Bund traut der Cablecom nach NSA-Affäre nicht mehr

17. Oktober 2014

Von Mischa Aebi. Berner Zeitung

Als Reaktion auf die US-Geheimdienstaffäre will die Bundesverwaltung der Cablecom keine Aufträge mehr erteilen, weil diese ausländisch beherrscht sei. Es geht um Hunderte Millionen Franken.

Jüngst bekam die Cablecom, grösste Kabelnetzbetreiberin der Schweiz, einen denkwürdigen Anruf aus dem Bundesamt für Bauten und Logistik (BBL). Sie, die Cablecom, komme aufgrund eines neuen Bundesratsentscheides als Lieferantin von Datentransporten und Netzwerkanschlüssen für die Bundesverwaltung nicht mehr infrage, teilte das Amt mit. Und zwar grundsätzlich nicht mehr. So steht es in einem Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom Oktober.

Die Begründung des BBL folgte auf dem Fuss: Weil die Cablecom kein «inländisch beherrschtes Unternehmen» sei, sei sie nicht mehr geeignet für derartige Aufträge. Bei solchen Aufträgen geht es um Volumen von über einer Viertelmilliarde Franken. In einem hängigen Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht beschwert sich die Cablecom nun im Zusammenhang mit einer konkreten Beschaffung gegen den Ausschluss (siehe Kasten).

Cablecom als Gefahr?

Mit dieser Disqualifizierung müsste die Cablecom Millionenaufträge in Zukunft kampflos der Swisscom (SCMN 515.5 1.58%) überlassen. Das dürfte de facto zu einer Monopolstellung der Swisscom für Netzanschlüsse und Datenübertragung in der Bundesverwaltung führen. Die Bundesverwaltung stützt sich bei dem Ausschluss der Cablecom auf den Bundesratsbeschluss vom 29. Januar. Die Schweizer Regierung hatte an diesem Datum auf die durch den Whistleblower Edward Snowden ausgelöste NSA-Affäre reagiert. Sie verordnete, dass «aus Gründen der Staatssicherheit Betriebsleistungen für besonders kritische und zentrale Infrastrukturen der Bundes» wo möglich nur an Schweizer Unternehmen vergeben werden sollen.

Das BBL konkretisiert gemäss aktuellen Gerichtsakten im Fall Cablecom nun: Bundesrat und Nachrichtendienst hätten das Betreiben der Datentransportinfrastruktur der Verwaltung durch eine Unternehmung, welche zur «Mehrheit in angloamerikanischem Besitz» stehe, als «eine mögliche Schwachstelle identifiziert». Diese könne «als Einfallstor für nachrichtendienstliche Angriffe missbraucht werden».

Britische Eigentümerin

Die Cablecom ist rechtlich gesehen zwar ein inländisches Unternehmen, eine GmbH mit Sitz in Zürich. Damit untersteht sie Schweizer Recht. Sie ist aber eine Tochter des britischen (früher US-amerikanischen) Konzerns Liberty Global und deshalb ausländisch beherrscht. Die Kabel der Cablecom führen schweizweit in rund 2 Millionen Haushalte.

Ob die Bundesverwaltung die Cablecom rechtlich einfach von Bundesaufträgen ausschliessen darf, ist aber höchst umstritten. Denn für Telekommunikationsbeschaffungen gelten die Regeln des WTO-Abkommens, welches die Schweiz unterzeichnet hat. Das Abkommen besagt, dass ausländische Firmen für öffentliche Beschaffungen zugelassen werden müssen.

Anwälte greifen den Bundesrat an

Auf dieses Abkommen und auf Schweizer Gesetz beruft sich die Cablecom nun in ihrer Beschwerde. Die Cablecom-Anwälte argumentieren, dass das Kriterium, wonach nur Firmen in mehrheitlich schweizerischem Eigentum für solche Aufträge zugelassen würden, die «grundlegendsten Bestimmungen des WTO-Abkommens und des Verfassungsrechts verletzt». Die Anwälte greifen selbst den Bundesrat an: Der Bundesratsbeschluss sei nicht auf eine ausreichende Grundlage gestützt.

Letztlich dürfte sich der Streit um die Frage drehen, ob der Bundesrat in diesem Fall überhaupt den gesetzlichen Vorgaben widersprechende Anordnungen treffen darf. Anders als die Cablecom-Anwälte argumentieren die Rechtsvertreter der Bundesverwaltung, die Beschwerde der Cablecom richte sich letztlich direkt gegen den im Januar gefällten Beschluss des Bundesrates. Der Bundesrat sei aber unmittelbar durch die Verfassung befugt, die erforderlichen Massnahmen zur Wahrung der inneren und äusseren Sicherheit zu treffen.

Dazu seien auch Massnahmen zur Prävention nachrichtendienstlicher Ermittlungen fremder Staaten zu zählen. Besagter Bundesratsbeschluss sei ein sogenannter spezieller Regierungsakt «Acte de gouvernement». Solche Regierungsakten seien gar nicht erst anfechtbar vor einem Gericht. Das Bundesverwaltungsgericht scheint gemäss seinem Zwischenentscheid allerdings erhebliche Zweifel an der Argumentation der Bundesverwaltung zu haben. So sei in der Rechtslehre umstritten, ob der Bundesrat gestützt auf die Bundesverfassung befugt sei, zur Wahrung der Sicherheit von «gesetzlichen Vorgaben abweichende Anordnungen» zu treffen. Wenn dies überhaupt erlaubt sei, dann nur, wenn die Abweichung sachlich und dringend geboten sei.

Richter stärker als Bundesrat?

Das Bundesverwaltungsgericht macht klar, dass es sich nicht scheut, auch dem Bundesrat die Stirn zu bieten: Die Richter halten im Zwischenentscheid ausdrücklich fest, dass möglicherweise der Verwaltung untersagt werden müsse, in diesem konkreten Fall den Bundesratsbeschluss anzuwenden. Das BBL wollte sich zum Fall nicht äussern, zumal es sich um ein laufendes Verfahren handle.

Die Ausschreibung: Dienstleistungen für Datentransport

Die Bundesverwaltung hat im Juni 2013 drei Grossaufträge für sogenannte Datentransportdienstleistungen ausgeschrieben. Dabei geht es um Internet- und Netzwerkverbindungen zwischen Verwaltungseinheiten.

Am 5. Februar hat das Bundesamt für Bauten und Logistik (BBL) als Vertreterin der gesamten Verwaltung den ersten der drei Aufträge zum Preis von 230 Millionen Franken an die Swisscom vergeben. Der Auftrag beinhaltet Netzanschlüsse an 300 Verwaltungsstandorten in der ganzen Schweiz. Gleichentags teilte das Bundesamt für Bauten und Logistik der Cablecom telefonisch mit, dass sie wegen des sechs Tage zuvor gefällten Bundesratsentscheids als Lieferantin von

Datentransportleistungen nicht infrage komme.
Den zweiten Auftrag hat die Bundesverwaltung nicht vergeben mit der Begründung, kein Anbieter habe alle Anforderungen erfüllt. Bei diesem zweiten Auftrag geht es um Netzwerkverbindungen an hundert weiteren Standorten. Die Cablecom glaubt, dass sie den Auftrag bekommen hätte, wenn nicht im letzten Moment noch der Bundesratsentscheid dazwischengekommen wäre. Den dritten Auftrag hat die Bundesverwaltung abgebrochen. Die Cablecom hat gegen alle drei Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts Beschwerde eingereicht. Jene gegen den bereits vergebenen 230-Millionen-Auftrag an die Swisscom zog die Cablecom später zurück. Die Swisscom hat den Zuschlag für diesen Auftrag deshalb mittlerweile definitiv erhalten. Den Rest der Beschwerde erhält die Cablecom aufrecht.

Die Cablecom befürchtet, dass das BBL aufgrund des ersten Zuschlags Teile der noch nicht vergebenen Aufträge ohne Ausschreibung an die Swisscom vergeben könnte. Die Cablecom beantragt deshalb eine aufschiebende Wirkung bis zum definitiven Entscheid des Gerichts. Diese hätte zur Folge, dass die Bundesverwaltung betroffene laufende Beschaffungsverfahren stoppen müsste.

Die Anwälte der Bundesverwaltung hingegen beantragten beim Bundesverwaltungsgericht, auf die Beschwerde der Cablecom sei gar nicht erst einzutreten. Die Richter folgten im Zwischenentscheid der Argumentation der Cablecom-Anwälte. Sie wiesen die Anträge der Bundesverwaltung ab und hiessen die aufschiebende Wirkung gut.