



Urteil vom 4. September 2013

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz),
Richterin Vera Marantelli, Richter David Aschmann,
Gerichtsschreiber Michael Tschudin.

Parteien

**ProLitteris, Schweizerische Urheberrechtsgesellschaft
für Literatur und bildende Kunst, Genossenschaft,**
Universitätsstrasse 100, Postfach, 8032 Zürich,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Mathis Berger LL.M.,
Nater Dallafior Rechtsanwälte AG, Hottingerstrasse 21,
8032 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum IGE,
Stauffacherstrasse 65/59g, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Verfügung vom 24. Oktober 2012 des IGE zur Genehmigung
des Geschäftsberichts 2010 der ProLitteris.

Sachverhalt:**A.****A.a**

Die Beschwerdeführerin ist in ihrer Funktion als Verwertungsgesellschaft i.S.v. Art. 40 ff. des Bundesgesetzes über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG) verpflichtet, der Vorinstanz als Aufsichtsbehörde i.S.v. Art. 52 URG den jährlichen Geschäftsbericht zur Prüfung und Genehmigung vorzulegen (Art. 53 Abs. 1 URG). Am 30. März 2012 ist das Schreiben der Beschwerdeführerin betreffend die Berichterstattung über das Geschäftsjahr 2010 bei der Vorinstanz eingegangen. Der eingereichte Jahresbericht 2010 enthält u.a. Aufstellungen über die Verwaltungskosten der Beschwerdeführerin und die Betriebsrechnung der Fürsorge-Stiftung der Beschwerdeführerin (nachfolgend "Fürsorge-Stiftung"). Im Jahresbericht 2010 wird unter dem Titel "Verwaltungskosten" die "Auflösung Mehrwertsteuer Rückstellung von Fr. 1'654'813'14" und die "Ausserordentliche Zuwendung Fürsorge-Stiftung" im selben Betrag aufgeführt und mit einer Fussnote mit folgendem Text erläutert: "Im Berichtsjahr konnten Fr. 1.65 Mio., welche 2002 für Mehrwertsteuerzahlungen zurückgestellt wurden, aufgelöst werden. Der Vorstand beschloss, diese Summe der Fürsorge-Stiftung der ProLitteris zuzuwenden" (Beschwerdebeilage 10, S. 13 f.). Diese ausserordentliche Zuwendung wurde in der Betriebsrechnung 2010 der Vorsorge-Stiftung als Ertrag verbucht (Beschwerdebeilage 10, S. 44).

A.b

Gemäss einem von der Beschwerdeführerin ins Recht gelegten steuerrechtlichen Rechtsgutachten vom 25. Januar 2011 hat die Beschwerdeführerin für die Jahre 1995 und 1996 keine Mehrwertsteuer ("MwSt") in Rechnung gestellt, weil sie davon ausgegangen sei, nicht subjektiv MwSt-pflichtig zu sein. In den Steuerperioden der Jahre 1997 bis 2000 habe die Beschwerdeführerin sodann die Verwertungserlöse den inländischen Leistungsempfängern unter Abzug der MwSt verteilt. Da die Steuerpflicht jedoch zwischen der Beschwerdeführerin und der Eidgenössischen Steuerverwaltung ("ESTV") immer noch streitig gewesen sei, seien diese MwSt-Beträge der ESTV nicht abgeliefert, sondern zurückgestellt worden. Am 7. August 2002 habe die ESTV über die Steuerpflicht und deren Höhe u.a. auch gestützt auf Schätzungen der Beschwerdeführerin entschieden, worauf die Beschwerdeführerin die entsprechende Steuerschuld aus der dafür gebildeten Rückstellung beglichen habe. Daraus habe offensichtlich

ein Restbetrag resultiert, der wohl angesichts einer drohenden amtlichen Überprüfung durch die ESTV und unter Berücksichtigung des Vorsichtsprinzips als Rückstellung beibehalten worden sei. Nach Ansicht des Gutachters sei für eine allfällige zusätzliche Steuerforderung hinsichtlich der MwSt die Verjährung eingetreten, weshalb die entsprechende Rückstellung aufgelöst werden könne (Beschwerdebeilage 6, S. 3 f.).

A.c

Im Rahmen der Vorstandssitzung der Beschwerdeführerin vom 1. April 2011 genehmigte der Vorstand einstimmig "die Überweisung der Mehrwertsteuer-Rückstellung in Höhe von Fr. 1.6 Mio. an die Fürsorge-Stiftung der ProLitteris" (Beschwerdebeilage 7, S. 2, Traktandum 5). Der Jahresbericht 2010 und die Jahresrechnung 2010 wurden von der Generalversammlung der Beschwerdeführerin am 3. September 2011 einstimmig genehmigt. Die Abnahme des Jahresberichts gab dabei "wenig zu reden" (Beschwerdebeilage 12, S. 24). Die Einladung zur ordentlichen Generalversammlung 2011 enthielt neben dem Jahresbericht 2010 unter anderem auch eine Tagesordnung. Darin wurden insbesondere der Jahresbericht 2010 und die Jahresrechnung 2010 als Traktanden 6 und 7 aufgeführt. Die ausserordentliche Zuwendung an die Fürsorge-Stiftung wurde in der Tagesordnung dagegen nicht ausdrücklich genannt.

B.

Am 24. Oktober 2012 erliess die Vorinstanz betreffend die Genehmigung des Geschäftsberichts 2010 der Beschwerdeführerin die angefochtene Verfügung mit folgendem Dispositiv:

- "1. Die Berichterstattung der ProLitteris über das Geschäftsjahr 2010 wird genehmigt.
2. In Bezug auf die 2010 erfolgte ausserordentliche Zuwendung an die Fürsorge-Stiftung wird festgehalten, dass die ProLitteris statutenwidrig und entgegen den Verteilungsgrundsätzen gehandelt hat. Sie wird in Anwendung von Art. 54 Abs. 1 URG angewiesen, den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen.

Die ProLitteris hat dem Institut spätestens im Rahmen der Berichterstattung über das Geschäftsjahr 2012 auch darüber Bericht zu erstatten.

3. [Gebühren]."

Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass der Geschäftsbericht einer guten Corporate Governance entspreche. Ausserdem habe

sich die Vorinstanz auf eine Plausibilitätsprüfung zu beschränken, weil die Jahresrechnung bereits von der Revisionsstelle auf ihre Richtigkeit geprüft worden sei.

In Bezug auf die ausserordentliche Zuwendung sei die Vorinstanz zwar der Meinung, dass diese mit den gesetzlichen Bestimmungen vereinbar sei. Jedoch sei diese Zuwendung statutenwidrig und entspreche nicht den Verteilungsgrundsätzen. Die Statuten würden bestimmen, dass die Beschwerdeführerin 10 % von den eingenommenen Entschädigungen für die Fürsorge-Stiftung verwendet. Eine Ausnahme sei lediglich für den Fall vorgesehen, in dem eine ausländische Schwestergesellschaft für ihre Sozialfürsorge mehr als 10 % abziehen würde. Die statutarische Bestimmung könne nicht dahingehend ausgelegt werden, dass 10 % lediglich die Regel bilden und in ausserordentlichen Fällen davon abgewichen werden dürfe. Der Wortlaut, in dem eine Wendung wie "in der Regel", "mindestens" oder "grundsätzlich" fehle, ist nach Auffassung der Vorinstanz unmissverständlich und biete keinen Raum für eine weitere Auslegung. Dabei wurde von der Vorinstanz kein Bezug auf Bestimmungen in Wahrnehmungsverträgen genommen.

C.

Mit Schreiben vom 26. November 2012 erhob die Beschwerdeführerin gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 24. Oktober 2012 Beschwerde mit folgenden Anträgen:

- "1. Es sei Ziff. 2 der Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 24. Oktober 2012 aufzuheben;
2. Es sei festzustellen, dass die im Geschäftsbericht 2010 der Beschwerdeführerin ausgewiesene ausserordentliche Zuwendung an die Fürsorge-Stiftung mit den gesetzlichen Bestimmungen, den Statuten und dem Verteilungsreglement der Beschwerdeführerin vereinbar ist;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MwSt.) zulasten der Beschwerdegegnerin."

Die Beschwerdeführerin hält die Zuwendung für zulässig und begründet ihre Anträge im Wesentlichen damit, dass die Statuten keine ausserordentlichen Zuwendungen verbieten würden (Beschwerde, S. 10 ff.). Ausserdem könne die Generalversammlung gestützt auf Art. 863 Abs. 3 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR, SR 220) auch ohne statutarische Grundlage solche Zuwendungen beschliessen (Beschwerde,

S. 7 ff.). Schliesslich handle es sich bei den Rückstellungen nicht um Entschädigungen aus der Nutzung von Werken, welche an die Mitglieder verteilt werden müssten. Vielmehr sei die Rückstellung als zu viel vereinbarte MwSt anzusehen, weshalb die Beschwerdeführerin frei bestimmen könne, wie sie diese verwenden wolle (Beschwerde, S. 11).

D.

D.a

Nach Eingang des mit Zwischenverfügung vom 28. November 2012 verlangten Kostenvorschusses wurde die Beschwerdeschrift der Vorinstanz zur Vernehmlassung zugesandt. Gleichzeitig wurde die Vorinstanz ersucht, dem Gericht Anträge zur Frage zu stellen, ob und gegebenenfalls welche Dritte als Parteien oder Beigeladene am vorliegenden Verfahren zu beteiligen seien.

D.b

Mit Schreiben vom 28. Januar 2013 liess sich die Vorinstanz vernehmen und stellte den Antrag, die Beschwerde vollumfänglich und unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin abzuweisen. Zur Begründung brachte die Vorinstanz im Wesentlichen vor, dass die Rückstellungen aus eingemommenen Entschädigungen gebildet worden seien, weshalb diese an die Mitglieder verteilt werden müssen. Selbst wenn es sich um Nebeneinnahmen handelte, müssten diese gemäss Verteilungsreglement der Beschwerdeführerin zur Deckung der Verwaltungskosten verwendet werden und dürften deshalb nicht an die Fürsorge-Stiftung ausgezahlt werden. Ausserdem würde keine gültige Genehmigung durch die Generalversammlung vorliegen, weil die Zuwendung nicht trankandiert worden sei (Vernehmlassung, S. 4 f.). Schliesslich würde der von der Beschwerdeführerin angerufene Art. 863 Abs. 3 OR nicht zur Anwendung gelangen, weil Art. 48 Abs. 2 URG dieser genossenschaftlichen Regelung als *lex specialis* vorgehen würde. Als verfahrensrechtlicher Antrag verlangte die Beschwerdeführerin die Beiladung der ESTV.

D.c

Mit Eingabe vom 12. April 2013 reichte die Beschwerdeführerin ihre Replik ein und wiederholte ihren ersten Antrag auf Aufhebung von Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Ausserdem stellte sie die prozessualen Anträge, wonach auf eine Beiladung der ESTV zu verzichten und die Fürsorge-Stiftung beizuladen sei. Sie

machte unter anderem geltend, die Einberufung der Generalversammlung und deren Beschlussfassung betreffend die ausserordentliche Zuwendung an die Fürsorge-Stiftung leide an keinen Mängeln. Der Jahresbericht 2010, in welchem die Zuwendung klar erkennbar aufgeführt worden sei, sei den Mitgliedern mit der Tagesordnung zugesandt worden. Sinngemäss führte die Beschwerdeführerin aus, dass deshalb die Zuwendung als traktandiert gelten müsse (Replik, S. 17 ff.).

D.d

Am 13. Juni 2013 reichte die Vorinstanz ihre Duplik ein und wiederholte ihre bisher gestellten Anträge. Zusätzlich ersuchte sie in prozessualer Hinsicht um den Verzicht auf Beiladung der Fürsorge-Stiftung. In materiel-ler Hinsicht brachte die Vorinstanz insbesondere vor, dass Art. 863 Abs. 3 OR nur bei der Verteilung eines Gewinns Anwendung finde. Die Beschwerdeführerin habe aber keinen Gewinn erwirtschaftet, weshalb Art. 863 Abs. 3 OR keine Rechtsgrundlage für die Zuwendung darstellen könne. Zudem bestritt die Vorinstanz, dass aus der Einberufung der Generalversammlung eine Beschlussfassung über die ausserordentliche Zuwendung ersichtlich werde (Replik, S. 4 f.).

D.e

Mit Zwischenverfügung vom 17. Juni 2013 wurden die prozessualen Anträge auf Beiladung der ESTV und der Fürsorge-Stiftung abgewiesen. Dies wurde damit begründet, dass nicht ersichtlich sei, inwieweit die ESTV vom Ausgang des vorliegenden Verfahrens in ihren rechtlichen oder tatsächlichen Interessen unmittelbar berührt sein könnte. In Bezug auf die Fürsorge-Stiftung wurde festgehalten, dass diese ebenfalls vom Ausgang des vorliegenden aufsichtsrechtlichen Verfahrens nicht direkt berührt sei, weil Gegenstand der Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung zwar die Feststellung der Unzulässigkeit der ausserordentlichen Zuwendung, jedoch nicht die Art und Weise der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes sei. Schliesslich wurde es der Beschwerdeführerin aufgrund des Replikrechts (vgl. insbesondere BGE 132 I 42, E. 3) freigestellt, zur Duplik der Vorinstanz Stellung zu nehmen.

D.f

Die Beschwerdeführerin machte von dieser Möglichkeit nicht Gebrauch, worauf der Schriftenwechsel mit Verfügung vom 18. Juli 2013 für abgeschlossen erklärt wurde.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesverwaltungsgericht prüft vom Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Sachurteilsvoraussetzungen gegeben sind bzw. ob auf eine Beschwerde einzutreten ist (vgl. BVGE 2007/6, E. 1 m.w.H.). Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Gemeint sind Anordnungen im Einzelfall, d.h. individuelle, an den Einzelnen gerichtete Hoheitsakte, durch welche ein konkretes verwaltungsrechtliches Rechtsverhältnis rechtsgestaltend oder feststellend in erzwingbarer Weise geregelt wird (BVGE 2011/32, nicht publizierte E. 1.1 mit Hinweisen). Darunter fallen zufolge ihrer Aussenwirkung auch Verfügungen betreffend die staatliche Aufsicht über die Verwertungsgesellschaften (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3896/2011 vom 14. Mai 2012, E. 1.2).

1.1

Die angefochtene Aufsichtsverfügung vom 24. Oktober 2012, mit welcher die Beschwerdeführerin als Verwertungsgesellschaft gestützt auf Art. 54 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG; SR 231.1) angewiesen wird, in Bezug auf die ausserordentliche Zuwendung an die Fürsorge-Stiftung den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen, ist unstreitig eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. a VwVG. Verfügungen betreffend die Geschäftsaufsicht sind gemäss Art. 74 Abs. 1 URG und gemäss Art. 33 lit. e VVG i.V.m. Art. 47 Abs. 1 lit. b VwVG mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht anfechtbar (Urteil des Bundesgerichts 2C.527/2007 vom 13. Mai 2008, publiziert in: sic! 10/2008, S. 717 ff., E. 2.1 mit Hinweisen). Damit ist die Zuständigkeit für die Behandlung der vorliegenden Streitsache gegeben; eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor.

Die Beschwerdeführerin ist Adressatin der angefochtenen Verfügung und hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen. Somit erfüllt sie die Voraussetzung von Art. 48 Abs. 1 lit. a VwVG. Zudem ist die Beschwerdeführerin durch die angefochtene Verfügung besonders berührt (lit. b) und hat ein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse an deren Aufhebung (lit. c). Die Beschwerdeführerin ist damit zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG), der Vertreter hat sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind gegeben (Art. 46 ff. VwVG). Auf den ersten Antrag der Beschwerdeführerin hinsichtlich der Aufhebung der Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung ist daher einzutreten.

1.2

Weiter ist zu prüfen, ob auch auf den zweiten Antrag der Beschwerdeführerin eingetreten werden darf, wonach festzustellen sei, dass die strittige ausserordentliche Zuwendung an die Fürsorge-Stiftung "mit den gesetzlichen Bestimmungen, den Statuten und dem Verteilungsreglement der Beschwerdeführerin" vereinbar sei.

1.2.1

Nach Art. 25 Abs. 2 VwVG ist einem Begehren um Erlass einer Feststellungsverfügung zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist. Fehlt hingegen das Feststellungsinteresse, ist auf ein Feststellungsbegehren nicht einzutreten (vgl. BGE 129 V 289 E. 2.1 und 2.3, BGE 129 III 503 E. 3.6, BGE 108 Ib 540 E. 3; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, S. 243).

Ein Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung ist nach Lehre und Rechtsprechung anzuerkennen, wenn der Gesuchsteller ein rechtliches oder tatsächliches sowie ein aktuelles Interesse an der sofortigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses nachweist und keine erheblichen öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen. Nicht feststellungsfähig ist eine abstrakte Rechtslage theoretischer Natur, wie sie sich aus einem Rechtssatz für eine Vielzahl von Personen und Tatbeständen ergibt. Es darf namentlich nicht Aufgabe staatlicher Behörden sein, Rechtsgutachten zu erstatten (vgl. BGE 137 II 199, E. 6.5; BGE 131 II 13 E. 2.2; BGE 130 V 388 E. 2.4 und 2.5 m.w.H.).

Des Weiteren wird vorausgesetzt, dass das schutzwürdige Interesse nicht ebenso gut durch eine Leistungs- oder Gestaltungsverfügung gewahrt werden kann. Insofern besteht ein Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung nur, wenn die streitige Frage nicht ohne unzumutbare Nachteile durch eine rechtsgestaltende Verfügung beurteilt werden kann (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-6017/2012 vom 13. Juni 2013, E. 4.1.2; B-3694/2010 vom 6. April 2011, E. 2.1.2.; B-6017/2012 vom

13. Juni 2013, E. 4.1.2; zur Subsidiarität der Feststellungsverfügung vgl. BGE 129 V 289 E. 2.1, BGE 126 II 300 E. 2c; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., S. 243).

1.2.2

Vorliegend zielen der erste und der zweite Antrag der Beschwerdeführerin auf die Klärung derselben Rechtsfrage ab. Während mit dem ersten Antrag die vorinstanzliche Feststellung, wonach die Zuwendung unzulässig ist, aufgehoben werden soll, verlangt die Beschwerdeführerin mit dem zweiten Antrag die ausdrückliche Feststellung der Zulässigkeit der ausserordentlichen Zuwendung. Würde die Beschwerdeführerin mit ihrem ersten Antrag auf teilweise Aufhebung der angefochtenen Verfügung durchdringen, würde nur noch Ziff. 1 und 3 der angefochtenen Verfügung gelten. Nach Ziff. 1 wird der Geschäftsbericht 2010 genehmigt. Es ist daher nicht ersichtlich, inwiefern die Beschwerdeführerin unter der Prämisse, dass die Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung aufgehoben wird, darüber hinaus ein Interesse haben soll, neben der umfassenden Genehmigung des Geschäftsberichts 2010 zusätzlich einen einzelnen Posten in diesem Geschäftsbericht behördlich genehmigen zu lassen. Die Beschwerdeführerin hat demnach kein schutzwürdiges Interesse auf Feststellung der Zulässigkeit der strittigen ausserordentlichen Zuwendung, weshalb auf ihren zweiten Antrag nicht einzutreten ist.

2.

2.1

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Überprüfung der Ziff. 2 der angefochtenen Aufsichtsverfügung, wonach in Bezug auf die in Frage stehende Zuwendung an die Fürsorge-Stiftung der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist. Demnach ist einzig die Verwendung des rückgestellten Betrags für die ausserordentliche Zuwendung an die Fürsorge-Stiftung zu überprüfen. Ausserhalb des Streitgegenstands liegt dagegen die Frage, ob die Auflösung der von der Beschwerdeführerin mit Blick auf die Absicherung allfälliger MwSt-Risiken gebildeten Reserven den einschlägigen Buchführungsvorschriften entsprochen hat. Die Auflösung der Rückstellung, aus welcher die Zuwendung der Fürsorge-Stiftung finanziert wurde, ist weder von der Vorinstanz gerügt worden noch Gegenstand der angefochtenen Verfügung. Im vorliegenden Zusammenhang ist demnach nur die Frage relevant, ob für die Verwendung der zufolge Auflösung dieser Reserve verfügbaren Mittel andere Regeln gelten als für

Entschädigungen aus der Nutzung von Werken (vgl. dazu E. 4.2 hiernach).

2.2

Falls sich die Zuwendung als unzulässig erweisen sollte, gibt es verschiedene Möglichkeiten, den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Jedoch hat das Bundesverwaltungsgericht aufgrund des Wortlauts der angefochtenen Verfügung nicht darüber zu entscheiden, welche der Möglichkeiten konkret umzusetzen ist. Dies war weder Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens, noch ist es dies im vorliegenden Beschwerdeverfahren.

2.3

Nach dem Gesagten ist im Folgenden anschliessend an die Darstellung des rechtlichen Rahmens (E. 3 hiernach) einerseits zu prüfen, ob die Zuwendung an die Fürsorge-Stiftung im Einklang mit den Statuten und den Verteilungsgrundsätzen vorgenommen wurde (E. 4 hiernach). Andererseits ist zu klären, ob auch die in Bezug auf das Beschlussverfahren der Verwertungsgesellschaft zu beachtenden gesetzlichen Regeln (insbesondere Art. 48 Abs. 2 URG) eingehalten worden sind (E. 5 hiernach).

3.

3.1

Die Verwertungsgesellschaften unterstehen einerseits der Geschäftsführungsaufsicht durch das Institut für Geistiges Eigentum (Art. 52 ff. URG) und andererseits der Tarifkontrolle durch die Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten ([ESchK]; Art. 55 ff. URG; vgl. CARLO GOVONI/ANDREAS STEBLER, in: Roland von Büren/Lucas David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. II/1, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 2. Auflage, Basel 2006, S. 479 und S. 501 f.; RETO M. HILTY, Urheberrecht, Bern 2011, Rz. 389). Die Vorinstanz beaufsichtigt die Geschäftsführung der konzessionierten Verwertungsgesellschaften sowie deren Einhaltung der gesetzlichen Pflichten (Art. 53 Abs. 1 Satz 1 URG; vgl. zum Ganzen das Urteil des Bundesgerichts 2C.527/2007 vom 13. Mai 2008, nicht publizierte E. 8.1 in: sic! 10/2008, S. 717 ff.). Sie genehmigt insbesondere deren Geschäftsbericht (Art. 53 Abs. 1 Satz 2 URG). Bei der Aufsicht über die Geschäftsführung hat die Aufsichtsbehörde insbesondere zu prüfen, ob die Verwertungsgesellschaften ihre Geschäfte nach den Grundsätzen einer geordneten und wirtschaftlichen

Verwaltung führen, wie dies Art. 45 Abs. 1 URG verlangt. Die Aufsichtsfunktion der Vorinstanz beschränkt sich somit nicht nur auf die eigentliche Geschäftsführung, sondern umfasst auch die sich aus Art. 44 ff. URG ergebenden Pflichten (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 53 Rz. 2), einschliesslich der Abklärung, ob bei der Verwertung nach festen Regeln vorgegangen wird (Art. 45 Abs. 2 URG; vgl. zum Ganzen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3896/2011 vom 14. Mai 2012, E. 1.4). Stellt die Vorinstanz bei der Ausübung ihrer Kontrollfunktion oder im Rahmen einer Aufsichtsbeschwerde eine Pflichtverletzung fest, hat sie der Verwertungsgesellschaft eine Frist anzusetzen, damit diese ihr pflichtwidriges Verhalten korrigieren kann. Bleibt diese Erfüllungsfrist ungenutzt, so muss sie weitere Massnahmen zur Herstellung des rechtmässigen Zustands ergreifen (Art. 54 Abs. 1 URG; vgl. zum Ganzen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3896/2011 vom 14. Mai 2012, E. 2.1). Dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz ist insbesondere dadurch Rechnung zu tragen, dass die Aufsichtsbehörde, bevor sie eine förmliche Herstellung des rechtmässigen Zustands unter Fristansetzung anordnet, die Verwertungsgesellschaft zunächst formlos auf eine Pflichtwidrigkeit bzw. Unregelmässigkeit hinweist, um ihr auf diese Weise die freiwillige Korrektur zu ermöglichen (ERNST BREM/VINCENT SALVADÉ/GREGOR WILD, in: Barbara K. Müller/Reinhard Oertli [Hrsg], Urheberrechtsgesetz, N 2 zu Art. 54).

3.2

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt Beschwerden grundsätzlich mit voller Kognition. Es prüft die Verletzung von Bundesrecht, die unrichtige und unvollständige Sachverhaltsfeststellung sowie die Angemessenheit angefochtener Verfügungen (Art. 49 VwVG). Die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts kann indessen nicht weiter sein als diejenige der Aufsichtsbehörde. Da bereits diese in ihrer Aufsichtstätigkeit einen gewissen Beurteilungsspielraum der Verwertungsgesellschaften zu achten hat, muss sich erst recht das Bundesverwaltungsgericht als Rechtsmittelbehörde gegenüber der fachkundigen Aufsichtsbehörde trotz der ihm grundsätzlich zustehenden Überprüfung der Angemessenheit eine gewisse Zurückhaltung bei der Beurteilung von komplexen Fragen des Urheberverwertungsrechts auferlegen (Urteil des Bundesgerichts 2C.527/2007 vom 13. Mai 2008, E. 8.3; BGE 133 II 263, E. 8.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3896/2011 vom 14. Mai 2012, E. 1.4).

3.3

Art. 48 URG hat die Grundlagen der Verteilung zum Gegenstand. Diese regeln das Innenverhältnis zwischen den Verwertungsgesellschaften und

ihren Mitgliedern (GOVONI/STEBLER, a.a.O., S. 466). Die Verwertungsgesellschaften verteilen grundsätzlich sämtliche Einnahmen aus der Nutzung von urheberrechtlich geschützten Werken nach Abzug der Verwaltungskosten an die Rechteinhaber. Sozialabzüge sind mit Blick auf den treuhänderischen Auftrag von Verwertungsgesellschaften im Grunde zweckwidrig (HILTY, a.a.O., Rz 384; BREM/SALVADÉ/WILD, a.a.O., N 6 zu Art. 48; vgl. DAVID ASCHMANN, Das Kausalitätsprinzip in der Verteilung, in: sic! 2/2010, S. 128; zur treuhänderischen Rechtsausübung vgl. BERNHARD WITTWEILER, in: Magda Streuli-Youssef [Hrsg.], Urhebervertragsrecht, Zürich 2006, S. 264 f.). Art. 48 Abs. 2 URG erlaubt den Verwertungsgesellschaften jedoch, einen gewissen Prozentsatz der Einnahmen für die Sozialvorsorge und die Kulturförderung vorzusehen (GOVONI/STEBLER, a.a.O., S. 469). In der Botschaft des Bundesrates zum URG vom 19. Juni 1989 wird zu Art. 48 Abs. 2 URG ausgeführt, dass dieser Absatz die international anerkannte Usanz der Verwertungsgesellschaften, einen Teil der Einnahmen für soziale und kulturelle Aufgaben abzuzweigen, berücksichtige (BBl 1989 III 477 ff., S. 558). Diese Überlegungen führten dazu, den Verwertungsgesellschaften auf gesetzlicher Ebene ausdrücklich eine Möglichkeit zu geben, sich für die soziale Vorsorge ihrer Mitglieder zu engagieren (vgl. VINCENT SALVADÉ, La prévoyance sociale en faveur des auteurs et éditeurs affiliés à SUISA, in: sic! 8/2001, S. 778 ff.). Ein Verbot der Einrichtung solcher Fonds, wie es von verschiedenen Werknutzerorganisationen gefordert worden sei, würde – so die Botschaft – die schweizerischen Urheber im internationalen Kontext benachteiligen und ihr Selbstbestimmungsrecht als Mitglieder der Verwertungsgesellschaften ungebührlich einschränken (Botschaft, a.a.O., S. 558). Andererseits dürfen die Sozial- und Kulturabzüge auch nicht übermässig sein, um den Grundgedanken der Verteilung an die Berechtigten nicht zu gefährden, wobei gemäss dem Wortlaut von Art. 48 Abs. 2 URG nur in Bezug auf die Kulturausgaben Angemessenheit vorausgesetzt wird. Dementsprechend hat das Bundesverwaltungsgericht namentlich erkannt, dass ein Kulturabzug von über 60 Prozent nicht mehr "angemessen" wäre, denn dadurch würde die Kulturförderung anstelle der Wahrung der Berechtigten zum Hauptzweck der Verwertungsgesellschaft (BVGE 2008/37 E. 16.1). Dabei wird in der Lehre festgehalten, die Zuwendungen müssten im Verhältnis zum Gesamterlös der Verwertungsgesellschaften von untergeordneter Bedeutung sein (BREM/SALVADÉ/WILD, a.a.O., N 7 zu Art. 48). BARRELET/EGLOFF gehen mit Hinweis auf die Materialien (Votum Grossenbacher in der vorbereitenden Kommissionsitzung des Ständerates vom 9. Oktober 1990) davon aus, dass 10 Prozent der Nettoeinnahmen ein Maximum darstellen dürften (DENIS BARRELET/WILLI

EGLOFF, Das neue Urheberrecht, Bern 2008, N 7 zu Art 48). In der Praxis hat sich dementsprechend eine Begrenzung gegen oben in der Höhe von total (Sozial- und Kulturabzug zusammen) rund 10 Prozent der Einnahmen eingebürgert (MANFRED REHBINDER/ADRIANO VIGANÒ, Urheberrecht, 3. Aufl., Zürich 2008, N 3 zu Art. 48; WITTWEILER, a.a.O., S. 305). GOVONI/STEBLER gehen indessen davon aus, dass mangels Angemessenheitsvorgabe in Bezug auf Sozialabzüge auch solche von mehr als 10 Prozent der Nettoeinnahmen nicht ohne Weiteres beanstandet werden könnten (a.a.O., S. 469 f.). Dem ist insoweit beizupflichten als im vorliegenden Fall einmalig im Sinne einer ausserordentlichen Zuwendung ein Anteil von 13.8 Prozent der Nettoeinnahmen erreicht wird (in Bezug auf die tatsächliche Höhe nunmehr übereinstimmend Replik, S. 5 f., und Duplik, S. 2). Dementsprechend hat auch die Vorinstanz mit der angefochtenen Verfügung festgehalten, sie könne dem Schluss der Beschwerdeführerin, wonach die in Frage stehende Zuwendung an die Fürsorge-Stiftung mit den gesetzlichen Bestimmung vereinbar sei, folgen. Soweit sie im Rahmen der Vernehmlassung (S. 3) auf diese Beurteilung zurückkommt, kann auf das soeben Gesagte verwiesen werden.

3.4

Das Erfordernis, wonach das oberste Organ der Gesellschaft zustimmen muss, soll verhindern, dass eine Verwertungsgesellschaft durch übermässige Zuwendungen ihren eigentlichen Zweck verfehlt (BREM/SALVADÉ/WILD, a.a.O., N 6 zu Art. 48 mit Hinweisen). In diesem Sinne wird auch in der Botschaft zum URG festgehalten, dass entsprechende Beschlüsse in die Kompetenz des obersten Organs der Gesellschaft fallen, um Missbräuchen auf diesem Gebiet entgegenzuwirken (Botschaft, a.a.O., S. 558). Man verspricht sich insoweit vom obersten Organ der Gesellschaft einen "mässigenden Einfluss" (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., N 7 zu Art 48). Das Erfordernis der besonderen Legitimation entsprechender Beschlüsse soll zugleich den Umstand ausgleichen, dass das Gesetz zumindest nach dessen Wortlaut keine Höchstgrenzen namentlich in Bezug auf die Verwendung des Verwertungserlöses zum Zweck der Sozialvorsorge enthält.

4.

4.1

Von der mit Art. 48 Abs. 2 URG eröffneten Möglichkeit, Teile des Verwertungserlöses zum Zweck der Sozialvorsorge zu verwenden, macht die Beschwerdeführerin Gebrauch. Zunächst sieht Ziffer 3.3 der Statuten der

Beschwerdeführerin eine Fürsorge-Stiftung für die Mitglieder der ProLitteris vor, die zum sozialen Schutz der Urheberinnen, Urheber und Verlage beiträgt. Gemäss Ziff. 7.3.6 Absatz 1 Satz 1 der Statuten zieht die Beschwerdeführerin von den eingenommenen Entschädigungen 10 % für ihre Fürsorge-Stiftung ab. Eine Ausnahme bildet der Fall, in welchem eine ausländische Schwestergesellschaft, die mit der Beschwerdeführerin einen Gegenseitigkeitsvertrag unterhält, für ihre Sozialfürsorge von den an die Beschwerdeführerin zu überweisenden Entschädigungen mehr als 10 % abzieht. In diesem Fall ist die Beschwerdeführerin berechtigt, im Rahmen desselben Rechts entsprechend höhere Abzüge vorzunehmen (Absatz 1 Satz 2 f.). Im Weiteren zieht die Beschwerdeführerin gemäss Absatz 2 derselben Ziffer ein Prozent von den eingenommenen Vergütungen für den Kulturfonds und für den kulturellen Teil der Mitgliederzeitschrift Gazzetta ab. Das Verteilungsreglement wiederholt einerseits Ziffer 7.3.6 Absatz 1 Satz 1 der Statuten und ergänzt diese statutarische Regelung andererseits dahingehend, dass die Zuweisung an die Fürsorge-Stiftung monatlich erfolgt (Ziff. 6.1 des Verteilungsreglements). Ausserdem werden im Verteilungsreglement einige Ausnahmen vom Abzug zugunsten der Fürsorge-Stiftung genannt, welche vorliegend jedoch nicht relevant erscheinen (Ziff. 6.2 des Verteilungsreglements). In Ziffer 6.3 des Verteilungsreglements wird der Absatz 1 Satz 2 f. der Ziffer 7.3.6 der Statuten wiederholt.

4.2

Die Beschwerdeführerin macht vorab geltend, beim der Fürsorge-Stiftung zugedachten Betrag handle es sich nicht um Entschädigungen aus der Nutzung von Werken. Damit könne die Beschwerdeführerin frei, d.h. unabhängig von Ziff. 7.3.6 der Statuten, bestimmen, wie sie diese verwenden wolle (Beschwerde, S. 11 Rz. 26). Die Vorinstanz führt dazu aus, dass davon auszugehen sei, dass die Rückstellungen für die MwSt aus eingenommenen Entschädigungen gebildet worden seien (Vernehmlassung, S. 4, Rz. 10). Aber selbst wenn mit der Beschwerdeführerin angenommen würde, dass die gebildeten Rückstellungen aus spezifischen MwSt-Einnahmen gebildet worden wären, wäre es sachgerecht, diese Einnahmen, sobald die entsprechenden Rückstellungen aufgelöst werden, wie Entschädigungen aus der Nutzung von Werken zu behandeln, damit der Zweck von Art. 48 Abs. 2 URG nicht vereitelt wird.

4.2.1

Die Parteien sind sich über die Auslegung der Ziff. 7.3.6 der Statuten bzw. der entsprechenden Regelung im Verteilungsreglement uneins. Die Vorinstanz erwog in der angefochtenen Verfügung, dass die Grenze von 10 Prozent in Bezug auf soziale Zuwendungen an die Fürsorge-Stiftung unmissverständlich sei, von der auch in ausserordentlichen Fällen nicht abgewichen werden dürfe (angefochtene Verfügung, S. 2). Die Beschwerdeführerin ist dagegen der Auffassung, dass weder die Statuten noch das Verteilungsreglement eine ausserordentliche Zuwendung, wie die vorliegend zu beurteilende, ausschliessen (Beschwerde, S. 12); die Grenze von 10 Prozent gelte nur "grundsätzlich" in Bezug auf den "ordentlichen, laufenden Geschäftsgang" der Beschwerdeführerin (Beschwerde, S. 10 f.).

4.2.2

Aus dem Wortlaut der strittigen Statutenbestimmung kann kein eindeutiger Schluss in Bezug auf ausserordentliche Zuwendungen an die Fürsorge-Stiftung abgeleitet werden. Die Vorinstanz hält dazu richtigerweise fest, dass diese keine auf Ausnahmen hinweisende Formulierungen wie "in der Regel" oder "grundsätzlich" enthält (Vernehmlassung, S. 3). Andererseits – und dies ist entscheidend – bringt die Beschwerdeführerin zu Recht vor, dass Ziff. 7.3.6 der Statuten so zu verstehen ist, dass sie nichts über ausserordentliche Zuwendungen sagt. Diese sind demnach weder ausdrücklich gedeckt noch verboten. Zwar könnte in einer auffällig hohen ausserordentlichen Zuwendung allenfalls eine Umgehung der 10 Prozent-Grenze in Bezug auf den ordentlichen Geschäftsgang gesehen werden. Eine solche Konstellation liegt hier indessen nicht vor (vgl. dazu E. 3.3 hiervor). Damit regelt Ziff. 7.3.6 den hier zu beurteilenden Sachverhalt nicht (enger als nach Art. 48 Abs. 2 URG vorgesehen). Zusammenfassend ist demnach aus den Statuten keine absolute Grenze von 10 Prozent in Bezug auf Zuwendungen für die Vorsorge-Stiftung im Sinne einer Selbstbeschränkung der Generalversammlung zu entnehmen, die nicht nur – was im Übrigen unbestritten ist – einer ordentlichen, sondern auch der strittigen ausserordentlichen Zuwendung entgegenstehen würde.

4.2.3

Andere Gründe, die dem gerügten Geschäft entgegenstehen und von der Vorinstanz grundsätzlich frei überprüft werden könnten (Art. 53 Abs. 1 URG), wie etwa der Grundsatz der wirtschaftlichen Verwaltung (Art. 45 Abs. 1 URG; vgl. auch Ziff. 7.3.5 der Statuten, wonach nur der zur De-

ckung der Gesamtverwaltungskosten notwendige Betrag vom Gesamtverwertungserlös abgezogen wird) oder der Grundsatz der Gleichbehandlung gemäss Art. 45 Abs. 2 URG wurden von der Vorinstanz nicht vorgebracht und sind vorliegend auch nicht ersichtlich.

Der ausserordentlichen Zuwendung an die Fürsorge-Stiftung von Fr. 1'654'813.14 steht somit die Grenze von 10 % gemäss Art. 7.3.6 der Statuten der Beschwerdeführerin nicht entgegen.

4.2.4

Nach dem Gesagten kann offen bleiben, inwiefern Art. 863 Abs. 3 OR im von der Beschwerdeführerin beantragten Sinne anwendbar ist. Nach dieser die Genossenschaft betreffenden Norm können zum Zweck der Gründung und Unterstützung von Wohlfahrtseinrichtungen für Angestellte, Arbeiter und Genossenschafter sowie zu andern Wohlfahrtszwecken Beiträge aus dem Reinertrag auch dann ausgeschieden werden, wenn sie in den Statuten nicht vorgesehen sind; solche Beiträge stehen unter den Bestimmungen über die statutarischen Wohlfahrtsfonds. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass der von der Beschwerdeführerin herangezogene Art. 863 Abs. 3 OR in Bezug auf sie kaum von Bedeutung sein dürfte. Art. 863 Abs. 3 OR steht unter dem Titel III., "Allfällige Rechte auf den Reinertrag" mit der Marginalie "6. Weitere Reserveanlagen" und kommt wohl nur dann in Betracht, wenn ein Reinertrag zur Verfügung steht. Die Beschwerdeführerin darf als Verwertungsgesellschaft gerade keinen Gewinn anstreben (Art. 45 Abs. 3 URG; Ziff. 7.3.7 der Statuten) und weist dementsprechend in der Bilanz per 31. Dezember 2010 auch keinen Gewinn aus (Beschwerdebeilage 10, S. 32).

5.

5.1

Im vorinstanzlichen Verfahren war die Übereinstimmung der ausserordentlichen Zuwendung mit dem Gesetz nicht strittig (vgl. dazu auch E. 3.3 hiavor). Im Beschwerdeverfahren brachte die Vorinstanz dagegen vor, die Zuwendung sei nicht von der Generalversammlung als oberstes Gesellschaftsorgan, sondern vom Vorstand beschlossen worden (vgl. dazu E. 3.4 hiavor). Die Zuwendung sei ausserdem auch nicht von der Generalversammlung nachträglich genehmigt worden, weil dieses Geschäft nicht trankandiert worden sei (Vernehmlassung, S. 4 f.). Nach Ansicht der Beschwerdeführerin ist die Zuwendung demgegenüber korrekt abgewickelt worden (Replik, S. 16 ff.). Somit ist nachfolgend zu prüfen, ob das

formelle Erfordernis der Zustimmung unter Beachtung der entsprechenden Traktandierungsvorschriften erfüllt ist.

5.2

Die Beschwerdeführerin ist als Genossenschaft i.S.v. Art. 828 ff. OR organisiert. Oberstes Organ der Genossenschaft ist die Generalversammlung der Genossenschafter (Art. 879 Art. 1 OR). Ihr stehen unter anderem die unübertragbaren Befugnisse zu, die Betriebsrechnung und die Bilanz abzunehmen und gegebenenfalls über die Verteilung des Reinertrages zu beschliessen (Art. 879 Abs. 2 Ziff. 3 OR). Die Generalversammlung wird durch die Verwaltung einberufen (Art. 881 Abs. 1 OR). Die Generalversammlung ist in der durch die Statuten vorgesehenen Form, jedoch mindestens fünf Tage vor dem Versammlungstag einzuberufen (Art. 882 Abs. 1 OR). Bei der Einberufung sind die Verhandlungsgegenstände, bei Abänderung der Statuten der wesentliche Inhalt der vorgeschlagenen Änderung bekanntzugeben. Über Gegenstände, die nicht in dieser Weise angekündigt worden sind, können keine Beschlüsse gefasst werden, ausser über einen Antrag auf Einberufung einer weiteren Generalversammlung zum entsprechenden Gegenstand. Zur Stellung von Anträgen und zu Verhandlungen ohne Beschlussfassung bedarf es keiner vorgängigen Ankündigung (Art. 883 OR). Für die Beschlussfassung ist grundsätzlich das absolute Mehr erforderlich (Art. 888 Abs. 1 OR).

Art. 48 Abs. 2 URG ergänzt die genossenschaftlichen Regelungen zur Beschlussfassung insoweit, als der Katalog von unübertragbaren Befugnissen der Generalversammlung um die Zustimmung zur Verwendung eines Teiles des Verwertungserlöses zum Zweck der Sozialvorsorge und einer angemessenen Kulturförderung erweitert wird (vgl. dazu E. 3.4 hier vor).

5.3

Die Statuten der Beschwerdeführerin führen zur Generalversammlung aus, dass die ordentliche Generalversammlung in der Regel jeweils am ersten Samstag im September stattfindet. Sie wird jeweils spätestens bis zum 15. Mai den Mitgliedern in Form einer schriftlichen Einladung samt einer provisorischen Tagesordnung angezeigt. Die definitive Tagesordnung und die dazugehörigen Unterlagen können ab dem 15. August auf der Website der Beschwerdeführerin abgerufen werden. Diejenigen Mitglieder, welche sich für die Teilnahme an der Generalversammlung angemeldet haben, erhalten die Einladung und die dazugehörigen Unterlagen per Post zugestellt (Ziff. 8.1.3 der Statuten). Die Verhandlungsge-

genstände jeder Generalversammlung sind in der definitiven Tagesordnung zu bezeichnen. Wichtige Vorschläge müssen erläutert werden (Ziff. 8.1.7 der Statuten).

Im Gegensatz zur entsprechenden aktienrechtlichen Regelung, wonach die Verhandlungsgegenstände und die Anträge in der Einberufung zu benennen sind (Art. 700 Abs. 2 OR), erfordert die Einberufung zur genossenschaftlichen Generalversammlung keine Bekanntgabe der Anträge. Trotzdem ist die genossenschaftliche Bestimmung durch das Aktienrecht beeinflusst, weshalb bei der Auslegung auch auf das Aktienrecht zurückgegriffen werden kann (JACQUES-ANDRÉ REYMOND/ RITA TRIGO TRINDADE, Die Genossenschaft, in: Schweizerisches Privatrecht, Basel 1998, S. 174).

Die Verhandlungsgegenstände bzw. Traktanden müssen eindeutig umschrieben werden (ROLAND MÜLLER/ROBERTO FORNITO, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Aufl., Zürich 2012, N 3 zu Art. 883 OR). Der Genossenschafter soll dadurch in die Lage versetzt werden, sich auf die Generalversammlung vorzubereiten und allenfalls mit anderen Genossenschaftern ein gemeinsames Vorgehen an der Generalversammlung zu erörtern. Bei der Regelung betreffend die Bekanntgabe der Traktanden handelt es sich um eine zwingende Vorschrift (ANDREAS MOLL, BSK OR II, 4. Aufl., Basel 2012, N 2 zu Art. 883 OR). In einem vereinsrechtlichen Fall erwog das Bundesgericht, die Gesellschafter müssten nach Einsicht in die Tagesordnung und die Statuten leicht erkennen können, über welche Gegenstände zu beraten und gegebenenfalls Beschluss gefasst werden soll (BGE 114 II 193, E. 5b). Ebenso wird für das Aktienrecht verlangt, dass die Umschreibung eines Beschlussgegenstandes den durchschnittlichen Aktionär klar erkennen lässt, worüber dieser sich schlüssig werden muss. Diese Vorgabe ist nach BÖCKLI etwa nicht erfüllt, wenn ein Aktionär unter dem Traktandum "Wahlen" in der Versammlung den Antrag stellt, ein nicht zur Wiederwahl stehendes Mitglied des Verwaltungsrates sei mitten in der Amtszeit abuberufen (PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Basel 2009, § 12 Rz. 100b f. mit Hinweisen auf abweichende Meinungen). Die Traktanden sind jeweils nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (BRIGITTE TANNER, Die Generalversammlung, in: ZK, Zürich 2003, N 23 zu Art. 700 OR). Ungenügend ist etwa auch die Umschreibung "Wahlen", wenn unklar ist, wer für welches Amt gewählt werden soll; oder "Anschaffungen", wenn unklar ist, was angeschafft werden soll; oder "Liquidität der Gesellschaft", um über den Verkauf des Inventars der Gesellschaft zu beschliessen. Als genügend

wird etwa "Budget 1993" oder "Verwendung des Reingewinns 1992" erachtet (MAX GUTZWILLER, ZK, Zürich 1974, N 5 zu Art. 883 OR; MOLL, a.a.O, N 3 zu Art. 883 OR; TANNER, a.a.O., N 22 zu Art. 700 OR).

5.4

Die Tagesordnung für die ordentliche Generalversammlung der Beschwerdeführerin vom 3. September 2011 in Lugano führt namentlich als Traktandum 6 den "Jahresbericht 2010 (Antrag des Vorstands: Genehmigung)" und als Traktandum 7 "Jahresrechnung 2010/Bericht der Revisionsstelle/Décharge-Erteilung an den Vorstand (Antrag des Vorstands: Genehmigung)" auf. Die Verwendung der aufgelösten Rückstellungen für die Fürsorge-Stiftung wird nicht als separates Traktandum ausgewiesen. Nach der Auffassung der Beschwerdeführerin ist diese Verwendung wohl als im Rahmen der Genehmigung des Jahresberichts und der Jahresrechnung mitbeschlossen anzusehen. Folglich enthalten die Einladungsdokumente auch keinen spezifischen Antrag diesbezüglich, obwohl es sich der Sache nach um einen Antrag des Vorstands handelt. Dabei kann im vorliegenden Zusammenhang offen bleiben, inwieweit der Vorstand der (nach dem in E. 3.4 hiavor Gesagten irrigen) Auffassung war, dass er selbst kompetent war, über die in Frage stehende ausserordentliche Zuwendung zu entscheiden. Das Traktandum 6 betrifft den "Jahresbericht 2010"; das Traktandum 7 betrifft "Jahresrechnung 2010/Bericht der Revisionsstelle/Décharge-Erteilung an den Vorstand". Im beiliegenden Jahresbericht wird die Auflösung und Verwendung der Rückstellung auf S. 13 f. im Rahmen der Aufstellung der Verwaltungskosten mit entsprechender Fussnote erläutert. Die Erläuterung unter der einschlägigen Fussnote 4 lautet wie folgt: "Im Berichtsjahr konnten Fr. 1.65 Mio., welche 2002 für Mehrwertsteuerzahlungen zurückgestellt wurden, aufgelöst werden. Der Vorstand beschloss, diese Summe der Fürsorge-Stiftung der ProLitteris zuzuwenden." In der Jahresrechnung (S. 31 ff.) desselben Dokuments wird die Auflösung und Verwendung der Rückstellung auf S. 38 ein weiteres Mal (diesmal ohne Erklärung) aufgeführt. Erhellend ist in diesem Zusammenhang auch das Protokoll der Vorstandssitzung vom 1. April 2011 (Beschwerdebeilage 7), mit welchem folgender Beschluss vermerkt wird: "Der Vorstand genehmigt einstimmig die Überweisung der Mehrwertsteuer-Rückstellung in Höhe von Fr. 1,6 Mio. an die Fürsorge-Stiftung der ProLitteris."

5.5

Das vorliegend zu prüfende Geschäft wurde – soweit überhaupt – jedenfalls nur im Rahmen des Jahresberichts und der Jahresrechnung traktan-

diert. Die entsprechenden Traktanden 6 und 7 betreffen Genehmigungsbeschlüsse, die durch entsprechende Beilagen vorbereitet wurden. Aus der Tagesordnung wird dagegen nicht bzw. jedenfalls nicht in der erforderlichen Klarheit (vgl. dazu E. 5.3 hiervor) ersichtlich, dass es – wie von der Beschwerdeführerin behauptet – an der Generalversammlung auch um den Beschluss über die Zuwendung an die Fürsorge-Stiftung ging. Aus dem Jahresbericht 2010 folgt vielmehr, dass die Zuwendung bereits vom Vorstand beschlossen und ausgezahlt wurde. Aus den Unterlagen für die Einladung der Generalversammlung geht nicht hervor, dass eine Zustimmung der Generalversammlung zu diesem Geschäft erforderlich war. Vielmehr dürfte der Genossenschafter den Eindruck gewonnen haben, dass lediglich eine Genehmigung in Bezug auf den Jahresbericht bzw. die Jahresrechnung als Ganzes insbesondere im Hinblick auf die Erteilung der Décharge erfolgen soll. Auf diese Weise kann der Zielsetzung von Art. 883 OR und damit derjenigen von Art. 48 Abs. 2 URG nicht nachgelebt werden. Zusammenfassend ergibt sich, dass der gültigen Beschlussfassung durch die Generalversammlung im Sinne von Art. 883 OR die ungenügende Traktandierung des Geschäftes im Wege steht. Damit ist die Rüge der Vorinstanz betreffend die ausserordentliche Zuwendung an die Fürsorge-Stiftung, soweit sie sich auf das Zustandekommen des Beschlusses betreffend die in Frage stehende Zuwendung bezieht, nicht zu beanstanden, womit sich das angefochtene Dispositiv im Grundsatz stützen lässt und die Beschwerde abzuweisen ist. Dies bedeutet im Übrigen nicht, dass die in Frage stehende Beschlussfassung nicht im Rahmen einer zukünftigen Generalversammlung nachgeholt werden könnte (vgl. diesbezüglich zum Streitgegenstand im vorliegenden Verfahren E. 2.2 hiervor).

6.

Schriftliche Verfügungen sind als solche zu bezeichnen und zu begründen (Art. 35 Abs. 1 VwVG). In Rechtskraft erwächst aber lediglich das Dispositiv, welches die Rechte und Pflichten der Adressaten in der Sache bestimmt. Daher gehört die Begründung nicht in das Dispositiv einer Verfügung. Die angefochtene Verfügung stellt in Ziff. 2 (1. Satz) fest, dass die Zuwendung an die Fürsorge-Stiftung statutenwidrig und entgegen den Verteilungsgrundsätze verstossen würde. Damit wird die Handlung der Beschwerdeführerin im Sinne einer Begründung qualifiziert. Dies alleine würde die Änderung des Dispositives diesbezüglich von Amtes wegen rechtfertigen. Eine Änderung ist im vorliegenden Fall zudem unumgänglich, da die Unzulässigkeit der ausserordentlichen Zuwendung im Rahmen der Vernehmlassung und auch in Erwägung 5 hiervor auf eine ande-

re Begründung als noch im vorinstanzlichen Verfahren gestützt wird. Daher ist die Ziff. 2, 1. Satz, des Dispositivs der angefochtenen Verfügung in dem Sinne zu ändern, dass sie keine Feststellung mehr betreffend die Statutenwidrigkeit und die Verteilungsgrundsätze mehr enthält. Die Ziffer 2 Abs. 1 der angefochtenen Verfügung hat demnach neu dahingehend zu lauten, dass die ProLitteris in Bezug auf die 2010 erfolgte ausserordentliche Zuwendung an die Fürsorge-Stiftung in Anwendung von Art. 54 Abs. 1 URG angewiesen wird, den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen.

Diese Anpassung führt allerdings nicht zu einer Aufhebung der Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung, wie dies von der Beschwerdeführerin in ihrem ersten Antrag verlangt wurde (vgl. dazu E. 1.2 hiervor), weshalb die Änderung des Dispositivs nicht zur Folge hat, dass die Beschwerde auch nur teilweise durchdringt. Die Korrektur eines formellen Mangels, wobei die Verfügung im Ergebnis gestützt wird, kann vorliegend am vollumfänglichen Obsiegen der Vorinstanz nichts ändern.

7.

7.1

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 vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht, VGKE, SR 173.320.2). Die Gerichtsgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 2 Abs. 1 VGKE). In Streitigkeiten ohne Vermögensinteresse beträgt die Gerichtsgebühr Fr. 200.– bis Fr. 5'000.– (Art. 3 lit. b VGKE; ausser bei einzelrichterlicher Streitbeilegung).

Vorliegend handelt es sich um eine Streitigkeit ohne Vermögensinteresse, da aufsichtsrechtliche Fragestellungen im Zentrum stehen. Aufgrund des Umfangs und Schwierigkeit der Streitsache erscheint eine Gerichtsgebühr von Fr. 4'500.– als angemessen. Die Verfahrenskosten werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss in derselben Höhe verrechnet.

7.2

Eine Parteientschädigung zugunsten der Beschwerdeführerin fällt mit Blick auf den Verfahrensausgang ausser Betracht (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

Die Vorinstanz verlangt mit Ihrem Antrag um vollumfängliche Beschwerdeabweisung unter Kosten- und Entschädigungsfolgen eine Parteientschädigung zu Lasten der Beschwerdeführerin. Sie hat jedoch als Bundesbehörde gemäss Art. 7 Abs. 3 VGKE keinen Anspruch auf Parteientschädigung, weshalb auch ihr keine Parteientschädigungen zugesprochen wird (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3896/2011 vom 14. Mai 2012, E. 7.3).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Ziff. 2 Abs. 1 der angefochtenen Verfügung vom 24. Oktober 2012 wird wie folgt neu gefasst: "Die ProLitteris wird in Bezug auf die 2010 erfolgte ausserordentliche Zuwendung an die Fürsorge-Stiftung über Fr. 1'654'813.14 in Anwendung von Art. 54 Abs. 1 URG angewiesen, den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen."

3.

Die Verfahrenskosten werden auf Fr. 4'500.– festgesetzt, der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr bereits geleisteten Kostenvorschuss in derselben Höhe verrechnet.

4.

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 434.3/mey; Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Marc Steiner

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 Rechtschrift 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: 9. September 2013