Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-5220/2014

Urteil vom 7. Mai 2018

Besetzung

Richter David Aschmann (Vorsitz),
Richterin Vera Marantelli, Richter Pietro Angeli-Busi,
Gerichtsschreiberin Agnieszka Taberska.

Parteien

ProLitteris,
Schweizerische Urheberrechtsgesellschaft für Literatur und bildende Kunst, Genossenschaft,
Universitätsstrasse 100, 8006 Zürich,
vertreten durch die Rechtsanwälte
Dr. iur. Mathis Berger und Dr. iur. Martin Rauber,
Nater Dallafior Rechtsanwälte AG,
Hottingerstrasse 21, Postfach, 8024 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Verfügung vom 25. Juli 2014 betreffend
Pensionskassenbeiträge.

Sachverhalt:

A.

Die Beschwerdeführerin ist die konzessionierte Verwertungsgesellschaft für Urheberrechte im Bereich Literatur, bildende Kunst und Fotografie. Sie entschied mit Vorstandsbeschluss vom 23. November 2007, während rund zwanzig Jahren drei Mitgliedern ihrer Geschäftsleitung ausserordentliche Gehaltszahlungen zwecks Einkaufs in eine Sammelstiftung der beruflichen Vorsorge (Pensionskasse) auszurichten, um ihnen nach der Pensionierung eine Rente von 52-56 % ihres letzten Lohnes zu ermöglichen. Sie begründete dies damit, der 1987 eingeführte Vorsorgeplan sehe ein entsprechendes Rentenziel nur für Jahresgehälter unter Fr. 120'000.– vor, während für Kaderlöhne ein Zusatzvertrag mit höherer Beitragspflicht hätte abgeschlossen werden müssen. Ohne Nachzahlungen erhielten die Geschäftsleitungsmitglieder eine Rente von lediglich (…) % des letzten Lohnes, was eine Ungleichbehandlung gegenüber den übrigen Angestellten darstelle. Am 24. Juni 2011 beschloss der Vorstand eine Erhöhung der Zahlungen, da sich die ursprüngliche Berechnung als falsch herausgestellt habe.

B.

B.a

Das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum (IGE; nachfolgend: Vorinstanz) wurde auf die ausserordentlichen Gehaltszahlungen aufmerksam, als es den Geschäftsbericht 2008 der Beschwerdeführerin überprüfte. Mit Schreiben vom 7. Mai 2010 verlangte es, die Zulagen seien im Jahresbericht offenzulegen. Nachdem es feststellte, dass 2009 und 2010 weitere Nachzahlungen an die Geschäftsleitung folgten, ersuchte es mit Schreiben vom 20. September 2011 um eine nähere Begründung, wie viele ausserordentliche Zahlungen an die Personalvorsorge noch erforderlich seien und auf welche Höhe sich diese beliefen.

B.b

Mit Schreiben vom 29. September 2011 erläuterte die Beschwerdeführerin, beim Wechsel der Vorsorgeeinrichtung in den Achtzigerjahren sei beabsichtigt worden, allen Angestellten eine Rente von 60 % des letzten Lohnes zu ermöglichen. 2007 habe sich herausgestellt, dass für die Mitglieder der Geschäftsleitung ein Zusatzvertrag hätte abgeschlossen werden müssen, um dieses Rentenziel zu erreichen. Folglich habe der Vorstand einen neuen Vertrag für Kaderlöhne ausgehandelt und Nachzahlungen zugunsten von drei Geschäftsleitungsmitgliedern beschlossen, um ihnen eine Rente von rund 55 % zu garantieren.

B.c
Die Vorinstanz antwortete mit Schreiben vom 21. Oktober 2011, nach ihren Abklärungen sei ein Rentenziel von 60 % bei Kaderlöhnen üblich, eine Verletzung gesetzlicher Pflichten aus ihrer Sicht darum nicht gegeben. Erneut bemängelte sie die Darstellung dieses Ausgabenpostens im Geschäftsbericht 2010 und verlangte, neben dem jährlich bezahlten Teilbetrag sei auch der Gesamtbetrag auszuweisen.

C.
Im Jahresbericht 2012 publizierte die Beschwerdeführerin die Erklärung, der Vorstand habe im Jahr 2007 Nachzahlungen in die Pensionskasse der Geschäftsleitungsmitglieder beschlossen, um diesen das ursprünglich beabsichtige Rentenziel von 60 % des Lohnes zu garantieren. Dem Direktor X._____ seien in den vergangenen sechs Jahren Fr. _____ in seine Pensionskasse bezahlt worden, um den Fehlbetrag bis zum Erreichen des Rentenalters zu kompensieren. Die Aufsichtsbehörde habe die Nachzahlungen genehmigt.

D.
Im Februar 2014 revidierte die Eidgenössische Finanzkontrolle (EFK) bei der Vorinstanz die Aufsicht über die urheberrechtlichen Verwertungsgesellschaften. In ihrem Prüfbericht vom 7. April 2014 hielt sie fest, es gebe auch Gründe, das Gehaltsniveau der Geschäftsleitungen der Verwertungsgesellschaften zu hinterfragen. Doch seien die Mitglieder der Verwertungsgesellschaften die Hauptbetroffenen dieser Gehaltspolitik. Wenn sich die Beschwerdeführerin allerdings auf eine alte Abmachung berufe, wonach sämtlichen Angestellten ein Rentenziel von 60 % garantiert werde, habe sie auch das damals vereinbarte Verteilverhältnis der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverträge von 70:30 im nichtobligatorischen Bereich einzuhalten. Sie empfahl der Vorinstanz, der Beschwerdeführerin darzulegen, dass ihr Vorgehen in dieser Sache keiner geordneten und wirtschaftlichen Geschäftsführung entspreche und eine Rückerstattung des Arbeitnehmerbeitrags angezeigt sei.

E.
Am 25. Juli 2014 verfügte die Vorinstanz, indem sie auf die Beurteilung der EFK verwies:

1. Die von der ProLitteris übernommenen und bereits geleisteten Arbeitnehmeranteile in der Höhe von 30 % der Nachzahlungen sind von der ProLitteris von den betreffenden Arbeitnehmern zurückzufordern.

2. Bei den von der ProLitteris noch zu leistenden Nachzahlungen hat sich die ProLitteris auf eine Zahlung der Arbeitgeberbeiträge in der Höhe von 70 % zu beschränken.

3. Die ProLitteris hat die Aufsichtsbehörde innert 90 Tagen über die Herstellung des rechtmässigen Zustands zu informieren.

F.
Die Beschwerdeführerin gelangte gegen diese Verfügung am 15. September 2014 an das Bundesverwaltungsgericht und stellte die Anträge:

1.a) Es sei die Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 25. Juli 2014 vollumfänglich aufzuheben;

1.b) Eventualiter sei die Verfügung vom 25. Juli 2014 aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen;

2. Es sei festzustellen, dass die von der Beschwerdeführerin für ihre Geschäftsleitungsmitglieder geleisteten sowie die noch zu leistenden Pensionskassennachzahlungen und die diesbezügliche Geschäftsführung der Beschwerdeführerin nicht rechtswidrig sind;

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

Zur Begründung führte sie aus, die Vorinstanz habe die Nachzahlungen am 21. Oktober 2011 in Form einer Verfügung genehmigt, die in Rechtskraft erwachsen sei. Die Umstände hätten sich seither nicht erheblich verändert, die bewilligte Transaktion sei vielmehr in berechtigtem Vertrauen umgesetzt worden. Der Widerruf durch die angefochtene Verfügung vom 25. Juli 2014 sei deshalb unzulässig und verletze die Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes. Der angeordneten Rückforderung stünden zudem zivilrechtliche Hindernisse entgegen. Die der angefochtenen Verfügung zugrunde liegende Empfehlung der EFK sei in Überschreitung von deren Kompetenzen erteilt worden und folglich unbeachtlich.

Sollte das Schreiben der Vorinstanz vom 21. Oktober 2011 nicht als Verfügung qualifiziert werden, sei die Beschwerdeführerin eventualiter in ihrem berechtigten Vertrauen in das – als vorbehaltlose behördliche Zusicherung zu verstehende – Schreiben zu schützen. Dessen Unrichtigkeit, wollte man der Ansicht der EFK folgen, sei für die Beschwerdeführerin nicht erkennbar gewesen; eine Rückforderung ihrer im Vertrauen getätigten und für sie

nachteiligen Disposition deshalb nicht zumutbar. Die angefochtene Verfügung sei unverhältnismässig, da die Vorinstanz ihr vor deren Erlass keine Gelegenheit eingeräumt habe, den angeordneten Zustand freiwillig wiederherzustellen. Zudem sei der Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör verletzt worden. Auch aus materiellen Gründen sei die Verfügung aufzuheben, greife sie doch unzulässigerweise in die Privatautonomie der Beschwerdeführerin ein.

G.
Um Ergänzung gebeten, fügte die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 29. September 2014 hinzu, sie sei durch die angefochtene Verfügung beschwert, weil sie sich gegenüber den betroffenen Geschäftsleitungsmitgliedern sowie der V. _____ (Versicherung) verpflichtet habe, die Pensionskassennachzahlungen zu erbringen, und es ihr negative Konsequenzen in Form von Zivilprozessen bescheren würde, die angefochtene Verfügung vollziehen zu müssen. Der Streitwert des vorliegenden Verfahrens entspreche der Summe der von den Geschäftsleitungsmitgliedern zurückzufordernden Beträge von insgesamt Fr. _____

Mit Schreiben vom 29. Oktober 2014 berichtigte die Beschwerdeführerin, die zurückzufordernde Summe betrage aktuell Fr. _____. Die betroffenen Geschäftsleitungsmitglieder seien über die angefochtene Verfügung informiert worden und hätten erklärt, sich einer Rückforderung mit allen rechtlichen Mitteln zu widersetzen.

H.
Mit Vernehmlassung vom 18. Februar 2015 beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Die Beschwerdeführerin habe nicht belegt, dass sie ursprünglich allen Mitarbeitenden eine Rente von 60 % ihres letzten Lohnes habe ermöglichen wollen. Zudem habe sie lückenhaft und unvollständig über die Höhe der Nachzahlungen informiert. Das Schreiben der Vorinstanz vom 21. Oktober 2011, dem zufolge keine Verletzung gesetzlicher Pflichten vorliege, stelle keine Verfügung, sondern eine formlose Mitteilung dar. Selbst wenn es sich hierbei um eine Verfügung handelte, wäre deren Widerruf durch die abweichende rechtliche Beurteilung der EFK gerechtfertigt, zumal das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung bzw. wirtschaftlichen Verwaltung der von den Verwertungsgesellschaften eingenommenen Gelder gegenüber dem Vertrauensschutz sowie dem Interesse weniger Geschäftsleitungsmitglieder an grosszügigen Pensionskassenbeiträgen überwiege. Das Schreiben sei zudem nicht ursächlich für die bereits vor 2011 in die Wege geleiteten Zahlungen und bilde

deshalb keine Vertrauensgrundlage. Das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin sei gewahrt worden, die Vorinstanz im Rahmen ihrer Aufsichtskognition zum Einschreiten berechtigt und ihr Handeln verhältnismässig gewesen. Die Übernahme des Arbeitnehmeranteils von 30 % sei unangemessen, da die Beschwerdeführerin nicht mit Extrembeispielen aus der Privatwirtschaft verglichen werden könne, und verletze die Pflicht zur Geschäftsführung nach den Grundsätzen einer geordneten und wirtschaftlichen Verwaltung.

I.
Die Beschwerdeführerin hielt mit Replik vom 20. April 2015 an ihren Begehren und bisherigen Vorbringen fest und reichte drei mit den Geschäftsleitungsmitgliedern geschlossene Zusatzvereinbarungen vom 18. November 2011 betreffend die Nachzahlungen ein.

J.
Mit Duplik vom 22. Juni 2015 bekräftigte die Vorinstanz ihre Anträge und bisherigen Vorbringen.

K.
Die BVG- und Stiftungsaufsicht des Kantons Zürich (BVS) antwortete am 9. November 2015 auf Anfrage sinngemäss, bei ihr sei kein aufsichtsrechtliches Verfahren in dieser Sache hängig.

L.
Auf Aufforderung des Instruktionsrichters, die vertraglichen und reglementarischen Grundlagen, Vorsorgepläne und Offerten einzureichen, die den strittigen Nachzahlungen gemäss Verfügung der Vorinstanz zugrunde gelegen hätten, legte die Beschwerdeführerin am 11. November 2015 zwei Vorsorgepläne der Jahre 2005 und 2013 für die BVG-Basisvorsorge, zwei Vorsorgereglemente der Jahre 2007 und 2012 für die BVG-Basisvorsorge, zwei Vorsorgepläne der Jahre 2005 und 2010 für die Zusatzvorsorge und ein Vorsorgereglement des Jahres 2012 für die Zusatzvorsorge ins Recht.

M.
Mit Instruktionsverfügung vom 13. Januar 2016 wurde die Beschwerdeführerin ergänzend aufgefordert, den gesamten Umfang der unter Ziff. 1 und 2 der angefochtenen Verfügung fallenden Zahlungen darzulegen, entsprechende Belege dafür einzureichen und ihre teilweise widersprüchliche Sachdarstellung zu erläutern. Die Beschwerdeführerin führte mit Schreiben vom 12. Februar 2016 aus, von 2007 bis 2014 seien gesamthaft

Fr. _____ an Nachzahlungen geleistet worden; ein Betrag von Fr. _____ sei ausstehend. Der Gesamtstreitwert belaufe sich auf Fr. _____.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 In die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts fallen Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021), einschliesslich Verfügungen der Vorinstanz betreffend die Aufsicht über die Verwertungsgesellschaften wie die vorliegende (Art. 31, 33 Bst. e des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]; Art. 74 Abs. 1 des Urheberrechtsgesetzes [URG, SR 231.1]; Urteile des BVGer B-6104/2012 vom 14. Mai 2012 E. 1 "GT 3a" und B-6104/2012 vom 4. September 2013 E. 1 "Geschäftsbericht 2010").

1.2 Die Beschwerdeführerin ist privatrechtlich organisiert, nimmt aber hoheitliche Aufgaben wahr und ist der Bundesaufsicht, unter anderem der Aufsicht der Vorinstanz über ihre Geschäftsführung, unterstellt (Art. 52 f. URG). Durch eine Bewilligung der Vorinstanz ist sie zur Verwertung von Urheber- und verwandten Schutzrechten ermächtigt (Art. 41 URG). Als Adressatin der angefochtenen Verfügung ist die Beschwerdeführerin durch diese besonders berührt (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG; vgl. Urteile des BVGer B-1769/2010 vom 3. Januar 2012 E. 1.1 "Tarif A Fernsehen [Swissperform]"; B-6104/2012 vom 4. September 2013 E. 1.1 "Geschäftsbericht 2010"). Zur Beschwerdelegitimation bedarf sie ausserdem eines schutzwürdigen Interesses (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG), wofür es genügt, dass in der Aufhebung der angefochtenen Verfügung ein praktischer Nutzen für sie besteht (BGE 141 II 14 S. 29 E. 4.4). Da die Beschwerdeführerin durch den Vollzug der vorinstanzlichen Anordnungen finanziell besser gestellt würde, als wenn sie an den strittigen Zahlungen festhielte, ergibt sich ein schützenswertes Interesse vordergründig nicht aus allfälligen geldwerten Vorteilen. Im Zentrum der Beschwerde liegt vielmehr der von der Beschwerdeführerin gerügte Eingriff in ihre Privatautonomie durch die Vorinstanz. Die Frage, wie weit die Aufsichtskompetenz der Vorinstanz hinsichtlich der Geschäftsführung bzw. Verwendung der eingenommenen Gelder durch die Beschwerdeführerin reicht, begründet ein schützenswertes Interesse, weshalb auf das Begehren Nr. 1 einzutreten ist.

1.3 Die Beschwerdeführerin beantragt mit Begehren Nr. 2, es sei festzustellen, dass die für ihre Geschäftsleitungsmitglieder geleisteten und noch zu leistenden Pensionskassennachzahlungen und ihre diesbezügliche Geschäftsführung nicht rechtswidrig seien.

Einem Feststellungsbegehren ist zu entsprechen, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist (Art. 25 Abs. 2 VwVG). Dieses besteht darin, dass ein Nachteil durch das Feststellungsurteil abgewendet werden kann, der Gesuchsteller mithin Dispositionen nicht treffen kann oder ungerechtfertigterweise unterlassen muss, sofern das Feststellungsurteil nicht ergeht; zudem muss das Feststellungsinteresse direkt und aktuell sein (ISABELLE HÄNER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. A. 2016, Art. 25 N. 17 m.w.H.; BGE 108 Ib 540 E. 3). Weiter wird verlangt, dass das schutzwürdige Interesse nicht durch ein rechtsgestaltendes Urteil gewahrt werden kann (Subsidiarität des Feststellungsentscheids; BGE 137 II 199 E. 6.5; 126 II 300 E. 2c; Urteil des BGer 2C_726/2009 vom 20. Januar 2010 E. 1.3; Urteil des BVGer B-6011/2015 vom 5. April 2016 E. 2.3).

Die angefochtene Verfügung verpflichtet die Beschwerdeführerin, die geleisteten Arbeitnehmeranteile in Höhe von 30 % der getätigten Zahlungen von den begünstigten Arbeitnehmern zurückzufordern und künftige Zahlungen auf die Arbeitgeberbeiträge in Höhe von 70 % zu beschränken. Mit der Aufhebung dieser Anordnung durch ein rechtsgestaltendes Urteil würde das Interesse der Beschwerdeführerin gewahrt, während mit der blossen Feststellung, wonach die Zahlungen rechtens waren, noch keine Aussage über die Reichweite der vorinstanzlichen Aufsichtskompetenz bzw. Privatautonomie der Beschwerdeführerin getroffen wäre. Mangels Feststellungsinteresses ist auf das Begehren Nr. 2 nicht einzutreten.

2.
Vorab sind die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten formellen Rügen zu behandeln, da sie ohne materielle Prüfung zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führen, sollten sie sich als begründet erweisen (BGE 119 Ia 136 E. 2b; 121 I 230 E. 2a).

2.1

2.1.1 Die Beschwerdeführerin rügt zunächst den unzulässigen Widerruf einer rechtskräftigen Verfügung. Sie bringt vor, die Vorinstanz habe am

21. Oktober 2011 in Form einer Feststellungsverfügung vorbehaltlos festgehalten, die Pensionskassennachzahlungen verletzten keine gesetzlichen Pflichten, nachdem sie von der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 29. September 2011 umfassend und vollständig über die ausserordentlichen Zahlungen informiert worden sei. Sie habe lediglich die Kommunikation der Zahlungen bemängelt. Ihrer Aufforderung, den Gesamtbetrag der Zahlungen auszuweisen, sei die Beschwerdeführerin mit Jahresbericht 2012 nachgekommen und dieser sei von der Vorinstanz nicht beanstandet worden. Der Verfügungscharakter des Schreibens werde dadurch unterstrichen, dass sich die Vorinstanz vorgängig bei einer Pensionskassenexpertin erkundigt habe. Die Voraussetzungen für den Widerruf mit der angefochtenen Verfügung vom 25. Juli 2014 seien nicht erfüllt. Weder hätten sich die Umstände seit dem 21. Oktober 2011 erheblich verändert, noch lägen neue Tatsachen oder eine Gesetzesänderung vor. Einziger Anlass für die angefochtene Verfügung sei der Prüfbericht der EFK gewesen, der jedoch in Überschreitung deren Kompetenzen erstellt worden sei und einen unzulässigen Eingriff in die Aufsichtstätigkeit der Vorinstanz darstelle. Folglich sei die Empfehlung der EFK unbeachtlich und von der Beschwerdeführerin höchstens als Anzeige entgegen zu nehmen gewesen. Gestützt auf die Verfügung vom 21. Oktober 2011 habe die Beschwerdeführerin die entsprechenden Vorstandsbeschlüsse umgesetzt, die Nachzahlungen vereinbart und durchgeführt, mithin nachteilige Dispositionen in berechtigtem Vertrauen getroffen. Die Umsetzung der Nachzahlungen könne nicht mehr ohne wesentliche Nachteile rückgängig gemacht werden, der Rückzahlung stünden zivilrechtliche Einreden der betroffenen Geschäftsleitungsmitglieder entgegen, zudem seien die Nachzahlungen in den Konten der Pensionskasse reglementarisch gebunden. Die Beschwerdeführerin könne, wenn sie auf der Rückforderung beharre, für Zinsverluste bei den Geschäftsleitungsmitgliedern haftbar gemacht werden, die durch die vormals unterbliebenen Einzahlungen entstanden seien.

Sollte das Schreiben der Vorinstanz vom 21. Oktober 2011 nicht als Verfügung betrachtet werden, beruft sich die Beschwerdeführerin eventualiter auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes. Das Schreiben stelle mit der Aussage, wonach bei den Nachzahlungen in die Pensionskasse keine Verletzung gesetzlicher Pflichten vorliege, eine vorbehaltlose Zusicherung dar und habe eine Vertrauensgrundlage geschaffen. Gestützt darauf habe die Beschwerdeführerin die Nachzahlungen in die Wege geleitet. Diese für sie nachteiligen, nicht ohne Schaden rückgängig zu machenden Dispositionen hätte sie ohne die Zusicherung der Vorinstanz nicht vorgenommen, sondern sich um eine andere Lösung bemüht. Dem Schutz des Vertrauens der

Beschwerdeführerin stehe kein überwiegendes öffentliches Interesse entgegen. Zudem habe die Vorinstanz die Zulässigkeit der Nachzahlungen mit Genehmigung des Jahresberichts 2012, in welchem die Beschwerdeführerin den Sachverhalt abermals ausführlich dargelegt habe, erneut bestätigt. Folglich sei die Vorinstanz an ihre Zusicherung gebunden.

2.1.2 Die Vorinstanz stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, ihr Schreiben vom 21. Oktober 2011 stelle eine informelle Einschätzung bzw. formlose Mitteilung dar. Es begründe weder Rechte noch Pflichten, da sich die verwertungsrechtlichen Pflichten direkt aus dem URG ergäben; die Rechtsstellung der Beschwerdeführerin sei durch das Schreiben nicht verändert worden, auch äussere sich dieses nicht zum Bestand, Nichtbestand oder Umfang verwertungsrechtlicher Pflichten. Es sei kein Rechtsverhältnis gestaltend oder feststellend geregelt worden. Die Vorinstanz erlasse lediglich bei der Bewilligungserteilung, Genehmigung von Geschäftsberichten und im Fall von Pflichtverletzungen Verfügungen. Im Hinweis auf die fehlende Verletzung gesetzlicher Pflichten, verbunden mit der Aufforderung zu transparenter Kommunikation, liege keine vorbehaltlose Genehmigung. Das Schreiben stelle auch keine Feststellungsverfügung dar, da die Vorinstanz von der Beschwerdeführerin nicht um Auskunft ersucht worden sei, sondern von sich aus Abklärungen vorgenommen habe. Diese seien der Beschwerdeführerin ohnehin nicht bekannt gewesen, sodass daraus kein Vertrauen habe entstehen können. Die Nachzahlungen seien vom Vorstand der Beschwerdeführerin 2007 und 2011 genehmigt und seit 2008 – und damit noch vor dem Schreiben der Vorinstanz – geleistet worden, weshalb dieses keine Vertrauensgrundlage bilden könne.

Eventualiter macht die Vorinstanz geltend, sie habe die Verfügung – sollte das Schreiben vom 21. Oktober 2011 als solche qualifiziert werden – zulässigerweise widerrufen. Sie habe den Sachverhalt ursprünglich gestützt auf die Einschätzung einer Pensionskassenexpertin falsch gewürdigt. Die gegenteilige rechtliche Würdigung der EFK, der sie sich anschliesse, sei ausreichender Grund, auf die Verfügung zurückzukommen. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin zu deren Aufsichtskompetenz seien irrelevant, da die Vorinstanz die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nicht auf deren Anweisung, sondern aus eigener Veranlassung verfügt habe. Zudem sei der Sachverhalt der Vorinstanz zum Zeitpunkt des Schreibens vom 21. Oktober 2011 weder vollständig bekannt gewesen noch seither unverändert geblieben. So habe die Beschwerdeführerin nur einen Teil der Zahlungen ausgewiesen und diese nachträglich angepasst. Die Rück-

forderung des Arbeitnehmeranteils sei entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht unmöglich. Von einem eigentlichen Nachteil könne ohnehin nicht die Rede sein, da die zurückgeforderten Beträge eine Senkung der Verwaltungskosten zur Folge hätten und an die Mitglieder der Beschwerdeführerin, zur Wahrung deren Interessen sie verpflichtet sei, verteilt würden. Das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung bzw. der ordentlichen und wirtschaftlichen Verwaltung der von der Beschwerdeführerin treuhänderisch für ihre Mitglieder eingenommenen Gelder habe Vorrang gegenüber Vertrauensschutz, Rechtssicherheit sowie den individuellen Interessen einiger Geschäftsleitungsmitglieder an grosszügigen Pensionskassenbeiträgen. Im Übrigen falle das Versäumnis, genügende Pensionskassenzahlungen zu leisten, in den Verantwortlichkeitsbereich der Geschäftsleitung und sei nicht nachvollziehbar, wie es 20 Jahre lang unentdeckt geblieben sein soll.

2.2

2.2.1 Art. 34 und 35 VwVG schreiben vor, dass Verfügungen als solche zu bezeichnen, zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen sind. Bei Unklarheiten über den Verfügungscharakter ist indessen nicht massgebend, ob die gesetzlichen Formvorschriften erfüllt, sondern ist vielmehr darauf abzustellen, ob die materiellen Strukturmerkmale einer Verfügung vorhanden sind (BVGE 2009/43 E. 1.1.4; 2015/15 E. 2.1.2.1; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. A. 2016, N. 872). Demnach ist die Verfügung ein individueller Hoheitsakt der Behörde im Einzelfall, der eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise regelt und sich auf öffentliches Recht des Bundes stützt (Art. 5 Abs. 1 VwVG; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N. 849; Urteil des BVGer A-4357/2010 vom 5. Mai 2011 E. 1.2.1). Im Gegensatz zur rechtsgestaltenden Verfügung werden durch die feststellende Verfügung keine neuen Rechte und Pflichten begründet, geändert oder aufgehoben, sondern die Rechtslage geklärt, indem das Bestehen, Nichtbestehen oder der Umfang individuell-konkreter Rechte oder Pflichten von Amtes wegen oder auf Begehren festgestellt wird (Art. 25 Abs. 1 VwVG; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N. 866 f., N. 889). Mit der Feststellungsverfügung wird dem Betroffenen somit eine die Behörde verpflichtende Auskunft über seine Rechtslage erteilt. Der Erlass einer Feststellungsverfügung setzt voraus, dass der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist oder ein öffentliches Feststellungsinteresse be-

steht (BGE 137 II 199 E. 6.5). Feststellungsverfügungen können auch einen in der Zukunft liegenden Sachverhalt betreffen, soweit sich dieser hinreichend konkretisiert hat, um die darauf beruhenden Rechte und Pflichten verbindlich feststellen zu können (BGE 135 II 60 E. 3.3.3; ISABELLE HÄNER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. A. 2016, Art. 25 N. 9).

2.2.2 Gemäss Art. 25 Abs. 3 VwVG darf keiner Partei daraus ein Nachteil erwachsen, dass sie im berechtigten Vertrauen auf eine Feststellungsverfügung gehandelt hat. Diese Bestimmung konkretisiert das in Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV verankerte Vertrauensprinzip (HÄNER, a.a.O., Art. 25 N. 23; BEATRICE WEBER-DÜRLER, in: Auer et. al. [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2008, Art. 25 N. 28). Feststellungsverfügungen bilden somit eine Vertrauensgrundlage, deren Widerruf an dieselben Voraussetzungen gebunden ist wie im Fall von Leistungs- oder Gestaltungsverfügungen (HÄNER, a.a.O., Art. 25 N. 24 f.; KIENER/RÜTSCHE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. A. 2015, S. 104). Ein Widerruf kommt nur bei fehlerhaften Verfügungen in Betracht, wobei die Fehlerhaftigkeit ursprünglicher oder nachträglicher Natur sein kann (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N. 1229; Urteil des BVGer B-6573/2013 vom 15. Juli 2014 E. 5.1). Nur wenn keine Kenntnis der Fehlerhaftigkeit der Verfügung vorhanden ist und nach Treu und Glauben, bei pflichtgemässer Sorgfalt, auch nicht vorhanden sein muss, kann ein berechtigtes Vertrauen vorliegen. Ferner ist eine Vertrauensbetätigung erforderlich, mithin muss die Verfügung kausal für eine Disposition des Adressaten gewesen sein, der diese nicht ohne Nachteil wieder rückgängig machen kann. Schliesslich ist eine Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts und den privaten Interessen an der Wahrung der Rechtssicherheit bzw. am Vertrauensschutz vorzunehmen. Der Rechtssicherheit kommt grundsätzlich der Vorrang zu, wenn durch die frühere Verfügung ein subjektives Recht begründet worden oder die Verfügung in einem Verfahren ergangen ist, in welchem die sich gegenüberstehenden Interessen zu prüfen waren, oder wenn der Private von einer ihm durch die Verfügung eingeräumten Befugnis bereits Gebrauch gemacht hat. Selbst in diesen Fällen kann ein Widerruf jedoch durch ein besonders gewichtiges öffentliches Interesse gerechtfertigt sein (Urteile des BGer 1C_573/2014 vom 29. April 2015 E. 2.2; 4A_447/2009 vom 9. November 2009 E. 2.1; BGE 121 II 273 E. 1a/aa; 137 I 69 E. 2.3; HÄNER, a.a.O., Art. 25 N. 25; KIENER/RÜTSCHE/KUHN, a.a.O., S. 104; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N. 1227 ff.). Bei der Feststellungsverfügung im Beson-

deren ist eine Bindungswirkung beim Erlass einer nachfolgenden Leistungs- oder Gestaltungsverfügung dann zu bejahen, wenn die in der Feststellungsverfügung enthaltenen Auskünfte klar und vollständig waren und der rechtserhebliche Sachverhalt sich nach Erlass der Verfügung nicht verändert hat (BGE 129 III 503 E. 3.5).

2.2.3 Im Gegensatz zu Verfügungen haben formlose Zusicherungen, Auskünfte, Empfehlungen oder Belehrungen in der Regel keine Rechtswirkung und können nicht auf dem Rechtsweg angefochten werden. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben können jedoch auch sie Bindungswirkung entfalten (BGE 121 II 473 E. 2c; 129 III 503 E. 3.5; 130 V 388 E. 2.5; 126 II 514 E. 3b und 3e). Der von einer Auskunft ausgehende Schutz des berechtigten Vertrauens ist weitgehend derselbe wie im Fall einer Feststellungsverfügung und unterliegt ähnlichen Voraussetzungen (WEBER-DÜRLER, a.a.O., Art. 25 N. 30; KIENER/RÜTSCHE/KUHN, a.a.O., S. 105). Voraussetzung für eine Berufung auf Vertrauensschutz ist, dass die betroffene Person sich berechtigterweise auf die Vertrauensgrundlage verlassen durfte und gestützt darauf nachteilige Dispositionen getroffen hat, die sie nicht mehr rückgängig machen kann. Weiter darf dem Interesse am Vertrauensschutz kein überwiegendes öffentliches Interesse an der richtigen Rechtsanwendung entgegenstehen (Urteil des BGer 1C_300/2011 vom 3. Februar 2012 E. 4.1; BGE 129 I 161 E. 4.1; 137 I 69 E. 2.5.1). Die Bindungswirkung der Auskunft bezieht sich nur auf den Sachverhalt, der der Behörde zur Kenntnis gebracht wurde. Ändert sich die tatsächliche Situation massgeblich, ist die Behörde nicht mehr an ihre früheren Aussagen gebunden (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N. 695).

2.3

2.3.1 Die Vorinstanz hielt in ihrem Schreiben an die Beschwerdeführerin vom 20. September 2011 fest, laut deren Geschäftsbericht 2010 sei der Personalvorsorge der Geschäftsleitung eine ausserordentliche Zahlung von Fr. _____ mit der Begründung überwiesen worden, andernfalls resultierte eine Rente von lediglich (…) %. Aus demselben Grund sei bereits 2009 eine ausserordentliche Zahlung geleistet worden. Sie ersuchte um nähere Begründung bis 30. September 2011, wie viele ausserordentliche Zahlungen an die Personalvorsorge noch zur Erhöhung der Rente erforderlich seien und auf welche Höhe sich diese beliefen. Die Beschwerdeführerin antwortete am 29. September 2011, anlässlich der Vertragsabschlüsse einige Jahre nach 1982 mit der Vorsorgeeinrichtung W._____ (heute V._____) sei beabsichtigt worden, sämtlichen Angestellten eine

Rente von 60 % des letzten Lohnes auszuzahlen. Erst vor drei Jahren habe sich herausgestellt, dass für Kaderlöhne ein Zusatzvertrag mit entsprechend höherer Beitragspflicht hätte abgeschlossen werden müssen, um dieses Ziel zu erreichen. Dies sei jedoch vergessen gegangen. Folglich sei ein neues Modell für die Kaderversicherung ausgearbeitet worden. Daraufhin habe der Vorstand beschlossen, Nachzahlungen an die Geschäftsleitungsmitglieder zu leisten, um ihnen eine Rente von rund 55 % des letzten Lohnes zu ermöglichen. Gemäss neuster Berechnungen beliefen sich diese auf je Fr. _____ von 2011 bis 2012 für X._____, je Fr. _____ von 2011 bis 2024 für Y._____ sowie je Fr. _____ von 2011 bis 2017 für Z._____.

2.3.2 In der Folge konsultierte die Vorinstanz eine Pensionskassenexpertin und teilte der Beschwerdeführerin im strittigen Schreiben vom 21. Oktober 2011 folgendes mit:

> Ein Rentenziel von 60 % des letzten Lohnes ist bei vergleichbaren Kaderlöhnen die Norm. Der Zusatzvertrag führt nicht zu einer ungerechtfertigten Besserstellung im Falle vollständiger Übernahme der Beiträge durch den Arbeitgeber. Gerade bei Kaderleuten ist die vollständige Übernahme üblich. Das Versäumnis, beim Pensionskassenwechsel eine Kaderlohnversicherung abzuschliessen, hat zudem [nicht] zu unverantwortlichen Mehrkosten geführt. Damit liegt aus Sicht der Aufsichtsbehörde keine Verletzung gesetzlicher Pflichten vor.

Weiter forderte die Vorinstanz die Beschwerdeführerin auf, im Geschäftsbericht künftig nicht nur den Teilbetrag, sondern darüber hinaus den Gesamtbetrag auszuweisen, da die Angabe der Zahlungen im Geschäftsbericht 2010 missverständlich sei und für eine einmalige Zahlung gehalten werden könne.

2.3.3 Die EFK hielt in ihrem Prüfbericht vom 7. April 2014 in Bezug auf die Pensionskassennachzahlungen fest, wenn sich die Beschwerdeführerin schon auf das gemäss früherer Abmachung verfolgte Rentenziel von 60 % berufe, müsse sie sich auch an die damals vereinbarten Verteilverhältnisse von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberanteil im nichtobligatorischen Teil von 70:30 halten. Die Geschäftsleitung habe mindestens den Arbeitnehmeranteil selbst zu tragen. Von einer geordneten Geschäftsführung sei zu erwarten, dass die Belange der beruflichen Vorsorge korrekt und mit der nötigen Weitsicht abgewickelt würden, wobei namentlich der Geschäftsführer im Rahmen der Gesamtverantwortung hierfür die nötigen Vorkehren zu treffen habe. Es sei unverständlich, dass das Versäumnis, eine zusätzliche Kaderversicherung abzuschliessen, derart lange unbemerkt geblieben sei.

Versicherte würden regelmässig mit Pensionskassenausweisen und prospektiven Berechnungsmodellen über die Vorsorgesituation informiert, was die Abschätzung der künftigen Rentenleistung ermögliche. Sie empfahl der Vorinstanz, der Beschwerdeführerin darzulegen, dass ihr Vorgehen in Sachen beruflicher Vorsorge der Geschäftsleitung nicht einer geordneten, wirtschaftlichen Geschäftsführung entspreche und eine Rückerstattung der Arbeitnehmerbeiträge angezeigt sei. Unter Bezugnahme auf diese Ausführungen hielt die Vorinstanz die Beschwerdeführerin in der angefochtenen Verfügung vom 25. Juli 2014 zur Rückforderung der Arbeitnehmeranteile von 30 % der bereits geleisteten Zahlungen an und verpflichtete sie, die ausstehenden Zahlungen auf den Arbeitnehmeranteil von 70 % zu beschränken.

2.4

2.4.1 Das Schreiben der Vorinstanz vom 21. Oktober 2011, mit welcher diese das Vorgehen der Beschwerdeführerin als rechtens beurteilte, ist nicht als Verfügung bezeichnet und enthält keine Rechtsmittelbelehrung, womit es nicht den formellen Anforderungen an eine Verfügung entspricht. Materiell richtete es sich an die Beschwerdeführerin als individuell bezeichnete Adressatin, bezog sich mit den strittigen Nachzahlungen auf einen konkreten Fall, wurde von der Vorinstanz als Aufsichtsbehörde in einer hoheitlichen Position verfasst und stütze sich auf öffentliches Bundesrecht. Ziel des Schreibens, dem Anfragen sowohl bei der Beschwerdeführerin als auch bei einer Pensionskassenexpertin vorausgegangen waren, bestand darin, die Rechtslage betreffend die ausserordentlichen Zahlungen sowie den Bedarf nach einem aufsichtsrechtlichen Eingreifen zu klären. Mit dem Schreiben gab die Vorinstanz zu verstehen, die Beschwerdeführerin sei zum Vorgehen wie von ihr geschildert berechtigt und in der Sache würden mangels Verletzung gesetzlicher Pflichten keine aufsichtsrechtlichen Massnahmen unternommen. Damit erfüllt das Schreiben die Strukturmerkmale einer Verfügung. Dass die Beschwerdeführerin nicht um Erlass einer Feststellungsverfügung ersucht hat, ist insofern unbeachtlich, als mit der Aufsichtstätigkeit der Vorinstanz ein öffentliches Interesse für den Erlass einer Verfügung von Amtes wegen gegeben war. Doch selbst wenn das Schreiben nicht als Verfügung, sondern als formlose behördliche Mitteilung qualifiziert würde, änderte dies nichts an der – unter ähnlichen Gesichtspunkten zu prüfenden (E. 2.2.3) – Beurteilung dessen Bindungswirkung, wie nachfolgend gezeigt wird.

2.4.2 Zunächst ist zu prüfen, ob die Einschätzung der Vorinstanz im Schreiben vom 21. Oktober 2011 auf einem korrekten, vollständigen und seither unverändert gebliebenen Sachverhalt basierte (vgl. E. 2.2.2). Zu diesem Zweck ist der sich aus den Akten ergebende Sachverhalt mit den Mitteilungen der Beschwerdeführerin an die Vorinstanz zu vergleichen.

2.4.2.1 Anlässlich der Vorstandssitzung vom 23. November 2007 informierte die Geschäftsleitung den Vorstand, beim Wechsel der Pensionskasse nach Ablösung der Beschwerdeführerin von der SUISA sei aufgrund von Fehlinformationen eine unverhältnismässig tiefe Vorsorgelösung von (…) % des Lohnes für die drei Geschäftsleitungsmitglieder X._____, Y._____ und Z._____ resultiert. Um auch ihnen eine übliche Rente von 50-60 % des Lohnes zu garantieren, werde beantragt, ihnen mehr Lohn auszuzahlen. Der Mehranteil sei von ihnen in die Pensionskasse einzuzahlen und könne von den Steuern abgezogen werden. Die Berechnungen der Versicherungsgesellschaft V._____ lägen noch nicht vor. Es sei aber vorgesehen, für die nächsten sechs Jahre Fr. _____, danach für fünf Jahre Fr. _____ und anschliessend für acht bis neun Jahre Fr. _____ mehr Lohn zu zahlen, wodurch eine Rente von rund 52-56 % erreicht werde. Auf die Frage von Vorstandsmitglied H._____, welchen Teil der Arbeitgeber übernehme, wurde laut Protokoll geantwortet, es hätten "beide Seiten zu wenig einbezahlt".

Die beantragten Zusatzzahlungen wurden vom Vorstand einstimmig angenommen. Aus dem Protokoll ergibt sich damit eine Genehmigung von Nachzahlungen in der Höhe von insgesamt Fr. _____, wobei der Hinweis, davon seien auch die Arbeitnehmeranteile erfasst, nicht eindeutig ist.

2.4.2.2 Aus dem Bericht der Revisionsstelle an den Vorstand der Beschwerdeführerin vom 19. Juni 2009 betreffend die Jahresrechnung 2008 geht hervor, dass die erste Zahlung von Fr. _____ im Dezember 2007 erfolgte. Die Nachzahlungen wurden weder im Jahresbericht 2007 noch 2008 erwähnt. Lediglich in einer Randnote zu einer Beilage (4/10) zum Erläuterungsbericht der Revisionsstelle betreffend die Jahresrechnung 2007 vom 31. Oktober 2008 findet sich ein Hinweis auf die ausserordentlichen Zahlungen zugunsten von drei Geschäftsleitungsmitgliedern für ihre Rente, allerdings ohne Angabe von Dauer und Betrag. Nachdem die Vorinstanz die ausserordentlichen Zahlungen bei der Prüfung des Geschäftsberichts 2008 festgestellt und die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 14. April und 7. Mai 2010 angewiesen hatte, diese unter Angabe des Gesamtbe-

trags im Jahresbericht offenzulegen, wies die Beschwerdeführerin Zahlungen von Fr. _____ im Jahr 2009, Fr. _____ im Jahr 2010, je Fr. _____ in den Jahren 2011 und 2012 sowie Fr. _____ im Jahr 2013 aus.

2.4.2.3 An der Vorstandssitzung vom 24. Juni 2011 wurde auf den – nach dem Vorstandsbeschluss vom 23. November 2007 in Auftrag gegebenen – Plan der V._____ hingewiesen, der folgende Nachzahlungen vorgesehen habe:

je Fr. _____ von 2007-2012 für X._____,
je Fr. _____ von 2007-2024 für Y._____,
je Fr. _____ von 2007-2017 für Z._____,

insgesamt also Fr. _____.

Eine Überprüfung durch die U._____ (Bank) habe ergeben, dass diese Berechnung falsch und höhere Zahlungen notwendig seien. Die Mehrkosten gegenüber den 2007 beschlossenen und genehmigten Nachzahlungen beliefen sich auf insgesamt Fr. _____. Auf entsprechende Anfrage eines Vorstandsmitglieds wurde ausgeführt, die Nachzahlungen beinhalteten neben den Arbeitgeberbeiträgen auch die Arbeitnehmerbeiträge. Der Vorstand genehmigte im Ergebnis folgende Zahlungen:

je Fr. _____ von 2010-2012 für X._____,
je Fr. _____ von 2010-2024 für Y._____,
je Fr. _____ von 2010-2017 für Z._____,

insgesamt also Zahlungen von Fr. _____.

Rechnet man indessen die bereits geleisteten Zahlungen 2007-2010 hinzu –

je Fr. _____ von 2007-2009 für X._____,
je Fr. _____ von 2007-2009 für Y._____,
je Fr. _____ von 2007-2009 für Z._____ –

ergibt sich ein Total von Fr. _____ an Zusatzzahlungen und damit Fr. _____ (und nicht Fr. _____) mehr als vom Vorstand 2007 bewilligt (Fr. _____).

2.4.2.4 Im Jahresbericht 2012 nahm die Beschwerdeführerin erstmals ausführlich zu den Nachzahlungen Stellung. Sie schilderte die Vertragsschlüsse mit der W._____/V._____, wobei man das Rentenziel von 60 % verfolgt und sich darauf geeinigt habe, im obligatorischen Bereich würden die Beiträge im Verhältnis 60 (Arbeitgeberin) zu 40 (Arbeitnehmer), im nichtobligatorischen Bereich im Verhältnis 70 (Arbeitgeberin) zu 30 (Arbeitnehmer) aufgeteilt. 2007 habe sich herausgestellt, die Geschäftsleitungsmitglieder würden bei Erreichen des AHV-Alters eine Rente von lediglich (…) % des letzten Lohnes erhalten. Um auch ihnen eine Rente von 60 % zu garantieren, hätte ein Zusatzvertrag mit höherer Beitragspflicht abgeschlossen werden müssen, was aufgrund beidseitiger Missverständnisse unterblieben und erst 2007 entdeckt worden sei. Folglich sei ein Zusatzvertrag ausgearbeitet und vom Vorstand am 23. November 2007 beschlossen worden, während sechs Jahren die notwendigen Nachzahlungen von je Fr. _____ in die Pensionskasse der Geschäftsleitung einzuzahlen, um die Geschäftsleitung mit den anderen Arbeitnehmern gleichzustellen und nicht wortbrüchig zu werden. Im Juni 2011 habe der Vorstand leicht höhere Nachzahlungsbeträge genehmigt. Dem Direktor X._____ seien während der letzten sechs Jahre bis zum Erreichen des Pensionierungsalters insgesamt Fr._____ in seine Pensionskasse einbezahlt worden, letztmals Fr. _____ im Jahr 2012. Auf seine vierzigjährige Tätigkeit bei der Beschwerdeführerin aufgerechnet ergäbe sich eine jährliche Summe von rund Fr. _____, wovon der Arbeitgeberanteil von 70 % Fr. _____, der Arbeitnehmeranteil Fr. _____ betragen hätte. Aufgrund der vom Vorstand beschlossenen Lösung habe er pro Monat rund Fr. 1'000.– mehr verdient, als wenn die Anteile von Anfang an bezahlt worden wären; im Gegenzug habe er während der letzten 40 Jahre erhebliche Zinsverluste hinnehmen müssen. Die Vorinstanz habe die Zusatzzahlungen ausdrücklich genehmigt.

2.4.2.5 Nachdem die Beschwerdeführerin vor Bundesverwaltungsgericht mehrere abweichende Angaben betreffend die Nachzahlungen bzw. den Streitwert gemacht hatte, wurde sie mit Verfügung vom 13. Januar 2016 aufgefordert, ihre widersprüchliche bzw. unvollständige Sachverhaltsdarstellung zu erläutern und mit Belegen zu versehen. In der Folge reichte sie neben dem Jahresbericht 2014 eine Übersicht "Einkauf Beitragsjahre 2007-2014" vom 9. Februar 2016 ein. Gemäss dieser wurden folgende Nachzahlungen ausgerichtet:

Je Fr. _____ von 2007-2009 und je Fr. _____ von 2010-2012 an X._____ (total Fr. _____),

je Fr. _____ von 2007-2009, Fr. _____ im Jahr 2010, Fr. _____ im Jahr 2011 und je Fr. _____ von 2012-2014 an Y._____ (total Fr. _____),

je Fr. _____ von 2007-2009, Fr. _____ im Jahr 2010, je Fr. _____ von 2011-2013 und Fr. _____ im Jahr 2014 an Z._____ (total Fr. _____),

insgesamt Fr. _____ von 2007-2014.

Ausstehend seien Zahlungen in Höhe von je Fr. _____ von 2015-2021 (total Fr. _____) an Y._____.

Daraus ergibt sich ein Total sämtlicher Zahlungen 2007-2021 von Fr. 3'023'357.35.

2.4.2.6 Die Vorinstanz ging gestützt auf die Auskunft der Beschwerdeführerin vom 29. September 2011 davon aus, die Nachzahlungen beliefen sich von 2011-2024 auf insgesamt Fr. _____ (Fr. _____ für X._____, Fr. _____ für Y._____, Fr. _____ für Z._____). Nicht in diesen Angaben enthalten ist jedoch der Gesamtbetrag der seit 2007 geleisteten Zahlungen, von dem die Vorinstanz keine Kenntnis hatte. Gemäss Übersicht vom 9. Februar 2016 belaufen sich die Zahlungen von 2011 bis 2021 (statt 2024) zudem auf Fr. _____, fallen also höher aus. Den Gesamtbetrag von Fr. 3'023'357.35 von 2007 – 2021 wies die Beschwerdeführerin erst im Beschwerdeverfahren aus. Die im Schreiben vom 29. September 2011 aufgeführten Zahlen decken sich ferner weder mit den Angaben in den Jahresberichten noch mit der von der Beschwerdeführerin eingereichten Übersicht vom 9. Februar 2016. Für die Jahre 2011 und 2012 gab sie Zahlungen in der Höhe von insgesamt Fr. _____ an, gemäss Jahresbericht 2011 und 2012 sowie der Übersicht wurden jedoch Fr. _____ bezahlt. Für die Jahre 2013 – 2017 gab sie Zahlungen von jährlich Fr. _____ an, gemäss Jahresbericht 2013 wurden Fr. _____ bezahlt, der Übersicht zufolge waren es Fr. _____.

Der effektive Sachverhalt war folglich ein anderer als der von der Vorinstanz gestützt auf die Auskunft der Beschwerdeführerin beurteilte und hat sich seit dem Schreiben vom 21. Oktober 2011 verändert, da die Beschwerdeführerin die Zahlungen in der Zwischenzeit mehrmals angepasst hat. Bereits die kurz nach dem Schreiben der Vorinstanz vom 21. Oktober 2011 mit den Geschäftsleitungsmitgliedern getroffenen Zusatzvereinbarun-

gen zu den Arbeitsverträgen vom 18. November 2011 führen andere Zahlen auf, als der Vorinstanz angegeben wurde. Mit Verweis auf die Vorstandsbeschlüsse vom 24. Juni und 18. November 2011 sind darin folgende Zahlungen vorgesehen:

je Fr. _____ von 2011-2012 für X._____,
je Fr. _____ von 2011-2014 für Z._____
je Fr. _____ von 2011-2020 für Y._____.

Die in den Zusatzvereinbarungen aufgeführten Zahlen sind einerseits höher als die im Schreiben an die Vorinstanz aufgeführten (Fr. _____ statt Fr. _____ an X._____, Fr. _____ statt Fr. _____ für Z._____, Fr. _____ statt Fr. _____ für Y._____), andererseits tiefer als die gemäss Übersicht tatsächlich bezahlten. So erhielt Z._____ im Jahr 2014 nicht Fr. _____, sondern Fr. _____ ausbezahlt. Die Zahlungen für Y._____ belaufen sich gemäss Übersicht nicht auf Fr. _____, wie in der Zusatzvereinbarung von 2011-2010 angegeben, sondern betragen insgesamt Fr. _____ (2011-2021).

Unterschiedliche Angaben machte die Beschwerdeführerin auch zur Höhe der mit den Nachzahlungen beabsichtigten zukünftigen Rente (52-56 % gemäss Protokoll der Vorstandssitzung vom 23. November 2007, 52 % gemäss Erläuterungsbericht der Revisionsstelle vom 31. Oktober 2008, 55-60 % gemäss Protokoll der Vorstandssitzung vom 24. Juni 2011, 55 % gemäss Schreiben an die Vorinstanz vom 29. September 2011, 60 % gemäss Jahresbericht 2012).

2.4.2.7 Die Beschwerdeführerin begründet die abweichenden Zahlen mit Berechnungsfehlern durch die V._____ und U._____, weshalb die Zahlungen mehrmals hätten revidiert und angepasst werden müssen; zudem sei ein neuer Entscheid des Bundesgerichts hinsichtlich steuerrechtlicher Behandlung von Pensionskassennachzahlungen zu berücksichtigen gewesen. Indessen reichte sie keine Berechnungsgrundlagen ein, die diese Behauptung stützen, zudem wären auch allfällige Fehlberechnungen keine Rechtfertigung für die ungenügende Transparenz und die – trotz mehrfacher Aufforderung durch die Vorinstanz – unterlassene Angabe des Gesamtbetrags von über 3 Mio. in den Jahresberichten.

Auch die Behauptung der Beschwerdeführerin, im Jahresbericht 2012 umfassend und vollständig über die Nachzahlungen informiert zu haben,

erweist sich bei näherem Hinsehen als unzutreffend. Weder wird der Gesamtbetrag sämtlicher Zahlungen ausgewiesen noch das Ergebnis der Vorstandssitzungen korrekt wiedergegeben. So wurden vom Vorstand 2007 nicht Nachzahlungen in Höhe von Fr. _____ (6 x Fr. _____), sondern von Fr. _____ bewilligt. Die Höhe der vom Vorstand 2011 genehmigten Zahlungen bleibt unerwähnt. Sodann wird im Jahresbericht nur auf die Zahlungen zugunsten des Direktors in Höhe von Fr. _____ Bezug genommen, während die Zahlungen an die beiden anderen Geschäftsleitungsmitglieder verschwiegen werden. Dadurch entsteht der unzutreffende Eindruck, sämtliche Zahlungen beliefen sich auf insgesamt Fr. _____. Zudem wird nicht ausdrücklich erwähnt, dass die Nachzahlungen auch den Arbeitnehmeranteil von 30 % erfassen. Dies ergibt sich bloss indirekt aus der Zitierung des von der Vorinstanz verfassten Schreibens vom 21. Oktober 2011. Sodann wurden die Zahlungen nicht, wie im Jahresbericht geschildert, in die Pensionskassen eingespiesen, sondern den Geschäftsleitungsmitgliedern als zusätzliche Gehaltszahlungen direkt ausgerichtet, wie sich u.a. aus dem Protokoll der Vorstandssitzung vom 23. November 2007, dem Erläuterungsbericht der Revisionsstelle zur Jahresrechnung 2012 und den Zusatzvereinbarungen mit den Geschäftsleitungsmitgliedern zu den Arbeitsverträgen vom 18. November 2011 ergibt. Von einer umfassenden und vollständigen Information sowohl gegenüber der Vorinstanz als auch den eigenen Mitgliedern, auf die sich die Beschwerdeführerin beruft, kann folglich keine Rede sein.

Ob die Zahlungen bis 2021 tatsächlich ausfallen werden wie in der Übersicht vom 9. Februar 2016 angekündigt, steht nicht mit Sicherheit fest, teilte die Beschwerdeführerin mit Stellungnahme vom 12. Februar 2016 doch mit, betreffend die künftigen Nachzahlungen seien höchstens angenommene Zahlen verfügbar. Folglich sind weitere Anpassungen nicht ausgeschlossen.

2.4.3 Die vorstehend dargelegten Zahlen zeigen auf, dass die Einschätzung der Vorinstanz vom 21. Oktober 2011 einerseits auf einer unvollständigen und fehlerhaften Darstellung des Sachverhalts basierte. Andererseits hat sich der Sachverhalt aufgrund wiederholter Anpassungen der Zahlungen durch die Beschwerdeführerin seit der Einschätzung der Vorinstanz verändert und steht bis heute nicht mit Sicherheit fest. Dem Schreiben vom 21. Oktober 2011 kommt deshalb keine Bindungswirkung zu. Da der Jahresbericht 2012 die Zahlungen nicht vollständig offenlegte, kann die Beschwerdeführerin auch aus dessen Genehmigung durch die Vorinstanz am 11. Dezember 2014 nichts zu ihren Gunsten ableiten. Kommt hinzu, dass

die Vorinstanz sie vorgängig mit der angefochtenen Verfügung vom 25. Juli 2014 zur Rückforderung des Arbeitnehmeranteils der Zahlungen angehalten hat und diese Anordnung mit der Genehmigung des Jahresberichts nicht etwa aufgehoben, sondern darin im Gegenteil erneut darauf hingewiesen wurde, der Gesamtbetrag der Zahlungen sei nach wie vor nicht transparent kommuniziert. Einerseits konnte die Vorinstanz keine vergangenen oder künftigen Zahlungen genehmigen, die ihr gar nicht erst zur Kenntnis gebracht waren, so dass der auf einem unvollständigen Sachverhalt bzw. Geschäftsbericht beruhenden Genehmigung, gleich wie der Einschätzung vom 21. Oktober 2011, keine Bindungswirkung zukam; andererseits prüfte die Vorinstanz ihren Ausführungen zufolge die weisungsgemässe Berichterstattung, ohne mit dem Geschäftsbericht zugleich die materielle Geschäftsführung zu genehmigen. Aus der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin der Vorinstanz den rechtserheblichen Sachverhalt nicht vollständig offengelegt und namentlich nie den Gesamtbetrag der Zahlungen von rund 3 Mio. erwähnt hat, folgt auch, dass sie kein berechtigtes Vertrauen für sich beanspruchen kann, musste sie doch um die mögliche Fehlerhaftigkeit der auf einem unvollständigen Sachverhalt basierenden Einschätzung der Vorinstanz wissen.

2.4.4 Als unzutreffend erweist sich weiter das Vorbringen der Beschwerdeführerin, das Schreiben der Vorinstanz vom 21. Oktober 2011 sei ursächlich für ihren Beschluss gewesen, die Zahlungen an die Geschäftsleitung auszurichten. Dieser Beschluss wurde vielmehr bereits Jahre zuvor anlässlich der Vorstandssitzung vom 23. November 2007 gefasst, eine Erhöhung der Zahlungen wurde mit Vorstandsbeschluss vom 24. Juni 2011 genehmigt. Die erste Zahlung erfolgte im Dezember 2007 (Bericht der Revisionsstelle der Beschwerdeführerin vom 19. Juni 2009). Darauf folgten jährlich Zahlungen in unterschiedlicher Höhe. Folglich bildet das Schreiben der Vorinstanz – unabhängig davon, ob es als Verfügung oder formlose Mitteilung qualifiziert wird – mangels Kausalzusammenhangs keine Vertrauensgrundlage für die Zahlungen. Daran vermögen auch die Zusatzvereinbarungen mit den Geschäftsleitungsmitgliedern vom 18. November 2011 nichts zu ändern, in welchen die Zahlungen für die Jahre 2011 bis 2012 (X._____), 2014 (Z._____) bzw. 2020 (Y._____) geregelt werden. Einerseits bilden die Vereinbarungen nicht die eigentliche Grundlage der Zahlungen, sondern verweisen ihrerseits auf die vorher getroffenen Vorstandsbeschlüsse, andererseits beziehen sie sich lediglich auf einen Bruchteil der seit 2007 ausgerichteten Zahlungen. Folglich kann sich die Beschwerdeführerin nicht auf den Schutz eines berechtigten, durch das Schreiben der Vorinstanz hervorgerufenen Vertrauens berufen.

2.4.5 Des Weiteren vermochte die Beschwerdeführerin nicht darzulegen, dass sich die Zahlungen nicht ohne Nachteil rückgängig machen lassen, wird sie doch durch die Rückforderung von 30 % der bisher geleisteten Zahlungen finanziell bessergestellt. Dass die Zahlungen reglementarisch gebunden und die Übernahme der Arbeitnehmeranteile vertraglich mit der V._____ vereinbart seien, hat die Beschwerdeführerin auch nach mehrmaliger Aufforderung durch das Bundesverwaltungsgericht nicht belegt. Der für die Mitglieder der Geschäftsleitung geltende Vorsorgeplan für die Zusatzvorsorge vom 1. September 2010 sieht in Ziff. 4.1 eine Beteiligung von 30 % zulasten der Arbeitnehmer und 70 % zulasten der Arbeitgeberin vor, steht einer Rückforderung der Arbeitnehmeranteile also nicht entgegen. Auch die Behauptung, eine Rückforderung verstosse gegen die Zusatzvereinbarungen mit den Geschäftsleitungsmitgliedern vom 18. November 2011, und die Prognose, diese würden sämtliche rechtlichen Mittel ausschöpfen, um sich dagegen zu wehren, lassen sich ohne Kenntnis des Verfahrensausgangs, der Erfolgsaussichten und des Kostenrisikos einer möglichen Klage nicht glaubhaft vertreten. Weitere vertragliche Zusicherungen oder Belege für die angeblich von den Geschäftsleitungsmitgliedern hinzunehmenden Zinsverluste hat die Beschwerdeführerin nicht eingereicht. Mithin kann aus einem die Geschäftsleitung treffenden Nachteil kein Nachteil zulasten der Beschwerdeführerin konstruiert werden, zumal es sich bei den betroffenen Personen nicht um unbeteiligte Dritte, sondern um Geschäftsleitungsmitglieder der Beschwerdeführerin handelt, welche dem Vorstand die Nachzahlungen selbst zur Genehmigung unterbreitet haben. Folglich ist auch die Voraussetzung der nicht rückgängig zu machenden nachteiligen Dispositionen nicht erfüllt.

2.4.6 Die Ausführungen der Beschwerdeführerin zur Aufsichtskompetenz der EFK gehen an der Sache vorbei, da die Rückforderung der Arbeitnehmeranteile und die Beschränkung künftiger Zahlungen auf den Arbeitgeberanteil nicht von der EFK, sondern von der Vorinstanz als zuständiger Aufsichtsbehörde angeordnet wurden.

2.4.7 Der Vollständigkeit halber ist anzufügen, dass auch eine Interessenabwägung zu keinem anderen Ergebnis führen würde. Verwertungsgesellschaften verfügen über ein Monopol für die Verwertung von Urheberrechten in ihrem Tätigkeitsbereich und nehmen ihre Aufgaben trotz privatrechtlicher Organisation im öffentlichen Interesse wahr, weshalb sie der Bundesaufsicht unterstellt sind (Art. 40 ff. URG). Da sie treuhänderisch fremde Rechte und Gelder verwalten, sind sie zur Geschäftsführung nach den Grundsätzen einer geordneten und wirtschaftlichen Verwaltung verpflichtet

und dürfen keinen Gewinn anstreben (Art. 45 Abs. 1 und 3 URG). Die gesetzlichen Vorgaben hinsichtlich der Geschäftsführung dienen der möglichst vollständigen Ausschüttung von Einkünften aus der Werknutzung an die Rechteinhaber (vgl. nachfolgend E. 4.2.3). Entsprechend besteht ein gewichtiges öffentliches Interesse an der richtigen Rechtsanwendung bzw. Befolgung der im URG geregelten und von der Vorinstanz beaufsichtigten Geschäftsführungs- und Verwertungspflichten. Namentlich dem Interesse der Rechtsinhaber kommt bei der Anwendung von Art. 45 URG ein besonderes Gewicht zu, da Verwertungsgesellschaften historisch als Instrumente zur Verwirklichung der Rechte der Urheber institutionalisiert wurden und das URG den Schutz der Urheber regelt (Art. 1 Abs. 1 Bst. a URG; vgl. DENIS BARRELET/WILLI EGLOFF, Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 3. A. 2008, Art. 40 N. 13). Demgegenüber tritt das Interesse der Beschwerdeführerin, vollständig an den geplanten Nachzahlungen festzuhalten und drei Geschäftsleitungsmitgliedern grosszügige Pensionskassenzahlungen zu bieten, in den Hintergrund. Ob mangels Vertrauensgrundlage und Gutgläubigkeit von einem eigentlichen Interesse der Beschwerdeführerin an Vertrauensschutz und Rechtssicherheit die Rede sein kann, ist fraglich, doch würde auch ein solches nicht gegenüber dem öffentlichen Interesse an der richtigen Rechtsanwendung überwiegen.

2.4.8 Im Ergebnis stellt die angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 25. Juli 2014 weder einen unzulässigen Widerruf einer rechtskräftigen Verfügung dar, noch verletzt sie die Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit.

3.

3.1

3.1.1 Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, die angefochtene Verfügung verstosse gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Die Vorinstanz hätte der Beschwerdeführerin nach Erhalt der Empfehlung der EFK zunächst formlos eine Frist zur freiwilligen Korrektur der Pflichtverletzung ansetzen müssen, anstelle sie direkt mittels Verfügung anzuweisen, die Arbeitnehmerbeiträge zurückzufordern. Da sie vor Erlass der Verfügung nicht angehört worden sei und folglich auch nicht zur geänderten Einschätzung der Vorinstanz aufgrund des neuen Sachverhaltselements – der Empfehlung der EFK – habe Stellung nehmen können, habe die Vorinstanz auch in schwerwiegender und unheilbarer Weise ihren Anspruch auf rechtliches

Gehör verletzt. Schliesslich sei die Verfügung mangelhaft begründet, da die Vorinstanz nicht dargelegt habe, aus welchen Gründen sie von ihrer früheren Stellungnahme abweiche; sie habe lediglich den EFK-Bericht zitiert. Dieser lege allerdings nicht dar, weshalb das BVG-System der Beschwerdeführerin gegen die Grundsätze einer geordneten und wirtschaftlichen Geschäftsführung verstossen haben soll.

3.1.2 Die Vorinstanz wendet ein, der Beschwerdeführerin sei bereits ausreichend Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden, etwa mit Schreiben vom 20. September 2011. So habe sich diese – in Kenntnis der Überprüfung der Pensionskassenzahlungen – im Schreiben vom 29. September 2011 sowie im Jahresbericht 2012 zur Sache geäussert, den Sachverhalt jedoch nur unvollständig offengelegt. Eine erneute Aufforderung zur Stellungnahme nach der Einschätzung der EFK hätte zu keinem zusätzlichen Erkennungsgewinn geführt. Der Anspruch auf rechtliches Gehör sei damit gewahrt worden und eine allfällige Verletzung würde im Rahmen des Beschwerdeverfahrens als geheilt gelten. Die angefochtene Verfügung sei ausreichend begründet, da aus ihr hervorgehe, der Neubeurteilung liege die abweichende Einschätzung der EFK zugrunde. Aus dieser wiederum gehe klar hervor, dass das Verhalten der Beschwerdeführerin widerrechtlich gewesen sei, da es nicht den Erwartungen an eine geordnete Geschäftsführung entspreche.

Die Vorinstanz weist ferner den Vorwurf der Unverhältnismässigkeit von sich. In Übereinstimmung mit Art. 54 Abs. 1 URG habe sie der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 25. Juli 2014 eine Frist zur Herstellung des rechtmässigen Zustands gesetzt, ein formloser Hinweis hätte abgesehen von einer unnötigen Verzögerung zu keinem anderen Ergebnis geführt, da nicht davon ausgegangen werden könne, dass die Beschwerdeführerin ihr Verhalten freiwillig korrigiert hätte.

3.2

3.2.1 Kommt eine Verwertungsgesellschaft ihren Pflichten nicht nach, setzt die Aufsichtsbehörde ihr zunächst eine angemessene Frist zur Herstellung des rechtmässigen Zustands; wird die Frist nicht eingehalten, ergreift sie die notwendigen Massnahmen. Bei Ungehorsam gegen Verfügungen kann sie nach entsprechender Androhung die Bewilligung einschränken oder entziehen (Art. 54 Abs. 1 und 2 URG). Diese Bestimmung konkretisiert mit der verlangten Angemessenheit der angesetzten Frist sowie der Notwendigkeit der anzuordnenden Massnahmen das in Art. 42 VwVG und Art. 5

Abs. 2 BV verankerte Verhältnismässigkeitsprinzip, wonach das Handeln der Behörde zur Erreichung des verfolgten Ziels bzw. zur Beseitigung des rechtswidrigen Zustands geeignet, erforderlich und angemessen zu sein hat, indem das verfolgte Ziel und die getroffene Massnahme in einem vernünftigen Verhältnis zueinander stehen (THOMAS HIESTAND, Der Wahrnehmungsvertrag, Diss. 1994, S. 75; CARLO GOVONI/ANDREAS STEBLER, Die Bundesaufsicht über die kollektive Verwertung von Urheberrechten, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. II/1, 3. A. 2014, S. 430 ff., Rz. 1427; MANFRED REHBINDER/ADRIANO VIGANO, URG, Kommentar, 3. A. 2008, Art. 54 N. 1).

3.2.2 Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV [SR 101]) gewährleistet der vom Entscheid in ihrer Rechtsstellung betroffenen Person insbesondere das Recht, sich vor Erlass des Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn es geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 132 V 368 E. 3.1). Der Gehörsanspruch verpflichtet die Behörde, die Vorbringen der betroffenen Person auch tatsächlich zu hören, zu prüfen und in der Entscheidfindung zu berücksichtigen, weshalb sie ihren Entscheid zu begründen hat (BGE 134 I 83 E. 4.1). Dabei muss die Begründung einer Verfügung – im Sinne einer Minimalanforderung – so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über deren Tragweite Rechenschaft geben und sie sachgerecht anfechten kann. Es sind wenigstens kurz die Überlegungen zu nennen, von welchen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die ihr Entscheid sich stützt. Welchen Anforderungen eine Begründung zu genügen hat, ist im Einzelfall anhand der konkreten Umstände und der Interessen der Betroffenen festzulegen (vgl. BGE 129 I 232 E. 3; 112 Ia 107 E. 2b; Urteile des BVGer A-3593/2014 vom 13. April 2015 E. 3.2; A-6377/2013 vom 12. Januar 2015 E. 3.3). Dies bedeutet indessen nicht, dass sie sich ausdrücklich mit jeder Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen muss. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (BGE 136 I 229 E. 5.2; Urteil des BVGer C-4400/2014 vom 26. Mai 2016 E. 3.2).

3.2.3 Vor Erlass einer Verfügung ist den Betroffenen in der Regel Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben (Art. 30 Abs. 1 VwVG). Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt jedoch nicht, dass die Partei die Gelegenheit erhalten muss, sich zu jedem möglichen Ergebnis, das von der entscheidenden Behörde ins Auge gefasst wird, zu äussern. Die Behörde muss ihre

Begründung den Parteien nicht vorweg zur Stellungnahme zu unterbreiten. Es genügt, dass sich die Parteien zu den Grundlagen des Entscheids vorweg äussern und ihre Standpunkte einbringen können (BGE 132 II 257 E. 4.2; 132 II 485 E. 3.4; Urteil des BGer 6B_1089/2013 vom 18. Dezember 2014 E. 1.3). Der Anspruch auf vorgängige Äusserung steht den Betroffenen primär in Bezug auf die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und das Beweisergebnis zu, nicht aber auf die Frage der rechtlichen Beurteilung. Ein Anhörungsrecht zu Rechtsfragen besteht ausnahmsweise dann, wenn die Behörde beabsichtigt, sich in ihrem Entscheid auf einen völlig unüblichen, nicht voraussehbaren Rechtsgrund abzustützen oder sich die Rechtslage in der Zwischenzeit geändert hat (BGE 114 Ia 97 E. 2a; 131 V 9 E. 5.4.1; Urteile des BVGer A-5905/2014 vom 29. Mai 2015 E. 3.1.1; C-778/2006 vom 9. Mai 2007 E. 1.5; BERNHARD WALDMANN/JÜRG BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. A. 2016, Art. 30 N. 20 ff.).

3.2.4 Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Deshalb führt dessen Verletzung ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung (BGE 135 I 187 E. 2.2; 127 V 431 E. 3d/aa; 126 I 19 E. 2d/bb). Nach der Rechtsprechung kann jedoch eine Verletzung des Gehörsanspruchs geheilt werden, wenn die unterbliebene Gewährung des rechtlichen Gehörs in einem Rechtsmittelverfahren nachgeholt wird, in dem die Beschwerdeinstanz mit der gleichen Prüfungsbefugnis entscheidet wie die untere Instanz. Die Heilung ist aber ausgeschlossen, wenn es sich um eine besonders schwerwiegende Verletzung der Parteirechte handelt. Zudem darf den Beschwerdeführenden kein Nachteil erwachsen und soll die Heilung die Ausnahme bleiben (BGE 142 II 218 E. 2.8.1; 135 I 279 E. 2.6.1; 129 I 129 E. 2.2.3). Bei Verstössen gegen die Begründungspflicht wird der Mangel als behoben erachtet, wenn die Rechtsmittelbehörde eine hinreichende Begründung liefert oder wenn die unterinstanzliche Behörde im Rahmen des Beschwerdeverfahrens eine genügende Begründung nachschiebt. Von einer Rückweisung der Sache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Verwaltung ist im Sinne einer Heilung des Mangels selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs dann abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 142 II 218 E. 2.8.1; 137 I 195 E. 2.3.2; 136 V 117 E. 4.2.2.2; Urteile des BVGer C-884/2010 vom 18. Oktober 2012 E. 4 ff.; C-7060/2013 vom 23. Mai 2016 E. 4.2).

3.3

3.3.1 Zur vorgebrachten Gehörsverletzung ist zu sagen, dass die Beschwerdeführerin im Vorfeld mehrmals Gelegenheit hatte, zu den Nachzahlungen Stellung zu nehmen. Die Vorinstanz forderte sie wiederholt zu transparenter Kommunikation hinsichtlich der ausserordentlichen Zahlungen in den Jahresberichten auf, indem neben den Teilzahlungen der Gesamtbetrag auszuweisen sei, erstmals mit Schreiben vom 14. April 2010. Am 4. Mai 2010 fand eine Sitzung statt, anlässlich derer die Zahlungen thematisiert wurden; anschliessend forderte die Vorinstanz die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 7. Mai auf, ihrer Offenlegungspflicht künftig nachzukommen. Diese Aufforderung wiederholte die Vorinstanz mit Schreiben vom 20. September und 21. Oktober 2011. Damit hatte die Beschwerdeführerin ausreichend Gelegenheit, sich zum Sachverhalt zu äussern, liess es jedoch selbst an Transparenz hinsichtlich der Sachverhaltsdarstellung mangeln. Dass ihre Geschäftsführung und namentlich die Nachzahlungen an die Geschäftsleitungsmitglieder der Aufsicht durch die Vorinstanz unterstanden, war ihr bewusst. Somit hat die Vorinstanz ihre Verfügung, obschon diese von ihrer Ersteinschätzung abwich, nicht auf einen völlig überraschenden, nicht zu erwartenden Rechtsgrund gestützt. Der Prüfbericht der EFK, auf den sich die Vorinstanz bei ihrer Begründung berief, fusste nicht auf nachträglich eingetretenen, der Beschwerdeführerin unbekannten Sachverhaltselementen oder neuen Rechtsgrundlagen. Folglich war sie nicht dazu verpflichtet, der Beschwerdeführerin erneut Gelegenheit zur Stellungnahme betreffend die rechtliche Würdigung des Sachverhalts zu geben. Doch selbst falls in der fehlenden Unterbreitung zur vorgängigen Stellungnahme eine Gehörsverletzung erblickt würde, wäre diese im Beschwerdeverfahren vor dem – über volle Kognition verfügenden – Bundesverwaltungsgericht als geheilt zu betrachten. Die Beschwerdeführerin hat sich im doppelten Schriftenwechsel ausführlich zur Sache äussern können. Die Vorinstanz brachte zum Ausdruck, dass sie erneut gleich entscheiden würde. Eine Rückweisung würde den Interessen der Beschwerdeführerin an einer beförderlichen Behandlung der Streitangelegenheit zuwiderlaufen und wäre der Prozessökonomie nicht dienlich, weshalb davon abzusehen ist.

3.3.2 Mit Verfügung vom 25. Juli 2014 setzte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin eine Frist von 90 Tagen, um die bereits geleisteten Arbeitnehmeranteile in Höhe von 30 % zurückzufordern und sie über die Herstellung des rechtmässigen Zustands zu informieren. Damit verfuhr sie nach dem in Art. 54 Abs. 1 URG geschilderten Vorgehen bei Pflichtverletzungen und

ergriff die erste Stufe des vorgesehenen Massnahmenkatalogs (vgl. E. 3.2.1). Der rechtmässige Zustand bestand vorliegend darin, denjenigen Anteil der unter dem Titel Verwaltungskosten verbuchten Zahlungen, der von den Arbeitnehmern basierend auf der ursprünglichen Abmachung selbst hätte getragen werden sollen, wieder einzufordern und an die Wahrnehmungsberechtigten zu verteilen. Vor der Fristansetzung hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin weder Kosten auferlegt noch ihr die Bewilligung entzogen (vgl. Art. 54 Abs. 2 URG). Die gewährte Frist von 90 Tagen ist zur angeordneten Rückzahlung ausreichend und angemessen. Dem Standpunkt der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz hätte sie zunächst formlos auf die Pflichtverletzung hinweisen sollen, kann mit Blick auf die zahlreichen Aufforderungen der Vorinstanz zu transparenter Kommunikation und Auskunft hinsichtlich der Nachzahlungen nicht gefolgt werden, zumal die Beschwerdeführerin gesetzlich zu umfassender Auskunft verpflichtet ist (Art. 50 URG) und das Gesetz keine vorgängige formlose Aufforderung verlangt. Vor dem Hintergrund der zurückhaltenden Kommunikation der Beschwerdeführerin durfte die Vorinstanz davon ausgehen, ein formloser Hinweis würde zu keiner Korrektur der Pflichtverletzung führen und lediglich eine Verzögerung zur Folge haben. Damit erweist sich die Anordnung der Vorinstanz als verhältnismässig.

3.3.3 Was die Begründung der angefochtenen Verfügung angeht, verwies die Vorinstanz darin zunächst auf den Jahresbericht 2012 der Beschwerdeführerin, worin die beschlossenen Nachzahlungen dargelegt worden seien, ihre eigene Stellungnahme vom 21. Oktober 2011, worin sie zum Schluss gekommen sei, es liege keine Rechtsverletzung vor, sowie den Prüfbericht der EFK vom 7. April 2014, dessen relevante Passagen sie wörtlich aufführte. Sodann verwies sie auf die Art. 50 (Auskunfts- und Rechenschaftspflicht) und 54 (Massnahmen bei Pflichtverletzungen) URG. Die Beschwerdeführerin hatte damit Kenntnis von den Gründen, gestützt auf welche die Vorinstanz die Rückforderung der Arbeitnehmeranteile verfügt hatte, hatte die EFK dazu doch ausführlich Stellung genommen (E. 2.3.3 vorstehend). Ihre Ausführungen zu den gesetzlichen Anforderungen an die ordentliche Geschäftsführung zeigen denn auch, dass sie in die Lage versetzt wurde, die Verfügung sachgerecht anzufechten. Folglich liegt auch keine Verletzung der Begründungspflicht vor.

4.

4.1

4.1.1 In der Hauptsache bringt die Beschwerdeführerin vor, die Vorinstanz habe ihre Aufsichtskompetenz überschritten und in die Privatautonomie eingegriffen, die der Beschwerdeführerin als privatrechtlicher Gesellschaft in ihrer Geschäftsführung zustehe. Sie sei in der Gestaltung der rechtlichen Beziehungen zu ihren Mitarbeitenden, insbesondere der Regelung von Pensionskassenfragen, frei und verfüge über einen Ermessensspielraum. Die Geschäftsführung von Verwertungsgesellschaften erfolge privatautonom und unterliege nur im gesetzlich vorgesehenen Rahmen der Aufsicht. Die Geschäftsführungsaufsicht sei auf eine reine Rechtskontrolle beschränkt, es gebe keine Ermessenskontrolle, weshalb die Vorinstanz erst bei Ermessensmissbrauch und Rechtsverletzung einschreiten dürfe. Zudem sei die Aufsicht auf die Pflichten beschränkt, die sich aus dem URG ergäben; die Regelung des Arbeitsverhältnisses in Bezug auf Geschäftsleitungsmitglieder falle nicht darunter. Die Grundsätze einer geordneten und wirtschaftlichen Verwaltung (Art. 45 URG) bildeten lediglich eine Richtschnur für Verhaltensweisen, von denen im Einzelfall abgewichen werden dürfe. Von der Aufsichtsbehörde sei lediglich zu prüfen, ob die Geschäftsführung den Grundsätzen insgesamt entspreche. Die Korrektur jeder Einzelhandlung greife in die privatautonome Geschäftsführung ein. Was unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten als vertretbar erscheine, gelte als zulässige Ermessensausübung und sei vor aufsichtsrechtlichem Eingreifen geschützt. Die Pensionskassennachzahlungen seien mit den Grundsätzen einer geordneten und wirtschaftlichen Geschäftsführung vereinbar. So sei die Übernahme der Pensionskassenbeiträge durch die Arbeitgeberin sowie das Rentenziel von 60 % für Geschäftsleitungsmitglieder bei vergleichbaren Kadermitarbeitern üblich. Die Beschwerdeführerin habe ein Interesse an in der Privatwirtschaft üblichen BVG-Regelungen, um qualifizierte Geschäftsleitungsmitglieder zu finden. Ein Ermessensmissbrauch sei schon deshalb auszuschliessen, da mit den Nachzahlungen eine Rente von lediglich 52-56 % des letzten Lohnes erreicht werde, was unter dem ursprünglich geplanten Ziel von 60 % liege. Die Zahlungen beträfen lediglich den überobligatorischen Bereich und hiervon nur den Ausgleich der von 1987 bis 2007 zu wenig bezahlten Beträge. Schliesslich handle es sich bei den betroffenen Geschäftsleitungsmitgliedern um verdiente und langjährige Mitarbeiter der Beschwerdeführerin. Zwar hätte der ehemalige Geschäftsführer X._____ mit der vom Vorstand beschlossenen Lösung

rund Fr. 1'000.– monatlich mehr verdient, als wenn ihm die Arbeitnehmeranteile von Anfang an abgezogen und in die Pensionskasse einbezahlt worden wären, allerdings habe er in den letzten 40 Jahren Zinsverluste hinnehmen müssen. Die Nachzahlungen seien in einem korrekten Verfahren beschlossen, durch den Vorstand in Kenntnis deren vollständiger Übernahme durch die Arbeitgeberin genehmigt und von der Revisionsstelle geprüft worden. Die Vorstandsbeschlüsse seien ausführlich im Jahresbericht 2012 beschrieben und anlässlich der Generalversammlung mit der Jahresrechnung 2012 genehmigt worden.

4.1.2 Die Vorinstanz wendet dagegen ein, sie sei im Rahmen ihrer Aufsichtskognition zum Einschreiten berechtigt gewesen. In ihrer bisherigen Aufsichtspraxis habe sie keine Ermessens-, sondern eine Rechtskontrolle durchgeführt. Es treffe jedoch nicht zu, dass sie nur bei Ermessensmissbrauch Massnahmen ergreifen dürfe, da bereits eine unangemessene Geschäftsführung nicht mehr als geordnete und wirtschaftliche Verwaltung zu qualifizieren sei. Weiter treffe es nicht zu, dass sie als Aufsichtsbehörde über die Geschäftsführung nur bei schwerwiegenden Verstössen eingreifen dürfe. Selbst falls der Beschwerdeführerin ein Ermessensspielraum bei der Geschäftsführung zukäme, wäre die Übernahme der Arbeitnehmeranteile von 30 % der Pensionskassennachzahlungen unangemessen. Das Versäumnis, eine genügende Kaderlohnversicherung abzuschliessen, sei den Geschäftsleitungsmitgliedern anzurechnen. Sie seien für die Belange der beruflichen Vorsorge der Mitarbeiter verantwortlich gewesen und regelmässig mittels Pensionskassenausweisen über ihre Vorsorgesituation informiert worden. Die Grundsätze der Geschäftsführung nach Art. 45 URG seien keine blosse Richtschnur, von der abgewichen werden dürfe, da die Beschwerdeführerin in einer monopolähnlichen Stellung treuhänderisch fremde Gelder verwalte. Die vollständige Übernahme der Beiträge durch den Arbeitgeber möge in gewissen Bereichen der Privatwirtschaft üblich sein, bilde aber keinen Massstab für die Beschwerdeführerin, die ihre Tätigkeit im öffentlichen Interesse ausübe. Die Beschwerdeführerin habe ihre Pflicht zur Geschäftsführung nach den Grundsätzen einer geordneten und wirtschaftlichen Verwaltung verletzt, indem sie bei der Nachzahlung von Pensionskassenbeiträgen an die Geschäftsleitungsmitglieder nicht nur die Arbeitgeber-, sondern auch die Arbeitnehmeranteile übernommen und somit ohne triftigen Grund, entgegen der bisherigen Vereinbarung und in Missachtung des Selbstverschuldens diejenigen Personen begünstigt habe, die für eine ordentliche Pensionskassenlösung zuständig gewesen wären.

4.2

4.2.1 Die besonderen Eigenschaften eines urheberrechtlichen Werks, namentlich dessen ubiquitärer Charakter, die Vielzahl von Werknutzern und Nutzungsmöglichkeiten und nicht zuletzt die technische Entwicklung im Bereich elektronischer Medien machen es den Urhebern faktisch unmöglich, die Massennutzung ihrer Werke zu erfassen und sämtliche ihrer Rechte selbst geltend zu machen. Sie sind folglich darauf angewiesen, einen Teil ihrer Rechte durch eine Verwertungsgesellschaft wahrnehmen zu lassen (HIESTAND, a.a.O., S. 5 f.; GOVONI/STEBLER, a.a.O., Rz. 1231 ff.; RETO M. HILTY, Urheberrecht, 2011, Rz. 380; Botschaft des Bundesrates vom 29. August 1984 zu einem Bundesgesetz über das Urheberrecht [nachfolgend: Botschaft 1984], BBl 1984 III 173, 174). Verwertungsgesellschaften sind als Selbsthilfeorganisationen der Urheber entstanden. Sie treten als Mittler zwischen Berechtigten an und Nutzern von urheberrechtlich geschützten Werken auf, indem sie sich bestimmte Rechte von deren Inhabern zur Wahrnehmung abtreten lassen, von den Nutzern das Entgelt für die Verwendung der Werke einnehmen und dieses an die Berechtigten verteilen (Art. 44 ff. URG; GOVONI/STEBLER, a.a.O., Rz. 1238; HIESTAND, a.a.O., S. 18 f.; HILTY, a.a.O., Rz. 369 f.). Für die geforderten Vergütungen stellen die Verwertungsgesellschaften Tarife auf, die sie mit den Nutzerverbänden aushandeln und von der Eidgenössischen Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten (ESchK) genehmigen lassen müssen (Art. 46, Art. 55 URG).

4.2.2 Die Auszahlung der eingenommenen Vergütungen an die Wahrnehmungsberechtigten erfolgt gestützt auf ein Verteilungsreglement, das vom IGE als Aufsichtsbehörde zu genehmigen ist (Art. 48 Abs. 1, Art. 52 URG). Das Reglement soll eine möglichst genaue, der tatsächlichen Werknutzung entsprechende Verteilung des Verwertungserlöses sicherstellen, indem es Verteilschlüssel und Verteilbereiche, Berechnung der Werknutzung sowie Aufteilung der Einnahmen festlegt (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 48 N. 3). Es muss den gesetzlichen Vorgaben genügen, wonach die Verteilung nach Massgabe des Ertrags der einzelnen Werke erfolgen soll und die Verwertungsgesellschaften alle zumutbaren Anstrengungen zur Feststellung der Berechtigten zu unternehmen haben (Art. 49 Abs. 1 URG). Ferner soll der Erlös zwischen den originären Rechteinhabern und weiteren Berechtigten so aufgeteilt werden, dass den Urhebern ein angemessener Anteil verbleibt (Art. 49 Abs. 3 URG). Bei unzumutbarem Aufwand sind Schätzungen und abweichende Aufteilungen zulässig (Art. 49 Abs. 2 und 3 URG). Den Be-

zugsberechtigten wird ausgezahlt, was nach Abzug eines Anteils zur Deckung der Verwaltungskosten sowie eines allfälligen Beitrags für Sozialvorsorge und Kulturförderung von den Einnahmen übrig bleibt (Art. 48 Abs. 2 URG; vgl. Verteilungsreglement ProLitteris, Ziff. 3.2).

4.2.3 Zum Schutz der Rechteinhaber und Nutzer auferlegt Art. 45 URG den Verwertungsgesellschaften Pflichten hinsichtlich der Geschäftsführung (GOVONI/STEBLER, a.a.O., Rz. 1343; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 45 N. 1; HILTY, a.a.O., Rz. 381 ff.; HIESTAND, a.a.O., S. 60 f.).

Verwertungsgesellschaften verwalten treuhänderisch fremde Rechte und Gelder. Sie sind deshalb dazu verpflichtet, ihre Geschäfte nach den Grundsätzen einer geordneten und wirtschaftlichen Verwaltung zu führen (Art. 45 Abs. 1 URG; GOVONI/STEBLER, a.a.O., Rz. 1344; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 45 N. 3; HILTY, a.a.O., Rz. 381). Zu einer geordneten und wirtschaftlichen Verwaltung gehört der Verzicht auf jegliche Willkür, das Vorgehen nach festen Regeln und die Minimierung der Verwaltungskosten (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 45 N. 3).

Zweitens müssen Verwertungsgesellschaften die Verwertung nach festen Regeln und dem Gebot der Gleichbehandlung besorgen (Art. 45 Abs. 2 URG), ihr Handeln muss transparent und voraussehbar sein (BGE 133 III 568 E. 5.2; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 45 N. 4; GOVONI/STEBLER, a.a.O., Rz. 1350). Daraus folgt die Verpflichtung, Verteilungsreglemente und Tarife aufzustellen (Art. 46, Art. 48 Abs. 1 URG; GOVONI/STEBLER, a.a.O., Rz. 1351; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 45 N. 4; ERNST BREM/VINCENT SALVADÉ/GREGOR WILD, in: Barbara K. Müller/Reinhard Oertli [Hrsg.], Urheberrechtsgesetz, Handkommentar, 2. A. 2012, Art. 45 N. 6).

Drittens dürfen Verwertungsgesellschaften keinen Gewinn anstreben (Art. 45 Abs. 3 URG). Diese Bestimmung unterstreicht den Charakter der Verwertungsgesellschaften als Selbsthilfeorganisationen der originären Rechteinhaber (GOVONI/STEBLER, a.a.O., Rz. 1355; BREM/SALVADÉ/WILD, a.a.O., Art. 45 N. 11). Mit dem Verbot der Gewinnabschöpfung soll sichergestellt werden, dass die erzielten Verwertungserlöse vollständig den Rechtsinhabern zufliessen. Die Verwertungsgesellschaften sind verpflichtet, diesen den gesamten Einnahmenüberschuss nach Abzug der Verwaltungskosten auszuzahlen (Botschaft des Bundesrates vom 19. Juni 1989 zu einem Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutz-

rechte [nachfolgend: Botschaft 1989], BBl 1989 III 477, 557; GOVONI/STEBLER, a.a.O., Rz. 1355; HIESTAND, a.a.O., S. 67; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 45 N. 8; BREM/SALVADÉ/WILD, a.a.O., Art. 45 N. 11).

Schliesslich sind Verwertungsgesellschaften zum Abschluss von Gegenseitigkeitsverträgen mit ausländischen Verwertungsgesellschaften verpflichtet, um schweizerischen Rechteinhabern eine möglichst einfache Wahrnehmung ihrer Rechte im Ausland zu ermöglichen (Art. 45 Abs. 2 URG; BREM/SALVADÉ/WILD, a.a.O., Art. 45 N. 12).

4.2.4 Verwertungsgesellschaften unterstehen der Bundesaufsicht, die dem Monopolmissbrauch sowie Interessenkonflikten vorbeugen und sicherstellen soll, dass die Verwertungsgesellschaften ihren gesetzlichen Pflichten nachkommen (FRANCOIS DESSEMONTET, Le droit d'auteur, 1999, Rz. 681; HILTY, a.a.O., Rz. 371, 387; GOVONI/STEBLER, a.a.O., Rz. 1329, 1417; REHBINDER/VIGANO, a.a.O., Art. 52 N. 1; HILTY, a.a.O., Rz. 371). Da Verwertungsgesellschaften keine Organisationen innerhalb der Bundesverwaltung bilden, handelt es sich um eine staatliche Aufsicht über Private (Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für geistiges Eigentum [RKGE] vom 20. November 1997, in: sic! 1998 S. 182 E. 1 "Reglement Suissimage"; BVGE 2008/37 E. 3; BREM/SALVADÉ/WILD, a.a.O., Art. 52 N. 2; BARRELET/ EGLOFF, a.a.O., Art. 53 N. 3). Die Bundesaufsicht betrifft die in Art. 40 Abs. 1 URG aufgezählten Wahrnehmungsbereiche, während die Verwertung der nicht in der Aufzählung enthaltenen Rechte grundsätzlich frei ist (BREM/SALVADÉ/WILD, a.a.O., Art. 40 N. 1; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 53 N. 1). Sie umfasst einerseits die Tarife, andererseits die Geschäftsführung und wird von zwei Behörden wahrgenommen. Für die Aufsicht über die Tarife ist die ESchK zuständig (Art. 55 URG). Die Aufsicht über die Geschäftsführung und die übrigen in Art. 45 URG aufgeführten Grundsätze sowie weitere allgemeine Pflichten betreffend Verteilung und Verwertung (Art. 44 ff.) obliegt dem IGE (Art. 52 f. URG; vgl. BREM/SALVADÉ/WILD, a.a.O., Art. 53 N. 2; GOVONI/STEBLER, a.a.O., Rz. 1416, 1421 f.). Die Aufsicht durch das IGE bezieht sich vorwiegend auf das Innenverhältnis, mithin die Beziehungen zwischen der Verwertungsgesellschaft und ihren Mitgliedern, während die Tarifaufsicht der ESchK das Aussenverhältnis zwischen der Verwertungsgesellschaft und den Nutzern betrifft (GOVONI/STEBLER, a.a.O., Rz. 1417; BREM/SALVADÉ/WILD, a.a.O., Art. 53 N. 1).

4.2.5 Die Überwachung der Geschäftsführung durch das IGE erfolgt vorwiegend über die Kontrolle der jährlichen Rechenschaftsberichte und Verteilungsreglemente (Art. 53 Abs. 1 URG; GOVONI/STEBLER, a.a.O., Rz. 1423). Die Verwertungsgesellschaften sind zu Auskunft und Rechenschaft gegenüber der Aufsichtsbehörde verpflichtet (Art. 50 URG), der diesbezüglich ein Weisungsrecht zusteht (Art. 53 Abs. 2 URG). Im Rahmen der Geschäftsführungsaufsicht prüft das IGE, ob die in Art. 45 URG enthaltenen Grundsätze eingehalten worden und die Verwertungsgesellschaften ihren in Art. 44-50 URG festgelegten Pflichten nachgekommen sind (Art. 53 Abs. 1 URG; RKGE, in: sic! 1998 S. 183 E. 3 "Reglement Suissimage"; Urteil des BGer 2C_527/2007 vom 13. Mai 2008 E. 2.2; GOVONI/STEBLER, a.a.O., Rz. 1421 f.; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 53 N. 2). Stellt es eine Pflichtverletzung fest, ergreift es die notwendigen Massnahmen zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes (Art. 54 URG; vgl. E. 3.2.1 vorstehend).

4.2.6 Die ESchK führt hinsichtlich der ihr vorgelegten Tarife eine Angemessenheitskontrolle durch, wobei sie den Verwertungsgesellschaften eine gewisse Dispositionsfreiheit und Autonomie bewahrt (Art. 59 Abs. 1, Art. 46 Abs. 3, Art. 55 Abs. 1 URG; Urteile des BVGer B-1736/2014 vom 2. September 2015 E. 3.2; B-2152/2008 vom 12. Juni 2009 E. 2.2 und 3.1; Urteil des BGer 2C_53/2014 vom 9. Oktober 2014 E. 7.3). Das IGE hingegen nimmt im Rahmen der Geschäftsführungsaufsicht keine Angemessenheits-, sondern eine Rechtskontrolle vor und hat die den Verwertungsgesellschaften als Subjekten des Privatrechts zustehende Privatautonomie und ihren Ermessensspielraum zu berücksichtigen (RKGE, in: sic! 1998 S. 183 E. 2 f., E. 11 "Reglement Suissimage"; DIETER MEIER, Das Tarifverfahren nach schweizerischem Urheberrecht, 2012, Rz. 348; BREM/SALVADÉ/WILD, a.a.O., Art. 52 N. 2; REHBINDER/VIGANO, a.a.O., Art. 48 N. 2; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 48 N. 5). Auch bei der Genehmigung des Verteilungsreglements (Art. 48 Abs. 1 URG) beschränkt sich das IGE auf eine Rechtskontrolle. Es prüft, ob das Reglement gegen die Verwertungsvorschriften, namentlich das Gleichbehandlungsgebot, das Verbot der Gewinnerzielung und die gesetzlichen Verteilungsgrundsätze nach Art. 45 und 49 URG verstösst (GOVONI/STEBLER, a.a.O., Rz. 1382; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 48 N. 4 f.; BREM/SALVADÉ/WILD, a.a.O., Art. 48 N. 3). Dabei schliesst die formelle Genehmigung eine spätere Beanstandung des Verteilungsreglements nicht aus und darf bzw. muss die Aufsichtsbehörde bei in der Praxis auftretenden Ungerechtigkeiten eingreifen (GOVONI/STEBLER, a.a.O., Rz. 1384).

4.2.7 Ermessen ist die Befugnis zur individualisierenden Zumessung von Rechtsfolgen, indem ein Entscheidungsspielraum hinsichtlich der Frage besteht, wie im konkreten Einzelfall gehandelt werden soll (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 396; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. A. 2013, S. 370). Die Einräumung von Ermessen befreit die Behörde nicht von der Pflicht, das Rechtsgleichheitsgebot, das Verhältnismässigkeitsprinzip und die Pflicht zur Wahrung der öffentlichen Interessen zu befolgen und sich bei ihrem Ermessensentscheid vom Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung leiten zu lassen (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 409; BGE 137 I 235 E. 2.4; 122 I 267 E. 3b; Urteil des BVGer B-4572/2012 vom 17. März 2015 E. 3.4). Beschränkt sich die Kognition bzw. Prüfungsbefugnis einer Aufsichts- oder Rechtsmittelbehörde auf die Rechtskontrolle, prüft sie das Vorliegen einer Rechtsverletzung, wozu auch qualifizierte Ermessensfehler zählen, nicht aber die Angemessenheit der Ermessensbetätigung (vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., S. 364 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz.442 ff.; Urteil des BGer 8C_546/2011 vom 14. November 2011 E. 4.3). Eine Rechtsverletzung liegt vor, wenn ein Rechtssatz nicht oder nicht richtig angewendet wird. Qualifizierte Fehler bei der Ermessensausübung in Form von Ermessensmissbrauch, -überschreitung oder -unterschreitung bilden ebenfalls Rechtsverletzungen. Ermessensmissbrauch liegt vor, wenn die Behörden zwar die Voraussetzungen und Grenzen des ihnen zustehenden Ermessens beachten, sich aber von unsachlichen, dem Zweck der massgebenden Vorschriften fremden Erwägungen leiten lassen oder allgemeine Rechtsprinzipien wie das Willkürverbot, die Rechtsgleichheit, das Gebot von Treu und Glauben oder den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzen. Bei einer Ermessensüberschreitung übt die Behörde Ermessen aus, wo das Gesetz keines einräumt, bei einer Ermessensunterschreitung erachtet sie sich als gebunden, obwohl ihr das Gesetz einen Ermessensspielraum einräumt (KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., S. 367 f.; BGE 116 V 307 E. 2; 137 V 71 E. 5.1; Urteil des BGer 8C_546/2011 E. 4.2). Bei der Unangemessenheit geht es demgegenüber um die Frage, ob der zu prüfende Entscheid, den die Behörde nach dem ihr zustehenden Ermessen im Einklang mit den allgemeinen Rechtsprinzipien in einem konkreten Fall getroffen hat, nicht zweckmässigerweise anders hätte ausfallen sollen (BGE 116 V 307 E. 2; 137 V 71 E. 5.2; Urteil des BGer 8C_546/2011 E. 4.3). Handelt eine Behörde unangemessen, bewegt sie sich zwar innerhalb des gesetzlich eingeräumten Ermessensspielraums und beachtet sowohl die Verfassungsprinzipien als auch Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung, übt das Ermessen aber unzweckmässig aus bzw. trifft keine der Sachlage adäquate Lösung, allerdings nicht auf derart unhaltbare Weise,

dass ein Ermessensmissbrauch – und folglich eine Rechtsverletzung – vorliegen (KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., S. 371; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 431).

4.3

4.3.1 Die kollektive Verwertung wurde erstmals mit dem Bundesgesetz betreffend die Verwertung von Urheberrechten vom 25. September 1940 reguliert (SR 231.2; eingehend FRANZ RIKLIN, Das Verwertungsgesetz von 1940, in: 100 Jahre URG, Festschrift zum einhundertjährigen Bestehen eines eidgenössischen Urheberrechtsgesetzes, 1983, S. 45 ff.; GOVONI/STEBLER, a.a.O., Rz. 1253 ff.). Das Gesetz erfasste zunächst nur das Recht zur öffentlichen Aufführung von Musik und enthielt keine Vorschriften zur Verteilung des Verwertungserlöses (vgl. Botschaft 1984, BBl 1984 III 173, 176 f.; GOVONI/STEBLER, a.a.O., Rz.1331, 1377). Mit Bezug auf die Geschäftsführungsaufsicht sah die Vollziehungsverordnung zum Verwertungsgesetz vor, das Amt (Amt für geistiges Eigentum, AGE) habe zu prüfen, ob die Verwertungsgesellschaft ihre Geschäfte nach den Grundsätzen einer geordneten Verwaltung führten und ob Verwertung und Verteilung nach festen Regeln und ohne Willkür erfolgten. Im Übrigen seien Verwertung und Verteilung Sache der Gesellschaft (Art. 6). Die Verwertungsgesellschaften hatten dem AGE jährlich Geschäftsbericht zu erstatten und über ihre Einnahmen, Ausgaben sowie die Verwendung des Einnahmenüberschusses Auskunft zu geben, wobei das AGE berechtigt war, weitere Auskunft zu verlangen und am Sitz der Verwertungsgesellschaft Einsicht in die Geschäftsbücher zu nehmen (Art. 7). Nach Prüfung des Geschäftsberichts konnte das AGE dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement Antrag auf Genehmigung des Berichtes oder Ergreifung geeigneter Massnahmen stellen (Art. 8).

Mit der Totalrevision 1989 wurde das Verwertungsrecht in den 4. Titel des URG integriert und das Verwertungsgesetz aufgehoben (MEIER, a.a.O., Rz. 19; BREM/SALVADÉ/WILD, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 40-60 N. 1; REHBINDER/VIGANO, a.a.O., Art. 40 N. 1; Botschaft 1984, BBl 1984 III 173, 231). Der Revision lag der Leitgedanke zugrunde, wonach Verwertungsgesellschaften primär ein Instrument der Urheber zur Verwirklichung deren Rechte bilden (Botschaft 1984, BBl 1984 III 173, 193; BREM/SALVADÉ/WILD, a.a.O., vor Art. 40-60 N. 2). Dabei wurden die Ziele verfolgt, einerseits einen reibungslosen Rechtsverkehr zwischen Rechteinhabern und Werknutzern sicherzustellen, andererseits dem Missbrauch der Monopolstellung von Verwertungsgesellschaften zulasten der Rechteinhaber und Nutzer

vorzubeugen. Zu diesem Zweck sollte ein klarer Rahmen für die Verwertungstätigkeit vorgegeben, auf die Festlegung allzu starrer Regeln indessen verzichtet und den Verwertungsgesellschaften weitgehend die Verantwortung für ihre Tätigkeit überlassen werden (Botschaft 1984, BBl 1984 III 173, 193). Eines der im Vordergrund stehenden Ziele bildete die Verstärkung der Aufsicht über die Verwertungsgesellschaften (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 40 N. 4). Die im Verwertungsgesetz vorgesehenen Aufsichtsmittel, so die Botschaft, hatten sich als unzureichend erwiesen. Folglich sollte die Kontrolle über die Verwertungstätigkeit verstärkt und den Aufsichtsbehörden hierzu ein angemessenes Instrumentarium zur Verfügung gestellt werden (Botschaft 1984, BBl 1984 III 193, 239; Botschaft 1989, BBl 1989 III 477, 478, 488 f., 505, 562 f.). Hatte die ESchK bei der Tarifaufsicht bis anhin eine Missbrauchs- bzw. Willkürkontrolle vorgenommen, wurde nun eine Angemessenheitskontrolle eingeführt (Botschaft 1989, BBl 1989 III 477, 488, 505, 563 f.; vgl. BGE 82 I 267 E. 2; GOVONI/STEBLER, a.a.O., Rz.1448 ff.). Auch betreffend die Geschäftsführung wurde mit Verweis auf die ungenügenden Kontrollmittel eine effizientere Aufsicht gefordert, doch äussern sich die Materialien nicht zur Kognition der Aufsichtsbehörde (Botschaft 1984, BBl 1984 III 173, 239; Botschaft 1989, BBl 1989 III 477, 562). Zwecks Straffung des Aufsichtsinstrumentariums wurde zunächst beabsichtigt, die Aufsicht über Tarife und Geschäftsführung beim IGE zu vereinigen, zuletzt wurde die ESchK jedoch als separates Aufsichtsorgan beibehalten (Botschaft 1984, BBl 1984 III 173, 239; BBl 1989 III 505, 562; GOVONI/STEBLER, a.a.O., Rz. 1418).

Als Folge des geforderten Ausbaus der Aufsicht wurden die Kompetenzen der Aufsichtsbehörden im revidierten URG klarer umrissen und Massnahmen bei Pflichtverletzungen eingeführt (Art. 53 f. URG; vgl. GOVONI/STEBLER, a.a.O., Rz. 1419; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 52 N. 1). Zudem wurden die Bewilligungsvoraussetzungen erweitert. Sah das Verwertungsgesetz in Art. 2 als einzige Voraussetzung das Bestehen eines Personenverbands mit der Zwecksetzung der Verwertung vor, müssen die Verwertungsgesellschaften nun eine wirksame und wirtschaftliche Verwertung erwarten lassen (Art. 42 Bst. f URG), ihren Sitz in der Schweiz haben und ihre Geschäfte von der Schweiz aus führen (Art. 42 Abs. 1 Bst. a URG; GOVONI/STEBLER, a.a.O., Rz. 1304). Der Bundesrat erachtete eine wirkungsvolle Aufsicht nur als möglich, wenn sich die Geschäftsführung der Verwertungsgesellschaften in der Schweiz befinde (Botschaft 1984, BBl 1984 III 173, 233; Botschaft 1989, BBl 1989 III 477, 555; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 42 N. 3). Ein weiteres Element der verstärkten Aufsicht bildeten die detaillierteren Vorschriften hinsichtlich der Verteilung des Verwertungserlöses

(Art. 48 f. URG; GOVONI/STEBLER, a.a.O., Rz. 1377, 1389; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 48 N. 1). Nicht zuletzt drückt sich die Forderung nach stärkerer Aufsicht in den Grundsätzen der Geschäftsführung nach Art. 45 URG aus (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 45 N. 1).

4.3.2 Da Verwertungsgesellschaften über ein faktisches Monopol verfügen, muss das Gesetz sicherstellen, dass die Interessen der Rechteinhaber gewahrt werden. Die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regulierung und Beaufsichtigung der kollektiven Verwertung von Urheberrechten – und damit des Eingriffs in die private Wirtschaft – findet ihre Rechtfertigung darin, dass die Effizienz der Verwertungsgesellschaften nicht gewährleistet und Missbräuche nicht verhindert werden könnten, würden sie rein privatwirtschaftlichen Spielregeln überlassen (BERNHARD WITTWEILER, Der Geltungsbereich der schweizerischen Verwertungsgesetzgebung, Diss. 1988, S. 48). Verwertungsrecht muss einerseits den Schutz von Rechteinhabern und Nutzern sowie eine effiziente Rechtswahrnehmung – und folglich eine funktionierende Aufsicht – sicherstellen, den Verwertungsgesellschaften andererseits so weit wie möglich ihre Privatautonomie belassen. Aus diesem Grund setzt das URG Rahmenbedingungen und Grundsätze fest, ohne jedoch alle Einzelheiten im Detail zu regeln; damit wird den Verwertungsgesellschaften der notwendige Spielraum belassen (WITTWEILER, a.a.O., S. 54; GOVONI/STEBLER, a.a.O., Rz. 1391). Die geschilderte Entwicklung des Verwertungsrechts mit dem Bestreben des Gesetzgebers, die Aufsicht über die Verwertungsgesellschaften zu verstärken, ohne diesen ihre Privatautonomie zu entziehen, verdeutlicht das Spannungsfeld zwischen Kontrolle und Autonomie, in dem sich das IGE bei der Aufsicht über die Geschäftsführung der Verwertungsgesellschaften bewegt.

4.3.3 Art. 45 Abs. 1 URG verpflichtet die Verwertungsgesellschaften, ihre Geschäfte nach den Grundsätzen einer wirtschaftlichen Verwaltung zu führen, enthält aber keine konkreten Vorgaben, auf welche Weise sie dies zu bewerkstelligen haben. Unbestritten dürfte sein, dass sich Wirtschaftlichkeit und Effizienz der Verwaltung im Verhältnis der Verwaltungskosten zu den Einnahmen aus der kollektiven Rechtswahrnehmung bzw. im Spesenprozentsatz äussern (HILTY, a.a.O., Rz. 381; REHBINDER/VIGANO, a.a.O., Art. 45 N. 1; GOVONI/STEBLER, a.a.O., Rz. 1345; MEIER, a.a.O., Rz. 339). Die Verwaltungskosten umfassen alle konkreten Aufwendungen für die Wahrnehmungstätigkeit sowie die Generalunkosten, wozu u.a. die Löhne der Arbeitnehmer, Mietkosten für die Räumlichkeiten und Kosten der Datenverarbeitung zählen (HIESTAND, a.a.O., S. 94). Das Verteilungsreglement der Beschwerdeführerin definiert die Verwaltungskosten in Ziff. 5 als

"die gesamten Kosten der ProLitteris (…), insbesondere sämtliche Aufwendungen, welche für das Inkasso der Vergütungen und die Verteilung der Entschädigungen erforderlich sind." Gemäss Ziff. 3.2 des Verteilungsreglements werden die Einnahmen nach Abzug der Verwaltungskosten sowie der Anteile für die Fürsorge-Stiftung und Kulturförderung vollumfänglich an die Berechtigten ausbezahlt. Der Abzug für die Fürsorge-Stiftung beträgt zehn, derjenige für Kulturförderung ein Prozent (Ziff. 6.1 Verteilungsreglement). Die Statuten der Beschwerdeführerin sehen in Ziff. 7.3.5 ergänzend vor, dass die "gesamten Verwaltungskosten (…) einen Viertel der Gesamtentschädigungen nicht übersteigen" sollten.

Verwaltungsaufwand und Spesenprozentsatz sind Sache der Geschäftspolitik, wobei ein verantwortungsvolles Handeln gegenüber den Mitgliedern und Betroffenen erwartet wird (BREM/SALVADÉ/WILD, a.a.O., Art. 45 N. 4; GOVONI/STEBLER, a.a.O., Rz. 1346). Da den Verwertungsgesellschaften kein allgemein gültiger Maximalsatz für die Verwaltungskosten vorgegeben ist, fragt sich, wie hoch die Verwaltungskosten im Rahmen einer wirtschaftlichen Verwaltung sein dürfen. Der Lehre zufolge ist der Verwaltungsaufwand nach dem "Massstab grösstmöglicher Effizienz" zu gestalten (REHBINDER/VIGANO, a.a.O., Art. 45 N. 1), "möglichst gering zu halten" (HIESTAND, a.a.O., S. 60) oder gar "auf das absolute Minimum" zu beschränken (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 45 N. 3). Das Bundesgericht interpretiert Art. 45 Abs. 1 URG dahingehend, die Verwertungsgesellschaften hätten alles Zumutbare zu unternehmen, um die Verwaltungskosten gering zu halten (Urteil des BGer 4A_549/2017 vom 21. Februar 2018 E. 2.3.2). Zurecht wird darauf hingewiesen, dass ein hoher Spesenprozentsatz nicht zwingend das Ergebnis einer unwirtschaftlichen Arbeitsweise sein muss, sondern aus einer aufwendigen Verwertungstätigkeit resultieren kann; je komplexer der Nutzungsbereich und je höher der Genauigkeitsgrad bei der Erhebung und Verteilung der Entschädigungen ist, umso teurer ist die Verwaltung. Diese hohen Kosten können je nach Auffassung in Kauf genommen werden, da eine möglichst vollständige Erfassung der Nutzer und gerechte Verteilung der Einnahmen den legitimen Interessen der Kulturschaffenden entsprechen (GOVONI/STEBLER, a.a.O., Rz. 1345 ff.). Umgekehrt wäre eine Kosteneinsparung durch Beschränkung des Geldeinzugs auf wenige grosse Nutzer nicht legitim, da dies nicht im Interesse sämtlicher Berechtigten läge, sondern nur das marktgängige Repertoire förderte. Im unlösbaren Dilemma zwischen möglichst genauer Verteilung und wirtschaftlicher Effizienz muss die Grenze, ab welcher die zusätzlichen Kosten eine grössere Genauigkeit nicht mehr rechtfertigen, kontinuierlich aufs

Neue festgelegt werden (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 45 N. 3 f.). Mit anderen Worten besagt die Höhe der Verwaltungskosten allein noch nichts über die Wirtschaftlichkeit der Verwaltung, sondern haben die Verwertungsgesellschaften bei ihrer Geschäftspolitik auch den Zweck der eingesetzten Mittel zu berücksichtigen; ist dieser Zweck nicht mit der Zielsetzung des Verwertungsrechts vereinbar, kann der Umgang mit den Mitteln auch nicht wirtschaftlich sein.

Da die Höhe der Verwaltungskosten allein nicht als Kriterium für die Wirtschaftlichkeit der Verwaltung taugt, sind die ausserordentlichen Zahlungen nicht bereits durch die in den Statuten der Beschwerdeführerin vorgesehene Obergrenze von einem Viertel der Gesamteinnahmen legitimiert. Zudem ist fraglich, ob sich die Beschwerdeführerin auf eine Regel berufen könnte, die nur in den Statuten, nicht jedoch im Verteilungsreglement enthalten ist. Die Beschlussfassung über Änderungen der Statuten obliegt der Generalversammlung der Beschwerdeführerin (Statuten, Ziff. 8.1.2; vgl. Art. 879 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR, SR 220]). Das IGE prüft die Statuten nur im Rahmen des Bewilligungserteilungsverfahrens (Art. 42 Abs. 1 Bst. e URG; GOVONI/STEBLER, a.a.O., Rz. 1423). Ob es auch spätere Änderungen zu prüfen und genehmigen hat, ist im Gegensatz zum alten Recht, wonach der Geschäftsbericht über allfällige Statutenänderungen Auskunft zu geben hatte, nicht im URG geregelt und in der Lehre umstritten (bejahend GOVONI/STEBLER, a.a.O., Rz.1423; BREM/SALVADÉ/WILD, a.a.O., Art. 53 N. 2; verneinend BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 53 N. 4). Mithin ist zweifelhaft, ob das IGE die Bestimmung, wonach die Verwaltungskosten einen Viertel der Gesamteinnahmen betragen dürfen, vorliegend geprüft und genehmigt hat. Da die Verteilung der Einnahmen zwingend auf einem Verteilungsreglement beruhen muss, das von der Vorinstanz zu genehmigen ist (Art. 48 Abs. 1 URG), erschiene es als stossend, wenn sich eine Verwertungsgesellschaft bei der Verteilung der Einnahmen bzw. Festlegung der Verwaltungskosten auf allenfalls ungenehmigte Regelwerke beriefe.

Die Frage kann indessen offen bleiben, da sich die Verwendung der Gelder durch die Beschwerdeführerin schon aufgrund ihrer Zielsetzung als eine Verletzung der Vorgaben von Art. 45 Abs. 1 URG erweist. Werden drei Millionen Franken zur Verbesserung des Verwaltungsapparats, etwa in eine moderne Software investiert, welche eine genauere Berechnung ermöglicht, handelt es sich dabei um eine Investition, die auf Dauer den Rechteinhabern zugute kommt und darum trotz der hohen Kosten gerechtfertigt

sein kann. Werden drei Millionen Franken ohne zwingende arbeitsrechtliche oder vertragliche Grundlage für ausserordentliche Zahlungen zugunsten von drei Mitgliedern der Geschäftsleitung verwendet, liegt das allein in deren Interesse. Wenn nun bereits diskutabel erscheint, ob eine möglichst genaue Ermittlung und Verteilung der Einnahmen mit den daraus resultierenden hohen Verwaltungskosten legitim und noch als wirtschaftliche Verwaltung zu betrachten ist, muss dies mit Blick auf die von der Beschwerdeführerin getätigten Zahlungen umso mehr verneint werden. Die Verbuchung einer derart bedeutenden Summe unter dem Titel der Verwaltungskosten zur Begünstigung dreier ausgewählter Arbeitnehmer widerspricht der Zielsetzung des Verwertungsrechts und ist nicht wirtschaftlich.

4.3.4 Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, vermag nicht zu überzeugen. Zwar trifft es zu, dass sie als Genossenschaft (Ziff. 1 Statuten ProLitteris; vgl. Art. 828 ff. OR) über Privatautonomie verfügt, in welche die Vorinstanz nicht ohne Grund und lediglich im Rahmen ihrer Aufsichtskognition eingreifen darf. Allerdings kann die Beschwerdeführerin aufgrund der Tatsache, dass sie ihre Tätigkeit im öffentlichen Interesse wahrnimmt, auf ihrem Gebiet über ein Monopol verfügt, kein den Marktteilnehmern in der Privatwirtschaft vergleichbares Marktrisiko zu tragen hat und treuhänderisch die Rechte und Gelder von Rechteinhabern und Nutzern verwaltet, keine mit den in der Privatwirtschaft tätigen Genossenschaften vergleichbare Autonomie in der Geschäftsführung für sich beanspruchen. Die Autonomie der Verwertungsgesellschaften besteht nur innerhalb der gesetzlichen Vorgaben (Urteil des BGer 2C_527/2007 E. 8.2). Die Bundesaufsicht, namentlich die Geschäftsführungsaufsicht durch die Vorinstanz, dient dazu, die gesetzlichen Vorgaben durchzusetzen, mag die mit der öffentlichen Aufgabe betraute Beschwerdeführerin auch eine Person des Privatrechts sein (vgl. FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. A. 1983, S. 224). Bei der Prüfung der Vereinbarkeit der strittigen Zahlungen mit den Geschäftsführungspflichten gemäss Art. 45 URG kann somit nicht im Vordergrund stehen, dass die Beschwerdeführerin in der Rechtsform einer Genossenschaft organisiert ist, sondern vielmehr die Tatsache, dass sie als Verwertungsgesellschaft in monopolähnlicher Stellung fremde Gelder verwertet, die primär den Rechtsinhabern zukommen sollen. Ihre Ausführungen zu der Üblichkeit einer vollständigen Übernahme von Pensionskassengeldern bei Kadern in der Privatwirtschaft ist folglich unbeachtlich. Deshalb vermag auch das von der Beschwerdeführerin eingeholte Kurzgutachten der pwc AG vom 18. September 2014 nicht zu überzeugen, welches die vollständige Übernahme der Arbeitnehmerbeiträge in die Pensionskasse

bei Kaderleuten als üblich bezeichnet, da es die besondere Stellung und öffentliche Aufgabe der Beschwerdeführerin nicht berücksichtigt.

4.3.5 Die Beschwerdeführerin bringt vor, bei den in Art. 45 URG festgelegten Grundsätzen betreffend die Geschäftsführung handle es sich um blosse Richtlinien, von denen im Einzelfall abgewichen werden könne. Zu berücksichtigen ist indessen, dass die Rechteinhaber – obwohl sie nach Art. 40 Abs. 3 URG frei sind, ihre Rechte persönlich zu verwerten – doch faktisch gezwungen sind, sie über eine Verwertungsgesellschaft wahrnehmen zu lassen, zumal gewisse Nutzungsbereiche der Zwangsverwertung unterliegen (vgl. Art. 13 Abs. 3, 20 Abs. 4, 22 Abs. 1 URG). Die Rechteinhaber haben weder Einfluss auf die Höhe der Entschädigung für die Nutzung ihrer Werke noch auf die Verteilung der eingenommenen Gelder und können namentlich nicht selber eine Entschädigung mit den Nutzern aushandeln oder einziehen (HIESTAND, a.a.O., S. 102, 106, 159). Die Bindung der Rechteinhaber an die Verwertungsgesellschaften besteht zudem nicht nur für kurze Zeit, sondern dauerhaft, handelt es sich bei der Verwertung doch um eine Dauerleistung (vgl. HIESTAND, a.a.O., S. 54, 61, 92; HILTY, a.a.O., Rz. 380). Erweist sich die Geschäftsführung der Verwertungsgesellschaften als mangelhaft, können sie sich nicht von einer anderen Verwertungsgesellschaft mit besseren Bedingungen vertreten lassen, da diese auf ihrem Tätigkeitsgebiet über ein Monopol verfügen. Dies unterstreicht die Notwendigkeit der geordneten und wirtschaftlichen Geschäftsführung. Insofern kann der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, sondern kommt gerade den Anforderungen an die Geschäftsführung mit Blick auf deren Hintergründe und Schutzfunktion (E. 4.2.3 ff.) eine besondere Bedeutung zu.

4.3.6 Gemäss Ausführungen der Beschwerdeführerin erfolgte der Wechsel zur Pensionskasse W._____ mit den entsprechenden Vertragsschlüssen 1987. Sie hat nicht belegt, dass es ursprünglich beabsichtigt war, auch der Geschäftsleitung eine Rente von 60 % zu ermöglichen. Sodann ist nicht nachvollziehbar, wie das Versäumnis, Zusatzverträge für Kaderlöhne abzuschliessen, erst 2007 und somit 20 Jahre nach Vertragsschluss entdeckt worden sein soll. Gemäss Vorsorgereglementen der V._____ haben sämtliche Arbeitnehmer jährlich eine Abrechnung erhalten, die es ihnen ermöglichte, die künftigen Rentenleistungen abzuschätzen und rechtzeitig zu intervenieren. Für das Versäumnis sind die Geschäftsleitungsmitglieder selbst verantwortlich. Durch die nachträgliche Korrektur werden sie nicht etwa gleich behandelt, sondern bessergestellt. Wären die Zusatzverträge

für Kader von Anfang an abgeschlossen worden, hätten die Geschäftsleitungsmitglieder höhere Pensionskassenbeiträge zahlen müssen und wären die finanziellen Aufwendungen für die Beschwerdeführerin signifikant geringer ausgefallen. Die Beschwerdeführerin wies selbst darauf hin, dass der Direktor durch die Zulagen rund Fr. 1'000.– monatlich mehr verdient hätte; die angeblich einzubüssenden Zinsverluste hat sie weder rechnerisch noch auf andere Weise belegt. Sodann hat sie keinen überzeugenden Grund vorgebracht, weshalb sie plötzlich von der ursprünglich vereinbarten Regelung, die BVG-Beiträge im überobligatorischen Bereich zu 70 % von der Arbeitgeberin und zu 30 % von den Arbeitnehmern zu tragen, zugunsten von drei Geschäftsleitungsmitgliedern abweichen soll. Die Beschwerdeführerin war weder arbeitsvertraglich noch aus anderen zwingenden Gründen zur Übernahme der Arbeitnehmeranteile verpflichtet, vielmehr wurde dieser Wunsch von den Geschäftsleitungsmitgliedern selbst an den Vorstand herangetragen. Aus diesem Grund kann auch der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wonach die Nachzahlungen in die Regelung des Arbeitsverhältnisses fielen und der Aufsicht der Vorinstanz entzogen seien. Zwar trifft es zu, dass Verwertungsgesellschaften in der Gestaltung ihrer Anstellungsbedingungen autonom sind. Vorliegend handelt es sich aber nicht um gewöhnliche Lohnerhöhungen oder Änderungen der Anstellungsverhältnisse, sondern um grosszügige, sich weder aus zwingendem Arbeitsrecht noch aus Arbeitsvertrag ergebende Nachzahlungen zugunsten dreier Mitglieder im Gesamtbetrag von über drei Millionen Franken. Die Verwendung dieser Summe betrifft durchaus die Frage nach der geordneten und wirtschaftlichen Geschäftsführung, welche die Vorinstanz zu beaufsichtigen nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet ist. Art. 53 Abs. 1 URG ist zum Schutz und im Interesse der Rechteinhaber und Nutzer imperativ formuliert. Folglich muss die Vorinstanz von Amtes wegen für ein pflichtgemässes Verhalten der Verwertungsgesellschaften sorgen. Ein Auswahlermessen steht ihr nur in Bezug auf die Art und Weise der Ausübung ihrer Aufsicht sowie der nach Art. 54 URG zu treffenden Massnahmen zu (HIESTAND, a.a.O., S. 77; vgl. GOVONI/STEBLER, a.a.O., Rz. 1384).

4.3.7 Ferner kann sich die Beschwerdeführerin nicht darauf berufen, die Nachzahlungen seien vom Vorstand sowie 2012 von der Generalversammlung genehmigt und von der Revisionsstelle geprüft worden. Zwar wurden die in den Statuten der Beschwerdeführerin vorgesehenen Beschlussmechanismen eingehalten; gemäss Ziff. 8.2.8 der Statuten stellt der Vorstand die Bilanzen und Betriebsrechnungen auf und überwacht die Verwaltungs-

kosten, während die Generalversammlung gemäss Ziff. 8.1.2 Betriebsrechnung, Bilanz und Jahresbericht genehmigt. Der interne Überwachungs- und Genehmigungsmechanismus versagt jedoch, wenn die ausserordentlichen Zahlungen, die unter dem Titel "Verwaltungskosten" verbucht werden, vom Vorstand selbst zugunsten dreier Geschäftsleitungsmitglieder beschlossen werden und andererseits die Generalversammlung im zu genehmigenden Jahresbericht nicht transparent über den Gesamtbetrag dieser Zahlungen informiert wird (vgl. E. 2.4.2.7). Die Kontrollstelle wiederum prüft nicht, ob die Verwaltungskosten gerechtfertigt sind. Sie prüft, ob die in der Jahresrechnung enthaltenen Angaben mit den Büchern übereinstimmen, die Buchhaltung ordnungsgemäss geführt wird und die Darstellung des Geschäftsergebnisses sachlich richtig ist (Statuten, Ziff. 8.3.2). Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Rechteinhaber, zur Wahrung deren Interessen die Verwertungsgesellschaften verpflichtet sind, nicht notwendigerweise mit deren Mitgliedern identisch sind (BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 49 N. 4). Die interne Beschlussfassung und Genehmigung vermag die Geschäftsführungsaufsicht der Vorinstanz darum nicht zu ersetzen. Im Übrigen entbindet auch die Beschlussfassung durch den Vorstand die Beschwerdeführerin nicht von ihren Geschäftsführungspflichten. Beschlüsse der Organe haben sich an die dispositiven und zwingenden Gesetzesvorschriften zu halten (HIESTAND, a.a.O., S. 47).

4.3.8 Entgegen Vorbringen der Beschwerdeführerin handelt es sich beim Eingreifen der Vorinstanz auch nicht um die Korrektur einer Einzelhandlung, vielmehr sind jährlich ausgerichtete Zahlungen während einer Zeitspanne von rund zwanzig Jahren betroffen. Insofern wirkt der Einwand der Beschwerdeführerin, es sei lediglich der überobligatorische Bereich 1987-2007 betroffen, beschönigend. Dass die Nachzahlungen notwendig gewesen seien, um qualifizierte Geschäftsleitungsmitglieder zu finden, verfängt ebenfalls nicht, wurden die Nachzahlungen doch zeitlich lange nach der Anstellung der betreffenden Geschäftsleitungsmitglieder getätigt. Die Zahlungen kommen ausserdem nicht der gesamten aktuellen und künftigen Belegschaft, sondern drei Geschäftsleitungsmitgliedern zugute, die kurz vor ihrer Pensionierung stehen oder bereits pensioniert sind. Damit lassen sich keine neuen, qualifizierten Angestellten gewinnen. Auch die Tatsache, dass es sich um verdiente und langjährige Mitarbeiter handle, stellt keine Rechtfertigung für das Vorgehen der Beschwerdeführerin dar. Die für die Nachzahlungen verwendeten Mittel schöpfte die Beschwerdeführerin nicht aus einem – aufgrund besonderer Verdienste der begünstigten Geschäftsleitungsmitglieder erwirtschafteten – Gewinn (den zu erzielen

ihr untersagt ist) oder aus ihrem Eigenkapital (welches sie als Genossenschaft nicht hat), sondern aus den eingenommenen Vergütungen für die Nutzung von Werken, die von Urhebern geschaffen wurden, deren Interessen sie zu vertreten hat. Im Übrigen wurde dem Direktor 2008 ein (nicht offengelegtes) Dienstaltersgeschenk ausgerichtet, das seinen Verdienst bereits würdigt (Bericht der Revisionsstelle an den Vorstand der Beschwerdeführerin vom 25. Mai 2010). Selbst wenn ausser Frage steht, dass es sich um verdiente Mitarbeiter handelt, können deren persönliche Interessen nicht gegenüber dem öffentlichen Interesse an der wirtschaftlichen und geordneten Verwaltung der eingenommenen Gelder überwiegen.

4.3.9 Vorliegend gehen die erhöhten Verwaltungskosten der Beschwerdeführerin weder auf das Auffinden von Nutzern in einem komplexen Nutzungsbereich noch auf eine genauere Aufteilung der Einnahmen an die Berechtigten zurück, lassen sich also nicht mit den legitimen Interessen der Berechtigten rechtfertigen, sondern bezweckten allein die finanzielle Besserstellung dreier Geschäftsleitungsmitglieder. Damit handelte die Beschwerdeführerin entgegen der Zweckrichtung und dem Ziel der in Art. 45 Abs. 1 URG statuierten Grundsätze, einen möglichst grossen Anteil der eingenommenen Gelder an die Rechteinhaber auszuschütten und ihre eigenen Verwaltungskosten zu beschränken. Sie liess sich bei ihrem Vorgehen von unsachlichen Gründen leiten. Das Vorgehen der Beschwerdeführerin ist somit nicht bloss als unangemessen zu qualifizieren, womit es der Rechtskontrolle der Vorinstanz entzogen wäre. Vielmehr ist darin ein qualifizierter Ermessensfehler und folglich eine Rechtsverletzung zu erblicken, in welche einzugreifen die Vorinstanz im Rahmen der Geschäftsführungsaufsicht befugt war. Sie erliess die angefochtene Verfügung folglich nicht in Überschreitung ihrer Aufsichtskompetenz.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin ihre Pflicht zur Geschäftsführung nach den Grundsätzen einer geordneten und wirtschaftlichen Verwaltung gemäss Art. 45 Abs. 1 URG verletzt hat, indem sie entgegen dem Vorsorgereglement, in Missachtung des Selbstverschuldens der Geschäftsleitungsmitglieder und ohne überzeugenden Grund deren Anteile von 30 % der Pensionskassennachzahlungen übernommen und dadurch die treuhänderisch eingenommenen Gelder nicht zur Ausschüttung an die Rechteinhaber, sondern einzig im persönlichen Interesse dreier Geschäftsleitungsmitglieder verwendet hat. Zurecht hat sie die Vorinstanz zur Rückzahlung bzw. künftigen Einschränkung der Nachzahlungen aufgefordert. Von der angefochtenen Verfügung ist nicht die Gesamtsumme,

sondern – entsprechend der nachvollziehbaren Abwägung der EFK – lediglich der Arbeitnehmeranteil von 30 % betroffen, womit die Verfügung auch verhältnismässig ist.

4.4 Die Beschwerde erweist sich als unbegründet, weshalb sie im Haupt- und im kassatorischen Eventualstandpunkt vollumfänglich abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Verfügung der Vorinstanz vom 25. Juli 2014 ist zu bestätigen.

5.

5.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Gerichtsgebühren sind nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien festzulegen (Art. 63 Abs. 4_{bis} VwVG; Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 73.320.2]). Mit der angeordneten Rückerstattung der Nachzahlungen sind Vermögensinteressen betroffen, wofür ein Streitwert zu veranschlagen ist (Art. 4 VGKE). Das Gericht kann bei der Bestimmung der Gerichtsgebühr über die Höchstbeträge nach den Art. 3 und 4 VGKE hinausgehen, wenn besondere Gründe, namentlich mutwillige Prozessführung oder ausserordentlicher Aufwand, es rechtfertigen (Art. 2 Abs. 2 VGKE).

5.2 Gemäss der von der Beschwerdeführerin eingereichten Übersicht vom 9. Februar 2016 beläuft sich die Gesamtsumme sämtlicher seit 2007 entrichteter und bis 2021 geplanter Nachzahlungen auf insgesamt Fr. 3'023'357.–, wovon 30 % zurückzuzahlen bzw. künftig von den Arbeitnehmern selbst zu übernehmen sind. Der Streitwert beträgt folglich Fr. 907'007.–. Unter Berücksichtigung des beträchtlichen, durch die widersprüchliche Sachverhaltsdarlegung der Beschwerdeführerin verursachten Instruktionsaufwands sind die die Verfahrenskosten auf Fr. 25'000.– festzulegen. Sie werden teilweise dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 19'000.– entnommen. Der geschuldete Restbetrag von Fr. 6'000.– ist von ihr innerhalb von 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils an die Gerichtskasse zu überweisen. Der Vorinstanz als Bundesbehörde ist keine Parteientschädigung auszurichten (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit auf sie einzutreten ist, und die Verfügung vom 25. Juli 2014 wird bestätigt.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 25'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt und teilweise dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 19'000.– entnommen. Der geschuldete Restbetrag von Fr. 6'000.– ist nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zahlungsfrist beträgt 30 Tage ab Rechnungsdatum. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

3.
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
– die Vorinstanz (Ref-Nr. (…); Gerichtsurkunde)
– das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:	Die Gerichtsschreiberin:
David Aschmann	Agnieszka Taberska

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 BGG). 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 15. Mai 2018