Tribunale federale
Tribunal federal

{T 1/2}
2A.142/2003 /zga

Sitzung vom 5. September 2003
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Wurzburger, Präsident,
Bundesrichter Hungerbühler, Müller, Merkli,
Ersatzrichter Zünd,
Gerichtsschreiber Hugi Yar.

Parteien
Cablecom GmbH, Zollstrasse 42, 8005 Zürich,
Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt
Dr. iur. Jürg Borer, Pestalozzi Lachenal Patry, Löwenstrasse 1, 8001 Zürich,

gegen

Teleclub AG, Löwenstrasse 11, 8021 Zürich, vertreten durch Dr. Peter Hafner und Dr. Marcel Meinhardt, Rechtsanwälte, c/o Lenz & Staehelin, Bleicherweg 58, 8027 Zürich,
Wettbewerbskommission, Monbijoustrasse 43,
3003 Bern,
Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, 3202 Frauenkappelen.

Gegenstand
Vorsorgliche Massnahmen (Weiterverbreitung von Fernseh- und Radioprogrammen über Kabelnetz),

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 20. März 2003.

Sachverhalt:
A.
Die Cablecom GmbH, Zürich, betreibt als Kerngeschäft die Weiterverbreitung von Fernseh- und Radioprogrammen über ihre Kabelnetze. Diese bestehen aus einem Hauptnetz für die Grobverteilung von (analogen und digitalen) Fernsehsignalen (b̈ackbonë) sowie aus zahlreichen regionalen und lokalen Ortsnetzen, über welche die Feinverteilung an die einzelnen Haushalte erfolgt. Seit Juni 2002 ist die Cablecom auch als Programmveranstalterin konzessioniert. Sie betreibt gestützt hierauf gesamtschweizerisch ein digitales Abonnementsfernsehen (Pay-TV; C̈ablecom Digital Cinemä), für das sie ihre - mit dem Branchenverband der Kabelnetzunternehmungen (Swisscable) entwickelte - Digitalplattform S̈wissFunëinsetzt. Dabei handelt es sich um eine so genannte Set-Top-Box, d.h. ein Gerät, das die Entschlüsselung und Rückwandlung der im Rahmen des Pay-TV codiert übermittelten digitalen in analoge Signale und deren Freigabe an die Bezugsberechtigten erlaubt (c̈onditional access system̈). Der Cablecom GmbH kommt, was die Übertragung von Fernsehsignalen via Kabel betrifft, eine starke Marktposition zu, indessen nicht als Programmveranstalterin.
B.
Die Teleclub AG, Zürich, bietet als Deutschschweizer Programmveranstalterin Abonnementsfernsehen an. Seit Jahren verbreitet sie analog Pay-TV-Programme über Kabel, wobei sie hierfür unter anderem auch die Netze der Cablecom GmbH benützt. Seit einiger Zeit will sie ihre Programme - der Konzession vom 8. März 2002 entsprechend - zudem in digitaler Form über deren Netze verteilen. Im Rahmen der entsprechenden Verhandlungen konnten sich die Parteien indessen nicht über die dabei zu benutzende Digitalplattform einigen. Die Teleclub

AG will ihren Kunden die von ihr entwickelte ÄDB-Set-Top-Box (gratis) zur Verfügung stellen, während die Cablecom GmbH darauf besteht, dass die Aufschaltung über ihre ŠwissFun-Set-Top-Box erfolgt; die Ausgestaltung ihres eigenen Netzes mitsamt den Infrastruktureinrichtungen, wozu die Digitalplattform zähle, sei ausschliesslich ihre Sache.
C.
Am 9. April 2002 gelangte die Teleclub AG mit dem Antrag an die Wettbewerbskommission, gegen die Cablecom GmbH eine Untersuchung im Sinne von Art. 27 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG; SR 251) zu eröffnen, was diese am 23. September 2002 tat. Gleichzeitig verpflichtete sie die Cablecom GmbH im Sinne einer vorsorglichen Massnahme, ab sofort die digitalen Fernsehsignale der Teleclub AG auf ihrem Kabelnetz zu übertragen (Ziffer 2 des Dispositivs), ohne dies von der Abgabe der Kundenverwaltung (Ziffer 3 des Dispositivs) oder dem Einsatz der ŠwissFun-Set-Top-Box (Ziffer 4 des Dispositivs) abhängig zu machen. Einer allfälligen Beschwerde hiergegen entzog sie die aufschiebende Wirkung (Ziffer 5 des Dispositivs). Mit Entscheid vom 20. März 2003 bestätigte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen auf Beschwerde hin diese Verfügung.
D.
Die Cablecom GmbH hat hiergegen am 31. März 2003 beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht. Sie beantragt, den Entscheid der Rekurskommission und die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 23. September 2002, allenfalls lediglich deren Ziffer 4, aufzuheben.

Die Teleclub AG und die Wettbewerbskommission beantragen, die Beschwerde abzuweisen bzw. abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Die Rekurskommission hat auf eine Vernehmlassung verzichtet.
E.
Mit Verfügung vom 7. Mai 2003 lehnte der Abteilungspräsident das mit der Beschwerde verbundene Gesuch um aufschiebende Wirkung ab.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Die gestützt auf das 4. Kapitel des Kartellgesetzes erlassenen Verfügungen der Wettbewerbskommission sind verwaltungsrechtlicher Natur. Entsprechende Entscheide der Rekurskommission können mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 97 Abs. 1 und Art. 98 lit. e OG i.V.m. Art. 44 KG; BGE 129 II 18 E. 1.1; 127 III 219 E. 1a). Verfahrensgegenstand bildet eine als Zwischenentscheid zu qualifizierende vorsorgliche Massnahme (vgl. Art. 27 Abs. 1 und Art. 39 KG in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 u. 45 Abs. 2 lit. g VwVG; Urteil 2A.198/1997 vom 3. November 1997, E. 2 u. 3, veröffentlicht in ZBl 100/1999 S. 64 ff.). Da gegen den Endentscheid die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegeben wäre (vgl. Art. 101 lit. a OG e contrario) und der Beschwerdeführerin insofern ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht (vgl. hierzu BGE 127 II 132 E. 2a; 125 II 613 E. 2a), als ihr die angeordnete Massnahme (zumindest) einen operationellen Mehraufwand verursacht, ist auf ihre frist- (vgl. Art. 106 Abs. 1 OG) und formgerecht (vgl. Art. 108 OG) eingereichte Eingabe einzutreten.
1.2 Die Beschwerdeführerin beantragt in verfahrensrechtlicher Hinsicht, einen zweiten Schriftenwechsel durchzuführen, da die Vernehmlassungen der Wettbewerbskommission und der Beschwerdegegnerin neue Behauptungen enthielten. Ein solcher erübrigt sich indessen: Das Bundesgericht ist im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz gebunden, falls es sich dabei - wie hier - um eine richterliche Behörde handelt und diese den Sachverhalt nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen ermittelt hat (Art. 105 Abs. 2 OG). Dies schliesst die Berücksichtigung neuer Tatsachen und Beweismittel im bundesgerichtlichen Verfahren weitgehend aus (vgl. BGE 128 II 145 E. 1.2.1 S. 150). Die Beschwerdeführerin hat sich zu den rechtlichen Ausführungen - namentlich zum Verhältnis von Kartell- und Rundfunkrecht bzw. zur Abgrenzung der Zuständigkeiten von Wettbewerbskommission und Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) - ausführlich äussern können. Ein zweiter Schriftenwechsel, der nur ausnahmsweise anzuordnen ist (Art. 110 Abs. 4 OG), drängt sich unter diesen Umständen umso weniger auf, als zurzeit bloss eine vorsorgliche Massnahme und nicht der Endentscheid in der Sache selber zur Diskussion steht.
2.
Zu Unrecht rügt die Beschwerdeführerin, die Rekurskommission habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör

(Art. 29 Abs. 2 BV) verletzt, indem sie den Entscheid überraschend und für die Parteien unerwartet massgeblich darauf abgestützt habe, dass ihr die Programmkonzession für Cablecom Digital Cinema verbiete, das Pay-TV-Angebot vom Kauf oder der Miete der eigenen Set-Top-Box abhängig zu machen: Der Anspruch auf rechtliches Gehör verschafft ein Recht auf vorgängige Stellungnahme zur rechtlichen Beurteilung und Würdigung von Tatsachen, falls die urteilende Behörde ihren Entscheid auf eine Begründung stützen will, die von keiner der Parteien angeführt wurde und mit der nicht ernsthaft gerechnet werden musste (BGE 127 V 431 E. 2b/cc in fine S. 435; 126 I 19 E. 2c S. 22 ff.). Vorliegend hatte die Beschwerdegegnerin ausdrücklich auf die fragliche Konzessionsbestimmung hingewiesen und daraus die rechtlichen Schlüsse gezogen, welche sich die Rekurskommission in der Folge zu eigen machte; trotz ihrer Feststellung, dass kartellrechtlich nicht zulässig sein könne, was die Konzession aus wettbewerbsrechtlichen Gründen verbiete, prüfte sie im Übrigen dennoch, ob sich die Verknüpfung von Aufschaltung und Verwendung der SwissFun-Box nicht, wie
von der Beschwerdeführerin geltend gemacht, auf sachliche Gründe (legitimate business reasons) stützen könnte, was sie indessen verneinte. Es kann somit keine Rede davon sein, dass der angefochtene Entscheid auf einer Begründung beruht, welche nicht Gegenstand des Verfahrens gebildet hätte und nicht absehbar gewesen wäre.
3.
3.1 Vorsorgliche Massnahmen, die vor Anordnung einer Verfügung ergehen, zielen darauf ab, deren Wirksamkeit sicherzustellen. Mit sichernden Vorkehren wird gewährleistet, dass der bestehende tatsächliche oder rechtliche Zustand einstweilen unverändert erhalten bleibt. Mit gestaltenden Massnahmen, wie sie hier zur Diskussion stehen, wird demgegenüber ein Rechtsverhältnis provisorisch geschaffen oder einstweilig neu geregelt (BGE 127 II 132 E. 3 S. 137, mit Hinweisen). Der Entscheid über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen setzt Dringlichkeit voraus, d.h. es muss sich als notwendig erweisen, die fraglichen Vorkehren sofort zu treffen. Sodann muss der Verzicht auf Massnahmen für den Betroffenen einen Nachteil bewirken, der nicht leicht wieder gutzumachen ist, wofür ein tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse genügt. Erforderlich ist schliesslich, dass die Abwägung der verschiedenen Interessen den Ausschlag für den einstweiligen Rechtsschutz gibt und dieser verhältnismässig erscheint. Der durch die Endverfügung zu regelnde Zustand soll weder präjudiziert noch verunmöglicht werden (BGE 127 II 132 E. 3 S. 137 f., mit Literaturhinweisen; 125 II 613 E. 7a S. 623; 119 V 503 E. 3 S. 506). Vorsorgliche Massnahmen beruhen auf
einer bloss summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage. Die Hauptsachenprognose kann dabei berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig ist; bei tatsächlichen oder rechtlichen Unklarheiten drängt sich hingegen Zurückhaltung auf, weil in diesem Fall die erforderlichen Entscheidgrundlagen im Hauptverfahren erst noch beschafft werden müssen (BGE 127 II 132 E. 3 S. 138; Isabelle Häner, Die vorsorglichen Massnahmen im Zivil-, Verwaltungs- und Strafverfahren, in: ZSR 1997 II S. 253 ff., dort S. 325 ff.).
3.2 Diese Regeln gelten grundsätzlich auch im Wettbewerbsrecht. Dem spezifischen öffentlichen Interesse am Schutz des wirksamen Wettbewerbs (vgl. Art. 1 KG), welches im kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren allein die Anordnung vorsorglicher Massnahmen rechtfertigt (vgl. Roger Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 634; Benoît Carron, in: Tercier/Bovet [Hrsg.], Droit de la concurrence, Basel 2002, Rz. 78 zu Art. 39 KG; Stefan Bilger, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. Freiburg 2002, S. 332 f.), ist im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung Rechnung zu tragen. Vorausgesetzt ist ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil, eine über das allgemeine Bestreben nach möglichst rascher Umsetzung gesetzlicher Vorgaben hinausgehende, besondere Dringlichkeit sowie die Verhältnismässigkeit der Anordnung; zudem muss die Entscheidprognose derart eindeutig ausfallen, dass sich die ganze oder teilweise Vorwegnahme des mutmasslichen Resultats des Untersuchungsverfahrens rechtfertigt (vgl. Benoît Carron, a.a.O., Rz. 76 ff. zu Art. 39 KG; Roger Zäch, a.a.O., Rz. 566). Je zweifelhafter der Verfahrensausgang erscheint, desto höhere Anforderungen sind an den für die Verfahrensdauer im
öffentlichen Interesse zu beseitigenden Nachteil, die Dringlichkeit und die Verhältnismässigkeit der Anordnung zu stellen (Patrick Ducrey, Vorsorgliche Massnahmen im Kartellverwaltungsrecht, in: sic (!) 1998 S. 281 ff., dort S. 288; Stefan Bilger, a.a.O., S. 329). Von Massnahmen, die im Resultat wie in ihrer Begründung praktisch dem Endentscheid gleichkommen und ihrerseits irreversible Strukturen schaffen, soll möglichst abgesehen werden, zumal wenn einer allfälligen Beschwerde gleichzeitig, was regelmässig der Fall sein dürfte, die aufschiebende Wirkung entzogen wird, was die Effizienz des Rechtsschutzes gegenüber jenem gegen den Endentscheid zusätzlich beeinträchtigt und den Eingriff mit Blick auf die kaum rückgängig zu machenden Folgen um so schwerer wiegen lässt. Es ist in dieser Situation möglichst rasch das Untersuchungsverfahren abzuschliessen, so dass sich die erforderlichen wettbewerbsrechtlichen Anordnungen auf eine vollständige und

definitive Beurteilung in tatsächlicher wie rechtlicher Hinsicht stützen und sinnvollerweise gerichtlich überprüft werden können.
3.3 Die angefochtene Massnahme genügt diesen Anforderungen nicht und trägt den Interessen der Beschwerdeführerin - wie im Folgenden zu zeigen sein wird - zu wenig Rechnung: Gegenstand des Untersuchungsverfahrens bildet die Frage, ob und wieweit sie ihre Stellung auf dem Kabelfernsehmarkt missbraucht, wenn sie die Aufschaltung der Programme der Beschwerdegegnerin davon abhängig machen will, dass diese dabei die von ihr und der Swisscable portierte Digitalplattform (Set-Top-Box) ŠwissFunünd nicht die eigene, gratis abgegebene ÄDB¨Set-Top-Box benützt. Entgegen den Einwendungen der Beschwerdeführerin kann zwar im Rahmen einer summarischen Prüfung mit den Vorinstanzen davon ausgegangen werden, dass die radio- und fernsehrechtliche Regelung (Bundesgesetz vom 21. Juni 1991 über Radio und Fernsehen [RTVG; SR 784.40]) die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes nicht ausschliesst (hierzu E. 4.1) und die Beschwerdeführerin auf dem relevanten sachlichen und örtlichen Markt auch über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, wobei in ihrer Haltung, das Signal nur bei Benutzung ihrer eigenen Digitalplattform aufzuschalten, eine unzulässige Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 lit. a KG), ein unzulässiges Koppelungsgeschäft (Art.
7 Abs. 2 lit. f KG) oder eine Einschränkung der technischen Entwicklung (Art. 7 Abs. 2 lit. e KG) liegen könnte (hierzu E. 4.2), doch ist aufgrund der bisher bloss lückenhaft ermittelten tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen nicht mit hinreichender Sicherheit auszuschliessen, dass hierfür nicht sachliche Gründe - d.h. sog. Ïegitimate business reasons¨ bestehen (vgl. hierzu E. 5).
4.
4.1
4.1.1 Dem Anwendungsbereich des Kartellgesetzes gehen Vorschriften vor, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen keinen Wettbewerb zulassen (Art. 3 Abs. 1 KG); dies ist insbesondere für Regelungen der Fall, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (lit. a) oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (lit. b). Nicht jede staatliche Intervention führt zu einer Ausschaltung des Wettbewerbsprinzips auf einem bestimmten Markt; lässt der gesetzliche Rahmen und das dadurch geschützte öffentliche Interesse dafür Raum, kommen die wettbewerbsrechtlichen Regeln auch hier zum Tragen (Benoît Carron, a.a.O., Rz. 35 zu Art. 3 Abs. 1 KG; Jürg Borer, a.a.O., N. 2 zu Art. 3 KG).
4.1.2 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Verbreitung von Programmen über Leitungen werde durch das Radio- und Fernsehgesetz abschliessend geregelt. Sie betreibe ihr Kabelnetz gestützt auf eine Weiterverbreitungskonzession (Art. 39 RTVG), in deren Rahmen sie einer Kontrahierungspflicht für den Anschluss von Liegenschaften (Art. 41 Abs. 1 RTVG) unterstehe, zur Aufschaltung eines Mindestprogrammangebots verpflichtet sei (Art. 42 Abs. 2 RTVG) und nach Massgabe von Art. 47 RTVG Programme gewisser Veranstalter verbreiten müsse. Soweit keine entsprechende Kontrahierungspflicht bestehe, geniesse sie als Korrelat hierzu den Schutz von Art. 42 Abs. 1 RTVG, wonach der Konzessionär in der Auswahl der Programme, die er weiterverbreiten wolle, frei sei. Diese Regelung gehe der wettbewerbsrechtlichen vor.
4.1.3 Der Einwand überzeugt nicht: Zwar regelt das Bundesgesetz über Radio und Fernsehen - vorab aus medienrechtlichen Gründen -, welche Programme ein Weiterverbreitungskonzessionär aufschalten muss und wo ihm Wahlfreiheit zukommt; dies hindert die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Prinzipien in diesem Bereich jedoch nicht. Wo rundfunkrechtlich keine Aufschaltpflicht besteht, soll die entsprechende Regelung nicht den Wettbewerb im Sinne von Art. 3 KG ausschliessen. Soweit das Rundfunkrecht nicht nur aus medienrechtlichen Gründen eine solche Pflicht verankert, sondern gleich wie das Kartellgesetz Missbräuche von Marktmacht bekämpfen will - etwa in Fällen vertikaler Konzentration, wo ein Kabelnetzbetreiber zugleich als Rundfunkveranstalter auftritt und Konkurrenzangebote von seinem Kabelnetz fernzuhalten versucht (Martin Dumermuth, Rundfunkrecht, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Basel 1996, S. 154, Rz. 370) -, mag sich daraus zwar eine überlappende Zuständigkeit von spezialgesetzlicher Aufsichts- und Wettbewerbsbehörde ergeben. Das Bundesgericht hat jedoch bereits im Zusammenhang mit der Interkonnektionsregelung im Fernmelderecht festgestellt, dass eine solche sektorielle Regulierung zur allgemeinen preis- und
wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutrete und diese nicht ausschliesse; Fernmelderecht und Wettbewerbsrecht kämen parallel nach ihren jeweiligen Kriterien zur Anwendung, ohne dass das eine dem anderen vorginge (Urteil 2A.503/2000 vom 3. Oktober 2001 i.S. Commcare AG c. Swisscom AG, E. 6c). Es ist nahe liegend und nicht bundesrechtswidrig, das Verhältnis von Rundfunkrecht und Wettbewerbsrecht zurzeit in gleicher Weise zu verstehen, zumal auch der Bundesrat in seiner Botschaft vom 18. Dezember 2002 zur Totalrevision des Bun-

desgesetzes über Radio und Fernsehen (BBl 2003 S. 1569 ff.) hiervon ausgeht (S. 1645 ff.).
4.2
4.2.1 Gemäss Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Als solche Verhaltensweisen fallen nach Art. 7 Abs. 2 KG unter anderem die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen in Betracht (lit. a) und die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen (lit. f). Als marktbeherrschend gilt gemäss Art. 4 Abs. 2 KG ein Unternehmen, das auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage ist, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.
4.2.2 Zur Beurteilung, ob ein Unternehmen als marktbeherrschend zu qualifizieren ist und damit der Regelung über unzulässige Verhaltensweisen nach Art. 7 KG unterliegt, kommt es zunächst auf den sachlich und örtlich relevanten Markt an (Borer, a.a.O., N. 9 ff. zu Art. 5 KG; Evelyn Clerc, in: Tercier/Bovet, a.a.O., Rz. 54 ff. zu Art. 4 Abs. 2 KG). Die Vorinstanzen bezeichneten hier denjenigen für die Übertragung von Fernsehsignalen über CATV-Netze in der Deutschschweiz als solchen. Dies ist - bei vorläufiger Prüfung - nicht zu beanstanden, auch wenn die Frage des Bestehens wirksamen Wettbewerbs letztlich nicht losgelöst von den Verhältnissen auf dem damit verbundenen Pay-TV-Markt als solchem wird beurteilt werden können (Ëssential Facilities Doktrin¨), um den es den Beteiligten eigentlich geht und den zurzeit noch die Beschwerdegegnerin dominiert (vgl. E. 5.2.2). Der relevante Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden; massgebend ist die funktionale Austauschbarkeit aus der Sicht der Marktgegenseite (vgl. BGE 129 II 18 E. 7.2 u. 7.3 S. 33 ff.; Borer, a.a.O., N. 10 zu Art. 5 KG). Es kommt somit
darauf an, ob und inwieweit das Opfer der angeblich unzulässigen Verhaltensweise sich dieser entziehen kann, indem es auf andere Anbieter oder funktional gleichwertige andere Leistungen auszuweichen in der Lage ist (Evelyn Clerc, a.a.O., Rz. 60 zu Art. 4 Abs. 2 KG). Eine solche Alternative dürfte hier zurzeit nicht bestehen, nachdem gemäss den Feststellungen der Vorinstanzen 94 % der Fernsehzuschauer über Kabel erschlossen sind und 91 % auch tatsächlich auf diesem Weg fern sehen. Dass die Konsumenten auf Satellitenempfang umsteigen würden, ist wegen der damit verbundenen Umrüstungskosten und -schwierigkeiten kaum zu erwarten; die Möglichkeit der Übertragung von Fernsehsignalen über Satellit dürfte somit keine ernsthafte Alternative für die Verbreitung von digitalen Pay-TV-Programmen bilden. Die Vorinstanzen konnten deshalb ohne Verletzung von Bundesrecht im jetzigen Verfahrensstadium davon ausgehen, dass für den Programmveranstalter im vorliegenden Zusammenhang die Kabelnetz- nicht durch eine Satellitenverbreitung ersetzt werden kann.
4.2.3 Bei der Übertragung von Fernsehsignalen über CATV-Netze dürfte die Beschwerdeführerin auch marktbeherrschend sein: Die Wettbewerbskommission hat festgestellt, Swisscable, der Verband für Kommunikationsnetze, verfüge über einen Marktanteil von 94.5 % bei allen Kabelfernsehanschlüssen; Cablecom komme ihrerseits eine Marktabdeckung von 46 % zu. Den übrigen Markt teilten sich zahlreiche grössere und kleinere Kabelunternehmen, bei denen es sich aber nicht um eigentliche Konkurrenten handle, da de facto jeweils ein Gebietsmonopol bestehe. Es ist gestützt hierauf anzunehmen, dass sich die Beschwerdeführerin von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten kann. Ihr Verweis auf die disziplinierende Wirkung der Konvergenz verschiedener Dienste und anderer Übertragungswege, wie terrestrischer Sendeanlagen zur Verbreitung von digitalen Programmen (DVB-T), ändert hieran - zumindest zurzeit - nichts; wie es sich künftig damit verhalten wird, kann vorerst noch dahin gestellt bleiben.
4.2.4 Damit dürfte die Beschwerdeführerin aber der Regelung von Art. 7 KG über die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung unterliegen. Die Cablecom verweigert der Teleclub AG die Übertragung der digitalen Fernsehsignale über ihr Kabelnetz, sofern diese die von ihr entwickelte Digitalplattform ÄDB¨Set-Top-Box verwenden will und nicht die cablecom- bzw. swisscable-eigene ŠwissFun¨Set-Top-Box. Die Wettbewerbs- und die Rekurskommission erachten es als wahrscheinlich, dass hierin eine missbräuchliche Verhaltensweise liegt. Unter dem Aspekt der Weigerung, das Signal aufzuschalten, bestehe eine unzulässige Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 lit. a KG), bezüglich der Forderung nach Verwendung der Set-Top-Box von Cablecom stehe die Würdigung als unzulässiges Koppelungsgeschäft im Vordergrund (Art. 7 Abs. 2 lit. f KG); betrachte man schliesslich das Anliegen der Beschwerdeführerin, einzig die eigene Set-Top-Box zuzulassen, unter dem Aspekt der Einschränkung der technischen Entwicklung (Art. 7 Abs. 2 lit. e KG), so werde ersichtlich, dass bei Einsatz einer einzigen Plattform kein Infrastrukturwettbewerb mehr

bestehe.
5.
5.1
5.1.1 Die Beschwerdeführerin wendet ein, ihr Verhalten sei unter keinem dieser Gesichtspunkte unzulässig, da es sich auf sachliche Gründe (¨legitimate business reasons¨) stütze. Das gesamte digitale Verbreitungs- und Zulassungssystem für digitales Pay-TV bestehe nicht nur aus dem herkömmlichen Kabelnetz und einer Set-Top-Box. Die Entschlüsselungssoftware müsse mit dem Betriebssystem der Verschlüsselungsstelle kompatibel sein. Soweit sie die Verwendung der ŠwissFun=Plattform bzw. ihrer Set-Top-Box vorschreibe, gehe es ihr nicht darum, die Teleclub AG vom digitalen Pay-TV-Markt zu verdrängen, sondern die Attraktivität ihres Netzes auch für andere Anbieter und die Konsumenten sicherzustellen. Hierfür bedürfe es digitaler Standards und - damit verbunden - einer einheitlichen Plattform. In netzwerkabhängigen Industrien seien Standardisierungen unvermeidlich und im Interesse der Konsumenten unabdingbar; würden diese nicht durchgesetzt, gingen die Netzwerkeffekte verloren. Sie wünsche eine offene, möglichst vielseitige Verwendbarkeit ihres Netzes, was eine Infrastruktur voraussetze, welche es den Anbietern ermögliche, nicht nur auf der Ebene des Programminhalts, sondern auch auf jener der digitalen Zusatzdienste zueinander in
Wettbewerb zu treten. Die Set-Top-Box der Beschwerdegegnerin entspreche diesen Standards nicht, da sie keine interaktiven Nutzungen - insbesondere Pay-per-View-Dienste - zulasse, womit andere Anbieter von Pay-TV-Programmen mit Zusatzdienstleistungen daran gehindert würden, den Kunden der Beschwerdegegnerin als heute marktbeherrschende Anbieterin von Pay-TV-Programmen im Pay-per-Channel-Bereich ein Angebot zu unterbreiten. Zudem sprächen technisch-ökonomische Überlegungen für die Verwendung einer einzigen Plattform. Der Einsatz zweier unterschiedlicher Ċonditional Access¨(CA)-Systeme über das Ċommon Interface¨(CI) führe längerfristig zu technischen Schwierigkeiten, welche die Netzoperabilität und -integrität in Frage stellten und höhere operative Kosten nach sich zögen. Durch die regelmässigen Üpdates¨der Betriebssoftware entstünden immer weniger kompatible und damit anfälligere Netzstrukturen, weshalb weltweit denn auch auf keinem grösseren Kabelnetz zwei verschiedene digitale Plattformen dauerhaft zum Einsatz kämen.
5.1.2 Die Wettbewerbskommission und Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vermochten hierin keine sachlichen Gründe für das umstrittene Verhalten zu erkennen: Die Beschwerdeführerin verfüge seit dem 26. Juni 2002 selber über eine Konzession für Pay-TV (Ċablecom Digital Cinema¨), in der ihr verboten werde, ihr Abonnementsfernseh-Angebot vom Kauf oder der Miete einer ihrer Set-Top-Boxen abhängig zu machen. Was ihr als Programmveranstalterin verboten sei, dürfe sie nicht in ihrer Eigenschaft als Netzbetreiberin tun. Selbst wenn sie auf ihre Veranstalterkonzession verzichten würde, sei ihre Forderung nach Verwendung der eigenen Set-Top-Box unberechtigt. Aufgrund der Akten erscheine wenig wahrscheinlich, dass der störungsfreie Betrieb bei Verwendung zweier Plattformen nicht gewährleistet werden könne. Ein allfälliger tatsächlicher Mehraufwand lasse sich durch finanzielle Abgeltungen regeln. Pay-TV-Kunden seien keineswegs gezwungen, mehrere Boxen zu kaufen. Die Set-Top-Box der Beschwerdegegnerin sei geprüft und vom BAKOM als offen befunden worden; sie entspreche dessen Auflagen, indem sie erlaube, auch andere Programmangebote zu empfangen. Dass sie keine interaktive Nutzungen ermögliche, sei ohne Bedeutung. Ob sich die eine oder die
andere Plattform durchsetze, müsse der Markt entscheiden und dürfe nicht von der Beschwerdeführerin vorgegeben werden.
5.2 Entgegen der Annahme der Vorinstanzen kann das Bestehen der geltend gemachten ¨legitimate business reasons¨, welche im Einzelfall jeweils aufgrund der konkreten Umstände genau zu prüfen sind (vgl. BBl 1995 I S. 569; Markus Ruffner, Unzulässige Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen, in: AJP 7/1996 S. 834 ff., dort S. 838 ff.), nicht mit der für den Erlass der angefochtenen vorsorglichen Massnahme erforderlichen Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden:
5.2.1 Die Informations- und Kommunikationstechnologien (inkl. Digitalfernseh und Pay-TV) sind in ständiger Entwicklung, wobei sich die daraus ergebenden medienpolitischen und technischen Implikationen rasch wandeln (vgl. Rolf H. Weber, Informations- und Kommunikationsrecht, 2. Aufl., Basel 2003, Rz. 1 - 24). Zwar hat die Wettbewerbskommission für ihre Einschätzung, dass keine sachlichen technischen Gründe das Verhalten der Beschwerdeführerin zu rechtfertigen vermöchten, auf Auskünfte des Bundesamts für Kommunikation (BAKOM) abgestellt, doch waren diese sehr allgemein und vage gehalten; im Übrigen stützte sie sich allein auf Angaben und Gutachten der Beschwerdegegnerin. Die Wettbewerbskommission befürchtet, dass ohne die vorsorgliche Massnahme Cablecom von einem ungerechtfertigten ¨Infrastrukturvorteilünd einem ¨First Mover=Effekt profitieren könnte, da ein Anbieter, der in der Aufbauphase des Marktes über einen Nachteil verfüge,

kaum auf eine genügende Anzahl Kunden kommen werde. Da die von ihr getroffene Massnahme aber ihrerseits in die sich ausbildenden Strukturen eingreift und dabei geeignet ist, auf dem digitalen Pay-TV-Markt einen nur schwer reversiblen Zustand zugunsten der Beschwerdegegnerin zu schaffen, bedürfte es für
die Anordnung der umstrittenen Massnahme gründlicher technischer Abklärungen, welche zurzeit noch fehlen und dem Untersuchungsverfahren vorbehalten bleiben müssen. Eine gewisse Zurückhaltung der Wettbewerbsbehörden rechtfertigt sich umso mehr, als Gegenstand der Auseinandersetzung konzessionspflichtige Tätigkeiten von zwei je marktmächtigen Parteien bilden, welche nicht nur wettbewerbsrechtlichen, sondern auch gewissen medienpolitischen Vorgaben zu gehorchen haben. Auch wenn die Wettbewerbsbehörden parallel zum BAKOM für einen wirksamen Wettbewerb sorgen sollen, rechtfertigt es sich ohne vertiefte Abklärungen nicht, über eine vorsorgliche, praktisch einem vorgezogenen Endentscheid gleichkommende Massnahme, wettbewerbsrechtlich einen Zustand zu schaffen, welcher den Spielraum der konzessionsrechtlichen Aufsichtsbehörden einzuengen geeignet ist.
5.2.2 Zur Diskussion steht vorliegend aufgrund der Anzeige der Beschwerdegegnerin unmittelbar zwar nur der Markt für die Übertragung von Fernsehsignalen über CATV-Netze; dieser kann aber nicht von jenem des Pay-TV als solchem, auf dem die Beschwerdegegnerin über eine marktmächtige Stellung verfügen dürfte, getrennt werden. Wenn die Rekurskommission massgeblich darauf abstellte, dass es der Beschwerdeführerin als Programmveranstalterin konzessionsrechtlich nicht erlaubt sei, ihr Abonnementsfernseh-Angebot vom Kauf oder der Miete einer ihrer Set-Top-Boxen abhängig zu machen, so greift sie dem zur Prüfung einer allfälligen Verletzung der entsprechenden Auflage als Programmveranstalterin ausschliesslich zuständigen Bundesamt für Kommunikation vor; im Übrigen verkennt sie, dass für die Beschwerdeführerin an der angestrebten Offenheit der zum Einsatz kommenden Plattform ein zulässiges kommerzielles Interesse bestehen kann (vgl. BBl 1995 I S. 569): Wohl ist die Plattform der Beschwerdegegnerin durch das Bundesamt für Kommunikation insofern als offen und zulässig qualifiziert worden, als sie den Empfang allfälliger Pay-TV-Programme anderer Anbieter nicht ausschliesst, doch lässt sie eine interaktive Nutzung, an der die Beschwerdeführerin
als Netzbetreiberin für eine möglichst breite Auslastung ihrer Infrastruktur ein eigenständiges Interesse haben kann, nicht zu. Im Rahmen einer provisorischen Beurteilung erscheint, was die Rekurskommission zu Unrecht nicht weiter geprüft hat, auch nicht zum Vornherein ausgeschlossen, dass eine marktbeherrschende Unternehmung ihre beanstandete Verhaltensweise damit rechtfertigt, dass sie eine in einem anderen Bereich, hier dem Pay-TV-Markt, marktbeherrschende Anbieterin daran hindern will, ihrerseits Marktzutrittsschranken zu errichten und wirksamen Wettbewerb dort zu verunmöglichen. Gewisse Anhaltspunkte deuten darauf hin, dass das Geschäftsmodell der Beschwerdegegnerin darauf ausgerichtet sein könnte, mit Hilfe ihrer Set-Top-Box ihre führende Marktstellung im Pay-TV-Bereich abzusichern: Sie bietet ihr Programm P̈ay per Channelän, wobei die Set-Top-Box im Preis inbegriffen ist und leihweise abgegeben wird, also zurückgegeben werden muss, wenn das Abonnement nicht weitergeführt wird, was zur Folge hat, dass die Set-Top-Box nicht genutzt werden kann, sollte der Konsument den Anbieter wechseln. Anderen Programmanbietern wird es mit dem Einsatz der ÄDB¬Set-Top-Box erschwert, den Konsumenten und Abonnenten der Beschwerdeführerin
P̈ay per View¬Angebote zu unterbreiten, d.h. ihnen einzelne Filme - mit Blick auf die Abfolge der Verwertungsrechte - vor Ausstrahlung p̈er Channelg̈egen Bezahlung anzubieten, müsste der Konsument hierfür doch - mit den für ihn damit verbundenen Kosten und dem entsprechenden Aufwand - allenfalls auf eine andere Set-Top-Box umsteigen.
5.2.3 Bei dieser in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht unsicheren Ausgangslage erscheint es unverhältnismässig, die Beschwerdeführerin vorsorglich zu verpflichten, die Beschwerdegegnerin mit deren eigenen Plattform auf ihren Netzen zuzulassen: Weder die Beschwerdeführerin noch die Beschwerdegegnerin stellen selber Set-Top-Boxen her. Die Teleclub AG bietet als Deutschschweizer Programmveranstalterin Abonnementsfernsehen an; in dieser wirtschaftlichen Kerntätigkeit wird sie von der Beschwerdeführerin nicht behindert, soweit sie bereit ist, ihre Aktivität über die S̈wissFun¬Plattform abzuwickeln. Die Aufrechterhaltung der vorsorglichen Massnahme könnte für die Dauer des Verfahrens bewirken, dass in einem weiten Bereich des von der Beschwerdegegnerin beherrschten Pay-TV-Markts Konkurrenzangebote ohne Chancen blieben. Es wird mit der umstrittenen Massnahme ein technisch schwierig abschätzbarer Prozess vorweggenommen, der einer vertieften Abklärung in einem Untersuchungsverfahren bedarf und nicht vor einer solchen eingeleitet werden soll. Die der Beschwerdeführerin auferlegten Konsequenzen wären hinsichtlich der sich ausbildenden Marktstrukturen voraussichtlich schwer reversibel und überwiegen die gegenläufigen Interessen der
Beschwerdegegnerin, die ihr Programm analog und unter - allenfalls vorläufigem - Einsatz der S̈wissFun¬Plattform

auch digital verbreiten kann. Für die Dauer des Verfahrens sind dieser die sich für sie hieraus ergebenden Nachteile - insbesondere der von ihr befürchtete ünselbständige Auftritt als Gesellschaft¨ zuzumuten, nachdem nicht mehr umstritten ist, dass sie ihre Kundenverwaltung nicht an die Beschwerdeführerin abzutreten hat, und auch andere eigenständige Ṗay-TV¨Anbieter (Canal + usw.) zurzeit in diesem Rahmen über das Netz der Beschwerdeführerin verbreitet werden. Diese hat erklärt, dass sie die Beschwerdegegnerin im Rahmen ihrer Plattform sich durchaus als s̈elbständige Programmveranstalterinp̈ositionieren lassen wolle (eigenständiges Branding), worauf sie (vorläufig) zu behaften ist. Sollte die Beschwerdeführerin die Verbreitung der digitalen Programme der Beschwerdegegnerin für die Dauer des Verfahrens nicht unter den von ihr zugestandenen Bedingungen sicherstellen oder sie in preislicher Hinsicht von unangemessenen Forderungen abhängig machen, könnte dem -sollte nicht bereits der Sachentscheid selber möglich sein - nötigenfalls im Rahmen einer neuen vorsorglichen Massnahme Rechnung getragen werden.

6.

6.1 Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde erweist sich somit als begründet. Bestehen bleiben kann die Anordnung der Wettbewerbskommission insoweit, als der Beschwerdeführerin verboten wurde, die Übertragung der digitalen Fernsehsignale über das Cablecom Kabelnetz von der Abgabe der Kundenverwaltung abhängig zu machen, was die Beschwerdeführerin selber zugesteht und worauf bereits die Rekurskommission deshalb nicht mehr zurückkommen musste. Aufzuheben sind hingegen die Ziffern 2 und 4 der Verfügung der Wettbewerbskommission, worin der Beschwerdeführerin untersagt wurde, die sofortige Aufschaltung der digitalen Fernsehsignale der Teleclub AG auf dem Cablecom Kabelnetz vom Einsatz der S̈wissFun¨Set-Top-Box abhängig zu machen.

6.2 Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die bundesgerichtlichen Kosten der unterliegenden Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 153 und Art. 153a OG); diese hat die Beschwerdeführerin für das vorliegende Verfahren zudem angemessen zu entschädigen (Art. 159 Abs. 1 und 2 OG). Zur Regelung der Kosten und Entschädigungsfrage für das Verfahren vor der Rekurskommission ist die Sache an diese zurückzuweisen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

a) Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird gutgeheissen und der Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 20. März 2003 vollständig sowie die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 23. September 2002 in Dispositiv Ziff. 2 und 4 aufgehoben.

b) Die Akten werden zur Neuverlegung von Verfahrens- und Parteikosten für das Verfahren vor der Rekurskommission an diese zurückgewiesen.

2.

Die Gerichtsgebühr für das bundesgerichtliche Verfahren von Fr. 10'000.– wird der Beschwerdegegnerin (Teleclub AG) auferlegt.

3.

Die Beschwerdegegnerin (Teleclub AG) hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 10'000.– zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und der Wettbewerbskommission sowie der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 5. September 2003

Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: