Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-2385/2013

Urteil vom 27. Juni 2014

Besetzung

Richter Hans Urech (Vorsitz),
Richter David Aschmann, Richterin Maria Amgwerd,
Gerichtsschreiber Michael Tschudin.

Parteien

ProSiebenSat.1 Media AG,
Medienallee 7, DE-85774 Unterföhring,
vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Reinhard Oertli und/oder
Dr. Mark Schweizer, Meyerlustenberger Lachenal AG,
Forchstrasse 452, Postfach 1432, 8032 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

1. **Suissimage Schweizerische Genossenschaft für Urheberrechte an audiovisuellen Werken,**
Neuengasse 23, 3000 Bern 7 Bärenplatz,
2. **ProLitteris, Schweizerische Urheberrechtsgesellschaft für Literatur und bildende Kunst, Genossenschaft,**
Universitätsstrasse 100, Postfach, 8032 Zürich,
3. **SSA Schweizerische Autorengesellschaft,**
Postfach 7463, 1002 Lausanne,
4. **SUISA,**
Bellariastrasse 82, Postfach 782, 8038 Zürich,
5. **SWISSPERFORM,**
Kasernenstrasse 23, Postfach 1868, 8021 Zürich,
alle vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Ernst Brem und
Ernst J. Brem, Rentsch Partner AG,
Fraumünsterstrasse 9, Postfach 2441, 8022 Zürich,

6. **Swisscable Verband für Kommunikationsnetze,**
Kramgasse 5, Postfach 515, 3000 Bern 8,
vertreten durch Rechtsanwalt Stefan Flück,
Kramgasse 5, 3011 Bern,
7. **Swissstream, Schweizerischer Verband der Streaming Anbieter,**
c/o epartners Rechtsanwälte,
Hardturmstrasse 11, 8005 Zürich,
vertreten durch Rechtsanwalt Alexander Schmid,
Egli Isler Partner Rechtsanwälte AG,
Puls 5, Hardturmstrasse 11, 8005 Zürich,
8. **Associazione consumatrici della svizzera italiana (acsi),**
Via Polar 46, casella postale 165, 6932 Breganzona,
9. **Fédération Romande des Consommateurs (FRC),**
Rue de Genève 17, Case postale 6151, 1002 Lausanne,
10. **Konsumentenforum (kf) deutsche Schweiz,**
Belpstrasse 11, 3007 Bern,
11. **Stiftung für Konsumentenschutz (SKS),**
Monbijoustrasse 61, Postfach, 3000 Bern 23,
Beschwerdegegnerinnen,

Eidg. Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten,
Bundesrain 20, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Gemeinsamer Tarif 12; Vergütung für die Gebrauchsüberlassung von Set-Top-Boxen mit Speicher und vPVR.

Sachverhalt:

A.
Mit Beschluss vom 17. Dezember 2012 (versandt am 25. März 2013) genehmigte die Vorinstanz den von den Beschwerdegegnerinnen 1 – 5 vorgelegten Gemeinsamen Tarif ("GT 12") (elektronisch erhältlich unter www.eschk.admin.ch > Dokumentation > Beschlüsse > 2012) mit folgendem Dispositiv:

> "1. Der *Gemeinsame Tarif 12* (Vergütung für die Gebrauchsüberlassung von Set-Top-Boxen mit Speicher und vPVR) wird in der Fassung vom 30. November 2012 mit der vorgesehenen Gültigkeitsdauer vom 1. Januar 2013 bis zum 31. Dezember 2014 bzw. der Möglichkeit der Verlängerung bis längstens zum 31. Dezember 2016 genehmigt."
>
> 2. [Kosten]
>
> 3. [Eröffnung]
>
> 4. [Rechtsmittelbelehrung]"

Die Vorinstanz prüfte die Frage, ob die Nutzung des sogenannten Catch-up-TV unter die kollektive oder die individuelle Rechtewahrnehmung fällt, vorfrageweise. Im vorgelegten Tarif hätten die Verwertungsgesellschaften dieses Catch-up-TV als Ausdruck für Aufzeichnungen verwendet, für die der Endkunde den Aufzeichnungsbefehl nicht werk- sondern programmbezogen erteilt, also für mehrere Werke oder ein oder mehrere Programme gleichzeitig. Dabei würden die Sendungen nicht auf einem Speichermedium des zum Privatgebrauch Berechtigten gespeichert, sondern im zentralen Speicher des Dienstanbieters. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass das zeitverschobene Fernsehen gemäss Art. 19 Abs. 1 und 2 des Urheberrechtsgesetzes vom 9. Oktober 1992 (URG, SR 231.1) (Verwendung zum Eigengebrauch) der kollektiven Verwertung unterliegen würde und durch Art. 19 Abs. 3 Bst. a URG (unzulässige weitgehend vollständige Vervielfältigung im Handel erhältlicher Werkexemplare) nicht ausgeschlossen würde (Rz. 13).

Die Vorinstanz sah keine Gründe dafür, dem GT 12 die Zustimmung zu verweigern. Insbesondere die Höhe der Vergütung wurde als angemessen beurteilt, zumal die Tarifparteien sich diesbezüglich einigen konnten (Rz. 15).

B.
Mit Schreiben vom 26. April 2013 reichte die Beschwerdeführerin Beschwerde gegen den Beschluss vom 17. Dezember 2012 mit folgenden Rechtsbegehren ein:

> "1. Der Beschluss der Eidgenössischen Schiedskommission für Urheberrechte und verwandte Schutzrechte vom 17. Dezember 2012 im Genehmigungsverfahren betreffend den Gemeinsamen Tarif 12 (GT 12) sei aufzuheben.
>
> 2. Die Gültigkeitsdauer des bisherigen Gemeinsamen Tarifs 12 in der Fassung, wie sie mit Beschluss vom 16. Dezember 2009 genehmigt wurde, sei zur Vermeidung eines tariflosen Zustandes bis zum 31. Dezember 2014 zu verlängern."

Ausserdem stellte sie folgende Verfahrensanträge:

> "3. Der Beschluss der Eidgenössischen Schiedskommission für Urheberrechte und verwandte Schutzrechte vom 17. Dezember 2012 im Genehmigungsverfahren betreffend den Gemeinsamen Tarif 12 (GT 12) sei gegenüber der Beschwerdeführerin formell zu eröffnen.
>
> 4. Der Beschwerdeführerin sei Einsicht in die vorinstanzlichen Akten zu gewähren.
>
> 5. Der Beschwerdeführerin sei eine Frist zur Ergänzung der Begründung ihrer Beschwerde zu gewähren.
>
> Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerinnen."

Zur Begründung bringt die Beschwerdeführerin in Bezug auf die Beschwerdelegitimität vor, sie sei als Inhaberin von Urheber- und Senderechten durch die Genehmigung des GT 12 unmittelbar betroffen, werde durch die Unterstellung des Catch-up-TV unter die obligatorische kollektive Verwertung doch unmittelbar in ihre Rechte eingegriffen, was eine materielle Beschwer begründe. Zwar treffe es zu, dass sie sich nicht um die Teilnahme am Genehmigungsverfahren vor der Vorinstanz bemüht habe. In Anbetracht der Praxis der Vorinstanz, wonach ausschliesslich mit Nutzerverbänden verhandelt werden dürfe, wäre es aber eine reine Förmelei, von der Beschwerdeführerin zu verlangen, sich um die Teilnahme am Genehmigungsverfahren zu bemühen. Somit sei auch die formelle Beschwer gegeben (Beschwerde, S. 4).

Zum materiellen Thema des Catch-up-TV erklärt die Beschwerdeführerin, dieses unterstehe nicht der kollektiven Verwertung gemäss Art. 20 Abs. 4

URG. Die Beschwerdegegnerinnen 1 – 5 würden mit der Geltendmachung kollektiver Vergütungsansprüche für Catch-up-TV ihre Befugnisse überschreiten. Die Vorinstanz hätte deshalb den GT 12 nie genehmigen dürfen (Beschwerde, S. 10).

C.
Nach Bezahlung des Kostenvorschusses durch die Beschwerdeführerin, die vorgängig zur Stellungnahme über den Streitwert eingeladen wurde, wurde die Beschwerde der Vorinstanz und den Beschwerdegegnerinnen 1 – 5 zur Stellungnahme zugestellt.

C.a
Die Beschwerdegegnerinnen 1 – 5 reichten mit Schreiben vom 19. August 2013 ihre Beschwerdeantwort ein und stellen folgende Anträge:

> "1. Auf die Beschwerde sei nicht einzutreten.
>
> 2. Eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen.
>
> 3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin."

Ausserdem stellen sie folgende Verfahrensanträge:

> "4. a) Das Verfahren sei auf die Frage der Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin zu beschränken. Den Beschwerdegegnerinnen sei die Frist zur Vernehmlassung zu den darüber hinausgehenden Vorbringen der Beschwerdeführerin abzunehmen.
> b) Eventualiter zu a) sei den Beschwerdegegnerinnen die Frist zur Stellungnahme zu den materiellen Vorbringen der Beschwerdeführerin bis zum 16. September 2013 zu erstrecken.
>
> 5. Die am vorinstanzlichen Tarifverfahren beteiligten Nutzerverbände Swissstream und Swisscable sowie die beteiligten Konsumentenorganisationen associazione consumatrici della svizzera italiana, Fédération Romande des Consommateurs, Konsumentenforum und Stiftung für Konsumentenschutz seien als Parteien ins vorliegende Verfahren einzubeziehen. Eine allfällige Vernehmlassung dieser Parteien sei den Beschwerdegegnerinnen zur erneuten Stellungnahme zuzustellen."

Zur Begründung führen sie im Wesentlichen aus, die Beschwerdeführerin sei nicht zur Beschwerde legitimiert. Ihr fehle die formelle Beschwer, da sie nicht am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und sich auch nicht um die Teilnahme daran bemüht habe. Die Vorinstanz hätte die Parteistellung der Beschwerdeführerin prüfen müssen, wenn sie ein entspre-

chendes Gesucht gestellt hätte. Die Gewährung der Parteistellung wäre unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht von vornherein ausgeschlossen gewesen. Ausserdem würde es der Beschwerdeführerin an der materiellen Beschwer fehlen. Sie sei lediglich indirekt berührt. Weiter seien die Interessen der Sendeunternehmen in den Verhandlungen und vor der Vorinstanz repräsentiert worden (Beschwerdeantwort 1 – 5, S. 6 ff.).

C.b
Mit Schreiben vom 27. August 2013 reichte die Vorinstanz ihre Vernehmlassung ein. Sie weist im Wesentlichen darauf hin, dass die Legitimation der Beschwerdeführerin nicht gegeben sei. Sie sei durch den GT 12 nicht stärker betroffen als jede(r) andere Rechteinhaber oder Sendeanstalt auch. Ein Interesse, welches über dasjenige der von den Verwertungsgesellschaften vertretenen Urheber bzw. Leistungsschutzberechtigten hinausgehe, sei auch nicht geltend gemacht worden. Im Rahmen der kollektiven Verwertung vertrete die Verwertungsgesellschaft Swissperform in Tarifgenehmigungsverfahren auch die Rechte der Sendeanstalten (Vernehmlassung, S. 2 f.).

C.c
Mit Verfügung vom 5. September 2013 wurde das Verfahren bis auf Weiteres auf die Frage der Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin beschränkt. Ausserdem wurden die Beschwerdegegnerinnen 6 – 11 als Parteien in das Verfahren einbezogen. Ferner wurde der Schweizerischen Vereinigung zur Bekämpfung der Urheberrechtspiraterie und dem Preisüberwacher Gelegenheit gegeben, allfällige Parteirechte geltend zu machen. Der Preisüberwacher verzichtete mit Schreiben vom 10. September 2013 auf eine Stellungnahme. Die Schweizerischen Vereinigung zur Bekämpfung der Urheberrechtspiraterie reichte mit Schreiben vom 7. Oktober 2013 eine Stellungnahme ein, ohne jedoch Parteirechte geltend zu machen.

C.d
Die Beschwerdegegnerin 6 reichte ihre Antwort mit Schreiben vom 4. November 2013 ein und stellt folgenden Antrag:

> "Auf die Beschwerde sei nicht einzutreten.
>
> – unter Kosten- und Entschädigungsfolgen –".

Die Beschwerdegegnerin 6 ist ebenfalls der Meinung, der Beschwerdeführerin komme im vorliegenden Beschwerdeverfahren keine Legitimität

zu. Die Beschwerdeführerin musste wissen, dass Catch-up-TV in der Schweiz angeboten werde. Trotzdem sei sie bis jetzt nicht in Erscheinung getreten und habe sich am vorinstanzlichen Verfahren nicht beteiligt. Ausserdem sei nicht belegt worden, worin sich die Interessen der Beschwerdeführerin in Bezug auf diejenigen anderer Sendeunternehmen unterscheiden. Deshalb sei auch die materielle Beschwer nicht gegeben (Beschwerdeantwort 6, S. 3 ff.).

C.e
Die Beschwerdegegnerin 7 nahm mit Schreiben vom 6. November 2013 zur Beschwerde Stellung und stellte folgende Rechtsbegehren:

"1. Auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin sei nicht einzutreten.

2. Eventualiter sei die Beschwerde der Beschwerdeführerin abzuweisen.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beschwerdeführerin.

4. [Verfahrensantrag für den Fall des Eintretens]"

Der Antrag auf Nichteintreten wird insbesondere damit begründet, dass es der Beschwerdeführerin zumutbar sei, sich mit einer kurzen Eingabe vor der Vorinstanz um die Parteistellung zu bemühen. Sie hätte diesbezüglich durchaus reelle Chancen gehabt. Der Verzicht der Beschwerdeführerin, sich um eine Teilnahme am Verfahren zu bemühen, dürfe nicht mit deren Zulassung zur Beschwerde belohnt werden. Andernfalls sei damit zu rechnen, dass das Bundesverwaltungsgericht in Zukunft bei jeder Tarifgenehmigung mit von Partikularinteressen getriebenen Beschwerden von Rechteinhabern überschwemmt werde (Beschwerdeantwort 7, S. 6).

Die Beschwerdegegnerinnen 8 – 11 reichten keine Beschwerdeantwort ein.

D.
Die Beschwerdeführerin reichte mit Schreiben vom 9. Dezember 2013 ihre Replik ein und präzisierte ihre materiellen Anträge wie folgt:

"1. Die Aktivlegitimation der Beschwerdeführerin zur Beschwerde gegen den Beschluss der Eidgenössischen Schiedskommission für Urheberrechte und verwandte Schutzrechte vom 17. Dezember 2012 im Genehmigungsverfahren betreffend den Gemeinsamen Tarif 12 2013 – 2016 Vergütung für die Gebrauchsüberlassung von Set-Top-Boxen mit Speicher und vPVR (GT 12) sei zu bejahen.

2. Der materielle Antrag 2 gemäss Beschwerde vom 26. April 2013 sei: folgendermassen abzuändern resp. zu ergänzen:

   a) Die Gültigkeitsdauer des Gemeinsamen Tarifs 12 in der Fassung gemäss Beschluss vom 16. Dezember 2009 sei zur Vermeidung eines tariflosen Zustands im Sinne der Erwägungen [nämlich dass die programmbezogene Aufzeichnung mittels vPVR (sog. Catch-up TV) nicht der Schranke von Art. 19. Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 19. Abs. 2 URG und damit nicht der obligatorischen kollektiven Verwertung unterliegt] zu verlängern, bis ein neuer Gemeinsamer Tarif 12 durch die Eidgenössische Schiedskommission für Urheberrechte und verwandte Schutzrechte genehmigt wurde.

   b) Eventualiter, für den Fall, dass die Gültigkeitsdauer des Gemeinsamen Tarifs 12 in der Fassung gemäss Beschluss vom 16. Dezember 2009 nicht verlängert wird: Der mit Beschluss der Eidgenössischen Schiedskommission für Urheberrechte und verwandte Schutzrechte vom 17. Dezember 2012 genehmigte Gemeinsame Tarif 12 bleibe zur Vermeidung eines tariflosen Zustandes ohne die Punkte 1.2 lit. b) (für programmbezogene Aufzeichnungen [Normalangebot] mittels vPVR) und lit. c) (für programmbezogene Aufzeichnungen eines "Premium"-Angebots mittels vPVR) sowie der weiteren auf programmbezogene Aufzeichnungen mittels vPVR (sog. Catch-up TV) bezogenen Passagen in Kraft, bis ein neuer Gemeinsamer Tarif 12 durch die Eidgenössische Schiedskommission für Urheberrechte und verwandte Schutzrechte genehmigt wurde.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerinnen."

Die Beschwerdeführerin führt zur formellen Beschwer aus, die Äusserungen der Vorinstanz im Rahmen der Vernehmlassung würden bestätigen, dass die Beschwerdeführerin vernünftigerweise nicht von einer Gutheissung eines Gesuchs auf Parteistellung ausgehen konnte. Das Bestehen auf dem Bemühen um Teilnahme erscheine daher als überspitzer Formalismus (Replik, S. 7 f.).

Zur materiellen Beschwerde bringt sie vor, sie habe ihre Rechte bezüglich zeitversetztem Fernsehen und video-on-demand bisher selbst wahrgenommen. Auf ihrer Internetplattform könnten während sieben Tagen sämtliche Eigen-, Auftrags- und Lizenzproduktionen, die auf den Sendern der Beschwerdeführerin ausgestrahlt wurden und für die sie die entsprechenden Rechte halte, nachträglich durch Streaming abgerufen werden. Sendungen, deren Rechte nicht bei den Sendeunternehmen lägen, würden zunehmend ebenfalls über video-on-demand Plattformen angeboten. Die video-on-demand Angebote auf der Plattform der Beschwerdeführerin würden dazu führen, dass die Nutzer die Werbeangebote auf der Platt-

form selbst zur Kenntnis nehmen würden. Vor diesem Hintergrund und aufgrund ihres hohen Marktanteils in der Schweiz sei sie von der kollektiven Verwertung der Rechte zum zeitversetzten Fernsehen besonders betroffen (Replik, S. 8 ff.).

E.
Den Beschwerdegegnerinnen und der Vorinstanz wurde mit Verfügung vom 11. Dezember 2013 Gelegenheit zur Einreichung einer Duplik gegeben. Die Vorinstanz verzichtete mit Schreiben vom 28. Januar 2014 explizit auf die Duplik.

E.a
Die Beschwerdegegnerinnen 1 – 5 reichten mit Schreiben vom 11. Februar 2014 ihre Duplik ein und entgegneten der Beschwerdeführerin, dass erstinstanzlich Unbeteiligte nicht leichthin zweitinstanzlich als Partei zugelassen werden könnten ohne die Rechtssicherheit im Verfahren zu untergraben. Zudem gebe es im erstinstanzlichen Verfahren verschiedene Möglichkeiten, sich als Interessensgruppe zu beteiligen und sich direkt oder indirekt Gehör zu verschaffen. So habe die Vorinstanz beispielsweise die Stellungnahme der Schweizerischen Vereinigung zur Bekämpfung der Urheberrechtspiraterie in den Akten belassen, ohne dass diese als Partei zugelassen worden sei. Das erstinstanzliche Tarifverfahren sei also grundsätzlich empfänglich für Vorbringen von Interessensgruppen auch ausserhalb des Kreises der Parteien. Diese relative Offenheit sei charakteristisch für das Tarifverfahren, das in erster Instanz eine grosse Interessensvielfalt für einen Kompromiss (Tarif) bündeln müsse (Duplik 1 – 5, S. 5).

In Bezug auf das Streaming-Angebot der Beschwerdeführerin führen die Beschwerdegegnerinnen 1 – 5 aus, alle namhaften Fernsehsender würden ein entsprechendes Angebot kennen. Ausserdem handle es sich bei diesen Angeboten (wie auch beim video-on-demand) nicht um die von der Beschwerdeführerin bekämpfte Verwertungsart des Catch-up-TV (Duplik 1 – 5, S. 6).

E.b
Die Beschwerdegegnerin 7 reichte mit Schreiben vom 11. Februar 2014 ihre Duplik ein und stellte folgende Anträge:

> "1. An den Rechtsbegehren 1-3 der Beschwerdeantwort von Swissstream vom 6. November 2013 wird festgehalten.
>
> 2. [Verfahrensantrag für den Fall des Eintretens]".

Zur Begründung wird im Wesentlichen ausgeführt, dass die Behauptung der Beschwerdeführerin, sie wäre ohnehin nicht als Partei im vorinstanzlichen Verfahren zugelassen worden, nicht überprüfbar sei. Ferner würde das video-on-demand Geschäft durch den GT 12 nicht beeinträchtigt. Die Beschwerdeführerin selbst würde neben einem Catch-up-TV Angebot auch video-on-demand anbieten, was gegen eine Beeinträchtigung sprechen würde (Duplik 7, S. 8).

E.c
Mit Schreiben vom 12. Februar 2014 reichte auch die Beschwerdegegnerin 6 ihre Duplik ein. Sie weist im Wesentlichen auf die gleichen Punkte wie die anderen Beschwerdegegnerinnen hin, wobei sie die Systematik des Tarifverfahrens hervorhebt. So würde die Beschwerdeführerin keine Umstände vorbringen, welche ihre besondere Betroffenheit im Vergleich zu anderen Rechteinhabern ausweisen würden. Deshalb sei nicht ersichtlich, warum in ihrem Fall das gesetzlich vorgesehene Repräsentationsmodell der Tarifverhandlungen zwischen Verwertungsgesellschaften und Nutzerverbänden versagt haben soll. Ausserdem würden die Verwertungsgesellschaften unter der Aufsicht des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentums stehen, weshalb die Verwertungsgesellschaften nicht eigenmächtig mitunter eigene Interessen verfolgen könnten (Duplik 6, S. 4).

F.
Mit Verfügung vom 18. Februar 2014 wurden die Eingaben der Duplik an die übrigen Verfahrensbeteiligten zugestellt. Ein weiterer Schriftenwechsel wurde nicht angeordnet.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) ist das Bundesverwaltungsgericht zuständig, Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) zu beurteilen. Darunter fällt auch der vorliegend angefochtene Beschluss der Vorinstanz (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgericht B-2152/2008 vom 12. Juni 2009, E. 1.1; B-2612/2011 vom 2. Juli 2013, E. 1). Auch Art. 33 Bst. f VGG und Art. 74 Abs. 1 URG bestimmen, dass gegen Verfügungen der Vorinstanz beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erhoben werden kann. Ein Ausnahmefall gemäss Art. 32 VGG liegt nicht vor.

2.
Im Folgenden ist die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin zu prüfen. Dabei ist beachtlich, dass die Frage der Beschwerdelegitimation gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung als Prozess- oder Sachurteilsvoraussetzung von den Beschwerdegründen und insbesondere der materiellen Tragweite von Art. 22 URG zu trennen ist; sie beurteilt sich ausschliesslich nach Art. 48 VwVG (BGE 135 II 172, E. 2.1).

2.1.
Nach Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer a) vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat; b) durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist; und c) ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4632/2010 vom 21. April 2011, E. 1.2; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich 2013, S. 327).

2.1.1.
Die Pflicht zur Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren entfällt, wenn der beschwerdeführenden Person die Möglichkeit der Teilnahme verwehrt ist. Dies ist etwa dann der Fall, wenn es der betroffenen Partei wegen eines Fehlers der Behörde nicht möglich war, sich als Partei zu konstituieren, obwohl sie dazu befugt gewesen wäre (ALFRED KÖLZ ET. AL, a.a.O., S. 328; VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum VwVG, Zürich 2009, N 23 zu Art. 48).

2.1.2.
Die beschwerdeführende Person muss ferner mehr betroffen sein als die Allgemeinheit. Es reicht nicht, wenn nur ein allgemeines Interesse oder ein Interesse Dritter geltend gemacht wird. Ausserdem muss die Beeinträchtigung rechtlicher oder tatsächlicher Interessen geltend gemacht werden (ALFRED KÖLZ ET. AL, a.a.O., S. 329 f.).

Das Bundesgericht hat diese Vorgaben für das Urheberrecht konkretisiert: In der Regel ist davon auszugehen, dass die Verwertungsgesellschaften die Anliegen der Bezugsberechtigten in den Tarifverhandlungen bzw. im Rahmen der Verteilreglemente wahrnehmen. Doch können divergierende (im Verhältnis zu den Verwertungsgesellschaften) eigenständige Interessen einzelner Rechteinhabern bestehen, welche es rechtfertigen,

diesen Rechteinhabern ausnahmsweise den verwaltungsrechtlichen Beschwerdeweg dennoch zu öffnen (BGE 135 II 172, E. 2.3.4). Dementsprechend ist im Urheberrecht neben der allgemeinen Betroffenheit erforderlich, dass die beschwerdeführende Person zu den Verwertungsgesellschaften bzw. Nutzerverbänden divergierende Interessen nachweist. Die Gefahr divergierender Interessen zwischen einzelnen Nutzern und den sie repräsentierenden Nutzerverbänden ist in Bezug auf die Entschädigungshöhe weniger hoch als diejenige auf Seiten der Berechtigten im Verhältnis zu den Verwertungsgesellschaften. Das wirtschaftliche Interesse aufgrund der zu vereinbarenden Tarife möglichst tiefe Gebühren zu entrichten, verbindet alle Nutzenden. Einzelne wirtschaftlich stärkere Urheberrechts-Berechtigte haben demgegenüber unter Umständen ein Interesse an einer individuellen Rechtewahrnehmung, da sie einzeln mehr verlangen könnten als im Rahmen einer kollektiven (Tarif-)Verhandlung (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4632/2010 vom 21. April 2011, E. 1.2.4).

Hinzuweisen ist ausserdem, dass sich der zitierte Fall des Bundesgerichts auf die SRG und die UEFA bezog, die tariflich geregelten Rechten ("Public Viewing") bisher weitgehend selber wahrgenommen haben und sich im Rahmen des Tarifgenehmigungsverfahren aktiv um Parteistellung bemühten (BGE 135 II 172, E. 2.2.1 und 2.3.1).

2.1.3.
Ein nach Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) verpönter überspitzter Formalismus liegt vor, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, oder wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt. Durch ein derartiges Vorgehen wird die Formstrenge zum blossen Selbstzweck, womit die Verwirklichung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise erschwert oder gar verhindert würde (BVGE 2007/13, E. 3.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5563/2012 vom 28. Februar 2013, E. 2.2; BGE 135 I 6, E. 2.1 m.w.H).

2.1.4.
Zunächst ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin nicht am vorinstanzlichen Verfahren teilnahm. Zudem erklärt die Beschwerdeführerin, sie habe sich nicht um die Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren bemüht. Deshalb stützt sie sich auf die Ausnahme, wonach die formelle Beschwer gegeben ist, wenn die Beschwerdeführerin ohne eigenes Verschulden nicht am vorinstanzlichen Verfahren teilnehmen konnte. Ihrer

Ansicht nach würde diese Ausnahme vorliegend greifen, weil ihr nicht zugemutet werden könne, sich um eine Teilnahme vor der Vorinstanz zu bemühen, wohl wissend, dass die Bemühungen erfolglos bleiben würden (Beschwerde, S. 4). Würde man trotzdem eine entsprechende Bemühung von ihr verlangen, würde dies einem überspitztem Formalismus gleichkommen (Replik, S. 8).

Die Beschwerdegegnerinnen sind im Wesentlichen der Ansicht, die Chancen für eine Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren seien durchaus gegeben gewesen; zumindest liessen sich diese Chancen im Nachhinein nicht mehr eruieren. Ausserdem seien die Interessen der Beschwerdeführerin durch die Verwertungsgesellschaften repräsentiert worden. Interessen der Beschwerdeführerin, die über diejenigen anderer Fernsehsender hinausgingen, seien nicht ersichtlich. Schliesslich hätten sich selbst die SRG und die UEFA, welche durch den jüngsten Bundesgerichtsfall, ausnahmsweise Parteistellung erhielten, um die Teilnahme am vorinstanzlichen Tarifgenehmigungsverfahren bemüht.

2.1.5.
Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, ihr sei es – etwa aufgrund mangelnder Kenntnis des Verfahrens – nicht möglich gewesen, sich um die Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren zu bemühen. Ausserdem ist unklar, inwiefern es in Bezug auf den erforderlichen Aufwand unzumutbar sein soll, sich gegenüber der Vorinstanz zu erkennen zu geben und im Rahmen eines (allenfalls kurzen) Schreibens einen Antrag auf Parteistellung zu stellen. Dementsprechend wäre ihre Argumentationslinie nur dann allenfalls vertretbar, wenn zum einen die Teilnahme vor der Vorinstanz zum Vornhinein ausgeschlossen wäre und zum anderen vor dem Hintergrund der Chancenlosigkeit eines Antrags um Parteistellung ein entsprechendes Bemühen als blosser Selbstzweck erscheinen würde.

2.1.5.1.
Dazu ist zunächst festzuhalten, dass im Nachhinein nicht festgestellt werden kann, ob die Vorinstanz die Beschwerdeführerin als Partei zugelassen hätte. Mit hinreichender Sicherheit auszuschliessen wäre dies wohl nur, wenn die Vorinstanz eine diesbezüglich ständige und verlässliche Praxis hätte. Eine solche Praxis wäre verlässlich, wenn sie auch gerichtlich überprüft worden wäre.

Mit Bezug auf Massentarife verfolgte die Vorinstanz eine strenge Praxis (Beschluss der EschK vom 14. Dezember 2004 betr. "Sendeunternehmen als Tarifpartner?", sic! 9/2005, S. 641 ff.; Beschluss der ESchK vom

17. Januar 2006 betr. "MP3-Player", sic! 1/2007, S. 21 ff., E. 3). Immerhin pflegte die Vorinstanz einzelne Nutzer anstelle von Nutzerverbänden stets in ihren Verfahren zuzulassen, wenn ein Tarif ausnahmsweise nur auf diesen Nutzer beschränkt genehmigt werden sollte (vgl. Beschlüsse der ESchK vom 9. November 2009 betr. Tarif A Fernsehen (Swissperform) und vom 29. November 2011 betr. Tarif A (SUISA), elektronisch erhältlich unter www.eschk.admin .ch > Dokumentation > Beschlüsse > 2009 bzw. 2011).

Jedoch zeigt gerade BGE 135 II 172 (auf welchen sich auch die Beschwerdeführerin stützt; vgl. Beschwerde, S. 4), dass die frühere Praxis der Vorinstanz nicht vor gerichtlichen Beanstandungen gefeit war. Vielmehr musste die Vorinstanz ihre frühere Praxis zur Parteistellung anpassen. Die Vorgabe des Bundesgerichts, wonach Rechteinhaber bei im Verhältnis zu Verwertungsgesellschaften divergierenden Interessen, ausnahmsweise in das Verfahren mit einbezogen werden müssen, lässt ihrerseits Raum zur Konkretisierung. Dementsprechend kann zurzeit nicht von einer stehenden Praxis ausgegangen werden, die auch bereits gerichtlich überprüft ist. Folglich kann die Gutheissung eines Antrags auf Parteistellung durch die Beschwerdeführerin nicht im Vornherein ausgeschlossen werden. Selbst wenn die Vorinstanz einen entsprechenden Antrag abgewiesen hätte, könnte dieser abschlägige Entscheid unter Umständen selbständig angefochten werden (Art. 46 Abs. 1 VwVG).

2.1.5.2.
Von überspitzem Formalismus kann in Bezug auf die Voraussetzung der Teilnahme bei der formellen Beschwer insbesondere im vorliegenden Verfahren keine Rede sein. Das vorinstanzliche Tarifgenehmigungsverfahren zeichnet sich durch einen starken Verhandlungscharakter und durch die Tarifautonomie der Verwertungsgesellschaften aus. Das ganze Tarifverfahren ist vom Gesetzgeber darauf angelegt, dass zwischen den Verhandlungspartnern ein Kompromiss gefunden wird. Damit in den Tarifverhandlungen eine Einigungslösung zustande kommen kann, braucht es für beide Seiten die Gewissheit, dass diese im gesamten weiteren Verfahren Bestand hat und nicht später auch nur teilweise nochmals in Frage gestellt wird (DIETER MEIER, Das Tarifverfahren nach schweizerischem Urheberrecht, Basel 2012, S. 103).

Deshalb ist es für die Verhandlungspartner wichtig zu wissen, wer welche Interessen anmeldet und eine Genehmigung durch die Vorinstanz allenfalls anfechten könnte. Umgekehrt würden die Verhandlungen um einen Tarif als Gesamtpaket erschwert, wenn einzelne interessierte Personen

nach dem Genehmigungsverfahren und somit in Kenntnis der Entscheidung der Vorinstanz einzelne Punkte des Tarifs anfechten könnten, ohne sich vorher am Genehmigungsverfahren beteiligt zu haben. Selbst wenn die Vorinstanz einen entsprechenden Antrag auf Parteistellung abweisen würde, könnten sich die Verhandlungspartner auf eine mögliche gerichtliche Überprüfung zumindest einstellen. Dementsprechend ist das Erfordernis der Bemühung um Teilnahme für die formelle Beschwer gemäss Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG kein blosser Selbstzweck, sondern spielt eine bedeutsame Rolle für die Vorhersehbarkeit des Verfahrens für die Verhandlungspartner.

2.1.5.3.
Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerin nicht nachweist, inwiefern sich ihre Interessen von anderen Sendeunternehmen bzw. den Verwertungsgesellschaften (Beschwerdegegnerinnen 1 – 5) unterscheiden sollen. Die Beschwerdeführerin ist nicht in einer einzigartigen Situation, weshalb davon auszugehen ist, dass ihre Interessen durch andere Sendeunternehmen bzw. die Verwertungsgesellschaften im Genehmigungsverfahren vertreten wurden. Eine (allenfalls) unterschiedliche Rechtsauffassung alleine kann Interessensdivergenzen jedenfalls nicht begründen. Ausserdem haben die Verwertungsgesellschaften das Catch-up-TV in der am 1. Juli 2012 vorgelegten Version des GT 12 noch ausgeschlossen gehabt (angefochtene Verfügung, Rz. 4). Somit haben die Verwertungsgesellschaften zunächst die Position der Beschwerdeführerin vertreten und erst im Rahmen der Verhandlungen den Begriff Catch-up-TV in den Tarif aufgenommen. Schliesslich hat die Vorinstanz das Thema des Catch-up-TV ausführlich geprüft. Demnach flossen die Bedenken der Beschwerdeführerin in Bezug auf das Catch-up-TV in den Verhandlungen und dem vorinstanzlichen Genehmigungsverfahren durchaus ein.

2.2.
Der Beschwerdeführerin kommt im vorliegenden Verfahren keine Beschwerdelegitimität nach Art. 48 Abs. 1 VwVG zu. Folglich ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

2.3.
Mit dem Verfahrensantrag 3 verlangt die Beschwerdeführerin eine formelle Zustellung der angefochtenen Verfügung. Da die Fristenwahrung der Beschwerde im vorliegenden Verfahren unstrittig ist, erübrigt sich eine formelle Zustellung an die Beschwerdeführerin. Es ist nicht ersichtlich, welchen Vorteil sie aus einer solchen Zustellung ziehen würde.

Ausserdem verlangte die Beschwerdeführerin Einsicht in die vorinstanzlichen Akten (Verfahrensantrag 4). Die Akteneinsicht erscheint für die Frage der Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin nicht erforderlich. So wiederholte sie denn ihr Anliegen im Rahmen des zweiten, auf die Frage der Beschwerdelegitimation begrenzten Schriftenwechsels bzw. im gesamten Verfahren auch nicht mehr.

Schliesslich wurde mit der Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels dem Verfahrensantrag 5 (Frist zur Ergänzung der Begründung der Beschwerde) implizit entsprochen.

3.
Die Verfahrenskosten, welche sich aus der Gerichtsgebühr und den Auslagen zusammensetzen, werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Die Gerichtsgebühr ist nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien festzulegen (Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG, Art. 2 Abs. 1 VGKE).

Die vorliegende Streitsache ist vermögensrechtlicher Natur (vgl. BGE 135 II 172, , E. 3.2). Vor Bundesverwaltungsgericht ist ein Streitwert zu veranschlagen (Art. 4 VGKE). Dafür ist vorliegend auf das Vermögensinteresse der Beschwerdeführerin während der vorgesehenen Gültigkeitsdauer des Tarifs abzustellen. Die Beschwerdeführerin macht einen Streitwert von rund Fr. 200'000.– geltend (Stellungnahme zum Streitwert vom 7. Juni 2013). Angesichts des Umfangs und Schwierigkeiten der Streitsache wären die Verfahrenskosten somit auf Fr. 6'000.– festzulegen (vgl. Zwischenverfügung vom 10. Juni 2013, Ziff. 1 betreffend Kostenvorschuss), infolge Beschränkung des Verfahrens auf die Frage der Legitimation jedoch um zwei Drittel auf Fr. 2'000.– zu reduzieren. Dieser Betrag wird dem einbezahlten Kostenvorschuss entnommen. Der Restbetrag von Fr. 4'000.– wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.

4.
Die unterliegende Beschwerdeführerin hat der obsiegenden Partei für die aus dem Verfahren erwachsenen, notwendigen Kosten eine Parteientschädigung zu erstatten (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE). Gemäss Art. 10 Abs. 1 VGKE wird insbesondere das Anwaltshonorar nach dem notwendigen Zeitaufwand des Vertreters oder der Vertreterin bemessen. Das Bundesverwaltungsgericht trifft den Entscheid über die Par-

teientschädigung von Amtes wegen und, sofern vorhanden, aufgrund der Kostennote sowie der Akten und in der Regel ohne eingehende Begründung.

Nachdem die Beschwerdegegnerinnen 8 – 11 nicht anwaltlich vertreten waren und auch keine Aufstellung ihrer Auslagen eingereicht haben, haben sie keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 8 Abs.1 VGKE; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-8558/2010 vom 13. Februar 2013, E. 9.3; B-2612/2011 vom 2. Juli 2013, E. 9.3).

Die anwaltlich vertretenen Beschwerdegegnerinnen 1 – 5, 6 und 7 haben ebenfalls keine Kostennoten eingereicht und ihre notwendigen Auslagen nicht nachgewiesen. Die entsprechende Parteientschädigung ist aufgrund der Akten und nach freiem richterlichem Ermessen auf CHF 3'500.– (inkl. MwSt) festzusetzen (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 Abs. 1, Art. 8, Art. 13 Bst. a und Art. 14 Abs. 2 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.
Der Beschwerdeführerin werden (ermässigte) Verfahrenskosten von Fr. 2'000.- auferlegt; der einbezahlte Kostenvorschuss von Fr. 6'000.- wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet. Der Restbetrag in der Höhe von Fr. 4'000.- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.

3.
Den Beschwerdegegnerinnen 1 – 5 wird zulasten der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 3'500.– (inkl. MwSt) zugesprochen.

4.
Der Beschwerdegegnerin 6 wird zulasten der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 3'500.– (inkl. MwSt) zugesprochen.

5.
Der Beschwerdegegnerin 7 wird zulasten der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 3'500.– (inkl. MwSt) zugesprochen.

6.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
– die Beschwerdegegnerinnen 1 – 5 (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde; in 6 Exemplaren)
– die Beschwerdegegnerin 6 (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde; in 2 Exemplaren)
– die Beschwerdegegnerin 7 (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde ; in 2 Exemplaren)
– die Beschwerdegegnerin 8 (Gerichtsurkunde)
– die Beschwerdegegnerin 9 (Gerichtsurkunde)
– die Beschwerdegegnerin 10 (Gerichtsurkunde)
– die Beschwerdegegnerin 11 (Gerichtsurkunde)
– die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)
– die Schweizerische Vereinigung zur Bekämpfung der Urheberrechtspiraterie – SAFE (Rechtsvertreter; zur Kenntnis; A-Post; nur Dispositiv)
– den Preisüberwacher (zur Kenntnis; A-Post; nur Dispositiv)
– das Institut für Geistiges Eigentum (zur Kenntnis; A-Post; nach Eintritt der Rechtskraft; vgl. Art. 66a URG)
– das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
Hans Urech	Michael Tschudin

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 2. Juli 2014