

JAAC 65.88

Entscheidung des Bundesrates vom 5. Juni 2001 i.S. X. AG

Art. 3 al. 1 let. b, art. 11 al. 1 let. a et g LRTV. Concession pour télévision avec transmission digitale du signal.

- Les concessions de télévision ne doivent pas mettre en péril la diversité des opinions et de l'offre (art. 11 al. 1 let. g LRTV).

- Les concessions de télévision peuvent seulement être octroyées lorsque le projet tient compte de la diversité du pays et de sa population et fait prendre conscience au public de cette diversité (mandat d'intégration).

- Le paysage européen de télévision à péage («Pay-TV») est marqué par le fait qu'un fournisseur plus ou moins dominant s'est développé dans chaque pays. Il s'ensuit que les différentes régions linguistiques de la Suisse - correspondant aux programmes étrangers - ont été intégrées avec des standards divers dans les espaces linguistiques européens.

- Les décodeurs (appareils permettant la transformation des signaux digitaux des satellites en signaux analogues pour la télévision) qui, comme les d-box, ne peuvent recevoir les émissions cryptées qu'avec un certain code (Betacrypt), sont en contradiction avec les buts susmentionnés de la LRTV.

Art. 3 Abs. 1 Bst. b, Art. 11 Abs. 1 Bst. a und g RTVG. Konzession für Fernsehen mit digitaler Übertragung der Signale.

- Fernsehkonzessionen dürfen die Angebots- und Meinungsvielfalt nicht gefährden (Art. 11 Abs. 1 Bst. g RTVG).

- Fernsehkonzessionen dürfen zudem nur erteilt werden, wenn die Vorhaben die Vielfalt des Landes und seiner Bevölkerung berücksichtigen und der Öffentlichkeit näher bringen (Integrationsauftrag).

- Die europäische Pay-TV-Landschaft ist dadurch gekennzeichnet, dass sich in jedem Land ein mehr oder weniger dominanter Anbieter herausgebildet hat. Als Folge sind die verschiedenen Sprachregionen der Schweiz - hinsichtlich der ausländischen Programme - weitgehend in die entsprechenden europäischen Sprachräume mit unterschiedlichen Standards integriert worden.

- Set-Top-Boxen (Geräte zur Umwandlung der digitalen Signale des Satelliten in analoge Signale für den Fernseher) welche wie die d-Box nur die mit einem bestimmten Code (Betacrypt) verschlüsselten Sendungen empfangen können, stehen im Widerspruch zu den erwähnten Zielen des RTVG.

Art. 3 cpv. 1 lett. b, art. 11 cpv. 1 lett. a e g LRTV. Concessione per televisione con trasmissione digitale del segnale.

- Le concessioni televisive non possono mettere in pericolo la pluralità dell'offerta e delle opinioni (art. 11 cpv. 1 lett. g LRTV).

- Le concessioni televisive possono essere accordate soltanto se il progetto tiene conto delle peculiarità del Paese e della sua popolazione, sensibilizzando il pubblico in merito (mandato d'integrazione).

- Il paesaggio europeo di televisione a pagamento («Pay-TV») è caratterizzato dal fatto che in ogni Paese si è sviluppato un fornitore più o meno dominante. Ne consegue che le differenti regioni linguistiche della Svizzera - corrispondenti ai programmi stranieri - sono state integrate con standard diversi negli spazi linguistici europei.

- I decodificatori (apparecchi che permettono la trasformazione dei segnali digitali dei satelliti in segnali analoghi per la televisione) che, come i d-box, possono ricevere le emissioni cifrate solo con un determinato codice (Betacrypt), sono in contraddizione con gli scopi della LRTV summenzionati.

A. Am 17. Februar 1995 genehmigte das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK; im Folgenden auch Departement) den von der Pay-TV-Anbieterin X. AG beim Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) beantragten Wechsel vom Astra-Satelliten 1C auf Astra 1D.

In einem Anhang vom 25. April 1995 wurde die Satelliten-Verbreitung über Astra 1D wie folgt spezifiziert (zum Begriff «Transponder» s. hinten Ziff. B/2):

ASTRA 1D 19,2° Ost Transponder Nr. 55 10'802,75 GHz

Versorgungsgebiet: Schweiz

B. Nachdem mit dem BAKOM bereits am 13. Mai 1998 ein erstes Gespräch über die Zukunftsperspektiven von X. geführt worden war, stellte die X. AG dem UVEK am 16. Juni 1999 das Gesuch um folgende Änderung des Anhang vom 25. April 1995 zur Konzession X. vom 5. April 1995:

Satellit: ASTRA 1E oder 1F; 19,2 ° Ost

Versorgungsgebiet: Schweiz

Sie führte aus, dass es sich beim neuen Satelliten um einen digitalen Satelliten handle, was eine Anpassung der für die Entschlüsselung des codierten Signals verwendeten Decodertechnologie mit sich bringe; dabei werde landesweit ein neuer Decoder eingeführt. Der Satellitenwechsel ermögliche zudem die Erweiterung des Programmangebots mit zusätzlichen Spartenprogrammen.

Offene (nicht proprietäre) Systeme, gebe es sowohl auf dem Weg des Simulcrypt-Verfahrens[14] (z. B. d-Box[15]) als auch des Multicrypt-Verfahrens[16] oder - in Zukunft - über den MHP-Standard (Multimedia Home Plattform[17]), der in Europa allerdings noch nicht verabschiedet sei, von der d-Box aber übernommen werden könnte (zu den verschiedenen Verfahren s. hinten, Ziff. II4.4).

Am 21. Oktober 1999 stellte die X. AG das ergänzende Gesuch, das Programm X auch analog verbreiten zu können:

Dem ergänzenden Gesuch wurde vom UVEK mit Verfügung vom 17. Januar 2000 entsprochen und der Anhang zur Konzession entsprechend geändert.

C. Am 8. November 1999 wies das UVEK das Gesuch der X. AG vom 16. Juni 1999 im Sinne der Erwägungen ab, das heisst ergänzte den Anhang mit entsprechenden Auflagen. Dem Gesuch um Änderung des Anhangs vom 25. April 1995 zur Konzession vom 5. April 1995 wurde mit diesen Auflagen entsprochen.

Die verwendeten Set-Top-Boxen[18] müssen über ein Common Interface[19] verfügen und den Einsatz von Multicrypt im Sinne des DVB[20]-Standards zulassen. Im Weiteren dürfen mit der Abgabe der Set-Top-Boxen keine Bedingungen verknüpft sein, welche den Zugang anderer Pay-TV-Veranstalter erschweren oder die freie Wahl des Publikums bei der Beschaffung von Conditional-Access[21]-Steckmodulen beschränken.

Das UVEK wies auf die Veränderungen und deren medienpolitische Bedeutung hin, welche der Wechsel von einem analogen zu einem digitalen Satellitentransponder mit sich bringe. Verschiedene technische Schlüsselpositionen bürden eine Gefahr für die ordnungsgemäße Erfüllung der Vielfalts- und Offenheitsverpflichtungen im Rundfunk, denn jeder Dienstleister, der das Multiplexing (Zusammenmischung der digitalen Fernsehsignale zum Transport), das Navigations- oder das Conditional-Access-System kontrolliere, könne letztlich bestimmen, welches Programm unter welchen Konditionen die Zuschauer erreiche (so genannter Gate-Keeper). Es müsse daher geprüft werden, ob das Projekt der X. AG in seiner konkreten Ausgestaltung die Konzessionsvoraussetzungen erfülle.

Dem mit der Set-Top-Box gekoppelten Conditional-Access-System komme bei digitalen Pay-TV eine Schlüsselfunktion zu (Verschlüsselung/Entschlüsselung). Hinzu komme die medienpolitisch und wirtschaftlich wichtige Teilnehmerverwaltung (Subscriber Management System [SMS] und Subscriber Authorisation System [SAS]), wobei im SMS sensible, personenbezogene Daten gespeichert würden.

Dem europäischen DVB-Projekt sei es zwar gelungen, wesentliche Elemente des digitalen Fernsehens zu standardisieren, doch fehle nach wie vor ein einheitlicher Standard für Conditional-Access-Systeme. Mit dem Simulcrypt- und dem Multicrypt-Verfahren gebe es zwei Verfahren, die den Empfang von Programmen unterschiedlicher Verschlüsselung erlaubten:

Beim Simulcrypt-Verfahren werde Drittveranstaltern vertraglich zugesichert, ihrem Verbreitungssignal den Schlüssel Betacrypt beifügen zu dürfen, wogegen beim Multicrypt-Verfahren eine besondere Schnittstelle (Common Interface) den Empfang von Programmen mit unterschiedlichen Conditional-Access-Systemen ermögliche, so dass in der gleichen Set-Top-Box als Steckmodule in der Form von PCMCIA-Karten (Personal Computer Memory Card International Association) unterschiedliche Conditional-Access-Systeme zur Anwendung kommen könnten. Da sich alle Conditional-Access-relevanten Funktionen in einer gesonderten Baugruppe befänden, könnten ohne Bedarf an weiteren Schlüsseln beliebige Conditional-Access-Systeme verarbeitet werden.

Vorerst sei zu prüfen, ob mit der Einführung der d-Box die Meinungs- und Angebotsvielfalt gefährdet werde (Art. 11 Abs. 1 Bst. g des Bundesgesetzes vom 21. Juni 1991 über Radio und Fernsehen [RTVG], SR 784.40). Die dabei zu fordernde Offenheit der Plattformen werde durch das Projekt der X. AG nicht erreicht, da die d-Box entgegen den Behauptungen der X. AG nicht offen, sondern proprietär sei. Die d-Box ermögliche nur den Empfang jener verschlüsselten Programme, deren Verschlüsselung dem Conditional-Access-System Betacrypt entspreche; bei anderen Programmen sei die Anschaffung einer zweiten Set-Top-Box erforderlich. Eine solche Anschaffung sei indes selbst dann unwahrscheinlich, wenn die erste Set-Top-Box wie hier kostenlos (gegen Depotgebühr) abgegeben werde.

Die in Aussicht gestellte Möglichkeit des Simulcrypts vermöge die geschilderten Probleme nur ungenügend zu entschärfen; Drittveranstalter müssten einen Lizenzvertrag mit der Firma Y. schliessen, und dem Kunden müssten danach doppelte Schlüsselkosten verrechnet werden. Darüber hinaus würden die Drittveranstalter von Y. abhängig, der selbst nicht unabhängig sei, sondern unter der Kontrolle der Z-Gruppe stehe, in deren Einflussbereich auch die Gesuchstellerin stehe. Es bestehe daher die Gefahr, dass die Lizenzgeberin ihre Position dazu nutze, Konkurrenten von X. auf dem Pay-TV-Markt zu benachteiligen. Auch die Kommission der Europäischen Union (EU-Kommission) habe in anderer Sache bei Verwendung von Simulcrypt eine solche Gefahr festgestellt, wenn beim Lizenzgeber die erforderliche Unabhängigkeit nicht garantiert sei. Die Bestätigung der Y vom 2. September 1999 sei ungenügend, da deren Durchsetzung dem Einflussbereich der Konzessionärin entzogen sei, welche die Einhaltung des anwendbaren Rechts nicht gewährleisten könne. Die Zahl von 80 000 betroffenen Abonnenten sei nicht unbedeutend, da X. heute als einziger deutschsprachiger Pay-TV-Anbieter eine dominante Stellung inne habe. Durch die Verwendung der d-Boxen könnte die zukünftige Entwicklung nachhaltig beeinflusst werden. Korrekturen seien nur möglich, solange sich Fehlentwicklungen nicht bereits vollständig ausgeprägt hätten. Wenn die 80 000 Haushalte eine d-Box besäßen, würden diese kaum noch eine zweite Set-Top-Box anschaffen, wodurch Drittveranstalter faktisch benachteiligt würden.

Nach Art. 11 Abs. 1 Bst. a RTVG müsse das Vorhaben zudem dazu beitragen, dass Radio und Fernsehen die Ziele nach Art. 3 Abs. 1 RTVG erreichen könnten; dazu gehöre insbesondere, die Vielfalt des Landes und seiner Bevölkerung zu berücksichtigen. Der Integrationsauftrag betreffe zwar insbesondere die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG), müsse aber zudem durch das Rundfunksystem insgesamt erbracht werden, wobei die Beiträge der einzelnen Konzessionärinnen unterschiedlich sein könnten. Die Konzession sei diesbezüglich nur dann zu verweigern, wenn sie bezüglich einzelner Ziele dem Integrationsauftrag geradezu entgegenwirke oder ihn erschwere. Der Leistungsauftrag beziehe sich nicht nur auf die inhaltliche Ausrichtung der Programme, sondern auch auf deren technische Verbreitung (Einheitskonzession). X. erfülle keinen Integrationsbeitrag und sei insoweit - zulässigerweise - indifferent. Durch die Einführung eines proprietären Conditional-Access beeinträchtige X. aber die Erfüllung des Integrationsauftrages durch andere. In den verschiedenen Sprachregionen hätten sich mehr oder weniger dominante Pay-TV-Betreiber installiert, die je unterschiedliche Conditional-Access-Systeme verwendeten. Es bestehe so die Gefahr, dass die verschiedenen Sprachregionen durch die gleichsprachigen Nachbarn integriert und die Schweiz so in verschiedene Standardräume aufgeteilt werde. Der Empfang sprachübergreifender Pay-TV-Programme würde so erschwert, was dem Integrationsauftrag entgegenwirke. Simulcrypt vermöge dieses Problem nur ungenügend zu lösen, einerseits aus den bereits in Sachen Angebots- und Meinungsvielfalt genannten Gründen, andererseits weil der Entscheid über den Abschluss eines Vertrages nicht in der Macht der Haushalte, sondern der Drittveranstalter liege. Verzichte dieser auf einen solchen Vertrag, weil das Interesse der Kunden zahlenmässig zu klein sei oder das Publikum sich mit einer bestimmten Gruppe nicht vertraglich binden wolle, so bleibe den entsprechenden Haushalten nur der Kauf einer zweiten Set-Top-Box.

Da die entsprechenden Mängel durch Auflagen behoben werden könnten, sei das Gesuch nicht integral abzuweisen, sondern der Anhang im Sinne der Erwägungen mit den eingangs erwähnten Auflagen zu ändern.

D. Gegen diese Verfügung erhob die X. AG (im Folgenden Beschwerdeführerin) am 8. Dezember 1999 Beschwerde beim Bundesrat. Sie beantragte - soweit hier noch strittig -, die angefochtene Verfügung aufzuheben und ihr - ohne Auflagen - die Bewilligung zu erteilen, ihr Programm über Satelliten auch digital (Astra 1E oder 1F, 19.2°E, Versorgungsgebiet: Schweiz ...), zu verbreiten, und den Anhang vom 3. November 1999 entsprechend zu ergänzen, *eventualiter* die Sache mit der Weisung an das Departement zurückzuweisen, die beantragte Bewilligung unter jenen Auflagen zu erteilen, welche erforderlich sind um sicherzustellen, dass die Abgabe der d-Box durch die X. AG nicht in einer Weise erfolgt, welche den Zugang anderer Pay-TV-Veranstalter unnötig erschwert oder die freie Wahl des Publikums bei der Auswahl von Pay-TV-Veranstaltern beschränkt.

Indem das Departement sie zum Einsatz von Multicrypt zwingt, präjudiziere es für die Schweiz die Wahl zwischen zwei möglichen Verschlüsselungstechnologien zu Gunsten des Multicrypt-Verfahrens, und zwar unnötigerweise und ohne hinreichende Anhörung der X. AG. Zudem werde die Digitalisierung des Fernsehens in der Schweiz verzögert und der X. AG in unzumutbarer Weise die Ausübung ihrer Konzession erschwert. Die

Verzögerung der Digitalisierung des Fernsehens beschränke die Möglichkeiten der Nutzung neuer Übermittlungstechnologien, behindere die Meinungs- und Angebotsvielfalt, verunmögliche den volkswirtschaftlich erwünschten Wettbewerb zwischen verschiedenen Technologien und verstärke die marktbeherrschende Stellung der Monopolistin Cablecom Holding AG (im Folgenden Cablecom), was volkswirtschaftlich ebenfalls unerwünscht sei.

Die angefochtene Verfügung verletze die Beschwerdeführerin - ohne gesetzliche Grundlage - in ihren Grundrechten, sowohl hinsichtlich der Meinungsäusserungsfreiheit als auch der Handels- und Gewerbefreiheit. Der Eingriff sei zudem unverhältnismässig, und das Departement habe das ihm eingeräumte Ermessen überschritten; eventuell sei die Verfügung unangemessen. Im Weiteren sei der Sachverhalt unrichtig oder zumindest unvollständig festgestellt worden, insbesondere hinsichtlich der technischen und wirtschaftlichen Konsequenzen des Einsatzes der so genannten d-Box und des Simulcryptverfahrens. Auch die Feststellungen über die im Ausland verwendeten Verfahren seien unrichtig oder zumindest unvollständig. Mit dem Erlass von Auflagen habe das Departement zudem seine Kompetenzen überschritten; die Regelung des Wettbewerbs gehöre nicht zu den Aufgaben des Departements. Schliesslich stehe die angefochtene Verfügung auch im Widerspruch zur Entwicklung in der EU.

Zum Sachverhalt hielt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen fest, dass der «Anhang 1995» keine Angaben über die Verschlüsselungstechnologie enthalte. Da erst in einer nächsten Generation von Fernsehgeräten Digitalreceiver^[22] integriert seien, könnten digitale Programme heute nur über eine Set-Top-Box empfangen beziehungsweise verarbeitet werden. Die Beschwerdeführerin schilderte die Funktionen der als Set-Top-Box vorgesehenen d-Box. Ihr Einsatz bei rund 80 000 Abonnenten werde die Digitalisierung des Fernsehens fördern, weil neuen Free-TV-Veranstaltern damit bereits ein Grundstock von Empfängern zur Verfügung stehe, welche nicht erst eine Set-Top-Box erwerben müssten. X. übernehme die Rolle einer Lokomotive, doch dürfe ihr Einsatz nicht unnötig durch Auflagen erschwert werden. Das Simulcrypt-Verfahren werde von den Pay-TV-Veranstaltern in allen umliegenden Ländern verwendet und sei technisch weiter entwickelt als Multicrypt. Multicrypt sei anfälliger für Hacker - welche die Verbreitung der Programme zu stören oder zu ändern versuchten -, für Schwarzseher - welche sich unter Umgehung der Zugangskontrolle (Zahlungspflicht) Zugang verschafften - und für Piraterie (Verletzung von Urheberrechten). Die Frage der Zugangskontrolle bei Multicrypt bilde Gegenstand der Arbeit einer Untergruppe des DVB-Projekts. Zudem sei umstritten, inwieweit Veranstalter bei Multicrypt die Teilnehmerverwaltung (SMS und SAS) selbst durchführen könnten; entsprechende Erfahrungen fehlten. Die EU-Kommission erachte den Zwang, nur das Multicrypt-Verfahren einzusetzen, nach EU-Recht als rechtswidrig. Der Zugang anderer Pay-TV-Veranstalter sei mit Simulcrypt besser sicherzustellen, wobei die Beschwerdeführerin zur Begründung noch einmal auf die unterschiedlichen Verfahrensweisen und die Art der Gewährleistung des Zugangs anderer Veranstalter bei Simulcrypt einging.

Die X. AG wies den Vorwurf der Gefährdung der Angebots- und Meinungsvielfalt, deren Bedeutung aus der Informationsfreiheit abzuleiten sei, zurück. Die Informationsfreiheit dürfe nicht eingeschränkt werden. Der Bundesrat habe daher nicht den kommerziellen Wettbewerb unter den

Veranstaltern zu schützen, sondern das Recht der Empfänger, Nachrichten und Meinungen frei zu empfangen. Pay-TV-Veranstalter, die überwiegend Spielfilme sendeten, gefährdeten die Meinungsvielfalt nicht. Diese Beurteilung werde dadurch bestätigt, dass die so genannte «must carry rule»^[23] sich auf nicht verschlüsselte Programme beschränke. Im Übrigen werde der publizistische Wettbewerb durch den Einsatz der d-Box ohnehin nicht beeinträchtigt. Es sei zwar richtig, dass Drittveranstalter für die Beifügung eines zweiten Schlüssels eine Bewilligung der Y. benötigten, doch sei eine nichtdiskriminierende und chancengleiche Vergabe von Conditional-Access-Lizenzen durch Y. garantiert und könnten Zusatzdienste (Abonnentenverwaltung etc.) bei den Drittveranstaltern bleiben. Die d-Box sei daher kein proprietäres System. Was die Zusatzkosten der Drittveranstalter betreffe, werde darauf hingewiesen, dass auch der Beschwerdeführerin - durch die Einführung der Digitalisierung - sehr hohe Kosten entstünden. Die Verbindung von X. mit der Y. stelle keine Gefährdung dar, sondern biete zusätzlich Gewähr für die Erfüllung der gegebenen Zusicherungen. Das UVEK habe das ihm zustehende Ermessen jedenfalls überschritten oder zumindest unangemessen entschieden. Im Eventualstandpunkt werde geltend gemacht, der Entscheid sei unverhältnismässig, da zwischen den geltend gemachten Befürchtungen und den Eingriffen in Grundrechte ein krasses Missverhältnis bestehe, wobei wiederum auf einen Bericht der EU-Kommission hingewiesen wurde. Beim Entscheid von Veranstaltern über die Wahl der Set-Top-Box spiele auch die zur Verfügung stehende Software und Speicherkapazität eine Rolle. Zudem müsse die Set-Top-Box innert nützlicher Frist in genügender Zahl zur Verfügung stehen. Die Entwicklung einer Set-Top-Box, welche den Anforderungen des UVEK entspreche, wäre mit prohibitiv hohen Kosten verbunden, so dass letztlich nur zwischen den vorhandenen Angeboten ausgewählt werden könne. Die Sicherung gegen die befürchteten Gefährdungen der Angebots- und Meinungsvielfalt liessen sich auch mit entsprechenden Auflagen sicherstellen, weil deren Verletzung eine Konzessionsverletzung darstellen würde. Denkbar seien auch Unterlizenzen oder gar Zwangslizenzen, und die Gebühren könnte letztlich auch ein Schiedsgericht festlegen.

Die verfügbaren Auflagen sicherten den Wettbewerb nicht, sondern verfälschten und beschränkten ihn, da die Cablecom, auf welche X. für die Verbreitung ihrer Programme angewiesen sei, ebenfalls als Pay-TV-Anbieter auftreten wolle und zu einem wichtigen Mitbewerber von X. werden könne. Die Beschwerdeführerin machte dabei geltend, die Cablecom kontrolliere das Multiplexing, und mit dem ebenfalls notwendigen Navigationssystem (Electronic Program Guide, EPG) würde den Programmen bei gemeinsamer Schnittstelle durch Cablecom auf deren Inhaltsliste ein Platz zugewiesen, wobei einzelne Veranstalter auf schlechtere Plätze verlegt werden könnten. Einzig mit Bezug auf die Decodierung bestehe kein Vorteil von Cablecom.

Der Integrationsauftrag nach Art. 3 Abs. 1 Bst. b RTVG werde ebenfalls nicht gefährdet, wobei auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen wird. Zur Besorgnis, dass in der Deutschschweiz wohnhafte Romands und Tessiner eine zweite Set-Top-Box erwerben müssten, um Programme der eigenen Sprachregion zu empfangen, wurde entgegnet, beim Wechsel in andere Sprachregionen müssten die dort herrschenden Lebensbedingungen akzeptiert werden. Ob ein Pay-TV-Anbieter der Romandie sicherstellen

wolle, dass Romands in der Deutschschweiz ihr Programm empfangen könnten, sei dessen Angelegenheit, und im Einzelfall sei die Anschaffung einer zweiten Set-Top-Box zumutbar. X. habe jedenfalls kaum Abonnenten ausserhalb der Deutschschweiz. Die Auflagen seien daher auch aus dieser Sicht unverhältnismässig.

E. Das UVEK beantragte am 15. März 2000 die Abweisung der Beschwerde.

Das UVEK habe nicht Wettbewerbsrecht angewandt, sondern allein medienrechtlich entschieden. Die Angebots- und Meinungsvielfalt lasse sich aber nicht auf die Informationsfreiheit reduzieren. Letztlich gehe es nach Art. 93 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) darum, gestalterisch ein Medienangebot mit möglichst grosser Vielfalt an Anbietern und Angeboten zu gewährleisten.

Von schweren Grundrechtseingriffen könne keine Rede sein. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) habe ausdrücklich festgehalten, dass sich die Staaten bei der Rundfunkregulierung auf öffentliche Interessen berufen könnten, die in der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) nicht erwähnt seien.

F. Mit Replik vom 15. Mai 2000 hielt die X. AG am Antrag auf Gutheissung der Beschwerde fest, formulierte einen neuen Eventualantrag und erklärte den bisherigen Eventualantrag als Subeventualantrag. Neu wird *eventualiter* beantragt, die Sache mit der Weisung an das UVEK zurückzuweisen, die Bewilligung unter der Auflage zu erteilen, dass sich die X. AG verpflichtet, während der Konzessionsdauer mit Fernsehveranstaltern, die dies wünschen, einen Vertrag abzuschliessen, welcher diesen die Möglichkeit gibt, die d-Box zu nicht diskriminierenden und chancengleichen Bedingungen mitzubedenutzen. Im Weiteren wurde beantragt, die Wettbewerbskommission (WEKO) zu einer Stellungnahme einzuladen.

Nicht berücksichtigt habe das UVEK bei seiner Entscheidung die Gegebenheiten des Marktes (Verfügbarkeit geeigneter Set-Top-Boxen), die Problematik der Störungsanfälligkeit bei Verwendung eines Common Interface, die Schwierigkeiten, Störungen bei Reklamationen zu lokalisieren, die Probleme der Kundenverwaltung, die grössere Anfälligkeit für Hacker, Piraten und Schwarzseher, das Fehlen einer Möglichkeit, Trittbrettfahrer an den Kosten der Set-Top-Boxen zu beteiligen, die Interessen der Benutzer, und die unnötigen Eingriffe in die Beziehungen zu Marktpartnern. Mitzuberücksichtigen bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit sei im Übrigen die Verzögerung der Digitalisierung in der Schweiz und die Abschottung der Schweiz bei Einführung einer Sonderregelung.

Die Problematik, eine zweite Set-Top-Box erwerben zu müssen, werde nur aktuell, wenn ein Veranstalter mit anderem Conditional-Access-System mit X. keinen Simulcryptvertrag abschliesse. Da die d-Box die Empfangsmöglichkeiten erweitere, stelle deren Einführung eine Erweiterung der Angebots- und Meinungsvielfalt dar.

Die Beschwerdeführerin berief sich auf die Wirtschaftsfreiheit und machte geltend, der Wettbewerb werde verfälscht. Die Gefährdung des Integrationsauftrages sei vor dem Hintergrund zu sehen, dass zwei Drittel des Fernsehkonsums auf ausländische Sender falle; der Entscheid sei daher auch insoweit unverhältnismässig.

G. Mit Duplik vom 30. August 2000 hielt das UVEK am Antrag auf Abweisung der Beschwerde fest.

Das UVEK machte geltend, die X. AG betreibe eine Verharmlosungsstrategie. Zentrales medienrechtliches Problem sei die Zugangsoffenheit. Die Zugangsfrage spitze sich namentlich mit der Einführung des digitalen Fernsehens zu, da dieses durch eine neue Vertriebsstruktur gekennzeichnet sei, die den Verbreitungsweg deutlich länger mache und dabei eigentliche Gate-Keeper-Positionen schaffe. Wer diese kontrolliere, könne letztlich bestimmen, welches Programm bei ihm passieren könne. Schlüsselpositionen müssten daher - wie der Bundesrat bereits erkannt habe - einer Vielzahl von Anbietern offen stehen.

Das UVEK verwies dabei auch auf die Vertikalisierungsbestrebungen der Z.-Gruppe, welche über die ganze Verwertungs- und Verbreitungskaskade eine starke Marktposition zu erlangen versuche.

Aus den Erwägungen:

A. Formelles

1. Zuständigkeit des Bundesrates

Nach Art. 10 Abs. 2 RTVG hat niemand Anspruch auf Erteilung oder Erneuerung einer Konzession, es sei denn, das RTVG bestimme etwas anderes. Letzteres ist hinsichtlich der hier zu beurteilenden Verfügung aber nicht der Fall (s. Art. 13 und Art. 20a RTVG).

Wie gegen Verfügungen über die Erteilung oder Verweigerung von Konzessionen, auf die das Bundesrecht keinen Anspruch einräumt, ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht auch gegen Verfügungen betreffend die Änderung solcher Konzessionen ausgeschlossen (Art. 99 Abs. 1 Bst. d des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, Bundesrechtspflegegesetz [OG], SR 173.110). Die angefochtene Verfügung des für die Verfügung von Konzessionsänderungen und von Einzelheiten der Verbreitung zuständigen UVEK (Art. 14 Abs. 1 und Art. 20a Abs. 2 RTVG sowie Art. 1 Abs. 2 der Radio- und Fernsehverordnung vom 6. Oktober 1997 [RTVV], SR 784.401) kann daher mit Verwaltungsbeschwerde beim Bundesrat angefochten werden (Art. 44 und 72 ff. VwVG).

2. Beschwerdelegitimation

Die Beschwerdeführerin ist durch die angefochtene Verfügung, mit welcher ihrem Gesuch um Änderung des Anhangs (Verbreitungsmittel) zu ihrer Veranstalterkonzession (Konzession vom 5. April 1995, geändert

am 18. Oktober 2000 [BBl 2000, 5231]) nur im Sinne der Erwägungen und unter Auflagen entsprochen wurde, berührt und hat insoweit nach Art. 48 Bst. a VwVG ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Abänderung.

3. Eintreten

Da der erhobene Kostenvorschuss von 1200 Franken rechtzeitig bezahlt wurde (Art. 63 Abs. 4 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 [VwVG], SR 172.021), ist auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde einzutreten (Art. 50 ff. VwVG).

4. Beschwerdegegenstand und Kognition des Bundesrates

4.1. Das UVEK erhebt keine grundsätzlichen Einwände gegen eine digitale Verbreitung des Fernsehprogramms von X., sondern beanstandet nur die zum Einsatz vorgesehene Set-Top-Box (d-Box). Es geht daher im vorliegenden Verfahren nur darum, ob die nachgesuchte Konzessionsänderung ohne Weiteres oder bloss unter Auflagen beziehungsweise unter welchen Auflagen zu verfügen ist.

Die Beschwerdeführerin macht als Erstes geltend, die Einzelheiten der digitalen Verbreitung des Signals von X. erforderten gar keine Konzessionsänderung.

Da indes die Verbreitung der Programme Teil der Veranstaltertätigkeit bildet (Art. 2 Abs. 1 RTVG), stellen auch Änderungen der im Anhang zur Veranstalterkonzession geregelten Verbreitung der Programme Konzessionsänderungen dar. Dass Spezifikationen betreffend den Decoder bisher nicht Gegenstand des Anhangs bildeten, ändert daran nichts. Da das Signal von X. bisher nicht digital verbreitet wurde, erübrigten sich solche Angaben.

4.2. Der Bundesrat überprüft die angefochtene Verfügung nach Art. 49 VwVG auf Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens, sowie auf ihre Angemessenheit. Dabei berücksichtigt er, dass dem UVEK gemäss Botschaft des Bundesrates vom 28. September 1987 zum Bundesgesetz über Radio und Fernsehen (BBl 1987 III 689 ff.; im Folgenden Botschaft) ein erheblicher Ermessensspielraum zukommt (a.a.O., S. 720 und 732). Im Weiteren überprüft er, ob der rechtserhebliche Sachverhalt richtig und vollständig festgestellt worden ist.

B. Vorbemerkungen

1. Verschlüsselung von Fernsehprogrammen

Programme werden verschlüsselt übertragen, wenn sie als Pay-TV vermarktet werden sollen oder wenn dies urheberrechtliche Gründe erfordern. Letzteres ist zum Beispiel der Fall, wenn ein Veranstalter bestimmte Ausstrahlungsrechte nur für eine begrenztes Gebiet besitzt.

Die Bedeutung des Pay-TV ist je nach Land unterschiedlich. Die Situation in Frankreich, wo sich Pay-TV bereits etabliert hat, zeigt, dass sich Pay-TV bei entsprechenden Rahmenbedingungen zu einem wichtigen Faktor in der Medienlandschaft entwickeln kann.

Die Programme von X, welcher zurzeit über rund 85 000 Abonnenten verfügt, werden bereits heute - als Pay-TV - verschlüsselt übertragen.

2. Digitales Fernsehen

Die Einführung des digitalen Fernsehens (genauer Fernsehen mit digitaler Übertragung der Signale), welches möglicherweise grosse Veränderungen der Fernsehlandschaft bewirken wird, bedingt einen Wechsel von analogen auf digitale Satellitentransponder (Transponder: aus lat.-engl. transmitter [Sender] und responder [Antwortgeber]) und macht neue Vertriebsstrukturen nötig (Digitalisierung im Multiplex-Verfahren und Bündelung in einem einzigen Übertragungssignal).

Die digitale Übertragung beansprucht zudem 5-10-mal weniger Kapazität und schafft daher Platz für weitere Programme, wovon insbesondere das Abonnementsfernsehen über Kabel profitieren kann.

Digitale Übertragung ist nur möglich, wenn am Ende des Übertragungsweges, das heisst vor dem analogen Fernsehgerät, eine *Set-Top-Box* installiert wird, wobei ohne Belang ist, ob der Fernsehempfänger die digitalen Signale direkt ab Satellitenschüssel oder - was in Bezug auf die X.-Programme im Vordergrund steht - über Kabel empfängt.

Mit der Set-Top-Box werden die digitalen Signale für die analogen Fernsehgeräte aufbereitet und codierte Pay-TV-Programme für die dazu Berechtigten freigeschaltet. Die Set-Top-Boxen sind mit EPG ausgestattet, welche mit vielfältigen Menüs und Vernetzungen das Zurechtfinden im stark erweiterten Angebot erleichtern und so zu unabdingbaren Orientierungshilfen werden. Sind die Navigationssysteme in einem in der Set-Top-Box integrierten Conditional-Access enthalten und beschränken deren Anbieter den Inhalt auf das eigene Programm, so erschweren sie ihren Abonnenten die Nutzung anderer digitaler Pay-TV-Programme. Da im Übrigen die mit den Navigationssystemen angebotenen, häufig interaktiven Zusatzdienste (z. B. E-Commerce) immer grösseren Raum einnehmen, können Fernseher zu eigentlichen Fernseh-PC's werden.

In diesem Kontext stellt sich die so genannte *Gate-Keeper*-Problematik. Wer eine Schlüsselposition wie die Set-Top-Box kontrolliert, bestimmt in seinem Bereich letztlich, welche Programme zu welchen Bedingungen die Zuschauer erreichen.

Die Gate-Keeper-Problematik wird vor allem auch im Zusammenhang mit dem Betreiben von Kabelnetzen diskutiert, doch bildet dieser Bereich nicht Gegenstand der angefochtenen Verfügung. Auf die entsprechenden Vorwürfe an die Adresse der Cablecom ist daher nicht einzutreten.

3. Technische Normen

In zahlreichen europäischen Ländern sind heute TV- und Radioprogramme digital in der vereinheitlichten Norm DVB / MPEG2 (ein durch das ISO/IEC-Komitee «Moving Pictures Expert Group» definierter Standard) empfangbar. Bild- und Toninformationen können aber nur dann mit jeder DVB-kompatiblen Set-Top-Box empfangen werden, wenn die Fernsehveranstalter ihre Kanäle nicht verschlüsseln.

4. Set-Top-Boxen

Man teilt die Set-Top-Boxen ein in Free-to-Air-Empfänger (auf die hier nicht näher einzugehen ist, da sich solche für ein Pay-TV nicht eignen) und auf Set-Top-Boxen mit einem eingebautem Conditional-Access-Modul oder mit einem Common Interface.

Über Set-Top-Boxen mit Conditional-Access-Modul können neben den unverschlüsselten Kanälen nur Pay-TV-Programme empfangen werden, deren Signale entsprechend dem eingebauten Conditional-Access-Modul verschlüsselt sind. In Europa sind diverse Codierungsverfahren im Einsatz.

4.1. Individuell einsetzbar sind demgegenüber Set-Top-Boxen, bei welchen die programmspezifischen Anforderungen aus der Box ausgegliedert sind und die nötige Schnittstelle genormt ist (Einheitsschnittstelle, *Common Interface*). Ausgelagert ist das individuelle Conditional-Access System.

Bei solchen Set-Top-Boxen kann der Empfänger nicht nur alle frei zugänglichen Sender empfangen, sondern auch - mittels entsprechender Decodersteckmodule, welche das Conditional-Access-System und die Smartcard[24] des Programmanbieters enthalten - beliebig codierte Pay-TV-Programme empfangen, sofern die Pay-TV-Pakete dazu die entsprechenden Entschlüsselungscodes ausstrahlen.

Verfügt ein Gerät über zwei Slots (Steckplätze), so können zwei unterschiedlich verschlüsselte Programme gleichzeitig empfangen werden. Solche Set-Top-Boxen werden auch als *Multicrypt*-Receiver bezeichnet, da mehrere Verschlüsselungssysteme gleichzeitig dekodiert werden können. Bei Multicrypt kann der Kunde daher frei entscheiden, welche Programme er mit seiner Set-Top-Box empfangen will.

4.2. Programmanbieter, die ihre Programme verschlüsselt über Set-Top-Boxen mit integriertem *Conditional-Access*, das heisst ohne Common Interface empfangen lassen, setzen dagegen auf die Technik des *Simulcrypt*-Verfahrens.

Bei der Verwendung von Simulcrypt ist in den Empfangsgeräten nur ein einziges Conditional-Access-System fest eingebaut. Alle Programme müssen daher, sollen sie empfangen werden können, den im Empfangsgerät eingebauten Verschlüsselungsstandard unterstützen können.

Will ein Programmanbieter sein Programm in diesem Sinne nicht nur mit dem «eigenen», sondern auch mit weiteren Verschlüsselungsstandards senden, um von einer grösseren Personenzahl (z.B. auch von X.-Abonnenten) empfangen werden zu können, so benötigt er dazu das Einverständnis der Inhaber der anderen Schlüssel. Im Weiteren ist er darauf angewiesen, dass deren Navigationsprogramme (z.B. jenes von X.) auf seine Programme hinweisen. Letzteres setzt entsprechende vertragliche Vereinbarungen voraus.

C. Das Konzept der digitalen Übertragung von X.

1. Übertragung und Empfang des digitalen Signals

Die Beschwerdeführerin hat beantragt, das Programm von X. von der A. AG in U. (BRD) zum digitalen Astra Satelliten 1E oder 1F zu schicken, damit seine Abonnenten es von dort wiederum digital - entweder direkt oder via Kabelnetze - empfangen können.

Als Set-Top-Box ist die in Deutschland weit verbreitete, von der zur Z.-Gruppe gehörenden Firma Y. entwickelte *d-Box* vorgesehen, welche den X.-Mitgliedern kostenlos abgegeben werden soll. Die *d-Box* ist gemäss technischer Spezifikation des Herstellers Nokia (seit kurzem ist auch eine *d-Box* von Sagem erhältlich) mit einem integrierten Conditional-Access System ausgerüstet. Verschlüsselungssystem ist Betacrypt von Y., eine Weiterentwicklung von Irdeto[25]. Y. hat sich dabei für das Simulcrypt-Verfahren entschieden.

Das UVEK bezeichnet die *d-Box* als proprietäres (geschlossenes) System, zu welchem Dritte keinen Zugang hätten, sofern sie sich den Zugang nicht vertraglich sicherten. Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass die *d-Box* ein proprietäres System darstelle.

2. Verpflichtung von X. zu einer Set-Top-Box mit Common Interface und Multicrypt?

Das UVEK hat X. im angefochtenen Entscheid die Konzession zur Verbreitung seines Programms über einen digitalen Satelliten erteilt, ihm dabei aber die Auflage erteilt, dass eine Set-Top-Box mit Common Interface verwendet und dass im Sinne des DVB-Standards der Einsatz von Multicrypt zugelassen wird. Den Entscheid, welches Gerät mit Common Interface eingesetzt werden soll, hat das UVEK der Beschwerdeführerin überlassen.

Kernpunkt des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bilden die Auswirkungen eines allfälligen Einsatzes der *d-Box* durch X., den ersten Bewerber für ein digitales Fernsehen in der Schweiz, auf die schweizerische Medienlandschaft sowie - sofern sich ergibt, dass das UVEK Regulierungsmassnahmen zu treffen

hat - die Verhältnismässigkeit der vom UVEK mit der angefochtenen Verfügung getroffenen Massnahmen. Dabei überprüft der Bundesrat die angefochtene Verfügung auch unter wettbewerbsrechtlichen Aspekten.

D. Rechtliche Würdigung

1. Konzessionsvoraussetzungen

1.1. Das RTVG umschreibt in Art. 11 die allgemeinen Konzessionsvoraussetzungen. Nach Art. 11 Abs. 1 Bst. a RTVG kann eine Konzession für Fernsehen - neben weiteren Voraussetzungen, auf die hier nicht weiter einzutreten ist - nur erteilt werden, wenn das Vorhaben dazu beiträgt, dass Radio und Fernsehen die Ziele nach Art. 3 Abs. 1 RTVG insgesamt erreichen können, wobei das Fernsehen nach Art. 3 Abs. 1 Bst. b RTVG die Vielfalt des Landes und seiner Bevölkerung berücksichtigen und der Öffentlichkeit näher bringen soll (*Integrationsauftrag*). Der Bewerber darf die *Angebots- und Meinungsvielfalt* nicht gefährden (Art. 11 Abs. 1 Bst. g RTVG).

Bei allen aufgrund des RTVG zu treffenden konzessionsrechtlichen Entscheiden sind deren Auswirkungen auf den Auftrag von Radio und Fernsehen zu prüfen.

Allfällige Liberalisierungen im Rahmen kommender Revisionen des Radio- und Fernsehrechts zeitigen keine Vorwirkung. Auf die laufende Revision des RTVG ist daher an dieser Stelle nicht weiter einzutreten.

1.2. Das UVEK hat zutreffend festgehalten, dass eine Konzession bereits zu verweigern ist, wenn sie die Angebots- und Meinungsvielfalt gefährdet, und nicht erst, wenn die Beeinträchtigung bereits eingetreten ist. In diesem Sinne sind im Folgenden die vom UVEK geäusserten Befürchtungen zu prüfen, wonach die von der Beschwerdeführerin beantragte Verbreitung der digitalen Signale von X. die Angebots- und Meinungsvielfalt gefährdet und den Integrationsauftrag des Fernsehens in Frage stellt.

1.3. Demnach ist im Folgenden zu prüfen, ob die d-Box beziehungsweise das bei der d-Box eingesetzte integrierte Conditional-Access-System mit Simulcrypt wie vom UVEK angenommen ein proprietäres System darstellt, welches die Angebots- und Meinungsvielfalt gefährdet und den Integrationsauftrag des Fernsehens in Frage stellt.

2. Beurteilung der d-Box durch das UVEK

2.1. Das UVEK stützte sich bei seiner Einschätzung auf zwei wettbewerbsrechtliche Entscheide der EU-Kommission (Entscheidungen 99/153 u. 99/154 i.S. Bertelsmann/Kirch/Premiere bzw. Deutsche Telekom/Betaresearch, ABl L. 53 v. 27.2.1999, S. 1 ff.), wonach die d-Box mit einem proprietären Zugangskontrollsystem arbeite, und eine Empfehlung des Europarates (Recommandation R [91] 1 du Comité des Ministres aux États membres sur des mesures visant à promouvoir le pluralisme des médias),

in welcher von den Mitgliedstaaten unter anderem der Erlass von Regeln über einen fairen, transparenten und nicht diskriminierenden Zugang zu den digitalen Medien gefordert wird.

Über Y können die Z.-Gruppe den Wettbewerb zu ihrem Programm durch andere Pay-TV-Anbieter erheblich beeinflussen und zu grossem Teil in ihrem Sinne steuern. Bei Einsatz proprietärer Zugangskontrollsysteme sei wesentlich, dass ein diskriminierungsfreier Zugang gewährleistet sei. Letzteres setze voraus, dass der Lizenzgeber unabhängig vom Einfluss des Programmgestalters seine Geschäftsentscheidungen für die Decodertechnologie treffen könne. Insoweit Y. überwiegend von Unternehmen kontrolliert werde, die selbst Interessen als Programmveranstalter hätten, sei diese Unabhängigkeit nicht gewährleistet.

Da die Z.-Gruppe, welche X. einen wesentlichen Anteil der ausgestrahlten Spielfilme zur Verfügung stelle, im deutschsprachigen Pay-TV-Markt das marktbeherrschende Unternehmen sei, gewinne die Abhängigkeit der Drittveranstalter von Y. an Brisanz. Gelingen es einem Akteur, über die ganze Verwertungs- und Verbreitungskaskade eine starke Marktposition zu erhalten, so würden die anderen Marktteilnehmer von ihm abhängig. Werde bei X., an welchem die Z.-Gruppe mit 40% beteiligt sei, die d-Box verwendet, stehe für Drittveranstalter in Bezug auf diese Konsumenten der diskriminierungsfreie Zugang in Gefahr.

3. Medienrechtliche Beurteilung

3.1. Angebots- und Meinungsvielfalt

Die besondere Bedeutung der Set-Top-Boxen - welche allein Gegenstand des angefochtenen Entscheids bildet - bzw. ihrer Zugangssysteme liegt auf der Hand. Sind die Zugangssysteme der Set-Top-Boxen proprietär, das heisst die Schnittstellen nicht öffentlich zugänglich, kann über ein solches Zugangssystem der Pay-TV-Markt in einem bestimmten Bereich kontrolliert werden. Diese Kontrolle ermöglicht zudem den Zugang zu medienpolitisch interessanten Daten der Konkurrenz.

Das Abonnementsfernsehen beschränkt sich nicht auf die Verbreitung von Spielfilmen, sondern entwickelt sich zum eigentlichen Spartenfernsehen (zur Zeit vorwiegend Unterhaltung und Sport), welches immer neue Bereiche erfasst.

3.1.1. Mit der d-Box können nur Programme entschlüsselt werden, welche mit dem Code Betacrypt verschlüsselt wurden. Die Rechte an Betacrypt liegen bei der Firma Y., einer 100%igen Tochtergesellschaft der Z.-Gruppe (allfällige zukünftige Änderungen der Beteiligungen an Y. können hier nicht berücksichtigt werden), welche zu 40% an X. beteiligt ist.

Da die Z.-Gruppe damit das Zugangssystem des X., dessen Programme ebenfalls mit Betacrypt verschlüsselt werden sollen, kontrollieren kann, stellt sich die Frage, ob damit die Angebots- und Meinungsvielfalt in der Schweiz gefährdet wird.

Der Z.-Gruppe kommt im deutschsprachigen Pay-TV-Markt eine besondere Marktstellung zu, welche sich neben der grössten Zahl von Pay-TV-Abonnenten auch darauf stützt, dass sie in weiteren Bereichen der Verwertungs- und Verbreitungsskala, insbesondere im Bereich der Ausstrahlungsrechte für Kinofilme und Unterhaltungssendungen für das Fernsehen oder im Sportbereich eine starke Position einnimmt.

3.1.2. Die europäische Pay-TV-Landschaft ist dadurch gekennzeichnet, dass sich in den meisten Ländern ein mehr oder weniger dominierender Anbieter herausgebildet hat. Die Bedeutung des Pay-TV ist allerdings je nach Land unterschiedlich. Die Situation in Frankreich, wo sich Pay-TV bereits etabliert hat, zeigt jedoch, dass sich Pay-TV bei entsprechenden Rahmenbedingungen zu einem wichtigen Faktor in der Medienlandschaft entwickeln kann und das Pay-TV auch in Bezug auf die Angebots- und Meinungsvielfalt zu beachten ist.

Anbieter im Pay-TV müssen - anders als die öffentlichrechtlichen Sender - die Angebots- und Meinungsvielfalt nicht positiv fördern. Entsprechendes wird von X. denn auch nicht verlangt. Für alle Anbieter und so auch für X. gilt aber, dass sie die Angebots- und Meinungsvielfalt nicht gefährden dürfen, zum Beispiel durch den Aufbau technischer Barrieren.

3.1.3. Die Beschwerdeführerin hat geltend gemacht, dass ein Pay-TV mit bloss 85 000 Abonnenten die Angebots- und Meinungsvielfalt von vornherein nicht zu gefährden vermöge.

Der Bundesrat geht allerdings mit dem UVEK davon aus, dass die heutige Zahl von 85 000 Abonnenten in Zukunft bedeutend wachsen kann. Die präjudizielle Wirkung des Pay-TV von X. auf die schweizerische Medienlandschaft darf daher nicht unterschätzt werden. Letzteres wird im Übrigen auch durch die hohen in das schweizerische Pay-TV getätigten Investitionen bestätigt.

3.1.4. Nach den Umständen besteht eine erhebliche Wahrscheinlichkeit, dass Drittveranstalter darauf verzichten würden, mit Y. einen Lizenzvertrag abzuschliessen. Drittveranstalter könnten sich aus Datenschutzgründen oder wegen der damit verbundenen Umtriebe weigern, dem Lizenzgeber die für die Verbreitung mit seinem Schlüssel erforderlichen Kundendaten bekannt zu geben, oder sie könnten aus Kostengründen oder wegen fehlender Einigung über die Lizenzbedingungen auf die Mitbenutzung des Schlüssels und des Navigationsprogramms von Y. verzichten.

Damit würden die X.-Abonnenten - sofern sie nicht eine zweite Set-Top-Box anschaffen (s. hinten, Ziff. II/D/3.1.5) - von allen verschlüsselten Programmen anderer Anbieter (s. vorne, Ziff. II/B/1) ausgeschlossen, was eine Gefährdung der Angebots- und Meinungsvielfalt darstellte.

3.1.5. Bei der Frage, ob es X.-Abonnenten zumutbar sei, eine zweite Set-Top-Box anzuschaffen, um auch Pay-TV-Angebote von Drittveranstaltern empfangen zu können, geht der Bundesrat davon aus, dass durchschnittliche Konsumenten von Abonnementsfernsehen in ihrer grossen Mehrheit keine zweite Set-Top-Box anschaffen würden. Abgesehen von jenen Abonnenten, welche sich derart mit Computern auskennen, dass ihnen die Verknüpfung und gleichzeitige Anwendung verschiedener Set-Top-Boxen keine Probleme bereite, würde die grosse Mehrheit die dabei auftauchenden technischen Probleme und Mühen kaum in Kauf nehmen und daher schon aus diesem Grunde und nicht bloss wegen der zusätzlichen Kosten auf die

Anschaffung einer zweiten Set-Top-Box und daher den freien Konsum weiterer Pay-TV-Programme verzichten. Noch ausgeprägter wird sich diese Problematik stellen, wenn Set-Top-Boxen einmal standardmässig in Fernsehgeräte integriert sein sollten.

3.1.6. Angesichts des dargelegten proprietären Zugangssystems über Y., welche eine 100%ige Tochter der Z.-Gruppe ist (allfällige zukünftige Änderungen der Beteiligungen an Y. können hier nicht berücksichtigt werden), teilt der Bundesrat daher die Auffassung des UVEK, dass der Einsatz der d-Box bei X. eine Gefährdung der Angebots- und Meinungsvielfalt darstellen würde.

3.2. Integrationsauftrag

Nach Art. 3 Abs. 1 Bst. b RTVG soll das Fernsehen die Vielfalt des Landes und seiner Bevölkerung berücksichtigen und der Öffentlichkeit näher bringen. Die Erfüllung dieses Integrationsauftrags setzt voraus, dass die Bevölkerung einer Sprachregion auch Zugang zu Programmen der anderen Sprachregionen hat.

3.2.1. Wie dargelegt ist die europäische Pay-TV-Landschaft dadurch gekennzeichnet, dass sich in jedem Land ein mehr oder weniger dominanter Anbieter herausgebildet hat. Weitere Konzentrationsbestrebungen sind unverkennbar. Angesichts des hohen Marktanteils ausländischer Fernsehsender am schweizerischen Fernsehmarkt heisst dies, dass die verschiedenen Sprachregionen der Schweiz - hinsichtlich der ausländischen Programme - weitgehend in die entsprechenden europäischen Sprachräume, welche eben unterschiedliche Conditional-Access-Standards aufweisen, integriert worden sind. Damit droht die Gefahr, dass die Schweiz - sofern Set-Top-Boxen ohne Common Interface zum Einsatz gelangen, welche mit Simulcrypt arbeiten - entlang ihrer Sprachgrenzen in unterschiedliche Standardräume aufgeteilt wird.

3.2.2. Bei Verwendung der d-Box wäre der Empfang von sprachübergreifenden verschlüsselten Programmen (insb. Pay-TV) für die X.-Abonnenten nur noch möglich, wenn diese eine zweite Set-Top-Box anschafften. Im Gegensatz zur Beschwerdeführerin ging das UVEK davon aus, dass die grosse Mehrheit der X.-Abonnenten es als unzumutbar erachten würde, eine zweite Set-Top-Box anzuschaffen, um auch weitere Pay-TV-Programme mit entsprechender Qualität und Zusatzdiensten (z. B. Navigationsprogrammen) empfangen zu können (s. vorne, Ziff. II/B/2).

3.2.3. Der Integrationsauftrag des Radios und des Fernsehens ist für ein Land wie die Schweiz von grosser Bedeutung. Im Rahmen der Konzessionspolitik muss er stets berücksichtigt werden, soweit dies mit verhältnismässigen Eingriffen machbar ist.

Der Integrationsauftrag verbietet Massnahmen, mit welchen der sprachregionenübergreifende Empfang von Fernseh-Programmen, auch von Sendungen im Pay-TV (s. vorne, Ziff. II/D/3.1.2) grundsätzlich in Frage gestellt wird, auch wenn im Einzelfall die Zahl der betroffenen Medienkonsumenten nicht sonderlich gross ist. Die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten

wirtschaftlichen Interessen der Beschwerdeführerin, z. B. auf eigenes Risiko getätigte Investitionen, und allfällige Interessen einzelner X.-Abonnenten (am «kostenlosen» Erhalt einer Set-Top-Box) kommen dagegen nicht auf.

4. Wettbewerbsrechtliche Beurteilung

Soweit das RTVG nichts anderes bestimmt, unterliegt auch der Fernsehmarkt den wettbewerbsrechtlichen Regelungen. Es ist einem Anbieter daher unbenommen, neue, auch von bestehenden Standards abweichende Produkte zu entwickeln und anzubieten. Der Wettbewerb zwischen verschiedenen technischen Systemen oder Produktpaletten darf nur dann unterbunden werden, wenn die Anwendung von Spezialbestimmungen des RTVG dies erheischt.

4.1. In diesem Sinne ist daher zu prüfen, ob das Gebot der Wahrung der Angebots- und Meinungsvielfalt (Art. 11 Abs. 1 Bst. g RTVG) und der Integrationsauftrag des Fernsehens (Art. 3 Abs. 1 Bst. b RTVG in Verbindung mit Art. 11 Abs. 1 Bst. a RTVG) das vom UVEK verfügte Verbot der d-Box auch unter wettbewerbsrechtlichen Aspekten rechtfertigen.

Der Wettbewerb ist im hier zu beurteilenden Bereich allerdings von vornherein nicht völlig frei, da die von allen Seiten unbestrittenen DVB-Normen wesentliche Leitplanken vorgeben.

Auch besteht aus wettbewerbsrechtlicher Sicht ein legitimes Interesse der Anbieter, ihre Systeme gegen solche Missbräuche durch Hacker und Trittbrettfahrer bestmöglich zu schützen. Der Bundesrat schliesst sich indes dem Urteil seiner Fachbehörde an, wonach die DVB-Standards hinsichtlich der Common Interfaces einen genügenden Schutz gegen entsprechende Störungen bieten und insoweit kein grundsätzlicher Unterschied zwischen Systemen mit Common Interface und geschlossenen Systemen wie der d-Box besteht. Da auch die d-Box keinen umfassenden Schutz bietet, erweist sich die Behauptung der Beschwerdeführerin, dass sie aus Gründen der Datensicherheit auf die d-Box angewiesen sei, als Schutzbehauptung.

4.2. Des Weiteren stellt sich die Frage, ob es nicht genügt, die allfällige Einschränkung der Angebots- und Meinungsvielfalt sowie des Integrationsauftrages mit wettbewerbsrechtlichen Instrumenten zu ahnden. Da der Botschaft des Bundesrates diesbezüglich nichts entnommen werden kann, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die spezialgesetzliche Regelung des RTVG dem Wettbewerbsrecht vorgeht.

Würden Verstösse gegen das Gebot der Angebots- und Meinungsvielfalt sowie den Integrationsauftrag des Fernsehens vorerst in Kauf genommen und deren Ahndung - erst im Nachhinein - wettbewerbsrechtlichen Klagen gegen die entsprechenden Anbieter überlassen, so bestünde - sofern den medienrechtlichen Aspekten im Rahmen solcher Rechtsstreitigkeiten nicht mittels vorsorglicher Verfügungen Rechnung getragen würde - die Gefahr, dass die medienrechtlichen Gebote völlig ausgehöhlt würden. Im Rahmen von Rechtsstreitigkeiten ergäbe sich zudem eine vom Gesetzgeber nicht gewollte Verlagerung der Sachzuständigkeit, indem nicht mehr die für Radio und Fernsehen zuständige Fachbehörde, sondern eine Wettbewerbsbehörde entschiede. Zudem könnten solche Rechtsstreitigkeiten lange dauern, was

angesichts der rasanten technischen Entwicklung zusätzliche Probleme mit sich bringen könnte. Schliesslich erscheint es auch unbillig, die betroffenen Drittanbieter in die Klägerrolle zu verweisen.

5. Auflagen

Das UVEK hat als Auflage verfügt, ein Common Interface zu verwenden und - im Sinne des DVB-Standards - den Einsatz von Multicrypt zuzulassen. Anstelle dieser Auflage, eine Set-Top-Box zu verwenden, welche die erforderliche Offenheit gewährleistet, wäre grundsätzlich auch eine Auflage denkbar, welche sicherstellte, dass Drittanbieter die d-Box zu nicht-diskriminierenden und chancengleichen Bedingungen mitbenutzen können.

5.1. In diesem Sinne hat die Beschwerdeführerin *eventualiter* beantragt, die Sache mit der Weisung an das UVEK zurückzuweisen, die Bewilligung unter der Auflage zu erteilen, dass sich die X. AG verpflichtet, während der Konzessionsdauer mit Fernsehveranstaltern, die dies wünschen, einen Vertrag abzuschliessen und diesen die Möglichkeit zu geben, die d-Box zu nicht diskriminierenden und chancengleichen Bedingungen mitzubedenutzen.

5.2. Auflagen verpflichten den Adressaten einer begünstigenden Verfügung zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen. Es handelt sich um Verpflichtungen an den Adressaten, welche auch selbständig vollzogen werden können. Die Wirksamkeit der Verfügung hängt nicht von deren Erfüllung ab; wird die Auflage nicht erfüllt, kann sie auf dem Wege der Zwangsvollstreckung vollzogen oder die Verfügung widerrufen werden (*Fritz Gygi*, Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 290; *Ulrich Häfelin / Georg Müller*, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Aufl., Zürich 1998, Rz. 729 f.; *Imboden/Rhinow/Krähenmann*, Verwaltungsrechtsprechung, Basel 1990, Nr. 39/B/IIb; *Pierre Moor*, Droit administratif, Volume II, Les actes administratifs et leur contrôle, Berne 1991; Ziff. 1.2.4.3).

Die von der Beschwerdeführerin in ihrem Eventualantrag vorgeschlagene Auflage, wonach sich die X. AG verpflichten müsste, während der Konzessionsdauer mit Fernsehveranstaltern, die dies wünschen, einen Vertrag abzuschliessen, welcher diesen die Möglichkeit gibt, die d-Box zu nicht diskriminierenden und chancen-gleichen Bedingungen mitzubedenutzen, stellt nun aber in wesentlichen Teilen die Verpflichtung eines Dritten dar. Denn letztlich würde nicht X., sondern ein Dritter, die Y., zu einem Tun verpflichtet und wäre daher eine Vollstreckung nicht direkt, sondern bloss durch die Androhung des Konzessionsentzugs durchsetzbar. Im Ergebnis bliebe es damit beim Inhalt der angefochtenen Verfügung.

5.3. Schliesslich müsste sich der Drittanbieter - auch wenn er Zugang zum Schlüssel von Y. erhielte - in jedem Fall in die Abhängigkeit eines Konkurrenten begeben, um seine Pay-TV-Programme X.-Abonnenten anbieten zu können. Zudem müsste er der Y. Kundenverwaltungsdaten zur Verfügung stellen, was nicht nur mit Aufwand verbunden ist, sondern auch

die Geschäftsinteressen des Drittanbieters erheblich tangieren kann. Aus diesem Grunde scheint eine entsprechende Auflage dem Bundesrat nicht zweckmässig.

5.4. Dass die EU-Kommission anlässlich der Prüfung einer Beteiligung von B. an der Z.-Gruppe auf Zusicherungen von Y. abstellte (welche durch eine Schiedsklausel abgesichert waren und in einem längeren Anhang zur Entscheidung der Kommission vom 21. März 2000 festgehalten sind), ist hier ohne Belang. Denn die Prüfung durch die EU-Kommission erfolgte in anderem Kontext. Aus dem gleichem Grund ist auch nicht näher auf die Position anderer Staaten gegenüber der d-Box einzugehen.

Der Bundesrat stimmt daher dem UVEK darin zu, dass sich eine Gefährdung der Angebots- und Meinungsvielfalt und des Integrationsauftrages auch mit der Auflage gemäss Eventualantrag der Beschwerdeführerin nicht ausschliessen lässt. Angesichts der Abhängigkeit der Y. von der Z.-Gruppe und der zentralen Bedeutung der Gate-Keeper-Funktion (hier Y.) verstösst ein Einsatz der d-Box mit Simulcrypt, bei welchem Programme anderer Pay-TV-Veranstalter (einschliesslich Navigationsprogramm) nur empfangen werden können, wenn die Drittveranstalter einen Lizenzvertrag mit Y. abschliessen, gegen Art. 11 Abs. 1 Bst. g sowie Art. 3 Abs. 1 Bst. b in Verbindung mit Art. 11 Abs. 1 Bst. a RTVG.

5.5. Die vom UVEK verfügte Auflage erscheint auch sonst *nicht unverhältnismässig*.

Zwar hat die Beschwerdeführerin eingewendet, dass zurzeit auf dem Markt keine Multicrypt verwendende, für den Einsatz im Kabelnetz vorgesehene Set-Top-Box erhältlich sei, welche einerseits marktreif und im Betrieb mit den verschiedenen Pay-TV-Programmen und Conditional-Access-Systemen erprobt sei und andererseits dem heute geltenden Standard der Technik entspreche.

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass aufgrund neuester Fachinformationen (z. B.: <http://set-top-box.de>) verschiedene Conditional-Access-Module in Com-mon Interface-Technologie erhältlich sind, worunter auch ein Irdeto Modul[26], welches fast identisch mit dem von Premiere World verwendeten Betacrypt sein soll. Nokia, die Herstellerin der d-Box, verkauft eine Set-Top-Box, welche durch das fest eingebaute Viaccess[27]-Verschlüsselungssystem und eine Common Interface-Schnittstelle den Empfang von Programmen mit verschiedenen Verschlüsselungssystemen ermöglicht (auf dem Markt sind demnach Common Interface-Module für Conax, Cryptoworks, Irdeto und Nagravision erhältlich; s. <http://www.nokia.de>).

Die Beschwerdeführerin macht im Weiteren geltend, Multicrypt sei gegenüber Simulcrypt mit verschiedenen Nachteilen behaftet. So sei der Erwerb eines zusätzlichen Moduls (Smartcard) für den Empfänger (ebenfalls) mit Kosten verbunden, Set-Top-Boxen mit Common Interface und Multicrypt störungsanfälliger und die Behebung von Störungen schwieriger. Dazu kämen Probleme mit der Kundenverwaltung. Da die Kosten einer Smartcard in jedem Fall wesentlich tiefer liegen als die Kosten einer zweiten Set-Top-Box - welche die Beschwerdeführerin ihren Abonnenten, die andere Pay-TV-Sendungen sehen möchten, zumutet - erscheint der entsprechende Einwand nicht stichhaltig.

Dass es bei einer Verbreitungskaskade, welche aus verschiedenen, voneinander unabhängigen Elementen zusammengesetzt ist, mitunter schwierig sein kann, Störungsursachen zu lokalisieren, liegt in der Natur der Sache. Ein zusätzliches Modul ändert an dieser Problematik nichts Entscheidendes. Die Probleme der Kundenverwaltung schliesslich sind nicht ein Problem von Multicrypt, sondern des der d-Box eigenen proprietären Systems.

6. Insgesamt hält der Bundesrat dafür, dass der Entscheid des UVEK nicht nur das Gebot der Angebots- und Meinungsvielfalt im schweizerischen Medienwesen und den Integrationsauftrag angemessen würdigt, sondern letztlich auch den Wettbewerb zwischen verschiedenen Pay-TV-Anbietern transparenter werden lässt, was durchaus auch im Interesse der Fernsehkonsumenten ist. Demgegenüber ist das an sich legitime Anliegen der Beschwerdeführerin, mit einem ganz spezifischen, aus technischen und kommerziellen Elementen zusammengesetzten Produkt andere Anbieter zu verdrängen, weniger hoch einzustufen.

7. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei die Verfahrenskosten von 1200 Franken zu tragen, die sich aus einer Spruchgebühr und den Schreibgebühren zusammensetzen und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet werden (Art. 63

Abs. 1 VwVG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 3 der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, SR 172.041.0).

Da die Beschwerdeführerin mit ihren Anträgen vollumfänglich unterliegt, kann ihr keine Parteientschädigung zugesprochen werden (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

[14] Bei diesem Verfahren verfügt die Set-Top-Box lediglich über Schlitze für den Einschub von Smartcards, jedoch keine freien Steckplätze für weitere Smartcard-Lesegeräte. Auch mit diesem System lassen sich Programme verschiedener Veranstalter empfangen und decodieren; allerdings müssen die einzelnen Veranstalter untereinander entsprechende Verträge über die Verwendung des Conditional-Access-Systems (CA-System, vgl. Fn. 8) abschliessen. Falls ein einzelner Veranstalter jedoch ein anderes CA-System verwendet, muss der Konsument eine weitere Set-Top-Box anschaffen, auf der dieses System läuft.

[15] Set-Top-Box der K.-Gruppe (vgl. Fn. 5).

[16] Gegenüber Simulcrypt verschiedene CA-Systeme enthaltende Empfangsgeräte.

[17] Ein Angebot von verschiedenen Multi-Media-Diensten, die von einem Anbieter oder verschiedenen Anbietern zusammen über einen "Anschluss" (eine Plattform) erhältlich sind.

[18] Auf das Fernsehgerät gestellte Empfangseinrichtungen (*Set-Top*), die digitale Fernseh- und Radiosignale in analoge Signale umwandeln, damit die Programme in herkömmlichen Empfangsgeräten genutzt werden können. Heute sind zwei Typen von Set-Top-Boxen auf dem Markt: Solche mit zugangsoffenen Application Programming Interface (API)-Schnittstellen (Multicrypt) und mehreren freien Steckplätzen für Smartcard-Lesegeräte (Common Interface) sowie solche mit geschlossenen Schnittstellen (Simulcrypt)

und eingebauten Lesegeräten. Bei Letzteren handelt es sich in der Regel um proprietäre Systeme einzelner Veranstalter, die - im Gegensatz zu Geräten mit offenen Schnittstellen - nur beschränkt den Empfang von Programmen anderer Veranstalter erlauben. Die Set-Top-Box dient auch der Entschlüsselung von Pay-Programmen mittels Smartcard. Es ist zu erwarten, dass Set-Top-Boxes in Zukunft direkt in die Fernsehgeräte integriert werden. Neuere Set-Top-Boxen verfügen über einen Ausgang für einen Rückkanal (z. B. Telefonleitung) für den direkten Zugang zum Internet.

[19] Freie Steckplätze in der Set-Top-Box, in die Smartcard-Lesegeräte (PCMCIA-Karten) eingeschoben werden. Geräte mit solchen Steckplätzen sind offen für die verschiedenen proprietären Verschlüsselungsverfahren (Conditional Access) der einzelnen Programmanbieter. Der Kauf verschiedener proprietärer Set-Top-Boxen (siehe auch Simulcrypt) erübrigt sich, da der Konsument dank Common Interface (bzw. Multicrypt) lediglich das entsprechende Lesegerät einschieben muss.

[20] Abkürzung für Digital Video Broadcasting - von einer international zusammengesetzten DVB-Projektgruppe entwickeltes und standardisiertes Verfahren zur digitalen Übertragung von TV-Signalen.

[21] Digitales Zugangs- und Abrechnungssystem, das der Vermarktung von Radio- und TV-Programmen dient. CA besteht aus technischen (Verschlüsselung, Smart Cards, Entschlüsselung) und Kunden bezogenen Einzeldienstleistungen (Abrechnung, Kundenverwaltung). CA-Systeme können von Programmveranstaltern, Kabelnetzbetreibern oder auch von unabhängigen Unternehmen einzeln oder als Paket angeboten werden.

[22] Empfangsgeräte mit digitaler Technik.

[23] Vgl. Art. 47 RTVG; Pflicht für Kabelnetzbetreiber, in ihrer Programmpalette bestimmte Programme anzubieten.

[24] Karte in Form einer Kreditkarte, die nach Einstecken in die Set-Top-Box Pay-Programme frei schaltet. Smart Cards können mit fixen Krediten erworben werden oder laufend, zum Beispiel durch Bezahlung fixer oder variabler Gebühren (z. B. pro Film) verfügbar gemacht werden. Die Abbuchung erfolgt in diesem Fall über das Verbreitungsnetz. Die SRG gibt aus urheberrechtlichen Gründen ebenfalls eine Smart Card ab für die Entschlüsselung der SRG-Programme via Satellit. Diese Karte ist nach Bezahlung einer einmaligen Gebühr von 50 Franken und nur für die Verwendung in der Schweiz erhältlich.

[25] Eine der Verschlüsselungssprachen.

[26] Technische Einrichtung zum Empfang von Signalen im Irdetosystem.

[27] Ein mögliches Verschlüsselungssystem (wird z.B. von der SRG verwendet).

JAAC 65.88 - Entscheid des Bundesrates vom 5. Juni 2001 i.S. X. AG

In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
Dans	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
In	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr	2001
Année	
Anno	
Band	65
Volume	
Volume	
Seite	---
Page	
Pagina	
Ref. No	150 005 333

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert.

Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale.

Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.