



Verfügung vom 19. April 2007

des Bundesamtes für Kommunikation BAKOM

in Sachen **Cablecom GmbH**
Zollstrasse 42, 8021 Zürich
vertreten durch (...)

betreffend **Verletzung der Konzession Cablecom Digital Cinema**

1. Prozessgeschichte

(...)

2. Rechtliches

2.1. Formelles

Übergangsbestimmungen: Am 1. April 2007 sind das neue Bundesgesetz über Radio und Fernsehen vom 24. März 2006 (RTVG 2006) und die Radio- und Fernsehverordnung vom 9. März 2007 (RTVV 2007) in Kraft getreten. Gemäss den Übergangsbestimmungen werden am 1. April 2007 hängige Verfahren durch die nach neuem Recht zuständige Behörde beurteilt, und das neue Verfahrensrecht ist anwendbar (Art. 113 Abs. 1 RTVG 2006). Ist ein Aufsichtsverfahren hängig und hat sich der aufsichtsrechtliche Sachverhalt vor dem Inkrafttreten des RTVG 2006 ereignet, so ist das RTVG von 1991 anwendbar (Art. 113 Abs. 2 RTVG 2006). Der hier zu beurteilende Sachverhalt hat sich vor Inkrafttreten des RTVG 2006 zugetragen, weshalb er materiellrechtlich ausschliesslich gemäss den Bestimmungen des RTVG von 1991 beurteilt wird.

Gestützt auf Art. 86 Abs. 1 RTVG 2006 übt das BAKOM die Aufsicht über die Veranstalter aus.

(...)

2.2. Materielles

2.2.1. Sachverhalt

Gestützt auf das RTVG hat der Bundesrat Cablecom am 26. Juni 2002 eine Konzession zur Veranstaltung eines digitalen TV-Angebotes in der Schweiz erteilt (Konzession Cablecom Digital Cinema). Die Konzession enthält in Artikel 9 Auflagen in Bezug auf die Anforderungen an die STB, die zum Empfang des digital verbreiteten Programms erforderlich ist. Unter anderem wurde verlangt, dass der Vertrag über das Abonnementsfernseh-Angebot nicht von Kauf/Miete einer STB von Cablecom abhängig gemacht werden darf (Konzession Art. 9 Abs. 2). Weiter wurde verlangt, dass die Geräte über eine offene Schnittstelle verfügen müssen, welche Dritten Zugang gewährt und diesen auch die Verwaltung der eigenen Dienstleistungen ermöglicht (Konzession Art. 9 Abs. 3).

Ausschlaggebend für die Verfahrenseröffnung war die Tatsache, dass Cablecom keine CA-Module anbot, was zur Vermutung führte, dass das Programm von Cablecom Digital Cinema mit keiner anderen als der Cablecom-STB empfangbar ist. Zudem haben Tests des BAKOM im Jahr 2005 ergeben, dass das CA-Modul von Teleclub in der Cablecom-STB nicht funktioniert. Dies führte zur weiteren Vermutung, dass die Geräte über keine funktionstüchtige offene Schnittstelle verfügen.

2.2.2. Stellungnahme von Cablecom

In der Stellungnahme vom 18. Mai 2005 machte Cablecom geltend, die Konzessionsbestimmungen des Artikels 9 würden einer gesetzlichen Grundlage entbehren und seien nichtig. Weiter wurde gerügt, die Konzessionsbestimmungen des Artikels 9 würden gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstossen und hätten einen unmöglichen Inhalt. Ferner würde die Durchsetzung der Konzessionsbestimmungen Verhältnisse schaffen, die mit den Gedanken des neuen RTVG in Widerspruch stünden. Aus den erwähnten Gründen beantragte Cablecom, das Aufsichtsverfahren sei als gegenstandslos abzuschreiben.

Mit Eingabe vom 26. Mai 2005 machte Cablecom ergänzend geltend, Art. 7 Abs. 3 RTVG sei eine Delegationsnorm, gestützt auf welche keine individuell-konkreten Auflagen erlassen werden könnten. Die Voraussetzungen an eine Gesetzesdelegation seien nicht erfüllt. Art. 7 Abs. 3 RTVG verfolge ferner einen anderen Zweck als Art. 9 der Konzession. Im Weiteren habe Cablecom Art. 9 der Konzession nicht zugestimmt.

In der Stellungnahme vom 22. September 2005 zum Schreiben von Nagravision vom 7. September 2005 hielt Cablecom fest, dass sich die Auskunft von Nagravision bezüglich der Lieferung von CA-Modulen mit den früheren Aussagen von Cablecom decke. Weiter hielt Cablecom fest, dass gegen Ende August 2005 ein erster Teil der von Cablecom digital weiterverbreiteten Programme in den „scrambled/pairing“ Modus umgestellt wurde. Die verbleibenden Programme sollten bis spätestens Ende 2005 ebenfalls in den „scrambled/pairing“ Modus überführt werden. Theoretisch sei es dann möglich, mittels CA-Modul von Cablecom und entsprechend „gepaarter“ Smart-Card auch auf einer fremden STB die von Cablecom digital weiterverbreiteten Programme zu empfangen. Diesbezüglich führt Cablecom aber auch aus, dass bei Verwendung eines CA-Moduls alle diejenigen Anwendungen, die auf die (in der Teleclub-STB gänzlich fehlende) API zurückgreifen müssen, nicht verfügbar sind. Auf der Teleclub-STB nicht nutzbar wären somit insbesondere das gesamte Digital Cinema Programm, der zum digitalen Grundangebot gehörende Elektronische Programmführer von Cablecom sowie zukünftige interaktive Dienste. Schliesslich fügte Cablecom weitere mögliche Gründe für das Versagen des vom BAKOM getesteten CA-Moduls an.

2.2.3. Stellungnahme von Nagravision

Mit Brief vom 7. September 2005 teilte Nagravision mit, einer Lieferung von CA-Modulen an Cablecom stehe nichts entgegen, sobald Cablecom den Pairingmodus auf allen Programmen eingeführt habe.

2.2.4. Rechtliche Würdigung

2.2.4.1. Grundsätzliches

Bevor im Einzelnen geprüft werden kann, ob Cablecom ihre Konzessionsauflagen einhält oder nicht, ist zu klären, ob die Konzession für Cablecom überhaupt verbindlich ist. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage nach einer allfälligen Anfechtbarkeit der Konzession bzw. ihrer Nichtigkeit.

Der Bundesrat erteilte Cablecom am 26. Juni 2002 eine Konzession zur Veranstaltung eines digitalen TV-Angebotes. Der Konzessionsentscheid ist in formelle Rechtskraft erwachsen. Er kann nicht mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006, Rz. 990).

Ein bereits in formelle Rechtskraft erwachsener Entscheid kann nur noch angefochten werden, wenn ein Revisionsgrund vorliegt (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 954). Ein solcher liegt im konkreten Fall jedoch nicht vor (Art. 66 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]). Die Konzession ist demzufolge nicht anfechtbar.

Nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen ist als nächstes die Frage zu prüfen, ob der Konzessionsentscheid nichtig ist. Ein nichtiger Entscheid ist absolut unwirksam und nicht anfechtungsbedürftig. Vielmehr ist die Nichtigkeit von Amtes wegen zu beachten (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 955). Cablecom stellt sich auf den Standpunkt, dass Art. 9 der Konzession Cablecom Digital Cinema nichtig sei.

Mit einer Konzession wird das Recht verliehen, eine staatlich monopolisierte Tätigkeit auszuüben (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1091). Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts handelt es sich bei der Konzession um eine Mischform zwischen Verfügung und Vertrag (BGE 127 II 69 76 E. 5a; BGE 126 II 171 181 E. 4b). Zum Verfügungsteil, welcher dem Privaten von der Konzessionsbehörde einseitig und hoheitlich auferlegt wird, gehören diejenigen Konzessionsbestimmungen, die Pflichten regeln, für welche ein wesentliches öffentliches Interesse besteht (z.B. die Umschreibung der konzessionierten Tätigkeit). Zum vertraglichen Teil zählen diejenigen Teile der Konzession, für welche das öffentliche Interesse weniger erheblich ist (z.B. die Festlegung der Konzessionsdauer oder die Umschreibung einzelner Rechte des Konzessionärs; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1093).

Bei Art. 9 der Konzession handelt es sich nicht um eine untergeordnete Bestimmung, sondern vielmehr um die Regelung eines Gegenstandes von grossem öffentlichen Interesse: Die Konzessionsbehörde wollte der besonderen Konstellation Rechnung tragen, dass sich der grösste Schweizer Kabelnetzbetreiber zusätzlich als Programmveranstalter betätigen wollte. Die mit der STB verbundenen Auflagen wurden erlassen, um die Meinungs- und Angebotsvielfalt sicherzustellen. Ohne sie wäre die Konzession Cablecom Digital Cinema nicht erteilt worden. Deswegen ist Art. 9 dem Verfügungsteil zuzurechnen und entsprechend die einschlägige Literatur und Rechtsprechung beizuziehen.

Nach ständiger Lehre und Rechtsprechung sind fehlerhafte Verwaltungsakte in der Regel nicht nichtig, sondern nur anfechtbar (Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Bern 2005, Rz. 15 f.; vgl. auch Yvo Hangartner, Die Anfechtung nichtiger Verfügungen und von Scheinverfügungen, in: AJP/PJA 9/2003 S. 1053; Peter Saladin, Die sogenannte Nichtigkeit von Verfügungen, in: Festschrift für Ulrich Häfelin zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, S. 542). Für die Beantwortung der Frage der Nichtigkeit einer Verfügung ist die so genannte Evidenztheorie anzuwenden (Fritz Gygi, Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 306; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 956; Tschannen/Zimmerli, a.a.O., Rz. 17). Nichtigkeit wird nur dann angenommen, wenn *kumulativ* folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- Der Mangel wiegt besonders schwer
- Der Mangel ist offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar
- Die Rechtssicherheit wird durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet

(vgl. dazu BGE 132 II 21 27 E. 3.1; 122 I 97 99 E. 3a/aa; 116 IA 215 219 E. 2c; 104 Ia 172 176 f. E. 2c). Die Nichtigkeit kann dann angerufen werden, wenn die Möglichkeiten zur Anfechtung nicht den erforderlichen Schutz gewähren (BGE 122 I 97, 99 E. 3a/3aa). Bei den Nichtigkeitsgründen ist zwischen Unzuständigkeit (funktionell und sachlich) und Verfahrensfehlern sowie inhaltlichen Mängeln zu unterscheiden.

Unter den oben genannten Voraussetzungen führen Verfahrensfehler sowie die funktionelle oder sachliche Unzuständigkeit regelmässig zur Nichtigkeit der entsprechenden Verfügung (Gygi, a.a.O., S. 306). Verfahrensfehler werden von Cablecom nicht geltend gemacht. Hingegen stellt sich Cablecom auf den Standpunkt, dass hier ein Fall von Unzuständigkeit vorliege. In der von der Cablecom zu dieser Thematik angeführten Rechtsprechung (BGE 127 II 32 47 E. 3g) wurde eine Verfügung der Wettbewerbskommission für nichtig erklärt. Diese Verfügung wurde auf der Basis eines Gesetzes erlassen, welches für die betroffene Verfügungsadressatin nicht anwendbar war. In einem weiteren Fall wurde auf Nichtigkeit einer Verfügung erkannt, wo anstelle der kantonalen die kommunale Behörde eine Ausnahmegewilligung erteilt hatte (BGE 111 Ib 213 221 E. 5b), wobei in diesem Fall in der Lehre die für die Nichtigkeit notwendige Offensichtlichkeit bezweifelt wird (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 963). Der vorliegende Fall lässt sich nicht mit den erwähnten vom Bundesgericht beurteilten Konstellationen vergleichen, ist doch nach Art. 10 Abs. 3 RTVG der Bundesrat für die Konzessionierung der Radio- und Fernsehveranstalter zuständig. In seiner Botschaft vom 28. September 1987 führt der Bundesrat aus, dass mit der Gesetzgebungskompetenz des Bundes in Art. 55^{bis} der Bundesverfassung (BV, [heute: Art. 93 BV]) die Befugnis, die Handels- und Gewerbefreiheit einzuschränken, einhergeht. Ratio legis ist insbesondere auch, die Einhaltung des verfassungsmässigen Leistungsauftrages zu gewährleisten (BBI 1987 III 689, 720 f.). Ob dies mit der in Art. 9 der Konzession verankerten Regelung erreicht wird, ist für die Frage der grundsätzlichen Zuständigkeit nicht erheblich. Die Zuständigkeit des Bundesrates ist hier gegeben, weswegen der Verweis der Cablecom auf die einschlägige bundesgerichtliche Rechtsprechung unbehelflich ist.

Ebenfalls angeführt werden von Cablecom inhaltliche Mängel, welche die Nichtigkeit von Art. 9 der Konzession zur Folge haben sollen. Inhaltliche Mängel führen in aller Regel nicht zur Nichtigkeit der Verfügung (BGE 132 II 21 27 E. 3.1; 122 I 97 99 E. 3a/aa), für die Qualifizierung als nichtige Verfügung muss ein „schwerster inhaltlicher Mangel“ vorliegen (Tschannen/Zimmerli, a.a.O., Rz. 18; vgl. auch Hangartner, a.a.O., S. 1054; Saladin, a.a.O., S. 546). Als Beispiel für einen derartigen Mangel führen Tschannen/Zimmerli illustrativ die Anordnung einer Körperstrafe an (a.a.O., Rz. 18). Die Beurteilung der Verfassungsmässigkeit einer Verfügung lässt sich nicht nach den gleichen Kriterien wie die Beurteilung der Verfassungsmässigkeit einer generell-abstrakten Norm vornehmen. So schreibt das Bundesgericht im Fall einer strittigen Verfügung, welche ihrerseits in Ausführung einer bereits rechtskräftigen Verfügung erlassen wurde: „Dass die Verfassungsmässigkeit einer generell-abstrakten Norm noch anlässlich eines gestützt auf sie ergangenen Anwendungsaktes bestritten werden kann, beruht vor allem auf der Überlegung, dass der Einzelne beim Erlass einer solchen Norm im allgemeinen noch nicht weiss, ob und wie sie ihn eines Tages treffen wird, und für ihn insofern kein Anlass besteht, die generell-abstrakte Vorschrift sofort im Anschluss an ihren Erlass anzufechten“ (BGE 104 Ia 172 175 E. 2a). So verlangt auch Saladin für die Anerkennung eines gravierenden inhaltlichen Fehlers einen „Eingriff in verfassungsmässige Rechte ohne noch so prekäre gesetzliche Grundlage oder unter größter Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips oder [einen] (...) Eingriff in den Wesenskern eines Grundrechts“ (a.a.O. S. 552).

Das Bundesgericht hält präzisierend fest, dass eine Bestreitung der Verfügung nach Eintritt der Rechtskraft dann möglich bleibt, wo die Verletzung unverzichtbarer und unverjährbarer Grundrechte gerügt werde. Die Wirtschaftsfreiheit (im damaligen Sprachgebrauch Handels- und Gewerbefreiheit) sei nicht zu diesen Grundrechten zu zählen (BGE 104 Ia 172 176 E. 2b). In der Weiterentwicklung seiner Rechtsprechung stellt das Bundesgericht heute nicht mehr allein auf das Grundrecht, sondern auf die Intensität des Eingriffes ab: „Es ist daher zu verlangen, dass das angerufene Grundrecht in einem Schutzbereich angesprochen ist, der derart fundamentale Aspekte der Persönlichkeit oder der Menschenwürde betrifft, dass ein Eingriff schon an sich als schwerwiegend erscheint (...) Die von der Rechtsprechung definierte Kategorie der unverjährbaren und unverzichtbaren Grundrechte kann da-

her nicht (...) abschliessend und unverrückbar vorbestimmt sein. Es kommen dafür unter Umständen auch bisher noch nicht als privilegiert anerkannte Grundrechtsgarantien in Frage. Die dafür erforderlichen Voraussetzungen sind allerdings angesichts der äusserst weit reichenden Auswirkungen restriktiv zu handhaben.“ (BGE 118 IA 209 214). Diese restriktive Handhabung gilt insbesondere auch für die Wirtschaftsfreiheit (BGE 118 Ia 209 217).

Eine blosser Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit in der Art, wie sie aus Art. 9 der Konzession resultiert, kann vor diesem Hintergrund nicht als „schwerster inhaltlicher Mangel“ mit Nichtigkeitsfolge qualifiziert werden. Da die oben genannten Kriterien für die Qualifizierung als nichtige Verfügung kumulativ zu erfüllen sind, brauchen die weiteren Voraussetzungen nicht überprüft zu werden.

Ausserdem ist festzuhalten, dass die Geltendmachung der Nichtigkeit durch Cablecom wider Treu und Glauben verstösst. Das Prinzip von Treu und Glauben bindet nicht nur den Staat, sondern ebenso die Privaten (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 622ff). Cablecom hat auf der Basis der hier relevanten Konzession ein Geschäftsfeld eröffnet und während mehreren Jahren das Programm Cablecom Digital Cinema angeboten. Aus diesem Verhalten muss geschlossen werden, dass Cablecom die Konzession als gültig angesehen hat. Die Berufung auf deren Nichtigkeit ist rechtsmissbräuchlich.

Abschliessend ist der Vollständigkeit halber noch auf die Möglichkeit der Konzessionsänderung hinzuweisen. Cablecom konnte die Konzession zwar nicht mit einem ordentlichen Rechtsmittel anfechten, hätte aber das Instrument der Konzessionsänderung nutzen können, um gegen die Auflagen vorzugehen. Gestützt auf Art. 14 RTVG kann eine Konzession während ihrer Geltungsdauer unter bestimmten Voraussetzungen geändert werden. Eine Änderung kann u.a. auch die Konzessionärin selbst erwirken, indem sie einen entsprechenden Antrag stellt. Cablecom hat im vorliegenden Fall nie ein Konzessionsänderungsgesuch gestellt und somit ihr Recht verwirkt.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Konzession Cablecom Digital Cinema weder anfechtbar noch nichtig ist. Überdies hat Cablecom auch kein Konzessionsänderungsgesuch gestellt. Die Auflagen in Art. 9 der Konzession sind für Cablecom somit verbindlich.

2.2.4.2. Einleitende Bemerkungen zu Art. 9 der Konzession Cablecom Digital Cinema

Wer ein Fernsehprogramm veranstalten will, braucht gestützt auf Art. 10 Abs. 1 RTVG eine Konzession. Diese wird erteilt, wenn die allgemeinen Konzessionsvoraussetzungen gemäss Art. 11 RTVG erfüllt sind. Den Inhalt der Konzession, wie z.B. die Art der Verbreitung und die Verbreitungsreinrichtungen, regelt Art. 3 RTVV. In der Konzession Cablecom Digital Cinema vom 26. Juni 2002 sind zudem technische Auflagen enthalten, z.B. diejenigen bezüglich STB. Diese Auflagen sind - wie oben aufgezeigt wurde - für Cablecom verbindlich.

Zum Empfang von digitalem Fernsehen wird ein entsprechendes Decoder-Gerät benötigt. Dieser Decoder als eigenständiges Zusatzgerät zum konventionellen, analogen Fernsehgerät wird als STB bezeichnet. Mit der STB wird der digitale Datenstrom des gewünschten Fernsehprogrammes inkl. Zusatzdaten ausgewählt, demoduliert und decodiert, umgewandelt und einem Fernsehgerät zur Erzeugung von Bild und Ton zugeführt.

Decoder, welche nicht nur für frei empfangbare Programme, sondern auch für verschlüsselte Dienste verwendet werden können, müssen zudem das entsprechende "Conditional Access System" (CAS) enthalten, welches die Zugangsberechtigung des Benutzers überprüft und die Entschlüsselung des Programms durchführt. Das CAS kann je nach Ausführung der STB entweder fest in der STB integriert sein ("embedded") oder als separates Modul (CICAM, Common Interface Conditional Access Modul) über eine standardisierte Schnittstelle in die STB geschoben werden. Die individuelle Freischaltung des Angebots erfolgt jeweils über eine sog. Smartcard, die in die STB eingeführt wird. So kann auch die Abrechnungskontrolle über jeden einzelnen Empfänger gewahrt werden.

Je nach Ausführung der STB können weitere Zusatzfunktionen integriert sein, wie beispielsweise ein elektronischer Programmführer (EPG, Electronic Program Guide) oder die technischen Voraussetzungen zur Interaktivität (Rückkanal). Um Zusatzdienste, z.B. Programmführer (EPG), darzustellen, ist eine STB-"Middleware" (sog. API, "Application Programming Interface" zwischen Betriebssoftware und Anwendungssoftware) nötig (z.B. Multimedia Home Platform oder Open TV).

2.2.4.3. Kauf- bzw. Mietzwang der STB von Cablecom

Art. 9 Abs. 2 der Konzession verlangt, dass der Vertrag über das Abonnementsfernseh-Angebot nicht von Kauf/Miete einer STB von Cablecom abhängig gemacht werden darf. Diese Bestimmung bezweckt, dass das Programm Cablecom Digital Cinema auch über eine andere als die Cablecom-STB empfangen werden kann.

Cablecom stellte bis heute ihren Kunden keine CA-Module zur Verfügung, die den Empfang des Programms Cablecom Digital Cinema auf einer Cablecom-fremden STB ermöglicht hätten. Auf Anfrage des BAKOM führte die Modullieferantin Nagravision in ihrem Schreiben vom 7. September 2005 zu dieser Thematik aus, dass kein Grund bestehe, keine CA-Module an Cablecom zu liefern, sobald bei Cablecom das Pairing (d.h. die zum Empfang der Programme erforderliche Smart Card ist auf den Einsatz in einer bestimmten STB bzw. einem bestimmten CA-Modul programmiert) eingeführt sei. Auf diese Ausführungen von Nagravision reagierte Cablecom in ihrer Eingabe vom 22. September 2005. Cablecom teilte mit, dass bis spätestens Ende 2005 die Umstellung aller Programme in den Pairing-Modus geplant sei. Trotz Umstellung auf den Pairing-Modus bot Cablecom nie CA-Module an. Neben dieser Modullösung wäre ebenso eine Lösung auf vertraglicher Basis möglich gewesen.

Demzufolge hatten die Kunden von Cablecom Digital Cinema keine Wahlmöglichkeit und waren gezwungen, eine STB von Cablecom zu erwerben, um das entsprechende Programm empfangen zu können. Es ist daher offensichtlich, dass der Empfang des Programms Cablecom Digital Cinema an den Kauf bzw. an die Miete einer Cablecom-STB geknüpft war. Art. 9 Abs. 2 der Konzession wurde daher verletzt.

(...)

2.2.4.4. Offene Schnittstelle

Art. 9 Abs. 3 der Konzession verlangt, dass die Geräte über offene Schnittstellen verfügen müssen, welche Dritten Zugang gewähren und diesen auch die Möglichkeit der Verwaltung der eigenen Dienstleistungen ermöglichen.

Eine offene Schnittstelle legt aufgrund ihrer Standardisierung die Spezifikationen offen und ist somit für alle zugänglich. Für Empfangsgeräte von digital verbreiteten Rundfunkprogrammen (STB) wurde als offene Schnittstelle das so genannte Common Interface (CI = Schacht für die Einfügung eines CA-Moduls) spezifiziert.

Die Bestimmung von Art. 9 Abs. 3 der Konzession soll gewährleisten, dass ein anderer Programmveranstalter seine Rundfunkprogramme über eine fremde STB verbreiten kann. Dadurch wird diesem ermöglicht, seine Kunden und Dienstleistungen unabhängig von anderen zu verwalten. Auf der Kundenseite bedeutet dies, dass nicht für jedes digitale Programm eines anderen Veranstalters eine weitere STB angeschafft werden muss. Mit anderen Worten dient eine offene Schnittstelle der Interoperabilität von Set-Top-Boxen. Voraussetzung ist, dass eine offene Schnittstelle nicht nur vorhanden, sondern auch funktionstüchtig ist.

Es muss also geprüft werden, ob die STB von Cablecom eine funktionstüchtige offene Schnittstelle aufweist. Zurzeit sind zwei STB-Modelle von Cablecom erhältlich. Der Cablecom Digital TV Receiver (nachfolgend: Cablecom Receiver) und der Cablecom Digital TV Recorder (nachfolgend: Cablecom

Recorder). Während der Cablecom Receiver über einen Schacht zur Einführung eines CA-Moduls verfügt, besteht beim Cablecom Recorder keine Möglichkeit, CA-Module einzufügen.

Mit diesen Set-Top-Boxen der Cablecom konnte das Programm von Cablecom Digital Cinema empfangen werden. Zu prüfen ist daher, ob sich die Auflage in Art. 9 Abs. 3 der Konzession auf beide Set-Top-Boxen-Modelle bezieht. Um diese Frage beantworten zu können, ist auf den Zweck dieser Auflage abzustellen. Die Bestimmung dient der Sicherstellung der Meinungs- und Angebotsvielfalt. Die Auflage will verhindern, dass ein Kunde, der von verschiedenen Veranstaltern Rundfunkprogramme digital empfangen will, mehrere Set-Top-Boxen benötigt. Auf Veranstalterseite soll gleichzeitig ermöglicht werden, dass die Programme auch über eine fremde STB verbreitet werden können. Damit dieses Ziel erreicht werden kann, muss Cablecom mindestens ein STB-Modell anbieten, das den speziellen Anforderungen entspricht. Dadurch entsteht für den Kunden eine gewisse Wahlfreiheit. Die Forderung, dass jedes Modell eine offene Schnittstelle aufweisen muss, ginge im Hinblick auf den Zweck der Norm zu weit. Diese restriktive Interpretation der Bestimmung trägt auch dem Umstand Rechnung, dass die beiden Set-Top-Boxen nicht nur der Verbreitung des Programms Cablecom Digital Cinema, sondern auch dem Empfang der durch Cablecom *weiterverbreiteten* Programme dienen, die den weitaus grösseren Teil ausmachen, aber nicht in den Anwendungsbereich der hier zu prüfenden Konzession fallen. Die weiteren Ausführungen beschränken sich demzufolge auf den Cablecom Receiver.

Die vom BAKOM am 4. April 2005 und 9. Mai 2005 durchgeführten Tests ergaben, dass das CA-Modul von Teleclub im Cablecom Receiver nicht funktionierte, während auf Set-Top-Boxen von Dritten die Programme von Teleclub mittels des entsprechenden CA-Moduls empfangen werden konnten. Rückblickend liesse sich - wenn überhaupt - nur mit unverhältnismässigem Aufwand eruieren, wer für das Nichtfunktionieren des Teleclub-Moduls im Cablecom Receiver verantwortlich war.

Da nicht erwiesen ist, dass Cablecom für die fehlende Interoperabilität verantwortlich ist und eine vertiefte Prüfung angesichts der Rückgabe der Konzession Cablecom Digital Cinema unverhältnismässige wäre, wird die Frage, ob Cablecom Art. 9 Abs. 3 der Konzession verletzt hat, offen gelassen.

(...)

3. Administrative Massnahmen

Wird eine Rechtsverletzung festgestellt, kann die Behörde gemäss Art. 67 RTVG administrative Massnahmen ergreifen. Der Konzessionär kann aufgefordert werden, den Mangel zu beheben oder Massnahmen zu treffen, damit sich die Verletzung nicht wiederholt sowie darüber Bericht zu erstatten (Art. 67 Abs. 1 lit. a RTVG). Als weitere mögliche Massnahme kann die Behörde verlangen, die Einnahmen abzuliefern, die der Konzessionär bei der Rechtsverletzung erzielt hat (Art. 67 Abs. 1 lit. b RTVG). Schliesslich kann das BAKOM dem Departement beantragen, die Konzession durch Auflagen zu ergänzen, einzuschränken, zu suspendieren oder zu widerrufen (Art. 67 Abs. 1 lit. c RTVG).

Cablecom hat die Konzession Cablecom Digital Cinema am 13. Februar 2007 mit sofortiger Wirkung zurückgegeben. Das Abonnements-Fernsehangebot gemäss Konzession vom 26. Juni 2002 wird nicht mehr durch Cablecom veranstaltet. Die Anordnung von Massnahmen zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes erübrigt sich daher.

(...)