-Grundprinzipien des freien Welthandels, denen die Schweiz zugestimmt hat. Ganz generell wäre somit der schweizerische Aussenhandel negativ betroffen.» Vgl. sodann Amtliches Bulletin des Ständerates 1997 59, 87 (Votum Ständerätin Monika Weber) und 94 (Votum Bundesrat Moritz Leuenberger) sowie die oben zitierte Offerte der Schweiz vom 14. Februar 1997.

von National- und Ständerat für Verkehr und Fernmeldewesen. Sie riefen dem Bundesrat mit Schreiben vom 18. bzw. 9. September 2002 in Erinnerung, «dass Entscheidungen von derart grossem volkswirtschaftlichen, staats- und unternehmungspolitischen Gewicht unbedingt auf dem Weg einer ordentlichen Gesetzesrevision entschieden werden müssen.»⁴⁶

Deutlich gegen den Self-executing-Charakter von Ziff. 2 spricht sodann folgendes Argument: Ginge die Rechtsanwendung, insbesondere die Kommunikationskommission, von der direkten Anwendbarkeit der völkerrechtlichen Entbündelungspflicht aus, könnte sie diese Pflicht, wie ausgeführt, nur zugunsten ausländischer Anbieter anwenden, nicht aber zugunsten inländischer, da sie sich diesbezüglich weder auf das Gesetz noch auf die Verordnung über Fernmeldedienste stützen kann. Die Annahme der direkten Anwendbarkeit durch die Rechtsanwendung hätte damit die politisch äusserst heikle und unter dem Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgebots auch verfassungsrechtlich verpönte Diskriminierung inländischer Anbieter zur Folge. Solche *politischen und konstitutionellen Implikationen* überschreiten die funktionellen Grenzen von Verwaltung und Justiz.

Schliesslich ist auf ein weiteres zentrales Argument zu verweisen: Gemäss Art. 164 BV sind innerstaatlich alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen. Werden diese Regelungsgegenstände, z. B. Eingriffe in Grundrechte (vgl. Art. 164 Abs. 1 Bst. b BV), vom Völkerrecht erfasst, so muss dies durch einen dem Referendum unterliegenden Vertrag und nicht bloss durch ein Regierungsabkommen geschehen. Nur ein referendumpflichtiger Vertrag darf mit Self-executing-Normen in Grundrechte eingreifen.⁴⁷ Damit wird deutlich, dass die Entbündelungspflicht gemäss Ziff. 2 nicht als unmittelbar anwendbares Völkerrecht angesehen werden kann, da die Pflicht in einem blossen Regierungsabkommen, dem Pendant zur Verordnung, vorgesehen ist.⁴⁸

⁴⁶ Vgl. Schreiben der nationalrätlichen Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen vom 18. September 2002 (unveröffentlicht).

⁴⁷ WÜGER (FN 26), S. 139 f., betont diesen Aspekt der Grundrechtskonkretisierung und des Gesetzmässigkeitsprinzips stark.

⁴⁸ Vgl. dazu Thomas COTTIER, *Das Völkerrecht in der neuen Bundesverfassung: Stellung und Auswirkungen*, BTJP 1999, herausgegeben von Ulrich Zimmerli, Bern 2000, S. 1 ff., insbesondere S. 28–30.

IV. Ergebnis

Aus den angeführten Gründen, insbesondere angesichts des Willens des Gesetzgebers und der politisch und verfassungsrechtlich einschneidenden Folgen, ist der Ziff. 2 der Verpflichtungsliste im Anhang über Telekommunikation *keine* direkt anwendbare Entbündelungspflicht zu entnehmen. Damit scheidet auch eine direkt auf Völkerrecht abgestützte Entbündelung des Anschlussnetzes von vorneherein aus und die zweifelhaften Art. 1 Bst. c–e und 43 Abs. 1. Bst. a^{ter}–a^{quin-}quies^{FDV} können dadurch nicht geheilt werden. Es bleibt somit Sache der Bundesversammlung, die Entbündelung formell-gesetzlich anzuordnen.

Prof. Dr. Andreas Kley
 Institut für öffentliches Recht der Universität Bern
 Hochschulstrasse 4
 CH-3012 Bern