

B 3	2. Cablecom GmbH
-----	-------------------------

Beschwerdeentscheid vom 20. März 2003 in Sachen Cablecom GmbH gegen Teleclub AG und Wettbewerbskommission betreffend vorsorgliche Massnahmen

Es hat sich ergeben:

A. Die Cablecom-Gruppe, welche neben verschiedenen Aktiengesellschaften insbesondere die Cablecom GmbH, die Cablecom Management GmbH sowie die NTL Cablecom Holding GmbH umfasst, betreibt als Kerngeschäft die Weiterverbreitung von Fernseh- und Radioprogrammen über ihre Kabelnetze. Diese bestehen aus einem als *backbone* bezeichneten Hauptnetz für die Grobverteilung von Fernsehsignalen an lokale Kabelnetze (sog. Ortsnetze) sowie aus zahlreichen regionalen Ortsnetzen, auf denen die Feinverteilung an die angeschlossenen Haushalte erfolgt. Seit ihrer Konzessionierung am 26. Juni 2002 tritt die Cablecom GmbH neu auch als Programmveranstalterin auf. Sie betreibt gesamtschweizerisch unter der Bezeichnung "Cablecom Digital Cinema" ein digitales Abonnementsfernsehen (*Pay-TV*) über ihre - mit dem Branchenverband der Kabelnetzunternehmungen, Swisscable Verband für Kommunikationsnetze (Swisscable), entwickelte - Digitalplattform "SwissFun".

Die Teleclub AG bietet seit 1984 als deutschschweizerische Programmveranstalterin ebenfalls ein Abonnementsfernsehen an. Das von ihr bisher analog ausgestrahlte Pay-TV-Programm wird seit November 1999 ausschliesslich über Kabelnetze an die rund 73'400 Teleclub Kunden weiterübertragen, die über einen Analogdecoder verfügen müssen. Bei dieser Verbreitungsart von Fernsehsignalen über die Kabelnetze besorgt die Teleclub AG den "Transport" ihres Programms bis zu den Kopfstellen (*head-ends*) der Kabelnetzbetreiber. An den *head-ends* der Sendeanlagen der jeweiligen Kabelnetze bereiten die Kabelnetzbetreiber das Signal anschliessend auf, um es zum Kunden zu transportieren.

Programme können indessen nicht nur analog, sondern auch *digitalisiert* verbreitet werden, indem analoge Signale in Bits umgewandelt werden. Diese Digitalisierung ermöglicht mit Techniken der Datenreduktion und -kompression eine effizientere Nutzung von Übertragungsinfrastrukturen. Beansprucht beispielsweise ein Fernsehprogramm bei analoger Verbreitung eine Bandbreite von acht MHz, so können auf derselben Bandbreite digitalisiert bis zu zehn Programme verbreitet werden. Gleichzeitig wird bei einer digitalisierten Programmverbreitung die Verbreitungskaskade komplexer. Rundfunkangebote erreichen ihr Publikum erst, nachdem sie einen mehrstufigen Aufbereitungsweg durchschritten haben, der durch mehrere Engpässe

(sog. *bottlenecks*, Flaschenhalse) führt. Am Ende des Übertragungsweges braucht der Kunde für den Empfang digital gesendeter Fernsehsignale als Empfangsgerät eine so genannte Set-Top-Box, welche die codierten digitalen Signale entschlüsselt und so aufbereitete Pay-TV-Programme für die dazu Berechtigten freischaltet (sog. *conditional access system*). Auf diese Weise kann der Anbieter steuern, welches seiner Programme wann und von wem zu empfangen ist, indem er einen entsprechenden Entschlüsselungscode an die zugangsberechtigten Zuschauer übermittelt. Die eigentliche Freischaltung besorgt eine so genannte smart card, die den Kunden abgegeben und von diesen in die Set-Top-Box geschoben wird. Ist bei Set-Top-Boxen das individuelle *conditional access system* ausgelagert (sog. *external conditional access modul*) und die entsprechende Schnittstelle genormt (Einheitsschnittstelle: *common interface*), kann der Empfänger nicht nur alle freizugänglichen Sender empfangen, sondern auch - mittels entsprechender Decodersteckmodule, welche das *conditional access system* und die *smart card* des Programmherstellers enthalten - beliebig codierte Pay-TV-Programme empfangen, sofern dazu die entsprechenden Entschlüsselungscodes ausgestrahlt werden. Als Industrie-Norm für das Übertragen digitaler Signale setzt sich weltweit immer mehr der so genannte DVB (*digital video broadcasting*)-Standard durch.

Nach gescheiterten Versuchen in den Jahren 1998 und 1999, mit ihrer als "d-Box" bezeichneten Set-Top-Box ein digitales Programmangebot in der deutschen Schweiz einzuführen, liess die Teleclub AG die am DVB-Standard orientierte "ADB Set-Top-Box" entwickeln, welche in Übereinstimmung mit den amtlichen Auflagen den Empfang sämtlicher im Kabelnetz der Cablecom GmbH aufgeschalteten digitalen TV- und Radioprogramme ermöglichen soll. In der Folge gelangte die Teleclub AG unter anderem an die Cablecom GmbH, um ihre DVB-konform aufbereiteten Programme inskünftig digitalisiert über deren Kabelnetze zu verbreiten. Im Laufe der Verhandlungen mit der Cablecom GmbH (bzw. mit Swisscable) bestand jene jedoch darauf, dass bei einer digitalen Übertragung der Teleclub-Programme ausschliesslich ihre SwissFun Set-Top-Boxen zu verwenden seien.

Vorab aus diesem Grund ersuchte die Teleclub AG, vertreten durch die Rechtsanwälte [...], mit Eingabe vom 9. April 2002 die Wettbewerbskommission, gegen die Cablecom GmbH und die zur gleichen Gruppe gehörenden Unternehmen sowie gegen Swisscable eine Untersuchung zu eröffnen und zur Sicherung wirksamen Wettbewerbs auf dem Pay-TV-Markt (insbesondere in Bezug auf technische Innovationen bei der Set-Top-Box Infrastruktur) folgende vorsorgliche Massnahmen zu erlassen:

- "1. Es sei der Cablecom GmbH und der Cablecom Management GmbH unter Androhung der Bestrafung ihrer verant-

wortlichen Organe gemäss Artikel 292 StGB mit Haft oder Busse im Widerhandlungsfalle zu befehlen,

a) die digitalen Fernsehsignale der Teleclub AG unverändert auf dem von ihnen direkt oder indirekt kontrollierten Backbone-Netz zu gegenüber dem eigenen Programmangebot unter der Bezeichnung "SwissFun" nicht diskriminierenden Geschäftsbedingungen, insbesondere zum gleichen Preis pro beanspruchte Bandbreite, zu übertragen;

b) die digitalen Fernsehsignale der Teleclub AG unverändert auf dem von ihnen direkt oder indirekt kontrollierten Ortsnetzen zu gegenüber dem eigenen Programmangebot unter der Bezeichnung "SwissFun" nicht diskriminierenden Geschäftsbedingungen, insbesondere zum gleichen Preis pro beanspruchte Bandbreite, zu übertragen;

2. Es sei der Cablecom GmbH und der Cablecom Management GmbH unter Androhung der Bestrafung ihrer verantwortlichen Organe gemäss Artikel 292 StGB mit Haft oder Busse im Widerhandlungsfalle zu verbieten,

a) für die digitale Übertragung der Teleclub-Programme den Zugang zum von ihnen direkt oder indirekt kontrollierten Cablecom Backbone-Netz von einer Einigung über den Zugang zu den von ihnen direkt oder indirekt kontrollierten Ortsnetzen abhängig zu machen;

b) die digitale Übertragung der Teleclub-Programme in den von ihnen direkt oder indirekt kontrollierten Ortsnetzen von der Bedingung der Abgabe der Kundenverwaltung an Cablecom abhängig zu machen;

c) die Teleclub AG zu behindern, die vom UVEK gemäss Verfügung vom 8. März 2002 genehmigte ADB Set-Top-Box einzusetzen.

3. Es sei dem Verband Swissscable unter Androhung der Bestrafung ihrer verantwortlichen Organe gemäss Artikel 292 StGB mit Haft oder Busse im Widerhandlungsfalle zu verbieten,

a) seine Mitglieder aufzufordern, bezüglich der digitalen Übertragung der Fernsehsignale der Teleclub AG mit dieser in keine Geschäftsbeziehungen zu treten;

b) die Geschäftsbeziehungen von der Bedingung der Abgabe der Kundenverwaltung abhängig zu machen;

c) die Teleclub AG zu behindern, die vom UVEK gemäss Verfügung vom 8. März 2002 genehmigte ADB Set-Top-Box einzusetzen."

Gleichzeitig beantragte die Teleclub AG, dass einer allfälligen Beschwerde der Gesuchsgegnerinnen gegen die zu erlassenden vorsorglichen Massnahmen die aufschiebende Wirkung zu entziehen sei.

Mit Stellungnahme vom 16. Mai 2002 beantragte die Cablecom GmbH, vertreten durch die Rechtsanwälte [...], die Abweisung des Gesuchs vom 9. April 2002 um Erlass vorsorglicher Massnahmen sowie die Abweisung des Antrags, die aufschiebende Wirkung einer allfälligen Beschwerde gegen den Entscheid der Wettbewerbskommission zu entziehen. Am 16. Mai 2002 liess sich Swisscable mit denselben Anträgen wie die Cablecom GmbH zum Gesuch der Teleclub AG vernehmen.

Nach durchgeführter Vorabklärung eröffnete die Wettbewerbskommission am 23. September 2002 gegen die Cablecom GmbH eine Untersuchung und ordnete gleichzeitig Folgendes an:

"1. [...]

2. Cablecom GmbH wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme und unter Hinweis auf die gesetzlichen Sanktionsdrohungen gemäss Artikel 50 beziehungsweise 54 KG verpflichtet, ab sofort die digitalen Fernsehsignale der Teleclub AG auf dem Cablecom Kabelnetz zu übertragen.

3. Der Cablecom GmbH wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme und unter Hinweis auf die gesetzlichen Sanktionsdrohungen gemäss Artikel 50 beziehungsweise 54 KG untersagt, die Übertragung der digitalen Fernsehsignale über das Cablecom Kabelnetz von der Abgabe der Kundenverwaltung an Cablecom abhängig zu machen.

4. Der Cablecom GmbH wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme und unter Hinweis auf die gesetzlichen Sanktionsdrohungen gemäss Artikel 50 beziehungsweise 54 KG untersagt, die Übertragung der digitalen Fernsehsignale über das Cablecom Kabelnetz vom Einsatz der SwissFun Set-Top-Box abhängig zu machen.

5. Einer allfälligen Beschwerde gegen die Ziffern 2, 3 und 4 dieser Verfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen." [...]

Zur Begründung erwog die Wettbewerbskommission im Wesentlichen, die Teleclub AG habe glaubhaft gemacht, dass dringliche Gründe die Anordnung vorsorglicher Massnahmen aufdrängten, um der Teleclub AG - als einzige Wettbewerberin - baldmöglichst den Eintritt in den digitalen Pay-TV-Markt zu erlauben und gleichzeitig zu verhindern, dass die Teleclub AG von der Cablecom GmbH aus diesem Markt gedrängt werde. Gleichzeitig würden die angeordneten vorsorglichen Massnahmen auch den Innovationswettbewerb in Bezug auf die technische Infrastruktur (Set-Top-Boxen) sichern.

Des Weiteren betonte die Wettbewerbskommission, dass im Zusammenhang mit Set-Top-Boxen "Netzeffekte" auftreten können, sollte es einem Veranstalter gelingen, auf dem digitalen Pay-TV-Markt als *first mover* mit eigenen Set-Top-Boxen eine kritische Masse zu erreichen, und so mittels positiver Feed-backs letztlich eine "de facto-Standardisierung" zu erzwingen. Dies könnte Konkurrenten, die sich diesem Standard nicht anschliessen wollen, insofern vor hohe Marktzutrittsbarrieren stellen, als sie ihr Publikum von der Anschaffung einer zweiten Set-Top-Box überzeugen müssten, was indessen kaum gelingen dürfte. Die mit diesen Netzeffekten drohenden irreversiblen Strukturveränderungen auf dem gegenwärtig neu zu erschliessenden digitalen Pay-TV-Markt wären mit wirksamem Wettbewerb unvereinbar. Die dringlich gebotenen vorsorglichen Massnahmen sollen die Endverbraucher digitaler Pay-TV-Programme in die Lage versetzen, zwischen verschiedenen Set-Top-Boxen zu wählen. Dies wiederum wäre geeignet, den Innovations- und Infrastrukturwettbewerb auf dem digitalen Pay-TV-Markt zu intensivieren und die Schaffung schwer reversibler Marktstrukturen zu verhindern.

Schliesslich hielt die Wettbewerbskommission fest, die Cablecom GmbH habe die von ihr geltend gemachten technischen Schwierigkeiten bei einem parallelen Betrieb zweier "Plattformen" ("Störungs- und Schadenspotenzial für das Kabelnetz") nicht hinreichend überzeugend substantiiert. Insofern bejahte die Wettbewerbskommission die günstige Entscheidprognose, den drohenden, nicht wieder gutzumachenden Nachteil, die Dringlichkeit sowie die Verhältnismässigkeit der verfügbaren vorsorglichen Massnahmen.

B. Dagegen erhob die Cablecom GmbH (Beschwerdeführerin), vertreten durch ihre Rechtsanwälte, am 7. Oktober 2002 Verwaltungsbeschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen und beantragte die Wiederherstellung der dieser Beschwerde entzogenen aufschiebenden Wirkung sowie die Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Eventualiter sei die Angelegenheit zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Zur Begründung führt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen aus, hinsichtlich des Entzugs der aufschiebenden Wirkung habe die Wettbewerbskommission die Sachlage völlig falsch eingeschätzt und den Entscheid ungeachtet des damit für sie verbundenen massiven Schädigungspotenzials getroffen. Deshalb sei im Zweifelsfall die aufschiebende Wirkung zu belassen.

In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe ihre Prüfungs- und Begründungspflicht verletzt und übersehen, dass ihr Kabelnetz über keine freien Kanalkapazitäten verfüge und im Falle einer Aufschaltung eine Migrationsphase notwendig wäre, welche zufolge doppelter Ausstrahlung mehr Kapazitäten belegt. Des Weiteren sei ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden, indem ihr die

Vorinstanz eine Stellungnahme des Bundesamtes für Kommunikation (BAKOM) vom 18. September 2002 zur entscheidenden Frage der Netzoperabilität und -integrität beim parallelen Betrieb zweier Plattformen zu Unrecht vorenthalten habe, obwohl sie sich ausdrücklich dazu hätte äussern wollen. Auch im Zusammenhang mit der wichtigen Frage des Parallelbetriebes mehrerer digitaler Plattformen im Netz der technischen Betriebe Wil und dem Netz der IFAC Pratteln habe sich die Vorinstanz ausschliesslich auf Aussagen der Teleclub AG gestützt, ohne ihr Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Schliesslich unterstelle ihr die Vorinstanz fälschlicherweise, sie habe von der Teleclub AG die Übergabe der Kundenverwaltung verlangt.

In materieller Hinsicht kritisiert die Beschwerdeführerin, dass keine der Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen erfüllt sei und die angefochtene Verfügung inhaltlich zu unbestimmt sei, um problemlos vollzogen werden zu können. Ferner macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz würde mit den angeordneten Massnahmen aufgrund einer eklatanten Fehleinschätzung des relevanten Marktes (bzw. ihrer Marktstellung) im Bereich des digitalen Pay-TV jeglichen Wettbewerb ausser Kraft setzen und die Entwicklung des digitalen Fernsehens abbremsen. Entgegen der Einschätzung der Vorinstanz könne sie sich auf dem Markt für Breitbanddienste nicht unabhängig verhalten, da objektiv zumutbare Alternativen für die Übertragung digitaler Signale (wie z. B. DVB-T) bestünden. Auch treffe es nicht zu, dass sie auf dem Pay-TV-Markt als direkte Konkurrentin der Teleclub AG auftrete, da sie - trotz ihrer Veranstalterkonzession - lediglich Programminhalte Dritter weiterverbreite.

Missbräuchliches Verhalten könne ihr nicht vorgeworfen werden, da sich die Teleclub AG die Nichtaufschaltung ihrer digitalen Programme selbst zuzuschreiben habe. Die Integration einer eigenen digitalen Plattform auf ihrem Kabelnetz sei für die unternehmerische Tätigkeit der Teleclub AG nicht notwendig, zumal auch deren Programme mittels SwissFun Set-Top-Boxen empfangen werden können. Der gewünschte Einsatz der ADB-Set-Top-Boxen, welche nur auf den *pay-per-view channel* Bereich beschränkt seien und alle neuen Mediendienste ausklammerten, bedeute für sie letztlich den Verlust der entsprechenden Kabelnetzkunden, da kaum zu erwarten sei, dass sich diese eine weitere Set-Top-Box anschaffen. Damit strebe die Teleclub AG letztlich an, den künftigen Wettbewerb unter den Anbietern auf dem Pay-TV-Markt zu verhindern. Daher habe sie ein legitimes Geschäftsinteresse, die Aufschaltung der digitalen Teleclub Pay-TV-Programme von der Verwendung der SwissFun Set-Top-Boxen abhängig zu machen, wogegen die Vorinstanz gesetzlich nicht ermächtigt sei, eine zwangsweise Entbündelung ihres Netzwerkes anzuordnen, um die Teleclub Plattform gegen ihren Willen in ihr Kabelnetz zu integrieren. Insbesondere wären mit einer solchen Integration erhebliche technische Schwierigkeiten und ein erhöhtes Störpotenzial vorprogrammiert, was bei meh-

rerer Zugangssystemen zu einer erhöhten Störungsanfälligkeit der Netzinfrastruktur führen würde und mit deutlich erhöhten operativen Kosten verbunden wäre.

C. Mit Vernehmlassung vom 17. Oktober 2002 nahm die Wettbewerbskommission vorerst zum Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Verwaltungsbeschwerde Stellung und beantragte dessen Abweisung.

Zu dieser Frage liess sich gleichentags auch die Teleclub AG (Beschwerdegegnerin), vertreten durch ihre Rechtsanwälte, vernehmen, mit demselben Antrag auf Abweisung.

D. Mit Zwischenentscheid vom 29. Oktober 2002 wies die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ab.

E. Mit Vernehmlassung vom 7. November 2002 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung führt sie im Wesentlichen aus, die Anforderungen der Beschwerdeführerin zum rechtlichen Gehör führten zu einer für die Wettbewerbskommission unzumutbaren Übersteigerung der Begründungspflicht. Auch sei der Gehörsanspruch nicht verletzt worden, nachdem sich die Vorinstanz auf keine Angaben gestützt habe, zu denen sich die Beschwerdeführerin nicht hätte äussern können. Die Wettbewerbskommission habe die vorsorglichen Massnahmen nach einer sorgfältigen Prüfung der einschlägigen Voraussetzungen angeordnet. Zu Recht habe die Vorinstanz es als glaubhaft erachtet, dass die Beschwerdeführerin ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für die Übertragung von Fernsehsignalen zum Fernsehzuschauer über CATV-Netze in der Deutschschweiz missbrauche und keine sachlichen Gründe für die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (bzw. die Koppelung des Vertragsabschlusses an die Abgabe der Kundenverwaltung) und die Verbreitung über die SwissFun Plattform (bzw. mittels SwissFun Set-Top-Box) ersichtlich seien. Haltlos sei sodann die Ansicht der Beschwerdeführerin, die angefochtenen Massnahmen führten zu einer Behinderung des wirksamen Wettbewerbes im Pay-TV-Markt. Auch gehe es im vorliegenden Verfahren weder um eine Entbündelung des Zugangs zum Netzwerk der Beschwerdeführerin, noch verlange sie einen direkten Zugriff auf deren Infrastruktur noch die zwangsweise Vermietung von blosser Bandbreite, sondern eine vollständige Verbreitungsdienstleistung für die angelieferten digitalen Programmsignale. Dass der parallele Betrieb verschiedener Set-Top-Boxen zu technischen Störungen führen könnte, habe die Beschwerdeführerin bisher nur pauschal behauptet, ohne nähere Belege dafür zu liefern. Schliesslich weist die Beschwerdegegnerin darauf hin, dass die Multicrypttauglichkeit ihrer ADB Set-Top-Box den Zugang für alle sichere und so den Markt auch für anderssprachige digitale Pay-TV-Programme öffne.

Zudem seien die TV-Konsumenten ja frei, statt oder neben ihrer Set-Top-Box eine andere Set-Top-Box zu verwenden.

Mit Eingabe vom 18. November 2002 nahm die Wettbewerbskommission zur Hauptsache Stellung und beantragt ebenfalls Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung führt sie unter anderem aus, der Beschwerdeführerin seien keine rechtserheblichen Dokumente vorgehalten worden. Vielmehr habe sie sich nach vorgenommener Akteneinsicht in alle rechtserheblichen rechtzeitig beigebrachten Akten vor Erlass der Verfügung zur Sache äussern können. Auch habe sie Gelegenheit erhalten, erhebliche Beweise beizubringen, indessen darauf verzichtet, Beweisanträge zu stellen, welche hätten gehört werden können. Betreffend den sachlich relevanten Markt und die marktmächtige Stellung der Beschwerdeführerin habe sie die Wettbewerbssituation umfassend begründet. Insbesondere verkenne die Beschwerdeführerin, dass sich der relevante Markt nur um diejenigen Alternativen erweitere, die von den Nachfragern tatsächlich als substituierbar angesehen werden. Auch habe sie die beherrschende Position der Beschwerdeführerin auf dem relevanten Markt sowie deren missbräuchliches Verhalten der Teleclub AG gegenüber hinreichend begründet. Des Weiteren seien die Ausführungen der Beschwerdeführerin zur Stellung der Beschwerdegegnerin auf dem *content* Markt unerheblich, zumal diese über keine *gate keeper* Position mehr verfüge. Zudem sei die Integration des Teleclub Angebots in das SwissFun Programm unzumutbar, weil die Parteien als Veranstalter gegenseitig im Wettbewerb stünden und eine Integration für die Beschwerdegegnerin die Aufgabe der unternehmerischen Selbstständigkeit zur Folge hätte. Insbesondere seien die Vorbringen, welche die Kompatibilität beziehungsweise die Offenheit der Set-Top-Boxen der Teleclub AG in Zweifel ziehen, nicht zu hören. Schliesslich habe die Beschwerdeführerin die angeblichen technischen Schwierigkeiten, die aus einem parallelen Betrieb zweier Plattformen resultieren würden, nie rechtsgenügend substantiiert.

Die Beschwerdegegnerin reichte am 19. Dezember 2002 unaufgefordert eine Eingabe ein. Darin teilte sie die am 16. Dezember 2002 erfolgte Aufschaltung ihres digitalen Fernsehprogramms in der Deutschschweiz mit und betonte, dass die parallele Verbreitung ihres digitalen Programmangebotes zu keinen technischen Schwierigkeiten oder Netzstörungen geführt habe. Mit Schreiben vom 8. Januar 2003 reichte die Beschwerdeführerin unaufgefordert die jüngste Korrespondenz zwischen ihr und der Beschwerdegegnerin ein. Gleichzeitig machte die Beschwerdeführerin geltend, im Rahmen der Aufschaltung (bzw. der vorangehenden Test- und Integrationsphase) seien beim Parallelbetrieb der zwei Plattformen Probleme aufgetaucht in Form von Störungen beim Einsatz von *common interface* Modulen. Hiezu erklärte die Beschwerdegegnerin am 16. Januar 2003 unaufgefordert, es sei längst bekannt, dass die *common interface* Schnittstellen der SwissFun Set-

Top-Boxen mit ihren *common interface* Modulen nicht funktionierten; indes behauptete die Beschwerdeführerin zu Recht nicht, die Aufschaltung des digitalen Fernsehsignals habe zu technischen Schwierigkeiten oder Störungen ihres Netzes geführt.

Mit einer weiteren Eingabe vom 31. Januar 2003 übermittelte die Beschwerdeführerin erneut unaufgefordert ihre jüngste Korrespondenz mit der Teleclub AG. Gleichzeitig berichtete sie der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, dass bei Tests Probleme mit den *common interface* Modulen aufgetreten seien, welche indessen nicht auf mangelhafte Set-Top-Boxen zurückzuführen seien. Sie bemühe sich gemeinsam mit der Beschwerdegegnerin, von der Herstellerfirma NagraVision eine Lieferung fehlerfreier *common interface* Modulen zu erhalten. Dieses Schreiben samt Beilagen wurde am 7. Februar 2003 der Beschwerdegegnerin sowie der Vorinstanz zur Kenntnis gebracht.

Am 7. Februar 2003 wies die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Parteien darauf hin, dass keine öffentliche Verhandlung durchgeführt werde.

Mit Schreiben vom 17. Februar 2003 nahm die Beschwerdegegnerin zur jüngsten Eingabe der Beschwerdeführerin unaufgefordert Stellung. Dieses Schreiben wurde der Beschwerdeführerin am 18. Februar 2003 zur Kenntnis gebracht.

Auf die einzelnen Vorbringen und die eingereichten Unterlagen wird - soweit sie für den Entscheid erheblich erscheinen - in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zieht in Erwägung:

1. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Verwaltungsbeschwerde einzutreten ist (vgl. BGE 121 II 72 E. 1a; 120 Ib 97 E. 1; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 73).

1.1. Der Entscheid der Wettbewerbskommission vom 23. September 2002 stellt eine Zwischenverfügung im Sinne des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren dar (VwVG, SR 172.021; Art. 5 Abs. 2). Denn im erstinstanzlichen Verfahren erlassene vorsorgliche Massnahmen sind gleich wie vorsorgliche Massnahmen in Verwaltungsbeschwerdeverfahren nach Artikel 45 Absatz 2 Buchstabe g VwVG als Zwischenverfügungen zu qualifizieren (vgl. REKO/WEF 96/FB-001 E. 1, publiziert in: RPW 1997/2, S. 243 ff.; REKO/WEF 99/FB-007 E. 1, publiziert in: RPW 1999/4, S. 618 ff.).

Diese Zwischenverfügung kann nach Artikel 44 des Kartellgesetzes (zitiert in E. 2) sowie im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege (Art. 44 ff. und Art. 71a VwVG i.V.m. Art. 20 ff. der Verordnung vom 3. Februar 1993 über Organisa-

tion und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, VRSK, SR 173.31) mit Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen angefochten werden.

1.2. Zur Verwaltungsbeschwerde ist berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Bst. a VwVG). Handelt es sich bei der fraglichen Verfügung - wie vorliegend - um eine Zwischenverfügung, ist diese nur anfechtbar, wenn sie zusätzlich einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann. Andernfalls kann sie lediglich im Rahmen einer Beschwerde gegen die Endverfügung angefochten werden (Art. 5 Abs. 2 i.V.m. Art. 45 Abs. 1 und 3 VwVG; vgl. BGE 120 Ib 97 E. 1c; vgl. REKO/WEF 99/FB-007 E. 1.1, a.a.O.).

In seiner neueren Rechtsprechung entschied das Bundesgericht, dass für die Annahme eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils auch ein bloss wirtschaftliches Interesse ausreicht, sofern es der beschwerdeführenden Partei nicht lediglich darum geht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern. Der Nachteil muss so beschaffen sein, dass er nicht wieder gutzumachen ist, damit das Interesse eines Beschwerdeführers an der Aufhebung der Zwischenverfügung schutzwürdig ist (BGE 116 Ib 344 E. 1c, bestätigt in BGE 120 Ib 97 E. 1c; BGE 127 II 132 E. 2b; 125 II 613 E. 4; vgl. REKO/WEF 99/FB-007 E. 1.1, a.a.O.).

Im vorliegenden Fall ist die Beschwerdeführerin als Adressatin der angefochtenen Zwischenverfügung mit ihren Anträgen im vorinstanzlichen Verfahren unterlegen, weshalb sie formell beschwert ist. Was die Voraussetzung des nicht wieder gutzumachenden Nachteils angeht, befürchtet sie im Wesentlichen, der parallele Betrieb zweier Plattformen beinhalte ein gewichtiges "Störungs- und Schadenspotenzial für ihr Kabelnetz", das zu "erheblichen finanziellen Einbussen" führen werde. Ferner geht sie von einem beträchtlichen "Mehraufwand zur Gewährleistung der Netzintegrität" aus, falls - wie verfügt - zwei parallele digitale Plattformen betrieben würden.

Mit dem angefochtenen Massnahmeentscheid regelte die Vorinstanz nicht nur das Verhältnis zwischen den Parteien, sondern griff hoheitlich zu Lasten der Beschwerdeführerin in den digitalen Pay-TV-Markt ein. Mit den angefochtenen Massnahmen sollen Voraussetzungen geschaffen werden, welche es der Beschwerdegegnerin ermöglichen würden, die Beschwerdeführerin bei den digitalen Pay-TV-Angeboten direkt zu konkurrieren und entsprechende Marktanteile zu gewinnen. Soweit die Beschwerdeführerin hinsichtlich der angeordneten vorsorglichen Massnahmen den Eintritt eines Schadens befürchtet, könnte sie einen Schadenersatzanspruch im Lichte der herrschenden Praxis zum Legalitätsprinzip nur geltend machen, soweit dies ein Rechtssatz vorsieht. Indessen regeln weder das einschlägige Rundfunkrecht (RTVG, zitiert in E. 2.1) noch das VwVG, unter welchen Voraussetzungen die

Beschwerdegegnerin (als Antragstellerin) für den gegebenenfalls durch ungerechtfertigte vorsorgliche Massnahmen verursachten Schaden haftbar gemacht werden könnte (vgl. PATRICK SCHÄDLER, Vorsorgliche Massnahmen und einstweilige Anordnungen im Kartellverwaltungsverfahren der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft, Basel 2002, S. 199 ff., mit Verweis auf REKO/WEF 97/FB-005, E. 2.1, publiziert in: RPW 1997/4 S. 604 ff.). Ebenfalls nicht hinreichend klar ist, inwiefern hier im Schadensfall (infolge ungerechtfertigter vorsorglicher Massnahmen) die Verschuldenshaftung nach Artikel 41 OR oder eine Kausalhaftung nach Artikel 84 BZP [SR 273] beziehungsweise eine abgeschwächte Kausalhaftung nach Artikel 28f Absatz 1 ZGB erfolgreich als Rechtsgrundlage angerufen werden könnte (vgl. REKO/WEF 97/FB-005, E. 2.1, publiziert in: RPW 1997/4, S. 604 ff., sowie PATRICK SCHÄDLER, a.a.O., S. 199 ff.). Andererseits ist ebenfalls ungewiss, ob angesichts der strengen verantwortlichkeitsrechtlichen Voraussetzungen (vgl. Art. 3 Verantwortlichkeitsgesetz, VG, SR 170.32) bei einem allfälligen Schaden die Wettbewerbskommission für die von ihr angeordneten vorsorglichen Massnahmen haftbar gemacht werden könnte (vgl. ISABELLE HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, ZSR 1997 II 255 ff., insbes. S. 394 ff.; PATRICK SCHÄDLER, a.a.O., S. 191 ff.).

Angesichts der durch die Massnahmeverfügung vorgezeichneten direkten Konkurrenzsituation und der haftungsrechtlichen Ungewissheiten bei der Liquidation allfälliger tatsächlicher Schäden kann ein nicht wieder gutzumachender Nachteil nicht ausgeschlossen werden. Der Beschwerdeführerin ist somit ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Zwischenverfügung zuzuerkennen (Art. 45 Abs. 1 VwVG; vgl. auch RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel und Frankfurt am Main 1996, Rz. 1238). Unter diesen Umständen kann offen bleiben, ob der befürchtete angebliche Mehraufwand zur Gewährleistung der Netzintegrität beim Betrieb zweier paralleler digitaler Plattformen nicht wieder gutzumachende finanzielle Nachteile zur Folge hätte (vgl. E. 5.3.2).

1.3 Die Beschwerdefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Die Vertreter der Beschwerdeführerin haben sich rechtsgenügend durch Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt (Art. 46 ff. VwVG).

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2. Die angefochtene Zwischenverfügung erging gestützt auf das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251). Dieses Gesetz bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von

Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG). Es gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen, und ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden (vgl. Art. 2 KG).

Das Kartellgesetz behält Vorschriften vor, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (vgl. Art. 3 Abs. 1 KG).

Da solche Vorschriften geeignet sind, die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes zu beschränken, ist nachfolgend vorab das Verhältnis zu weiteren Rechtsvorschriften zu prüfen.

2.1. Betreffend den Vorbehalt von Artikel 3 KG könnten hier allenfalls Vorschriften des Bundesgesetzes vom 21. Juni 1991 über Radio und Fernsehen (RTVG, SR 784.40) wesentlich sein.

Das RTVG regelt die Veranstaltung, die Weiterverbreitung und den Empfang von Radio- und Fernsehprogrammen (vgl. Art. 1). Veranstalter ist, wer Programme schafft oder zusammenstellt und sie verbreitet oder durch Dritte vollständig und unverändert verbreiten lässt (vgl. Art. 2 Abs. 1 RTVG). Verbreitung ist die fernmeldetechnische Ausstrahlung von Programmen, die an die Allgemeinheit gerichtet sind (Art. 2 Abs. 2 erster Satz RTVG). Weiterverbreitung ist das zeitgleiche, vollständige und unveränderte Übernehmen und Verbreiten von Programmen, die von Veranstaltern an die Allgemeinheit gerichtet sind und drahtlos ausgestrahlt werden (Art. 2 Abs. 3 RTVG). Ein Kabelnetz ist ein Leitungsnetz zur Versorgung der angeschlossenen Abonnenten mit Rundfunkprogrammen (Art. 2 Abs. 4 RTVG).

Wer Programme veranstalten oder weiterverbreiten will, braucht eine Konzession (vgl. Art. 10 und 39 RTVG). Der Weiterverbreitungskonzessionär ist in der Auswahl der Programme, die er weiterverbreiten will, unter Vorbehalt der Artikel 47 und 48 RTVG grundsätzlich frei (vgl. Art. 42 Abs. 1 RTVG). Das RTVG regelt, welche Programme er mindestens verbreiten muss, ohne dafür ein Entgelt verlangen zu können (vgl. Art. 42 Abs. 2). Von dieser Verpflichtung kann er sich befreien lassen, soweit sie ihm aus Kapazitätsgründen nicht zuzumuten ist (vgl. Art. 42 Abs. 3 RTVG).

Die zuständige Behörde kann den Weiterverbreiter auf Gesuch eines konzessionierten Veranstalters hin verpflichten, dessen Programm zu verbreiten, wenn die Anlage des Weiterverbreiters freie Kapazitäten

aufweist, dem Veranstalter das Erstellen einer eigenen technischen Infrastruktur nicht zuzumuten ist und der Veranstalter dem Betreiber die Aufwendungen abgilt (vgl. Art. 47 RTVG).

2.2. Die Pay-TV-Programme der Teleclub AG gehören nicht zu den in Artikel 42 Absatz 2 RTVG aufgezählten "Pflichtprogrammen", zu deren Weiterverbreitung die Beschwerdeführerin als Weiterverbreitungskonzessionärin verpflichtet werden könnte. Dagegen ist ein auf Artikel 47 RTVG gestütztes Gesuch der Teleclub AG hängig, doch scheinen weder das BAKOM noch die Parteien einer Meinung zu sein in der Frage, ob die Beschwerdeführerin aufgrund dieser Bestimmung zur Weiterverbreitung der Pay-TV-Programme der Teleclub AG verpflichtet werden könnte.

Selbst wenn dies möglich wäre, liesse sich daraus nicht schliessen, dass der Teleclub AG eine Berufung auf das Kartellgesetz deshalb versagt bliebe beziehungsweise dass die Wettbewerbskommission eine solche Verpflichtung gestützt auf das Kartellgesetz nicht verfügen dürfte, soweit wirksamer Wettbewerb durch Abreden oder andere Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen in unzulässiger Weise beschränkt wird. Denn das RTVG enthält wie dargestellt keine Vorschriften, die Wettbewerb auf einem bestimmten Markt nicht zulassen, nachdem die erforderlichen Konzessionen einmal erteilt sind (vgl. E. 2.1 sowie E. 5.6.2). Die rundfunkrechtliche Normierung bildet eine besondere sektorielle Regelung, die zur übrigen preis- und wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutritt und diese nicht ausschliesst (vgl. wenn auch im Zusammenhang mit dem FMG [SR 784.10]: Urteil des Bundesgerichts vom 3. Oktober 2001 i.S. Comcare AG und Swisscom [2A.503/2000 bzw. 2A.505/2000, E. 6c], abrufbar im Internet unter: www.bger.ch).

Somit existieren im Bereich der Übertragung digitaler Fernsehsignale über Kabelnetze keine nach Artikel 3 KG vorbehaltene Vorschriften, welche im vorliegenden Fall einer Anwendung des Kartellgesetzes entgegenstehen.

3. Nach der Rechtsprechung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ist die Wettbewerbskommission gestützt auf Wahrscheinlichkeitsüberlegungen befugt, nach Einleitung eines kartellverwaltungsrechtlichen Verfahrens vorsorgliche Massnahmen zu erlassen, wenn dies erforderlich ist, um die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung sicherzustellen (vgl. REKO/WEF 96/FB-001 E. 2 und 3, publiziert in: RPW 1997/2, S. 243 ff.; Urteil des Bundesgerichts vom 3. 11. 1997 i.S. S. [2A.198/1997], publiziert in: RPW 1997/4, S. 618 ff.; sowie REKO/WEF 97/FB-005, E. 1.3.1, publiziert in: RPW 1997/4, S. 604 f.; REKO/WEF 99/FB-007 E. 3.2, a.a.O.). Vorsorgliche Massnahmen zielen darauf ab, den Gegenstand einer Anordnung zu sichern, einen gefährlichen Zustand zu beseitigen oder den Vollzug einer Verfügung zu gewährleisten (ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwal-

tungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Auflage, Zürich 1998, S. 120 f., Rz. 330 f.). Als sichernde Massnahmen bezwecken sie, einen bestehenden tatsächlichen oder rechtlichen Zustand einstweilen unverändert zu erhalten, als gestaltende (regelnde) Massnahmen ein bestimmtes Rechtsverhältnis provisorisch in bestimmter Weise zu gestalten (vgl. RHINOW/KOLLER/KISS, a.a.O., Rz. 1089; ISABELLE HÄNER, a.a.O., S. 290 ff.). In diesem Sinne ist die Wettbewerbskommission zuständig zum Erlass rechtsgestaltender vorsorglicher Massnahmen, wenn mögliche missbräuchliche Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens zur Diskussion stehen, falls die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung nur so sichergestellt werden kann (und die allgemeinen Voraussetzungen vorsorglicher Massnahmen erfüllt sind; vgl. dazu nachfolgende E. 5).

Im Verfahren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen wird der Sachverhalt aus Gründen der Dringlichkeit in der Regel nur summarisch abgeklärt. Wegen akuter Gefährdung muss eine Verfügung ganz oder teilweise vorweg, das heisst ohne weitere Sachverhaltsabklärungen, durchgesetzt werden. Vorsorgliche Massnahmen stehen daher im Spannungsfeld zwischen dem Bedürfnis nach raschem Handeln einerseits sowie der Wahrheitsfindung und damit der richtigen Rechtsanwendung andererseits (vgl. KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 331). Vorsorgliche Massnahmen ergehen demzufolge aufgrund einer lediglich summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage (vgl. RHINOW/KOLLER/KISS, a.a.O., Rz. 1093), und es genügt der Beweisgrad der Glaubhaftmachung der Voraussetzungen (vgl. KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 289). Nach einer alten, aber immer noch zutreffenden bundesgerichtlichen Definition heisst Glaubhaftmachen, "dass der Richter nicht von der Richtigkeit der aufgestellten tatsächlichen Behauptung überzeugt zu werden braucht, sondern dass es genügt, ihm aufgrund objektiver Anhaltspunkte (...) den Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit für das Vorhandensein der in Frage kommenden Tatsachen zu vermitteln, ohne dass er den Vorbehalt preisgeben müsste, dass die Verhältnisse sich auch anders gestalten könnten" (zitiert in: MICHAEL LEUPOLD, Die Nachteilsprognose als Voraussetzung des vorsorglichen Rechtsschutzes, sic! 4/2000, S. 273, mit weiteren Hinweisen).

4. In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin in verschiedenen Punkten eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs. Die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist gemäss ständiger Praxis des Bundesgerichts formeller Natur und hat ungeachtet der Erfolgsaussichten einer Beschwerde in der Sache selbst die Aufhebung der angefochtenen Verfügung zur Folge (BGE 120 Ib 379 E. 3b).

Diese Rügen sind daher zu prüfen, bevor auf die materiellen Voraussetzungen der verfügten vorsorglichen Massnahmen näher eingegangen wird.

4.1. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gewährleistet der Gehörsanspruch allen Personen, die vom Ausgang eines Verfahrens mehr als die Mehrheit betroffen werden könnten, das Recht auf Mitwirkung und Einflussnahme (vgl. dazu: LORENZ KNEUBÜHLER, Gehörsverletzung und Heilung, in: ZBl 3/1998 S. 97 ff., insbes. S. 100, mit Hinweis auf BGE 116 Ia 94 E. 3b). Dazu gehören eine ganze Reihe von Verfahrensgarantien, insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheides zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (vgl. BGE 122 I 53 E. 4a; 120 Ib 379 E. 3b, je mit weiteren Hinweisen). Sodann ordnet das Bundesgericht auch die Begründungspflicht dem Gehörsanspruch zu (KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 100, mit Hinweis auf BGE 121 I 54 E. 2c).

Aus der formellen Natur des Anspruchs auf rechtliches Gehör folgt wie gesagt grundsätzlich die Aufhebung einer Verfügung, welche in Verletzung dieses Anspruchs ergangen ist. Dieser Grundsatz kennt indes eine Ausnahme: Nach der Praxis des Bundesgerichts kann eine im erstinstanzlichen Verfahren erfolgte Gehörsverletzung im Rechtsmittelverfahren geheilt werden, wenn die Beschwerdeinstanz in Sach- und Rechtsfragen über dieselbe Kognition verfügt wie die erste Instanz und dem Betroffenen dieselben Mitwirkungsrechte wie vor dieser zustehen (vgl. JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, S. 517; KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 102 ff., sowie BGE 115 V 297 E. 2.h und 124 II E. 2.d). In neueren Entscheiden ist das Bundesgericht allerdings deutlich zurückhaltender und will die Heilung nur noch zulassen, wenn die Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht besonders schwer wiegt (vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Zürich 2002, S. 358, N. 1709 ff., mit Verweisen auf BGE 126 I 68 sowie auf etliche Entscheide des Eidgenössischen Versicherungsgerichts).

4.2. Zunächst rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe nicht berücksichtigt, dass für die Weiterverbreitung des digitalen Programms der Teleclub AG keine freien Kapazitäten zur Verfügung stünden, dass während der Migrationsphase ein zusätzlicher Bedarf an Bandbreite bestehe, wie sich aus der Eingabe der Teleclub AG an das BAKOM vom 21. Februar 2002 ergebe, und dass durch die Aufschaltung möglicherweise gewisse Programme abgeschaltet werden müssten. Die Vorinstanz verletze ihre Prüfungs- und Begründungspflicht, indem sie nicht erwähne, wie sich die vorsorglichen Massnahmen mit der Tatsache der vollständigen Belegung des Kabelnetzes vertragen sollten. Sie habe die Äusserung der Teleclub AG, das Kabelnetz habe ausreichend Kapazität beziehungsweise es werde sogar künstlich verknappert, insofern zurückgewiesen, als die Kapazität nie künstlich ver-

knappt worden sei. Ferner habe sie belegt, dass alle Kanäle entweder belegt oder reserviert seien.

4.2.1. Die Wettbewerbskommission führt zu diesen Rügen aus, als verfügende Behörde müsse sie sich nur mit den wesentlichen Parteistandpunkten auseinander setzen. Selbst dies könne auf konkludente Weise dadurch geschehen, dass die Urteilsgründe schlüssig in Erscheinung träten. Daher sei es kein Verfahrensfehler, wenn sie sich nicht mit der Frage der Kanalbelegung auseinander gesetzt habe. Im Übrigen habe die Beschwerdeführerin selber nie behauptet, für die Aufschaltung des digitalen Teleclubsignals bestehe keine Kapazität. Sie habe nur in Abrede gestellt, die Kapazitäten künstlich verknappt zu haben. Ferner habe sie geäußert, die Kanäle seien praktisch allesamt belegt, und im Übrigen seien Reservekanäle erforderlich. Die Kapazitätsfrage bilde im Übrigen Gegenstand der Untersuchung.

Die Teleclub AG bestätigt, dass während einer beschränkten Übergangszeit (Migrationsphase) ein zweiter Kanal erforderlich sei. Dies sei aber kein Problem: Bereits früher, als diverse Decoder ausgewechselt werden mussten, sei ein Parallelbetrieb nötig und möglich gewesen. Die Beschwerdeführerin habe nicht behauptet, die Reservekanäle würden ausnahmslos genutzt. In den Verhandlungen zwischen ihr und der Beschwerdeführerin sei die Kabelkapazität auch nie ein Thema gewesen.

4.2.2. Die Frage freier Kanalkapazitäten kann sicher nicht als unwesentlich bezeichnet werden, auch nicht im Rahmen eines Verfahrens auf Erlass vorsorglicher Massnahmen. In summarischen Verfahren haben jedoch die Verhandlungsmaxime und das Rügeprinzip erhöhtes Gewicht, zumal ein prima-facie-Entscheid zu treffen ist. In der Regel können sich die Behörden auf die Akten abstützen und haben daher keine weiteren Sachverhaltsabklärungen zu treffen. Prima-facie-Entscheid bedeutet auch, dass die rechtliche Prüfung eingeschränkt ist, weil nicht genügend Zeit zur Klärung der Rechtsfragen besteht (vgl. ISABELLE HÄNER, a.a.O., S. 371 f.).

Dass der Sachverhalt im Rahmen vorsorglicher Massnahmen nur summarisch abzuklären und auf Beweiserhebungen grundsätzlich zu verzichten ist (vgl. auch REKO/WEF 97/FB-005, E. 2.2.4, publiziert in RPW 1997/4, S. 602 ff.; vgl. ferner BGE 99 Ib 215 E. 5), übersieht die Beschwerdeführerin in ihrer Argumentation. Entscheidend ist hier, dass die Beschwerdeführerin als Adressatin möglicher Massnahmen selbst nicht geltend macht, sie verfüge für eine Aufschaltung des digitalen Teleclub-Signals nicht über genügend freie Kanäle. Dies hat sie weder in ihren Eingaben zuhanden der Vorinstanz, noch in der hier zu beurteilenden Beschwerde, noch im hängigen Beschwerdeverfahren - seit der Aufschaltung des Teleclub-Signals im Dezember 2002 - behauptet.

Reservierte Kanäle sind nicht belegte Kanäle. In diesem Sinn durfte die Vorinstanz im Rahmen der ihr auferlegten summarischen Prüfung da-

von ausgehen, dass freie Kapazitäten auch für die Übergangsphase bestehen, und dass die Kapazitätsfrage für die einstweilige Weiterverbreitung des Teleclub-Signals kein Hindernis darstellt. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs kann ihr diesbezüglich somit nicht vorgeworfen werden. Ausserdem fällt auf, dass die Beschwerdeführerin Kapazitätsprobleme nicht geltend macht, soweit sie in ihrer Beschwerde die Möglichkeit der Verbreitung des Teleclub-Signals über ihre SwissFun Set-Top-Box diskutiert. In der Tat wäre nicht einzusehen, weshalb sie jahrelang mit der Teleclub AG über die Bedingungen einer Aufschaltung verhandeln sollte, wenn die erforderlichen Kapazitäten gar nicht vorhanden wären. Dies kann ebenfalls als Indiz dafür gewertet werden, dass die Kapazitätsfrage für die Aufschaltung des digitalen Teleclub-Signals kein grundsätzliches Hindernis ist.

4.3. Sodann rügt die Beschwerdeführerin, die Stellungnahme des BAKOM vom 18. September 2002 sei ihr zu Unrecht nicht zur Kenntnis gebracht worden, obwohl sie sich eine Äusserung dazu in der Eingabe vom 30. August 2002 noch ausdrücklich vorbehalten habe.

In der erwähnten Stellungnahme schrieb das BAKOM als Antwort auf eine Frage des Sekretariats der Wettbewerbskommission, im Ausland existierten gegenwärtig keine Kabelnetze mit parallelen digitalen Plattformen. Indessen erachtete die Vorinstanz diese Auskunft nicht als rechtserheblich. Nach Ansicht der Vorinstanz wäre diese Stellungnahme nur dann von Bedeutung gewesen, wenn das BAKOM ausländische Beispiele hätte nennen können; diesfalls hätten daraus Schlüsse über die technische Machbarkeit paralleler Plattformen gezogen werden können. Nachdem die Antwort des BAKOM keine solchen Schlüsse zugelassen habe, sei die besagte Stellungnahme der Beschwerdeführerin nicht zugestellt worden. In gleichem Sinne äussert sich auch die Teleclub AG.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bezieht sich der Anspruch auf rechtliches Gehör auf alle form- und fristgerechten Äusserungen, Eingaben und Anträge, die zur Klärung der konkreten Streitfrage geeignet und erheblich sind. Insofern haben die Parteien das Recht, sich zu allen wichtigen Fragen zu äussern (vgl. BGE 112 Ia 3 E. 3c; BGE 124 I 49 E. 3c). Der Umstand, dass im Ausland zurzeit keine Kabelnetze mit parallelen digitalen Plattformen existieren, erlaubt jedoch keinerlei Schluss, ob solche Plattformen unproblematisch oder im Gegenteil risikobehaftet sind. Die Vorinstanz hat in ihrer Verfügung aus der entsprechenden Auskunft des BAKOM für die Frage der Funktionsfähigkeit denn auch keine Schlussfolgerung gezogen. Eine Verletzung des Gehörsanspruchs liegt somit auch diesbezüglich nicht vor.

4.4. Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin, in der entscheidenden Frage des Parallelbetriebs mehrerer digitaler Plattformen habe sich die Wettbewerbskommission massgeblich auf eine Aussage der Teleclub AG in einem Schreiben vom 14. Juni 2002 abgestützt, zu der sie sich

ebenfalls nie habe äussern können. So erkläre die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung, es existierten bereits Kabelnetze, auf denen verschiedene digitale Plattformen parallel einwandfrei liefen, nämlich die Kabelnetze in Wil und Pratteln. Diese Parteibehauptung sei ungeprüft übernommen und ihr das rechtliche Gehör insofern verweigert worden.

Die Wettbewerbskommission bestreitet nicht, dass sie der Beschwerdeführerin das fragliche Schreiben nicht zugestellt hat, macht aber geltend, die darin genannten Beispiele seien für ihre Folgerung nicht entscheidend gewesen. Der Schluss, wonach der parallele Betrieb digitaler Plattformen möglich sei, habe sich unter anderem bereits aus der Stellungnahme des BAKOM ergeben.

Tatsächlich nennt jedoch die Wettbewerbskommission in der angefochtenen Verfügung - unter Verweis auf das genannte Schreiben der Teleclub AG - die Beispiele Wil und Pratteln gleich an erster Stelle als Beleg für die Unbegründetheit der technischen Einwände der Beschwerdeführerin. Erst an zweiter Stelle wird sodann die Aussage des BAKOM wiedergegeben. Insofern erweist sich die Erklärung der Vorinstanz, wonach das Schreiben der Teleclub AG vom 14. Juni 2002 für ihre Einschätzung nicht ausschlaggebend war, als aktenwidrig. Selbst im Rahmen des Verfahrens auf Erlass vorsorglicher Massnahmen wäre es angesichts der immer wieder vorgebrachten Befürchtungen der Beschwerdeführerin möglich und nötig gewesen, dieser das fragliche Schreiben zur Kenntnis zu bringen, zumal ihm immerhin ausreichende Wichtigkeit beigemessen wurde, um es gleich als ersten Beleg für das Funktionieren paralleler Plattformen anzuführen.

Indem die Vorinstanz dieses Schreiben der Beschwerdeführerin nicht zur Kenntnis brachte, hat sie deren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.

4.5. Vorliegend hatte die Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren jedoch Gelegenheit, sich zu allen Aspekten der Verfügung, einschliesslich der ihr zuvor nicht zur Kenntnis gebrachten Schriftstücke, zu äussern. Insofern kann die Verletzung ihres Gehörsanspruchs im Beschwerdeverfahren geheilt werden, wenn die Gehörsverletzung nicht besonders schwer wiegt beziehungsweise die in Erwägung 4.1 erwähnten Voraussetzungen vorliegen. Dies ist nachfolgend zu untersuchen:

4.5.1. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen verfügt in Sach- und Rechtsfragen über dieselbe Kognition wie die Vorinstanz (vgl. Art. 49 VwVG), und die Beschwerdeführerin hat dieselben Mitwirkungsrechte. Eine Heilung der Gehörsverletzung ist daher grundsätzlich möglich.

4.5.2. Die Beschwerdeführerin hat sich zur Gehörsverletzung nicht nur in ihrer Verwaltungsbeschwerde geäussert, sondern auch in ihrer seit-

herigen Korrespondenz mit der Teleclub AG, die der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zugestellt und zu den Akten genommen wurde. Folgendes führt sie zu den als Beleg für die Funktionsfähigkeit paralleler digitaler Plattformen genannten Beispiele von Wil und Pratteln aus:

- (1) Die Netze Wil und Pratteln seien als bloss lokale Netze nicht mit ihrem mehrstufigen Netz vergleichbar, da dieses höherkomplexig und daher störungsanfälliger sei. Die Frage der Kompatibilität einer zusätzlichen Plattform stelle sich in diesen Netzen nicht.
- (2) Aus dem bidirektionalen Internetzugang auf ihrem Netz folge nicht, dass parallele digitale Plattformen betrieben werden könnten, da unterschiedliche Technologien keine gegenseitigen Störeinflüsse generieren würden. Demgegenüber seien ihre Technologie sowie die der Teleclub AG engstens verwandt, was die Störanfälligkeit erhöhe.
- (3) Im Rahmen der Test- und der Integrationsphase vor der Aufschaltung seien durch den Parallelbetrieb zweier Plattformen erhebliche Probleme aufgetaucht. Beim Einsatz von *common interface* Modulen sei es zum Absturz von Set-Top-Boxen gekommen. Die Parteien seien daran, die Schwierigkeiten gemeinsam zu lösen.

Die Hinweise zum ersten Argument hat die Beschwerdeführerin nicht näher substantiiert oder belegt. Die Teleclub AG erachtet sie als haltlos und verweist auf zwei mehrstufige Netze mit parallelen Plattformen in Suhr und in Geissacher. Die Beschwerdeführerin hat seither nicht bestritten, dass in den neu genannten mehrstufigen Netzen parallele Plattformen funktionieren. Laut einer Internetrecherche der Vorinstanz vom 4. November 2002 wird das SwissFun Programm auf dem Netz in Wil (nebst Teleclub) verbreitet. Es mag offen bleiben, ob der parallele Betrieb digitaler Plattformen auf den Netzen Wil und Pratteln mangels Mehrstufigkeit Schlussfolgerungen für das Netz der Beschwerdeführerin zulässt. Aufgrund der Akten erscheint immerhin glaubhaft, dass dies in den Beispielen der mehrstufigen Netze Suhr und Geissacher der Fall ist.

Auch die Hinweise beim zweiten Argument sind nicht näher belegt. Die Teleclub AG wundert sich, dass eng verwandte Technologien Störeinflüsse generieren sollen, unterschiedliche dagegen nicht. Aufgrund der Akten lässt sich nicht entscheiden, ob die Existenz eines bidirektionalen Internetzugangs neben einer digitalen TV-Plattform den Schluss erlaubt, dass zwei technologisch eng verwandte digitale TV-Plattformen parallel auch funktionieren. Diese Frage kann jedoch offen bleiben, nachdem Beispiele dafür glaubhaft gemacht wurden und das BAKOM die Funktionsfähigkeit nicht in Frage stellt, sofern die verwendeten Set-Top-Boxen technisch nicht fehlerhaft sind.

Vor allem aber macht die Beschwerdeführerin mit dem dritten Argument nur geltend, es sei bei der Aufschaltung (bzw. in der vorangehenden Test- und Integrationsphase) zu Problemen gekommen. Hinsichtlich des nachfolgenden Betriebs macht sie keine solchen mehr geltend. Die Darstellung der Teleclub AG, wonach die Schwierigkeiten in der Testphase nicht auf ihre Set-Top-Boxen zurückzuführen seien, sondern darauf, dass die *common interface* Schnittstelle der SwissFun Set-Top-Box mit ihren *common interface* Modulen nicht funktioniere, was längst bekannt sei, hat die Beschwerdeführerin in der Folge nicht bestritten. In diesem Zusammenhang hat sich die Beschwerdeführerin einzig gegen den Vorwurf gewandt, die erwähnten Probleme seien auf Softwarefehler der SwissFun Boxen zurückzuführen. Angesichts der Aktenlage erscheint es daher als glaubhaft, dass der Einsatz der Set-Top-Boxen der Teleclub AG keine Betriebsstörungen auf dem Kabelnetz der Beschwerdeführerin verursacht.

4.5.3. Gehörsverletzungen können nur geheilt werden, wenn sie nicht besonders schwer wiegen. Vorliegend ist diese Voraussetzung der Heilung erfüllt. Insbesondere die Tatsache, dass das BAKOM den störungsfreien Betrieb von zwei parallelen Plattformen auf einem Kabelnetz für technisch möglich hält, sowie der Umstand, dass die Set-Top-Box der Teleclub AG laut BAKOM die einschlägigen Standards und amtlichen Auflagen an ein offenes System erfüllt, untermauern die Schlussfolgerung der Vorinstanz im Verfahren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen ausreichend. Auf die zwischen der Beschwerdeführerin und der Teleclub AG nach wie vor umstrittenen Beispiele der Netze in Pratteln und Wil braucht dazu nicht abgestellt zu werden. Zu berücksichtigen ist schliesslich, dass die Beschwerdeführerin ihre technischen Bedenken nie in einem Ausmass substantiiert belegt hat, das ernsthafte Zweifel an den Ausführungen der Vorinstanz aufkommen lassen könnte. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass in summarischen Verfahren eine erhöhte Pflicht der Parteien besteht, Behauptungen zu substantiieren und die nötigen Belege beizubringen; verzichten sie auf solche Vorkehren, haben sie es sich selber zuzuschreiben, wenn bei der Entscheidfindung auf das vorhandene Aktenmaterial abgestellt wird. Schliesslich scheint auch aufgrund der jüngsten Entwicklungen nach der Aufschaltung des digitalen Teleclub-Signals glaubhaft, dass der parallele Betrieb bisher jedenfalls störungsfrei funktioniert.

4.5.4. Somit wurde die Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz im Rahmen dieses Beschwerdeverfahrens geheilt. Das bedeutet indessen nicht, dass die Wettbewerbskommission die Verfahrensrechte der Parteien missachten darf. Sie wird ihnen in Belangen von grundsätzlicher Tragweite auch bei vorsorglichen Massnahmen künftig besser Rechnung tragen müssen, insbesondere mit Blick auf eine sorgfältige Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhaltes in einem Klima partnerschaftlicher Zusammenarbeit.

5. In materieller Hinsicht ist zu prüfen, ob die Wettbewerbskommission die angefochtenen vorsorglichen Massnahmen zu Recht angeordnet hat.

Voraussetzungen vorsorglicher Massnahmen, die - wie hier - den Zweck haben, die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden Anordnung sicherzustellen, sind in kartellrechtlichen Streitigkeiten:

- a. eine günstige Entscheidprognose,
- b. ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil für den wirksamen Wettbewerb und für das Unternehmen, das um Erlass der Massnahmen ersucht hat,
- c. Dringlichkeit sowie
- d. Verhältnismässigkeit der Massnahmen (vgl. ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 633).

Bevor nachfolgend geprüft werden kann, ob diese Voraussetzungen vorliegend glaubhaft sind (vgl. E. 5.3 ff.), müssen im Rahmen der Erfolgsprognose zunächst der relevante Markt ermittelt (E. 5.1) und die Stellung der Beschwerdeführerin auf diesem Markt geklärt werden (E. 5.2).

5.1. Das Kartellgesetz definiert nicht, auf welche Weise der sachlich relevante Markt abzugrenzen ist. Mit dieser Frage haben sich jedoch Lehre und Rechtsprechung intensiv befasst, und der Bundesrat formulierte in der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) eine entsprechende Definition. Diese ist nicht nur für Unternehmenszusammenschlüsse, sondern auch für Wettbewerbsabreden und das Verhalten marktbeherrschender Unternehmen aussagekräftig. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (vgl. Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU). Entscheidend ist somit die funktionale Austauschbarkeit aus der Sicht der Marktgegenseite. Als Marktgegenseite kommt bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes sowohl die Nachfrageseite als auch die Angebotsseite in Betracht (vgl. JÜRIG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, Rz. 18 zu Art. 4 KG sowie Rz. 10 zu Art. 5 KG). Der räumlich relevante Markt umfasst sodann dasjenige Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU; vgl. JÜRIG BORER, a.a.O., Rz. 12 zu Art. 5 KG).

Mit der Abgrenzung des hier massgeblichen sachlich und räumlich relevanten Marktes hat sich die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen bereits auseinandergesetzt (vgl. REKO/WEF 99/FB-007 E. 5.1.1, a.a.O.). Sie ist dabei zum Schluss gekommen, relevant sei der Markt für

die Übertragung von Fernsehsignalen zum Fernsehzuschauer über CATV-Netze in der Deutschschweiz. Auf die entsprechenden Ausführungen kann verwiesen werden, zumal zwischenzeitlich keine wesentlichen Änderungen eingetreten sind.

Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, ist unbehelflich. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, erfolgt die Marktabgrenzung aus der Sicht der Marktgegenseite, und der sachlich relevante Markt umfasst diejenigen Alternativen, welche die Nachfrager tatsächlich als substituierbar ansehen. Den übrigen technisch möglichen Alternativen, welche die Beschwerdeführerin erwähnt, ist bei der Prüfung der Marktstellung der Beschwerdeführerin mit Blick auf die disziplinierende Wirkung des potenziellen Wettbewerbs Rechnung zu tragen. Dass die Wettbewerbskommission nicht sämtliche objektiv zumutbaren oder technisch möglichen Alternativen dem sachlich relevanten Markt zugeordnet hat, ist daher korrekt und steht in Übereinstimmung mit Lehre und Rechtsprechung sowie Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe a VKU. Die Veranschlagung dieser Alternativen bei der potenziellen Konkurrenz ist entsprechend nicht inkohärent, Ausdruck einer angeblichen Unsicherheit der Vorinstanz oder gar rechtsstaatlich unhaltbar, wie die Beschwerdeführerin argumentiert, sondern korrekt und folgerichtig. Mit der genannten Abgrenzung des sachlich und räumlich relevanten Marktes durch die Vorinstanz hat es daher sein Bewenden.

5.2. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG). Wesentliche Elemente zur Beurteilung, ob ein marktbeherrschendes Unternehmen vorliegt, bilden die Marktanteile, die Situation der Konkurrenten sowie die Marktzutrittsschranken (vgl. THOMAS VON BALLMOOS, Marktbeherrschende Stellung und Möglichkeit der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs, in: AJP 3/1999, S. 295 ff.).

Mit der Marktstellung der Beschwerdeführerin auf dem relevanten Markt hat sich die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ebenfalls bereits auseinandergesetzt (vgl. REKO/WEF 99/FB-007 E. 5.1.2, a.a.O.). Auf diese Überlegungen ist zu verweisen und festzuhalten, dass zwischenzeitlich keine wesentlichen Änderungen eingetreten sind. Dass der Beschwerdeführerin in der angefochtenen Verfügung aufgrund des aktuellen und potenziellen Wettbewerbs eine beherrschende Marktstellung zuerkannt wird, steht damit im Einklang.

Die Vorbringen der Beschwerdeführerin sind nicht geeignet, die Schlussfolgerungen der Vorinstanz zu entkräften oder zu widerlegen. Zunächst ist der Verfügung klar zu entnehmen, auf welchen Markt sich diese Stellung bezieht. Sodann wird sehr wohl begründet, weshalb Cablecom mit einem gesamtschweizerischen Marktanteil von 46% (für das Jahr 2000) eine beherrschende Stellung zukommt. Dieser

Schluss ergibt sich aus den Ausführungen zur aktuellen Konkurrenz, den Marktzutrittsschranken und damit dem potenziellen Wettbewerb. Aus diesem Grund geht auch der Hinweis der Beschwerdeführerin fehl, dass ihre Marktstellung in der Verfügung nach der Prüfung der aktuellen Konkurrenz nur als "herausragend" und nicht als "marktbeherrschend" bezeichnet wird, denn der letztere Schluss kann gerade erst nach der Prüfung von potenzieller Konkurrenz und Marktzutrittsschranken gezogen werden. Würde die Vorinstanz nicht so vorgehen, zöge sie ihre Folgerungen aufgrund einer unvollständigen Analyse, was die Beschwerdeführerin ihr bei der Marktabgrenzung zu Unrecht vorgeworfen hat. Dass die Vorinstanz schliesslich nur vorsorgliche Massnahmen gegen die Beschwerdeführerin und nicht auch solche gegen andere Kabelnetzbetreiber geprüft und verfügt hat, erklärt sich daraus, dass gegen andere Netzbetreiber keine Vorwürfe wegen missbräuchlichem Verhalten vorliegen.

Die weiteren Vorbringen der Beschwerdeführerin betreffend Übernahme der Angaben der Teleclub AG zur Erschliessung ihrer Kunden über das Kabelnetz und über Satellit sind ebenfalls unbehelflich. Da die entsprechenden Zahlen dem Jahresbericht von Swisscable entnommen wurden und die Beschwerdeführerin sich zu diesen ihr zur Kenntnis gebrachten Angaben im erstinstanzlichen Verfahren nicht äusserte, kann sie nun nicht rügen, die Zahlen seien irreführend und beruhten auf reiner Parteibehauptung.

Dass sich die Beschwerdeführerin auf dem relevanten Markt weitgehend unabhängig verhalten kann, folgt aus der geringen aktuellen und der fehlenden potenziellen Konkurrenz und kann somit nicht mit Hinweis auf die angeblich disziplinierende Wirkung einer ständig zunehmenden Konvergenz verschiedener Dienste und anderer Übertragungswege in Frage gestellt werden. Dasselbe gilt für die Einführung der von der Beschwerdeführerin als Substitut ihrer Übertragungswege erwähnte digitale terrestrischen Übertragungstechnologie DVB-T, die selbst nach Darstellung der Beschwerdeführerin erst für das Jahr 2008 prognostiziert wurde und somit keinesfalls kurz bevorsteht.

Entsprechend ist aufgrund der Akten davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin auf dem relevanten Markt als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG zu qualifizieren ist.

5.3. Mit Blick auf die *günstige Entscheidprognose* (als erste Voraussetzung zum Erlass vorsorglicher Massnahmen) ist ferner zu untersuchen, ob unzulässige Verhaltensweisen der Beschwerdeführerin im Sinne von Artikel 7 KG glaubhaft gemacht sind.

Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich laut dieser Bestimmung 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 (Art. 7 Abs. 1 KG). Als solche Verhaltensweisen fallen nach Artikel 7

Absatz 2 KG insbesondere in Betracht: a) die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z.B. die Liefer- oder Bezugssperre), b) die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen, c) die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen, d) die gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen, e) die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung, f) die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen.

Das unternehmerisch korrekte Verhalten lässt sich nicht ohne weiteres vom kartellrechtlich umschriebenen missbräuchlichen Verhalten abgrenzen. Insofern besteht im Zusammenhang mit marktbeherrschenden Unternehmen das grundlegende Problem der Doppelgesichtigkeit der meisten Verhaltensweisen, was sich in der Schwierigkeit ausdrückt, wettbewerbsbeschränkendes Einzelverhalten eines Unternehmens abzugrenzen gegenüber wettbewerbskonformem, auf höherer Leistungsfähigkeit beruhendem Verhalten (vgl. REKO/WEF 98/FB-001 E. 3.4, publiziert in: RPW1998/4, S. 655, mit Verweis auf MARKUS RUFFNER, Unzulässige Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen, AJP 7/1996, S. 835, mit Beispielen). In der Botschaft des Bundesrates (vgl. BBl 1995 I 569) wird in diesem Zusammenhang erläuternd ausgeführt, ein marktbeherrschendes Unternehmen verhalte sich grundsätzlich dann unzulässig, "wenn es ohne sachlich gerechtfertigten Grund andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt". Das marktbeherrschende Unternehmen muss sich daher auf so genannte *legitimate business reasons* stützen können (vgl. auch JÜRGEN BORER, a.a.O., Rz. 9 zu Art. 7 KG).

5.3.1. Unbestrittenermassen macht die Beschwerdeführerin die Aufschaltung des digitalen Teleclub-Signals von der Verwendung ihrer SwissFun Plattform abhängig, und sie verweigert die Verbreitung des Signals, sofern die Teleclub AG ihre eigenen Set-Top-Boxen verwenden will. Es stellt sich die Frage, ob dieses Verhalten aufgrund einer vorläufigen Beurteilung der Aktenlage sachlich begründet und deshalb kartellrechtlich zulässig ist.

Die Wettbewerbskommission prüfte in der angefochtenen Verfügung vorerst die Vorwürfe von Koppelungsgeschäften (d.h. die Forderungen nach Abgabe der Kundenverwaltung und Verwendung der SwissFun Plattform), der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen sowie der Einschränkung der technischen Entwicklung. Weitere angeblich unzulässige Verhaltensweisen verwies sie in das Untersuchungsverfahren. Da die Beschwerdeführerin die Aufschaltung der digitalen Teleclub-Programme in der Verwaltungsbeschwerde ausdrücklich nicht von der

Abgabe der Kundenverwaltung abhängig macht, erübrigen sich weitere Überlegungen zu dieser Forderung.

5.3.2. Gemäss der Veranstalter-Konzession für Cablecom Digital Cinema vom 26. Juni 2002 ist die Beschwerdeführerin verpflichtet, anderen Veranstaltern zu chancengleichen, angemessenen und nicht diskriminierenden Bedingungen Zugang zu den von ihr angebotenen Umwandlungs- und Entschlüsselungsgeräten (Set-Top-Boxen) zu gewähren (Art. 9 Abs. 1 der Veranstalterkonzession). Sie darf den Vertrag über das Abonnementsfernseh-Angebot nicht vom Kauf oder von der Miete einer ihrer Set-Top-Boxen abhängig machen (Art. 9 Abs. 2 der Veranstalterkonzession). Entsprechende Verpflichtungen enthält auch die Veranstalterkonzession der Teleclub AG. Darf die Beschwerdeführerin somit von ihren eigenen Abonnenten nicht die Verwendung einer bestimmten Box verlangen, darf sie dies indirekt auch nicht von den Abonnenten ihrer Konkurrentin.

Dagegen stellt sich die Frage, ob die Beschwerdeführerin in ihrer Eigenschaft als Netzbetreiberin von den Programmveranstaltern die Verwendung einer bestimmten Set-Top-Box verlangen darf, indem sie eine bestimmte Technologie quasi zum unverzichtbaren Bestandteil ihres Netzes erklärt. Diese Frage ist zu verneinen. Was ihr als Programmveranstalterin verwehrt ist, darf sie auch als Netzbetreiberin nicht tun. Anders zu entscheiden hätte die untragbare Folge, dass die Beschwerdeführerin als Netzbetreiberin und Veranstalterin von ihren Kunden und von denjenigen ihrer Konkurrenten das verlangen dürfte, was ihre Veranstalter-Konzession ausschliesst. Ergibt sich somit bereits aus der Konzession der Beschwerdeführerin, dass sie für den Empfang digitaler Programme aus ihrem Kabelnetz die Verwendung einer bestimmten Set-Top-Box nicht verlangen darf, stellt sich die Frage im Grunde nicht mehr, ob sich die Verwendung der SwissFun Box mit sachlichen Gründen rechtfertigen lässt. Denn was bereits die Konzession aus wettbewerbsrechtlichen Gründen verbietet, kann aufgrund einer kartellrechtlichen Prüfung nicht als zulässig gelten.

Selbst wenn man hier eine Prüfung von *legitimate business reasons* vornehmen möchte, was sich mit Blick auf einen möglichen künftigen Verzicht der Beschwerdeführerin auf ihre Veranstalterkonzession rechtfertigen könnte, erscheint die Verknüpfung von Aufschaltung und Verwendung der SwissFun Box als unzulässig.

Sowohl vor der Vorinstanz wie auch im Verwaltungsbeschwerdeverfahren begründet die Beschwerdeführerin ihre Forderung mit technischen Gründen. Sie macht diesbezüglich geltend, das einwandfreie Funktionieren des gesamten Netzes sei nur gewährleistet, wenn eine einzige standardisierte digitale Plattform verwendet werde. Auch aus wirtschaftlichen Gründen sei nur eine einzige Plattform vertretbar, da sich sonst die operativen Kosten erhöhten und der Störungsdienst aufwändiger würde. Den Fernsehkonsumenten könne die Miete be-

ziehungsweise der Kauf zweier Set-Top-Boxen nicht zugemutet werden. Überhaupt sei die SwissFun Box derjenigen der Teleclub AG technisch überlegen, weil sie auch interaktive Dienste verarbeiten könne; insofern sei die Set-Top-Box der Teleclub AG nicht, wie vom Bundesrat in seinem Beschwerdeentscheid vom 5. Juni 2001 gefordert, eine offene Box.

Mit diesen Argumenten hat sich die Wettbewerbskommission in ihrer Verfügung auseinander gesetzt. Sie hat erkannt, dass die Forderung nach ausschliesslicher Verwendung der SwissFun Box sachlich nicht gerechtfertigt ist. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen teilt diese Ansicht aufgrund der Akten. Denn es ist gestützt auf die bisher vorgetragenen Darlegungen der Teleclub AG sowie der Wettbewerbskommission glaubhaft, dass der störungsfreie Netzbetrieb auch beim Einsatz zweier Plattformen gewährleistet ist, und zwar auch in mehrstufigen Netzen (vgl. E. 4.5.2). Zu beachten ist, dass die Beschwerdeführerin nach der Umschaltung der digitalen Teleclub-Programme keine solchen Probleme mehr geltend machte. Hinsichtlich Störungsdienst bringt die Beschwerdeführerin keine neuen Argumente vor, die zusätzlich zu prüfen wären. Des Weiteren erscheint ein allfälliger tatsächlicher Mehraufwand nicht als unüberwindliches Hindernis, denn seine finanzielle Abgeltung liesse sich zwischen den Parteien ohne weiteres vertraglich regeln. Ins Gewicht fällt ausserdem, dass Pay-TV-Kunden nicht gezwungen werden, zwei Boxen zu kaufen oder zu mieten, da mit der von der Teleclub AG angebotenen Zusatzinfrastruktur in Form von *conditional access* Modulen (mit *smart card*) auch die Pay-TV-Programme anderer Veranstalter empfangen werden können. Wie die Teleclub AG glaubhaft versichert, sind ihre Kunden, welche die Zusatzdienste von SwissFun wollen, auch frei, die Teleclub-Box zurückzugeben und die SwissFun Box zu beschaffen. Sie erhalten diesfalls von der Teleclub AG ebenfalls die notwendigen Zusatzmodule zum Empfang der Teleclub-Programme.

Die Set-Top-Box der Teleclub AG ist erwiesenermassen eine offene Box. Dass auch die Beschwerdeführerin dafür zu sorgen hat, dass ihre SwissFun Set-Top-Box die erforderlichen funktionsfähigen Schnittstellen aufweist, versteht sich von selbst. Auch der Umstand, dass die Beschwerdeführerin auf ihrer digitalen Plattform weiter gehende (d.h. interaktive) Dienste anbieten will, tut der bescheinigten Offenheit und Funktionsfähigkeit der Teleclub Set-Top-Box als reines Empfangsgerät keinen Abbruch, zumal es sich bei den erweiterten SwissFun Diensten teils um proprietäre Systeme zu handeln scheint. Die Teleclub-Infrastruktur wird abgesehen davon offenbar ihrerseits um weitere solche Funktionen erweitert.

5.3.3. Ganz grundsätzlich rügt die Beschwerdeführerin weiter, sie werde zu Unrecht als direkte Konkurrentin der Teleclub AG bezeichnet. Dass sie neuerdings auch eine Veranstalterkonzession habe, sei inso-

fern irrelevant, als sie keine eigenen Inhalte vermittele, sondern weiterhin ausschliesslich Distributionsformen zur Verfügung stelle. Ferner sei zu berücksichtigen, dass die Teleclub AG nicht nur als Veranstalterin auftrete, sondern vertikal als Rechteinhaberin (d.h. *content provider*) in den vorgelagerten Beschaffungsmarkt integriert sei. Als Teil der deutschen Kirch-Gruppe habe die Teleclub AG im Veranstaltungsbereich eine marktbeherrschende Stellung, an welcher der formale Auftritt der Cablecom GmbH als Veranstalterin von SwissFun nichts ändere. Die Teleclub AG habe sich die Nichtaufschaltung selbst zuzuschreiben, da sie auf ihrer eigenen Plattform beharre. Dies sei aber nicht erforderlich, weil das digitale Teleclub-Programm besser über ihre SwissFun Plattform verbreitet werden könnte. Die Beschwerdegegnerin beharre jedoch auf der eigenen Plattform, weil sie nur *pay-per-channel* anbietet und sich durch eine Anbindung möglichst vieler Kunden vor einer Konkurrenz durch die erweiterten SwissFun *pay-per-view*-Dienste abschirmen wolle. Auf diese Weise verhindere die Beschwerdegegnerin künftigen Wettbewerb auf dem Pay-TV-Markt. Darin liege die eigentliche wettbewerbsrechtliche Problematik des vorliegenden Verfahrens. Die Teleclub AG habe keinen Rechtsanspruch auf Verbreitung oder Weiterverbreitung ihrer Programme. Sie sei frei, einen Vertragsanschluss an Bedingungen zu stellen, die sich auf ihre legitimen Interessen stützen könnten.

Dem ist mit der Vorinstanz entgegenzuhalten, dass die Beschwerdeführerin aufgrund ihrer Veranstalterkonzession sehr wohl eine direkte Konkurrentin der Teleclub AG ist. Ob sie als Veranstalterin selber Inhalte produziert oder drittproduzierte Inhalte verwendet, ist im Lichte der gesetzlichen Definition des Veranstalters nicht massgeblich. Im Übrigen hätte die Beschwerdeführerin kaum um eine Veranstalterkonzession nachgesucht, wenn sie nicht als Veranstalterin auftreten wollte. Die Ausführungen zur Stellung und Verflechtung der Teleclub AG sind sodann nicht nur irrelevant, weil es vorliegend um Stellung und zulässiges Verhalten der Beschwerdeführerin geht, sondern auch nicht mehr aktuell. Die (Minderheits-)Beteiligung der Kirch-Gruppe an der Teleclub AG besteht seit Mai 2002 nicht mehr, und die Teleclub AG muss ihre Senderechte wie die Beschwerdeführerin bei den Rechteinhabern erwerben.

Die "Neuinterpretation" der wettbewerbsrechtlichen Bedeutung des Verfahrens durch die Beschwerdeführerin ist aus Sicht der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen nicht nachvollziehbar. Die Teleclub AG verfügt nach den gescheiterten Versuchen, die proprietäre "d-Box" einzuführen, neu über eine geprüfte und für offen befundene Set-Top-Box. Die amtlichen Auflagen betreffend Offenheit sollen sicherstellen, dass die TV-Konsumenten, allenfalls unter Verwendung der erforderlichen Zusatzmodule, über alle Boxen das gesamte Programm empfangen können. Die Teleclub AG hat glaubhaft erklärt, dass sie dafür in jeder Hinsicht Gewähr bietet. Im Falle der Beschwerdeführerin

kann dies aufgrund der Akten nicht mit derselben Sicherheit gesagt werden. Die Frage ist somit nicht, ob es erforderlich ist, dass die Teleclub AG diese Box verwenden kann, sondern ob die Beschwerdeführerin von ihr verlangen darf, ihr Programmangebot in die eigene SwissFun Plattform zu integrieren. Dies ist im Interesse der unternehmerischen Freiheit und Selbstständigkeit der Teleclub AG offensichtlich unzumutbar und erscheint gestützt auf eine vorläufige kartellrechtliche Beurteilung unzulässig.

5.3.4. Die Beschwerdeführerin und die Teleclub AG haben unterschiedliche Auffassungen über das Angebot, das sie ihren Kunden offerieren wollen. Die Beschwerdeführerin als Kabelnetzbetreiberin und nun auch als Veranstalterin will fremde und eigene Programme über ihr Netz weiterverbreiten und den TV-Konsumenten zusätzlich eine multifunktionale digitale Plattform anbieten, die sie quasi zum wesentlichen Bestandteil ihres Kabelnetzes erklärt. Diese Plattform sieht sie als die einzig zukunftssträchtige, allen Programmveranstaltern offen stehende Standard-, aber auch "Pflicht"-Plattform. Demgegenüber offeriert die Teleclub AG ihren Kunden diverse Programmpakete im Abonnement; ihre Set-Top-Box ist im Abonnementspreis inbegriffen. Abonnenten, die eine Set-Top-Box mit anderen oder weiter gehenden Möglichkeiten wünschen, erhalten von der Beschwerdegegnerin die nötigen Zusatzmodule, um das Teleclub-Programm über diese andere Box empfangen zu können. Die Teleclub Set-Top-Box verfügt ihrerseits über Funktionen, welche die SwissFun Set-Top-Box nicht aufweist. Nach Auffassung der Teleclub AG sollen die Kunden wählen können, ob sie eine relativ teure Box mit einer Vielzahl von Implementationen (Spiele, Filme auf Abruf etc.) kaufen oder ein aus wählbaren Bestandteilen zusammengestelltes Programm samt Set-Top-Box abonnieren wollen; der Markt soll zeigen, welche der digitalen Plattformen mit welchen Weiterentwicklungen sich im freien Spiel von Angebot und Nachfrage schliesslich durchsetzen wird.

Wettbewerbsrechtlich problematisch ist somit der Umstand, dass die Beschwerdeführerin als wahrscheinlich marktbeherrschende Kabelnetzbetreiberin und Inhaberin einer Veranstalterkonzession für digitales Pay-TV grundsätzlich wählen kann, mit welchen Veranstaltern sie zusammenarbeiten will. Diese Stellung erlaubt es ihr, ihre Vorstellungen über das wünschenswerte Angebot auch ohne sachlich gerechtfertigte Gründe durchzusetzen. Denn die Teleclub AG kann ihr Abonnementmodell nicht verwirklichen, wenn die Übertragung über die SwissFun Set-Top-Boxen laufen muss. Die eigene Plattform ist für die Teleclub AG sehr wohl Bestandteil der unternehmerischen Tätigkeit. Die Beschwerdeführerin vermag die Teleclub AG als einzige Konkurrentin und als Nachfragerin von Übertragungsdienstleistungen bei der Aufnahme und Ausübung des Wettbewerbs entsprechend zu behindern beziehungsweise zu benachteiligen.

Lässt sich die Forderung der Beschwerdeführerin, die digitalen Programme der Beschwerdegegnerin nur dann aufzuschalten, wenn zum Programmempfang die SwissFun Box verwendet wird, nicht auf überzeugende sachliche Gründe stützen, und erweist sich diese Forderung auch vor dem Hintergrund der Veranstalter-Konzession als fragwürdig, so erweist sich eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 KG als glaubhaft.

Ob dieses Verhalten kartellrechtlich als unzulässige Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG) oder als unzulässiges Koppelungsgeschäft (Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG) einzuordnen ist, braucht hier nicht abschliessend entschieden zu werden. So oder anders können je nach Blickwinkel beide Tatbestände erfüllt sein:

a) Betrachtet man das gerügte Verhalten unter dem Aspekt der Forderung nach Verwendung der SwissFun Box als Bedingung des Vertragsschlusses, steht eine Würdigung als unzulässiges Koppelungsgeschäft im Vordergrund, da die Teleclub AG veranlasst wird, eine Leistung anzunehmen, die sie nicht will und die für die Weiterverbreitung ihres digitalen Signals jedenfalls aus technischen Gründen nicht erforderlich ist (Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG). Der Einwand der Beschwerdeführerin, wonach ein Koppelungsgeschäft nicht vorliege, weil die Übertragung über das Kabel und ihre digitale Plattform als ein Gesamtpaket zu betrachten seien, geht fehl, zumal die Beschwerdeführerin ihre Dienstleistung ohne technische Notwendigkeit unerwünschtermassen um ihre SwissFun Plattform erweitert und ohne sachlich zwingenden Grund auf der Abnahme dieser Leistung beharrt.

b) Betrachtet man das Verhalten unter dem Aspekt der Weigerung, das Signal aufzuschalten, solange die Teleclub AG ihre eigene Box verwenden will, steht eine unzulässige Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Vordergrund (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG). Der Vorwurf der Beschwerdeführerin, die angefochtene Verfügung sei in diesem Punkt nicht begründet, trifft nicht zu, nachdem keine sachlichen Gründe für eine Weigerung sprechen. Zudem bestehen angesichts des *first mover advantage* und der resultierenden *lock in*- beziehungsweise "*Netzeffekte*" Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Verdrängungsstrategie. Die aus der Weigerung der Beschwerdeführerin resultierende Verzögerung des Marktauftrittes der Teleclub AG hat ihr selber den Vorteil des *first mover* zugetragen. Ob dies beabsichtigt war oder nicht, ist irrelevant, da es einzig auf die Wirkung ankommt. Auch der Einwand der Beschwerdeführerin, wonach die Teleclub AG, wenn nicht explizit, so doch faktisch einen entbündelten Zugriff auf ihr Netz verlange, geht fehl. Die Dienstleistung der Beschwerdeführerin als Kabelnetzbetreiberin besteht in der Einspeisung eines (digitalen) Datenstroms. Der Umstand, dass die Teleclub AG nicht das um die digitale Plattform SwissFun erweiterte Dienstleistungspaket abnehmen will, kann nicht als "Entbündelung" bezeichnet werden (vgl. im Übrigen

die vorgenannten Ausführungen zu Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG; vgl. zur technischen Definition von "Entbündelung" im Kontext des RTVG: Botschaft vom 18.12.2002 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen, Ziff. 1.3.9.3 und 2.1.3.4, abrufbar im Internet unter: <http://www.bakom.ch>).

c) Betrachtet man schliesslich das Anliegen der Beschwerdeführerin, einzig die SwissFun Plattform als Standard zuzulassen, unter dem Aspekt der Einschränkung der technischen Entwicklung (vgl. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG), ist offensichtlich, dass dieses den Infrastrukturwettbewerb verunmöglicht. Daran ändert nichts, dass dieser Standard auf Boxen verschiedener Hersteller läuft und dass die Beschwerdeführerin ihre SwissFun Set-Top-Box nicht selber herstellt oder vertreibt. Die Qualitäten beziehungsweise allenfalls bestehenden Mängel der SwissFun und der Teleclub Set-Top-Box sind für die Einschränkung der technischen Entwicklung im Übrigen nicht relevant; vielmehr besteht der Kern des Problems darin, dass beim Einsatz einer einzigen Plattform kein Infrastrukturwettbewerb zum Tragen kommen kann. Die Kunden können unter diesen Umständen nicht zwischen preislich verschiedenen Produkten mit teilweise unterschiedlichen Funktionen wählen. Gleichzeitig muss die Beschwerdeführerin die von ihr favorisierte SwissFun Plattform nicht dem Markt aussetzen und ist mangels Wettbewerbsdruck auch kaum veranlasst, ihre Set-Top-Box entsprechend der Nachfrage weiterzuentwickeln.

5.3.5. Zusammenfassend ist somit glaubhaft, dass die gerügte Weigerung der Beschwerdeführerin, die digitalen Programme der Teleclub AG über ihr Kabelnetz zu übertragen, solange diese auf Einsatz ihrer ADB Set-Top-Box beharrt, einem Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung entspricht und zudem die Verpflichtungen aus ihrer Konzession verletzt. Eine für die Teleclub AG günstige Entscheidprognose ist daher zu bejahen.

5.4. Zweite Voraussetzung für den Erlass vorsorglicher Massnahmen ist ein für den wirksamen Wettbewerb (bzw. für die gesuchstellende Person) *nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil*, der einträte, wenn bis zum Entscheid in der Hauptsache zugewartet würde. Das Eintreten der nachteiligen Folgen muss glaubhaft erscheinen, und die Nachteile müssen kausal auf die wahrscheinlich unzulässige Wettbewerbsbeschränkung(en) zurückzuführen sein. Für den wirksamen Wettbewerb liegt ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil unter anderem vor, wenn auf den betroffenen Märkten unerwünschte und irreversible Strukturveränderungen oder -zementierungen drohen. Ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil für ein von einer wahrscheinlich unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung betroffenes Unternehmen liegt sicher dann vor, wenn dessen Marktzutritt gefährdet oder verunmöglicht wird.

5.4.1. Für den wirksamen Wettbewerb ergibt sich der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil daraus, dass die Beschwerdeführerin als Kabelnetzbetreiberin und neu als Veranstalterin digitaler Pay-TV-Programme einzige direkte Konkurrentin der Teleclub AG ist und im Rahmen ihrer Geschäftspolitik ausschliesslich ihre eigene SwissFun Plattform zum Empfang digitaler Programme zulassen will. Ihre Stellung als Kabelnetzbetreiberin würde ihr ohne wettbewerbsrechtliche Eingriffe ohne weiteres erlauben, weitgehend selbst zu bestimmen, welchem Programmveranstalter sie zu welchen Bedingungen Zutritt zum digitalen Pay-TV-Markt gewähren will (sog. *gate-keeper* Position). Diese mächtige Stellung sowie die vom BAKOM und der Vorinstanz erwogenen Netzeffekte könnten somit die Beschwerdeführerin in die Lage versetzen, ihre technische Lösung als Standard durchzusetzen. Dieser wäre aber mangels Alternativen auf dem Markt nicht das Resultat von wirksamem Wettbewerb oder von Konsumentenpräferenzen. Soweit sich daher die Beschwerdeführerin als Kabelnetzbetreiberin von Anfang an - einzeln oder kollektiv, mit anderen Netzbetreibern - auf ein System festlegt, wird die technologische Entwicklung eingeschränkt, und es können innert kurzer Zeit irreversible Strukturen resultieren.

Dies gilt nicht nur für den Bereich der technologischen Entwicklung der digitalen Geräte, sondern auch für den Pay-TV-Markt als Dienstleistungsmarkt. Denn die Teleclub AG könnte als (gegenwärtig) einzige Konkurrentin ohne kartellgesetzlich gestützte Intervention den Zutritt zum digitalen Pay-TV-Markt nicht rechtzeitig schaffen (und würde im Bereich analoger Programmübertragung über kurz oder lang wohl aus dem Markt scheiden), zumal jedenfalls bei Erlass der angefochtenen vorsorglichen Massnahmen unklar war, ob ihre Programme über die SwissFun Set-Top-Box überhaupt empfangen werden können. Nebst diesen ohne ein rasches Einschreiten drohenden Nachteilen sind der Teleclub AG durch die Verzögerungen bei der Zulassung zum Kabelnetz im digitalen Bereich nicht leicht wieder gutzumachende Nachteile vermutlich bereits erwachsen (z.B. Verlust der *first mover* Position, Rückstand beim Aufbau eines Kundenstamms, Amortisierbarkeit von Investitionen).

Da weitere potenzielle Anbieter digitaler Pay-TV-Programme in absehbarer Zeit nicht auszumachen sind und die Beschwerdegegnerin den grössten Teil ihrer Kunden nur über das Kabelnetz der Beschwerdeführerin erreichen kann, erscheint es als geboten, im Interesse des wirksamen Wettbewerbs und der Teleclub AG durch die angeordneten vorsorglichen Massnahmen den Weg zu ebnen, dass möglichst rasch beide Systeme eingesetzt werden können und deren Weiterentwicklung im Wettbewerb ermöglicht werden kann.

Die hängige Untersuchung der Wettbewerbskommission könnte angesichts des Eifers, mit dem die Parteien ihre Positionen seit Jahren ver-

fechten, ohne weiteres längere Zeit dauern. Daher könnten die geschilderten Nachteile vor dem Entscheid in der Hauptsache eintreten, soweit dies nicht schon geschehen ist. Der Kausalzusammenhang zwischen der glaubhaft gemachten unzulässigen Verhaltensweise und diesen Nachteilen liegt auf der Hand und bedarf keiner weiteren Erörterung.

Gestützt auf die Akten erscheinen aus diesen Gründen die für den Wettbewerb und die Teleclub AG befürchteten, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteile glaubhaft, die vor dem Entscheid in der Hauptsache eintreten könnten und kausal mit den geschilderten unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen zusammenhängen.

5.4.2. Was die Beschwerdeführerin dagegen vorträgt, vermag diese Einschätzung nicht zu erschüttern. Wirksamer Wettbewerb bei der technischen Infrastruktur digitaler Empfangsgeräte setzt verschiedene Angebote und echte Wahlmöglichkeiten der Abnehmer voraus. Eine bloße "Fortentwicklung" des eigenen Produkts kann diese nicht ersetzen, sondern läuft im Gegenteil auf die Fixierung eines Standards hinaus, der mit den Kundenwünschen nicht übereinzustimmen braucht und daher zu einer Entwicklung führen könnte, die am Markt vorbei läuft. Die Beschwerdeführerin kann nicht für sich in Anspruch nehmen, ihre eigenen Vorstellungen darüber, welches Angebot dem Konsumenten nützt, seien die einzig richtigen und zukunftssträchtigen, und der Wettbewerb werde beschränkt, wenn diese Vorstellungen durch Alternativen (wie die Set-Top-Box der Beschwerdegegnerin) in Frage gestellt werden. Immerhin ist diese Set-Top-Box für den Empfang anderer digitaler Programme offen und die Teleclub AG bietet die nötigen Zusatzmodule für den Empfang ihrer Pay-TV-Programme mittels anderer Set-Top-Boxen an, während dies im Fall der Beschwerdeführerin umgekehrt nicht im gleichen Masse der Fall zu sein scheint.

Wenn - wie hier - eine marktbeherrschende Kabelnetzbetreiberin gleichzeitig auf einem nachgelagerten Markt als Veranstalterin digitaler Fernsehprogramme auftritt und so ein gesteigertes Interesse an der Vermarktung ihrer eigenen Sendungen hat, befindet sie sich offensichtlich in einer *gate keeper*-Position, indem sie über die Zulassung von Konkurrenten und deren Modalitäten bestimmen kann. Genau hier setzt das kartellrechtliche Instrumentarium an, wenn unzulässige Verhaltensweisen zur Diskussion stehen. Der von der Beschwerdeführerin angerufene Artikel 42 RTVG, wonach der Weiterverbreitungskonzessionär in der Programmauswahl grundsätzlich frei ist, wird insoweit zurückgedrängt (vgl. E. 2.1 f.).

5.5. Sind die günstige Erfolgsprognose für die Teleclub AG und der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil für den wirksamen Wettbewerb zu bejahen, bleibt weiter zu prüfen, ob die angefochtenen vorsorglichen Massnahmen *dringlich* sind. Dringlichkeit ist gegeben,

wenn davon auszugehen ist, dass der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil vor Erlass des Hauptentscheides eintreten wird.

Dies ist im vorliegenden Fall zu bejahen. Denn je länger sich die Beschwerdeführerin als marktbeherrschende Kabelnetzbetreiberin und - als einzige Konkurrentin der Teleclub AG im Pay-TV-Markt - als alleinige Anbieterin des digitalen Abonnementsfernsehens betätigen kann, umso stärker wird in diesem Markt ihr Wettbewerbsvorteil als *first mover*, umso mehr Kunden vermag sie dauernd an sich zu binden, und umso nachhaltiger kann sie ihre eigene technische Infrastruktur als Standard für die Zukunft setzen. Auf diese Weise könnte sie sich innert kurzer Zeit als einzige Pay-TV-Anbieterin etablieren. Mit ihrem Verhalten könnte sie gegen ihre zurzeit einzige ersichtliche Konkurrentin beim digitalen Pay-TV eine praktisch unüberwindliche Marktzutrittschranke errichten, wodurch deren Wettbewerbsmöglichkeiten ausgehöhlt würden. Dieser Prozess war bei Erlass der vorsorglichen Massnahmen durch die Vorinstanz bereits im Gange.

Dass es der Teleclub AG freistünde, weiterhin als Anbieterin von analog gesendetem Pay-TV aufzutreten, wie die Beschwerdeführerin geltend macht, ändert daran nichts und kann angesichts der als umwälzend eingestuftem Digitalisierung des Rundfunks keineswegs als Alternative verstanden werden. Auch die Kabelnetzbetreiber verstehen die analoge Übertragungsart als "Auslaufmodell", das mittel- und langfristig von der Digitalisierung abgelöst werden wird. Würde der Beschwerdegegnerin der beabsichtigte Umstieg auf digitale Programmverbreitung verwehrt, würde sie zwangsläufig aus dem Pay-TV-Markt gedrängt. Ob die Nachfrage nach Abonnementsfernsehen schnell oder langsam wächst, ist sodann nicht ausschlaggebend für die Frage, ob die Beschwerdeführerin aufgrund ihrer Stellung einen praktisch kaum mehr einzuholenden Vorsprung gewinnen und die künftigen Standards setzen könnte.

Was schliesslich den Einfluss der Teleclub Set-Top-Box auf die technologische Entwicklung angeht, wird der durch die vorsorglichen Massnahmen zu schützende wirksame Wettbewerb auf dem Pay-TV-Markt zeigen, welche Angebote sich durchsetzen und welche Weiterentwicklungen künftig erfolgreich sein werden. Dies unter Verweis auf die Weiterentwicklung des eigenen und unter Herabsetzung des Konkurrenzprodukts zu beurteilen, ist nicht Sache der Beschwerdeführerin.

Die Notwendigkeit eines dringlichen Einschreitens erscheint aus den genannten Gründen als glaubhaft und wurde von der Vorinstanz zu Recht bejaht.

5.6. Schliesslich bleibt die *Verhältnismässigkeit* der angeordneten vorsorglichen Massnahmen zu prüfen. Verhältnismässig sind vorsorgliche Massnahmen, wenn sie geeignet sind, den glaubhaft gemachten, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil abzuwenden, wenn sie ferner zur Abwendung dieses Nachteils erforderlich sind, wobei das mildeste

Mittel gewählt werden muss, mit welchem das Ziel erreicht werden kann, und wenn die (öffentlichen und privaten) Interessen an der Anordnung der Massnahmen allfällige entgegenstehende Interessen überwiegen.

5.6.1. Die im vorliegenden Fall angeordneten Massnahmen sind geeignet, die drohenden Nachteile für den wirksamen Wettbewerb abzuwenden. Die verfügte Aufschaltung des Teleclub-Angebots ohne Verwendung der SwissFun Set-Top-Box beseitigt eine Marktzutrittschranke und ermöglicht so der Beschwerdegegnerin, im digitalen Pay-TV-Bereich als Konkurrentin aufzutreten. Gleichzeitig bannt diese Massnahme die Gefahr, dass die Beschwerdegegnerin angesichts der technischen Entwicklung als Anbieterin von analog gesendetem Pay-TV aus dem Markt gedrängt wird. Ferner entsteht durch die Massnahme auf der Ebene der technischen Infrastruktur Wettbewerb, indem die Kunden aus unterschiedlichen technischen Geräten auswählen können und nicht von Anfang an eine Standardisierung im Sinne der Plattform der Beschwerdeführerin entsteht. Die Eignung der verfügten Massnahme wird von der Beschwerdeführerin im Übrigen auch nicht bestritten.

5.6.2. Des Weiteren sind die verfügten Massnahmen mit Blick auf das angestrebte Ziel auch erforderlich. Die Teleclub AG ist auf den Zugang zum Kabelnetz der Beschwerdeführerin angewiesen, um ihre digitalen Pay-TV-Programme einer ausreichend grossen Zahl potenzieller Abnehmer anbieten zu können. Wirksamer Wettbewerb unter den konkurrierenden Anbietern - auch auf der Ebene der Technologie - ist nur unter dieser Bedingung möglich. Ohne vergleichbare Startvoraussetzungen der Anbieter kommt es angesichts der geschilderten Netzefekte nicht dazu.

Die Beschwerdeführerin bestreitet die Erforderlichkeit der Massnahme zu Unrecht. Eine mildere Massnahme als die verfügte - wie beispielsweise die Aufschaltung des Teleclub-Programms unter Verwendung der SwissFun Set-Top-Box - hätte den Zweck der Massnahme deshalb nicht erfüllt, weil auf diese Weise kein Innovations- beziehungsweise Infrastrukturwettbewerb ermöglicht würde. Die Konsumenten hätten ausser der SwissFun Standardplattform, welche nicht zwingend ihren Wünschen entspricht, keine Möglichkeit, auf eine andere Set-Top-Box auszuweichen.

Das weitere Argument der Beschwerdeführerin, wonach im vorliegenden Sachverhalt die zuständigen Behörden nach Artikel 47 RTVG eine allfällige Anwendung des rundfunkrechtlichen Verbreitungsanspruchs zu prüfen hätten, führt bezüglich der Erforderlichkeit der angefochtenen Massnahmen nicht zu einem anderen Schluss:

Erstens wird damit nicht gesagt, ob die angefochtenen vorsorglichen Massnahmen mit Blick auf das (Wettbewerbs-)Ziel erforderlich sind, sondern nur, dass unter Umständen auch andere Rechtswege beschrit-

ten werden könnten, um das von der Beschwerdegegnerin angestrebte Ziel der digitalen Verbreitung ihres Pay-TV-Programmes über die Kabelnetze der Beschwerdeführerin zu erreichen. Selbst wenn die Beschwerdeführerin nach Artikel 47 RTVG zur Aufschaltung der digitalen Pay-TV-Programme der Beschwerdegegnerin verpflichtet werden könnte, was das BAKOM (vgl. Art. 24 RTVV, SR 784.401) angesichts des gegenwärtig noch hängigen Gesuchs noch wird entscheiden müssen, würde dies, soweit die Beschwerdeführerin ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht, der Anwendung des kartellrechtlichen Instrumentariums nicht entgegenstehen. Denn das RTVG enthält - wie bereits in Erwägung 2.2 erwähnt - keine vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Artikel 3 KG (vgl. auch E. 5.4.2). Wie in anderen Bereichen haben die Rechtssubjekte auch hier die Möglichkeit auszuwählen, auf welchem gesetzlich zur Verfügung stehenden Rechtsweg sie ihre Ansprüche durchsetzen wollen. In diesem Zusammenhang ist für den Ausgang dieses Verfahrens auch nicht entscheidend, ob und wie das BAKOM den vorliegenden Fall nach rundfunkrechtlichen Gesichtspunkten entscheiden wird (bzw. eventuell bereits entschieden hat).

Die Argumentation der Beschwerdeführerin ist im Übrigen widersprüchlich: In ihrer Stellungnahme vom 30. August 2002 zu den Auskünften des BAKOM erklärte sie, eine auf Artikel 47 RTVG gestützte Verpflichtung zur Verbreitung des Pay-TV-Programms der Teleclub AG wäre unzulässig, weil sie nur bei einer Erstverbreitung, nicht im Falle der Weiterverbreitung, angeordnet werden dürfte. In ihrer Verwaltungsbeschwerde vom 7. Oktober 2002 stellt sie genau diese Möglichkeit als die zu verfolgende Alternative zum Verfahren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen dar.

5.6.3. Schliesslich erscheinen die verfügten Massnahmen durch überwiegende öffentliche und private Interessen gerechtfertigt. Zu veranschlagen ist einmal das öffentliche Interesse daran, dass hier wirksamer Wettbewerb zum Tragen komme und dass sich kein Konkurrent unter Ausnutzung seiner allfällig marktbeherrschenden Stellung als Kabelnetzbetreiber und aufgrund von Netzeffekten auf Kosten eines anderen Konkurrenten am digitalen Pay-TV-Markt etablieren und so wettbewerbsbehindernde Zutrittsschranken zu Lasten Dritter errichten kann. Ferner ist das private Interesse der Teleclub AG erheblich, die Umstellung auf die zukunftssträchtigere Digitaltechnologie sowie die Anpassung an sich ändernde Strukturen rechtzeitig zu schaffen. Und schliesslich gilt es, das private Interesse der Beschwerdeführerin als Kabelnetzbetreiberin zu berücksichtigen, die sich gegen den Einsatz einer zweiten digitalen Plattform wendet, weil sie davon Nachteile für ihr Netz befürchtet.

Die beiden erstgenannten Interessen sowie das Bestehen der tatsächlichen Voraussetzungen sind von der Vorinstanz überzeugend und glaubhaft dargelegt worden. Das Interesse der Beschwerdeführerin ist

demgegenüber auf der Stufe nicht rechtsgenügend substantzierter Befürchtungen anzusiedeln. Was die Beschwerdeführerin vorbringt, um ihr Kostenrisiko zu illustrieren, hat mit dem Einsatz der Set-Top-Box der Teleclub AG nichts zu tun. Soweit allfällige Kosten auf Mängel dieser Box zurückzuführen sind, hat sich die Teleclub AG im Übrigen verpflichtet, diese zu übernehmen.

Im Übrigen erscheinen die Zweifel der Vorinstanz am geltend gemachten enormen Kostenrisiko auch dadurch entkräftet, dass die Beschwerdeführerin der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen im Nachgang zur Aufschaltung der digitalen Teleclub-Programme im Deutschschweizer Kabelnetz bisher keine solchen Kosten zur Kenntnis gebracht hat.

Aus den genannten Gründen ist glaubhaft, dass die angefochtenen Massnahmen der Vorinstanz verhältnismässig sind.

5.7. Soweit die Beschwerdeführerin unter dem Titel "gesetzliche Grundlage" rügt, die Teleclub AG ziele letztlich auf die alleinige Nutzung von Teilen ihrer Infrastruktur ab, was einer zwangsweisen Entbündelung ihres Netzwerkes gleichkomme, sind ihre Vorbringen unbeachtlich.

Die angefochtenen vorsorglichen Massnahmen statuieren nicht eine Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen, sondern die Verbreitung eines digitalen - statt wie bisher eines analogen - Rundfunksignals über die Kabelnetze der Beschwerdeführerin. Die Frage, ob ausserhalb des Kartellgesetzes für die verfügte Massnahme eine gesetzliche Grundlage besteht, stellt sich daher nicht.

5.8. Was schliesslich den letzten Vorwurf der Beschwerdeführerin angeht, die angefochtene Verfügung sei mangels inhaltlicher Bestimmtheit nicht vollstreckbar, ist mit der Vorinstanz festzuhalten, dass diese Verfügung insofern ausreichend klar ist, als sie festlegt, dass die Beschwerdeführerin die digitalen Pay-TV-Programme der Teleclub AG aufzuschalten hat und dies weder von der ausschliesslichen Verwendung ihrer SwissFun Set-Top-Box noch von der Abgabe der Kundenverwaltung abhängig machen darf.

Dass in der Verfügung nicht auch weitere Fragen wie die Preisgestaltung geregelt werden, ist nicht zu beanstanden. Dieser Problembereich könnte allenfalls im Rahmen des hängigen Untersuchungsverfahrens noch von Bedeutung werden, sofern die Parteien darin keine Einigung erzielen sollten. Im vorliegend zu beurteilenden Verfahren wäre eine Regelung der Preisgestaltung durch die Wettbewerbskommission jedenfalls unzulässig gewesen, nachdem sie dieser Frage nicht nachgegangen ist. Ferner kann die Regelung der technischen Fragen nicht Aufgabe einer Wettbewerbsbehörde sein. Grundsätzlich sind die von der Beschwerdeführerin angesprochenen technisch-preislichen Fragen der künftigen Zusammenarbeit (z.B. Einspeisepreise, Kosten

technischer Anpassungen im Zusammenhang mit der Aufschaltung) zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin vertraglich und mangels Einigung nötigenfalls auf dem Rechtsweg zu regeln.

6. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass alle einschlägigen Voraussetzungen für den Erlass der angefochtenen vorsorglichen Massnahmen glaubhaft gemacht worden sind und keine weiteren Gründe Zweifel an der Rechtmässigkeit dieser Massnahmen aufkommen lassen.

Somit ist die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

7. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei zu betrachten. Sie hat daher die Verfahrenskosten, einschliesslich jener für die Zwischenverfügung vom 29. Oktober 2002, zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese werden mit dem am 21. Oktober 2002 geleisteten Kostenvorschuss von CHF [...] verrechnet. Eine Parteientschädigung zu Gunsten der Beschwerdeführerin fällt ausser Betracht (Art. 64 Abs. 1 VwVG.).

Der obsiegenden Beschwerdegegnerin ist zu Lasten der unterliegenden Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung für die erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten der Vertretung zuzusprechen. Mangels einer detaillierten Kostennote wird die Entschädigung von Amtes wegen und nach Ermessen festgesetzt (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 8 Abs. 1 und 2 Bst. a der Verordnung vom 10.9.1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, SR 172.041.0).

**Demnach entscheidet
die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen:**

1. Die Beschwerde der Cablecom GmbH vom 7. Oktober 2002 wird abgewiesen.
 2. [Kosten]
 3. Der Teleclub AG wird zu Lasten der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von CHF [...] zugesprochen.
 4. [Rechtsmittelbelehrung]
 5. [Eröffnung]
-