



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

**Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung von
Urheberrechten und verwandten Schutzrechten ESchK**

**Zwischenverfügung vom 22. März 2017
betreffend den Gemeinsamen Tarif 12
Parteistellung**

I. In tatsächlicher Hinsicht hat sich ergeben:

A.

Die Gültigkeitsdauer des mit Beschluss vom 30. November bzw. vom 17. Dezember 2012 genehmigten Gemeinsamen Tarifs 12 (Vergütung für die Gebrauchsüberlassung von Set-Top-Boxen mit Speicher und vPVR) ist am 31. Dezember 2016 abgelaufen.

B.

Nach Gewährung einer Fristerstreckung bis zum 30. Juni 2016 mittels Präsidialverfügung vom 4. Mai 2016 stellt die Verwertungsgesellschaft SUISSIMAGE auch im Namen von ProLitteris, SSA, SUIISA und SWISSPERFORM mit Eingabe vom 16. Juni 2016 den Antrag, einen neuen Gemeinsamen Tarif 12 in der Fassung vom 17. Mai 2016 mit einer Gültigkeitsdauer vom 1. Januar 2017 bis zum 31. Dezember 2019 zu genehmigen, einschliesslich der Möglichkeit, den Tarif automatisch maximal zweimal um ein Jahr zu verlängern, d.h. bis 31.12.2020 bzw. 31.12.2021. Gleichzeitig beantragen die Verwertungsgesellschaften den Erlass vorsorglicher Massnahmen, wonach der bisherige, mit Beschluss vom 30. November bzw. vom 17. Dezember 2012 genehmigte GT 12 anwendbar bleibe bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist gegen den Beschluss der Schiedskommission und unter Vorbehalt der definitiven Abrechnung gemäss jenem Tarif, der gemäss dem Beschluss resultiert. Zur Begründung führt SUISSIMAGE an, es handle sich zwar um einen Einigungstarif, allerdings sei damit zu rechnen, dass gewisse Sendeunternehmen als Gruppierung von Berechtigten gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung im Tarifgenehmigungsverfahren intervenieren werden und dass die Nutzerseite diesfalls die Parteistellung der Sendeunternehmen bestreite.

C.

Mit Verfügung vom 17. Juni 2016 fordert die Schiedskommission die Nutzerorganisationen unter Ansetzung einer Frist bis zum 30. Juni 2016 dazu auf, zum Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen schriftlich Stellung zu nehmen. Sie weist darauf hin, dass sie im Säumnisfall von deren Zustimmung zu den vorsorglichen Massnahmen ausgehen werde.

D.

Mit Schreiben vom 27. Juni 2016 zeigt RA Kai-Peter Uhlig (Zürich) dem Präsidenten der Schiedskommission an, durch die folgenden Sendeunternehmen, die Mitglied der Interessengemeinschaft Radio und Fernsehen (IRF) seien, mit der Wahrnehmung ihrer (deckungsgleichen) Interessen im Verfahren zur Genehmigung des GT 12 beauftragt worden zu sein: 3 Plus Group AG, AZ Regionalfernsehen AG, AZ TV Productions AG, Canal 9, Canal Alpha Plus S.A., TV

Léman Bleu SA, n-tv Nachrichtenfernsehen GmbH, ProSieben Puls 8 TV AG, ProSiebenSat.1 TV Deutschland GmbH, RTL 2 Fernsehen GmbH & Co. KG, RTL Disney Fernsehen GmbH & Co. KG, RTL Television GmbH, S1TV AG, SAT.1 Satelliten Fernsehen GmbH, Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG SSR, VOX Television GmbH, Zentralschweizer Fernsehen Tele 1 AG. Der GT 12 erlaube Nutzungen, nämlich programmbezogene Aufzeichnungen für das Angebot von sogenanntem Catch-Up-TV (zeitversetztes Fernsehen, Time Shifted Viewing), die nicht unter den gesetzlich erlaubten Eigengebrauch fielen bzw. dessen Grenzen überschritten und die Ausschliesslichkeitsrechte der Sendeunternehmen verletzen. Diese Sendeunternehmen hätten sich vergeblich bemüht, ihren Anliegen im Rahmen der Tarifverhandlungen Geltung zu verschaffen. Sie seien durch die oben genannten Angebote in besonderem Masse betroffen, insbesondere auch stärker als andere von den Verwertungsgesellschaften vertretene Rechteinhaber. Ihre Interessen seien beim Aushandeln des zur Genehmigung vorgelegten Einigungstarifs durch die Verwertungsgesellschaften in ungenügender Masse bzw. gar nicht wahrgenommen worden. Es sei daher davon auszugehen, dass den Sendeunternehmen unter diesen Umständen die Befugnis zukomme, gegen eine allfällige Genehmigung des GT 12 durch die Schiedskommission Beschwerde zu führen. Namens der von ihm vertretenen Sendeunternehmen kündigte RA Kai-Peter Uhlig an, dass diese sich im Genehmigungsverfahren vernehmen lassen und Anträge bezüglich der Tarifgenehmigung stellen würden. Vorbehalten bleibe, dass sich weitere, der IRF angehörige Sendeunternehmen der Stellungnahme anschliessen könnten. Eine Eingabe, die u.a. die Parteistellung der genannten Sendeunternehmen begründe, werde so bald wie möglich folgen.

E.

Mit Vernehmlassung vom 28. Juni 2016 stimmt SUISSEDIGITAL den von den Verwertungsgesellschaften beantragten vorsorglichen Massnahmen zu.

F.

Ebenso erklärt Swisstream mit Stellungnahme vom 29. Juni 2016 ihre Zustimmung zu den beantragten vorsorglichen Massnahmen.

G.

Vom Konsumentenforum kf erfolgt keine Rückmeldung.

H.

Mit einer Zwischenverfügung vom 28. Juli 2016 ordnet der Präsident der Schiedskommission die von den Verwertungsgesellschaften mit Eingabe vom 16. Juni 2016 begehrten vorsorglichen Massnahmen (vgl. oben E. B.) an.

I.

Mit Schreiben vom 12. August kündigt RA Kai-Peter Uhlig an, dass die in seinem obgenannten Schreiben vom 27. Juni 2016 in Aussicht gestellte Rechtschrift bis Freitag, 19. August 2016, eingereicht werde.

J.

Am 23. August 2016 erhält die Schiedskommission eine «Vernehmlassung» vom 19. August 2016 von RA Kai-Peter Uhlig namens und im Auftrag von 3 Plus Group AG, AZ Regionalfernsehen AG, AZ TV Productions AG, Canal 9, Canal Alpha Plus S.A., n-tv Nachrichtenfernsehen GmbH, ProSieben Puls 8 TV AG, ProSiebenSat.1 TV Deutschland GmbH, RTL 2 Fernsehen GmbH & Co. KG, RTL Disney Fernsehen GmbH & Co. KG, RTL Television GmbH, S1TV AG, SAT.1 Satelliten Fernsehen GmbH, Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG SSR, Stiftung Telebasel, Südostschweiz TV AG, Tele Ticinio SA, TeleBilingue AG, TV Léman Bleu SA, TVO AG, Vaud-Fribourg TV SA, VOX Television GmbH, Tele 1 AG (im Folgenden: Sendeunternehmen). Diese enthält die folgenden Anträge:

1. Den Gesuchsgegnerinnen seien im Verfahren die Rechte von Parteien gemäss Art. 6 VwVG einzuräumen.

2. Der Gemeinsame Tarif 12 gemäss Gesuch der Verwertungsgesellschaften vom 16. Juni 2016 sei nicht zu genehmigen, sofern nicht folgende Streichungen und Änderungen angebracht wurden:

(1) Streichung der Ziff. 1.2 lit. b und c sowie Ziff. 3 Abs. 2, verbunden mit

(2) Streichung der folgenden Passagen in Ziff. 4.1:

Abs. 1, in Satz 1, „und/oder für programmbezogene Aufzeichnungen im Rahmen eines Normal-Angebots“ sowie in der Klammer „und b“, sowie Satz 2

Abs. 2, in Satz 1, „und/oder für programmbezogene Aufzeichnungen im Rahmen eines Premium-Angebots“ sowie Satz 2,

Abs. 5 lit. b)

(3) Folgende Klarstellungen im Tariftext:

In Ziff. 1.1 Abs. 1, Satz 1: Der Tarif bezieht sich auf das Vervielfältigen *jeweils einzelner* Werke und Leistungen, *die gemäss der Vorauswahl des Endkunden aus* vom Dienstanbieter *weiterverbreiteten* Radio- und Fernsehprogramm durch den Endkunden [...] *aufgezeichnet werden* [...]

In Ziff. 1.3, neuer Absatz 2

Ebenfalls nicht in diesem Tarif geregelt ist die integrale Aufzeichnung vollständiger Fernsehprogramme zu dem Zweck, Endkunden zeitversetzt Zugang dazu zu gewähren (sogenanntes Catch-up-TV oder zeitversetztes Fernsehen).

3. Eventualiter:

Der Gemeinsame Tarif 12 gemäss Gesuch der Verwertungsgesellschaften vom 16. Juni 2016 sei nicht zu genehmigen, sofern nicht folgende Streichungen und Änderungen angebracht wurden:

(1) In Ziff. 1.2 lit. b

In Abs. 1 Punkt dd) Satz 1 mit folgender Fassung: die aufgezeichneten Sendungen müssen vollständig und integral, *d.h. unter Einbezug von Teletext und andern programmbegleitenden Signalen (insbesondere Steuerungssignale für interaktive Dienste der Sendeunternehmen wie beispielsweise HbbTV),* angeboten werden.

Streichung von Abs. 1 Punkt ee) und Abs. 2.

(2) In Ziff. 1.2 lit. c

Abs. 2 Punkt aa) mit folgender Fassung: beträgt die maximale Aufbewahrungszeit *48 Stunden*, [...]

In Abs. 2 Punkt cc) Satz 3 bis 5 zu ersetzen durch folgende Fassung: *„Dienstanbieter haben sicherzustellen, dass im aufgezeichneten Programm bzw. innerhalb der einzelnen Sendung enthaltene Werbung nicht übersprungen bzw. vorgespult werden kann oder dass beim Überspringen von Werbung durch den Endkunden erkennbare Werbung wiedergegeben wird, bevor die Wiedergabe des Inhalts der Sendung wiederaufgenommen wird. Werbung ist dadurch erkennbar, dass kein sichtbares Senderlogo im Sendesignal enthalten ist. Dienstanbieter, welche nicht in der Lage sind, Werbung zu erkennen, dürfen hinsichtlich dieser Programme generell keine Spul- oder Springfunktionen anbieten.“*

In Abs. 2 Punkt dd) Satz 1 mit folgender Fassung: die aufgezeichneten Sendungen müssen vollständig und *mit dem integralen Sendesignal, d.h. unter Einbezug sowie mitgelieferten Signalen wie Teletext und andern programmbegleitenden Signalen (insbesondere Steuerungssignale für interaktive Dienste der Sendeunternehmen wie beispielsweise HbbTV,* wiedergegeben werden.

Streichung von Abs. 2 Punkt ee) und Abs. 3.

(3) Einfügung in Ziff. 1 .2 eines neuen lit. d) *„Einschränkungen für programmbezogene Aufzeichnungen – Für programmbezogene Aufzeichnungen gelten zusätzlich die folgenden Einschränkungen:*

- der Aufzeichnungsbefehl muss für jedes Programm einzeln erteilt und periodisch, mindestens monatlich, neu erteilt werden;

- jegliche Form von Empfehlungen und Recommend-Funktionen (sog. Social Media-Funktionen) sowie Such- und Filterfunktionen, die das Aufsuchen oder Herausfiltern von bestimmten Sendungen innerhalb der Aufzeichnungen nach irgendwelchen Kriterien (beispielsweise — aber nicht

*abschliessend — Titel einer Sendung, Titel einer Serie, Staffel einer Serie, Produzent, Schauspieler, Drehbuchautor, Regisseur, Genre) ermöglichen, sind unzulässig; ausgenommen die Suche in Verbindung mit einer Angabe bzw. unter Einbezug des jeweiligen Programms;
- der Endkunde darf keine werkbezogenen Kopien von programmbezogenen Aufzeichnungen veranlassen können.“*

Als vorsorgliche Massnahme:

4. Die Zwischenverfügung vom 28. Juli 2016 über vorsorgliche Massnahmen betreffend den GT12 sei zu widerrufen und dem Gesuch um die vorsorgliche Massnahme (Antrag 2 der Gesuchstellerinnen vom 16. Juni 2016) sei nur unter der Massgabe stattzugeben, dass die dort begehrte Fortgeltung des bisherigen Tarifs den Einschränkungen gemäss dem Eventualbegehren unter vorstehender Ziff. 3 unterliegt.

Zum Verfahren:

5. Den Gesuchsgegnerinnen sei Einsicht in die Verfahrensakten sowie das Recht auf Anhörung (Art. 13 URV) in einer nach Art. 12 URV anzusetzenden Sitzung zu gewähren.

6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchstellerinnen.“

Zur Begründung führen die oben genannten Sendeunternehmen im Wesentlichen an, der geltende GT 12 basiere auf einer ungesicherten gesetzlichen Grundlage. Die Theorien, auf die sich die Schiedskommission bei ihrem letzten Genehmigungsbeschluss im Jahr 2012 gestützt habe, seien durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts inzwischen widerlegt worden. Die (Free-TV-)Sendeunternehmen, die in der Schweiz Werbung vermarkteten, seien durch den GT 12 in höchstem Masse betroffen. Unter anderem entgingen ihnen zunehmend Werbeeinnahmen aus dem betreffenden Markt, für das Jahr 2015 in der Höhe von mehr als 67 Mio. Franken. Denn die von den Diensteanbietern mitgelieferten Zusatzfunktionen wie «Spulen» und «Ansteuern» erlaubten es den Konsumenten, die enthaltene Werbung zu überspringen. Die Sendeunternehmen würden daher an Reichweite verlieren, der Basis für jegliche Art von Werbeeinnahmen.

Die Einnahmen aus dem GT 12 vermöchten diese Verluste in keiner Weise zu decken. Die Einbusse in ihrer gesamten Höhe beziehe sich auf die ganze Branche der in der Schweiz Werbung vermarktenden Free-TV-Sender und könne nicht anteilmässig den einzelnen im vorliegenden Verfahren um Parteistellung ringenden Sendeunternehmen zugewiesen werden. Hinzu käme eine massive und durch die Tarifabgeltung preisverzerrte Konkurrenzierung ihrer gegenwärtigen und künftigen nicht-linearen Angebote. Die Interessen der Sendeunternehmen seien in einem derart hohen Mass verletzt, dass sogar der sogenannte

Drei-Stufen-Test eine Verletzung indiziere. Die legitimen Ansprüche der Sendeunternehmen auf eine faire und ausgewogene Ausgestaltung des GT 12 seien in den Tarifverhandlungen unberücksichtigt geblieben. Die Verwertungsgesellschaften hätten die berechtigten Interessen der durch den GT 12 am unmittelbarsten und schwerwiegend betroffenen Rechteinhaber nicht wahrgenommen. Es müsse den Sendeunternehmen deshalb möglich sein, gemäss Art. 48 des Verwaltungsverfahrensgesetzes Beschwerde gegen einen allfälligen Genehmigungsbeschluss der Schiedskommission zu führen, und es sei ihnen daher bereits im Genehmigungsverfahren vor der Schiedskommission Parteistellung einzuräumen.

K.

Mit Präsidialverfügung vom 1. September 2016 wird den am vorliegenden Verfahren beteiligten Verwertungsgesellschaften und Nutzerorganisationen die Möglichkeit eingeräumt, bis zum 3. Oktober 2016 zu den in der oben unter Bst. J. genannten Rechtschrift vom 19. August 2016 gestellten Anträgen Ziffer 1 und Ziffer 5 Stellung zu nehmen. Auf entsprechende Gesuche seitens Swisstream und SUISSDIGITAL wird diese Frist den beiden Verbänden mit Präsidialverfügung vom 15. September 2016 bis zum 2. November 2016 erstreckt.

L.

Mit Eingabe vom 19. September 2016 teilt SUISSIMAGE mit, die Verwertungsgesellschaften verzichteten darauf, sich zur Frage der Parteistellung der oben in E. J. genannten Unternehmen im vorliegenden Verfahren zu äussern. Ferner hält SUISSIMAGE fest, besonders betroffenen Dritten, die im Tarifgenehmigungsverfahren eigene Anträge stellen und eine Sitzung der Schiedskommission erforderlich machen, sei gemäss Rechtsprechung der Schiedskommission im Fall ihres Unterliegens ein Teil der Kosten aufzuerlegen. Im Tarifgenehmigungsverfahren bestehe im Übrigen gemäss der einschlägigen Praxis kein Anspruch auf Parteientschädigung.

M.

Mit gemeinsamer Eingabe vom 2. November 2016 stellen Swisstream und SUISSDIGITAL folgende

„RECHTSBEGEHREN

1. Die Anträge Nr. 1 und Nr. 5 der Gesuchsgegnerinnen seien abzuweisen;
2. Auf die Anträge Nr. 2-4 und Nr. 6 sei nicht einzutreten;

mit den folgenden

VERFAHRENSANTRÄGEN

1. Soweit dem vorstehenden Rechtsbegehren Nr. 1 stattgegeben wird, sei die Rechtsschrift der Gesuchsgegnerinnen vom 19. August 2016 aus den Verfahrensakten zu entfernen, das Verfahren fortzusetzen und ein Genehmigungsentscheid zu fällen; eventualiter sei – soweit dem vorstehenden Rechtsbegehren Nr. 1 stattgegeben wird – die Rechtsschrift der Gesuchsgegnerinnen vom 19. August 2016 aus den Verfahrensakten zu entfernen, das Verfahren mit der Sitzung der Schiedskommission gemäss Art. 12 URV fortzusetzen, dabei die Vertreter der Gesuchsgegnerinnen ohne Gewährung einer Parteistellung in einem mündlichen Vortrag anzuhören und ein Genehmigungsentscheid zu fällen;
2. Soweit dem vorstehenden Rechtsbegehren Nr. 1 nicht stattgegeben wird, sei vor der Fortsetzung des Verfahrens ein Zwischenentscheid zu fällen;
3. Soweit einem oder beiden der vorstehenden Verfahrensanträge Nr. 1 und Nr. 2 nicht stattgegeben wird, sei Swisststream und Suissedigital je einzeln mittels Präsidialverfügung vor der Einberufung einer Sitzung der Schiedskommission nach Art. 12 URV eine Frist von mindestens 60 Tagen zur Einreichung von schriftlichen Stellungnahmen zu den Anträgen Nr. 2–4 und Nr. 6 der Gesuchsgegnerinnen anzusetzen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) mit solidarischer Haftung zulasten der Gesuchsgegnerinnen.“

Zur Begründung ihrer Anträge führen sie im Wesentlichen an, für jedes der oben genannten Sendeunternehmen müsste einzeln und substantiiert belegt werden können, dass ihm die Beschwerdelegitimation nach Art. 48 VwVG zukomme. Die entsprechenden Voraussetzungen seien jedoch offensichtlich nicht erfüllt, weshalb den Sendeunternehmen keine Parteistellung im vorliegenden Tarifverfahren zu gewähren sei. BGE 135 II 172, auf welches Urteil sich die Sendeunternehmen zwecks Geltendmachung ihrer Parteistellung insbesondere stützten, sei für den vorliegenden Zusammenhang nicht einschlägig. Wenn aber der Antrag Nr. 1 der Sendeunternehmen abzuweisen sei, habe dies zur Folge, dass dasselbe auch für den gegnerischen Antrag Nr. 5 (Akteneinsicht, Anhörung gemäss Art. 15 der Urheberrechtsverordnung) gelten müsse.

N.

Weitere Stellungnahmen gehen bei der Schiedskommission nicht ein.

O.

Mit Verfügung vom 23. Dezember 2016 weist der Präsident der Schiedskommission das in Rechtsbegehren Ziffer 4 der Eingabe der Sendeunternehmen vom 19. August 2016 enthaltene Wiedererwägungsgesuch, auch für den Fall, dass diese im vorliegenden Verfahren Parteistellung erlangen könnten, ab. Der Entscheid über die Kosten für diese Verfügung wurde aufgeschoben.

P.

Auf weitere Vorbringen der Beteiligten wird soweit erforderlich im Rahmen der untenstehenden Erwägungen eingegangen.

II. Die Schiedskommission zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 55 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. Oktober 1992 (Urheberrechtsgesetz, URG, SR 231.1) ist die Schiedskommission zuständig für die Genehmigung der Tarife der Verwertungsgesellschaften gemäss Art. 46 URG. Diese werden für die von ihnen geforderten Vergütungen aufgestellt, wobei die Verwertungsgesellschaften über die Gestaltung der Tarife mit den massgebenden Nutzerverbänden verhandeln (Art. 46 Abs. 1 und 2 URG). Die Schiedskommission genehmigt einen Tarif, wenn er in seinem Aufbau und in den einzelnen Bestimmungen im Sinne von Art. 60 URG angemessen ist (vgl. Art 59 Abs. 1 URG). Sie kann nach Anhörung der am Verfahren beteiligten Verwertungsgesellschaft(-en) und der Nutzerverbände Änderungen am Tarif vornehmen (Art. 59 Abs. 2 URG). Gemäss Art. 59 Abs. 3 URG sind die von der Schiedskommission genehmigten Tarife für die (Zivil-)Gerichte zwar verbindlich, die Verbindlichkeit erstreckt sich allerdings gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht auf die Beurteilung der gesetzlichen Grundlage eines Tarifs (BGE 135 II 172 E. 2.3.3 *GT 3c*).

1.2 Der Präsident oder die Präsidentin der Schiedskommission stellt den Antrag auf Genehmigung eines Tarifs den massgebenden an den Verhandlungen mit den Verwertungsgesellschaften beteiligten Nutzerverbänden unter Ansetzung einer angemessenen Frist zur schriftlichen Vernehmlassung zu (Art. 10 Abs. 2 der Verordnung über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 26. April 1993 [Urheberrechtsverordnung, URV, SR 231.11]). Parteien im Tarifgenehmigungsverfahren vor der Schiedskommission sind demnach grundsätzlich die Verwertungsgesellschaften und die Nutzerverbände.

1.3 Im Bereich der zwingenden kollektiven Verwertung, deren Sinn gerade darin liegt, dass die jeweiligen Rechte nur über zugelassene Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden dürfen, kann es prinzipiell keine Tarifverhandlungen zwischen Verwertungsgesellschaften und Rechteinhabern geben (ERNST BREM/VINCENT SALVADÉ/GREGOR WILD, in: Müller/Oertli (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, URG, 2. Aufl. 2012, Art. 59 URG N 6). Auf Seiten der Nutzer wurde in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts die – an sich naheliegende – Ausnahme für Fälle erwähnt, in welchen ein Tarif bloss eine Nutzerin betrifft. So etwa die Tarife A Radio und A Fernsehen der SWISSPERFORM, die lediglich die SRG SSR als Nutzerin betreffen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2385/2013 vom 27. Juni 2014 E. 2.1.5.1, 2.2 *GT 12*).

2.

Gemäss Art. 55 Abs. 2 URG i.V.m. Art. 4 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021) gilt hinsichtlich der Organisation und des Verfahrens vor der Schiedskommission das VwVG, soweit die URV (oder das URG) keine abweichenden Bestimmungen enthält. Allenfalls abweichende Regelungen sind möglichst im Einklang mit dem VwVG auszulegen (vgl. BGE 135 II 172 E. 2.3.2 *GT 3c*).

Gemäss Art. 11 URV, zweiter Halbsatz, ergehen Zwischenverfügungen der Schiedskommission auf dem Zirkulationsweg.

3.

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht im Tarifgenehmigungsverfahren eine im Vergleich zum gewöhnlichen Verwaltungsverfahren erhöhte Mitwirkungspflicht der Parteien (vgl. Art. 13 Abs. 1 VwVG). Dies gilt insbesondere auch für das Beibringen von Gründen und Beweismitteln, die für die eigene Parteistellung sprechen (vgl. BGE 133 II 163 E. 5.4 *GT 4d* mit Bezug auf die Qualifikation einer Konsumentenschutzorganisation als «massgeblicher Nutzerverband»).

4.

4.1 Parteistellung zu besitzen bedeutet, Inhaber wichtiger prozessualer Rechte und Pflichten zu sein. Die Partei hat Anspruch auf rechtliches Gehör, Recht auf Akteneinsicht, auf eine förmliche Verfügung, eine Mitwirkungspflicht und im Rahmen der Dispositionsmaxime die Befugnis, über den Gegenstand des Verfahrens zu verfügen (MARINO LEBER, Parteistellung im Verwaltungsverfahren, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann [Hrsg.], Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren, 2008, S. 18 f.). Die rechtsanwendende Behörde muss von Amtes wegen bestimmen, wer im Sinne von Art. 6 VwVG als Partei (und damit als Träger prozessualer Rechte und Pflichten) und wer (nur) als «weiterer Beteiligter» (ohne Parteistellung) oder gar nicht in ein Verfahren einzubeziehen ist. Wer entgegen seinen Anträgen in einem Verfahren nicht als Partei zugelassen wird, erhält für die gerichtliche Klärung dieser Frage Parteistellung (VERA MARANTELLI/SAID HUBER in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 6 VwVG N 4). Zum Teil ist in Spezialgesetzen des Bundesverwaltungsrechts eine Erweiterung des Kreises möglicher Verfahrensbeteiligter gemäss dem VwVG vorgesehen, damit Dritte – ohne oder nur mit eingeschränkten Parteirechten – an erstinstanzlichen Verfahren teilnehmen können. Umgekehrt kann eine Verfahrensbeteiligung aber auch spezialgesetzlich eingeschränkt sein (MARANTELLI/HUBER, a.a.O., Art. 6 VwVG N 5).

4.2 Weder dem URG noch der URV ist eine Erweiterung der Parteistellung über die Verwertungsgesellschaften und die Nutzerverbände hinaus zu entnehmen. Mit dem System der kollektiven Verwertung soll dem Grundsatz nach insbesondere ausgeschlossen werden, dass sich einzelne Rechteinhaber am Tarifverfahren beteiligen. Dafür sind die Verwertungsgesellschaften gemäss Art. 44 URG gegenüber den Rechteinhabern verpflichtet, die zu ihrem Tätigkeitsgebiet gehörenden Rechte wahrzunehmen, worunter auch die Tarifpflicht gemäss Art. 46 URG fällt.

5.

Gemäss Art. 6 VwVG gelten neben den Verfügungsadressaten auch Dritte, denen ein Rechtsmittel zusteht, als Parteien. Parteistellung und Beschwerdebefugnis sind demnach nach der Regelung des VwVG aufeinander abgestimmt: Art. 6 VwVG umschreibt den Parteibegriff offen und knüpft über den Verweis auf die Beschwerdebefugnis gemäss Art. 48 VwVG an das Rechtsschutzinteresse an (BGE 139 II 328 E. 4.1, Urteil des Bundesgerichts 2C_888/2015 vom 23. Mai 2016 E. 2.2; vgl. ISABELLE HÄNER, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zürich 2000, N 262). Daraus folgt, dass mit dem Kreis der beschwerdeberechtigten Personen mittelbar auch die Parteien des erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens umschrieben werden (BGE 139 II 328 E. 4.2).

6.

Gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde legitimiert, wer:

a.) vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat 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. Das besondere Berührtsein und das schutzwürdige Interesse sind kumulative Erfordernisse (vgl. MARANTELLI/HUBER, a.a.O., Art. 48 VwVG N 10). Zu den Parteien zählen nebst den materiellen Verfügungsadressaten auch Dritte, die in einem besonders engen, spezifischen Verhältnis zum Verfügungsgegenstand stehen und deren Situation durch den Ausgang des Verfahrens in relevanter Weise beeinflusst werden kann (BGE 139 II 328 E. 4.1).

Das Bundesgericht geht davon aus, dass die Legitimation einzelfallweise beurteilt werden müsse. Für die Legitimation von Drittbetroffenen wird im Wesentlichen verlangt, dass diese stärker als jedermann betroffen sind und eine besondere, beachtenswerte, nahe Beziehung zur Streitsache aufweisen (BGE 123 II 376 E. 2). Deren aktive Beteiligung am Verfahren wird insoweit als Ausnahmetatbestand begriffen (zum Ganzen: HÄNER, a.a.O., S. 1).

7.

7.1 Die Schiedskommission trat in der Vergangenheit auf Eingaben von Dritten, einschliesslich solcher von Rechteinhabern, in der Regel nicht ein (vgl. Beschluss der ESchK vom 14. Dezember 2004 E. II./8. betreffend *GT 2b*, Beschluss der ESchK vom 8. April 2008 E. II./6.b betreffend *GT 3c* [nicht rechtskräftig]; BREM/ SALVADÉ/ WILD, a.a.O., Art. 59 URG N 6).

7.2 Gemäss neuerer Rechtsprechung (BGE 135 II 172 *GT 3c*) hat die Schiedskommission jedoch gegebenenfalls zu prüfen, ob und wie weit Dritte, die durch einen Genehmigungsbeschluss in ihren schutzwürdigen Interessen besonders berührt sind, Parteien im Sinne von Art. 6 VwVG sind und ihnen daher Parteirechte zukommen. Die Schiedskommission hat dabei zu prüfen, ob Art. 48 VwVG diesen Dritten eine Beschwerdelegitimation einräumt (vgl. Beschluss der ESchK vom 16. Dezember 2010 E. II./4 betreffend *GT 3c*). Wenn also die Rechteinhaber trotz der obenstehenden grundsätzlichen Ausführungen (ausnahmsweise) zur Anfechtung eines Tarifs mittels Beschwerde legitimiert sind, ist ihnen nach Art. 6 VwVG auch das Recht zur Teilnahme als Partei im Genehmigungsverfahren vor der Schiedskommission zuzuerkennen (BGE 135 II 172 E. 2.3.4 *GT 3c*; vgl. BREM/SALVADÉ/WILD, a.a.O., Art. 59 URG N 6). Dies gilt insbesondere dort, wo Rechte die bisher individuell wahrgenommen worden sind, neu der kollektiven Verwertung unterstellt werden sollen (vgl. BGE 135 II 172 E. 2.3.1 *GT 3c*).

7.3 Im letzten Genehmigungsverfahren vor der Schiedskommission betreffend den GT 12 hat bereits die Schweizerische Vereinigung zur Bekämpfung der Piraterie (SAFE) versucht, Parteistellung zu erlangen. Die Schiedskommission hat den Antrag abgewiesen (vgl. Beschlüsse der ESchK vom 30. November 2012 bzw. 17. Dezember 2012 E. II./2.2 bis 2.4 betreffend *GT 12*). Zwar hat SAFE den Beschluss der Schiedskommission aus dem Jahr 2012 nicht an die Beschwerdeinstanz weitergezogen, doch hat das (am vorinstanzlichen Verfahren nicht beteiligte) Sendeunternehmen ProSiebenSat.1 Media AG Beschwerde gegen den Beschluss geführt, die zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2385/2013 vom 27. Juni 2014 *GT 12* geführt hat. Darin kam das Bundesverwaltungsgericht vordergründig zum Schluss, es stelle keinen verbotenen überspitzten Formalismus dar, wenn man das Kriterium von Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG (Teilnahme am Vorverfahren oder keine Möglichkeit zur Teilnahme) als Voraussetzung für die Beschwerdelegitimation verstehe (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2385/2013 vom 27. Juni 2014 E. 2.1.5.2, 2.2 *GT 12*). Dennoch hat das Bundesverwaltungsgericht auch angefügt, dass der ProSiebenSat.1 Media AG (angesichts der damals eingereichten Beweismittel) der Nachweis nicht gelungen sei, dass sich ihre Interessen wesentlich von den-

jenigen anderer Sendeunternehmen bzw. Verwertungsgesellschaften unterscheiden würden. Das genannte Sendeunternehmen befinde sich nicht in einer einzigartigen Situation, weshalb davon auszugehen sei, dass die Vertretung seiner Interessen im Tarifgenehmigungsverfahren durch andere Sendeunternehmen bzw. durch die Verwertungsgesellschaften gewahrt worden sei. Es stelle sich die Frage, ob ein Grund dafür ersichtlich sei, warum die Interessen des Sendeunternehmens als Rechteinhaberin von den Verwertungsgesellschaften nicht hinreichend wahrgenommen worden sein sollten. Eine allenfalls unterschiedliche Rechtsauffassung allein vermöge entsprechende Interessensdivergenzen allerdings nicht zu begründen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2385/2013 vom 27. Juni 2014 E. 2.1.5.3, 2.2 GT 12). SAFE hat in diesem Beschwerdeverfahren eine Stellungnahme abgegeben, aber ohne Parteirechte geltend zu machen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2385/2013 vom 27. Juni 2014 Bst. C.c. GT 12). Der dem Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht zugrundeliegende Beschluss der Schiedskommission ist (formell) rechtskräftig geworden.

8.

Mit Catch-up-TV sind Aufzeichnungen gemeint, bei welchen der Aufzeichnungsbefehl nicht werkbezogen, sondern programmbezogen erteilt wird (vgl. Beschluss der ESchK vom 30. November 2012 bzw. 17. Dezember 2012 E. II./4 betreffend GT 12). Im Verfahren, das zum letzten Genehmigungsbeschluss betreffend GT 12 geführt hat, war ein ursprünglich strittiges Tarifgesuch der Verwertungsgesellschaften zu genehmigen. Die Verhandlungen vor der Schiedskommission führten zur Abweisung des Gesuchs um Parteistellung von SAFE und zu einem Vergleich zwischen den Verwertungsgesellschaften und Nutzerorganisationen, aufgrund dessen der GT 12 schliesslich genehmigt werden konnte. In der genehmigten Fassung des GT 12 wurde das Catch-up-TV des Free-TV als Privatgebrauch qualifiziert und der kollektiven Verwertung unterstellt.

Der genannte Beschluss wurde im Schrifttum neutral aufgenommen bzw. stiess auf Zustimmung. So qualifizierte MAFFUCCI nicht nur Catch-up-TV des Pay-TV explizit «analog der Feststellung der ESchK in Bezug auf die Programme des Free-TV» als Privatgebrauch im Sinne von Art. 19 Abs. 1 Bst. a URG i.V.m. Art. 19 Abs. 2 URG (vgl. MARCO MAFFUCCI, Die Anwendbarkeit des GT 12 auf Catch-up-TV von Programmen des Pay-TV, Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht sic! 2015, S. 561 ff., S. 565), sondern plädierte sogar für eine analoge Anwendung des GT 12 auf das Catch-up-TV von Programmen des Pay-TV. Unkritisch zu diesem Beschluss äusserte sich WIGGER anlässlich einer Urteilsanmerkung zum Urteil des Bundesverwaltungsge-

richts B-2385/2013 vom 27. Juni 2014 GT 12 (vgl. dazu oben E. 6.3) (vgl. FABIAN WIGGER, Anmerkung zu GT 12: Catch-up-TV, Bundesverwaltungsgericht vom 27. Juni 2014, Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht sic!, S. 778 f., S. 779).

9.

Im Einzelnen machen die Sendeunternehmen zur Begründung ihrer Parteistellung Folgendes geltend: Sie hätten mit Schreiben an die Schiedskommission vom 27. Juni 2016 frühzeitig ihre Stellungnahme im Tarifgenehmigungsverfahren in Aussicht gestellt. Sie hätten sich damit den Vorgaben des Bundesverwaltungsgerichts folgend in einem «kurzen Schreiben» mit ihrem Anspruch auf Parteistellung zu erkennen gegeben. Gleichwohl seien ihnen Parteirechte bislang nicht zugestanden worden. Namentlich sei ihnen weder die Zwischenverfügung der Schiedskommission vom 28. Juli 2016 betreffend vorsorgliche Massnahmen eröffnet, noch seien sie dazu angehört worden. Die von ihnen beanspruchte Parteistellung hänge derart eng mit den materiell-rechtlichen Fragen des vorliegenden Verfahrens zusammen, dass es zur Wahrung ihrer rechtlichen Interessen geboten sei, diese mit der ausführlichen Stellungnahme vom 19. August 2016 zu behandeln.

Diese materiell-rechtlichen Fragen schätzen die Sendeunternehmen im Wesentlichen wie folgt ein: Die heute praktizierte Form des TSV (Time Shifted Viewing, zeitversetztes Fernsehen), wie sie Gegenstand des GT 12 sei, überschreite die gesetzlichen Grenzen des privaten Eigengebrauchs gleich mehrfach. Mit der derzeitigen Wahrnehmungspraxis seien schwerwiegende Nachteile für die Sendeunternehmen verbunden und erhebliche rechtliche Risiken für die Anbieter entsprechender Dienste. Die Verhältnisse hätten sich seit dem Beschluss der Schiedskommission vom 30. November bzw. vom 17. Dezember 2012 geändert, weswegen der Tarif einer nochmaligen rechtlichen Überprüfung bedürfe. Zudem stünden die Angebote des TSV in Konkurrenz mit dem Primärangebot der Rechteinhaber und gefährdeten deren kommerzielle Werknutzung, namentlich auch im Hinblick auf tarifinduzierte Einbussen im TV-Werbe-

10.

Dagegen bringen Swisstream und SUISSEDIGITAL in ihrer gemeinsamen Stellungnahme vom 2. November 2016 vor, die Sendeunternehmen hätten für sich je einzeln ihr besonderes Berührtsein und ihre schutzwürdigen Interessen nachweisen müssen, um im vorliegenden Verfahren gegebenenfalls zu Parteistellung erlangen. Ein Vertreter der Sendeunternehmen habe an den Tarifverhandlungen sehr wohl teilnehmen können. Dieser habe in treuwidriger Weise erst in der letzten Verhandlungssitzung die materiell-rechtliche Vorfrage, ob die

hier zur Rede stehenden Sachverhalte unter die kollektive Verwertung fielen, wieder aufgebracht (Verweis auf Verhandlungsprotokoll vom 24. Mai 2016, Beilage 29 zum Genehmigungsgesuch der Verwertungsgesellschaften vom 16. Juni 2016, S. 4). Das Bundesgericht habe aber im Urteil BGE 140 II 438 E. 6.7 *Tarif A Radio (Swissperform)* festgehalten, dass zivilrechtliche Vorfragen von der Schiedskommission im Tarifgenehmigungsverfahren bloss dann (vorfrageweise) zu klären seien, wenn sie bereits im Rahmen der Verhandlungen zwischen den Tarifparteien umstritten gewesen seien. Dies treffe vorliegend nicht zu. In der kollektiven Verwertung könnten wesensgemäss nicht alle Interessen Einzelner berücksichtigt werden. Ferner fehle es den Sendeunternehmen auch am erforderlichen schutzwürdigen Interesse gemäss Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG und damit im Ergebnis an der Legitimation zur Beschwerde gegen den Genehmigungsbeschluss, was angesichts der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesgerichts eine Parteistellung im Verfahren vor der Schiedskommission ausschliesse. Generell fehle es den oben genannten Sendeunternehmen ohnehin an den Voraussetzungen von Art. 48 Abs. 1 VwVG und sie legten diese auch nicht substantiiert dar, obwohl sie diesbezüglich eine Beweislast treffe. BGE 135 II 172 *GT 3c* stelle keine Grundlage dar, auf deren Basis die Sendeunternehmen im vorliegenden Verfahren Parteistellung beantragen könnten, insbesondere da über die Frage einer Unterstellung unter die Kollektivverwertung bereits mit dem letzten Beschluss der Schiedskommission betreffend den GT 12 entschieden worden sei. Die Gruppe der Sendeunternehmen sei zudem sehr heterogen zusammengesetzt. Die Sendeunternehmen könnten daher von einem allfälligen Genehmigungsbeschluss der Schiedskommission betreffend den GT 12 unmöglich alle gleichermassen betroffen sein. Das Erfordernis der materiellen Beschwer sei allerdings bei allen oben genannten Sendeunternehmen so oder so nicht erfüllt, da sich ihre Situation nicht vom Grossteil der Rechteinhaber unterscheide. Weder seien sie durch einen allfälligen Genehmigungsbeschluss der Schiedskommission besonders berührt, noch hätten sie ein schutzwürdiges und praktisches Interesse an dessen Aufhebung. Die Sendeunternehmen stützten sich bei ihrer gegenteiligen Behauptung insbesondere auf die nach Auffassung der Nutzerorganisationen Nr. 1 und 2 irriige Vorstellung, dass TSV bei ihnen zu Umsatzausfällen führen würde. Auch dies werde allerdings bloss behauptet und nicht mit Beweismitteln untermauert. Tatsächlich lägen aber weder ein Umsatzeinbruch noch ein Schaden vor bei den Sendeunternehmen vor.

11.

Die Sendeunternehmen sind keine Personen, deren Rechte oder Pflichten die ausstehende Verfügung der Schiedskommission über die Genehmigung des GT 12 im Sinne von Art. 6 VwVG berühren soll, zumal Art. 6 VwVG im Lichte

von Art. 46 Abs. 2 und Art. 59 Abs. 2 URG auszulegen ist, wonach im Tarifgenehmigungsverfahren lediglich den Verwertungsgesellschaften und den Nutzerverbänden Parteieigenschaft zukommt (vgl. Beschluss der ESchK vom 16. Dezember 2010 E. II./4 betreffend *GT 3c*). Im Folgenden ist aber aufgrund des oben Gesagten (vgl. oben E. 7.2) auch noch die (potentielle) Beschwerdelegitimation der Sendeunternehmen gegen den ausstehenden Beschluss der Schiedskommission im Genehmigungsverfahren *GT 12* gemäss Art. 48 VwVG zu prüfen. Denn als zur Beschwerde legitimierte Personen wäre den Sendeunternehmen im Tarifgenehmigungsverfahren vor der Schiedskommission Parteistellung zu gewähren.

11.1 Gemäss Art. 48 Abs. 1 Bst. a ist zur Beschwerde berechtigt, wer am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat. Dieses Erfordernis ist hier für die 23 Sendeunternehmen unabhängig vom Ausgang des Verfahrens um Gewährung der Parteistellung als erfüllt anzusehen, da diese entweder von der Schiedskommission als Partei beteiligt oder vom Verfahren ausgeschlossen werden. Im letzteren Fall werden sie vorbehältlich der weiteren Voraussetzungen der Beschwerdelegitimation aber ebenfalls zur Beschwerde legitimiert sein, da es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ausreichend ist, wenn die betreffenden Dritten «schuldlos» nicht in der Lage waren, am Tarifgenehmigungsverfahren vor der Schiedskommission teilzunehmen (vgl. BGE 135 II 172 E. 2.2.1).

Dies ist als erfüllt zu betrachten, da die Sendeunternehmen in ihrer Stellungnahme vom 19. August 2016 die Parteistellung im vorliegenden Verfahren beantragt und dies entsprechend begründet haben.

11.2 Gemäss Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c VwVG kommen als weitere Erfordernisse hinzu, dass die Person durch die angefochtene Verfügung «besonders berührt» ist und ein «schutzwürdiges Interesse» an deren Aufhebung oder Änderung hat. Diese beiden Kriterien hängen eng zusammen, obwohl die Kriterien von Art. 48 Abs. 1 VwVG kumulativ erfüllt sein müssen (vgl. ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. 2013, N 941, mit Hinweis auf die Rechtsprechung).

Das besondere Berührtsein macht es erforderlich, dass die beschwerdeführende Person mehr betroffen ist als die Allgemeinheit. Sie muss in einer beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stehen (KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., N 942; vgl. BGE 135 II 430 E. 1.1 mit Bezug auf Art. 89 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 [Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 173.110]). Der Nachteil, den es abzuwenden gilt, muss für die beschwerdeführende Partei von einigem Gewicht und der Schadenseintritt

relativ wahrscheinlich sein. Bloss geringfügige und unwahrscheinliche Beeinträchtigungen reichen nicht aus. Im Rahmen der Darlegung der Legitimationsvoraussetzungen muss die Person umgekehrt nicht den vollen Beweis der Betroffenheit erbringen (KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., N 942).

Hinsichtlich des schutzwürdigen Interesses im Sinne von Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG (Rechtsschutzinteresse) gilt, dass dieses für die Legitimation zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kein rechtlich geschütztes Interesse verlangt wird. Es genügen rechtliche oder tatsächliche Interessen. Das schutzwürdige Interesse besteht im praktischen Nutzen, der sich ergibt, wenn mit der Gutheissung einer Beschwerde ein Nachteil in wirtschaftlicher, materieller, ideeller oder anderer Hinsicht abgewendet werden kann. Die rechtliche oder tatsächliche Situation muss durch den Ausgang des Verfahrens unmittelbar beeinflusst werden können und das Interesse muss aktuell sein (vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., N 944 ff.). Kein ausreichendes Rechtsschutzinteresse besteht dann, wenn die Interessen in einem anderen Verfahren gewahrt werden können, z. B. in einem Zivilprozess (BGE 131 II 587 E. 4.1.1; vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., N 947).

Eine streng rechtslogische, begrifflich fassbare Eingrenzung der Beschwerdebefugnis erscheint aufgrund der offenen Umschreibung der Legitimationsvoraussetzungen nur schwer möglich und muss bezogen auf das jeweilige Rechtsgebiet erfolgen (vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., N 947). Ist eine Vielzahl von Personen besonders berührt, stellt dies zwar keinen Grund dar, ihnen die Beschwerdebefugnis abzusprechen, doch gilt es auch, Praktikabilitätsaspekte zu beachten; namentlich soll die Verwaltungstätigkeit nicht übermässig erschwert werden (vgl. MARANTELLI/HUBER, a.a.O., Art. 48 VwVG N 12).

Die von einem Tarif im Sinne von Art. 46 Abs. 1 URG betroffenen Personen sind durch diesen von vornherein stärker als die Allgemeinheit betroffen. Dies kann im Lichte der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 135 II 172) allerdings nicht dazu führen, dass deren besonderes Berührtsein insgesamt zu bejahen ist. Vielmehr muss das besondere Berührtsein vorliegend im Vergleich zu den übrigen dem Tarif unterworfenen Rechtssubjekten beurteilt werden.

Die Sendeunternehmen bringen vor, durch den Tarif als solche stärker als andere dem Tarif unterworfenen Berechtigte betroffen zu sein, da ihnen infolge der reduzierten Reichweite Werbeeinnahmen in Millionenhöhe entgingen, was über die Tarifeinnahmen nicht kompensiert werden könne. Dabei lassen ihre Ausführungen und die eingereichten Beweismittel eine Klärung der Frage ver-

missen, ob die offenbar sinkenden erzielbaren Werbeeinnahmen und die eingeschränkte Reichweite im Bereich des linearen Free-TV nicht auch andere Gründe als den in Kraft stehenden GT 12 haben können und in welchem Verhältnis diese Ursachen stehen. Darin ist ebenso eine Verletzung der im Tarifgenehmigungsverfahren auch hinsichtlich der Geltendmachung der Parteistellung erhöhten Mitwirkungspflicht (vgl. oben unter E. 7) zu sehen, wie in dem Umstand, dass es die Sendeunternehmen unterlassen haben, ihr besonderes Berührtsein wie auch ihre schutzwürdigen Interessen mit Bezug auf jedes einzelne Unternehmen darzulegen. Vielmehr werden diese für die Sendeunternehmen in ihrer Eingabe vom 19. August 2016 pauschal in Anspruch genommen. Anders als im besonderen Verfahren vor dem Bundesgericht, das zu BGE 135 II 175 *GT 3c* geführt hat, scheinen die Sendeunternehmen ihre Rechte im Bereich Catch-up-TV vor der Unterstellung unter die kollektive Verwertung auch nicht weitgehend selbst wahrgenommen zu haben (vgl. dazu BGE 135 II 176 E. 2.3.1 *GT 3c*). Seit dem Jahr 2012 wäre dies mit dem für die Zeit danach genehmigten GT 12 kaum vereinbar und vorher angesichts der technischen Entwicklung noch kein Thema gewesen (vgl. oben E. 8). Die Sendeunternehmen behaupten diesbezüglich zwar das Gegenteil, dies allerdings ohne entsprechende Belege beizubringen (vgl. Stellungnahme der Sendeunternehmen vom 19. August 2016 N 67). Auch dies ist mit der im Tarifgenehmigungsverfahren erhöhten Mitwirkungspflicht nicht zu vereinbaren. Im Beschluss der Schiedskommission aus dem Jahr 2012 war zwar schliesslich ein «Einigungstarif» zu prüfen, dessen Angemessenheitsprüfung im weiteren Sinne durch die Schiedskommission schloss aber angesichts von Art. 40 Abs. 1 URG auch die materiell-rechtliche Vorfrage nach der gesetzlichen Grundlage mit ein (vgl. Beschluss der ESchK vom 30. November 2012 bzw. 17. Dezember 2012 E. II./2.3, 4 ff. betreffend *GT 12*).

Auch nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts als Beschwerdeinstanz (vgl. Art. 74 Abs. 1 URG) hat die Schiedskommission das Thema Catch-up-TV damals eingehend geprüft und die Interessen der Sendeunternehmen fanden schon damals Berücksichtigung (vgl. Urteil B-2385/2013 vom 27. Juni 2014 E. 2.1.5.3 *GT 12*). Der vorliegende Fall ist insofern nicht mit demjenigen identisch, in welchem sich anlässlich der erstmaligen Unterstellung eines Sachverhalts unter die kollektive Verwertung die Frage nach der gesetzlichen Grundlage hierfür stellt. Dies gilt auch mit Blick auf das Verfahren zur Genehmigung des GT 3c [2011–2014], in welchem die Schiedskommission dem Europäischen Fussballverband UEFA sowie der SRG SSR insoweit Parteistellung eingeräumt hat, als es um die Frage ging, ob das vom Tarif erfasste Public Viewing eine dem Zwang zur kollektiven Verwertung unterstellte Nutzung sei oder allenfalls durch den Rechteinhaber selbst wahrgenommen werden könne. Nachdem die Parteistellung der UEFA und der SRG SSR im Verfahren betreffend

die erstmalige Genehmigung des GT 3c [1. Mai 2008 bis 31. Dezember 2010] (vgl. Beschluss der ESchK vom 8. April 2008 betreffend *GT 3c*) in BGE 135 II 172 bejaht und die Sache zur materiellen Beurteilung an das Bundesverwaltungsgericht zurückgewiesen worden war, war damals das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2346/2009 vom 21. Februar 2011, das sich erst noch mit der Frage nach der gesetzlichen Grundlage für den betreffenden Tarif auseinandersetzen musste, noch ausstehend. Daher scheint es nur folgerichtig, dass den betreffenden Dritten auch im Genehmigungsverfahren betreffend den Folgetarif vor der Schiedskommission im geschilderten Umfang bis auf weiteres Parteistellung gewährt wurde.

Zudem hat sich die Schiedskommission mit den von den Sendeunternehmen vorgebrachten Argumenten, die Unterstellung des Catch-up-TV unter die zwangsweise Kollektivverwertung sei falsch, weil dieses erstens keinen erlaubten privaten Eigengebrauch darstelle (vgl. Stellungnahme der Sendeunternehmen vom 19. August 2016 N 130 ff.), zweitens die Kollektivverwertung eine «normale» Rechtsverwertung durch die Rechteinhaber verunmögliche und gegen deren legitime Interessen verstosse bzw. dem «Dreistufentest» nicht standhalte (vgl. Stellungnahme der Sendeunternehmen vom 19. August 2016 N 184 ff.) in ihrem Beschluss vom 30. November 2012 bzw. 17. Dezember 2012 betreffend *GT 12* bereits eingehend auseinandergesetzt und diese nicht als Hindernis für eine Tarifgenehmigung angesehen (vgl. E. 7 ff. des genannten Beschlusses hinsichtlich der Qualifizierung als Eigengebrauch und E. 10 ff. mit Bezug auf den Dreistufentest). Gemäss der Rechtsprechung der Schiedskommission werden im Rahmen des Catch-up-TV ferner keine «im Handel erhältlichen Werkexemplare» im Sinne von Art. 19 Abs. 3 Bst. a URG vervielfältigt (Beschluss der ESchK vom 30. November 2012 bzw. 17. Dezember 2012 E. 9, S. 43 betreffend *GT 12*; vgl. demgegenüber Stellungnahme der Sendeunternehmen vom 19. August 2016, N 167 f.).

Die Sendeunternehmen legen zwar ein Gutachten von Prof. Cherpillod ins Recht (vgl. Beilage 58 f. zur Stellungnahme der Sendeunternehmen vom 19. August 2016), das die Unterstellung des Catch-up-TV unter die zwangsweise Kollektivverwertung und damit den Beschluss der Schiedskommission aus dem Jahr 2012 kritisiert. Dies ändert aber nichts daran, dass es vorliegend nicht um die erstmalige Beurteilung der gesetzlichen Grundlage für den GT 12 geht, in welchem Fall Dritte im Lichte von BGE 135 II 172 bei besonderer Betroffenheit und schutzwürdigem Interesse einen Anspruch auf Parteistellung im Tarifgenehmigungsverfahren hätten. In ähnlicher Weise können die Sendeunternehmen ihre Parteistellung im vorliegenden Verfahren nicht damit begründen, dass der damalige Beschluss der Schiedskommission mit dem inzwischen ergangenen BGE 140 III 616, insbesondere dessen E. 3.4.2 unvereinbar sei.

Es wird unabhängig von einer Beteiligung der Sendeunternehmen als Partei im vorliegenden Verfahren Aufgabe der Schiedskommission sein, in ihrem Beschluss die einschlägige Rechtsprechung der übergeordneten Instanzen zu beachten (Rechtsanwendung von Amtes wegen).

Der in BGE 135 II 172 umstrittene GT 3c wurde kurz vor der EURO 2008 eingeführt, was die damals um eine Beteiligung am Verfahren ringenden Dritten im Vergleich zu den inskünftig betroffenen Rechteinhabern in höherem Masse als betroffen erscheinen liess, als es hier der Fall ist (diese Dritten hatten insbesondere bereits rechtsrelevante Handlungen im Rahmen der individuellen Verwertung vorgenommen, vgl. BGE 135 II 172 E. 2.3.1 *GT 3c*). Das Bundesverwaltungsgericht hat ferner in einem obiter dictum bereits in seinem Urteil B-2385/2013 vom 27. Juni 2014 E. 2.1.5.3 *GT 12* festgehalten, dass sich ein einzelnes Sendeunternehmen im Rahmen des GT 12 nicht in einer einzigartigen Situation befinde, weshalb davon auszugehen sei, dass die Vertretung seiner Interessen im Tarifgenehmigungsverfahren durch andere Sendeunternehmen bzw. die Verwertungsgesellschaften gewahrt sei (vgl. oben E. 7.3). Dies spricht auch vorliegend gegen das besondere Berührtsein der im vorliegenden Verfahren Parteistellung beantragenden Sendeunternehmen. Mit Blick auf das besondere Berührtsein erscheint letztlich auch die Stellungnahme der Sendeunternehmen vom 19. August 2016 zumindest in sich widersprüchlich, ist doch deren N 85 zu entnehmen, dass die Rechtsfragen, die sich vorliegend im Zusammenhang mit dem Eigengebrauch stellen, alle Rechteinhaber in ähnlicher Weise betreffen würden und von der Schiedskommission in ihrer gesamten «Wahrnehmungspraxis» von Amtes wegen zu berücksichtigen seien.

Dass sich die Verhältnisse seit dem letzten GT 12-Genehmigungsbeschluss geändert haben, wie die Sendeunternehmen vorbringen, bedeutet, dass diese hinsichtlich der Einbussen für die Werbedienstleistungen nun auf konkrete Zahlen verweisen (Tarifeinnahmen im Vergleich zu den Verlusten im Werbegeschäft) können und dass diese Verluste offenbar von Jahr zu Jahr steigen. Die Beurteilung der gesetzlichen Grundlage für die Unterstellung des GT 12 unter die kollektive Verwertung durch die Schiedskommission im Beschluss aus dem Jahr 2012 hängt indessen nicht von diesen Zahlen ab, sondern von den gesetzlichen Grundlagen. Insoweit liegt keine neue Situation vor, die den rechtskräftigen Beschluss in Frage zu stellen vermöchte.

Bei näherem Zusehen erweist sich auch das Argument der Sendeunternehmen, ihre legitimen Interessen seien in den Verhandlungen unberücksichtigt geblieben, als nicht stichhaltig. Diesbezüglich verweist die Schiedskommission etwa auf das Protokoll der Tarifverhandlung vom 6. Juni 2016 (Beilage 35 zur

Tarifeingabe der Verwertungsgesellschaften vom 16. Juni 2016), dem zu entnehmen ist, dass gleich zwei der Verhandlungsteilnehmer seitens SWISSPERFORM für die Interessen der Sendeunternehmen im Zusammenhang mit dem Catch-up-TV eingetreten sind. Nicht überall, wo es Rechteinhabern oder Gruppen von Rechteinhabern nicht gelingt, ihre Interessen über ihre Vertreter innerhalb der Verwertungsgesellschaft, der sie angehören, durchzusetzen bzw. durchsetzen zu lassen, ist dies ein Grund, um die betreffenden Personen anschliessend am Tarifgenehmigungsverfahren als Partei zu beteiligen. Dies gilt besonders mit Blick auf SWISSPERFORM, der die Sendeunternehmen angehören, als Verwertungsgesellschaft für die Gesamtheit der verwandten Schutzrechte, die nun einmal eine sehr heterogene Gruppe von Berechtigten mit teilweise divergierenden Interessen repräsentiert (ausübende Künstler, Sendeunternehmen, Produzenten von Tonträgern). Fühlen sich die genannten Sendeunternehmen durch SWISSPERFORM nicht oder bloss ungenügend repräsentiert, betrifft dies in erster Linie das Innenverhältnis der Verwertungsgesellschaft zu ihren Mitgliedern und damit allenfalls die vom Institut für Geistiges Eigentum ausgeübte Geschäftsführungsaufsicht über die Verwertungsgesellschaften, aber nicht die Tarifaufsicht durch die Schiedskommission (vgl. CARLO GOVONI/ANDREAS STEBLER, Die Bundesaufsicht über die kollektive Verwertung von Urheberrechten, in: von Büren/David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, II/1 Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 3. Aufl. 2014, N 1469 ff.). Es ist an dieser Stelle daran zu erinnern, dass unterschiedliche Rechtsauffassungen zwischen Einzelnen und der sie repräsentierenden Verwertungsgesellschaft allein gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts noch keine Interessendivergenz zu begründen vermögen, aufgrund deren diese Dritten als Partei am Tarifgenehmigungsverfahren zu beteiligen wären (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2385/2013 vom 27. Juni 2014 E. 2.1.5.3 GT 12).

Denkbar wäre überdies ein zivilrechtliches Vorgehen der Sendeunternehmen zur Wahrnehmung ihrer Interessen. Zwar hat das Bundesgericht in BGE 135 II 172 E. 2.3.1 GT 3c festgehalten, die Nichtzulassung als Partei – verbunden mit dem blossen Verweis auf den zivilrechtlichen Rechtsweg durch die Behörden des (verwaltungsrechtlichen) Tarifgenehmigungsverfahrens – sei unstatthaft, wo die Rechtswahrnehmung neu der zwangsweisen Kollektivverwertung unterstellt werde. Das Bundesgericht strebte hiermit aber offensichtlich eine Parallelität des verwaltungsrechtlichen und des zivilrechtlichen Rechtswegs an (BGE 135 II 172 E. 2.3.2 GT 3c). Mit der in der vorliegenden Konstellation angestrebten Beteiligung der Sendeunternehmen als Partei zum Zweck einer erneuten Beurteilung der gesetzlichen Grundlage auf Basis ihrer Argumente durch die Schiedskommission würde eher ein alternatives statt ein paralleles

Verhältnis des verwaltungsrechtlichen Tarifverfahrens zum Zivilverfahren geschaffen. Soweit ersichtlich, haben die Sendeunternehmen in den rund vier Jahren der (regulären) Geltungsdauer des GT 12 aber trotz der erlittenen Umsatzeinbussen keinerlei Anstalten für ein zivilrechtliches Vorgehen getroffen. Vielmehr scheinen sie die alleinige Überprüfung der gesetzlichen Grundlage für die Unterstellung des Catch-up-TV unter die zwangsweise Kollektivverwertung durch die Schiedskommission – aus welchen Gründen auch immer – vorzuziehen. Das schutzwürdige Interesse an einem solchen Vorgehen muss ihnen aber nach Auffassung der Schiedskommission gerade im Lichte von BGE 135 II 172 abgesprochen werden. Rechtskräftig genehmigte Tarife sind zwar für die Zivilgerichte verbindlich, dies gilt aber gemäss der Rechtsprechung explizit nicht mit Bezug auf deren gesetzliche Grundlage (vgl. oben E. 1.1).

11.3 Im Sinne eines Zwischenergebnisses kann festgehalten werden, dass den Sendeunternehmen die (potentielle) Beschwerdebefugnis gegen den künftigen Genehmigungsbeschluss der Schiedskommission im vorliegenden Verfahren betreffend den GT 12 abzuspochen und ihr Antrag auf Gewährung der Parteistellung entsprechend abzuweisen ist.

12.

Als Nächstes ist zu prüfen, ob die Sendeunternehmen in einer anderen Form denn als Partei am vorliegenden Genehmigungsverfahren zu beteiligen sind. So spricht Art. 57 VwVG von «anderen Beteiligten», allerdings ohne zu konkretisieren, wer damit gemeint ist (vgl. HÄNER, a.a.O., N. 251). Eine Beteiligung Dritter als «Nebenintervenienten» am Tarifgenehmigungsverfahren vor der Schiedskommission wird aber in der Rechtsprechung und im Schrifttum ausgeschlossen, da die Schiedskommission im Anhang I zur (im Rahmen der Totalrevision der Bundesrechtspflege auf Gesetzesstufe per 1.1.2007 aufgehobenen) Verordnung vom 3. Februar 1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen nicht erwähnt wurde und damit vom Anwendungsbereich dieser Verordnung ausdrücklich ausgeschlossen war und die Schiedskommission die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts praxisgemäss ausschliesslich mit der Gewährung eigentlicher Parteirechte an Dritte mit Bezug auf die materiell-rechtliche Grundlage eines Tarifs umsetzt (vgl. Beschluss der ESchK vom 14. Dezember 2004 E. II./6 betreffend *GT 2b*; DIETER MEIER, *Das Tarifverfahren nach schweizerischem Urheberrecht*, Basel 2012, N 211 f.).

13.

Logische Konsequenz der Beurteilung von Rechtsbegehren Ziffer 1 der Eingabe der Sendeunternehmen vom 19. August 2016 durch die Schiedskommission (vgl. oben E. 11.3) ist, dass auf die Rechtsbegehren Ziffern 2–3 und 5

nicht einzutreten ist. Wer im (Tarifgenehmigungs-)Verfahren keine Parteistellung innehat, kann keine materiellen Anträge zum Tariftext stellen, noch hat er oder sie einen Anspruch auf Akteneinsicht, soweit die Akten nicht den Verfahrensteil zur beantragten Parteistellung betreffen.

14.

Obwohl die Sendeunternehmen aufgrund des oben Gesagten am vorliegenden Verfahren nicht zu beteiligen sind und entsprechend auf ihre materiellen Begehren zur Änderung des zu genehmigenden GT 12 nicht einzutreten ist, ist die Eingabe der Sendeunternehmen vom 19. August 2016 gegebenenfalls als Indiz gegen die wahrscheinliche Zustimmung aller massgeblichen Gruppen von Berechtigten unter Konkurrenzverhältnissen im Sinne der einschlägigen Rechtsprechung zu werten. Dies könnte Auswirkungen auf die Prüfung der Angemessenheit des Tarifs durch die Schiedskommission haben (vgl. zum Ganzen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2346/2009 vom 21. Februar 2011 E. 6.2 *GT 3c*). Dem steht indes die Aussage der Sendeunternehmen gegenüber, wonach ihre Rechtsbegehren nicht auf die Angemessenheitsprüfung nach Art. 59 Abs. 1 URG zielten, sondern auf einen Genehmigungsentscheid, der in den zu prüfenden Vorfragen rechtskonform sei (vgl. Eingabe der Sendeunternehmen vom 19. August 2016, N 80). Darüber wird aber erst im Verlauf des weiteren Genehmigungsverfahrens zu entscheiden sein (vgl. Beschluss der ESchK vom 30. November 2012 bzw. 17. Dezember 2012 E. II./15 *GT 12*).

15.

Vor dem soeben in E. 14 dargelegten Hintergrund sind auch die weiteren (Verfahrens-)Anträge von SUISSDIGITAL und Swisststream zu beurteilen.

15.1 Ihren Antrag auf Entfernung der Rechtsschrift der Sendeunternehmen aus den Verfahrensakten begründen SUISSDIGITAL und Swisststream wie folgt: Blicke die Rechtsschrift der Sendeunternehmen vom 19. August 2016 trotz einer Abweisung des Antrags Nr. 1 der Sendeunternehmen bei den Akten, würde dies die anderen Verfahrensbeteiligten vor das Problem stellen, dass sich aufgrund der thematischen Beschränkung der Stellungnahmen von SUISSDIGITAL und Swisststream bis dahin unwidersprochene Ausführungen der Sendeunternehmen unter den Akten befänden. In der Folge müssten die anderen Verfahrensbeteiligten in jedem Fall ausführlich zu den übrigen Anträgen der Sendeunternehmen Stellung nehmen. Dies erscheine im Hinblick auf die zeitliche Beschränkung des Tarifgenehmigungsverfahrens nicht zweckmässig. Dasselbe gelte auch im Hinblick auf den Zeitpunkt und die Form des Entscheids betreffend die Behandlung der Anträge Nr. 1 und 5 der Sendeunternehmen. Bei einem positiven Entscheid der Schiedskommission hinsichtlich der Parteistellung der Sendeunternehmen müsse den übrigen Verfahrensbeteiligten eine

Möglichkeit zu dessen Anfechtung vor den Beschwerdeinstanzen gewährt werden. Andernfalls dränge sich kein separater Zwischenentscheid auf, sondern es wäre die Abweisung des Gesuchs um Gewährung der Parteistellung gegebenenfalls zusammen mit dem Entscheid in der Hauptsache zu entscheiden. Die Sendeunternehmen schienen gemäss ihrer Rechtsschrift nämlich ohnehin davon überzeugt zu sein, dass sie zur Anfechtung des Genehmigungsbeschlusses vor dem Bundesverwaltungsgericht allein schon aufgrund ihrer schriftlichen Eingabe anlässlich des Genehmigungsverfahrens legitimiert wären. Falls die Schiedskommission das Risiko einer Rückweisung durch die Beschwerdeinstanzen infolge nicht ausreichender Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Sendeunternehmen im erstinstanzlichen Verfahren befürchte, würden Swisstream und SUISSEDIGITAL eventualiter die Duldung des Rechtsvertreters der Sendeunternehmen einschliesslich eines mündlichen Vortrags anlässlich einer Sitzung der Schiedskommission gemäss Art. 12 URV «anbieten», wobei die Rechtsschrift der Sendeunternehmen nach wie vor aus den Akten zu entfernen wäre.

15.2 Eine Entfernung der Eingabe der Sendeunternehmen vom 19. August 2016 aus den Akten des vorliegenden Verfahrens ist nach Auffassung der Schiedskommission auszuschliessen, da sie einerseits eine aus Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) abgeleitete Aktenführungspflicht trifft, der zufolge sämtliche im Rahmen des Verfahrens vorgenommenen Erhebungen und entscheiderelevanten Tatsachen vollständig festzuhalten sind (vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., N 497, mit weiteren Hinweisen). Bei einer Ablehnung des Antrags auf Parteistellung würde diese Pflicht zwar an sich bloss die Aufnahme von Dokumenten in die Akten verlangen, die für den Entscheid über die Parteistellung der Sendeunternehmen wesentlich sind. Die Eingabe der Sendeunternehmen vom 19. August 2016 enthält aber auch Ausführungen zur materiellen Prüfung des GT 12, da diese nach Auffassung der Sendeunternehmen untrennbar mit der Frage der Parteistellung verbunden sind. Eine entsprechende Aussonderung vorzunehmen, erscheint nicht durchführbar. Andererseits sind sowohl die Tatsache, dass eine Stellungnahme der Sendeunternehmen im vorliegenden Tarifgenehmigungsverfahren bei der Schiedskommission eingegangen ist, als auch eventuell deren Inhalt als ein für die Angemessenheitsbeurteilung im weiteren Verlauf des Verfahrens relevantes Indiz zu berücksichtigen (vgl. oben E. 14). Ob und in welchem Rahmen den Verhandlungspartnern diesbezüglich noch das rechtliche Gehör gewährt werden muss, ist zu einem späteren Zeitpunkt zu entscheiden. Dass es aus zeitlichen Gründen unsachgemäss sein könnte, den Verfahrensbeteiligten Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme zu gewähren, erscheint umso weniger haltbar, als auch die mündliche Stellung-

nahme anlässlich einer Sitzung der Schiedskommission einer gewissen Vorbereitungsphase bedürfte. SUISSEDIGITAL und Swisstream mögen zwar die Teilnahme der Sendeunternehmen an einer Verhandlungssitzung der Schiedskommission «anbieten», es sind aber weder eine solche, wie auch immer geartete Form der Beteiligung Dritter (vgl. oben E. 12) noch eine mündliche Verhandlung von Einigungstarifen vor der Schiedskommission vorgesehen, ohne dass ein Mitglied des Spruchkörpers einen entsprechenden Antrag stellt (vgl. Art. 11 URV). Hingegen erachtet es die Schiedskommission für sachgerecht, über die Frage der Parteistellung der Sendeunternehmen in Form des vorliegenden Zwischenentscheids zu entscheiden, der unter den Voraussetzungen von Art. 46 VwVG separat angefochten werden kann. In diesem Zusammenhang ist auch daran zu erinnern, dass ein tarifloser Zustand zwar nach Möglichkeit zu vermeiden ist, von einer «zeitlichen Beschränkung» des Tarifgenehmigungsverfahrens aber insofern nicht gesprochen werden kann, als Art. 9 Abs. 2 URV sehr wohl die Einreichung eines Tarifantrags bis sieben Monate vor dem vorgesehenen Datum des Inkrafttretens verlangt, die Einhaltung dieser Frist aber gemäss der Rechtsprechung keinen Anspruch auf einen in diesem Sinne «rechtzeitigen» Genehmigungsbeschluss gewährt (vgl. Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts B-6540/2012 vom 24. Januar 2013, E. 3.4 *GT 3a Zusatz*). Form und Zeitpunkt des Entscheids über die Parteistellung der Sendeunternehmen können entgegen der Auffassung von SUISSEDIGITAL und Swisstream auch nicht vom Ergebnis desselben abhängen. Zwar ist es möglich, dass die Sendeunternehmen auch dann beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen den ausstehenden Genehmigungsbeschluss führen, wenn ihr Antrag auf Parteistellung wie vorliegend abgelehnt wird. Würde das Bundesverwaltungsgericht aber auf eine entsprechende Beschwerde eintreten, würde dies aufgrund der selbstaufgelegten Kognitionsbeschränkung des Bundesverwaltungsgerichts im Bereich des urheberrechtlichen Tarifrechts (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2346/2009 vom 21. Februar 2011 E. 3 *GT 3c*) wohl unweigerlich zu einer Rückweisung des Verfahrens an die Schiedskommission zwecks Prüfung der von den Sendeunternehmen gegen eine Tarifgenehmigung vorgebrachten materiellen Argumente führen. Aus Gründen der Verfahrensökonomie erscheint es daher nur sachgerecht, über die Parteistellung der Sendeunternehmen in Form dieser Zwischenverfügung zu entscheiden.

16.

16.1 Die Sendeunternehmen bringen vor, die Kosten des Genehmigungsverfahrens seien gemäss Art. 16b URV grundsätzlich von den Verwertungsgesellschaften zu tragen. Nach Art. 16b Abs. 3 URV könne die Schiedskommission in begründeten Fällen den am Verfahren teilnehmenden Nutzerverbänden ei-

nen Teil der Kosten auferlegen. Damit sei die Kostenlast im Genehmigungsverfahren speziell und abschliessend geregelt. Bei den Sendeunternehmen handle es sich nicht um Nutzerverbände. Ihre Rechtsbegehren zielten auch nicht auf die Angemessenheitsprüfung nach Art. 59 Abs. 1 URG ab, sondern auf einen Genehmigungsentscheid, der in den zu prüfenden Vorfragen rechtskonform sei. Die Schiedskommission habe dies ohnehin von Amtes wegen zu gewährleisten. Den Sendeunternehmen seien daher keine Verfahrenskosten aufzuerlegen. Art. 16a URV verweise auf das nach Art. 1 Bst. a der Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren vom 10. September 1969 (VKEV, SR 172.041.0) geltende Unterliegerprinzip. Demnach seien die Verfahrenskosten jedenfalls von den Verwertungsgesellschaften zu tragen, soweit die Sendeunternehmen mit ihren Rechtsbegehren durchdringen.

16.2 Hinsichtlich der Gebühren für die Prüfung der Tarife der Verwertungsgesellschaften sind Art. 16a bis Art. 16d URV massgeblich. Art. 16a Abs. 1 URV verweist auf Art. 1 Bst. a, Art. 2 und Art. 14–18 VKEV. Soweit die URV keine besondere Regelung enthält, gelten ferner die Bestimmungen der Allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004 (AllGebV; SR 172.041.1). Gemäss Art. 1 Bst. a VKEV in Verbindung mit Art. 63 Abs. 4bis VwVG umfassen die Verfahrenskosten zulasten der unterliegenden Partei eine Spruchgebühr, die sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien richtet.

Die vorliegende Zwischenverfügung wie auch die Präsidialverfügung vom 23. Dezember 2016 betreffend Wiedererwägung der vorsorglichen Massnahmen stehen weniger mit der eigentlichen Genehmigung des GT 12 im Zusammen, als vielmehr mit der Eingabe der Sendeunternehmen vom 19. August 2016. Da die Sendeunternehmen mit ihren Anträgen unterliegen, haben sie die im Zusammenhang mit ihrer Eingabe stehenden Verfahrenskosten gemäss der AllGebV und Art. 2 VKEV zu tragen (vgl. Beschluss der ESchK vom 30. November 2012 bzw. 17. Dezember 2012 E. II./16 betreffend GT 12). Entgegen der Auffassung der Sendeunternehmen schützt sie der Umstand, dass die Schiedskommission ohnehin einen rechtskonformen Genehmigungsentscheid zu fällen hat, nicht vor der Pflicht zur Kostentragung. Dass auch der Antrag von SUISSDIGITAL und Swisststream auf Entfernung der Eingabe der Sendeunternehmen aus den Akten abzuweisen ist (vgl. oben E. 15.2), ist nicht als (teilweises) Unterliegen der beiden Nutzerverbände anzusehen, da es sich lediglich um einen vergleichsweise geringfügigen Verfahrens Antrag handelt, der im Übrigen auch kein Gegenstück in den Anträgen der Sendeunternehmen findet. Die Verfahrenskosten betragen Fr. 1610.– (Gebühr) plus Fr. 1894.50 (Auslagen). Damit sind auch die Kosten im Zusammenhang mit der Verfügung vom

23. Dezember 2016 betreffend das Wiedererwägungsgesuch in Rechtsbegehren Ziffer 4 der Eingabe der Sendeunternehmen vom 19. August 2016 abgegolten. Die Verfahrenskosten sind den Sendeunternehmen je zu gleichen Teilen zu auferlegen, da eine andere Zuordnung aufgrund womöglich individuell unterschiedlicher Vermögensinteressen der einzelnen Sendeunternehmen mit einem unverhältnismässigen Aufwand verbunden oder gar nicht möglich wäre. Die Auferlegung hat unter solidarischer Haftung zu erfolgen (vgl. Art. 2 Abs. 2 AllGebV).

16.3 Schliesslich machen die Sendeunternehmen einen Anspruch auf Parteientschädigung geltend. Diesen begründen sie damit, im vorliegenden Verfahren würden mehr als 20 Sendeunternehmen auftreten und in demselben gleichgelagerte Interessen wahrnehmen. Gemäss Art. 11a VwVG könne von ihnen verlangt werden, dass sie für das Verfahren einen gemeinsamen Rechtsvertreter bestellten. Nach pflichtgemässen Ermessen hätte die Schiedskommission dies bereits aus Gründen der Verfahrensökonomie in casu sogar von sich aus tun müssen. Die Sendeunternehmen hätten dies aber bereits aus eigener Initiative getan, weshalb ihnen auch unter diesem Gesichtspunkt eine Parteientschädigung zuzusprechen sei (Art. 11a Abs. 3 VwVG in Verbindung mit Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 8 Abs. 1 sowie Art. 12 VKEV). Die Sendeunternehmen würden nach dem Abschluss des Verfahrens eine Kostennote einreichen.

16.4 Auch SUISSDIGITAL und Swissstream erheben Anspruch auf eine Parteientschädigung für den Fall einer Abweisung des Antrags der Sendeunternehmen auf Gewährung der Parteistellung und behalten sich jedenfalls sinngemäss das Einreichen einer Kostennote vor. Dies aber ohne nähere Begründung (vgl. gemeinsame Stellungnahme von SUISSDIGITAL und Swissstream vom 2. November 2016, N 167).

16.5 Eine Parteientschädigung ist im erstinstanzlichen (Tarifgenehmigungs-) Verfahren nicht vorgesehen (vgl. MARANTELLI/HUBER, a.a.O., Art. 6 VwVG N 45). Art. 16a Abs. 1 URV verweist – offenbar entgegen der Auffassung der Sendeunternehmen – denn auch weder auf Art. 8 noch auf Art. 12 VKEV. Die Parteientschädigung, die die Sendeunternehmen einerseits und SUISSDIGITAL und Swissstream andererseits verlangen, kann unabhängig von der Frage des Obsiegens/Unterliegens allein schon deshalb nicht gesprochen werden. Die beiderseits in Aussicht gestellten Kostennoten sind daher von der Schiedskommission nicht einzuverlangen.

III. Demnach beschliesst die Schiedskommission:

1.

Kopien der Stellungnahme der Verwertungsgesellschaften vom 19. September 2016 gehen zur Kenntnis an die übrigen Verfahrensbeteiligten. Doppel der gemeinsamen Stellungnahme von SUISSDIGITAL und Swisstream vom 2. November 2016 gehen zur Kenntnis an die übrigen Verfahrensbeteiligten.

2.

Der Antrag der Sendeunternehmen auf Gewährung der Parteistellung im vorliegenden Tarifgenehmigungsverfahren betreffend den GT 12 gemäss Rechtsbegehren Ziffer 1 ihrer Eingabe vom 19. August 2016 wird abgewiesen. Auf die Rechtsbegehren Ziffer 2–3 und 5 der Sendeunternehmen wird nicht eingetreten.

3.

Der gemeinsame Verfahrensantrag von SUISSDIGITAL und Swisstream auf Entfernung der Eingabe der Sendeunternehmen vom 19. August 2016 aus den Verfahrensakten wird abgewiesen.

4.

Den folgenden Sendeunternehmen werden die Kosten der vorliegenden Zwischenverfügung sowie der Verfügung betreffend Wiedererwägungsgesuch vom 23. Dezember 2016 in der Höhe von Fr. 3504.50 (Fr. 1610.– plus Fr. 1894.50) je zu gleichen Teilen bei solidarischer Haftung auferlegt: 3 Plus Group AG, AZ Regionalfernsehen AG, AZ TV Productions AG, Canal 9, Canal Alpha Plus S.A., n tv Nachrichtenfernsehen GmbH, ProSieben Puls 8 TV AG, ProSiebenSat.1 TV Deutschland GmbH, RTL 2 Fernsehen GmbH & Co. KG, RTL Disney Fernsehen GmbH & Co. KG, RTL Television GmbH, S1TV AG, SAT.1 Satelliten Fernsehen GmbH, Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG SSR, Stiftung Telebasel, Südostschweiz TV AG, Tele Ticino SA, TeleBilingue AG, TV Léman Bleu SA, TVO AG, Vaud-Fribourg TV SA, VOX Television GmbH, Tele 1 AG.

5.

Es werden keine Parteientschädigungen gesprochen.

6.

Weitere Instruktionmassnahmen bleiben vorbehalten.

7.

Schriftliche Mitteilung an:

- Mitglieder der Spruchkammer
- ProLitteris, Zürich (Einschreiben mit Rückschein)
- Société suisse des auteurs, Lausanne (Einschreiben mit Rückschein)
- SUISA, Zürich (Einschreiben mit Rückschein)
- SUISSIMAGE, Bern (Einschreiben mit Rückschein; Beilage gemäss Ziffer 1)
- SWISSPERFORM, Zürich (Einschreiben mit Rückschein)
- SUISSDIGITAL – Verband für Kommunikationsnetze, Bern (Einschreiben mit Rückschein; Beilage gemäss Ziffer 1)
- Swisststream, c/o epartners Rechtsanwälte AG, Zürich (Einschreiben mit Rückschein; Beilage gemäss Ziffer 1)
- Konsumentenforum kf, Bern (Einschreiben mit Rückschein; Beilagen gemäss Ziffer 1)
- Rechtsanwälte Dr. Kai-Peter Uhlig und Dr. Adriano Viganò, Werder Viganò AG, Zürich, (Einschreiben mit Rückschein; Beilagen gemäss Ziffer 1); diese vertreten folgende Sendeunternehmen:
 - 3 Plus Group AG, Obermattweg 12, 6052 Hergiswil NW
 - AZ Regionalfernsehen AG, Neumattstrasse 1, 5000 Aarau
 - AZ TV Productions AG, Neumattstrasse 1, 5000 Aarau
 - Canal 9, Technopôle 2, C.P. 208, 3960 Sierre
 - Canal Alpha Plus S.A., Rochettes 3, 2016 Cortaillod
 - n-tv Nachrichtenfernsehen GmbH, Picassoplatz 1, 50679 Köln, Deutschland
 - ProSieben Puls 8 TV AG, Limmatstrasse 275, 8005 Zürich
 - ProSiebenSat.1 TV Deutschland GmbH, Medienallee 7, 85774 Unterföhring, Deutschland
 - RTL DISNEY Fernsehen GmbH & Co. KG, Picassoplatz 1, 50679 Köln, Deutschland
 - RTL Television GmbH, Picassoplatz 1, 50679 Köln, Deutschland
 - RTL 2 Fernsehen GmbH & Co. KG, Lil-Dagover-Ring 1, 82031 Grünwald, Deutschland
 - S1TV AG, Seefeldstrasse 9, 8008 Zürich
 - SAT.1 Satelliten Fernsehen GmbH, Medienallee 7, 85774 Unterföhring, Deutschland
 - Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG SSR, Giacomettistrasse 1, 3006 Bern
 - Stiftung Telebasel, Steinenschanze 2, 4002 Basel
 - Südostschweiz TV AG, Sommeraustasse 32, 7007 Chur
 - Tele Ticino SA, Via Carona 6, 6815 Melide
 - TeleBielingue AG, Walserplatz 7, 2503 Biel
 - TV LÉMAN BLEU SA, La Praille, 1227 Lancy
 - TVO AG, Bionstrasse 4, 9000 St. Gallen
 - Vaud-Fribourg TV SA, Palais de Beaulieu, avenue de Bergières 10, 1004 Lausanne

- VOX Television GmbH, Picassoplatz 1, 50679 Köln, Deutschland
 - Tele 1 AG, Maihofstrasse 76, 6004 Luzern
- Preisüberwachung PUE, Bern (zur Kenntnis)

Eidgenössische Schiedskommission

Armin Knecht
Präsident

Philipp Dannacher
Kommissionssekretär

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Beschluss kann – sofern die Voraussetzungen von Art. 46 VwVG erfüllt sind – innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesverwaltungsgericht (Postfach, 9023 St. Gallen) Beschwerde geführt werden.¹ Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen.²

Versand:

¹ Art. 74 Abs. 1 URG in Verbindung mit Art. 33 Bst. f und Art. 37 des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) sowie Art. 50 Abs. 1 VwVG.

² Art. 52 Abs. 1 VwVG.